



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. 37
2010



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

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

Repositório Oficial de Jurisprudência

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901- 13015-927 - Campinas/SP

Fone (19) 3031-4100

www.trt15.jus.br

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 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
Setor de Biblioteca/TRT 15ª Região

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

n. 37, jul./ dez. 2010

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do Trabalho -
Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos - Brasil. I.
Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. 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: Patrícia Izumi da Silva

Colaboradoras da organização desta edição:

Elaine de Paula Michelatto

Elizabeth Aparecida Nespolon Bertazzoli

Elizia Maria Ferraresi de Andrade

Laura Regina Salles Aranha

Luísa Helena Araújo Fernandes

Maria Auxiliadora Ortiz Winkel

Marisa de Menezes de Assis Gomes

**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
Superior Tribunal Militar
Tribunal Superior do Trabalho
Tribunais Regionais do Trabalho
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região AMATRA XV
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 1ª Região
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 2ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região
Escola Regional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho da 7ª Região
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 8ª Região
Escola de Administração Judiciária do TRT da 9ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região
Escola Judicial e de Administração Judiciária do TRT da 12ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região
Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 16ª Região
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 17ª Região
Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 18ª Região
Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 19ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região
Escola da Magistratura Trabalhista do Mato Grosso do Sul
Biblioteca Nacional
Biblioteca da Câmara dos Deputados
Biblioteca do Senado Federal
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de São Paulo
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil – Subseção de Campinas
Biblioteca da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete – FDC
Biblioteca da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora
Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande – UFRG
Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
Biblioteca da Universidade de Brasília – UNB
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS
Biblioteca da Universidade de Pernambuco – UPE
Biblioteca da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE
Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ
Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES
Biblioteca da Universidade Federal de Pelotas
Biblioteca da Universidade Católica de Pelotas
Biblioteca da Faculdade de Minas - FAMINAS
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 Claretiano de Batatais
Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo
Biblioteca da Associação São Bento de Ensino de Araraquara – UNIARA
Biblioteca do Centro Univ. de Rio Preto - UNIRP
Biblioteca da Fundação Educacional de Votuporanga
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista de São José do Rio Preto
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 da Faculdade de Direito de Araras
Biblioteca do Centro Universitário Nove de Julho – São Paulo
Biblioteca da Faculdade de Direito da Alta Paulista - Tupã
Biblioteca da Faculdade de Direito da Faap – São Paulo
Biblioteca da Faculdade de Direito de Itú
Biblioteca da Faculdade de Direito de Marília - UNIMAR
Biblioteca da Faculdade de Direito de Presidente Prudente
Biblioteca da Faculdade de Direito de São João da Boa Vista - Fundação de Ensino Octávio Bastos
Biblioteca da Fundação Educacional Sorocabana - FADI
Biblioteca da Faculdade de Direito e Administração de Barretos
Biblioteca da Faculdade de Direito Padre Anchieta - Jundiá
Biblioteca do Instituto Toledo de Ensino de Bauru
Biblioteca da Faculdades Integradas Cantareira – São Paulo
Biblioteca da Faculdades Integradas de Guarulhos
Biblioteca da Faculdades Integradas Itapetininga - F. Karnig Bazarian
Fundação Educacional Dr. Raul Baub-Unimar - Jaú
Biblioteca da Instituição Paulista de Ensino Superior Unificado de São Carlos
Biblioteca da Faculdades Integradas Toledo de Araçatuba
Biblioteca da Faculdades Radial de São Paulo
Biblioteca da Faculdades Unificadas São Luís de Jaboticabal
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior COC – Ribeirão Preto
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul
Biblioteca do Instituto Superior de Ciências Aplicadas-Isca de Limeira
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Biblioteca da Faculdade Adamantina Integrada
Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Letras de Catanduva
Biblioteca da Faculdade Municipal de Direito de Franca
Biblioteca da Universidade Bandeirante de São Paulo
Biblioteca da Universidade Braz Cubas de Moji Mirim
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco de Descalvado
Biblioteca da Universidade Católica de Santos
Biblioteca da Universidade Cidade de São Paulo
Biblioteca da Universidade Cruzeiro do Sul – São Paulo
Biblioteca da Universidade de Franca - UNIFRAN
Biblioteca da Universidade de Marília
Biblioteca da Universidade de Moji das Cruzes
Biblioteca da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Biblioteca da Universidade de Santo Amaro - São Paulo
Biblioteca da Universidade de São Paulo – USP
Biblioteca da Universidade de Sorocaba
Biblioteca da Universidade do Grande ABC – Santo André
Biblioteca da Universidade do Oeste Paulista – Presidente Prudente
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio Mesquita Filho UNESP – São Paulo
Biblioteca da Universidade de Guarulhos
Biblioteca da Universidade Ibirapuera de São Paulo

Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba
Biblioteca da Universidade Metropolitana de Santos
Biblioteca da Universidade Paulista – UNIP – São Paulo
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos
Biblioteca da Universidade São Francisco – Bragança Paulista
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu – São Paulo
Biblioteca da Universidade São Marcos de São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Lorena
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista – UNORP – São José do Rio Preto
Biblioteca da Faculdade Módulo de Caraguatatuba
Biblioteca da Faculdades Claretianas de Rio Claro
Biblioteca da Fundação de Ensino Octávio Bastos – São João da Boa Vista
Biblioteca da Sociedade Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo – UNIP - Araçatuba
Biblioteca da Sociedade Unificada Paulista de Ensino Renovado Objetivo – UNIP – São José do Rio Preto
Biblioteca da Universidade Paulista – UNIP - Campinas
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP - Franca
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco – Unicastelo - Fernandópolis
Biblioteca da Universidade de Taubaté – UNITAU
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP – São José dos Campos
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba – UNIVAP – Jacareí
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP - Piracicaba
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP – Santa Bárbara D'Oeste
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP - Lins
Biblioteca da Universidade Paulista – UNIP – Ribeirão Preto
Biblioteca da Universidade Salesiana – UNISAL - Americana
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA
Biblioteca da Faculdade de Direito da Prefeitura do Município de São Bernardo do Campo
Biblioteca da Faculdade Comunitária de Campinas – FAC
Biblioteca da Faculdade Metropolitana de Campinas – METROCAMP
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL - Campinas
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Editora Universitária Champanhat
Biblioteca da Faculdade de Campinas – FACAMP
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Campinas

Exterior

Ordem dos Advogados – Lisboa - Portugal
Ministério da Educação – Lisboa - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal
Faculdade de Direito Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto Portugal
Faculdade de Direito da Universidade Internacional – Portela, Scavem - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade Lusíada – Vila Nova Amalício - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade do Minho – Braga - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade do Minho – Braga - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa - Portugal
Faculdade de Direito da Universidade do Porto - Portugal
Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique – Porto - Portugal
Cónsul-Geral do Brasil em Portugal
Embaixador do Brasil em Lisboa - Portugal
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid - Espanha
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid - Espanha
Département des Etudes Internationales, Européennes et Comparatives de L'université Paris I - Panthéon-Sorbonne - Paris - França
Universidad de Sevilla – Espanha
Universidad Pablo de Olavide – Sevilha - Espanha
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Argentina
Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo - Uruguai
Universidad de la Republica - Facultad de Derecho – Montevideo - Uruguai
Université Cergy Pontoise – Cergy - França
Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau - China

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Des. Lorival Ferreira dos Santos - Diretor
Des. Fernando da Silva Borges - Vice-Diretor

CONSELHO EDITORIAL

Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani - Presidente
Juiz José Roberto Dantas Oliva
Juiz Guilherme Guimarães Feliciano
Juiz Henrique Macedo Hinz
Juíza Luciana Caplan
Exterior:
Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa - Portugal
Professor David Sanchez Rubio - Universidad de Sevilla - Espanha
Professor Mario Garmendia Arigón - Universidad de la Republica - Montevideo
- Uruguai
Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy - França
Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Cordoba - Argentina

CONSELHO TÉCNICO - SUBCOMISSÕES

DOCTRINA NACIONAL

Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella - Presidente
Juíza Olga Regiane Pilégis
Juiz Firmino Alves Lima
Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

DOCTRINA INTERNACIONAL

Des. Henrique Damiano - Presidente
Juiz Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo
Juiz Marco Antônio de Souza Branco
Juiz José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva

TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

Des. José Pitas - Presidente

Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira

Juíza Laura Bittencourt Hinz

Juíza Candy Florencio Thome

JURISPRUDÊNCIA

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita - Presidente

Juiz José Otávio de Souza Ferreira

Juiz Flávio Landi

Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE

Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO

Luiz Antonio Lazarim

VICE-PRESIDENTE JUDICIAL

Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

CORREGEDOR REGIONAL

Flavio Allegretti de Campos Cooper

VICE-CORREGEDOR REGIONAL

Nildemar da Silva Ramos

DESEMBARGADORES

José Pedro de Camargo R. de Souza

Eurico Cruz Neto

Luís Carlos Cândido M. Sotero da Silva

Laurival Ribeiro da Silva Filho

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Carlos Roberto do Amaral Barros

Olga Aida Joaquim Gomieri

Eduardo Benedito 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

José Antonio Pancotti

Manuel Soares Ferreira Carradita

Fernando da Silva Borges

Vera Teresa Martins Crespo

Flavio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa Mônaco da Silva L. Coelho

Gisela Rodrigues M. de Araújo e Moraes

Edmundo Fraga Lopes

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Ana Amarylis Vivacqua de O. 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 P. Bernardino de Souza
Luiz José Dezena da Silva
Francisco Alberto da Motta P. Giordani
João Alberto Alves Machado
Claudinei Sapata Marques
José Otávio de Souza Ferreira
Ana Paula Pellegrina Lockmann

1ª TURMA

1ª Câmara

Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani (Presidente da Turma e da 1ª Câmara)

Des. Luiz Antonio Lazarim

Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza

Des. Claudinei Sapata Marques

2ª Câmara

Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella (Presidente da 2ª Câmara)

Des. Mariane Khayat

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

Des. José Otávio de Souza Ferreira

2ª TURMA

3ª Câmara

Des. Edmundo Fraga Lopes (Presidente da Turma e da 3ª Câmara)

Des. Eurico Cruz Neto

Des. José Pitas

Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

Des. Susana Graciela Santiso

4ª Câmara

Des. José Pedro de Camargo R. de Souza (Presidente da 4ª Câmara)

Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

Des. Dagoberto Nishina de Azevedo

Des. Manoel Carlos Toledo Filho

Des. Luiz José Dezena da Silva

3ª TURMA

5ª Câmara

Des. Lorival Ferreira dos Santos (Presidente 5ª Câmara)

Des. Ana Maria de Vasconcellos

Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes

Des. Samuel Hugo Lima

Des. Maria Madalena de Oliveira

6ª Câmara

Des. Henrique Damiano (Presidente da Turma e da 6ª Câmara)

Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

4ª TURMA

7ª Câmara

Des. Renato Buratto (Presidente da 7ª Câmara)

Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Fabio Grasselli

8ª Câmara

Des. Vera Teresa Martins Crespo (Presidente da Turma e da 8ª Câmara)

Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper

Des. Thomas Malm

Des. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi

5ª TURMA

9ª Câmara

Des. Elency Pereira Neves (Presidente da 9ª Câmara)

Des. Carlos Roberto do Amaral Barros

Des. Nildemar da Silva Ramos

Des. Gerson Lacerda Pistori

Des. Suzana Monreal Ramos Nogueira

10ª Câmara

Des. José Antonio Pancotti (Presidente Turma e da 10ª Câmara)

Des. Fernando da Silva Borges

Des. Valdevir Roberto Zanardi

Des. Antonio Francisco Montanagna

Des. João Alberto Alves Machado

6ª TURMA

11ª Câmara

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri (Presidente Turma e da 11ª Câmara)

Des. Flavio Nunes Campos

Des. Maria Cristina Mattioli

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva (Presidente)

Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Des. Eurico Cruz Neto

Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho

Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Des. Carlos Roberto do Amaral Barros

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri

Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

Des. Renato Buratto

Des. Henrique Damiano

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper

Des. Luiz Antonio Lazarim

Des. José Pitas

Des. Nildemar da Silva Ramos

Des. Lorival Ferreira dos Santos

Des. José Antonio Pancotti

Des. Fernando da Silva Borges

Des. Gerson Lacerda Pistori

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes

Des. Susana Graciela Santiso

Des. Samuel Hugo Lima

Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira

Des. Luiz José Dezena da Silva

Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva (Presidente)

Des. Luiz Antonio Lazarim

Des. Henrique Damiano

Des. Lorival Ferreira dos Santos

Des. José Antonio Pancotti

Des. Fernando da Silva Borges

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

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Flavio Allegretti de Campos Cooper (Presidente)

Des. Renato Buratto

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes

Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

Des. Fabio Grasselli

Des. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi

Des. Dagoberto Nishina de Azevedo

Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira

Des. Luiz José Dezena da Silva

Des. João Alberto Alves Machado

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Nildemar da Silva Ramos (Presidente)

Des. Mariane Khayat

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

Des. Suzana Monreal Ramos Nogueira

Des. Manoel Carlos Toledo Filho

Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza

Des. Claudinei Sapata Marques

Des. José Otávio de Souza Ferreira

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella (Presidente)

Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Des. Eurico Cruz Neto

Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho

Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Des. Carlos Roberto do Amaral Barros

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri

Des. José Pitas

Des. Vera Teresa Martins Crespo

Des. Elency Pereira Neves

Des. Edmundo Fraga Lopes

Des. Thomas Malm

Des. Susana Graciela Santiso

Des. Maria Madalena de Oliveira

JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Em 27.10.2010

Nome	Vara do Trabalho
Carlos Augusto Escanfella	4ª São José do Rio Preto
Édison Giurno	Amparo
Fábio Allegretti Cooper	6ª Ribeirão Preto
Luciane Storel da Silva	Itatiba
Ricardo Antonio de Plato	2ª Jundiá
Maria Inês Corrêa de C. César Targa	2ª Paulínia
Fábio Prates da Fonseca	Aparecida
Paulo Augusto Ferreira	Batatais
José Carlos Ábile	2ª Lençóis Paulista
Rosemeire Uehara Tanaka	Campo Limpo Paulista
Jorge Luiz Souto Maior	3ª Jundiá
João Batista da Silva	2ª Taubaté
Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo	4ª Campinas
Orlando Amâncio Taveira	Çaapava
Keila Nogueira Silva	2ª Marília
Edison dos Santos Pelegrini	1ª Bauru
Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim	1ª Jundiá
Nora Magnólia Costa Rotondaro	Tietê
Mari Angela Pelegrini	Rancharia
Maria da Graça Bonança Barbosa	5ª São José dos Campos
Ricardo Regis Laraia	1ª Paulínia
Eliane de Carvalho Costa Ribeiro	Hortolândia
Renan Ravel Rodrigues Fagundes	Sta. Bárbara D'Oeste
Wilton Borba Canicoba	3ª Campinas
Andrea Gueffi Cunha	4ª Jundiá
Edna Pedroso Romanini	Mogi Mirim
Regina Dirce Gago de Faria Monegatto	Atibaia
Silnei Garrido Lage	Olimpia
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto
Marcelo Garcia Nunes	4ª São José dos Campos
Marcos da Silva Pôrto	5ª Ribeirão Preto
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	10ª Campinas
Adriene Sidnei de M. D. Diamantino	2ª Piracicaba
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto
Jorge Luiz Costa	1ª Franca
Margarete Aparecida Gulmaneli Solcia	2ª Catanduva
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos
Ana Cláudia Torres Vianna	2ª Campinas
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi
Cinthia Mariada Fonseca Espada	Garça
Mônica Aiex	1ª Marília
Renato Henry Sant'Anna	1ª Ribeirão Preto
Isabel Cristina Torrizella Périgo	São José do Rio Pardo
Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas
Adelina Maria do Prado Ferreira	1ª Lençóis Paulista

Nome	Vara do Trabalho
Regiane Cecília Lizi	2ª Bauru
Maria de Fátima Vianna Coelho	9ª Campinas
Cláudia Cunha Marchetti	Sumaré
Olga Regiane Pilegis	8ª Campinas
Julio Cesar Roda	Araras
Jorge Antonio dos Santos Cota	7ª Campinas
Eliana Félix Batista	Presidente Venceslau
Tárcio José Vidotti	4ª Ribeirão Preto
Oséas Pereira Lopes Junior	2ª Assis
Walney Quadros Costa	2ª Ribeirão Preto
Ronaldo Oliveira Siandela	Piedade
Wilson Pocidonio da Silva	Bragança Paulista
Flávio Gaspar Salles Vianna	6ª Campinas
Alberto Cordero Donha	2ª Franca
Levi Rosa Tomé	Ourinhos
Claudia Giglio Veltri Corrêa	1ª São Carlos
Edson Silva Trindade	Taquaritinga
Marco Antonio Macedo André	Dracena
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis
Maurício Takao Fuzita	3ª Araçatuba
Luís Fernando Lupato	Ubatuba
Amauri Vieira Barbosa	Cajuru
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho
André da Cruz e Souza Wenzel	Lorena
Sérgio Milito Barêa	3ª Araraquara
Roberto Nicácio	Caraguatatuba
José Roberto Dantas Oliva	1ª Presidente Prudente
Sérgio Cardoso e Silva	1ª Araçatuba
Marcelo Carlos Ferreira	Salto
Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho
José Roberto Thomazi	1ª Jaú
Hamilton Luiz Scarabelim	2ª Sorocaba
Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva
Maria Helena Falco Salles	Pedemeiras
Jaide Souza Rizzo	Birigiti
André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas
João Vieira de Moraes	2ª Jaboticabal
Luiz Antonio Zanqueta	Lins
Lúcio Salgado de Oliveira	1ª São José dos Campos
Luciana Moro Loureiro	Leme
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto
Robson Adilson de Moraes	5ª Campinas
Dora Rossi Góes	2ª São José dos Campos
José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	2ª Araraquara
Flávio Landi	Itapira

Nome	Vara do Trabalho
Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti	São Roque
Renato de Carvalho Guedes	1ª Limeira
Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba
Inez Maria Jantália	Itanhaém
Eliana dos Santos Alves Nogueira	Ituverava
Sandra de Poli	1ª Jacaré
Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté
Rosana Fantini Nicolini	2ª Jacaré
Renata dos Reis D'ávilla Calil	Capivari
Maria Angélica Mineto Pires	Tatuí
Luís Martins Junior	Itu
Juliana Benatti	2ª Limeira
Luciana Nasr	4ª Sorocaba
Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	4ª Bauru
Alexandre Vieira dos Anjos	Mococa
Gisele Pasotti Fernandes Flora Pinto	3ª Bauru
Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
Odair Rodrigues da Rocha	Guaratinguetá
Fernanda Cavalcanti Varzim Gaetano	Bebedouro
Maria Cristina Brizotti Zamunér	1ª Sorocaba
Mauro César Luna Rossi	Capão Bonito
Walter Gonçalves	3ª Piracicaba
José Guido Teixeira Júnior	Itararé

Nome	Vara do Trabalho
Kátia Liriam Pasquini Braiani	2ª Presidente Prudente
Cristiane Montenegro Rondelli	Mogi Guaçu
Eliane Aparecida Aguado Moreno	Itapetininga
André Luiz Alves	2ª Jaú
Angela Maria Bermudes	Matão
Ismar Cabral Menezes	1ª Jaboticabal
Leandra da Silva Guimarães	São João da Boa Vista
Patrícia Glugovskis Penna Martins	Rio Claro
Lúcia Zimmermann	São Sebastião
Luís Rodrigo Fernandes Braga	Pirassununga
Laura Bittencourt Hinz	2ª São Carlos
Adriana Fonseca Perin	2ª S. J. Rio Preto
Ana Paula Alvarenga Martins	Porto Ferreira
Evandro Eduardo Maglio	Santa Cruz do R. Pardo
Júlio César Trevisan Rodrigues	Votuporanga
Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã
Alexandre Garcia Müller	José Bonifácio
Léo Minoru Ozawa	Avaré
Arilda Cristiane Silva de Paula Calixto	Barretos
Cássia Regina Ramos Fernandes	Pindamonhangaba
Júlio César Marin do Carmo	Itápolis
José Eduardo Bueno de Assumpção	Teodoro Sampaio
Denise Ferreira Bartolomucci	Jales

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 26.10.2010

Nome	Circunscrição
Paulo César dos Santos	Campinas
José Adilson de Barros	Campinas
Álvaro dos Santos	Campinas
Luiz Antonio de Campos Grain	São José dos Campos
Sandro Valério Bodo	Bauru
Nelma Pedrosa G. Sant'Anna Ferreira	Presidente Prudente
Andréia de Oliveira	São José dos Campos
Marcus Menezes Barberino Mendes	Campinas
Andréia Alves de Oliveira Gomide	Ribeirão Preto
Gislene Aparecida Sanches	São José dos Campos
Fernando Lucas Uliani M. dos Santos	Campinas
Adhemar Prisco da Cunha Neto	São José dos Campos
Henrique Macedo Hinz	Campinas
Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan	Campinas
Tânia Aparecida Claro	São José dos Campos
José Antônio Gomes de Oliveira	Campinas
Alcione Maria dos S. Costa Gonçalves	Araçatuba
Pedro Edmilson Pilon	Campinas
Valdir Rinaldi Silva	Sorocaba
Alessandro Tristão	São José do Rio Preto
Daniela Renata R. Ferreira Borges	São José do Rio Preto
Alan Cezar Runho	Ribeirão Preto
Wilson Cândido da Silva	São José dos Campos
Valdomiro Ribeiro Paes Landim	Bauru
Conceição Ap. Rocha de Petribu Faria	São José do Rio Preto
Isabela Tófano de C. Leite Pereira	Campinas
Valéria Cândido Peres	Campinas
Mônica Muniz Barretto Volasco Foschi	Ribeirão Preto
Renato da Fonseca Janon	Ribeirão Preto
Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Presidente Prudente
Décio Umberto Matoso Rodovalho	Campinas
Antonia Rita Bonardo	Campinas
Luciana Caplan	Campinas
Marcos Roberto Wolfgang	Presidente Prudente
Azael Moura Junior	Campinas
Márcia Cristina Sampaio Mendes	Ribeirão Preto
Carlos Eduardo Vianna Mendes	São José dos Campos
Josefina Regina de Miranda Geraldi	Campinas
Cleber Antonio Grava Pinto	Araçatuba
Kathleen Mecchi Zarins Stamato	Campinas
Afrânio Flora Pinto	Bauru
João Baptista Cilli Filho	Ribeirão Preto
Renato César Trevisani	Ribeirão Preto
Fernanda Cristina de Moraes Fonseca	Campinas
Daniela Macia Ferraz Giannini	Campinas

Nome	Circunscrição
Rosana Alves Siscari	Campinas
Rodrigo Penha Machado	Ribeirão Preto
Marcelo Bueno Pallone	Campinas
Marcelo Siqueira de Oliveira	Bauru
Candy Florencio Thomé	São José dos Campos
Lucineide Almeida de Lima Marques	Bauru
Sandra Maria Zirondi	São José do Rio Preto
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto
Elen Zorai de Módolo Jucá	Araçatuba
Ana Maria Eduardo da Silva	Sorocaba
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente
Regina Rodrigues Urbano	Campinas
Manoel Luiz Costa Penido	São José dos Campos
Paulo Bueno C. de A. Prado Bauer	Bauru
Ana Paula Silva Campos Miskulin	São José do Rio Preto
Déborah Beatriz O. Inocêncio Nagy	Sorocaba
Teresa Cristina Pedrasi	Campinas
Diovana Bethânia O. Inocêncio Fabreti	Sorocaba
Priscila de Freitas Cassiano Nunes	São José dos Campos
Ana Flávia de Moraes Garcia Cuesta	Campinas
Ana Maria Garcia	Ribeirão Preto
José Antônio Dosualdo	São José dos Campos
Rodarte Ribeiro	São José do Rio Preto
Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	Araçatuba
Alexandre Chedit Rossi	Sorocaba
Maurício de Almeida	Bauru
Flávio Henrique Garcia Coelho	Bauru
Andrea Maria Pfrimer Falcão	São José dos Campos
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto
Ana Lúcia Cogo Casari C. Ferreira	Campinas
Maria Flávia Roncel de Oliveira Alaite	Ribeirão Preto
Alexandre Alliprandino Medeiros	Ribeirão Preto
Sidney Xavier Rovida	Araçatuba
Wellington Amadeu	São José dos Campos
Sandra Carla Simamoto da Cunha	Ribeirão Preto
Carlos Roberto Ferraz de Oliveira Silva	Bauru
João Dionisio Viveiros Teixeira	Campinas
Débora Wust de Proença	São José dos Campos
Cecy Yara Tricca de Oliveira	Campinas
Marco Antonio Folegatti de Rezende	São José dos Campos
Carmen Lucia Couto Taube	São José dos Campos
João Batista de Abreu	Campinas
Clóvis Victório Júnior	Araçatuba
André Luiz Menezes Azevedo Sette	Campinas
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas

Nome	Circunscrição
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas
Lenita Aparecida Pereira Corbanezi	Campinas
Christina Feuerharmel Ribeiro	Campinas
Maurício Matsushima Teixeira	Sorocaba
Solange Denise Belchior Santaella	Campinas
Saint-Clair Lima e Silva	Campinas
Ronaldo Capelari	Campinas
Mauricio Bearzotti de Souza	Campinas
Adriana Custódio Xavier de Camargo	Campinas
Saete Yoshie Honma Barreira	Campinas
Vinicius Magalhães Casagrande	Sorocaba
Aparecido Batista de Oliveira	Sorocaba
André Luiz Tavares de Castro Pereira	Sorocaba
Leticia Gouveia Antonioli	Campinas
Antonio Carlos Cavalcante de Oliveira	Bauru
Mauro César Moreli	São José do Rio Preto
Ricardo Luís Valentini	Ribeirão Preto
Rogério Princivalli da Costa Campos	Bauru
Paulo Eduardo Belloti	Sorocaba
Roberto dos Santos Soares	Bauru
Sérgio Polastro Ribeiro	Bauru
Rosana Nubiato Leão	Araçatuba
Fabiano de Lima Caetano	Ribeirão Preto
Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba
Tiago Brasil Pita	Ribeirão Preto
Rodrigo Adelio Abrahão Linares	Ribeirão Preto
Paulo Henrique Coiado Martinez	Ribeirão Preto
Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto
Mercio Hideyoshi Sato	Campinas
Camila Moura de Carvalho	Campinas
Valtair Noschang	São José do Rio Preto
Alexandre Klimas	Ribeirão Preto

Nome	Circunscrição
Siumara Junqueira de Oliveira	Campinas
Carlos Alberto Frigieri	Ribeirão Preto
Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas
Camila Ceroni Scarabelli	Campinas
Thiago Henrique Ament	Campinas
Fábio Natali Costa	Ribeirão Preto
Newton Cunha de Sena	Campinas
Polyanna Sampaio Candido da Silva	Ribeirão Preto
Amanda Barbosa	Ribeirão Preto
Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto
Taciana Orlovicim Gonçalves Pita	Ribeirão Preto
Arthur Albertin Neto	São José do Rio Preto
Marcelo Chaim Chohfi	Campinas
Patricia Maeda	Campinas
Edson da Silva Júnior	Bauru
Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto
Mariângela Fonseca	Bauru
Luciano Brisola	Sorocaba
Rogério José Perud	Presidente Prudente
Josué Cecato	Campinas
Ludmila Ludovico E. da Rocha	Campinas
Rafael Marques de Setta	Campinas
Luciano Berenstein de Azevedo	Campinas
Érica Escarassatte	Campinas
Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto
Hugo Nunes de Moraes	Presidente Prudente
Ricardo Luís da Silva	Campinas
Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas
Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas
Andréia Possêbão Nogueira	Presidente Prudente
Evelyn Caliman S. Tabachine Ferreira	Ribeirão Preto
Ana Missiato de Barros Pimentel	Campinas

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

SEÇÃO ESPECIAL

O assédio moral, o assédio sexual e a síndrome de *burnout* na ambiência do trabalho 23

CAPELATTO, Ivan Roberto

Violência no trabalho: assédio moral e sexual 29

DIONÍSIO, Sônia das Dores

ARTIGOS

Doutrina Nacional

Artigo 71 da Lei n. 8.666/1993 e Súmula n. 331 do C. TST: poderia ser diferente? 43

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

Repressão penal dos atos antissindicais 67

LIMA, Firmino Alves e SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da

Refundando o Direito Penal do Trabalho: primeiras aproximações 85

FELICIANO, Guilherme Guimarães

Doutrina Internacional

Acoso laboral y negociación colectiva en Andalucía 131

GORELLI HERNANDEZ, Juan

Trabalhos do Meio Científico

Competência criminal da Justiça do Trabalho	179
ORTIZ, José Carlos	

JURISPRUDÊNCIA

1ª Seção de Dissídios Coletivos	209
3ª Seção de Dissídios Coletivos	213
Direito Material	215
Direito Processual	247
Direito Rural	265
Execução.....	267
Matéria Nova	275

ATOS NORMATIVOS

Atos Normativos	281
-----------------------	-----

ÍNDICE

Jurisprudência.....	289
Onomástico.....	301

APRESENTAÇÃO

A **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região** chega ao seu número 37 com uma alvissareira notícia: após uma série de esforços de adequação editorial, a **Revista** passa a contar com o selo “Qualis” da CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), na categoria “C”. O selo “Qualis” é conferido a partir de um conjunto de procedimentos utilizados pela CAPES, órgão que se vincula ao Ministério da Educação e regulamenta as graduações e pós-graduações existentes no Brasil, objetivando a estratificação da qualidade da produção intelectual dos programas de pós-graduação, para o que se classificam anualmente, com vistas àquelas medições, diversos periódicos de perfil acadêmico ou científico. Não é preciso dizer o que tal selo significa para este importante veículo técnico-científico da Magistratura do Trabalho da 15ª Região. Seguem, agora, os muitos trabalhos para galgar paulatinamente cada um dos exigentes degraus da escala “Qualis”.

Esta edição também se revela especialmente feliz na abordagem temática, revolvendo um dos aspectos mais tormentosos do contexto jurídico-laboral hodierno: **a violência nas relações de trabalho**. Nesta linha, a “Seção Especial” publica o inteiro teor das palestras de IVAN CAPELATTO e de SÔNIA DIONÍSIO por ocasião do 10º Congresso de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, tratando de um atualíssimo e intrincado tríduo temático, que imbrica as questões do meio ambiente do trabalho àquelas da tutela jurídica da dignidade da pessoa humana: **assédio moral, assédio sexual e burn-out**.

Na sequência, em “Doutrina Nacional”, WALKÜRE LOPES RIBEIRO DA SILVA e FIRMINO ALVES LIMA apresentam substancioso artigo sobre a **repressão penal dos atos antissindiciais**, descortinando as dimensões da violência no plano coletivo e propondo soluções, a partir da experiência estrangeira, no campo da repressão penal. Em olhar mais panorâmico, mas outra vez ancorado na experiência internacional, GUILHERME FELICIANO desenvolve os rudimentos do Direito Penal do

Trabalho e propõe uma nova perspectiva hermenêutica, de fundo constitucional, para refundar dogmaticamente este segmento do ordenamento jurídico-penal. Menos retórica, menos legislação simbólica; mais efetividade e sentido de vigência.

No mesmo encaço, em “Doutrina Internacional”, GORELLI HERNANDEZ volta ao tema da violência nas relações individuais de trabalho, na figura do **assédio moral**, e discute o tratamento da matéria no âmbito da negociação coletiva andaluz, particularizando o caso espanhol.

Por fim, encerrando a digressão temática em sede de violência laboral, nas suas manifestações mais agressivas - crimes e contravenções laborais -, a seção “Trabalhos do Meio Científico” enfrenta a polêmica tese da competência criminal da Justiça do Trabalho, acenando positivamente para essa verdadeira revolução esperada no plano competencial trabalhista.

A **Revista** ainda cuida da interpretação conforme do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, que justifica plenamente a orientação sinalizada pela Súmula n. 331 do C.TST, sem qualquer violação ao teor da Súmula Vinculante n. 10. A conferir, na pena de TEREZA ASTA GEMIGNANI.

Eis, portanto, o que o espera, leitor: uma imersão sem escalas no mundo do trabalho, em sua faceta mais obscura: a da lesão antijurídica aos direitos fundamentais - individuais e sociais - da pessoa trabalhadora. Além, é claro, do debate abalizado de outras tantas questões igualmente importantes, no Direito e no Processo do Trabalho, e das tradicionais seções de jurisprudência, indexadas pelos respectivos temas, e de legislação regional (atos normativos).

Boa leitura!

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
Membro do Conselho Editorial



SEÇÃO ESPECIAL

O Assédio Moral, o Assédio Sexual e a Síndrome do *Burnout* na ambiência do trabalho*

“O Trabalho é a condição psíquica mais organizada da vida humana, depois da Família. É nele que o Sujeito Humano pode adquirir auto estima, capacidade de se saber autônomo e de construir relações sociais saudáveis”.

Ivan Roberto Capelatto**

É publicado, em 1930, por Freud, um de seus mais valiosos livros sobre a questão básica da dinâmica da vida humana, intitulado “O mal-estar na Cultura”. Nesta obra, Freud descreve sua angústia em relação à sobrevivência do esforço humano em se adaptar à vida através de regras, leis, tabus, esquemas de controle dos impulsos e dos instintos.

Mas, para suportar o controle das pulsões, é necessária a presença das neuroses, consequência imediata das repressões à sexualidade e aos impulsos mais intrínsecos da vida instintiva humana. Não há como garantir uma **neurose social**, na qual todos estejam engajados e conscientes da necessidade dessa repressão, dessa necessidade de se **trocar** um Princípio do Prazer, de um gozo imediato, por um Princípio da Realidade, no qual o Outro, as coisas, a espera, a ética, os deveres, enfim, um cuidado com a vida própria e a vida do próximo devam ser olhados.

Para se garantir esse cuidado, é necessário ser cuidado, através de

* Texto base de palestra proferida no 10º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, nos dias 30 de junho a 1º de julho de 2010 em Paulínia/SP.

** Ivan Roberto Capelatto é psicoterapeuta de crianças, adolescentes e famílias; mestre em Psicologia Clínica pela PUCAMP; professor e supervisor do GEIC de Londrina - PR; (grupo de estudos e pesquisas em psicopatologias da família, da infância e da adolescência); professor-convidado do curso de Terapia Breve Familiar do The Milton H. Erickson Foundation Inc.(Phoenix, Arizona, USA); professor convidado do curso de pós-graduação de Pediatria da Faculdade de Medicina da PUC – Paraná (Curitiba) da matéria: “Adolescência Normal e Adolescência de Risco”; colaborador da UNESCO com o Projeto de Vida, apoio do jornal O Estado de São Paulo; fundador do Centro de Atendimento à Criança Leucêmica do Hospital Boldrini – Campinas – SP; Professor-convidado do Curso de Especialização em Medicina da Família da Faculdade de Medicina da UNICAMP.

um processo chamado **maternagem** ou *holding*, segundo Winnicott, onde mães, pais e cuidadores se ocupam de seus filhos na infância, garantindo que eles possam, através dos tão alertados **limites**, suportar as frustrações e esperar pelo prazer, passando assim do Princípio do Prazer para o Princípio da Realidade.

Esse processo garante, desde a infância, a presença de uma consciência a mais, chamada Superego, que podemos chamar também de lucidez, que garante o uso do juízo crítico pela criança, e, mais tarde, pelo adolescente e pelo adulto.

Quando esse cuidado não se dá, isto é, quando à criança tudo é permitido, ou a negligência dos cuidadores se dá de forma contínua, sem limites ou contenções, temos o provável aparecimento de um processo chamado **perversão**, que é o negativo das neuroses, isto é: enquanto o ser que recebe cuidados se preocupa consigo e com o outro, é capaz de sentir medo, culpa e preocupação (*concern*), o perverso não consegue estes sentimentos e precisa do sentimento do outro para sentir o **seu próprio sentir**. Causa **dano** para sentir medo; causa **dano** para se livrar da inveja; causa **dano** para se livrar do ciúme; causa dor para experimentar o que é dor. Enfim, não consegue eleger seus próprios sentimentos, a não ser sentindo-os no outro.

O dolo e o dano são maneiras de experimentar autoestima, poder e sentir-se acima do outro, uma sensação narcísica fundamental e prazerosa.

À medida que a sociedade vai se firmando como uma sociedade consumista e **devoradora** de bens materiais e coisas concretas, vai deixando de valorizar o afeto, o contato e o cuidado com as crianças e, principalmente, com os limites que devam ser dados a elas. Numa sociedade onde as coisas podem ser trocadas, jogadas fora e substituídas com tanta facilidade, essa prática passa também para as relações humanas, afetivas, sociais e, claro, no ambiente do trabalho.

E é no ambiente sócioafetivo (escola, trabalho, lazer) que as manifestações perversas (causar dano) mais aparecem, através do que chamamos **bullying** ou assédio moral, também evoluindo, muitas vezes, para o assédio sexual, conduta que provém de um estado de poder formal, mas também profundamente perverso.

O assédio moral – o *bullying*

Conduta que visa causar dano, geralmente afastar o outro do trabalho, através de ataques que desestabilizam o sujeito. Palavras ou movimentos **fragilizadores** do Ego, enfraquecedores das defesas, onde

algo (nome, sobrenome, posição, cor, origem, composição física, tipo de poder ou posição na instituição) é escolhido como **ponto-alvo** dos ataques.

O assédio moral é uma dinâmica que se inicia muito cedo na vida das pessoas, já na escola, na infância, por volta dos 5 ou 6 anos. Sua força maior aparece na adolescência, onde características de personalidade perversa (psicopática) já estão fixadas e continua na vida adulta.

Essas manifestações trazem como sequelas a perda da estima e da autoestima na vítima, a perda da motivação de continuar frequentando os lugares onde a ação perversa é feita, o início de processos depressivos, muitas vezes compulsões (comer demais, fumar demais, beber álcool, etc), e, em pessoas mais frágeis, podem surgir sentimentos suicidas e o abandono da escola ou do trabalho.

O assédio sexual

Conduta antissocial, perversa, onde o sujeito com algum poder diferenciado coage o outro com objetivo de obter vantagens sexuais, causando-lhe forte constrangimento, prevalecendo-se de seu poder hierárquico superior.

Geralmente o constrangimento, o abuso, também leva a vítima a se afastar do trabalho, muitas vezes motivando depressões ou doenças autoimunes.

Geralmente este abuso é cometido por chefes, colegas com posição mais diferenciada de poder, e pode vir tanto do sexo masculino como do feminino. Geralmente os homens não relatam o assédio.

O *burnout*

A síndrome de *Burnout* (do inglês *to burn out*, queimar por completo), também chamada de síndrome do esgotamento profissional, foi assim denominada pelo psicanalista nova-iorquino Freudenberg, após constata-la em si mesmo, no início dos anos 1970.

A dedicação exagerada à atividade **profissional** é uma característica marcante de *Burnout*, mas não a única. O desejo de ser o melhor e sempre demonstrar alto grau de desempenho é outra fase importante da síndrome: o portador de *Burnout* mede a autoestima pela capacidade de realização e sucesso profissional. O que tem início com satisfação e prazer termina quando esse desempenho não é reconhecido. Nesse estágio, necessidade de se afirmar, o desejo de realização profissional, se transforma em obstinação e compulsão.

São doze os estágios de *Burnout*:

1. Necessidade de se afirmar;

2. Dedicção intensificada - com predominância da necessidade de fazer tudo sozinho;

3. Descaso com as necessidades pessoais - comer, dormir, sair com os amigos começam a perder o sentido;

4. Recalque de conflitos - o portador percebe que algo não vai bem, mas não enfrenta o problema. É quando ocorrem as manifestações físicas;

5. Reinterpretação dos valores - isolamento, fuga dos conflitos. O que antes tinha valor sofre desvalorização: lazer, casa, amigos, e a única medida da autoestima é o trabalho;

6. Negação de problemas - nessa fase os outros são completamente desvalorizados e tidos como incapazes. Os contatos sociais são repelidos, cinismo e agressão são os sinais mais evidentes;

7. Recolhimento;

8. Mudanças evidentes de comportamento, muitas vezes desencadeada pelo **assédio moral** (ou **sexual**);

9. Despersonalização;

10. Vazio interior;

11. Depressão - marcas de indiferença, desesperança, exaustão. A vida perde o sentido;

12. E, finalmente, a síndrome do esgotamento profissional propriamente dita, que corresponde ao **colapso físico** e mental. Esse estágio é considerado de emergência, e a ajuda médica e psicológica, uma urgência.

Enfim, à medida que a sociedade se volta de forma narcísica e negligente à Educação e às crianças e adolescentes, negando-lhes o acesso a sentimentos importantes como a suportabilidade da Raiva, Medo e Culpa, forma-se uma legião de sujeitos em estado perverso, que a psiquiatria forense denomina de Personalidade Psicopática, cuja frieza, morbidez e desejo de causar dano e dolo os fazem frequentar mais o Sistema Judiciário que o Sistema de Saúde.

À medida que o trabalho deixe de ser um construtor de autoestima, de autopromoção do indivíduo e de construção de prazer, pode gerar dano, como o *burnout*, como um engodo que ocorre na esperança de se tornar o melhor, o mais especial, o primeiro da lista de promoções. O trabalho é uma escolha, não só da sobrevivência econômica do indivíduo, mas da sua sobrevivência como sujeito de uma sociedade; é a promoção de sua identidade como pessoa.

Estimular a Educação, em todas as suas formas, tanto na informalidade das relações pais/filhos, como na dinâmica importantíssima das

relações professor (educador)/aluno é fazer acontecer um maior respeito à Lei, um maior acesso à Saúde Mental e Física e fazer acontecer um maior acesso ao conhecimento e à construção de uma sociedade mais lúcida.

Referências

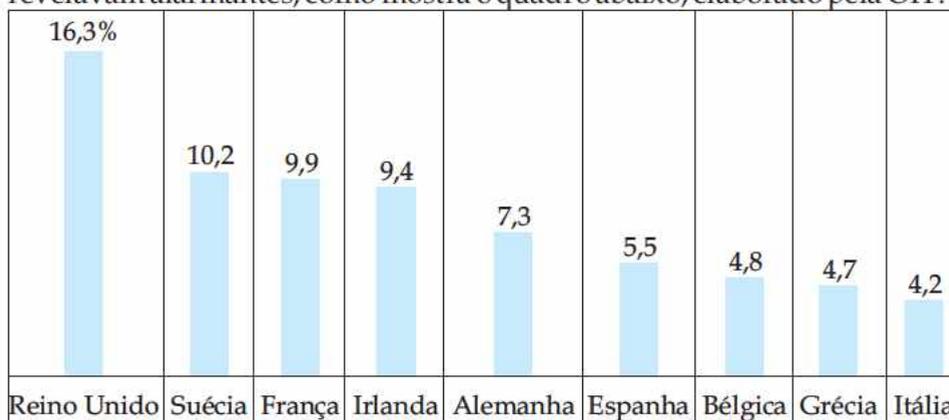
- ABREU, Antônio Suárez. **Psicologia judiciária**. Ed. Bookjuris, 2010.
- ALBERONI, Francesco. **Os invejosos**. Rio de Janeiro: Rocco, 1996.
- CAPELATTO, Ivan. **Diálogos sobre a afetividade**. 5. ed. Campinas: Papyrus, 2010.
- CAPELATTO, Ivan; MARTINS, José. **Cuidado, afeto e limites**. 2. ed. Campinas: Papyrus, 2010.
- DOLTO, Françoise. **Dificuldade de Viver**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1988.
- FREIRE COSTA, Jurandir. **Violência e psicanálise**. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 1974.
- VALLE, Luiza Elena Leite Ribeiro do. **Neuropsiquiatria: Infância e adolescência**. Poços de Caldas: ABENEPI, 2006.
- FERRAZ, Flávio C. **Perversão**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2000.
- SHINE, Sidney Kiyoshi. **Psicopatia**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001.
- SOIFER, Raquel. **Psicodinamismos da família com crianças**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1989.
- WINNICOTT, Donald W. **As idéias de Winnicott**, por Alexander Newman. Rio de Janeiro: Imago, 1995.

VIOLÊNCIA NO TRABALHO: ASSÉDIO MORAL E SEXUAL*

Sônia das Dores Dionísio**

1 Introdução

Todos nós sabemos que o assédio moral no trabalho é um fenômeno mundial que foi detectado desde o início do século passado, mas que só tomou dimensão a partir de uma pesquisa realizada pela OIT em 2000¹ e, desde aquela ocasião, os números desta perversa geografia humana já se revelavam alarmantes, como mostra o quadro abaixo, elaborado pela OIT:



Tais números não param de crescer e de fazer vítimas, pois nos Estados Unidos o índice é de 25%.

Em Portugal, notícias veiculadas pela emissora RTP dão conta de que 30% dos trabalhadores sofrem assédio moral.

* Palestra proferida no 10º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho promovido pelo TRT da 15ª Região em junho de 2010.

** Juíza Titular da 11ª Vara do Trabalho de Vitória. Membro fundador e Secretária Geral do Ipeatra – Instituto de Pesquisas e Assuntos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho. Pós-graduanda em Direito Público pela PUC-Minas. Ex-Vice Diretora e ex-Conselheira da EJUD-TRT-17ª Região. Co-autora da obra Conciliação Extrajudicial Prévia – Análise Interpretativa (Ed. Líder, BH, 2002).

¹ Disponível em: www.assediomoral.org.br. Acesso em: abril/2010

Um levantamento feito no Reino Unido entre 2006/2007, pela Secretaria de Proteção à Saúde do Trabalhador (*Health and Safety Executive*), revelou que 530 mil britânicos ficaram doentes por conta de estresse no trabalho².

No ano passado assistimos ao drama do suicídio de 23 trabalhadores franceses, todos da *France Télécom* que, após a perda do monopólio, passou a adotar uma agressiva política de reestruturação, com corte de 20 mil postos de trabalho, destinada a “enfrentar a concorrência”, levando o governo francês a agir, obrigando a empresa a suspender sua nova política de reestruturação e de gestão.

A gravidade desse quadro é tamanha que, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos, há seguro para proteger executivos e empresas de ações por Assédio Moral.

Trata-se de Seguro de proteção contra Responsabilidade Civil por práticas trabalhistas.

Embora o Brasil não tenha realizado qualquer estudo oficial ou estatística visando a identificar o problema, pois o que temos são apenas estimativas realizadas por pesquisadores brasileiros, como é o caso da respeitada professora da PUC-SP, Margarida Barreto, nós, Juízes do Trabalho, sabemos que o problema não só existe como também sempre existiu.

Por aqui ele era invisível. Só apareceu depois das primeiras decisões reconhecendo a sua existência e, a partir delas, começamos a pensar sobre ele. E os trabalhadores, por sua vez, descobriram que o que pensavam ser parte inevitável do contrato de emprego era, na verdade, uma violência contra si.

E a partir desse marco, as denúncias aumentaram. A tal ponto de o Brasil já contar, também, com seguro para proteção contra ação por assédio moral.

Pesquisando para esta palestra, constatei que a empresa suíça **Zurich** já está no mercado brasileiro fazendo seguros contra reclamações trabalhistas por assédio moral³. E o banco Itaú, por exemplo, também já ingressou neste ramo oferecendo esta mesma modalidade de seguro.

Isto, obviamente, é emblemático, pois nos lembra a metáfora do “bode na sala”. Se você o tira de lá, o problema acabou.

2 Assédio Moral: Conceito e Origem

²MENDONÇA, Martha; Neves, Maria Laura. Clemente, Isabel. **O pesadelo do assédio moral**. Revista Época, 19.09.2008.

³PIMENTEL, Silva. **Assédio Moral: Já há seguro**. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org.br/spip.php?article378>>. Acesso em: junho/2010.

2.1 Conceito

Embora não pretenda insultar a inteligência de ninguém apresentando sua definição, porque o assédio moral integra a categoria dos conceitos jurídicos indeterminados, atraindo, por isso mesmo, uma certa carga de discricionariedade judicial, gostaria de formular seu conceito, que no meu juízo interno, pode servir de ponto de partida para a construção da sua caracterização.

Evidentemente que, em nossa língua portuguesa, o sentido de assédio é impertinência, importunação, insistência para conseguir algo de alguém.

Em Espanha é *acoso*, ou seja, acostrar, intimidar, perseguir, encurralar, fechar as 'portas da cidade', tal como ocorre nas operações militares em que se estabelece cerco, domínio.

Já os ingleses têm-no como **intimidação**, e os franceses dão-lhes o sentido de **pressão sufocante**.

Então, se o adjetivo moral pode ser entendido como “o que é pertencente ao espírito do homem”, posso estabelecer seu conceito jurídico básico, do assédio moral, respeitado, evidentemente, o limite do campo jurídico-trabalhista, como:

Exercício abusivo do poder diretivo e disciplinar do empregador, resultante do uso de métodos ou de práticas gerenciais ofensivas ao equilíbrio psicológico e emocional do trabalhador e à sua saúde mental.

2.2 Origem

Vimos que o assédio moral não é 'jabuticaba' e, não sendo, temos de indagar:

De onde vem essa violência? Por que o capital maltrata a fonte que o alimenta e em tantos lugares?

A matriz do problema, se vista exclusivamente sob a ótica brasileira, pode encontrar explicação histórica em nosso passado colonialista, escravagista, individualista e patrimonialista. Não podemos negar que a visão autoritária e dominial herdada do passado influencia até os tempos atuais a perspectiva empresarial, segundo a qual o empregado seria propriedade da empresa.

Faria parte do seu acervo técnico e os seus serviços, tratados como qualquer outro insumo que alimenta a sua cadeia produtiva. Nasce daí a incompreensão sobre o valor social do trabalho e a confusão entre poder diretivo e poder senhorial e ditatorial.

Hão de indagar, no entanto: e nos países onde esses ingredientes não estão presentes? Por que o fenômeno também acontece no chamado

mundo civilizado?

Respondo: desgraçadamente temos um ponto em comum:

Se no passado de Marx & Engels a burguesia europeia conseguira rasgar “o véu de emoção e de sentimentalidade das relações familiares, reduzindo-as a mera relação monetária”⁴, no presente, este papel está sendo exercido pelo capital global.

Aliás, Bauman, mestre vivo da sociologia moderna, em sua obra *Globalização: as conseqüências humanas*⁵, relata uma pregação muito proposital, feita por Albert Dunlap, célebre 'racionalizador' da empresa moderna, também conhecido 'açougueiro', 'esquartejador':

As companhias pertencem às pessoas que nela investem - não aos seus empregados, fornecedores ou à localidade em que se situa.

Neste ano de 2010, o cineasta Jason Reitman mostrou muito bem esta face do capital em seu filme **Amor Sem Escalas**, cujo protagonista é um desses predadores de emprego, que sai pelos Estados Unidos afora com a exclusiva tarefa de dispensar empregados das grandes Companhias, conferindo contemporaneidade às afirmações de Marx & Engels, pois de fato o capital de hoje substituiu a burguesia do Século XVII, e revela, sem nenhuma timidez, toda a sua tirania: o empregado não importa, não é 'pertencente'. Trata-se de um mero insumo.

Quem e o que importa são: o resultado, a qualquer custo, e o investidor, esteja ele onde estiver.

A propósito da desterritorialização do capital e da sua tática **do mínimo é o máximo**, extraída da equação **redução de custos x maior produtividade = super lucro**, e do seu modo de tratar o trabalhador, tivemos, neste mês de junho de 2010, mais um macabro exemplo que veio da China:

Doze (12) trabalhadores da Foxconn - empresa que emprega 400.000 pessoas só na cidade Shenzhen-, fabricante do Ipad e Iphone da Apple, de Steve Jobs, e da Dell, HP, Sony, Microsoft e Nokia - tentaram suicídio, pulando, dramaticamente, das janelas dos alojamentos da empresa. Apenas 2 (dois) sobreviveram. Tais trabalhadores tinham idade entre 18 e 24 anos.

Segundo o jornalista Tomi Mori⁶, em relato de Tóquio para o *site*

⁴MARX & ENGELS. **Manifesto comunista**. Trad. Sueli Cassal. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2001, v. 227.

⁵BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 13.

⁶MORI, Tomi. **China**: onda de suicídios na Foxconn. Disponível em: <<http://www.esquerda.net/artigo/china-onda-de-suic%C3%ADdios-na-foxconn>>. Acesso em: junho/2010

esquerda.net, na semana anterior a 15 de junho/2010, fora a vez de um engenheiro de 28 anos. Tal trabalhador se casara há três meses e, segundo seus familiares, sua morte tida como “repetina” foi causada por excesso de trabalho pois, antes de morrer, tinha trabalhado nada menos de trinta e quatro horas ininterruptas.

Uma das técnicas gerenciais adotadas por aquela empresa seria, por exemplo, obrigar o empregado a correr para o banho antes de a água quente ser desligada, imposição de multa por minutos de atraso e por recusa em fazer hora extra.

Instada a responder sobre o episódio, a empresa respondera cruelmente que: “os suicídios seriam estatisticamente menores do que em toda a China, onde aproximadamente ocorrem 14 suicídios para cada 100 mil pessoas”.

Quer dizer, então, que 10 suicídios é pouco. Bom mesmo seriam 56, pois, se a Companhia tem 400 mil empregados, e se 14 de cada 100 mil se suicidam na China, este seria o número 'aceitável'.

Camus tinha razão quando disse que estamos na época da premeditação e do crime perfeito⁷. Só que nossos criminosos de hoje não usam a filosofia para transformar assassinos em juízes. Agora usam o alibi da lógica estatística.

Foi este mesmo capital global que exportou para o Brasil, mais precisamente a partir da política neoliberal das privatizações, os métodos parecidos com os da empresa chinesa. Lembro-me que, logo depois da primeira decisão que proferi sobre o assédio moral, apreciei dezenas de casos no Tribunal, em que uma empresa de telefonia, recém-chegada ao País, fixava tempo para que seus empregados realizassem suas necessidades biológicas, como ir ao banheiro e tomar água.

Além disso, realizava reuniões nas quais obrigava aqueles que não alcançavam as metas estabelecidas ou que extrapolavam aquele tempo predeterminado a se vestirem de **palhaços**, de personagens televisivos de humor ridículo, e a dançar danças que estereotipavam o comportamento social do brasileiro, como, por exemplo, uma tal de 'dança na boquinha da garrafa', 'bonde do tigrão' e outras congêneres.

Neste período, tivemos, também, a oportunidade de julgar processo de empresa distribuidora de uma das cervejarias mais poderosas do mundo, que obrigava seu empregado a se vestir de mulher, a entrar em uma jaula com a figura de um Macaco, pelo fato de não conseguir atingir as metas e alcançar a concorrência.

⁷CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. trad. Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 1999.

Tom Dwyer⁸, sociólogo neozelandês, em sua obra “Vida e Morte no Trabalho”, afirma que o ambiente do trabalho é uma reprodução das relações sociais. E tem toda razão, pois todos esses casos expressam, de forma muito clara, a relação social totalitária que o topo da pirâmide estabelece com a base.

2.3 Características e Tipos de Assédio Moral

A partir do conceito que estabelecemos, podemos afirmar que o Assédio Moral se caracteriza pela prática reiterada de um conjunto de ações, que objetivam obter do trabalhador determinado comportamento, conduta ou ato. E para isto, segundo a melhor doutrina⁹, são utilizadas várias técnicas, dentre elas, as de maior destaque:

a) as de relacionamento, tais como, isolar, ignorar, deixar de atribuir atividade (o chamado contrato de inação), ou atribuir tarefas inúteis;

b) as de ataque, que visam a desacreditar ou desqualificar a vítima, humilhá-la, compeli-la a sair; e, por fim,

c) as técnicas punitivas, que incluem, por exemplo, sujeição à pressão, imposição de sobrecarga de tarefas, atribuição de tarefas impossíveis, etc.

Tais técnicas podem partir tanto da própria política de gestão da corporação e aplicada por quem detém poder de comando, como dos integrantes do grupo de trabalhadores.

Vem daí a distinção entre assédio moral vertical e horizontal.

Evidentemente que o assédio **vertical** advém do sujeito que tem comando e direção.

E o **horizontal** parte de trabalhadores do mesmo nível. Costuma ocorrer em ambiente deletério e degradado por extrema competitividade, ou seja, em ambiente onde há desintegração do grupo. Geralmente se exterioriza através de insinuações depreciativas, desdenhosas e grosseiras dirigidas contra a vítima.

Há quem diga, também, que há o assédio misto ou combinado, que seria fruto da união e cumplicidade entre quem comanda e os comandados, e cujo objetivo seria excluir um dos integrantes do grupo.

Todavia, não faço tal distinção, pois entendo que este tipo de

⁸DWYER, Tom. **Vida e morte no trabalho**. São Paulo: Unicamp, 2006.

⁹LEYMANN. Apud GARCIA CALLEJO, José Maria. *Protección jurídica contra el acoso moral en el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*. In: BARROS, Alice Monteiro de. **Assédio moral**. Disponível em <http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2004/saude_mental/anais/artigos/1.pdf>. Acesso em: junho/2010.

prática é estabelecida de cima para baixo, e o que muda é apenas a tática, já que o fim é o mesmo.

2.4 O Tratamento Jurídico do Assédio Moral

Alguns países já possuem legislação específica para punir o assédio.

É o caso da Alemanha, Argentina, Bélgica, Canadá, França, Noruega e Suécia.

Nos Estados Unidos, a situação é igual a nossa, pois os casos de assédio são julgados de acordo com a legislação de dano moral.

Na Espanha, Itália e Japão há leis à espera de aprovação.

Por aqui, também temos projetos à espera de aprovação pelo Congresso.

Um deles trata o assédio moral como ilícito penal, que é o PL n. 742/2001, que propõe introduzir o art. 136-A no Código Penal, que teria a seguinte redação:

Art. 136-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica. Pena - detenção de um a dois anos.

O outro, o PL n. 2.369/2003¹⁰, que foi objeto de várias emendas, sendo uma do Deputado Paes Landim e as demais do Deputado Vicentinho, trata especificamente **do Assédio Moral nas Relações de Trabalho**, dispõe sobre o pagamento de indenização por dano moral, despesas com tratamento médico, multa administrativa, cuidando, também, de alguns aspectos processuais, como por exemplo, inversão do ônus da prova e substituição processual pelos sindicatos.

Se for aprovado, penso que teremos tomado um grande passo para a melhoria do meio ambiente do trabalho, da saúde do trabalhador e economia dos gastos da Previdência Social¹¹.

3 Assédio Sexual

Minha manifestação sobre este tema, dada a exiguidade do tempo,

¹⁰Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/672167.pdf>>

¹¹No início de agosto de 2010, os Deputados Ricardo Berzoini (PT-SP), Pepe Vargas (PT-RS), Jô Moraes (PC do B-MG), Paulo Pereira da Silva (PDT-SP) e Roberto Santiago (PV-SP) apresentaram o PL n. 7.202/2010, objetivando alterar o art. 21 da Lei n. 8.212/1991 e incluir o assédio moral no conceito de acidente do trabalho. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/781622.pdf>>

e o fato de não ser a minha especialidade, será centrada apenas em 3 (três) aspectos: conceito, caracterização e espécies.

Sabemos que o assédio sexual é, também, um atentado contra a dignidade individual do trabalhador, pois o direito à liberdade sexual é expressão do direito à intimidade e à vida privada, e nele se inclui o próprio corpo.

E tal como o assédio moral, nasce da relação de dominação e visa a obter uma conduta específica desejada pelo agressor, que é o favor de ordem libidinoso.

3.1 Conceito

De acordo com a OIT, considera-se assédio sexual: atos de insinuações, contatos físicos forçados, convites impertinentes condicionados a dar ou manter emprego, influir nas promoções, prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima¹².

No ano de 2001, o Brasil tipificou o Assédio Sexual como crime, no art. 216-A do Código Penal, que está assim definido:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Trata-se, portanto, de ato ilícito consistente na conduta reiterada de natureza sexual, em que o agressor se vale do seu poder ou da sua ascendência, para obter favores sexuais da vítima.

Embora o homem seja sujeito de assédio sexual, as estatísticas revelam que a mulher é a sua maior vítima, e não poderia deixar de sê-lo, pois nossa cultura patriarcal e machista se reproduz no ambiente de trabalho.

A professora Marilda Maria da Silva Moreira, mestre em Saúde Pública, escreveu um artigo sobre Assédio Sexual Feminino no Mundo do Trabalho¹³, no qual centra suas reflexões na perspectiva histórica, social e cultural, associando o assédio de forma especial ao comportamento, às formas de exercício do poder, e, como não poderia deixar de ser, às representações sociais ligadas ao gênero.

Em uma passagem do seu artigo, analisa a cultura e o padrão social nos países latinos, onde culturalmente já se estabeleceu um padrão básico segundo o qual os homens “podem” e “devem” expressar seus interesses

¹²Disponível em: <www.oitbrasil.org.br>. Acesso em: abril de 2010

¹³MOREIRA, Marilda Maria da Silva. **O assédio sexual feminino no mundo do trabalho**. Disponível em: <http://www.ssrevista.uel.br/c_v4n2_marilda.htm>. Acesso em: junho/2010.

por uma mulher, como prova de autoafirmação da sua masculinidade, nascendo, daí, o problema, pois o homem pode ultrapassar a ética e utilizar sua condição social, ou de poder, para atender ao seu interesse sexual.

Em abordagem muito apropriada, a autora reproduz Guiddens em “A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas”, que afirma:

O controle sexual dos homens sobre as mulheres é muito mais do que uma característica incidental da vida social moderna. À medida que esse controle começa a falhar, observamos mais claramente revelado o caráter compulsivo da sexualidade masculina – e este controle em declínio gera também um fluxo crescente da violência masculina sobre as mulheres.

Tais afirmações têm assento na sociedade brasileira, pois segundo Maria Goretti Dal Bosco, que também escreveu sobre o tema do Assédio Sexual nas relações de trabalho¹⁴, por ocasião da apresentação do projeto de lei que resultou na atual redação do art. 216-A do Código Penal, a Deputada Iara Bernardi, autora do projeto, apresentou números alarmantes ao Parlamento brasileiro:

Ao apresentar sua justificativa, a parlamentar informou que as pesquisas indicariam que 52% das mulheres brasileiras teriam sido assediadas sexualmente em seus trabalhos.

E, de acordo com pesquisa interna realizada pelo Sindicato das Secretárias de São Paulo-SINESP, 25% de suas filiadas teriam sido assediadas.

Tal Sindicato elaborou uma cartilha apontando os motivos do silêncio:

Medo de represálias ou retaliação, tais como, perder o emprego, ser transferida ou rebaixada;

Não se expor ao ridículo perante colegas e familiares;

Medo de perder carta de referência;

Dificuldade de falar sobre o assunto, e, finalmente, por não se acreditar que haveria recursos que evitassem o problema.

A pesquisa mostrou, também, que 59% das pessoas que cometem assédio sexual são de classe mais alta, e 14,3% das mulheres que se recusaram ao assédio sofreram represálias como demissão, perda de promoção, transferência, ambiente hostil, entre outros.

¹⁴DAL BOSCO, Maria Goretti. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2430>>. Acesso em: junho/2010.

Tais indicadores confirmam a tese de que as relações sociais se reproduzem no ambiente de trabalho, e precisamos dar cabo a isto reconstruindo uma sociedade mais republicana e, portanto, mais socialmente justa e igualitária.

3.2 Características

As características deste tipo de assédio são, evidentemente, relação de dominação ou de poder entre o assediante e o assediado, conduta sexual, rejeição à conduta e reiteração da conduta.

3.3 Espécies

Quanto às espécies, a doutrina especializada o classifica em duas:

a) assédio sexual **por chantagem**, aquele cujo pressuposto é o uso do poder hierárquico, mediante ameaça de perda de vantagens, tais como promoção ou o próprio emprego.

b) assédio sexual **por intimidação**, também denominado de 'assédio sexual ambiental', caracterizado por incitação sexual inoportuna ou manifestações verbais ou físicas da mesma índole, com o fim de prejudicar o rendimento profissional ou de criar situação hostil, ofensiva ou intimidatória no ambiente em que é intentado.

Segundo Rodolfo Pamplona Filho¹⁵, trata-se, em verdade, de uma forma de intimidação, muitas vezes difusa, que viola o direito a um meio ambiente de trabalho sexualmente sadio, daí, a expressão "assédio sexual ambiental".

Nesta última espécie, o elemento "poder" é irrelevante, sendo caso típico o assédio sexual praticado por companheiro de trabalho da vítima, ambos na mesma posição hierárquica na empresa. Seu aspecto fundamental não é a ameaça, mas a violação ao "direito de dizer não", através da submissão - notadamente de mulheres - a avanços repetidos, múltiplas blagues ou gestos sexistas (mesmo que sua recusa não seja seguida de represálias), incluindo a exibição de material pornográfico, como revistas, fotografias ou outros objetos, apalpadelas, fricções ou beliscões deliberados e ofensivos; qualquer exercício de violência física ou verbal.

Para finalizar, penso ser importante alertar para um aspecto deste grave problema, que é o da dificuldade da prova do assédio, sobretudo do assédio por chantagem, pois ele não ocorre em público:

O assediador age de forma sorrateira, sem deixar pistas. Mas estas dificuldades naturais não podem servir de obstáculo para a sua persecu-

¹⁵PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual**: questões conceituais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6826>>

ção. Cabe a nós, juízes do trabalho, quebrar o dogma da prova direta e adotar a prova indireta, ou indiciária, servindo, para tanto, e por exemplo, o relato da vítima, impressões de seus companheiros de trabalho sobre o comportamento do assediador e eventuais comunicações, como bilhetes e *e-mails*.

Se não quebrarmos esse dogma, não conseguiremos romper essa criminosa forma de servidão humana.

Campinas, 30 de junho de 2010.

4 Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As conseqüências humanas**. trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <www.camara.gov.br>.

CAMUS, Albert. **Homem revoltado**. trad. Valerie Rumjanek. Rio de Janeiro: Record, 1999.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Assédio sexual nas relações de trabalho**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: junho/2010 .

DWYER, Tom. **Vida e morte no trabalho**. São Paulo: Unicamp, 2006.

Estatística Assédio Moral na Europa. Disponível em <www.assediomoral.org.br>

LEYMANN Apud GARCIA CALLEJO, José Maria. *Protección jurídica contra el acoso moral em el trabajo o la tutela de la dignidad del trabajador*. In: BARROS, Alice Monteiro de. **Assédio moral**. Disponível em: <http://www.prt18.mpt.gov.br/eventos/2004/saude_mental/anais/artigos/1.pdf>

MARX & ENGELS. **Manifesto comunista**. Trad. Sueli Cassal. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2001, v. 227.

MENDONÇA, Martha; Neves, Maria Laura. Clemente, Isabel. **O pesadelo do assédio moral**. Revista Época, 19.09.2008

MOREIRA, Marilda Maria da Silva. **O assédio sexual feminino no mundo do trabalho**. Disponível em: <www.ssrevista.uel.br>

MORI, Tomi **CHINA: onda de suicídios na Foxconn**, disponível em: <<http://www.esquerda.net/artigo/china-onda-de-suic%C3%ADdios-na-foxconn>>

Organização Internacional do Trabalho. **Assédio Sexual**. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br>

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Assédio sexual**: questões conceituais. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6826>>.

PIMENTEL, Silva. **Assédio moral**: já há seguro. Disponível em <www.asedio_Hlt272483657m_Hlt272483657oral.org.br>



DOCTRINA NACIONAL

ARTIGO 71 DA LEI N. 8.666/1993 E SÚMULA N. 331 DO C. TST: PODERIA SER DIFERENTE?

ARTICLE 71 OF ACT No. 8.666, 1973, AND PRECEDENT 331/TST: COULD IT BE DIFFERENT?

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

*“ Uma coisa é um país,
outra um ajuntamento.
Uma coisa é um país,
outra um regimento.”*

Affonso Romano
(Que país é este ?)

Resumo: A Súmula 331 do TST reputa constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/1993, vedando a transferência da responsabilidade patronal conforme explicitado em seu inciso II, caminhando o inciso IV nesta mesma direção ao prever a observância do benefício de ordem, quando fixa a responsabilidade subsidiária. Considera que nas terceirizações cabe ao ente público, tomador dos serviços prestados, acompanhar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador. O fato desta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não o desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação do contratado, nem afasta a aplicação do art. 186 do Código Civil. O comportamento negligente e omissivo, que permite a lesão aos direitos fundamentais do trabalhador que atuou em seu benefício, configura culpa *in vigilando* e viola o interesse público albergado nos princípios da legalidade, moralidade e eficiência elencados no art. 37 da CF/1988, que exigem a atuação pautada pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública.

Palavras-chave: Terceirização. Constitucionalidade. Súmula. Responsabilidade subsidiária. Benefício de ordem.

* Tereza Aparecida Asta Gemignani é Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região- Campinas – Doutora em Direito do Trabalho - nível de pós-graduação - pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP - Universidade de São Paulo.

Abstract: The article 71 of Act no. 8.666,1993 is in strict accordance with the Constitution, considers Precedent 331/TST when it establishes, in item II, that the employer cannot transfer to someone else his own legal responsibility, and also in item IV, when it sets forth the application of the benefit of secondary liability to the contractor (the government be sued only after the employer). It considers that in an outsourcing relationship, the government or state-owned entity, that contracts the services, is responsible for monitoring and supervising the fulfillment of the labor obligation by the service provider. The fact that this contract is set under public bid, regulated by administrative law, does not release them of the obligation to supervise the performance, nor hinder the application of article 186 of the Brazilian Civil Code. The negligent behavior, which allows the violation of the worker's fundamental rights, generates liability (guilty *in vigilando*- failing to exercise due diligence), and offends the public interest protected by the principles of legality, morality and efficiency, established in article 37 of the Brazilian Constitution, which requires the observance of good governance and accountability in the management of public resources.

Keywords: Outsourcing. Constitutionality. Benefit of secondary liability. Responsibility of government or state owned entity.

Sumário: 1 Introdução; 2 O sentido da supremacia do interesse público sobre o particular; 3 O art. 71 da Lei n. 8.666/1993; 4 Inconstitucionalidade. A Súmula Vinculante n. 10; 5 A aferição dos limites da aplicação da lei implica no controle difuso da constitucionalidade?; 6 O balizamento de conduta. Boa governança. *Accountability*; 7 A cláusula de reserva de plenário; 8 Poderia ser diferente?; 9 Conclusão; 10 Referências.

1 Introdução

Em relação aos entes públicos, o inciso XXI do art. 37 da CF/1988 estabeleceu que os serviços prestados por terceiros devem ser contratados mediante processo de licitação. O art. 71 da Lei n. 8.666/1993 fixou que nestes casos a responsabilidade do empregador pelos débitos trabalhistas não seria transferida para a Administração Pública.

Nos últimos anos, em

decorrência de significativas alterações que vêm ocorrendo na atuação dos entes estatais, esse tipo de contratação tem se intensificado, notadamente em relação às atividades meio da Administração. A questão trazida para o Judiciário trabalhista surge quando o empregador deixa de pagar o empregado e de recolher as contribuições fundiárias e previdenciárias.

Neste caso, o disposto no art. 71 supra referido poderia ser

considerado salvo-conduto para afastar qualquer responsabilidade do ente público?

Provocado por um número significativo de processos em que esta situação jurídica é questionada, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331 que fixou dois parâmetros distintos:

A) Face às exigências previstas no inciso II do art. 37 da CF/1988, quanto à necessidade de prévia aprovação em concurso público, estabeleceu que a “contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional”, preservando a não transferência prevista no art. 71 da Lei n. 8.666/1993;

B) Atento à necessidade de conferir efetividade à legislação trabalhista, fixou o entendimento de que o “inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços”, o que exige a observância do benefício de ordem, mantendo assim essa mesma diretriz legal.

Entretanto, tal orientação jurisprudencial vem sendo objeto de reiterados questionamentos junto ao STF, tendo o Ministro Marco Aurélio Mello manifestado

divergência por ocasião do julgamento da ADC 16/DF e deferido liminar na Reclamação 9016, ajuizada pelo Estado de Rondônia, por entender que a decisão judicial que adota a Súmula trabalhista teria exarado manifestação implícita de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, sem observar a cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da CF/1988, assim desrespeitando a Súmula Vinculante n. 10.

Tendo em vista a significativa repercussão desta decisão na seara trabalhista, o presente artigo se propõe a trazer ideias e reflexões, que possam contribuir para o debate da matéria.

2 O sentido da supremacia do interesse público sobre o particular

Uma das argumentações contra a diretriz adotada pela Súmula 331 consiste na alegação de que o interesse particular de um trabalhador, ou de um grupo de trabalhadores, não poderia prevalecer sobre o interesse público, de modo que a atribuição de responsabilidade subsidiária ao ente público, quando houve a contratação dos serviços mediante licitação, violaria o princípio da legalidade.

Será?

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹ explica que os “dois princípios fundamentais e que decorrem

¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 62 e seguintes.

da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo - liberdade do indivíduo e autoridade da Administração - são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular ... essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais". (grifos acrescentados)

Entretanto, é interessante observar como, a seguir, a doutrinadora **descola a ideia de interesse particular do conceito de direitos fundamentais**. Com efeito, ao discorrer sobre as tendências atuais do direito administrativo brasileiro, ressalta que entre as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 está o "alargamento do princípio da legalidade (para abranger não só a lei, mas também princípios e valores)", de modo

que o Estado Democrático de Direito passa a vincular a lei aos ideais de justiça, submetendo o "Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição," notadamente os que foram albergados nos arts. 1º a 4º, entre os quais se destacam a dignidade da pessoa huma-

na, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a moralidade, publicidade e impessoalidade.

Destarte, a discricionariedade administrativa será por estes limitada, "o que significa a ampliação do controle judicial, que deverá abranger a validade dos atos administrativos não só diante da lei, mas também perante o Direito". Portanto, o princípio da legalidade, referido no inciso II do art. 5º da CF/1988, deve ser entendido como um conjunto de leis, valores e princípios agasalhados também

"[...] o princípio da legalidade, referido no inciso II do art. 5º da CF/1988, deve ser entendido como um conjunto de leis, valores e princípios agasalhados também nos direitos fundamentais, que estabelecem limites à atuação administrativa, exigindo submissão ao Estado de Direito."

nos direitos fundamentais, que estabelecem limites à atuação administrativa, exigindo submissão ao Estado de Direito.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais na Carta de 1988, Gilmar Ferreira

Mendes² enfatiza que a "colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhe significado especial... ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardá-los estrita observância". Explica que os direitos fundamentais ultrapassam a órbita subjetiva,

²MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direitos constitucional. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1 a 12.

alçando uma dimensão maior na perspectiva da ordem constitucional objetiva, assim formando a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. Trazendo à colação doutrina desenvolvida por Jellinek, quanto à **Teoria dos quatro "status"**, ressalta que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica. Não se restringem mais à concepção tradicional de **direitos de defesa**, consagrando também direitos "que tanto podem referir-se a prestações **fáticas** de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações **normativas** de índole positiva (*normative Handlungen*)" por parte dos entes públicos.

Explica que na condição de **direito de defesa** impõem ao Estado o "dever de agir contra terceiros", resguardando o indivíduo também "contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de autodeterminação do indivíduo". Ademais, "reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que esse se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material" (grifos acrescentados).

Com base na doutrina e

jurisprudência da Corte Constitucional Alemã, explica Gilmar Mendes que o dever de proteção abrange também deveres de segurança que impõem ao Estado a obrigação de "proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas" e o dever do Estado "atuar com objetivo de evitar riscos" para o cidadão, de modo que a inobservância do dever de proteção configura lesão a direito que a Carta Constitucional reputou fundamental. (grifos acrescentados)

Portanto, a definição do âmbito de abrangência do direito de proteção exige um "renovado e constante esforço hermenêutico", concluindo que, face a sua importância como viga de sustentação da Carta Política de 1988, os direitos fundamentais "somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (**restrição imediata**) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição³".

Neste contexto, as lúcidas observações de Luigi Ferrajoli⁴ ao rejeitar também a análise da questão sob o estereótipo da maioria/minoria, ressaltando que os direitos fundamentais "correspondem às faculdades ou expectativas de *todos* os que definem as conotações substanciais da democracia e que são constitucionalmente

³MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade**. p. 14 e 28.

⁴FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 814/815.

subtraídos ao arbítrio da maioria como limites ou vínculos indissociáveis das decisões governamentais”, porque o reconhecimento jurídico desses direitos é intrínseco à condição de cidadão/sujeito, assim entendida como a superação da situação de súdito/objeto de dominação.

Na mesma senda trilhou Luis Roberto Barroso⁵ ao enfatizar que “o público não se confunde com o estatal” pois atuam em planos diversos, chamando atenção para a importância de “reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada”, que divide o conceito de interesse público entre primário e secundário. Explica que o interesse público **primário** é a razão de ser do Estado e está sintetizado nos fins que lhe cabe promover: justiça, segurança e bem-estar social, enquanto o interesse público **secundário** corresponderia ao interesse estatal da “pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica - quer se trate de União, quer se trate de Estado-membro, do Município ou das suas autarquias”.

Sem afastar a importância do interesse estatal secundário, pondera que “em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo

de satisfazer o secundário”. Ressalta, ademais, que num “Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses foram protegidos por uma cláusula de direito fundamental” não remanesce nenhuma dúvida, pois configurados na constituição como “formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis”. Assim, o interesse público secundário - i.e. o da pessoa jurídica de direito público, o do erário - jamais desfrutará de supremacia, condição ostentada pelo interesse público primário, por consubstanciar os valores fundamentais que devem ser preservados, notadamente o princípio da dignidade da pessoa humana, conceito de “corte antiutilitarista, pretende evitar que o ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas” (grifos acrescentados).

Ao analisar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais sob uma dimensão objetiva, Virgílio Afonso da Silva⁶ destaca que:

⁵BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61, 69 e seguintes.

⁶SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 185.

empregador, condição que não se transfere ao ente público, porque nestes casos a Administração Pública está constitucionalmente impedida pelo inciso II do art. 37 da CF/1988 de atuar como empregadora, conforme observado pela Súmula 331 do C. TST ao dispor no inciso II:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37 II da CF/1988).

Agora, situação jurídica diversa é a referida pelo inciso IV da mesma Súmula, ao tratar da responsabilidade da Administração Pública pela omissão e negligência, quando deixa de exigir e fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, fixando que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art.

71 da Lei 8.666/1993).

Este é o texto que tem sido objeto de vários questionamentos perante o STF, como passaremos a examinar.

4 Inconstitucionalidade

Súmula Vinculante n. 10

O Ministro Marco Aurélio Mello abriu divergência por ocasião do julgamento da ADC 16/DF, ainda não concluído, sustentando a mesma posição adotada ao deferir liminar na Reclamação 9016, asseverando que a decisão proferida com esteio nesta diretriz jurisprudencial teria incorrido em declaração implícita de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, sem observância da cláusula de reserva de plenário, com flagrante violação da Súmula Vinculante n. 10, que estabeleceu:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Assim, é preciso analisar primeiramente a seguinte questão:

A diretriz jurisprudencial estabelecida no inciso IV da Súmula 331 do TST afastou a incidência do disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/1993?

contratação para a realização de um serviço, só porque tal se deu através de um processo licitatório estaria desobrigado de fiscalizar e exigir que este empregador cumpra suas obrigações trabalhistas, fundiárias e previdenciárias?

Se o Estado de Direito mantém a estrutura de uma Justiça Especializada Trabalhista como garantidora, por que iria permitir que um ente público se mantivesse inerte, precisamente quando a lesão é praticada contra aquele trabalhador que atua em seu benefício?

O marco normativo exige que o ente público acompanhe e fiscalize se o empregador contratado está cumprindo as obrigações patronais trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, a fim de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas instituídos como fundamentais pela Carta Política de 1988.

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, como sustentar que a Administração Pública aufera proveito dos serviços de um trabalhador, mas **lave as mãos** em relação aos seus direitos trabalhistas, que detêm natureza alimentar, efetuando o pagamento ao empregador sem fiscalizar se houve o efetivo cumprimento da norma fundamental prevista no art.

7º da CF/1988, e fique tudo por isso mesmo?

Acaso o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 desobriga a Administração Pública de respeitar os direitos fundamentais daquele que presta serviços em seu benefício?

3 O art. 71 da Lei n. 8.666/1993

Vejamos o que diz o texto legal.

Estabelece o caput do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 que:

“Com efeito, num Estado Democrático de Direito, como sustentar que a Administração Pública aufera proveito dos serviços de um trabalhador, mas **lave as mãos** em relação aos seus direitos trabalhistas, que detêm natureza alimentar, efetuando o pagamento ao empregador sem fiscalizar se houve o efetivo cumprimento da norma fundamental prevista no art. 7º da CF/1988, e fique tudo por isso mesmo?”

O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

E o parágrafo 1º:

A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o registro de imóveis.

Acertadamente dispôs o preceito legal, pois cabe mesmo ao contratado a responsabilidade pelos encargos trabalhistas em decorrência de sua situação de

empregador, condição que não se transfere ao ente público, porque nestes casos a Administração Pública está constitucionalmente impedida pelo inciso II do art. 37 da CF/1988 de atuar como empregadora, conforme observado pela Súmula 331 do C. TST ao dispor no inciso II:

A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37 II da CF/1988).

Agora, situação jurídica diversa é a referida pelo inciso IV da mesma Súmula, ao tratar da responsabilidade da Administração Pública pela omissão e negligência, quando deixa de exigir e fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelo empregador contratado, fixando que:

O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art.

71 da Lei 8.666/1993).

Este é o texto que tem sido objeto de vários questionamentos perante o STF, como passaremos a examinar.

4 Inconstitucionalidade

Súmula Vinculante n. 10

O Ministro Marco Aurélio Mello abriu divergência por ocasião do julgamento da ADC 16/DF, ainda não concluído, sustentando a mesma posição adotada ao deferir liminar na Reclamação 9016, asseverando que a decisão proferida com esteio nesta diretriz jurisprudencial teria incorrido em declaração implícita de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, sem observância da cláusula de reserva de plenário, com flagrante violação da Súmula Vinculante n. 10, que estabeleceu:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Assim, é preciso analisar primeiramente a seguinte questão:

A diretriz jurisprudencial estabelecida no inciso IV da Súmula 331 do TST afastou a incidência do disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/1993?

Penso que não.

Em nenhum momento a constitucionalidade do referido dispositivo legal foi questionada, nem mesmo de forma implícita. Pelo contrário, explicitamente se partiu do pressuposto de sua constitucionalidade, como demonstra o verbete sumular que faz menção expressa ao texto legal em seu inciso IV.

Ademais, a diretriz jurisprudencial trabalhista não estabeleceu a transferência dos encargos patronais do empregador para a

Administração. Pelo contrário, **não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação**, de modo que aplicação do disposto no art. 71 da Lei n.

8.666/1993 foi devidamente observada.

Por outro lado, não se pode desconsiderar que a Lei n.

8.666/1993 teve o objetivo de instituir normas para licitações/contratos da Administração Pública e não para disciplinar a responsabilidade advinda da conduta omissiva e negligente dos entes estatais. Portanto, não impede a análise conjunta dos institutos jurídicos sob a perspectiva traçada pelos princípios constitucionais, que não se constituem em compartimentos estanques nem poderiam ser assim considerados, sob pena de comprometimento da vitalidade do sistema jurídico, como bem ressalta

Vladimir da Rocha França ao estudar o instituto da licitação⁸.

Ora, o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 não isentou a Administração Pública do dever de acompanhar e fiscalizar a atuação da empresa contratada quanto ao efetivo

cumprimento das obrigações legais trabalhistas.

Nem pode ser interpretado como permissivo legal que possibi-

“[...] a diretriz jurisprudencial trabalhista não estabeleceu a transferência dos encargos patronais do empregador para a Administração. Pelo contrário, não houve transferência de responsabilidade, pois o empregador permanece como o principal responsável pelo adimplemento da obrigação [...]”

⁸“...princípios constitucionais não podem ser compreendidos como compartimentos estanques, tal como gavetas num armário. Tais normas jurídicas ganham maior intelexção e efetividade quando são conjugadas, no esforço de conferir harmonia, coerência e racionalidade à aplicação das regras do sistema do direito positivo. Nas licitações, os princípios jurídicos funcionam como bússolas na concretização das regras jurídicas que disciplinam a matéria no plano constitucional e infraconstitucional. Cabe ao gestor público justamente empregar esses preceitos fundamentais para otimizar a seleção da melhor proposta e a preservação da garantia da isonomia evitando que haja a “violação a um princípio jurídico durante a formação ou desenvolvimento da licitação” (grifos acrescentados) – FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco e ADEODATO João Mauricio (coord.) **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 395 a 416.

lite a adoção de conduta negligente por parte do ente público, que permite a violação de princípios jurídicos e cause lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que presta serviços em seu benefício.

Assim sendo, o verbete sumular não incorreu em qualquer inobservância do preceito legal, pois a responsabilidade subsidiária não transfere à Administração Pública a responsabilidade que é própria do empregador, tendo em vista que em seu conceito está implícita a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva.

Destarte, a interpretação sistemática do disposto no *caput* do art. 71 e seus parágrafos respalda a fixação da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nos termos estabelecidos na Súmula 331 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim atua no legítimo exercício de sua competência constitucional exclusiva (art. 111 e seguintes da CF/1988).

Interessante analisar as razões de decidir exaradas no voto proferido pelo Ministro César Peluso no julgamento da ADC 16/DF, em que o Distrito Federal busca a declaração de constitucionalidade do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 em face da aplicação da referida Súmula. Ponderou que não havia sentido em apreciar o pedido, pois a presunção de constitucionalidade do referido dispositivo não

estava em cheque, sendo que além de assegurar a satisfação dos débitos trabalhistas, mediante a responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviço, a Súmula do TST preservou o constante do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, cuja menção expressa consignou no referido verbete, concluindo não ter sido demonstrada a existência de controvérsia sobre a constitucionalidade da norma. O Ministro Marco Aurélio apresentou divergência e o julgamento foi suspenso por pedido de vista do então Ministro Menezes Direito.

5 A aferição dos limites de aplicação da lei implica no controle difuso de constitucionalidade?

Ante tal panorama, o exame da questão exige que seja apreciado o seguinte ponto nodular da controvérsia:

A aferição dos limites de aplicação de um determinado dispositivo legal implica em controle difuso de constitucionalidade?

Quando os Tribunais do Trabalho procedem à interpretação sistemática, a fim de aferir os limites de aplicação de diferentes dispositivos legais, tal configura, por si só, controle de constitucionalidade?

Ao apreciar a Reclamação n. 6.665/2008, apresentada em relação à decisão proferida pelo TRT da 2ª Região no P.

01663.2005.291.02.00-1, o Ministro Joaquim Barbosa julgou improcedente o pedido, ponderando que a falta de aplicação de determinada norma jurídica ao caso que está sendo julgado não configura, por si só, a decretação de sua inconstitucionalidade, mas o reconhecimento de que não há subsunção, simplesmente porque não se trata de normas destinadas a regular aquele tipo de conflito⁹.

Conforme ressaltado, a interpretação sistemática, ínsita a todo julgamento, efetuada com o escopo de aferir qual a norma apta a possibilitar a subsunção necessária para obter a solução de determinada controvérsia, não configura controle difuso de constitucionalidade dos demais dispositivos legais, cuja aplicação foi afastada por se constatar que não se destinavam a disciplinar a situação jurídica

[...] a interpretação sistemática, ínsita a todo julgamento, efetuada com o escopo de aferir qual a norma apta a possibilitar a subsunção necessária para obter a solução de determinada controvérsia, não configura controle difuso de constitucionalidade dos demais dispositivos legais [...]"

em conflito.

A Lei federal n. 8.666/1993, promulgada para estabelecer "normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertencentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", disciplina as relações entre licitante e licitado, mas nada dispõe sobre a responsabilização da Administração Pública pela conduta negligente que viole direitos fundamentais do trabalhador que atua em seu benefício, de modo que não há como ampliar sua aplicação à situação jurídica diversa daquela que visou regular.

Ademais, como bem pondera Maria Sylvia¹⁰, o procedimento licitatório decorre do "princípio da indisponibilidade do

⁹"A simples ausência de aplicação de uma dada norma jurídica ao caso sob exame não caracteriza, tão-somente por si, violação da orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal. Por exemplo, é possível que dada norma não sirva para desate do quadro submetido ao crivo jurisdicional pura e simplesmente porque não há subsunção. Para caracterização da ofensa ao artigo 97 da Constituição, que estabelece a reserva de plenário (*full bench*) para declaração de inconstitucionalidade, é necessário que a causa seja decidida sob critérios diversos, alegadamente extraídos da Constituição, de modo a levar ao afastamento implícito ou explícito da norma por incompatibilidade com a Constituição. Ademais, é importante lembrar que não se exige a reserva estabelecida no art. 97 da Constituição sempre que o Plenário, ou órgão equivalente do Tribunal, já tiver decidido a questão. [...] É importante salientar que a Súmula 10 desta Corte não se refere às exceções à observância da cláusula de reserva de plenário (art. 97 da CF/88). A súmula explícita e veda uma forma indireta de burla ao disposto no artigo 97 da CF/88. Desse modo, permanecem hígidas no sistema as exceções legalmente previstas à cláusula de reserva de plenário (RCL 7.874, Rel Min Joaquim Barbosa, decisão monocrática DJ de 23.04.2009).

¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 335.

interesse público” e se constitui numa “restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público” (grifos acrescentados). Deste modo, desatende aos princípios da moralidade e probidade, referidos nos arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666/1993, a Administração Pública que deixa o contratante atuar sem fiscalização, permitindo que descumpra a legislação trabalhista mesmo recebendo recursos públicos para tanto, assim lesando também o interesse público.

A diretriz jurisprudencial fixada pela Súmula 331 não trata da constitucionalidade, ou não, do art. 71 da Lei n. 8.666/1993, mas da sua observância nos termos em que foi estabelecido, o que afasta a interpretação ampliativa e aplicação do referido dispositivo a situação jurídica que não visou disciplinar, como a referente à responsabilidade do ente público que paga sem fiscalizar se as obrigações patronais trabalhistas do empregador contratado foram satisfeitas, adotando flagrante conduta negligente, que viola os direitos trabalhistas.

Neste contexto, o marco normativo que permite a subsunção do fato (conduta lesiva por omissão da Administração Pública) está posto no art. 186 do Código Civil ao dispor:

Art. 186 - Aquele que, por ação ou omissão voluntária,

negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (grifos acrescentados)

Tal imputação não caracteriza a transferência vedada pelo art. 71 da Lei n. 8.666/1993, porque o empregador continua a deter com exclusividade a responsabilidade patronal contratual. A responsabilidade da Administração Pública deriva de fato gerador diverso, *ex lege*, tendo a Súmula 331 observado tal disposição legal ao atribuir-lhe a conotação de subsidiária, em que é de rigor a observância do benefício de ordem e a possibilidade de ação regressiva, de sorte que se trata de uma questão de subsunção do fato à norma, uma questão de legalidade, que em nenhum momento resvalou para o exame da constitucionalidade, o que afasta a aplicação da exigência contida na Súmula Vinculante n. 10.

6 O balizamento de conduta. Boa governança. *Accountability*

Como anteriormente ressaltado, o argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir, pois o interesse público tem supremacia sobre o particular, da forma como foi construído não se sustenta, por se revelar falacioso.

Com efeito, não se trata de fazer valer o direito de um indivíduo ou de um grupo de empregados, mas de preservar o conteúdo essencial dos direitos trabalhistas,

cujos cumprimento se reveste de inequívoco interesse público por se tratar de norma fundamental, assim instituída pela Lei Maior em seu art. 7º.

Ademais, como considerar que uma conduta omissa e negligente por parte da Administração Pública possa ser considerada preservadora do interesse público?

Os preceitos infraconstitucionais que disciplinam a licitação se referem à situação jurídica diversa e não afastam o interesse público, nos termos em que foi conceituado pela Constituição quanto ao respeito ao marco normativo trabalhista, estabelecido sob a matriz fixada nos princípios fundantes estabelecidos nos incisos III e IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988.

Como bem pondera Maria Sylvania Zanella di Pietro¹¹ a “preocupação com a proteção do interesse público nasceu com o Estado Social. E não nasceu para proteger um interesse público único, indeterminado, difícil ou impossível de definir-se”

[...] o nexos causal justificador da responsabilização é a conduta omissiva e negligente do ente público, que se beneficia da força de trabalho de alguém e remunera seu empregador sem fiscalizar se este cumpriu com suas obrigações trabalhistas.”

mas “para proteger os vários interesses das várias camadas sociais.” Conhecido também como princípio da finalidade pública “vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação” e tem o objetivo primordial de atender ao bem-estar coletivo. Assim, se a lei concede à Administração o poder/dever de processar uma licitação, tal expediente não pode ser usado como salvo conduto para burlar as leis trabalhistas, pois tal configura abuso de poder que viola o interesse público.

Neste sentido as lúcidas reflexões de Celso Antonio Bandeira de Mello ao ressaltar que¹² a Administração Pública tem natureza instrumental, não detendo o Juízo de disponibilidade para escolher quais dos interesses

públicos confiados a sua guarda e realização deverão ser observados, ou não, sob pena de ter que responder pela omissão.

Portanto, o nexos causal justificador da responsabilização é a conduta omissiva e negligente do

¹¹DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 37 e seguintes; 63 e seguintes.

¹²“...sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los - o que é também um dever - na estrita observância do que dispuser a *intentio legis*” (grifos acrescentados) - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73-74.

ente público, que se beneficia da força de trabalho de alguém e remunera seu empregador sem fiscalizar se este cumpriu com suas obrigações trabalhistas. Destarte, a construção jurisprudencial contida no inciso IV da Sumula 331 foi explicitada *secundum legem*, escorada no art. 186 do Código Civil, aplicável por compatível com o Direito Trabalhista, restando plenamente observado o princípio da legalidade, tendo o Tribunal Superior do Trabalho assim atuado no desempenho de sua função constitucional, com o escopo de proceder à necessária uniformização da jurisprudência.

Mas não é só.

Produz efeito que se espalha por toda a sociedade como balizador de conduta, ao sinalizar que a Administração Pública deve proceder com mais cautela, fiscalizando e acompanhando a prestação de serviços em prol do interesse público, dever legal que não pode ser afastado pelo simples fato da contratação ter ocorrido mediante processo licitatório.

Neste sentido, trago novamente à colação o pensamento Celso Antonio Bandeira de Mello, ao pontuar que o conceito de finalidade está encartado no princípio da legalidade, pois não se “compreende uma lei, não se entende uma norma, sem entender qual é o seu objetivo” de sorte que insustentável a aplicação de uma lei sem estar em “sintonia com o

escopo por ela visado”. Assim é porque implementar:

[...] uma regra de direito não é homenagear exteriormente sua dicção, mas dar satisfação a seus propósitos. Logo, só se cumpre a legalidade quando se atende à sua finalidade. A atividade administrativa desconstruída com o fim legal é inválida e, por isso, judicialmente censurável.

O processo licitatório tem a finalidade de escolher a melhor proposta em igualdade de condições, em prol do interesse público.

A responsabilização da Administração pelo acompanhamento e fiscalização dos serviços contratados emerge, portanto, da própria finalidade da lei. Ademais, se reveste de inequívoco efeito moralizador dos procedimentos administrativos, conferindo-lhes maior lisura. Com efeito, cientes de que haverá efetiva fiscalização pelo ente público, os interessados só participarão de um processo licitatório se tiverem condições de honrar a proposta apresentada em sua integralidade, o que inclui o cumprimento das consequentes obrigações trabalhistas.

O argumento de que a responsabilidade subsidiária do Estado não poderia subsistir em tais casos, pois o interesse público tem supremacia sobre o particular, também se revela insustentável por ser antitético.

Como vislumbrar que está

sendo priorizada a supremacia do interesse público, se houve a escolha de proposta menos vantajosa por apresentar números e valores irrealistas, já contando com o posterior inadimplemento das obrigações trabalhistas, assim viciando o próprio processo licitatório ao elidir a igualdade de condições?

Como sustentar que está sendo atendido o interesse público, quando tal situação via de regra leva a uma paralisação dos serviços pelos trabalhadores que deixam de receber seus direitos, mesmo quando o empregador já foi pago pela Administração com recursos públicos?

Ora, é precisamente o contrário!

A responsabilização subsidiária do Estado visa preservar o interesse público sobre interesses outros, nem sempre confessáveis, daqueles que participam de um processo licitatório apresentando propostas fictícias, já contando com futura inadimplência de certas obrigações. Trata-se de cumprir o princípio da legalidade e fazer valer a finalidade do ordenamento jurídico, evitando que a licitação seja usada para auferir vantagens e burlar a legislação trabalhista pelo contratante, causando pesado ônus para a sociedade como um todo, que arcará com os custos da máquina judiciária a ser movimentada

pelos trabalhadores para o recebimento de seus direitos, além dos prejuízos causados pela falta de recolhimento das contribuições fundiárias e previdenciárias.

O ordenamento jurídico do país não está fatiado em comportamentos estanques. As leis se articulam como vasos comunicantes, tendo por escopo o balizamento da conduta social. Ao exigir que o ente público fiscalize a atuação do contratado, quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas, a lei está sinalizando que o processo licitatório é **prá valer** e não uma peça de ficção. Está evidenciando que o Estado que exige o cumprimento da lei trabalhista através da Justiça do Trabalho é o mesmo Estado que fiscaliza tal cumprimento na prestação de serviços por parte de terceiros, ou seja, o padrão de conduta exigível dos cidadãos é o mesmo, conferindo maior legitimidade ao próprio processo licitatório, por sinalizar aos participantes que atuará durante a prestação de serviços para evitar que tais parâmetros sejam infringidos de forma transversa.

A maioria do país, como nação, exige que tais marcos paradigmáticos sejam respeitados por todos, sem excluir a Administração Pública, que detém responsabilidade fiscalizadora durante a prestação dos serviços contratados.

É dizer, a lei não vale só para os outros, mas para a Administração Pública também, e com muito mais razão. O ordenamento jurídico não ampara a interpretação que possibilita a negligência e omissão do próprio ente público, reduzindo-o a triste figura de acobertador da conduta ilícita do empregador contratado.

Com efeito, qual o fundamento jurídico para sustentar que ao atuar como tomador o ente público estaria dispensado de exigir e fiscalizar o efetivo cumprimento da lei trabalhista, se a força de trabalho foi prestada em seu benefício?

Como admitir que tem obrigação objetiva de ressarcir o dano provocado por ato ilícito, praticado contra terceiros, conforme prevê o § 6º do art. 37 da CF/1988, mas estaria desobrigado de responder pelo ilícito praticado contra um trabalhador, de cuja atuação auferiu proveito?

Com percuciência pondera Maria Sylvia que nos casos de terceirização não basta a observân-

cia das regras de direito administrativo, cabendo ao ente público também a responsabilidade de impedir a burla aos direitos trabalhistas do trabalhador que atua em seu benefício¹³.

Luis Roberto Barroso¹⁴ caminha nesta mesma direção ao ressaltar que a cabe à Constituição de um Estado democrático “veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, que envolvem a garantia dos direitos fundamentais.”

Neste contexto, o fato de ter ocorrido um processo de licitação isenta a Administração Pública de responder pelos atos ilícitos praticados?

Poderia ser utilizado o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 como salvo-conduto para justificar conduta negligente e respaldar a irresponsabilidade da Administração Pública, quando todo o ordenamento jurídico aponta em sentido inverso?

Ao aplicar as balizas reitoras explicitadas no art. 186 do Código Civil e 37 da CF/1988,

¹³“...quando a administração pública recorre a terceiros para a execução de tarefas que ela mesma pode executar, ela está terceirizando. Embora se trate de contratação que obedece às regras e princípios do direito administrativo, a terceirização acaba, muitas vezes, por implicar burla aos direitos sociais do trabalhador da empresa prestadora do serviço, o que coloca a Administração Pública sob a égide do direito do trabalho. Daí a necessidade de sujeitar-se às decisões normativas da Justiça do Trabalho.” (grifos acrescentados) - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 325.

¹⁴BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 90/91.

notadamente quanto à observância do conceito de finalidade como informador dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, exige-se que Administração Pública atente para as regras da boa governança, para a observância da *accountability*, conduta que irradiará seus efeitos por todo o tecido social, estimulando a ética concorrencial no processo licitatório, o que redundará na prestação de um serviço público de melhor qualidade, agora sim, em benefício da coletividade e do interesse público da nação.

7 A cláusula de reserva de plenário

A decisão proferida com espeque na diretriz jurisprudencial consignada na Súmula 331 viola a cláusula de reserva de plenário?

Ao disciplinar a matéria, estabeleceu a Constituição Federal em seu art. 97:

Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Trata-se, portanto, de exigência a ser observada quando se questiona a inconstitucionalidade de uma lei.

Não é esse o caso, pois a Súmula 331 do C. TST faz expressa menção ao art. 71 da Lei n. 8.666/1993, reconhecendo sua constitucionalidade.

Ademais, não se pode perder de vista que este entendimento jurisprudencial advém de uma Súmula expedida pelo Plenário de um Tribunal Superior, que tem competência para tanto, assim atraindo a aplicação do disposto no art. 557 do CPC, compatível com o processo trabalhista, que preceitua:

O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunal Superior (grifos acrescentados).

Se a edição de Súmula pelo Tribunal Superior (TST) produz fundamentos judiciais suficientes para respaldar uma decisão monocrática, por que deixaria de gerar efeitos quando se trata da decisão de um Colegiado, quando a lei sinaliza exatamente em sentido contrário, como registra o referido preceito legal analisado em conjunto com o parágrafo único do art. 481 do CPC.

Tal raciocínio foi claramente explicitado pelo Ministro Ayres Brito, ao apreciar reclamações com o mesmo questionamento, ponderando que a decisão que aplicou a Súmula 331 não incorreu em violação da cláusula de reserva de plenário, eis que respaldada em orientação jurisprudencial expedida

pelo Plenário do TST¹⁵.

Também importante ressaltar o teor em que foram exarados posicionamentos, durante debates suscitados em diferentes oportunidades, que culminaram com a edição da Súmula Vinculante n. 10 no seguinte teor:

Portanto, esta será a Súmula Vinculante n.10: Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte¹⁶.

Destarte, como a ressalva quanto à aplicação do preceituado

no art. 481 do CPC foi devidamente destacada nos debates, e a interpretação da Súmula Vinculante n. 10 não pode ultrapassar as balizas postas pelo art. 97 da CF/1988, onde estaria a violação da cláusula de reserva de plenário na decisão que adotou o entendimento contido na Súmula 331?

Após apreciar inúmeros processos, nos quais ficou evidenciado o comportamento negligente do ente público, quando deixa de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista pelos contratados, que atuavam como empregadores dos trabalhadores que prestavam serviços em seu benefício, o Tribunal Superior do Trabalho reputou constitucional o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 nos

¹⁵Trata-se de reclamação constitucional, aparelhada com pedido de medida liminar, proposta pelo Estado de Minas Gerais, contra acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. 2. Argúi o autor que a Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, ao negar provimento a recurso ordinário em reclamação trabalhista, afastou a aplicabilidade do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93. Isto sem que houvesse pronunciamento do Plenário do tribunal acerca da inconstitucionalidade do dispositivo legal. (...) E o fato é que essa súmula foi objeto de análise pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho no Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 297.751/96, em 11 de setembro de 2000. Não houve, portanto, nenhuma violação à reserva de plenário (art. 97 da Constituição Federal). Digo isto porque me parece, neste juízo provisório, aplicável ao caso a disciplina do parágrafo único do art. 481 do Código de Processo Civil, in verbis: "Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (...)"(STF-Rcl-8216- MC/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, publicado no DJ de 19.05.09) (grifou-se).

"(...) Ademais, não me parece razoável que o relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil (O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior) possa, monocraticamente, com supedâneo em súmula ou jurisprudência dominante de tribunal superior, julgar improcedente um recurso (que, lembre-se, não raro ataca sentença em que se tenha declarado a inconstitucionalidade de lei), sem que se confira a mesma prerrogativa às Turmas ou Câmaras dos tribunais. Daí a leitura conjunta que há de se fazer do parágrafo único do art. 481 e do art. 557, ambos do Código de Processo Civil (...)" (STF-Rcl-7219- MC/MG, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, publicado no DJ de 13.02.2009) (grifou-se).

¹⁶DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 15ª (DÉCIMA QUINTA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 11 DE JUNHO DE 2008- DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA

termos em que foi promulgado. Assim, manteve o ali disposto quanto à impossibilidade de transferência das obrigações patronais, estabelecendo expressamente na Súmula 331 que não há vínculo de emprego entre o ente público e o trabalhador. Ao aplicar o referido verbete as Câmaras ou Turmas mantêm este entendimento quanto à vedação de transferência, de modo que em nenhum momento se coloca em questão a inconstitucionalidade, nem mesmo implícita,

do art. 71 da Lei n. 8.666/1993.

8 Poderia ser diferente ?

Ao constatar que o comportamento negligente da Administração Pública provoca lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, respaldado na diretriz constitucional prevista no inciso IV do art. 1º e no § 6º do art. 37, ambos da CF/1988, bem como art. 186 do Código Civil, cuja aplicação considera compatível com o direito trabalhista, o TST vem reconhecendo a responsabilidade subsidiária

SÚMULA VINCULANTE Nº 7. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) – Senhores Ministros, talvez em relação a esses dois casos, a Súmula n. 648, e em relação também à reserva de Plenário, nós pudéssemos elaborar uma Súmula, ouvido o Procurador-Geral, e depois poderíamos chegar a um texto, porque parece que são matérias pacíficas. Em relação à Súmula n. 648, claro, já se trata de entendimento sumulado. **Em relação à reserva de Plenário, com as ressalvas que nós conhecemos e que a jurisprudência do Supremo encaminhou, e depois foram incorporadas inclusive pelo legislador, nos arts. 481 e 482 do CPC, também é uma matéria bastante pacífica. Acho que não há nenhuma dúvida em relação a isso.** DEBATES QUE INTEGRAM A ATA DA 16ª (DÉCIMA SEXTA) SESSÃO ORDINÁRIA, DO PLENÁRIO, REALIZADA EM 18 DE JUNHO DE 2008- DEBATES PARA A APROVAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 10. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Penso já ter sido distribuída a proposta de súmula que deliberamos na sessão anterior sobre a questão da reserva de Plenário. Houve aprovação, mas a Ministra Ellen Gracie, agora, nos submete essa proposta. Vou ler o texto (Questão de Ordem no RE 580.108): “Viola a cláusula de reserva de plenário (Constituição Federal, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma, afasta a sua incidência no todo ou em parte”. O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, claro que podemos deixar de aplicar uma lei por ser também inadequada à espécie em termos de regência. Agora, no caso a premissa é única, a declaração - diria - “escamoteada” de inconstitucionalidade da lei. Penso que a percepção dessa premissa está na cláusula, embora não declare expressamente, ou seja, afasta, para aplicar a Constituição Federal, sem levar o incidente a órgão especial ou ao Plenário. Sendo esse o sentido, estou de pleno acordo. Presidente, apenas mais uma colocação, para que fique documentado, inclusive quanto ao meu ponto de vista. Aqui também não está apanhada a situação em que, em processo subjetivo, já houve a declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Supremo. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Ou mesmo pelo órgão especial do Tribunal **porque o CPC faz essa ressalva.** O SR. MINISTRO MARCO AURÉLIO - Havendo decisão do próprio Tribunal, claro que não tem de ocorrer sucessivos incidentes. O SR. MINISTRO GILMAR MENDES (PRESIDENTE) - Que são **aquelas hipóteses em que a própria lei ressalva.** A SRA. MINISTRA ELLEN GRACIE - Senhor Presidente, eu gostaria apenas, como autora da proposta, de sugerir uma pequena alteração, que me foi alcançada pelo colega Ministro Carlos Britto. Na redação que Vossas Excelências têm em mãos, quando se diz: “não declare expressamente a inconstitucionalidade de norma” substitua-se esse termo “norma” por “lei ou ato normativo do poder público”. Com isso **estaremos reproduzindo o texto do art. 97 da Constituição.** Acato essa ponderação do Ministro Carlos Britto, penso que enriquece a redação.” 15ª e 16ª Sessões Plenárias do STF - DJe n. 172/2008 Divulgação: quinta-feira- 11 de setembro Publicação: sexta-feira- 12 de setembro. (grifos acrescentados).

pela reparação da lesão, o que implica na observância do benefício de ordem e possibilita ação regressiva.

Portanto, não há qualquer transferência das obrigações empregatícias.

O empregador continua, como sempre, detentor da responsabilidade patronal. A responsabilidade do ente público decorre de fato gerador distinto, *ex lege*, qual seja, o comportamento culposo por negligência.

E poderia ser diferente?

A Justiça Trabalhista poderia ignorar que um número expressivo de entes públicos deixam de cumprir seu dever de fiscalizar a prestação de serviços pelos contratados, efetuando pagamentos sem antes exigir a comprovação de que houve a observância das obrigações patronais trabalhistas?

Poderia admitir que a omissão do ente público redunde num enriquecimento ilícito do empregador, que se apodera dos valores referentes às verbas trabalhistas, deixando de efetuar os pagamentos de natureza alimentar devidos ao seu empregado, além de

sonegar os recolhimentos fundiários e previdenciários?

A Constituição pode ser reduzida a um simples ajuntamento de normas, com o descumprimento das regras de boa governança e *accountability* que instituem o devido processo legal administrativo, sob o descarado argumento de que o agente público se limitou a seguir os trâmites de um procedimento licitatório?

Os direitos fundamentais, estabelecidos como vigas de edificação da República Brasileira

pela Carta Constitucional, podem ser rebaixados à condição de mero regimento?

A Carta Constitucional é bússola que fixa a diretriz, o caminho a ser percorrido pelo ordenamento jurídico para preservar o

conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que sustentam institucionalmente o país, preservando sua vitalidade como nação.

Assim é porque a Constituição atua como “fonte de Direito (constitucional) e também conjunto normativo que disciplina as demais fontes do direito”, como pontua André Ramos Tavares¹⁷.

Cabe ao intérprete promo-

“O empregador continua, como sempre, detentor da responsabilidade patronal. A responsabilidade do ente público decorre de fato gerador distinto, *ex lege*, qual seja, o comportamento culposo por negligência.”

¹⁷TAVARES, André Ramos. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 45.

ver a análise sob tal perspectiva, para garantir a harmonia que propicia a efetividade e operacionalidade do sistema. Para tanto, não se pode deixar de acompanhar Luis Roberto Barroso¹⁸ quando ressalta que os “diferentes ramos do direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas”, atuando a Constituição como um “fator de unidade do sistema como um todo, ditando os valores e fins que devem ser observados e promovidos pelo conjunto do ordenamento”. Assim é porque o Direito “existe para realizar determinados fins sociais, certos objetivos ligados à justiça, à segurança jurídica, à dignidade da pessoa humana e ao bem-estar social”, consolidados em princípios que se irradiam por todo o ordenamento jurídico do país.

Poderia ser diferente?

9 Conclusão

A regra posta no art. 71 da Lei n. 8.666/1993 estabeleceu que os deveres patronais próprios do empregador não se transferem para a Administração Pública, mas não excluiu sua responsabilização pela preservação dos direitos fundamentais do trabalhador, base de sustentação do ordenamento jurídico de um Estado de Direito, cuja exigibilidade se reveste de interesse público, de sorte que

falacioso e incabível o argumento que pretende restringir a dimensão da controvérsia a um simples confronto entre público e privado.

Ademais, em cumprimento aos princípios da legalidade, moralidade e eficiência albergados no art. 37 da CF/1988, a Administração Pública tem obrigação legal de pautar sua atuação pela boa governança e *accountability* na gestão da coisa pública, de modo que lhe cabe fiscalizar o empregador contratado para que cumpra com suas obrigações trabalhistas. O fato desta contratação ter ocorrido mediante processo licitatório não elide tal conclusão, pois não afasta a aplicação do art. 186 do Código Civil quando o comportamento negligente e omissivo do ente público possibilita a violação e lesão aos direitos fundamentais do trabalhador, que atuou em seu benefício.

Assim sendo, ao consignar que as obrigações patronais do empregador não se transferem ao ente público, mas não impedem a sua responsabilização pela conduta culposa *in vigilando*, por omissão e negligência, imputando-lhe a responsabilidade subsidiária, que implica na observância do benefício de ordem e possibilita a ação regressiva, a diretriz jurisprudencial traçada na Súmula 331 pelo TST não tratou da constitucionalidade, mas da legalidade, da subsunção

¹⁸BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294/295.

do fato à norma apta para discipliná-lo, de modo que ante o disposto nos arts. 481, 482 e 557 do CPC a decisão pautada por tal diretriz não incorreu em qualquer descumprimento da cláusula de reserva de plenário preceituada no art. 97 da CF/1988 e referida na Súmula Vinculante n. 10.

10 Referências

- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FRANÇA, Vlademir da Rocha. Considerações sobre a legalidade e demais princípios jurídicos da licitação. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Mauricio (coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

REPRESSÃO PENAL DOS ATOS ANTISSINDICAIS

CRIMINAL REPRESSION OF ANTI-UNION ACTS

Walküre Lopes Ribeiro da Silva*
Firmino Alves Lima**

Resumo: O artigo trata da repressão dos atos antissindicais por meio de uma tutela penal específica, como forma de garantir o pleno exercício da liberdade sindical. O texto, inicialmente, aborda a liberdade sindical e define os atos antissindicais. Posteriormente, destaca a importância de uma tutela penal adequada para a proteção da liberdade sindical, apresentando alguns exemplos de normas penais vigentes no exterior. Por fim, os autores pretendem demonstrar a necessidade de reforma da legislação vigente no Brasil sobre o tema.

Palavras-Chave: Direito sindical. Direito comparado. Liberdade sindical. Organização sindical. Ato lesivo.

Abstract: The article deals with the repression of the anti-union acts by means of a specific criminal guardianship, as a form to guarantee the full exercise of the freedom of association. The text, initially, approaches the freedom of association and defines the anti-union acts. Later on, it stresses the importance of an adjusted criminal guardianship for the protection of the freedom of association, presenting some examples of effective criminal statutes abroad. Finally, the authors intend to demonstrate the necessity of reform in the current Brazilian criminal statute on the subject.

Keywords: Trade union law. Comparative Law. Freedom of association. Labor Organization. Harmful act.

* Professora Titular do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

** Firmino Alves Lima é Juiz do Trabalho Titular de Vara, mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1 Introdução

O presente artigo pretende tratar da repressão penal dos atos antissindicais. Ele abordará, inicialmente, algumas considerações sobre a liberdade sindical, promovendo algumas considerações sobre os atos antissindicais e concluirá tratando dos meios de repressão a tais atos por meio de mecanismos penais.

A intenção dos autores é destacar a importância da liberdade sindical e como a severidade das normas penais pode ajudar a efetivar esse direito. Também foram coletados alguns exemplos importantes em outros países, para demonstrar como a atual legislação penal brasileira sobre o assunto é inadequada.

1.1 A liberdade sindical e seus diversos aspectos

A liberdade sindical é um dos princípios fundamentais que informam o direito coletivo do trabalho, junto com a autonomia coletiva dos particulares. Francesco Santoro-Passarelli define-a como uma liberdade complexa¹. No mesmo sentido, Arion Sayão Romita aponta ser um “feixe de liberdades²”, na medida em que “assiste inicialmente o indivíduo, ao qual confere uma faculdade,

ainda interessa também ao grupo na medida em que este encontra nela a sua fonte de recrutamento e de sua expressão, qual garantia contra medidas hostis dos grupos concorrentes e oponentes (outros sindicatos e empregadores)³”. A menção como garantia contra medidas hostis é o tema de maior preocupação neste artigo.

Amauri Mascaro Nascimento expõe que existem amplas enumerações de vários autores explicando os diversos aspectos da liberdade sindical. O referido jurista, no entanto, enumera cinco aspectos desse agrupamento de liberdades: a liberdade de associação, a liberdade de organização, a liberdade de administração, a liberdade de exercício das funções e a liberdade de filiação sindical⁴.

Todos esses aspectos podem ser reunidos em dois grandes grupos característicos: o primeiro diz respeito às liberdades consistentes na proibição de impedimento e de não constrição, tratando-se de liberdades negativas, ou seja, aquelas que asseguram uma possibilidade de agir baseada em uma norma de caráter fundamental que não proíbe determinada ação, bem como a permissão para deixar de agir, eis que inexistente

¹SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Noções de direito do trabalho**. Trad. de Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto C. Chiarelli. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1973. p. 14.

²ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasília, 1976. p. 40.

³Id. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 342-343.

⁴NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 40.

norma que imponha determinada conduta. Já o segundo grupo refere-se a aspectos que importam em liberdades positivas, ou seja, como definiu Kant, aquelas em que o homem não está obrigado a agir senão em conformidade com sua própria vontade⁵ ou, como complementa mais adiante, como uma “autonomia, ou seja, na propriedade que o querer tem de ser para si mesmo sua lei”⁶.

Tais aspectos são interligados e interdependentes, de modo que só haverá verdadeira liberdade sindical se todas as suas dimensões forem respeitadas. Jean-Claude Javillier afirma claramente que existe uma interdependência evidente entre, de uma parte, as referidas liberdades e, de outra parte, a efetividade dos direitos do homem e o desenvolvimento da democracia⁷.

1.2 A liberdade sindical como direito fundamental e como direito humano

A liberdade sindical é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, um princípio fundamental que deve ser preservado pois, uma vez ameaçada, limitada ou suprimida, concretiza-se uma

grave ofensa à ordem democrática. A liberdade sindical é reconhecida na nossa Carta Política como um dos direitos sociais fundamentais no *caput* do art. 8º da Carta Política, integrando o título II, relativamente aos direitos e garantias fundamentais, ainda que a liberdade garantida pela Constituição Federal de 1988 seja uma liberdade relativa, posto que restrita por diversos aspectos constitucionalmente previstos, entre eles e com maior destaque, a unicidade sindical.

A Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, adotada na 86ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em 18 de junho de 1998, reconhece a liberdade sindical como um dos princípios e direitos fundamentais. A referida declaração afirma que a liberdade sindical é um de seus princípios fundamentais, gozando de apoio e reconhecimento universais, como princípios fundamentais a todos os membros da organização, ainda que não tenham ratificado a respectiva declaração aprovada, no sentido de respeitar, promover e tornar efetivos⁸. Do mesmo modo, a mesma Declaração reconhece sete (hoje oito) convenções da organiza-

⁵KANT, Immanuel. **Fundamentos para a metafísica dos costumes**. Trad. Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964. p. 96.

⁶Ibid., p. 111-112.

⁷JAVILLIER, Jean-Claude. **Droit du travail**. 6. ed. Paris: L.G.D.J., 1998.

⁸ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu seguimento**. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. Brasília: Escritório da OIT, 1998.

ção como convenções básicas aprovadas pela entidade, sendo duas delas destinadas à liberdade sindical, as Convenções n. 87, de 1948, e n. 98, de 1949. A última será de extrema importância para o desenvolvimento do presente trabalho.

A liberdade sindical também é referida como direito humano pelo art. XXII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e pelo art. 16 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de San José de Costa Rica⁹. O art. 9º da Declaração Sociolaboral do Mercosul prevê a proteção contra todo ato discriminatório que pretenda menoscabar a liberdade sindical¹⁰.

Também é enunciado como direito humano no art. 8º, § 1º, itens 1 e 3, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Resolução n. 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991 e assinado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, com vigência a partir de 24.2.1992, conforme o Decreto n. 591, de 6.7.1992. Possui, portanto, a teor do art. 5º, § 2º do texto constitucional, antes da EC n. 45/2004, força de norma constitu-

cional, por integrar tratado de direitos humanos do qual o Brasil fez parte.

Assim, conclui-se que a liberdade sindical é um direito humano fundamental. Não se trata somente de um objetivo a ser alcançado, mas também de um valioso instrumento para concretizar os demais direitos sociais e promover para todos os seres humanos uma vida digna e em condições de efetiva liberdade e igualdade.

1.3 Necessidade de mecanismos eficientes para sua efetivação

Tratando-se de direito de natureza fundamental, seu exercício deve ser assegurado por meios enérgicos, para que não seja direito existente apenas em caráter formal, devendo ser protegido para que o regime de sua fundamentalidade seja material, tal qual um direito deste quilate pede.

Antonio Montoya Melgar prevê que as ofensas que ataquem a liberdade de ação sindical agridem direitos sindicais *ad intra* como o autogoverno do sindicato e *ad extra* como a negociação coletiva, a greve, a delineação de conflitos individuais e coletivos, bem como a formulação de candidaturas à representação em empresas¹¹.

⁹Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

¹⁰NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 161.

¹¹MONTOYAMELGAR, Antonio. **Derecho del trabajo**. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p. 130.

Assim, como já mencionou Arion Sayão Romita, uma das faces da liberdade seria a garantia contra medidas hostis de grupos concorrentes e oponentes, sobre a qual passaremos a tratar.

2 Conceito de ato antissindical

É necessário esclarecer o conceito de atos antissindiciais, uma vez que essa expressão visa englobar diversas figuras existentes em diferentes ordenamentos jurídicos.

Historicamente, a noção de foro sindical (*fuero sindical*) é a mais antiga e difundida na América Latina. Surgiu como uma garantia “maliciosamente restringida” nas palavras de Oscar Ermida Uriarte, configurando a proteção do dirigente sindical contra a dispensa injustificada¹². Entretanto, a noção de foro sindical vem sendo ampliada nas legislações latino-americanas, de modo a abranger os trabalhadores em geral e qualquer ato que vise restringir ou impedir o exercício de direitos sindicais.

A m a u r i M a s c a r o Nascimento critica a expressão foro sindical, que considera imprópria, pois não fornece uma ideia precisa de seu significado: *fuero* vem do latim *forum*, o que não se ajusta à figura¹³.

O ato antissindical é aquele que vem desafiar o exercício da liberdade sindical em suas mais variadas formas. Várias são as definições a respeito. Luís Enrique de La Villa Gil, Gabriel Garcia Becedas e Ignacio Garcia-Perrote Escartin afirmam que o ato antissindical é um elenco de condutas que tenham por objeto causar alguma espécie de discriminação ou lesão aos direitos da liberdade sindical por motivo de filiação ou da atividade sindical¹⁴.

2.1 Recepção de duas tradições jurídicas na Convenção 98 da OIT

A Convenção 98 da OIT é um marco importante na caracterização dos atos antissindiciais, na medida em que a referida norma internacional divide tais práticas em dois grandes grupos, respectivamente recebendo duas tradições jurídicas distintas, a tradição romano-germânica e a tradição consuetudinária do *common law*.

O referido documento foi aprovado na 32ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em 1º de julho de 1949, visando proteger os direitos de sindicalização e de negociação coletiva. É uma das oito convenções fundamentais da entidade e define

¹²ERMIDA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Trad. Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989. p. 9.

¹³NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 129.

¹⁴VILLA GIL, Luís Enrique de la; GARCIA BECEDAS, Gabriel; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. **Instituciones de derecho del trabajo**. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1993. p. 378.

em seus arts. 1º e 2º duas naturezas de atos, os quais passaremos a tratar com maior profundidade. Essa Convenção foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 49, de 27.08.1952, ratificada em 18 de novembro de 1952, promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 29.06.1953, e vigente no país desde 18.11.1953.

2.1.1 Atos de discriminação

O art. 1º da Convenção 98 da OIT estabelece que os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego, sendo que a proteção deve estar voltada a proteger o trabalhador contra comportamentos que submetam um emprego à condição de ser ou deixar de ser filiado a um sindicato ou, de algum modo, prejudiquem um trabalhador, aí incluída a dispensa, em função de sua filiação a um sindicato ou participação em atividades sindicais.

O termo discriminação não é expressamente utilizado na referida norma, aliás, em 1949 pouquíssimos documentos internacionais empregavam-no. No entanto, fica claro que a referida norma visa proteger os empregados contra atitudes discriminatórias promovidas por empregadores e sindicatos. Trata-se de uma proteção derivada dos ordenamentos advindos da tradição romano-germânica, claramente derivados

do foro sindical. Sua proteção é essencialmente voltada ao trabalhador contra atitudes discriminatórias, sendo uma esfera de proteção da liberdade sindical na expressão individual do trabalhador.

2.1.2 Atos de ingerência

O art. 2º da referida norma aponta que as organizações de trabalhadores e empregadores deverão gozar de proteção adequada contra atos de ingerência de umas sobre as outras, seja diretamente, seja por meio de seus agentes ou membros, tanto na formação, como no funcionamento e administração.

E o referido artigo classifica como atitudes de ingerência as seguintes medidas:

a) provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por organizações de empregadores;

b) manter organizações de trabalhadores, com meios financeiros ou meios diversos, submetendo-as ao controle de empregadores ou organizações de empregadores.

Tais atitudes são claramente classificáveis como atos de ingerência, ou seja, a interferência na livre organização sindical, por empregadores, organização de empregadores, ou organizações de trabalhadores rivais. Tais atitudes vinculam-se à noção de práticas desleais, que advém de uma outra tradição jurídica, a da *common law*, especial-

mente nos Estados Unidos da América e no Reino Unido.

São conhecidas como *práticas desleais*, assim expressamente reconhecidas pelo ordenamento federal dos Estados Unidos da América, (*unfair labor practice*), conforme o art. 8º da Lei Federal *National Labor Relations Act* de 1935, com alterações posteriores. Essa norma prevê um extenso rol de ações e comportamentos que podem ser considerados como desleais, portanto expressamente proibidos, tanto para sindicatos de empregados, como para empregadores.

Merecem destaque entre as condutas previstas no art. 8º, seção "a" (itens de 1 a 5), a interferência do empregador no exercício das liberdades sindicais dos empregados estipuladas no art. 7º do mesmo diploma; dominação ou interferência de entidades sindicais ou mesmo contribuição financeira; discriminação por encorajar ou desencorajar a sindicalização por meio de contratação de empregados; dispensa por reclamações apresentadas perante a autoridade administrativa competente (*National Labor Relations Board*) ou testemunho em procedimento instaurado e recusa na negociação com representantes sindicais assim escolhidos pelos empregados.

Por outro lado, a recusa do empregador para sentar-se de boa-fé a uma mesa de negociação coletiva com os representantes dos

empregados, cumpridos os requisitos legais, é considerada uma prática desleal pelo *National Labor Relations Act* de 1935 (art. 8º, alínea 1-5). A reforma do aludido diploma pelo *Taft-Hartley Act* de 1947 passou a impor igual obrigação de negociação de boa-fé ao sindicato dos trabalhadores, de modo que a recusa à negociação pelos representantes sindicais também constitui prática desleal (art. 8º, alínea b-3). Também são reconhecidas como práticas desleais dos sindicatos, restringir ou coagir empregados ao exercício dos direitos legalmente garantidos. Assim, ficam proibidas as ameaças, o uso da violência, o oferecimento de benefícios para o ingresso no sindicato, a realização de pressão econômica para obrigar o empregado a eleger o sindicato como seu representante.

2.2 Características dos atos antisindicais

Algumas características podem ser extraídas das previsões normativas e doutrinárias sobre os atos antissindicais. Como já foi possível vislumbrar, os atos antisindicais estão divididos em dois grandes grupos, o dos atos discriminatórios e o dos atos de ingerência na organização sindical.

Oscar Ermida Uriarte aponta algumas diferenças existentes nos conceitos de foro sindical e práticas desleais: o primeiro é essencialmente unilateral, beneficiando exclusivamente o empregado,

do, enquanto o segundo é bilateral, pois se apresenta como mecanismo de garantia da ética no livre jogo (*fair play*) dos atores sociais¹⁵. Nos atos discriminatórios de natureza sindical, verifica-se a existência de violações da liberdade individual de filiar-se, não se filiar ou de engajar-se em atividades sindicais. Já no caso das práticas desleais, verifica-se o atentado contra a liberdade de organização e ação sindical independente.

Uma das mais importantes características dos atos antissindicais é que tais ações ou omissões venham a demonstrar motivação antissindical, ainda que não exclusivamente, ou seja, um dos focos da atitude está voltado a destruir, mitigar, ou tornar sem efeito a liberdade sindical em uma das expressões anteriormente apontadas.

Os atos antissindicais de ingerência visam atacar alguns princípios reguladores da liberdade sindical. Mario Pinto formula três princípios aos quais a liberdade sindical deverá estar subordinada: o princípio teleológico, ou também considerado o princípio da especialidade, o princípio da organização e da gestão democráticas e o princípio da independência sindical,

todos previstos na Constituição da República Portuguesa, de 1976¹⁶.

O referido jurista lusitano aponta que o primeiro princípio consiste na adequação da organização e da ação sindical ao prosseguimento da finalidade da entidade sindical, no caso português, a defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores, conforme previsto no texto constitucional e na Lei Sindical vigente naquele país¹⁷. O princípio de gestão e organização democráticas está assegurado no inciso 3º do art. 55 da Constituição daquele país, o qual exige que as entidades sindicais submetam-se a uma organização e gestão democráticas, com participação ativa dos trabalhadores. E o princípio da independência sindical está assegurado no inciso 4º do mencionado art. 55 da Constituição daquele país, referindo-se à norma constitucional que afirma que as associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e associações políticas, cabendo à norma infraconstitucional assegurar as garantias dessa experiência, como fundamento da unidade das classes trabalhadoras¹⁸.

Da lição do referido autor podemos extrair que a conduta

¹⁵ERMIDA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Trad. Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989, p. 11-12.

¹⁶PINTO, Mário. **Direito do trabalho**. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1996. p. 191-193.

¹⁷Arts. 55 e 56 da Constituição da República Portuguesa, bem como no art. 3º da Lei Sindical daquele país.

¹⁸PINTO, op. cit., p. 191-193.

antissindical é aquela que, por um meio direto ou indireto, procura afastar a ação sindical de sua finalidade original, ou que viola uma organização ou administração democrática, ou seja, voltada para a vontade da maioria que fundou ou escolheu a direção sindical. Também pode ser que venha a destruir ou mitigar a independência que a entidade sindical deve usufruir em relação a diversas esferas de ação social, política ou religiosa.

O art. 28 da Lei n. 300, de 20 maio de 1970, da Itália, aponta que são atos antissindicais aqueles que limitam ou impedem o exercício da liberdade e da atividade sindical¹⁹. Segundo a referida norma, a conduta antissindical por parte do empregador importa em um comportamento, comissivo ou omissivo, que possa dificultar ou impedir o desenvolvimento da atividade sindical ou que possa prejudicar o exercício do direito de greve²⁰.

Luisa Galantino comenta a referida norma discorrendo que uma corrente da jurisprudência da Suprema Corte italiana configura a existência de comportamento antissindical quando coexistentes dois elementos: um **objetivo**, consistente na atitude vedada, ainda que somente potencial, e um

elemento **subjetivo**, consistente na intencionalidade do comportamento antissindical²¹. A referida autora, no entanto, revela a existência de uma corrente jurisprudencial da mesma corte, com apoio doutrinário, no sentido de entender como dispensável o elemento subjetivo, para que seja possível uma maior efetividade da tutela da liberdade sindical, em face da dificuldade de sua prova²².

Como os atos antissindicais pressupõem no seu primeiro grupo atos discriminatórios contra os trabalhadores, o elemento **intencionalidade** não pode ser exigido para a caracterização dos atos antissindicais. É que uma das modalidades de discriminação, aquela conhecida como indireta ou reflexiva, conforme a terminologia europeia, prescinde do elemento intencionalidade, bastando que determinada atitude ou comportamento do empregador, ainda que não tenha finalidade discriminatória, venha a provocar resultados diferenciados e prejudiciais para um indivíduo ou para determinado grupo.

Assim, é possível concluir que os atos antissindicais são comportamentos ativos ou omissivos, com ou sem intencionalidade por parte do empregador ou de outros grupos interessados na

¹⁹GHIDINI, Mario. *Diritto del lavoro*. 9. ed. Padova: Cedam, 1985. p. 134.

²⁰Ibid.

²¹GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli. 1995. p. 111-112.

²²Ibid., p. 112.

relação, que venham a destruir, mitigar ou tornar sem efeito a liberdade sindical em suas diversas formas de expressão.

3 Esferas de proteção contra atos antissindicais

Tratando-se de um direito fundamental de extrema importância para a manutenção de uma ordem democrática, com reconhecimento em diversos diplomas internos e internacionais, vários são os instrumentos para a defesa da liberdade sindical. Analisaremos brevemente três formas de proteção, as administrativas, cíveis-trabalhistas e penais, foco maior do presente trabalho.

3.1 Proteção administrativa

Os atos antissindicais podem ser combatidos por medidas administrativas, assim considerados os procedimentos não judiciais movidos por autoridades governamentais. Um bom exemplo é verificado nos Estados Unidos da América. Antes da discussão judicial sobre atos antissindicais, um procedimento administrativo deve ser instaurado. Havendo uma prática desleal, Robert A. Gorman afirma que uma queixa pode ser registrada no escritório regional da organização nacional de relações do trabalho (*National Labor Relations Board*) por qualquer pessoa²³,

atualmente até mesmo pela *internet*.

A queixa é recebida e investigada pela autoridade administrativa, a qual presidirá as investigações que assumem a forma de processo administrativo. Concluído o processo, a autoridade profere uma decisão, que tem caráter de determinação para a parte faltosa, porém despida de força executiva. Essa força somente é adquirida quando, em caso de recalcitrância da parte vencida, o próprio órgão, ou qualquer pessoa lesionada pelo ato assim considerado, ajuíza um pedido judicial perante a corte federal de apelações ou o juízo distrital federal cabível, objetivando seu cumprimento²⁴.

3.2 Proteção judicial de natureza civil-trabalhista

Várias medidas de natureza civil-trabalhista podem ser tomadas na defesa contra atos antissindicais, inclusive alguns ordenamentos preveem remédios judiciais específicos para tal finalidade. Dois exemplos na tradição romano-germânica ilustram bem tais procedimentos específicos.

Na Espanha, a liberdade sindical é constitucionalmente prevista, permitindo que a vítima do ato interponha um **recurso de amparo**. Tal modalidade de remédio constitucionalmente previsto

²³GORMAN, Robert A. *Labor law: unionization and collective bargaining*. St. Paul: West Publishing, 1976. p. 7 e ss.

²⁴Ibid., p. 10.

visa a proteção de direito fundamental (art. 161.1.b da Constituição Espanhola) e baseia-se nos princípios da urgência e da sumariedade, procedimento esse não acumulável com ações de outra natureza, com possibilidade de suspensão sumária dos efeitos do ato impugnado em caso de ato de difícil reparação ou que impeça participações em eleições ou negociações.

Já na Itália, o art. 28 da referida Lei n. 300/1970 dispõe de um rito e medidas especiais para que o Juiz possa determinar a cessação dos atos antissindiciais, possuindo um prazo de dois dias para despachar o pedido formulado, com vigência até que seja pronunciada sentença definitiva pelo Juiz do Trabalho. Gino Giugni ressalta que a celeridade do rito processual, que se conclui em dois dias, “foi inspirada na necessidade de garantir a tempestividade da intervenção jurisdicional pois, em matéria de relações sindicais, tempestividade é sinônimo de efetividade²⁵”.

Nesse procedimento específico, o Juiz da localidade, caso não haja Juiz do Trabalho, é provocado por recurso dos organismos

locais dos sindicatos nacionais, podendo o recurso ser instruído com “informações sumárias” e com possibilidade de concessão de liminar mediante despacho motivado. Esse tem efeito executivo imediato, visando a cessação do comportamento ilegítimo e a remoção de seus efeitos²⁶. O despacho pode ser enfrentado por contestação do empregador a ser apresentada no prazo de 15 dias contados da comunicação.

3.3 Proteção Penal

O Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, sobre a liberdade sindical, aprovado pela 97ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho²⁷, aponta, em seu item 42, que as queixas que a organização recebeu sobre discriminação antissindical e atos de ingerência revelam a necessidade de serem estabelecidas sanções e vias de recurso suficientemente dissuasoras de tais atos. E no item 43 o relatório menciona que as regulamentações que proíbem atos de discriminação antissindical são

²⁵ GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. Com a colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni Garofalo. Trad. de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991. p. 89.

²⁶ RIVISTA Telematica di Diritto del lavoro. Disponível em: <<http://www.di-elle.it/Leggi/70-300.htm#28>>. Acesso em: 31 mar. 2004.

²⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Liberdade sindical na prática**: lições a retirar, Relatório do Director-Geral, Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/download/relatorioglobal2008_portuguesportugal.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

inadequadas quando não acompanhadas de procedimentos que garantam uma proteção efetiva.

No mesmo tópico e em um quadro de destaque, uma situação de discriminação na Suíça veio a demonstrar que, por lá, rígidas medidas legais de natureza civil e pesadas indenizações não foram suficientes para interromper um histórico de práticas discriminatórias antissindicais. Ou seja, o relatório da OIT deixa bastante nítida a fragilidade dos titulares das liberdades sindicais perante os ofensores deste direito, sendo que mecanismos cíveis-trabalhistas não têm se revelado totalmente eficientes, mesmo em países centrais com uma sociedade melhor organizada.

A criminalização de atos antissindicais é prevista em várias legislações como forma de constrição do empregador faltoso ao respeito da liberdade sindical. Mario Romano afirma que a tendência de criminalização da conduta antissindical não desmente uma prática, de longo tempo instaurada e atualmente quase constante, do desencorajamento de comportamentos assim entendidos como lesivos de interesses particularmente qualificantes, mediante a cominação de uma sanção penal²⁸.

Mario Giovanni Garofalo

explica que a finalidade da norma penal existente no direito penal italiano é constranger o empregador a atuar no sentido de conformar a situação de fato à norma individual criada pelo Juiz. Isso se deve ao fato de que o conteúdo concreto da ordem judicial não é passível de execução de modo específico, seja por consistir em um *facere* infungível seja porque consiste em um *non facere*²⁹.

Gino Giugni observa que a condenação penal representa a maior sanção social da conduta reprovável do empregador e que a coação indireta ao cumprimento da ordem judicial por ela assegurada é uma das inovações essenciais do Estatuto dos Trabalhadores, explicando sua eficaz aplicação³⁰.

4 Repressão penal dos atos antissindicais no Direito Comparado e no Direito Brasileiro

Tecidas algumas considerações sobre a necessidade de uma tutela penal para as diversas expressões da liberdade sindical, passaremos a examinar alguns exemplos de normas penais em ordenamentos de maior destaque.

4.1 Itália

Na Itália, o empregador faltoso que não se submete à decisão judicial prevista no § 1º do art. 28 pode

²⁸ROMANO, Mario. *Repressione della condotta antisindacale*. Milano: Giuffré, 1974. p. 2.

²⁹GAROFALO, Mario Giovanni. *Commento all'art. 28 in lo Statuto dei Lavoratori: commentario diretto da Gino Giugni*. Milano: Giuffré, 1979. p. 516-517.

³⁰Ibid., p. 89.

incorrer na punição do art. 650 do Código Penal daquele país (prisão de até três meses ou pagamento de indenização). O art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores, conforme redação dada pela Lei n. 300, de 20 de maio de 1970, expõe que o empregador que não cumprir a ordem preliminar ou a decisão judicial final está sujeito às disposições do art. 650 do Código Penal, que menciona como tipo penal a não observância de provimento de autoridade.

4.2 Espanha

Na Espanha, a possibilidade de caracterização de infração penal pela conduta antissindical também é prevista no art. 315 do Código Penal, o qual afirma que o impedimento ou limitação do exercício da liberdade sindical importa em pena de prisão de seis meses a três anos e multa³¹. Caso as condutas mencionadas no referido artigo tenham sido praticadas com uso de força, violência ou intimidação, as penas poderão ser majoradas.

4.3 França

Na França, o art. L. 481-2 do Código do Trabalho prevê que qualquer entrave (o delito assume o

mesmo nome na língua francesa) contra o exercício das atividades sindicais definidas nos arts. L. 412-1, L. 412-2 e L. 412-20 será punido com prisão de um ano e uma multa, ou somente uma das duas penas³². No caso de reincidência, a pena pode ser aumentada para dois anos. A mesma pena deve ser aplicada em caso de oposição à designação de delegados de pessoal, bem como ao exercício regular de suas funções (art. L. 482-1), e aos integrantes de um comitê de empresa, comitê estabelecimento ou comitê central de empresa (arts. L. 482-1 e L. 483-1)³³.

Pélissier, Supiot e Jammaud comentam que a câmara criminal da Corte de Cassação francesa vem experimentando uma evolução análoga àquela experimentada pela câmara social: ambas consideram que o crime pode ser configurado mesmo se o comportamento antissindical em questão não for o motivo exclusivo das medidas tomadas e que o Juiz Criminal deve investigar com profundidade os fatos a ele submetidos, comparando a situação da evolução da carreira dos outros empregados com os envolvidos, para verificar se houve discriminação em função de atividade sindical³⁴.

³¹Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Jesus Hernando Bayo. Abogado. Disponível em: <<http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2004.

³²FRANÇA. *Code du Travail*. Art. L. 481-2. 16. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 760.

³³Ibid., p. 761-764.

³⁴PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JAMMEAUD, Antoine. *Droit du travail*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2006. Os autores citam as decisões Crim. 14. juin. 2000, Dr. Soc. 2000.1035, obs. J. Mouly; 6 janv. 2004, Bull. Crim., n. 4; 9 nov. 2004, Dr. ouvr. 2005, 237, note E. Fortis.

4.4 Portugal

Em Portugal, o art. 38, § 2º, do Decreto Lei n. 215-B/1975 (30.4) trata das violações de independência de filiação ou não filiação para concessão ou não do emprego e trato antidiscriminatório por filiação ou não a sindicato. Tais atos são considerados infrações muito graves, com sujeição a prisão de 3 dias a 2 anos além de multa³⁵.

4.5 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos da América, a legislação federal qualifica como crimes certas atividades financeiras envolvendo empresas e sindicatos ou seus dirigentes. Pagamentos, empréstimos ou envio de aportes financeiros a empregados, bem como solicitação de quantias, oferecimento de quantias ou empréstimos a empregados, representantes ou dirigentes sindicais, com propósitos antissindicais, são atitudes consideradas criminosas pelo extenso art. 186 do Código Criminal Federal, acrescido pela Lei Taft-Hartley, com penalidades de multa de até dez mil dólares e prisão de até cinco anos³⁶.

A legislação vigente preten-

de proscrever atitudes como subornos, propinas, favores indevidos, pagamentos que violem conflitos de interesse, bem como presentes de valor, tanto por parte de representantes de empresas ou quem estiver atuando em favor de interesses empresariais, como para dirigentes ou representantes sindicais, ou mesmo empregados. A complexa norma prevê punições tanto para quem oferece como para

quem solicita tais favorecimentos. São muitas situações previstas como transgressões criminais, em uma forma bastante detalhada, e que vêm continuamente sofrendo alterações para abranger outros tipos de modalidades

de favorecimentos para ingerência indevida em atividades sindicais, a última alteração ocorreu em 16.04.2006.

4.6 Brasil

No nosso ordenamento penal, as disposições do art. 199 do Código Penal são as únicas vigentes sobre as condutas antissindicais. Essa norma trata somente do constrangimento à participação ou não em determinado sindicato ou

“No nosso ordenamento penal, as disposições do art. 199 do Código Penal são as únicas vigentes sobre as condutas antissindicais.”

³⁵SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 247.

³⁶LEGAL RESEARCH BLOG. *Lawyers, legal websites, legal news and legal resources*. Disponível em: <<http://law.onecle.com/uscode/29/186.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.

associação profissional. A pena é de detenção de um mês a um ano e multa, além da pena correspondente à violência. Verifica-se que muitas condutas antissindicais e aspectos da liberdade sindical não estão presentes na tipificação em vigor, ausência que necessita ser urgentemente reparada, uma vez que temos apenas um aspecto regulado.

Por outro lado, nossa legislação penal visa proteger a organização do trabalho contra condutas consideradas criminosas, em vez de proteger as liberdades do trabalho e da associação sindical. Heleno Cláudio Fragoso afirmava que alguns comentários qualificavam de índole fascista a legislação penal atual³⁷. O autor aponta que o diploma em vigor seguia a linha do projeto alemão de 1936, sob a égide do nazismo então instalado naquele país, e visava tutelar o conjunto de trabalhadores e a produção nacional em vez de direitos individuais³⁸.

E parece ter razão o jurista carioca. A exposição de motivos do atual Código Penal aponta nos itens 66 e 67 que a intenção do legislador foi proteger a **“organização do trabalho”** e não a **“liberdade de**

trabalho”, entendendo o seu autor, o jurista Francisco Campos, que a segunda expressão constitui um postulado de economia liberal que se encontrava desacreditado, deixando em segundo plano o interesse da coletividade, o que não seria mais aceito à luz da Constituição Federal de 1937³⁹, carta política de índole claramente corporativa no campo dos direitos coletivos que não tolerava os conflitos trabalho-capital. Afirma o autor da exposição de motivos que as liberdades sindicais foram consideradas “recursos antisociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional”. Daí, o expositor explica que somente foram trazidos para o campo penal os delitos que se fazem acompanhar da violência ou da fraude, sendo que a falta deles passa a ser questão administrativa⁴⁰.

Logo, é possível vislumbrar com clareza a inadequação do nosso ordenamento penal, não somente no que tange à falta de tipificação de delitos considerados condutas antissindicais, mas também a inadequação sistemática da defesa da organização do

³⁷FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 553.

³⁸Ibid.

³⁹BRASIL. **Exposição de motivos do Código Penal**: Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940. Código Penal. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 37.

⁴⁰Ibid. p. 38.

trabalho sob uma intolerável ótica corporativista, totalmente descompromissada com a natureza de direito fundamental da pessoa humana atribuída à liberdade sindical.

5 Conclusões

Como foi possível depreender dos aspectos acima expostos, a liberdade sindical é um direito humano fundamental de grande importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Pela sua relevância dentro do rol de direitos sociais, econômicos e culturais, bem como de direitos civis e políticos, e pela fragilidade dos detentores desse direito perante empregadores, grupos empresariais ou até mesmo entidades sindicais, somente mediante uma proibição efetiva e uma tutela com punições severas a liberdade sindical pode ser efetivada como uma liberdade essencial para uma sociedade democrática.

A adoção de mecanismos penais é utilizada em diversos ordenamentos jurídicos nacionais. Traçando-se uma comparação entre os exemplos expostos e o panorama brasileiro atual, a apatia e miopia legislativa nesse campo do ordenamento nacional se revelam

com inegável clareza. Nossas normas penais ainda estão voltadas para tempos do corporativismo fascista que dominou o cenário brasileiro por várias décadas. Hoje, tais regimes estão definitivamente banidos e são absolutamente incompatíveis com o Estado Democrático de Direito proclamado pela nossa Carta Política, principalmente depois de vinte anos de vigência.

Fica aqui lançado um alerta quanto à inadequação, ineficiência e imprecisão de nossa legislação penal para defesa da liberdade sindical constitucionalmente consagrada, destacando vários exemplos de medidas penais que poderiam ser adotadas em nossa legislação, e assim melhor efetivar esse importante direito humano fundamental.

6 Referências

BRASIL. **Exposição de motivos do Código Penal**: Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940. Código Penal. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Trad. Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989.

"[...]a liberdade sindical é um direito humano fundamental de grande importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito."

"[...]a apatia e miopia legislativa nesse campo do ordenamento nacional se revelam com inegável clareza."

"Fica aqui lançado um alerta quanto à inadequação, ineficiência e imprecisão de nossa legislação penal para defesa da liberdade sindical constitucionalmente consagrada[...]"

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FRANÇA. *Code du Travail*. Art. L. 481-2. 16. ed. Paris: Dalloz, 1998.
- GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. 6. ed. Torino: G. Giappichelli, 1995.
- GAROFALO, Mario Giovanni. *Commento all'art. 28 in lo Statuto dei Lavoratori – commentario diretto da Gino Giugni*. Milano: Giuffrè, 1979.
- GHIDINI, Mario. *Diritto del lavoro*. 9. ed. Padova: Cedam, 1985.
- GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. Com a colaboração de Pietro Curzio e Mario Giovanni Garofalo. Trad. de Eiko Lúcia Itioka. São Paulo: LTr, 1991.
- GORMAN, Robert A. *Labor law: unionization and collective bargaining*. St. Paul: West Publishing, 1976.
- JAVILLIER, Jean-Claude. *Droit du travail*. 6. ed. Paris: L.G.D.J., 1998.
- KANT, Immanuel. **Fundamentos para a metafísica dos costumes**. Trad. António Pinto de Carvalho. São Paulo: Nacional, 1964.
- LEGAL RESEARCH BLOG. *Lawyers, legal websites, legal news and legal resources*. Disponível em: <<http://law.onecle.com/uscode/29/186.html>>. Acesso em: 19 jul. 2008.
- LEY ORGÂNICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Jesus Hernando Bayo. *Abogado*. Disponível em: <<http://www.jhbayo.com/abogado/framecp.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2004.
- MONTOYA MELGAR, Antonio. *Derecho del trabajo*. 19. ed. Madrid: Tecnos, 1998.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito sindical**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento**. Tradução de Edílson Alkmin Cunha. Brasília: Escritório da OIT, 1998.
- _____. **Liberdade sindical na prática**: lições a retirar, Relatório do Director-Geral, Relatório Global de Acompanhamento da Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/download/relatorioglobal2008_portuguesportugal.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.
- PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JAMMEAUD, Antoine. *Droit du travail*. 23. ed. Paris: Dalloz, 2006.
- PINTO, Mário. **Direito do trabalho**. Lisboa: Universidade Católica Ed., 1996.

RIVISTA *Telematica di Diritto del Lavoro*. Disponível em: <<http://www.di-elle.it/Leggi/70-300.htm#28>>. Acesso em: 31 mar. 2004.

ROMANO, Mario. *Repressione della condotta antisindacale*. Milano: Giuffré, 1974.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito sindical brasileiro**. Rio de Janeiro: Brasília, 1976.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SANTORO-PASSARELLI,

Francesco. **Noções de direito do trabalho**. Trad. de Mozart Victor Russomano e Carlos Alberto C. Chiarelli. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 1973.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Liberdade sindical e representação dos trabalhadores nos locais de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

VILLA GIL, Luís Enrique de; GARCIA BECEDAS, Gabriel; GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. *Instituciones de derecho del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1993.

REFUNDANDO O DIREITO PENAL DO TRABALHO: Primeiras aproximações

REDISCOVERING LABOR CRIMINAL LAW: first approaches

Guilherme Guimarães Feliciano*

Resumo: No contexto brasileiro, o Direito Penal do Trabalho não tem merecido, da doutrina especializada, a devida atenção, conquanto as estatísticas judiciais demonstrem que - a despeito das inovações legislativas ensaiadas para otimizar a tutela jurídica dos direitos fundamentais dos trabalhadores e da organização geral do trabalho - as condutas delinquentes incrementam-se e sofisticam-se, tanto na esfera privada como na esfera pública. Da mesma forma, a jurisprudência a respeito do tema descobre-se parca e divergente. Nos demais países da América do Sul, o quadro não tende a ser mais promissor. Convivem, na dimensão legislativa, o anacronismo normativo e a resistência ideológica. Promover com máxima efetividade a sublimação constitucional do valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CRFB) e reduzir os índices de violência nas relações trabalhistas são objetivos que reclamam, na perspectiva da prevenção penal positiva, a revisão dos pressupostos ideológicos que basearam o debate da tutela penal-laboral até a década de noventa.

Palavras-chave: Direito Penal do Trabalho. Crime contra a organização do trabalho. Relação de trabalho.

*Guilherme Guimarães Feliciano, Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP, é Livre Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Extensão Universitária em Economia Social e do Trabalho (Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP). Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté e Coordenador do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito e Processo do Trabalho na mesma Universidade. Professor Assistente do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito Processual Civil (2006-2007) e em Direito Civil (2008-2009) da Escola Paulista da Magistratura (EPM/APAMAGIS). Vice-Presidente da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2009-2011. Autor de diversas teses e monografias jurídicas, destacando-se, em sede penal, *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal*. São Paulo: LTr, 2005.

Abstract: In the Brazilian context, the Labour Criminal Law has not deserved special attention by the specialized doctrine, although the judicial statistics show that delinquent behaviors are more sophisticated and grown both in private as in public sphere, despite the legislative innovations tested in Brazil to optimize the legal protection of fundamental rights of workers and the general labour organization. Similarly, the jurisprudence about this subject is really sparse and divergent. In other countries of South America, the situation is not more promising. Normative anachronism and ideological resistance coexist in the legislative dimension. Promoting with maximum effectiveness the constitutional sublimation of the social value of work (art. 1, IV, CRFB) and reducing rates of violence in labour relationships are aims that claim the review of the ideological assumptions that were based discussion of the penal labour protection until the nineties.

Keywords: Labor Criminal Law. Offenses against public order of labour law. Labour relationship.

Sumário: 1 Introdução; 2 Direito Penal do Trabalho – Noções; 3 O Direito Penal do Trabalho no Brasil. Anacronismo, atecnia e resistência; 4 As funções da pena e o Direito Penal do Trabalho. A prevenção geral positiva fundamentadora; 5 Conclusões. 6 Referências.

1 Introdução

Se o leitor examinar as referências do Título IV da Parte Especial do Código Penal brasileiro (**Dos Crimes contra a Organização do Trabalho**) no conhecido **Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**, coordenado por ALBERTO SILVA FRANCO, não identificará mais do que cento e cinco arestos a respeito do tema, no decorrer de vinte e nove páginas, entre doutrina e jurisprudência¹. Ou seja: cento e cinco arestos para onze tipos penais, o que perfaz média aproximada de dez arestos por *fattispecie* (na verdade, menos

que isso). Desses arestos, a maioria trata de questões de **competência** (Justiça federal *vs.* Justiças estaduais), sem discorrer sobre quaisquer aspectos materiais da tutela penal laboral. E, nas edições subsequentes, esse quadro quantitativo não se altera significativamente.

A título de comparação, a mesma obra traz, com respeito ao homicídio - o simples (art. 121, *caput*, do Código de Processo Civil), o privilegiado (art. 121, § 1º), as figuras qualificadas (art. 121, § 2º) e a modalidade culposa (art. 121, § 3º) -, **duzentos e trinta e oito páginas**, com mais de mil arestos. Isso para

¹FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 2351-2379.

um único tipo penal (com seus subtipos). E, no entanto, a doutrina universal tem sustentado, desde meados do século XX, que o trabalho humano é uma **projeção** da própria personalidade do trabalhador, confundindo-se com a sua própria vida em sentido dinâmico...

Noutra alheta, com respeito ao crime de **redução à condição análoga a de escravo** (art. 149, do Código Penal) - crime de elevado potencial ofensivo, com penas cominadas de reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência -, a jurisprudência nacional é igualmente hesitante. A ponto de merecer, em passado recente, a censura da própria Organização Internacional do Trabalho: vejam-se as referências feitas ao caso brasileiro nos relatórios da 74ª e da 75ª reunião da Comissão de Peritos da OIT sobre a Convenção n. 29 (**sobre o trabalho forçado ou obrigatório**).

Dados como esses permitem concluir que as questões penais laborais não têm povoado a juris-

prudência nacional com o devido vigor. Não como se poderia esperar - na perspectiva de um observador neutro - em um país que já ocupou as primeiras posições nos índices mundiais de infortunistica laboral².

Diante disso, abrem-se à mente do operador mais atento três ordens de indagações:

1. por que razão o acesso à justiça penal é tão restrito em matéria laboral, notadamente quando se sabe que o Brasil - Estado e sociedade civil - não é bom cumpridor do *standard* mínimo de deveres inerentes à noção internacional de trabalho decente (elevada infortunistica, focos de trabalho escravo, focos de trabalho infantojuvenil ilegal, históricos de atos antissindicaís, etc.)?

2. que papel o Direito Penal poderia cumprir no universo das relações de trabalho (admitindo-se que, hoje, não cumpre praticamente papel algum)?

3. quais os caminhos mais acessíveis para o desencargo desse novo papel institucional refundado?

“Noutra alheta, com respeito ao crime de **redução à condição análoga a de escravo** (art. 149, do Código Penal) - crime de elevado potencial ofensivo, com penas cominadas de reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência -, a jurisprudência nacional é igualmente hesitante. A ponto de merecer, em passado recente, a censura da própria Organização Internacional do Trabalho [...]”

²Entre 1998 e 2000, foram registrados 1.146.157 acidentes de trabalho no Brasil, com aumento do índice de acidentes de trajeto (em 2000 e 1999, em relação a 1998). De 376.240 acidentes registrados em 2000, 3.906 foram letais (somente na região sudeste foram 1.480 óbitos - observei, à época, ser pouco menos que o número de óbitos na última intifada palestina, iniciada em 28.09.2000). Na década de setenta, houve ano em que o Brasil mereceu o “título” de campeão mundial em acidentes de trabalho.

Conquanto não pareça, responder adequadamente a essas três questões reclamaria alguns volumes de reflexão política, jurídica e sociológica. Não é esse o propósito do presente texto. Nossa intenção é unicamente **introduzir o debate**, com especial atenção às duas primeiras indagações (visto que, em relação à terceira, já publicamos³ e tornaremos a publicar). O debate **científico**, diga-se; não o sectário ou o político-ideológico. Se conseguirmos, o esforço não terá sido em vão.

2 Direito Penal do Trabalho - Noções

Não há, em doutrina, definições consistentes do que seja o **Direito Penal do Trabalho**. Se nos coubesse definir, diríamos que, em sentido objetivo, **o Direito Penal do Trabalho é o segmento do Direito Penal especial predisposto à tutela jurídica fragmentária (*ultima ratio*) da dignidade humana da pessoa trabalhadora e da organização geral do trabalho**. Por evidente, não tem autonomia científico-dogmática, enciclopédica ou

acadêmica, nem se desprende do Direito Penal. É apenas uma sua **especialização** (como também é, p.ex., o Direito Penal Econômico e o Direito Penal Ambiental⁴), sem maiores pretensões. Nada obstante, por essa própria natureza interseccional, tende a encruzilhar, tanto no processo legislativo como nas operações hermenêuticas, princípios inerentes ao Direito Penal (taxatividade, culpabilidade, fragmentariedade, insignificância, etc.) e princípios próprios do Direito do Trabalho (primazia da realidade, irrenunciabilidade; menos frequentemente, princípio da proteção e princípio da continuidade da relação de emprego). E aqui, justamente, reside a sua maior riqueza. Afinal, sem essa percepção axiológica, jamais será mais que uma noção sem consequências⁵.

No entanto, admitir a existência de um **Direito Penal do Trabalho** é admitir a **possibilidade constitucional** de criminalização em sede de ilícitos laborais e afins. Em tempos de Direito Penal mínimo, de abolicionismo penal e de recorrentes processos legislativos

³FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 64. n. 1, p.29-35, jan. 2000; FELICIANO, Guilherme Guimarães. Da competência penal na Justiça do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 32. n. 122, p.27-88, abr./jun. 2006.

⁴sobre o Direito Penal Ambiental, cfr. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005, *passim* (especialmente os capítulos 1 e 2 da 2ª parte).

⁵Donde sustentarmos - até pela permeabilidade axiológica de seus atuais operadores - a conveniência político-legislativa da transposição de competências materiais em matéria penal-laboral para a Justiça do Trabalho (FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 64. n. 1, jan. 2000, p.29-35). Mas essa é outra (longa) história, que adiante se vai tanger rapidamente.

de descriminalização (como recentemente se viu, no Brasil, em sede de delitos contra os costumes⁶), isso não é pouca coisa.

Afinal, o **valor social do trabalho**, pensado *in abstracto*, engendraria importância bastante para desafiar a tutela penal estrita? Aliás, seria o legislador ordinário - entre nós, por força do art. 22, I, da CRFB - um agente criador plenamente **livre** para estabelecer sanções penais às condutas que bem lhe aprouvessem, sem qualquer parâmetro superior?

C L A U S ROXIN⁷ respondeu bem a tais questões. Na percepção do catedrático alemão, os processos legislativos de criminalização não se guiam ao inteiro talante do legislador ordinário. Há, nos Estados Democráticos de Direito, um **programa penal constitucional**, do qual o legislador não pode se desviar sensivelmente. É dizer: **nem tudo pode ser criminalizado**. Essa tese - que se ensaiou noutras paragens e já se tem por adquirida em boa parte das doutrinas estran-

“[...] os processos legislativos de criminalização não se guiam ao inteiro talante do legislador ordinário. Há, nos Estados Democráticos de Direito, um **programa penal constitucional**, do qual o legislador não pode se desviar sensivelmente. É dizer: **nem tudo pode ser criminalizado**.”

geiras (inclusive no Brasil) - atende bem aos propósitos do garantismo penal⁸ e promove, ao mesmo tempo, uma superfetação da chamada «teoria constitucional do direito penal». E é bom que seja assim. Previnem-se, por essa via, intromissões indevidas do Estado na esfera individual (como ocorrem, p.ex., nos países que criminalizam atos homossexuais entre maiores e capazes, ou naqueles sistemas que outrora profligavam a miscigenação racial, conquanto as respectivas Constituições fossem silentes a respeito).

Nessa linha de ideias, ROXIN vale-se de exemplos históricos e lições análogas para identificar quatro grupos principais de **objetos** que não devem se servir do Direito Penal. Na perspectiva constitucional-garantista, o Direito Penal não pode se prestar a **(a) cominações penais arbitrárias** (como na lenda de WILHELM TELL, preso pelo **crime** de não reverenciar em praça pública o chapéu do governador GREßER, nos tempos da domina-

⁶Ex vi da Lei n. 11.106/2005, que promoveu a *abolitio criminis* dos crimes de sedução (art. 217/CP), de rapto violento ou mediante fraude (art. 219/CP), de rapto consensual (art. 220/CP) e de adultério (art. 240/CP).

⁷ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p.51-58.

⁸FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 353-367.

ção austríaca); **(b) finalidades puramente ideológicas** (a exemplo dos tipos penais abertos que grassaram durante o regime alemão nacional-socialista, voltados a punir tudo o que atentasse contra o *Volkgeist*, i.e., o **espírito do povo**); **(c) repressão a meras imoralidades** (como os tipos incriminadores de certas modalidades de atos sexuais); **(d) guarida de preceitos penais que criem ou assegurem desigualdade entre seres humanos** (como nos tipos penais segregatórios ou de *apartheid*, já referidos há pouco).

É fácil perceber, todavia, que o **trabalho humano** - e a sua **organização público-coletiva** - não pode ser reduzido a nenhuma dessas categorias. Afinal, insista-se ainda uma vez, o trabalho é uma projeção da personalidade humana do trabalhador, confundindo-se com a sua própria vida em sentido dinâmico (*supra*). Ou, se com ela não se confunde, é um seu **atributo** indissociável. Trabalha-se para viver; e, não raro, vive-se para trabalhar. São mundialmente conhecidas as estatísticas do sistema japonês de relações de trabalho, a apontar, no século XX, vertiginoso aumento do «tempo de empresa» do trabalhador (i.e., do tempo em que o trabalhador permanece no meio ambiente de trabalho, cumprindo ordens ou

aguardando-as, em detrimento do convívio familiar), chegando aos limites do «*Karoshi*» (= morte por exaustão laboral). Sob tais circunstâncias, admitir a tutela penal para inibir as agressões mais contundentes à dignidade do trabalhador (trabalho escravo ou degradante, assédio sexual ou assédio moral intenso, sujeição negligente a risco iminente de dano físico, etc.) é admiti-la para, direta ou indiretamente, **proteger a vida**; e, antes dela, a **condição mesma de autor-realização integral do indivíduo**⁹.

Mas não é só. O **trabalho** não é constitucionalizado apenas em seu **valor humano**, mas também - e sobretudo - em seu **valor social** (art. 1º, IV, da CRFB). É, indiscutivelmente, um bem jurídico-constitucional inerente à gama de Constituições democráticas contemporâneas, em todo o seu espectro ideológico (desde as mais liberais até aquelas mais engajadas socialmente, próprias de Estados outrora designados como «Estados de Direito Democrático» - veja-se, por todos, J. J. GOMES CANOTILHO -, em contraposição aos meros «Estados Democrático de Direito»). Aliás, vem sendo assim desde pelo menos a Constituição mexicana de 1917. Logo, o **trabalho** é um item inexorável dos **panteões constitucionais contemporâneos**, ao menos nos países de tradição

⁹FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. In: OUVIÑA, Guillermo *et al.* (coord.). *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 424.

democrática. Nesses, constituirá, sempre, objeto útil do programa penal constitucional.

Assim é que, no Brasil, pode-se buscar o **fundamento constitucional** da tutela penal do trabalho - ou, em dicção mais consentânea com a moderna teoria alemã, a **jusfundamentalidade** do valor-trabalho e de suas emanações¹⁰ - em diversos preceitos da Carta de 1988, dentre os quais se destacam os seguintes:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático

de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Artigo 5º. [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais

que a lei estabelecer.

Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Artigo 170. 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, observados os seguintes

princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio

ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

“[...] no Brasil, pode-se buscar o fundamento constitucional da tutela penal do trabalho - ou, em dicção mais consentânea com a moderna teoria alemã, a jusfundamentalidade do valor-trabalho e de suas emanações - em diversos preceitos da Carta de 1988 [...]”

¹⁰Neologismo português para «Fundamentalität der Grundrechtsnormen» (cfr. ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p.473-475.)

Artigo 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Artigo 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Tudo isso a par da óbvia menção ao próprio art. 7º da *Lex legum*, que inclui os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais entre **os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana** (Título II da Constituição).

Da mesma forma, poder-se-ia identificar fundamentos em praticamente todas as Constituições em vigor nos Estados ocidentais sob regime democrático. No vizinho Uruguai, *verbi gratia*, lê-se nos arts. 7º e 53 da *Constitución de la Republica Oriental del Uruguay* (1967):

Artículo 7º. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida,

honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

Artículo 53.- El trabajo está bajo la protección especial de la ley. Todo habitante de la República, sin perjuicio de su libertad, tiene el deber de aplicar sus energías intelectuales o corporales en forma que redunde en beneficio de la colectividad, la que procurará ofrecer, con preferencia a los ciudadanos, la posibilidad de ganar su sustento mediante el desarrollo de una actividad económica.

Para o exemplo europeu, vejam-se os arts. 9º, 12 e 20 da Lei Fundamental alemã (dentre as atuais europeias, uma das mais tímidas a esse propósito, ao lado da francesa):

Artikel 9 [Vereinigungsfreiheit]

1. Alle Deutschen haben das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden.

2. Vereinigungen, deren Zwecke oder deren Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder die sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den **G e d a n k e n** d e r Völkerverständigung richten, sind verboten.

3. Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses

Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig. Maßnahmen nach den Artikeln 12a, 35 Abs. 2 und 3, Artikel 87a Abs. 4 und Artikel 91 dürfen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Satzes 1 geführt werden¹¹.

Artikel 12 [Berufsfreiheit, Verbot der Zwangsarbeit]

1. Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

2. Niemand darf zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht.

3. Zwangsarbeit ist nur bei einer

gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung zulässig¹².

Artikel 20 [Grundlagen staatlicher Ordnung, Widerstandsrecht]

1. Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

2. Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

3. Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

4. Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist¹³.

É imperioso afirmar, portanto, a **centralidade e a jusfun-**

¹¹Tradução livre: “1. Todos os alemães têm direito a constituir associações, sociedades e corporações. 2. Estão proibidas as associações cujos fins ou cujas atividades sejam contrárias às leis penais ou que sejam dirigidas contra a ordem constitucional ou contra a ideia do entendimento internacional. 3. Está garantido a toda pessoa e a todas as profissões o direito de formar associações destinadas a salvaguardar e promover as condições de trabalho e econômicas. Os acordos tendentes a restringir ou impedir este direito serão nulos e proibidos; as medidas que se adotem com esse fim serão ilegais. As medidas previstas no artigo 12 a), parágrafos 2 e 3 do artigo 35, parágrafo 4 do artigo 87a e artigo 91 não poderão dirigir-se contra os conflitos laborais que se desenvolvam com fins de salvaguarda e promoção das condições de trabalho e econômicas das associações contempladas na primeira frase deste parágrafo”.

¹²Tradução livre: “1. Todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o seu lugar de trabalho e o de sua educação. O exercício da profissão poderá ser regulado por lei ou em virtude de uma lei. 2. Ninguém poderá ser obrigado a realizar um trabalho determinado, exceto como parte de um serviço público convencional, geral e igual para todos. 3. Os trabalhos forçados são admissíveis unicamente em caso de privação de liberdade disposta judicialmente”.

¹³Tradução livre: “1. A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social. 2. Todo poder público emana do povo. Será exercido pelo povo através de eleições e referendos e por meio dos poderes legislativo, executivo e judiciário. 3. O legislativo está submetido à ordem constitucional, o executivo e o judiciário à lei e à justiça. 3. Todos os alemães têm o direito de

damentalidade do trabalho humano - como **fato social** e como **valor**¹⁴ - em praticamente todos os sistemas constitucionais ocidentais contemporâneos.

Mas essa constatação não encerra a discussão político-criminal. Há que debater, ainda, a **oportunidade** e a **necessidade** do Direito Penal do Trabalho em tempos de **flexibilização** e de **desregulamentação** da legislação tuitivo-laboral, culminando com a chamada **minimização do Direito do Trabalho**¹⁵. Nesse contexto, a indagação torna-se óbvia: para que o Direito Penal, se o próprio Direito do Trabalho estaria transigindo com soluções técnico-legislativas menos tuitivas para o trabalhador (a exemplo da ampliação das hipóteses de contratação por prazo

determinado¹⁶, do trabalho a tempo parcial¹⁷ e da **pejotização**¹⁸, para se tomar o caso brasileiro; ou da chamada **flexissegurança**¹⁹, para se tomar o caso europeu)? Não haveria, nisso, um discurso de contramaré (= maximização da tutela penal em tempos de minimização de tutela laboral)?

Não são poucos, com efeito, os que advogam o fim do emprego (JEREMY RIFKIN, WILLIAM BRIDGES), senão o fim do trabalho (DOMENICO DI MASI). Aponta-se a quebra da rigidez tutelar dos direitos sociais como o prenúncio de um fenômeno universal de **garantismo coletivo**²⁰, que redimensionaria, em favor da negociação coletiva, o equilíbrio de forças do binômio estrutural do Direito do Trabalho hodierno (negociado *vs.*

resistência contra quem quer que tente derrubar a ordem constitucional, quando não for possível outro remédio”.

¹⁴Emergindo, dessa tensão constante, a **norma juslaboral**, a completar o modelo tridimensional-bilateral-atributivo de REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p.64-68.

¹⁵ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Los anillos de la serpiente : transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo*. In: **Jueces para la democracia: información y debate**. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 1994. n. 22, p.58.

¹⁶Vide, notadamente, a hipótese da Lei n. 9.601/1998.

¹⁷Art. 58-A da CLT, na redação da MP n. 2.164-41/2001.

¹⁸Vide, e.g., o art. 129 da Lei n. 11.196/2005.

¹⁹Neologismo português para o vocábulo inglês «flexisecurity», cunhado a partir da experiência dinamarquesa. A expressão, segundo a *Wikipedia*, exprime “*a welfare state model with a pro-active labour market policy. The model is a combination of easy hiring and firing (flexibility for employers) and high benefits for the unemployed (security for the employees). It was first implemented in Denmark by the social democratic Prime Minister POUL NYRUP RASMUSSEN in the 1990s. [...] The term refers to the combination of both labour market flexibility in a dynamic economy as well security for workers. The Government of Denmark views flexicurity as entailing a “golden triangle” with a “three-sided mix of (1) flexibility in the labour market combined with (2) social security and (3) an active labour market policy with rights and obligations for the unemployed*” (cfr. <http://en.wikipedia.org/wiki/Flexicurity>, acesso em 1º.12.2008).

²⁰BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.33.

legislado)²¹. Nessa linha, GORZ²² refere a **crise da sociedade assalariada** e a **perda da centralidade do emprego**²³ na civilização pós-industrial, profetizando a **neocentralidade do consumo**. Na mesma alheta, verificar-se-ia a paulatina **diminuição da presença do Estado** em todos os setores da socialidade humana (o que inclui os mercados de trabalho). Qual seria, então, o sentido do Direito Penal?

Respondem-nos BAYLOS e TERRADILLOS²⁴ ao ponderarem, na perspectiva do direito espanhol, que a opção por uma tutela penal **efetiva** (o que não quer dizer **máxima**²⁵) é mandatária, correndo em paralelo à própria tendência

flexibilizadora do direito laboral, notadamente nos campos da proteção da liberdade sindical e da garantia das condições pessoais de trabalho (i.e., tutela penal labor-ambiental), quiçá como um **contrapeso institucional** à **que** a mesma tendência. Na dicção dos autores,

“[...] GORZ refere a crise da sociedade assalariada e a perda da centralidade do emprego na civilização pós-industrial, profetizando a neocentralidade do consumo. Na mesma alheta, verificar-se-ia a paulatina diminuição da presença do Estado em todos os setores da socialidade humana (o que inclui os mercados de trabalho). Qual seria, então, o sentido do Direito Penal?”

[...] *es una opción legiferante obligada por el propio desarrollo histórico y funcional de este orden sancionatorio, que ha tomado cuerpo a*

la vez que la flexibilidad legislativa laboral. La «autonomización» progresiva del sistema de tutelas del Derecho del trabajo, el peso mayor de la negociación colectiva como instrumento regulador de las relaciones laborales [...], no ha

²¹ Como, aliás, já se tentou fazer no Brasil, sem sucesso, ao tempo do PL n 5.483/2001, do Governo Federal (gestão FHC), que pretendia modificar o art. 618 da CLT para priorizar o **negociado**, nos seguintes termos: “As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho”. Como se sabe, a proposta terminou abandonada, diante da grita emergente da sociedade civil.

²² GORZ, André. *Adieu au prolétariat: au-delà du socialisme*. Paris: Galilée, 1980, passim.

²³ Mas não do **trabalho**, ao contrário do que hoje pontificam DI MASI e outros. Para a abordagem historicista de GORZ, o que está em crise é uma **determinada forma de trabalho**, a saber, o **trabalho subordinado** (concebido como **emprego** na vigente racionalidade econômica), por conta da «revolução informacional» que pulveriza os vínculos hierárquicos. O **trabalho humano**, entretanto, guardaria ainda uma riqueza intrínseca e promissora, donde ser inconfundível com o conceito histórico de **emprego**. Para essa discussão, veja-se ainda ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. Los anillos de la serpiente : transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo”. In: **Jueces para la democracia: información y debate**. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 1994. n. 22, p.56-57.

²⁴ BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.33-34.

²⁵ O que significa que a afirmação da necessidade de uma tutela penal laboral mais efetiva não contradiz as concepções político-criminais de feitiço garantista (FERRAJOLI), tributárias de um **direito penal mínimo** às quais, inclusive, também nos alinhamos. Volvemos a esse tema (*infra*).

funcionado como elemento disuasorio de un sistema de tutelas de origen estatal ni mucho menos de la tutela penal. (g.n.).

Ora, se o festejado «garan-tismo coletivo» não serve como sucedâneo para os mecanismos de tutela penal, remanesce em aberto o espaço de estrita tutela estatal (preventivo-repressiva) que a constitucionalização do valor-trabalho franqueou ao legislador infraconstitucional. E noutras paragens, mesmo onde a Ciência do Direito Penal conhece estágio evolutivo superior àquele encontrado no Brasil, o legislador penal não tem se furtado à missão de legislar²⁶.

Quer-se demonstrar, com isso, que há uma via político-criminal **mais compatível** com o fenômeno da **constitucionalização do trabalho** (*supra*); e essa via não passa pela desregulamentação penal (= descriminalização), a não ser pontualmente, no que houver de obsoleto. Mas tampouco é uma via paleorrepressiva²⁷. Cuida-se de promover, nos planos legislativo e

judiciário, um Direito Penal do Trabalho de feitio **democrático**, ancorado no Estado de Direito e nos desideratos jurídicos e socioeconômicos da República. Noutras palavras, um Direito Penal do Trabalho com papel eminentemente **social**, vocacionado à **prevenção geral positiva** (*infra*).

A essa ideia, opõem-se naturalmente as representações políticas do empresariado capitalista - dir-se-ia, em expressão mais contundente, os **lobbies empresariais**. E, na gênese de tal reação, identificam-se ao menos três classes de temores.

Teme-se que a redescoberta do Direito Penal do Trabalho - ou melhor se diria, diante do quadro de amesquinhamento referido alhures, a sua **refundação** - importe em revalorização do trabalho humano, com conseqüente superávit de efetividade das normas jurídico-laborais. Esse temor é fundado. E aqui justamente reside o **papel social** de um Direito Penal do Trabalho de feitio democrático, como nos referimos há pouco.

²⁶Para o caso espanhol, BAYLOS e TERRADILLOS (*Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.35) citam os arts. 177 e 348 *bis*, «a», do código penal revogado (*Ley Orgánica* n. 8/1983), assim como os dispositivos penais da *Ley* n. 31/1995 (*Ley de Prevención de Riesgos Laborales*), todos vindos a lume já ao tempo das ondas de flexibilização da legislação trabalhista, que têm origem na década de sessenta mas ganham força a partir de meados da década de oitenta.

²⁷Empregando-se, aqui, a expressão de LUIZ FLÁVIO (**Suspensão condicional do processo penal**: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça criminal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.70-71) para significar o modelo de política criminal que **“historicamente sempre depositou toda confiança na força intimidativa da lei em abstrato”**. A respeito do tema, confira-se ainda ALBERTO ZACHARIAS TORON (TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos**: o mito da repressão penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, *passim*).

Realinhar o valor-trabalho em sua centralidade institucional, como fundamento geral da República (art. 1º, IV, da CRFB): eis, afinal, o efeito de prevenção geral positiva fundamentadora (*infra*, tópico 4).

Teme-se, ainda, que aquela refundação desborde em um processo de demonização sociológica, talvez com laivos de **caça-às-bruxas**. Erro manifesto. Como se antecipou, a proposta da refundação não diz com o superado modelo paleorrepressivo, mas com a (re)afirmação do bem jurídico sob tutela pela garantia de mínima efetividade para o respectivo aparato penal (sem prejuízo da aplicação dos substituídos penais já consagrados - penas alternativas, *sursis* processual, etc. -, onde couberem). Significa dar concreção, na feliz expressão de FERRAJOLI²⁸, às «proibições mínimas necessárias». Dir-se-á, no que toca à atualização dos textos legais, que a intenção do legislador

“Teme-se, ainda, que aquela refundação desborde em um processo de demonização sociológica, talvez com laivos de **caça-às-bruxas**. Erro manifesto. Como se antecipou, a proposta da refundação não diz com o superado modelo paleorrepressivo, mas com a (re)afirmação do bem jurídico sob tutela pela garantia de mínima efetividade para o respectivo aparato penal [...]”

(«*mens legislatoris*») nem sempre encontra eco na magistratura que aplica a sua lei. Pois bem. Nesse ponto, caberá refletir detidamente sobre o perfil de magistrado mais apropriado para a interpretação e a aplicação do Direito Penal do Trabalho (como subsistema objetivo)²⁹. Mas, independentemente dos rumos desse debate, a formação democrática dos corpos judicantes

após a Constituição de 1988 inspira a antevisão de que, em qualquer ramo do Judiciário brasileiro, eventuais rompantes paleorrepressivos na realização das normas penais laborais perfarão, sempre, casos de viés, estatisticamente isolados.

Teme-se, enfim, que a redescoberta do Direito Penal do Trabalho importe em perda de produtividade e queda das margens de lucros. E aqui reside o mais desconcertante equívoco. Como e n c a r e c e m B A Y L O S e T E R R A D I L L O S³⁰:

²⁸FERRAJOLI, Luigi. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*. In: CURI, Umberto; PALOMBARINI, Giovanni. CACCIARI, Massimo (coord.) *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p.476.

²⁹Sobre isso, ponderamos e opinamos em outros vários textos FELICIANO, Guilherme Guimarães. (Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 64. n. 1, jan. 2000, p.29-35; Da competência penal na Justiça do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 32. n. 122, abr./jun. 2006. p.243-265; **Tópicos avançados de direito material do trabalho**: abordagens multidisciplinares. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2006. v. 2, p.51-54), sempre a favor da transferência de competências para a Justiça do Trabalho.

³⁰BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 30.

El derecho laboral – y con él el Derecho penal del trabajo – no puede entenderse sólo como fruto de la lucha obrera frente a los propietarios de los medios de producción; debe ser también contemplado como un espacio jurídico que circunscribe el ámbito del conflicto laboral y que permite dirimir, recurriendo a reglas previsibles, las controversias surgidas en ese ámbito. Ciertamente que refleja un amplio catálogo de los derechos de los trabajadores – lo que no debe ser desconocido por ningún análisis –, pero no lo es menos que se impone también como exigencia horizontal de los propietarios industriales³¹.

De fato, se o próprio Banco Mundial insinuou que a falta de previsibilidade desmotivava as inversões financeiras de capital estrangeiro no Brasil (cfr. Documento Técnico n. 319³²), há de

se reconhecer que a **consolidação do pensamento jurídico nacional** em torno de questões tão candentes como os efeitos jurídico-penais de autotutelas coletivas diversas da greve (*lock-out*, piquetes, sabotagens, *rattening*, ocupações de estabelecimento, boicotes, etc.³³) e de certos procedimentos gerenciais que «enganam» a legislação do trabalho (à maneira das evasões fiscais) – como, entre nós, a contratação de cooperativas (*ut art. 442, par. único, da CLT*) ou de prestadores de «serviços intelectuais» (*ut art. 129 da Lei n. 11.196/2005*) – servirá, ao cabo das coisas, como porto seguro para o empregador de boa-fé, que não mais precisaria tatear em campos minados nas suas políticas de gestão. Hoje, à míngua de jurisprudência consolidada a respeito desses temas (ao menos na

³¹No mesmo sentido – sem, contudo, referir o Direito Penal do Trabalho –, ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Los anillos de la serpiente: transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo*. In: **Jueces para la democracia: información y debate**. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 1994. n. 22, p.54): “Sin embargo, el derecho laboral también se impone como exigencia horizontal de los propios propietarios industriales. La constitución de reglas de juego comunes entre empleadores, y la posibilidad general y homogénea de prever el alcance y el contenido de las controversias con los trabajadores no hacen más que establecer condiciones más transparentes del mercado de producción industrial, y en este sentido representan también un avance para los empleadores, ya que su situación mejora sensiblemente con respecto a la incertidumbre causada por la constante eventualidad de conflictos obreros en fábricas” (g.n.). Parece-nos haver aí, inclusive, fator relevante para a promoção da **livre concorrência**, na medida em que um Direito do Trabalho inefetivo, escorado por um subsistema de normas penais laborais de aplicação errática, favorece sobretudo o empresário inescrupuloso, que joga com o risco da conduta delitual, fiando-se na inefetividade do modelo. Perde, com isso, o empresário cumpridor das normas estatuídas. Favorece-se, portanto, o comportamento ilícito, na contramão da prevenção geral positiva.

³²Sobre o tema, analisando os reflexos da economia pós-Bretton Woods no Direito e o próprio Documento n. 319, veja-se FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tópicos avançados de direito material do trabalho**: abordagens multidisciplinares. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2006. v. 2, p.251-252.

³³Para a descrição pormenorizada dessas várias hipóteses de autotutela, veja-se, por todos, a excelente obra de BELTRAN, Ari Possidonio. **A autotutela nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1996. p. 155-205.

órbita penal), tornam-se imprevisíveis para o empresário brasileiro, por exemplo, as consequências criminais da contratação de uma cooperativa de mão de obra que adiante se revele fraudulenta.

Assim pontuado, resta definir, no marco da refundação, o que poderia ser objeto da tutela penal-laboral. Convém se fiar, para tanto, no **padrão médio cognoscível das Constituições democráticas contemporâneas**, que albergam basicamente as seguintes possibilidades:

(a) tutela penal dos direitos e faculdades que integram a autonomia privada coletiva;

(b) tutela penal dos direitos e liberdades individuais fundamentais da pessoa trabalhadora (que converge para a tutela geral da pessoa humana, mas com ela não se

confunde, por configurar **tutela penal específica**, realizando o propósito bobbiano de «especialidade na universalidade»³⁴);

(c) tutela penal das garantias institucionais do trabalho e/ou do trabalhador (organização geral do trabalho e Justiça do Trabalho).

É o que assertam, noutros termos, BAYLOS e TERRADILLOS³⁵,

La seguridad, la libertad, la dignidad e la igualdad, como valores de relevancia constitucional afectables de modo negativo en el ámbito del trabajo, siguen manteniendo así la naturaleza de bienes jurídicos penalmente protegidos, y siguen considerándose delictivas las conductas que más gravemente afectan a la seguridad del trabajador, a las condiciones de contratación, a la igualdad en el trabajo, al ejercicio

³⁴Cfr., a respeito, a obra do próprio BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.62-63, ao designar como «especificação» - ou, mais propriamente, “*moltiplicazione per specificazione*” - a “passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direito. [...] Assim, com relação ao abstrato sujeito «homem», que há encontrara uma primeira especificação no «cidadão» (no sentido de que podiam ser atribuídos ao cidadão novos direitos com relação ao homem em geral), fez-se valer a exigência de responder com nova especificação à seguinte questão: que homem, que cidadão? [...] Essa especificação ocorreu com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana. [...] Basta folhear os documentos aprovados nestes últimos anos pelos organismos internacionais para perceber essa inovação. Refiro-me, por exemplo, à Declaração dos Direitos da Criança (1959), à Declaração sobre a Eliminação da Discriminação à Mulher (1967), à Declaração dos Direitos do Deficiente Mental (1971). No que se refere aos direitos dos velhos, há vários documentos internacionais, que se sucederam após a Assembleia mundial ocorrida em Viena, de 26 de julho a 6 de agosto de 1982, a qual pôs na ordem do dia o tema de novos programas internacionais para garantir segurança econômica e social aos velhos, cujo número está em contínuo aumento”. Aliás, exemplos dessa «especialização» no campo da tutela penal da pessoa encontram-se às escâncaras na legislação brasileira, ora mediante agravantes/atenuantes genéricas ou causas de aumento de pena (e.g., artigos 61, II, «h», 65, I, 121, § 4º, in fine, 133, § 3º, III, 141, IV, etc.), ora mediante verdadeiras «retipificações» (e.g., artigos 230, 234, 239, 241-D e 244-A da Lei n. 8.069/90, artigos 97, 98 e 99 da Lei n. 10.741/2003, etc.).

³⁵BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. **Derecho penal del trabajo**. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p.37.

de las libertades sindicales o a ciertos derechos en materia de previsión.

Quanto aos fundamentos constitucionais de tais tutelas, já os antecipamos há pouco. Todas elas se reconduzem ao valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CRFB); e, adiante, encontrarão assento em um ou mais dispositivos constitucionais, a referendar a legitimidade democrática da criminalização racional, onde ainda não houver (como, *e.g.*, em matéria de liberdade sindical - item «a», *supra*).

3 O Direito Penal do Trabalho no Brasil. Anacronismo, Atecnia e Resistência

Quando se advoga a **refundação** do Direito Penal do Trabalho no Brasil, sugere-se, nas entrelinhas, que o atual quadro institucional de tutela penal laboral é inerte e insuficiente. Mas isso já havíamos demonstrado *supra*, ao introduzir este artigo. Resta desvelar, agora, os escaninhos dessa insuficiência, que ora recolhem a herança do anacronismo, ora se ocultam em episódios de atecnia, ora deixam transparecer a resistên-

cia ideológica do senso comum teórico brasileiro.

Vejam os:

3.1 Anacronismo (1): legislação e hermenêutica

No que diz com o anacronismo legislativo, merecem primeira menção os tipos penais do Título IV da Parte Especial do Código Penal («Dos Crimes contra a Organização do Trabalho»), que ainda mantêm - à exceção dos arts. 203, 206 e 207 (por força das Leis n. 9.777/1998 e n. 8.683/1993) - a mesma estrutura típica cunhada em 1940, sob inspiração **corporativista** (para não dizer totalitária), em pleno Estado Novo varguista (1937-1945³⁶). Já esse inexplicável abando-

no histórico bastaria para revelar, a propósito do Direito Penal do Trabalho, um surdo e vigoroso **descaso legislativo**.

Mas não é só.

Chama a atenção, por exemplo, o fato de o art. 197, II, 2ª parte, do Código Penal (**atentado contra a liberdade de trabalho**, na modalidade “constranger alguém, mediante violência ou grave

“No que diz com o anacronismo legislativo, merecem primeira menção os tipos penais do Título IV da Parte Especial do Código Penal, que ainda mantêm - à exceção dos arts. 203, 206 e 207 - a mesma estrutura típica cunhada em 1940, sob inspiração **corporativista** [...]”

³⁶Período em que, aliás, foi também concebida a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452/1943), a par do próprio Código Penal, da Lei de Contravenções Penais e do Código de Processo Penal (respectivamente, Decreto-lei n. 2.848/1940, Decreto-lei n. 3.688/1941 e Decreto-lei n. 3.689/1941), todos ainda em vigor.

ameaça, a participar de parede ou paralisação de atividade econômica”) ainda constar, sem ressalvas, de todas as publicações nacionais do Código Penal. Dir-se-á que o tipo penal nada tem de corporativo ou totalitário, na medida em que a própria Lei de Greve (Lei n. 7.783/1989) prevê, em seu art. 15, que “a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal”. É verdade. E é esse o problema. O **piquete violento**, que constrange o trabalhador não alinhado a participar de movimento paredista mediante grave ameaça³⁷, sugere punição criminal, por vilipendiar, a um tempo, a liberdade de trabalho (art. 5º, XIII, CF) e a liberdade de ir e vir (art. 5º, caput e LXVIII, CF) da pessoa humana. A pluriofensividade e a

especificidade da tutela penal reclamam, aqui, tratamento diferenciado, apartado das hipóteses dos arts. 146 e 147 do Código Penal (constrangimento ilegal e ameaça). Recorrer-se-ia, portanto, à hipótese do art. 197, II, 2ª parte, do CP. Certo? Errado. A norma do art. 197, II, 2ª parte, do CP foi **revogada tacitamente** pela Lei n. 4.330/1964, substituindo-se a *fattispecie* original por aquela do art. 29, VII, da «nova» lei de greve³⁸, havida na aurora da Revolução de Março (o que já antecipa a sua opção ideológica). Mas a Lei n. 4.330/1964 foi, por sua vez, **expressamente revogada** pela Lei n. 7.783/1989 (art. 18), que não previu crimes em espécie - e, como se sabe, a regra vigente no Direito **brasileiro veda a repristinação automática** de dispositivos legais (art. 2º, § 2º, da LICC³⁹)⁴⁰. *Quid iuris?* Não há, hoje, solução inteiramente satisfatória no ordenamento penal

³⁷Insiste-se com a hipótese da grave ameaça porque, em caso de violência contra a pessoa ou contra coisa, poder-se-á episodicamente subsumir a conduta à *fattispecie* do artigo 200/CP.

³⁸Rezava o art. 29 da Lei n. 4.330/1964: “**Artigo 29.** Além dos previstos no Título IV da parte Especial do Código Penal, constituem crimes contra a organização do trabalho: I - promover, participar ou insuflar greve ou lock-out com desrespeito a esta lei; II - incitar desrespeito à sentença normativa da Justiça do Trabalho que puser termo à greve ou obstar a sua execução; III - deixar o empregador, maliciosamente, de cumprir decisões normativas da justiça do Trabalho, ou obstar a sua execução; IV - iniciar a greve ou lock-out, ou aliciar participantes quando estranho à profissão ou atividades econômicas; V - onerar a despesa com dívidas fictícias ou de qualquer modo alterar maliciosamente os lançamentos contábeis para obter majoração de tarifas ou preços; VI - adicionar aos lucros ou fazer investimentos com os rendimentos obtidos com revisão tarifárias ou aumento de preços especificamente destinados a aumentos salariais de empregados; VII - praticar coação para impedir ou exercer a greve. **Pena:** Reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa de Cr\$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (cem mil cruzeiros). Ao reincidente aplicar-se-á a penalidade em dôbro. Parágrafo único. Os estrangeiros que infringirem as prescrições desta lei serão passíveis de expulsão do território nacional a juízo do Governo” (g.n).

³⁹*In verbis*: “Salvo disposição [expressa] em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

⁴⁰Nesse sentido, veja-se, por todos, a ilação de CEZAR ROBERTO BITENCOURT (**Tratado de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p.359): “A segunda parte do inciso II deste artigo

brasileiro, o que torna a tutela penal da liberdade de trabalho e empresa (ambos fundamentos da República, *ut* art. 1º, IV, CF), para dizer o mínimo, **lacônica e inconsistente**: será crime contra a organização do trabalho constringer o trabalhador liberal, mediante grave ameaça, a fechar o seu estabelecimento de trabalho; mas não o será constringer o trabalhador subordinado, ainda sob grave ameaça, a não ingressar em seu local de trabalho (instando-se o intérprete a recorrer, por subsidiariedade implícita, aos tipos dos arts. 146 e 147 do CP, o que significa **desconhecer**, na espécie, a lesão objetiva ao valor-trabalho).

De outra parte, divisa-se algum surrealismo na redação preservada do art. 199 do Código Penal (**atentado contra a liberdade de associação**), que pune com detenção de um mês a um ano e multa quem “constringer alguém, mediante violência ou grave ameaça, a participar ou deixar de participar de determinado sindicato ou associação profissional”,

tencionando tutelar a liberdade de associação e de filiação sindical ou profissional⁴¹. Que liberdade é essa, porém, que desafia tutela penal em face da sociedade civil, mas não resguarda o cidadão dos efeitos indiretos de um modelo sindical que **não albergou** a plena liberdade sindical, nos moldes da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, notadamente em face da manutenção da unicidade sindical (art. 8º, II, CF) e das contribuições sindicais compulsórias (art. 8º, IV, CF)? Se o cidadão não sindicalizado - por lido exercício de sua liberdade sindical negativa - pode ser instado a recolher contribuição sindical (art. 580/CLT), que reverte para o

sistema sindical e para o próprio Estado (art. 589/CLT), pode-se afirmar, em absoluto, que a sua liberdade sindical negativa está sendo respeitada pelo Estado brasileiro? Que sentido há em se «exercer» uma liberdade formal, se alguns efeitos inerentes ao fenômeno da associação sindical podem ser sentidos mesmo por quem

“[...] divisa-se algum surrealismo na redação preservada do art. 199 do Código Penal (**atentado contra a liberdade de associação**) [...]”

Que liberdade é essa, porém, que desafia tutela penal em face da sociedade civil, mas não resguarda o cidadão dos efeitos indiretos de um modelo sindical que **não albergou** a plena liberdade sindical, nos moldes da Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, notadamente em face da manutenção da unicidade sindical e das contribuições sindicais compulsórias?”

foi revogada tacitamente e substituída pelo disposto no art. 29, VII, da Lei n. 4.330/1964. Essa lei, no entanto, foi revogada pela Lei de Greve (n. 7.783/1989), a qual não prevê crimes especiais, dispondo, apenas, que «a responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal» (art. 15)».

⁴¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p.372.

decide não se associar? Aliás, tal inconsistência sistêmica não nasceu com a Constituição de 1988. É bem anterior a ela, como outrora ressaltou FRAGOSO (referindo-se ao panorama pós-1964): a «liberdade de associação» tutelada pelo art. 199/CP é “liberdade inteiramente ilusória, pois o Ministério do Trabalho controla com mão de ferro a organização dos sindicatos, aplicando textos ditatoriais da CLT (arts. 528 e 530, «a»)”⁴².

Não se quer, com isso, advogar a revogação do art. 199 do Código Penal. Tem ele um papel social a cumprir, visto que a prática das «listas negras» por um lado (ofensa à liberdade sindical positiva), e das *closed-shops* por outro (ofensa à liberdade sindical negativa), devem desafiar reprimendas criminais efetivas, desde que o risco de desemprego e a perda da verba alimentar possam configurar, no ânimo da vítima, hipótese de «grave ameaça» (o que, sustentamos, há se ser avaliado caso a caso). Mas o Estado não pode ser hipócrita. Não pode, sem mais, exigir da sociedade civil um nível de liberdade que ele próprio malferir por vias oblíquas. Deve se adequar ao seu próprio discurso legal. Nesse encalço, refundar o Direito Penal do

Trabalho pressupõe idealmente reorganizar alguns subsistemas juslaborais (como, *in casu*, o sindical), garantindo coerência no propósito universal de tutela daqueles valores por último referidos no tópico 2, *supra* (autonomia privada coletiva, direitos e liberdades individuais fundamentais da pessoa trabalhadora, garantias institucionais do trabalho e/ou do trabalhador).

Também merece alusão o art. 201 do CP (**paralisação de trabalho de interesse coletivo**), igualmente revogado pela Lei n. 4.330/1964, que já permitia a greve em atividades fundamentais (arts. 15 e 16). Com maior razão, não resiste ao cotejo com a vigente Lei n. 7.783/1989, cujos artigos 10 a 13 regulam o exercício do direito de greve nas atividades essenciais. Como ponderam FRAGOSO⁴³ e MIRABETE⁴⁴ tratou-se de incriminar uma hipótese de **greve pacífica**, o que hoje seria impensável. No atual contexto do ordenamento jurídico pátrio, “participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra pública ou serviço de interesse coletivo” (art. 201/CP) - conquanto o tipo prossiga igualmente reproduzido nas publicações

⁴²FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal**: parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1, p. 652; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p. 373.

⁴³FRAGOSO, *Ibidem*. p. 670 e ss.

⁴⁴MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997. v. 2, p.417-418.

editoriais do Código Penal, à falta de revogação expressa -, já não é, *per se*, fato típico e antijurídico. Deu-se, por via reversa (i.e., pela consagração do direito de greve em **atividades essenciais**, que são, conceitualmente, ainda mais relevantes que as atividades meramente públicas ou de interesse coletivo⁴⁵), a *abolitio criminis* da figura em comento, sob

os inteiros efeitos do art. 107, III, do CP (i.e., retroatividade absoluta e neutralização de todos os efeitos penais pretéritos, com alcance e extensão só equiparáveis aos da anistia). Talvez seja esse o melhor exemplo do **entulho autoritário** que ainda subjaz no Título IV da Parte Especial. E é mister apontar veementemente a sua revogação⁴⁶,

⁴⁵Assim, *e.g.*, as atividades bancárias são de interesse coletivo (tanto que desafiam autorização governamental e fiscalização do Banco Central do Brasil), sendo outrora considerada de interesse da segurança nacional (RT 199/81; RF 210/320). Hoje, porém, não são consideradas atividades essenciais para os efeitos da Lei n. 7.783/89, à exceção da **compensação bancária**. Com efeito, nos termos do artigo 10 da atual Lei de Greve, são considerados serviços ou atividades essenciais: “I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária”.

⁴⁶Como bem fazem, entre nós, BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p.381-382), NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.630) e PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2, p. 101-102, entre outros. Em sentido contrário, cite-se o escólio de RUI STOCCO (FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.2362-2363): “Quer parecer que o dispositivo não restou derogado pela Lei 7.783, de 28.6.89. [...] A CF/88 não reproduziu o dispositivo do art. 62 da Carta Magna revogada, que proibia greve nos serviços públicos e atividades essenciais, além do que, a Lei 4.330/64, que reiterava a proibição, foi varrida do mundo jurídico. [...] Contudo, o art. 11 da Lei 7.783/89 dispõe que: «Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade». [...] Desse modo, descumprida a determinação da Lei de Greve, incidirá a norma incriminadora do art. 201 do CP. [...] É de se notar, porém, que não basta que se trate de obra pública, mas que esta caracterize serviço ou atividade essencial, em face da dicção da nova Lei de Greve (art. 11)”. Com a devida vênia, a opinião de STOCCO padece de ao menos dois equívocos: (1) olvida-se que, já ao tempo da Lei n. 4.330/64, os arts.15 e 16 regulamentavam o exercício da greve nas chamadas **atividades fundamentais**, que em maioria consistiam de serviços públicos (água, energia, luz, gás, esgotos comunicações, transportes, hospitais, maternidade, etc. art. 12), privando de sentido, ainda àquela altura, a norma penal do artigo 201/CP; (2) promove-se, pelo travéz exegético, a **construção de um novo tipo penal**, que já não corresponde àquele do artigo 201 (que é de **forma livre**), mas à conduta de “participar de suspensão ou abandono coletivo de trabalho, provocando a interrupção de obra ou serviço de natureza essencial, sem prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade ou sem observância dos demais requisitos da legislação específica” (i.e., crime de **forma vinculada**). Ora, não é a lei penal que o diz, mas o intérprete; viola-se, com isso, o **princípio da reserva legal** (arts. 5º, XXXIX, e 22, I, da CRFB, e art. 1º do CP), sem qualquer respaldo pela via da **interpretação histórico-evolutiva**, na medida em que a legislação nacional caminhou precisamente **noutro sentido** (o da **relativa admissibilidade** da greve em obras e serviços públicos, **inclusive os** essenciais). Com efeito, não se pode afirmar, sem mais,

mercê dos rudimentos do próprio garantismo⁴⁷, de forma a impedir que a excrecência sirva de instrumento ao empresariado ou ao próprio administrador público para tolher o lúdimo exercício de um direito constitucional consolidado (art. 9º CF).

A rigor, somente se praticada com **violência à pessoa ou à coisa**, a conduta tendente à interrupção de obra ou serviço público poderá atrair contornos criminais. Subsumir-se-á, porém, à *fattispecie* do art. 200/CP, com pena detentiva de um mês a um ano e multa, mais a pena correspondente à violência (cúmulo objetivo de penas)⁴⁸.

3.2 Anacronismo (2): lacunosidade

Ainda no quesito **anacronismo**, releva encarecer, alfim, a necessidade de se legislar sobre a **tutela penal dissuasória das**

“Ainda no quesito **anacronismo**, releva encarecer, alfim, a necessidade de se legislar sobre a **tutela penal dissuasória das condutas antissindicais de máxima gravidade**.”

condutas antissindicais de máxima gravidade. Para além do art. 199/CP com as limitações já apontadas, nada mais há, no Brasil, a coibir penalmente as condutas antissindicais, assim compreendidos os atos que prejudiquem indevidamente o titular de direitos

sindicais no exercício ou em função da sua atividade sindical, ou ainda aqueles atos tendentes a denegar, injustificadamente, as facilidades ou prerrogativas necessárias ao normal desempenho de suas ações coletivas⁴⁹. No fundo, a omissão legislativa parece

fazer sentido, diante da opção constitucional por um modelo de liberdade sindical semiplena (art. 8º, II e IV, CF). Mas um processo histórico de refundação do Direito Penal do Trabalho haverá de passar em revista, necessariamente, essa condição deficitária de tutela. Toma-se por padrão internacional,

que o descumprimento do art. 11 da Lei de Greve seja «crime», se o art. 201 não o disse expressamente - e nem poderia fazê-lo, porque então não se houvera cunhado o conceito de **serviços ou atividades essenciais** -, e se tampouco o diz a própria Lei n. 7.783/1989.

⁴⁷FERRAJOLI, Luigi. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*. In: CURI, Umberto; PALOMBARINI, Giovanni. CACCIARI, Massimo (coord.). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p.459-509;

Diritto penale minimo. Roma: Donzelli Editore, 2002, p.16. *In verbis*: “[...] *assicurare infine il primato della legislazione, e perciò della politica e della sovranità popolare, nella definizione dei beni giuridici meritevoli di tutela penale e conseguentemente nell’esatta configurazione come reati delle loro lesioni*” (g.n.).

⁴⁸Nesse sentido, por todos, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3, p.382.

⁴⁹ERMIDA URIARTE, Oscar. *A proteção contra os atos anti-sindicais*. Trad. Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989, p.35.

hoje, o caso francês, cuja legislação contempla uma larga tipificação do chamado *délit d'entrave*⁵⁰, pela qual se sancionam penalmente diversos comportamentos patronais tendentes a obstruir o funcionamento normal das instituições representativas dos empregados ou o legítimo exercício da ação sindical⁵¹. Aliás, o direito francês é dos mais desenvolvidos em matéria penal-laboral, a ponto de tipificar delitos de *travail dissimulé* (seja *par dissimulation d'activité*, seja ainda *par dissimulation d'emploi salarié*, nos termos dos arts. L. 324-10 e L 324-11 do *Code du*

Travail de 1973 e dos arts. L. 8221-3 e L. 8221-5 do *Code* de 2007-2008) e de admitir efeitos penais à figura da **delegação de poderes** (*délégation de pouvoirs*)⁵², com possível desoneração do superior hierárquico - i.e., isenção de pena -, caso haja aceitação pelo destinatário⁵³.

E nem se diga haver, no modelo francês, inclinação paleorepressiva ou desídia para com o princípio da lesividade. Não há. Há, sim, **coerência**. Afinal, tratando-se de um estado republicano, democrático e social⁵⁴ que proclamou solenemente sua adesão ao

⁵⁰Nos termos do artigo L. 483-1 do *Code du Travail* de 1973, “*toute entrave apportée, soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 433-13, L. 436-1 et L. 436-3 et des textes réglementaires pris pour leur application, sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3.750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, l'emprisonnement pourra être porté à deux ans et l'amende à 7.500 euros*”. Em 1º de maio de 2008, entrou em vigor o novo Código do Trabalho francês, cujo artigo 2328-1 repetiu, basicamente, a definição anterior do *délit d'entrave*, reduzindo o valor da multa cominada: “*Le fait d'apporter une entrave soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 2324-3 à L. 2324-5 et L. 2324-8, est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros*”.

⁵¹BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 37.

⁵²Figura que, diga-se, tem papel nevrálgico em qualquer refundação competente do Direito Penal do Trabalho, mercê das características da empresa moderna (reengenharias de inspiração toyotista, desconcentração/terceirização das unidades produtivas, «*empowerment*», etc.). No Brasil, porém, a doutrina sequer admite a figura da **obediência hierárquica** (art. 22 do Código Penal) no plano das relações hierárquicas privadas (i.e., no imo da empresa baseada em contratos de trabalho subordinado)...

⁵³Sobre a descentralização da empresa e a conseqüente diluição das responsabilidades pessoais (inclusive na esfera criminal), veja-se, por todos, LUIGI SOLIVETTI (*La Criminalità di Impresa: alcuni commenti sul problema delle cause*. In: *Sociologia del diritto*. Milano: FAE Riviste, 1987. n. 1, p.58-61). No contraponto, tivemos ocasião de apontar os possíveis equacionamentos jurídicos para a **delegação de poderes** em sede penal - e, especialmente, em sede penal-ambiental -, à luz da teoria da imputação objetiva, em nossa tese de doutorado (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005, p.107-111, p.214-215, p.373 e, em especial, p.379-386). As mesmas conclusões ali vazadas servem, com pequenas adaptações, para a questão penal laboral.

⁵⁴Artigo 1º da *Constitution* de 1958 (1ª parte): “*La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction*

sistema internacional dos direitos humanos⁵⁵, e tendo ratificado, entre outras, as convenções 87, 98 e 135 da OIT⁵⁶, aparelhar a tutela penal em favor das liberdades sindicais, em padrões razoáveis (em geral como *délits* e não como *crimes*⁵⁷), não é mais que proporcionar concreção bastante às **proibições mínimas necessárias** (voltando a FERRAJOLI), eis que:

[...] *el principio de lesividad [...] tiene el valor de criterio polivalente de minimización de las prohibiciones penales. Y equivale a un principio de tolerancia tendencial de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario y, con ello, para reforzar su legitimidad y fiabilidad [...]*⁵⁸.

Ora, se se tomam as liberdades sindicais como bens essenciais

ao Estado Democrático de Direito, e se o aparato legal não penal tem se revelado insuficiente para a prevenção adequada das condutas antissindicais, é forçoso reconhecer a **legitimidade** da intervenção penal, para resguardo da normatividade «mínima necessária» à pacificação das relações coletivas no âmbito da empresa e do sindicato. Daí a **conclusão de BAYLOS e TERRADILLOS**⁵⁹, após sopesarem prós e contras da reprimenda penal às condutas antissindicais:

En general, [...] la valoración indicativa mayoritaria se decanta por la poli-utilización alternativa de todos los procedimientos y formas de tutela de los intereses sindicales que brinda el ordenamiento jurídico. Mas ello sin

d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée".

⁵⁵Como se lê no *Préambule* da Constituição francesa (redação atual), "*le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004*". De se ver que, no constitucionalismo francês, tende-se a reconhecer força normativa para os próprios preâmbulos constitucionais.

⁵⁶Para essa informação, cfr. <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm> (acesso em 03.12.2008).

⁵⁷Tradicionalmente, o sistema penal francês distingue as infrações penais entre *contraventions*, *délits* e *crimes*, nessa ordem, conforme o seu padrão objetivo de gravidade.

⁵⁸FERRAJOLI, Luigi. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*. In: CURI, Umberto; PALOMBARINI, Giovanni. CACCIARI, Massimo (coord.). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p.479 – g.n.).

⁵⁹BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p.37-38.

desconocer los riesgos de supervalorar la eficacia de tal vía sancionatoria; en su vertiente de «castigo» se critican las falsas ilusiones que puede producir y se destaca la ineficacia de la conminación legal de prisión, dado que no comporta efectiva privación de libertad⁶⁰; por el contrario, lo importante, lo que hace eficaz este procedimiento, es su capacidad para actuar en el ámbito específicamente laboral, recomponiendo la correlación de fuerzas, ilegalmente descompensada, mediante el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de las capacidades de normación y de tutela colectiva de los intereses de los trabajadores (g.n.).

É, de fato, como pensamos. Mas o debate não se encerra aqui.

3.3 Atecnia

A par da sua condição

anacrônica, a legislação penal do trabalho padece ainda, no Brasil, de quadros quase teratológicos de **atecnia**, tributários daquele mesmo descaso dos órgãos legiferantes (evitando-se, por agora, suposições em torno do propósito inconfesso de produzir legislação penal meramente **simbólica**, sem pretensões de efetividade). Exemplo paradigmático desta atecnia está no

art. 19, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, que dispõe:

Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

A norma é, a olhos vistos, **inconstitucional**. Também é **inconveniente**.

É inconstitucional, na medida em que o tipo penal é excessivamente aberto, o que compromete a sua **função constitucional de garantia** (ROXIN⁶¹;

⁶⁰Nem a comportaria no Brasil, a se adotar o marco francês (detenção de um a dois anos), considerando-se o disposto no artigo 61 da Lei n. 9.099/95 (redação da Lei n. 11.313/2006). Nem por isso, está desaconselhada a tipificação penal em matéria de condutas antissindiciais. Refundar o Direito Penal do Trabalho sobre bases democráticas não significa repovoar o cárcere; significa, antes, reafirmar o valor-trabalho e implementar a reprimenda penal, independentemente de qual seja, para debelar a sensação de impunidade. A experiência catarinense já demonstrou como isso pode trazer excelentes resultados na prática (MORAES, Reinado Branco de. Resultados práticos da competência penal trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo, a. 71. n. 02, fev. 2000, p.171-179).

⁶¹Relacionando a *função de garantia do tipo* com o que dispõe o artigo 103, 2, da GG: *“Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde”* (*“Um fato somente pode ser punido se constituir delito, segundo a lei, antes de seu cometimento”* - tradução livre). No Brasil, a função de garantia do tipo penal reconhece legitimidade constitucional no artigo 5º, XXXIX, da CRFB, como se diz a seguir.

BITENCOURT E JESUS)⁶² e contravém o **princípio da taxatividade** (mandado de certeza), consectário do princípio da legalidade penal (art. 5º, XXXIX, da CRFB).

Não bastasse, a norma penal refere a «empresa» como sujeito ativo da contravenção, quando já se tem por adquirido, na doutrina nacional, **que empresa não é pessoa; empresa é exercício profissional de atividade econômica para a produção ou a circulação de bens ou de serviços** (art. 966, *caput*, do NCC). Logo, uma «empresa» sequer em tese pode ser sujeito ativo de infração penal, mesmo à luz do art. 225, § 3º, da CRFB.

Objetar-se-á que o legislador recorreu à noção de empresa em seu **perfil subjetivo**⁶³, i.e., empresa como **empresário** (pessoa física ou jurídica), à maneira do art.

2º, *caput*, da CLT. Se o fez, andou mal, porque os tipos penais devem ser tão claros quanto possível, deixando mínima margem a debates semânticos. É a secular exigência da “*lex certa*”⁶⁴. E, para mais, a norma continuaria padecendo de parcial inconstitucionalidade, porque insinuaria, quanto ao empresário pessoa jurídica, uma modalidade de **infração penal própria** inadmissível no sistema penal vigente, que só reconhece responsabilidade penal de pessoa jurídica nos lindes do art. 3º, *caput*, da Lei n. 9.605/1998 (Lei dos Crimes Ambientais), *ex vi* do art. 225, § 3º, da CRFB⁶⁵.

Ademais, a norma em testilha é inconveniente do ponto de vista político-criminal, porque não prevê restrição de liberdade de qualquer ordem à pessoa, limitan-

⁶²ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.277; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p.202; JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p.269.

⁶³REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1, p.55. Na passagem, REQUIÃO recorre ao conceito poliédrico do italiano ALBERTO ASQUINI, que vislumbrou a empresa sob quatro perfis: o funcional, o subjetivo, o patrimonial (objetivo) e o corporativo. O artigo 966 do NCC descreve, indiretamente, o perfil funcional da empresa no Brasil.

⁶⁴ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.141 e TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 29.

⁶⁵E, mesmo nesse caso, remanesce a celeuma doutrinária, havendo os que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica (JESUS, , Damásio Evangelista de. *Direito penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p.167-169; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.72-94; FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005, p.205-235) e os que a têm por inconstitucional, apesar da letra da *Lex legum* (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p.166-169; PRADO, Luiz Régis. *Crimes contra o ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.20-23; DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo: IBCCrim, 1995. n. 11. 1995, p.184 e ss.).

do-se à sanção pecuniária. Ora, o descumprimento das normas de saúde, higiene e segurança no trabalho é *fattispecie* que admitiria imensa matização, desde condutas de menor relevância (como, *e.g.*, deixar de fornecer protetores auriculares durante certa semana) até condutas de grave periclitacão, com perigo concreto à vida e/ou à integridade física do trabalhador (como, *e.g.*, determinar operações em edificações elevadas sem pré-instalação de proteção contra queda de trabalhadores e/ou projeção de materiais a partir do início dos serviços necessários à concretagem da primeira laje⁶⁶). Nesses derradeiros casos, seria de rigor definir tipos de crimes - não contravenções - e cominar penas detentivas, à maneira do que se fez no Código Penal de 1940 (arts. 130 a 136), mas com especificidade para o contexto labor-ambiental. Se, ao revés, a «*mens legislatoris*» era alcançar apenas os primeiros casos (condutas de mínimo potencial ofensivo), deixando os ensejos mais graves para o próprio Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal, então melhor seria optar

“[...] seria de rigor definir tipos de crimes - não contravenções - e cominar penas detentivas, à maneira do que se fez no Código Penal de 1940 (arts. 130 a 136), mas com especificidade para o contexto labor-ambiental.”

“Não é raro, ademais, colherem-se na doutrina e na jurisprudência lições que denotam evidente **resistência ideológica** à interpretação ordinária dos tipos penais já predispostos, contra a aparente vontade do legislador e o próprio aceno institucional no sentido de reverter o déficit de efetividade das normas de direitos sociais.”

pela infração administrativa, sem efeitos penais quaisquer (tais como reincidência penal, conversão secundária em dívida de valor, certificação do *an debeat*, etc.), seguindo-se a tendência contemporânea das legislações europeias em sede contravencional (na Itália, *e.g.*, confira-se o teor do art. 32 da *Legge* n. 689/1981). E para isso, aliás, teríamos já norma legal correlata, inclusive com majoração da penalidade administrativa em caso de reincidência (art. 201 da CLT).

3.4 Resistência ideológica

Não é raro, ademais, colherem-se na doutrina e na jurisprudência lições que denotam eviden-

te resistência ideológica à interpretação ordinária dos tipos penais já predispostos, contra a aparente vontade do legislador e o próprio aceno institucional no sentido de reverter o déficit de efetividade das normas de direitos sociais.

Assim se dá, *p.ex.*, com a norma do art. 168-A do **CP (apropriação indébita previdenciária)**. Seguindo-se a linha dos debates havidos antes da Lei n. 9.983/2000, ao tempo do revogado art. 95, «*d*», da Lei n. 8.212/1991, discute-se se

⁶⁶Vide item 18.13.4 da NR-18 («Construção e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção») da Portaria MTb/GM n. 3.214/78.

há ou não necessidade de **dolo específico** - ou, na expressão de LUIZ FLÁVIO GOMES, «intencionalidade especial transcendente»⁶⁷ consistente em se apropriar indevidamente ou fraudulentamente das contribuições sociais⁶⁸. Ora, bem se sabe que essa prova é, no geral, impraticável. Como se demonstrar, no plano subjetivo, que a especial motivação de uma conduta omissiva era a de enriquecer, pessoal e imediatamente, às custas da segurança social dos trabalhadores? E, se por acaso fora outra a intenção - como, *e.g.*, a de pagar fornecedores e/ou fazer investimentos no parque produtivo, desconhecendo-se o privilégio relativo dos tributos em geral (entre os quais estão, na condição de contribuições especiais do art. 149/CF, as contribuições sociais do art. 195/CF) -, é mesmo o caso de exonerar-se o sonegador?

Convém realçar, a esse propósito, que **o tipo penal «a se»**, como disposto no art. 168-A do CP, **não exige expressamente qualquer**

especial intenção de agir. E seguiu, nisso, a tradição do tipo básico: acaso se discute a especial intenção de agir do sujeito quando se subsumem atos de expropriação, com inversão do ânimo da posse, à *fattispecie* do art. 168, *caput*, do CP? Ou - o que é coisa diversa - se exige do delinquente, como *modus operandi*, expediente fraudulento à maneira do art. 171 do CP (artifício, ardid ou outro meio fraudulento)?

“Quer-se poupar o empresário que, por dificuldades financeiras, deixa de repassar as contribuições sociais à União (*ut* Lei n. 11.457/2007), em prejuízo da segurança social de seus empregados. Mas decerto não se teria igual condescendência com o empresário que, diante das mesmas dificuldades financeiras, decidiu furtar ou recuperar suas finanças mediante aplicação de golpes na praça (estelionatos). É que, na percepção social mediana, frustrar o erário ou - o que é pior - o fundo de seguridade social do trabalhador hipossuficiente (porque o hipersuficiente não lançará mão dos benefícios do RGPS) não é tão grave como frustrar o patrimônio individual de terceiros.”

Não pode ele simplesmente se valer da posse mansa e desvigiada para alienar a coisa, a terceiro de boa-fé ou a receptor, sem que nisso haja qualquer expediente apto a iludir, no momento da conduta, o legítimo proprietário? É claro que pode⁶⁹. E por que não seria assim com a figura análoga (art. 168-A/CP)?

Eis aqui, manifesto, o traço inconfundível da resistência ideológica. Nem sempre se logra captá-lo na estrutura do discurso ou ao tempo da ideia; mas, consciente ou não, ela está lá. Quer-se poupar o empresário que, por

⁶⁷GOMES, Luiz Flávio. **Crimes previdenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.48.

⁶⁸Veja-se, *e.g.*, STJ, REsp. n. 216.523-CE, rel. Min. EDSON VIDIGAL, *in* DJU 07.08.2000; TRF 2ª Reg., Apel.Crim. n. 1999.02.01.055691-9-RJ, rel. Des. ROGÉRIO V. DE CARVALHO, *in* DJU 03.10.2000.

⁶⁹Logo, não é correta a correlação feita por FLÁVIO GOMES (**Crimes previdenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 55), entre o caráter **indébito** da apropriação e a coexistência de **“alguma fraude ou engano ou má-fé”** exatamente porque essa correlação não existe na figura básica (art. 168, *caput*, do CP) - a não ser, talvez, pela **má-fé**, consistente em se apoderar

dificuldades financeiras, deixa de repassar as contribuições sociais à União (*ut* Lei n. 11.457/2007), em prejuízo da segurança social de seus empregados. Mas decerto não se teria igual condescendência com o empresário que, diante das mesmas dificuldades financeiras, decidisse furtar ou recuperar suas finanças mediante aplicação de golpes na praça (estelionatos). É que, na percepção social mediana, frustrar o erário ou - o que é pior - o fundo de seguridade social do trabalhador hipossuficiente (porque o hipersuficiente não lançará mão dos benefícios do RGPS) não é tão grave como frustrar o patrimônio individual de terceiros. São as bases individualistas do Direito Penal clássico, de feitio liberal, que projetam sua visão de mundo no exercício hermenêutico das cortes e dos pensadores⁷⁰. E não há, nisso, propósito de crítica pessoal; há, sim, mera constatação. Mas com o foco da mudança - donde se falar, desde o início, em **refundação**.

Contra-argumenta LUIZ FLÁVIO GOMES, porém, que o castigo penal, na hipótese do art. 168-A do CP, só cobra relevância

quando a apropriação estiver acompanhada de fraude, engano ou má-fé, sendo atribuível a um devedor fraudulento, contumaz ou relapso; do contrário, havendo mera inadimplência, não se poderia esgrimir com a sanção penal, pois "ao juiz, em cada caso concreto, cabe discernir (e bem) o inadimplente do delinqüente"⁷¹. Está coberto de razão. Mas isso nada tem com o tipo penal subjetivo (dolo genérico/dolo específico); tem, sim, com a **possibilidade de agir-de-outro-modo**⁷², que diz respeito à **culpabilidade** do agente, i.e., ao juízo concreto de censurabilidade social que recai sobre a sua conduta. Se, por razões econômicas e/ou financeiras, o empresário **não puder** recolher as contribuições sociais de certo mês, certamente estará isento de pena, por aplicação analógica do art. 22 do Código Penal (**dirimente extralegal de culpabilidade, por inexistência de conduta diversa**)⁷³. Será assim, ademais, para qualquer conduta omissiva tendente a frustrar direitos sociais fundamentais (apropriação indébita de gorjetas, retenção dolosa de salários - quando finalmente se conferir

conscientemente do que seu não é (mas que, nesse caso, confunde-se com o próprio **dolo genérico**, pois, de outra forma, não saberia o sujeito ativo que a apropriação é **indébita**, tal como descrita no tipo...).

⁷⁰DOTTI, René Ariel. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **A Tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984, *passim*.

⁷¹GOMES, Luiz Flávio. **Crimes previdenciários**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 55

⁷²TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 229.

⁷³Como, aliás, decidi com todo acerto o TRF da 4ª Região, ao tempo do artigo 95, «d», da Lei n.

concretude legal ao mandado de criminalização do art. 7º, X, 2ª parte, da CRFB -, etc.). Mas essa condição excepcional de quem, no momento da ação ou da omissão, não poderia ter agido de outro modo, “**dentro do que é comumente revelado pela humana experiência**”⁷⁴, é algo que se pode aferir **objetivamente** - não raro, por uma perícia contábil demonstrativa da incapacidade econômico-financeira da empresa no período do calote. Pensando-se desse modo, concilia-se a racionalidade da pena - que não é mesmo de se aplicar onde não tem função ou papel a cumprir - com a efetividade da norma penal e do seu valor subjacente; decidir-se-á, casuisticamente, se o desvio consciente e indevido das contribuições sociais (aperfeiçoando-se, portanto, os tipos penais objetivo e subjetivo do

art. 168-A/CP) podia ou não ser razoavelmente evitado por conduta diversa. Do contrário, situando-se tal discussão na esfera do tipo subjetivo, a regra será a impunidade, pela natureza geralmente indemonstrável de um qualquer «dolo específico» nesses casos.

Mais recentemente, outro nicho de resistência ideológica erigiu-se em torno do tipo do art. 297, § 4º, do CP, que pune como falsificador de documento público “quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços”. Por estar arrolada, entre os documentos do precitado § 3º, a **própria Carteira de Trabalho e Previdência Social** (art. 297, § 3º, III), pareceria óbvio a qualquer

8.212/91, em voto do Juiz JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA, assim ementado: “APELAÇÃO CRIMINAL – OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – ART. 95, «D», DA LEI 8.212/91 – MATERIALIDADE – AUTORIA – DOLO – CULPABILIDADE – EXCLUDENTE – DIFICULDADES FINANCEIRAS – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – COMPROVAÇÃO – ABSOLUTA INSOLVÊNCIA” (TRF 4ª Reg., Apel.Crim. n. 1999.04.01.129160-2-PR, rel. Des. JOSÉ LUIZ B. GERMANO DA SILVA, in DJU 04.10.2000 – g.n.). Lê-se, no voto, que “o dolo, no tipo em questão, é genérico; é a vontade livre e consciente de não recolher a contribuição previdenciária arrecadada dos empregados”; nada obstante, “as dificuldades financeiras argüidas pela defesa em ações como a presente podem configurar excludente de culpabilidade, sendo imprescindível, porém, que se apresentem provas contundentes da insolvência da empresa e também do(s) sócio(s) responsável(is)”. Não poderíamos dizer melhor. Tese semelhante também se encontra em aresto do TRF da 2ª Região, já referido *supra* (nota n. 46), no voto da lavra do Des. ROGÉRIO V. DE CARVALHO; mas, como ali se antecipou, aquele *decisum* refere concomitantemente a questão do *dolo específico*, sem distingui-lo da própria culpabilidade (quicá por ser o relator partidário da teoria causal-naturalista da ação, o que não está claro). De todo modo, assim foi lavrada a ementa: “PENAL – NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS – LEI 8.212, ART. 95, «D» – MATERIALIDADE – COMPROVAÇÃO – DOLO – NECESSIDADE – REAL CAPACIDADE DE AGIR – DIFICULDADES FINANCEIRAS – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE – PRECEDENTES” (TRF 2ª Reg., Apel. Crim. n. 1999.02.01.055691-9-RJ, rel. Des. ROGÉRIO V. DE CARVALHO, in DJU 03.10.2000 – g.n.).

⁷⁴TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 328.

leitor mais atento que, a partir da Lei n. 9.983/2000, a conduta de omitir dolosamente anotação em CTPS configuraria crime equiparado ao falso público material⁷⁵, nos termos do art. 297, § 4º, do CP (como, de resto, já acontecia com a **anotação dolosa de falsa data admissional**, nos termos do art. 49, V, da CLT). E é, de fato, como pensamos: conquanto mais restrita, a norma do art. 297, § 4º, do CP cumpre, no Brasil, funções correlatas àquelas exercidas, em França, pelo tipo de *délit de travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié* (L. 8221-5 do *Code du Travail* em vigor).

Diverge, porém, DAMÁSIO E. DE JESUS⁷⁶, entre outros. Para DAMÁSIO, a conduta de deixar de registrar empregado na carteira profissional, em vista dos arts. 41 e ss. da CLT e da Portaria n. 3.626/1991 do Ministério do Trabalho, não configuraria o crime do art. 297, § 4º, do Código Penal, por força do princípio da taxatividade: a nova lei puniria tão-só a conduta do empregador que, firmando contrato de trabalho com o obreiro, registra-o em CTPS com dados falsos (§ 3º) ou, no ato do registro, omite dados com o desiderato de burlar o INSS (§ 4º); “a incriminação, porém, não passa

disso, não prevendo como fato típico a simples omissão de registro”. Por outro lado, em relação à CTPS, os objetos jurídicos do delito de falsidade documental, que são a autenticidade (função de garantia do documento), a perpetuação (incolumidade física do objeto material) e o valor de prova (função probatória do documento) - aspectos que, reunidos, prefiguram, no tráfico jurídico, a noção da **fé pública** -, não se sujeitariam a qualquer risco anormal com a mera omissão de registro, donde a impossibilidade de imputação objetiva da conduta, mercê do princípio do fim de proteção do tipo penal⁷⁷. Diversamente, se o empregador registrasse o empregado sob remuneração inferior àquela efetivamente paga (= salário extrafolha), ou se omitisse parte do período de vínculo empregatício, afetaria as funções de garantia e de prova da CTPS, pois as instituições públicas (e.g., União, INSS, CEF e Ministério do Trabalho) e privadas (empresas e empregadores em geral) guiar-se-iam pelo conteúdo da carteira, com prejuízos os mais diversos.

Assim, porém, já não nos parece. A rigor, o discurso excludente da imputação objetiva lança

⁷⁵Embora, a rigor, trate-se de hipótese de **falso ideológico** (art. 299/CP), pois o que está em jogo não é a autenticidade do documento, mas a fidedignidade da ideia que ele expressa.

⁷⁶JESUS, Damásio Evangelista de. Deixar de registrar empregado não é crime. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 799, maio, 2002, p.483-488).

⁷⁷Sobre o **princípio do fim de proteção do tipo penal** - que não se confunde com o **fim de proteção da norma de cuidado limitadora do risco permitido** (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte*

mão de uma teoria inovadora - à qual inclusive nos filiamos⁷⁸ - para chegar, sem mais, a um axioma predefinido: **deixar de anotar CTPS não pode ser crime**. É que o mais vulgar dos cidadãos poderá sempre incorrer nesse «pecadilho», vez ou outra, se p.ex. omitir a anotação do contrato de trabalho de seu empregado doméstico nos primeiros meses... E, pelo senso comum teórico, o que é assim tão «ordinário» não deve desafiar reprimendas penais. Pressente-se, outra vez, aquela mesma resistência ideológica, calcada antes em uma suposição político-criminal míope que em razões de estrita técnica jurídica.

Com efeito, o fato de se omitir **dolosa e integralmente** a anotação do vínculo empregatício - o que afasta, pela menção ao

elemento subjetivo (dolo genérico), as hipóteses de relação jurídica dúbia (como se dá, o mais das vezes, com os representantes comerciais autônomos⁷⁹) - compromete igualmente as funções de prova e garantia da CTPS, uma vez que **(a)** o futuro empregador não terá meios para aferir a experiência profissional anterior do obreiro; **(b)** o trabalhador não terá como fazer prova do tempo de serviço junto ao INSS (prova pública), ou prova de renda junto a instituições bancárias ou empresas comerciais para fins de empréstimos, financiamentos ou crediários (prova privada); **(c)** a omissão de anotação funciona como ilícito conexo às sonegações previdenciárias (art. 337-A, I, do CP) e às dissimulações de atividade⁸⁰ (i.e., empresas de fato), colaborando para a frustração da

general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.378), do qual ora não se cuida -, coadjuvante do **princípio do risco** na teoria da imputação objetiva de CLAUS ROXIN, vejamos, entre outros, o próprio ROXIN (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p.377-402) e, para a visão deste autor, FELICIANO (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005, p.133-149).

⁷⁸FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005, p. 184-198.

⁷⁹Casos nos quais evidentemente não se configura o crime, em virtude do erro de tipo (artigo 20, caput, do CP): ao empregador não parecia, sinceramente, tratar-se de segurado empregado ou afim para os efeitos do art. 297, § 4º, do CP; e a figura não admite a responsabilidade penal por culpa (artigo 18, parágrafo único, do CP). Em tais hipóteses, convém ao juiz do Trabalho consignar seu convencimento e **deixar de oficiar** aos órgãos de persecução criminal, ut art. 40 do CPP, a contrario sensu (lembrando-se que a tipicidade subjetiva é elemento integrante do conceito de **crime**). Afinal, se ao próprio magistrado laboral pareceu difícil definir a natureza jurídica do vínculo, não há sentido em assoberbar o Parquet com investigações que, ao final, terminarão arquivadas pelo restrito conhecimento de causa do sujeito ativo (FELICIANO, Guilherme Guimarães. Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 805, nov. 2003, p.445-463).

⁸⁰Hipótese prevista, na legislação francesa, no artigo L. 8221-3 do *Code du Travail* em vigor. Cfr., *supra*, o tópico 3.2.

fiscalização do trabalho (MTE) e tributária (SRF⁸¹). Como afirmar, então, que a conduta de omitir dolosamente a anotação da relação de emprego crie riscos jurídicos não alcançados pelo fim de proteção do tipo penal (art. 297, § 4º, do CP)? Afinal, há evidente comprometimento à fé pública no tráfico jurídico, com a criação de riscos não permitidos que se espraiam pela coletividade, em detrimento do trabalhador, do erário e de terceiros interessados⁸².

A l i á s , a própria Exposição de Motivos Interministerial n. 52 (Ministros de Estado da Justiça e da Previdência Social), dirigida ao Poder Legislativo Federal por meio da Mensagem n. 624, de 13.05.1999, declarava textualmente que o propósito do projeto de lei então encaminhado - embrião da Lei n. 9.983/2000 - era o de "dotar o aparelho repressivo e judiciário de instrumentos mais eficazes no

combate a essa espécie de criminalidade" (sonegação e desvio de verbas previdenciárias). Está claro, portanto, qual fora a «*mens legislatoris*» (elemento fundamental para se investigar, na perspectiva histórico-sistemática, qual o devido **fim de proteção da norma penal**): **garantir efetividade** tanto às normas tributário-previdenciárias

como àquelas normas que impõem deveres acessórios ligados à arrecadação previdenciária (como a anotação em CTPS, a informação anual na RAIS, etc.). Pois bem: se a omissão de anotação do vínculo empregatício, ao frustrar a

função de prova e garantia da CTPS, respalda os expedientes de sonegação previdenciária, como lhe negar pertinência ao âmbito de alcance do tipo penal?

Ademais, à luz da argumentação «*a fortiori*», soa incoerente afirmar, p.ex., que configure crime a conduta de omitir a anotação de

"[...] se a omissão de anotação do vínculo empregatício, ao frustrar a função de prova e garantia da CTPS, respalda os expedientes de sonegação previdenciária, como lhe negar pertinência ao âmbito de alcance do tipo penal?"

⁸¹ A fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais do artigo 195 da CRFB, que antes cabiam ao INSS, foram acometidas à Secretaria da Receita Federal do Brasil pelo artigo 2º da Lei n. 11.457/2007 (Lei da Super-Receita).

⁸² Aqui, estamos alterando parcialmente o ponto de vista externado em artigo anterior (FELICIANO, Guilherme Guimarães. Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 805, nov. 2003, p.445-463). Mas haverá que ressaltar, obviamente, as hipóteses de erro de tipo (*supra*, nota n. 51), de erro de proibição (art. 21/CP) e os falsos de bagatela (quando, e.g., omitem-se uma ou duas semanas de vínculo) no último caso, mercê do **princípio da insignificância**, que pode ser operado no imo da teoria da imputação objetiva (FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005. p. 236-248).

seis meses de vínculo empregatício, malgrado anotados os restantes ano e meio, e que não o configure a conduta de omitir a anotação de todos os dois anos... Seria esse um Direito Penal de casuísmos, sem sentido para a maisomezinha intuição do justo; ou - na expressão que outrora empregamos - um desconcertante Direito Penal do insólito. Decerto não o queremos.

Por fim, ainda como indício dessa resistência ideológica - se bem que, agora, no campo **organo-procedimental** -, poderíamos cogitar da inteligência vazada na liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal em autos de ADI n. 3.684/2006 (relator Min. CEZAR PELUSO), quando se decidiu pela manutenção do «*status quo*», com o cerceio prévio de qualquer interpretação tendente a reconhecer, na leitura conjunta dos incisos I e IV do art. 114 da CRFB, alguma sorte de competência penal exercitável pela Justiça do Trabalho (conquanto o próprio STF afirmasse, até meados da década de noventa, a natureza estritamente **penal** do *habeas corpus*⁸³, previsto no inciso IV do art. 114). Caberia ainda cogitar, mais recentemente (CTASP⁸⁴, 07.11.2008), da **rejeição** - por uma quase unani-

midade - do Projeto de Lei n. 2.636/2007 (Deputado EDUARDO VALVERDE), que dispunha sobre a competência penal da Justiça do Trabalho para o processo e o julgamento dos “crimes oriundos da relação de trabalho”, nos termos do art. 114, IX, da CRFB, à exceção daqueles atribuídos constitucionalmente à Justiça Federal comum⁸⁵. Talvez se oculte, notadamente nesse derradeiro desfecho, agudo receio quanto à possível inflexão dos níveis de efetividade das normas penais laborais, caso trasladada a respectiva competência para os órgãos da Justiça do Trabalho. Mas de nada disso trataremos aqui, até porque já o fizemos em texto próprio⁸⁶. A ele remetemos o leitor interessado, para que de tudo tire suas próprias conclusões.

4 As funções da pena e o direito penal do trabalho. a prevenção geral positiva fundamentadora

Nos dias de hoje, é certo afirmar que as velhas teorias sobre as funções da pena - tanto as **absolutas**, ligadas à **retribuição penal** (*punitur quia peccatum est*), como as **relativas ou utilitaristas** (*punitur ne peccetur*), ligadas à

⁸³Cfr. STF, CC 6979-1/DF, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 15.08.1991.

⁸⁴Comissão de Trabalho, de Administração e de Serviço Público da Câmara dos Deputados Federais.

⁸⁵Que, nos termos do projeto, seriam os “crimes contra a organização do trabalho, tipificados nos artigos 197 a 207 do código penal brasileiro, quando praticados contra o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores”.

⁸⁶FELICIANO, Guilherme Guimarães. Da competência penal na Justiça do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 32. n. 122, abr./jun. 2006, passim.

prevenção geral e especial - perderam força no contexto jurídico europeu. A obra de Roxin⁸⁷ é um claro testemunho disso.

Após expor as críticas mais intensivas às teorias absolutas (pela renúncia aos fins sociais da pena) e às teorias relativas de prevenção geral negativa e de prevenção especial (ali, pelo risco do terror estatal; aqui, pela inaptidão para limites e pelo contraponto empírico; e, em ambos os casos, pelo aparente malferimento ao princípio da dignidade humana⁸⁸), Roxin filia-se a uma **teoria unificadora preventiva**⁸⁹, que ultrapassa a rede de utilidades da prevenção especial e da prevenção geral negativa para agregar os **aspectos positivos** da prevenção geral (= **prevenção geral positiva**).

Na sua dimensão positivo-fundamentadora⁹⁰, a prevenção geral não se basta com a mera intimidação abstrata dos cidadãos (FEUERBACH); vai além, colimando a conservação e o reforço da

confiança geral na solidez e na efetividade do ordenamento jurídico como um todo. Metaforicamente falando, a aplicação da sanção penal funciona como um farol na imensidão do oceano de possibilidades deontológicas; mirando-se nele, o cidadão encontra norte certo (= legitimidade social) para guiar-se em suas condutas futuras. A (re)afirmação ética do valor imanente à conduta valiosa, pelo fato mesmo da reprimenda penal, intensifica o senso geral de dever, reproduzindo ações conformadas ao direito; ao revés, a existência de normas penais inefetivas - como se dá, hoje, com os tipos penais dos arts. 197, 200, 203 e 297, § 4º, do CP - tende a reproduzir a ação desvaliosa, pela mensagem social de tibieza dos valores a elas subjacente (na espécie, o valor-trabalho e as suas concreções: liberdade de trabalho, justa retribuição do trabalho, formalização do emprego, etc.). Eis a condição atual do Direito Penal do Trabalho⁹¹.

⁸⁷ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 81-98.

⁸⁸Ibid. p.82-83, 87-88 e 92-93.

⁸⁹Ibid. p. 95-98.

⁹⁰*In verbis*: "o Direito Penal cumpre uma função ético-social para a qual, mais importante que a proteção de bens jurídicos, é a garantia de vigência real dos valores de ação da atitude jurídica. A proteção de bens jurídicos constitui somente uma função de prevenção negativa. [...] Destacamos Jakobs como um dos representantes da teoria fundamentadora. [...] Ao Direito Penal, segundo Jakobs, corresponde garantir a função orientadora das normas jurídicas. [...] Quando ocorre a infração de uma norma [...] convém deixar claro que esta continua a existir, mantendo sua vigência, apesar da infração. Caso contrário, abalaria a confiança na norma e sua função orientadora" (g.n.). BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p.85-88.

⁹¹E - diga-se - não apenas no Brasil. Recentemente, no *Curso de posgrado sobre los cambios recientes en la legislación laboral* (Montevideo, UDELAR, 08.08.2008), NATALIA COLOTUZZO relatou a condição de virtual inexistência de normas penais laborais na República do Uruguai. E, até

Seguindo-se de perto o escólio de Roxin⁹², pode-se distinguir, na ideia de prevenção geral positiva,

[...] tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado socialpedagógicamente; el «ejercicio en la confianza del Derecho» que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor. Sobre todo al efecto de pacificación, mencionado en último lugar, se alude hoy

frecuentemente para la justificación de reacciones jurídicas penales con el término de «prevención integradora [...]» (g.n.).

Filiamo-nos a esse modo de compreender os escopos da sanção penal, reconhecendo-o como a **síntese das finalidades maiores do instituto da pena** no Estado Democrático de Direito (sem prejuízo, porém, da função preventivo-especial e da própria função retributiva, na acepção neokantiana, que acolhemos como funções penais secundárias⁹³).

E, porque assim entendemos, cremos também que a proposta de refundação do Direito Penal do Trabalho nos planos legislativo e hermenêutico, com efeitos de otimização dos níveis de efetividade das normas penais laborais, **não**

meados da década de noventa, não era diversa a situação dos países europeus (cfr. BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.44-45): (a) na Grã-Bretanha, de 3.800 infrações denunciadas em cinco anos pela *Factory Inspectorate* no final dos anos oitenta (geralmente em matéria de segurança e higiene no trabalho), apenas 1,5% desafiaram procedimentos penais, sendo todas as condenações de natureza exclusivamente pecuniária; (b) na Espanha, a norma penal do artigo 427 do código penal de 1944/1973 (revogado pela *Ley Orgánica* n. 10/1995, que instituiu o novo código penal), tuitiva da saúde dos trabalhadores, passou despercebida pelos tribunais, que igualmente resistiram, *ab initio*, à aplicação dos artigos 499 *bis* (abuso das condições laborais e de seguridade social) e 177 *bis* (atentado contra a liberdade sindical ou o direito de greve), ambos daquele mesmo código; (c) mesmo na França, no início dos anos noventa, o número de sentenças condenatórias pronunciadas em sede penal laboral fora de aproximadamente 13.000 (cerca de 2,5% do conjunto total de condenações prolatadas na jurisdição penal), gritantemente inferior ao número anual aproximado de infrações então constatadas pela inspeção do trabalho. Ainda para o caso espanhol, em análise mais recente, ver SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores: cuestiones generales y tutela penal del principio de igualdad en el seno de la actividad laboral*. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2000. n. 14, p.143-158). E, para o caso italiano (em semelhante condição de inefetividade do subsistema penal laboral), ver GHEZZI, Giorgio. ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995, p.360 e ss.).

⁹²ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 91-92.

⁹³Ver FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro*. São Paulo: LTr, 2005, p.497-501.

confronta, em absoluto, os ideais do garantismo penal. Antes, realiza-os (em parte).

De fato, embora Ferrajoli⁹⁴ repudie com a mesma veemência as teorias absolutas (retribucionistas) e a teoria da prevenção positiva - por confundirem, ambas, as esferas do direito e da moral, além de se reduzirem a petições de princípios -, termina por admitir, adiante, **duas funções primordiais** para o Direito Penal (logo, para as sanções penais), ambas de ordem preventiva: a **prevenção geral de delitos** (= prevenção geral negativa) e a **prevenção geral de penas arbitrárias ou desproporcionais** (= prevenção geral positivo-limitadora⁹⁵). E, sobre tais funções, aduz:

La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas. Una refleja el interés de la mayoría no desviada; la otra, el interés del reo y de todo aquel del que se sospecha y es acusado como tal. [...] Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o

los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente al monopolizar la fuerza. Delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados, la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contara las venganzas u otras reacciones más severas [...] (g.n.).

Ora, não convergem para outro norte os objetivos colimados na refundação axiológico-epistemológica⁹⁶ do Direito Penal do Trabalho, de bases democráticas, nos planos legislativo e hermenêutico (*supra*). **Marcar os limites mínimos de indenidade do valor-trabalho e de suas concreções** (inclusive no interesse de tantos quantos, trabalhadores e empresários, já observam esses limites), por um lado, e **evitar a justiça privada e/ou as alternativas anti-sociais**⁹⁷, por outro: eis o seu fito e a sua promessa.

Daí exsurge, de resto, o **papel contemporâneo** do Direito

⁹⁴FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p.329-330).

⁹⁵Ver, no Brasil, CEZAR ROBERTO BITENCOURT (*Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p.88-90), reportando-se a WINFRIED HASSEMER e SANTIAGO MIR PUIG.

⁹⁶Reproduz-se, na locução adjetiva, o duplo vértice da reflexão ferrajoliana: o *epistemológico* (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 33-205.), que busca a razão **no** Direito Penal, e o *axiológico* (Ibid. p.209-349), que busca as razões **do** Direito Penal.

⁹⁷O que, diga-se, já vem ganhando corpo, paulatinamente, em meio à realidade que os processos judiciais refletem na Justiça do Trabalho. Multiplicam-se, a uma, os ensejos de **represálias coletivas**,

Penal do Trabalho, no marco do capitalismo pós-industrial: **estabelecer padrões mínimos de civilidade** («*ultima ratio*») **nas relações entre o capital e o trabalho**, assegurando, por um lado, a regular fruição dos direitos sociais fundamentais, e, por outro, o regular exercício da iniciativa privada. Não se olvidam, aqui, os seus nichos sociológicos derivados, como o da regulamentação profissional, o da dimensão tributário-previdenciária, o das lides intrassindicais, etc.; mas, em tais espaços, o seu papel é secundário. Naqueles primeiros lindes, porém, uma intervenção penal de trato efetivo chega a ser inadiável, na medida em que, do ponto de vista criminológico, não se pode negar, na empresa capitalista, a existência de condi-

ções internas **favoráveis** à gênese de ilícitos penais⁹⁸. Afinal, na derradeira expressão de Baylos e Terradillos⁹⁹.

[...] es pacíficamente admitido que la existencia de comportamientos ilegales en el seno de la empresa se debe no a la eventual predisposición personal de cada individuo, sino a factores estructurales como la división del trabajo, las relaciones jerárquicas o el sistema normativo interno. [...] A ello colabora también una nota característica de la empresa de nuestros días: el proceso de toma de decisiones se descentraliza progresivamente - de modo paradigmático en las uniones de empresas -, lo que provoca una aminoración de la responsabilidad individual sobre los efectos finales [...] (g.n.).

em forma de protestos ou paralisações, que não se prestam à reivindicação de reajustes salariais ou de novos benefícios, mas à retaliação pelo descumprimento contumaz dos conteúdos mínimos da legislação laboral (omissão multitudinária de registros, sonegação previdenciária, meio ambiente de trabalho desequilibrado, etc.). Multiplicam-se, a duas, os **pedidos «alternativos», sucedâneos da persecução penal** (que o ordenamento impõe, mas que de raro se verifica, como são os pleitos de *indenização por danos morais* pela não anotação da CTPS, pela intermediação fraudulenta do trabalho via cooperativas de mão de obra, pela sonegação das contribuições sociais, etc. Há, nisso, ao menos três grandes inconvenientes: **(a)** constrói-se um sentimento social de monetização, difundindo-se a ideia de que os delitos laborais podem ser livremente praticados, a despeito das normas penais proibitivas, desde que adiante se pague por eles (i.e., o *efeito reverso* da prevenção geral positiva fundamentadora); **(b)** abrem-se ensanchas à insolvabilidade, com sacrifício da própria atividade econômica, uma vez que, para as «indenizações» pelo descumprimento de normas penais estritas, não existem parâmetros seguros de *quantum debeatur*; **(c)** perde-se o sentido utilitário do estigma (*shaming reintegration* - cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005, p. 287-289, a partir dos escólios de J. BRAITHWAITE), que poderia ser aproveitado, até com menor dispêndio, mediante a aplicação de penas alternativas de natureza patrimonial (prestação pecuniária, confisco, multa penal substitutiva). No limite, isenta-se o criminoso contumaz - e a conduta do homicida negligente não é menos reprovável, em tese, apenas porque se trata da inobservância das normas de cuidado no meio ambiente de trabalho (arts. 121, § 3º, c.c. art. 13, § 2º, «a», do CP e art. 157, I a III, da CLT) e não no trânsito (art. 302 do CTB), por exemplo.

⁹⁸SOLIVETTI, Luigi Maria. *La Criminalità di Impresa: alcuni commenti sul problema delle cause*. In: *Sociologia del diritto*. Milano: FAE Riviste, n. 1, p.41-77, 1987.

⁹⁹BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M. *Derecho penal del trabajo*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997. p. 40.

Isso é especialmente verdadeiro nas empresas organizadas sob o modelo fordista-taylorista, em face de sua estrutura laboral típica (trabalho subordinado) e da massificação/padronização de procedimentos - agravando-se, pela pulverização de responsabilidades, quando se incorporam elementos estruturais atípicos (a exemplo das terceirizações) -, porque, sob tais condições, a pessoa e o patrimônio jurídico do trabalhador tornam-se especialmente vulneráveis. Mas também é verdadeiro nos novos modelos de empresa, desde o paradigma toyotista puro (desconcentração, conglomerados reticulares, *just-in-time*, etc.) até as formatações mais contemporâneas (regimes de gestão, sociedades unipessoais, empresas virtuais baseadas em teletrabalho, etc.), desde que se verifique, no seu *modus operandi*, a possibilidade de exploração do trabalho humano (com ou sem os elementos característicos do emprego clássico¹⁰⁰).

É imperioso, portanto, que, no manejo do Direito Penal do

Trabalho, o operador mantenha-se atento às suas peculiaridades e às suas idiossincrasias, o que inclui, inexoravelmente, a sua **dimensão criminológica** e os **fundamentos socioeconômicos** da sua visão de mundo (radicados na base da normatividade tutelar do valor-trabalho). Para esse mister, progressos recentes da dogmática penal - a exemplo da teoria da imputação objetiva e da responsabilidade penal de pessoas jurídicas - terão relevante papel a cumprir. Mas a isso servirão outras considerações nossas, quiçá num futuro próximo.

5 Conclusões

Diante do quanto exposto, e já à guisa de conclusão, restaria redarguir: em tempos de garantismo penal - descriminalização, despenalização, descarcerização - e de Direito Penal mínimo - no limiar do abolicionismo radical, ao modo de L. Hulsman, J. Bernat de Celis¹⁰¹ e T. Mathiesen¹⁰² -, há espaço para a pretendida refundação do Direito Penal do Trabalho? Há ocasião para inflectir os seus níveis da efetividade?

“É imperioso, portanto, que, no manejo do Direito Penal do Trabalho, o operador mantenha-se atento às suas peculiaridades e às suas idiossincrasias, o que inclui, inexoravelmente, a sua **dimensão criminológica** e os **fundamentos socioeconômicos** da sua visão de mundo (radicados na base da normatividade tutelar do valor-trabalho).”

¹⁰⁰Veja-se, entre nós, o padrão do art. 3º da CLT: subordinação jurídica, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade.

¹⁰¹HULSMAN, Louk. BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas** : o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993, passim.

¹⁰²MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition**. *Law in Society Series: Scandinavian Studies in Criminology* (v. 4). London: Martin Robertson, 1974, passim.

Dados os limites deste trabalho, não foi possível revisar as principais casuísticas de delinquência laboral no Brasil contemporâneo (infortunistica delitual em sede de acidentes e doenças ocupacionais, trabalho escravo contemporâneo, exploração ilegal do trabalho infantojuvenil, violência nas relações coletivas de trabalho, fraudes contra a legislação do trabalho). Para tanto, sugerem-se leituras mais específicas¹⁰³. Nada obstante, acreditamos ter encaminhado, para aquelas duas questões, uma resposta positiva.

Demonstrou-se, com efeito, que:

(1) o valor humano e social do trabalho tem *status* jurídico-constitucional universal, compõe o programa penal da maioria das constituições ocidentais e desafia tutela penal;

(2) o «garantismo coletivo» não tem aptidão para substituir os mecanismos de tutela penal, remanescendo em aberto o espaço de estrita tutela estatal (preventivo-repressiva), mesmo - ou sobretudo - nos contextos nacionais de desregulamentação e flexibilização dos direitos sociais;

(3) os sistemas penais em vigor contemplam o Direito Penal do Trabalho, definível como o segmento do Direito Penal especial (subsistema objetivo) predisposto à tutela jurídica fragmentária da dignidade humana do trabalhador e da organização geral do trabalho;

(4) o Direito Penal do Trabalho, em seus padrões atuais, padece de aguda crise de efetividade, o que engendra repercussões sociológicas contrárias à finalidade mesma da norma penal (efeito reverso da prevenção geral positiva fundamentadora);

(5) no caso brasileiro, tal inefetividade é tributária de fenômenos como os *lobbies* empresariais, o anacronismo da legislação penal laboral, a atecnia dos tipos penais e a resistência ideológica das cortes e da doutrina;

(6) uma legislação penal laboral de caráter meramente simbólico tende a aprofundar a vulnerabilidade do valor-trabalho e de todas as suas concreções (direito à justa retribuição, liberdade profissional e de trabalho, liberdades sindicais, formalização dos empregos, tributação social, etc.), quando deveria preservá-los;

“[...] uma legislação penal laboral de caráter meramente simbólico tende a aprofundar a vulnerabilidade do valor-trabalho e de todas as suas concreções (direito à justa retribuição, liberdade profissional e de trabalho, liberdades sindicais, formalização dos empregos, tributação social, etc.), quando deveria preservá-los; [...]”

¹⁰³PALMA, João Augusto da. **Código penal aplicado ao trabalho**. São Paulo: LTr, 2000, *passim*; e FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Tópicos avançados de direito material do trabalho**: abordagens multidisciplinares. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2006. v. 2, p. 61-86.

(7) a inflexão desse estado de coisas, com vistas à otimização da tutela preventivo-repressiva dos direitos sociais e ao superávit dos níveis de efetividade das normas gerais do trabalho, passa pela necessária **refundação do Direito Penal do Trabalho**, nas suas razões internas (matiz epistemológico) e nas suas razões de ser (matiz axiológico), com desdobramentos sensíveis na produção legislativa e no pensamento hermenêutico vigente. Um Direito Penal do Trabalho progressista, fiel à pletora de valores do Estado Democrático de Direito, não se basta com a realização dos direitos humanos de primeira geração, mas compreende também a blindagem dos valores constitucionais pós-liberais (direitos humanos de segunda e terceira gerações). Isso significa resguardar os limites mínimos de indenidade do valor-trabalho e de suas concreções, para além da necessária proscrição da justiça privada e das respostas alternativas antissociais.

Realmente, a perspectiva do Direito Penal mínimo não desautoriza essa revisão semântica. Afinal, em leitura mais cuidada, extrai-se do garantismo não apenas a «luta dos direitos contra os poderes», mas também a luta **pelos direitos**,

seja na sua conservação, seja na sua fundação e transformação¹⁰⁴. Não há plenas garantias políticas sem efetivas garantias sociais.

Ademais, para essa ordem de considerações, não é suficiente o dado científico-discursivo. Compreender as funções e a utilidade de um Direito Penal do Trabalho refundado, recobrado em sua efetividade e no seu potencial tuitivo, supõe ainda um **exercício íntimo de sensibilidade**.

Para esse fim, nas palestras que temos proferido a respeito do tema, é costume fazer uso das **imagens**, que sempre falam mais diretamente ao espírito. São retratos da realidade, denunciando o trabalho rural em condição análoga à de escravos, o trabalho infantil criminoso, os ambientes de trabalho perigosos, os acidentes típicos (optando-se, sempre, pelas cenas de menor impacto), etc. Em textos jurídicos, porém, não dispomos dos mesmos recursos. Mas o leitor poderá suprir essa deficiência, acorrendo às fontes. Há diversas imagens disponíveis na rede mundial de computadores, ilustrativas dos mais diversos riscos laborais¹⁰⁵. Pode-se concluir, com pouco esforço, que o descaso no cumprimento das normas de

¹⁰⁴FERRAJOLI, Luigi. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*. In: CURI, Umberto; PALOMBARINI, Giovanni. CACCIARI, Massimo (coord.). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p.334-336, 931-945).

¹⁰⁵A título de simples referência, são especialmente cruentas e impressionantes as imagens disponíveis em <http://tecnologossegnotrabalho.blogspot.com/2008/09/acidentes-de-trabalho.html>

higiene, segurança e medicina do trabalho pode ser tão letal quanto o disparo de uma arma de fogo. Basta procurar, constatar e refletir.

É o quanto basta. Acudindo ao prólogo de Bobbio¹⁰⁶, pode-se talvez isolar o binômio essencial de todo este debate, a bem resumir a tese da refundação: no marco dos direitos sociais, trata-se agora de **buscar a efetividade, sem perder de vista a normatividade**. Para isso, um **novo** Direito Penal do Trabalho.

6 Referências

ABRAMOVICH, Victor. COURTIS, Christian. *Los anillos de la serpiente : transformaciones del derecho entre el trabajo y el consumo*". In: **Jueces para la democracia: información y debate**. Madrid: Asociación Jueces para la Democracia, 1994. n. 22.

ALEXY, Robert. *Theorie der grundrechte*. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ARAÚJO JÚNIOR., João Marcello de. *Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina*. In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BAYLOS GRAU, Antonio. TERRADILLOS BASOCO, Juan M.

Derecho penal del trabajo. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

BELTRAN, Ari Possidonio. **A autotutela nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 3.

_____. **Tratado de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

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

_____. *Prólogo* (jun. 1989). In: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica: uma perspectiva do direito brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: IBCCrim, 1995. n. 11.

_____. A tutela penal dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (org.). **A Tutela dos interesses difusos**. São Paulo: Max Limonad, 1984.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais**. Trad. Irany Ferrari. São Paulo: LTr, 1989.

(acesso em 05.12.2008). Em todo caso, interessará sempre atentar mais às *imagens* que aos textos, que podem oscilar dos mais sóbrios aos francamente sensacionalistas.

¹⁰⁶BOBBIO, Norberto. *Prólogo* (jun. 1989). In: FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000. p. 17.

- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Aspectos penais da atividade jurisdicional do juiz do trabalho. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 805, nov. 2003.
- _____. Criminalidade e Exercício da Jurisdição. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, v. 68, n. 6, jun. 2004.
- _____. Da competência penal na Justiça do Trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, n. 122, abr./jun. 2006.
- _____. Do crime de redução à condição a de escravo na redação da Lei n. 10.803/03. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 114, abr./jun. 2004.
- _____. Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal. **Revista LTr - Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, v. 64, n. 1, jan. 2000.
- _____. **Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro**. São Paulo: LTr, 2005.
- _____. **Tópicos avançados de direito material do trabalho: abordagens multidisciplinares**. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2006. v. 2.
- FERNANDEZ, Gonzalo D. *Bien Jurídico y Sistema del Delito*. In: OUVIÑA, Guillermo *et al.* (coord.). *Teorías actuales en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. *Crisi della legalità e diritto penale minimo*. In: CURI, Umberto. PALOMBARINI, Giovanni. CACCIARI, Massimo (coord.). *Diritto penale minimo*. Roma: Donzelli Editore, 2002.
- _____. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al.* 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.
- FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal: parte especial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.
- FRANCO, Alberto Silva. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- GHEZZI, Giorgio. ROMAGNOLI, Umberto. *Il rapporto di lavoro*. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995.
- GOMES, Luiz Flávio. *Crimes previdenciários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. **Suspensão condicional do processo penal: e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de Justiça criminal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GORZ, André. *Adieu au prolétariat: au-delà du socialisme*. Paris: Galilée, 1980.
- HULSMAN, Louk. BERNAT DE CELIS, Jacqueline. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: LUAM, 1993.

- JESUS, Damásio Evangelista de. Deixar de registrar empregado não é crime. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 799, maio 2002.
- _____. **Direito penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- MATHIESEN, Thomas. *The politics of abolition. Law in Society Series: Scandinavian Studies in Criminology*. London: Martin Robertson, 1974. v. 4.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1997. v. 2.
- MORAES, Reinado Branco de. Resultados práticos da competência penal trabalhista. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, fev. 2000. a. 71. n. 02.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- PALMA, João Augusto da. **Código penal aplicado ao trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.
- PRADO, Luiz Régis. **Crimes contra o ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- _____. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 2.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.
- SOLIVETTI, Luigi Maria. *La Criminalità di Impresa: alcuni commenti sul problema delle cause*. In: **Sociologia del diritto**. Milano: FAE Riviste, 1987. n. 1.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. *Los delitos contra los derechos de los trabajadores: cuestiones generales y tutela penal del principio de igualdad en el seno de la actividad laboral*. **Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología**. San Sebastián: Universidad del País Vasco, 2000. n. 14.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- TORON, Alberto Zacharias. **Crimes hediondos: o mito da repressão penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

A vertical bar with a blue-to-white gradient, centered on the page. The text is overlaid on this bar.

DOCTRINA INTERNACIONAL

ACOSO LABORAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCIA

MOBBING AND COLLECTIVE BARGAINING IN ANDALUCIA

Juan Gorelli Hernandez*

Extracto: Nuestro ordenamiento incorpora todo un conjunto normativo en materia de acoso. Este no es un fenómeno homogéneo, sino que existen dos tipologías bien diferenciadas de este fenómeno: el acoso sexual y el acoso moral o *mobbing*. En el ámbito del Derecho del Trabajo esta regulación se reduce fundamentalmente a la reconcomienzo del derecho de los trabajadores a estar protegidos frente a estos fenómenos, la regulación de una causa de despido disciplinario que afecta a los acosadores y las infracciones administrativas que pueden cometer los empresarios al actuar como acosadores o al permitir que en ámbito de aplicación de sus facultades directivas se desarrollen conductas de acoso. Estamos ciertamente ante una regulación excesivamente limitada, que no establece de manera expresa una delimitación de estos fenómenos (es necesario acudir a la regulación de carácter general) y centrada en el fenómeno del acoso discriminatorio. Una normativa de carácter tan limitado supone la posibilidad de que la negociación colectiva se haga cargo de la regulación de estos fenómenos. De hecho la Ley Orgánica 3/2007 supone un evidente impulso al papel regulador de la negociación colectiva en materia de acoso sexual; a la sombra del cual también puede crecer la regulación negociada sobre acoso moral. En este sentido se prevé que en un futuro inmediato los planes de igualdad, dentro de los que se ha de incluir la adopción de protocolos antiacoso o códigos de conductas o buenas prácticas en las empresas, se configuren como óptimos mecanismos de lucha frente al acoso. Probablemente el convenio colectivo ha de asumir un papel esencial en la lucha contra el acoso horizontal, estableciendo los mecanismos para tutelar a los trabajadores acosados, pero también puede tener importancia en el acoso vertical, sobre todo por generar una dinámica a través de la que se logre establecer criterios objetivos para la utilización de las facultades empresariales. En cuanto al análisis de la negociación colectiva debemos

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social - Universidad de Sevilla.

resaltar que no es tan extraño que la negociación andaluza se refiera al acoso; al contrario, es un contenido cada vez más frecuente en nuestros convenios, conformando un conjunto normativa cada vez más amplio y abigarrado. No obstante su incorporación cualitativa al convenio es aún limitada, pues fundamentalmente se limita a dos aspectos esenciales: el establecimiento de reglas programáticas de prohibición o evitación del acoso, meras declaraciones de intenciones de alcanzar el objetivo de que las empresas sean ámbitos libres de acoso; y las regulaciones del acoso desde una perspectiva disciplinaria o sancionadora, considerando al acoso como infracción laboral muy grave o grave. Falta sobre todo la visión puramente preventiva de esta cuestión, siendo notorias las ausencias normativas en materia de prevención de riesgos.

Índice : 1 Datos normativos; 2 Papel de la negociación colectiva en la regulación del acoso; 3 Análisis de la negociación colectiva andaluza en materia de acoso; 3.1 Introducción; 3.2 Negociación y compromisos de evitar el acoso laboral; 3.3 Delimitación conceptual del acoso sexual y moral en la negociación colectiva andaluza; 3.4 La protección represiva de los trabajadores frente al acoso sexual y moral; 3.5 Procedimientos de resolución de situaciones de acoso sin acudir a vías sancionadoras; 3.6 Procedimientos preventivos; 3.7 Mecanismos integrales (o pretendidamente integrales) de actuación. 4 Referencias.

1 Datos normativos

El acoso es una de las instituciones jurídicas que se ha incorporado más recientemente al ordenamiento laboral. Se configura como un conjunto de conductas protagonizadas por compañeros o superiores del acosado que están destinadas a hostigar al trabajador atentando contra su dignidad. En realidad, aún cuando hablemos de acoso laboral, lo cierto es que se incluyen bajo esta expresión dos tipologías bien diferentes. De un lado, el acoso moral, caracterizado por la intención de arrinconar al trabajador con conductas reiteradas de violencias psicológica que están dirigidas a provocar el sufrimiento

del acosado (normalmente con el objetivo de provocar su abandono del trabajo). Junto a este fenómeno encontramos el acoso sexual, en el que el objetivo es bien distinto, pues lo que se pretende a través de las conductas de hostigamiento es la satisfacción de las apetencias sexuales del acosador.

Si ceñimos el análisis de esta cuestión a la regulación nacional (es más amplia y previa la normativa comunitaria que fundamentalmente se ha centrado en considerar el acoso como un supuesto de discriminación), veremos que la incorporación del acoso de manera expresa se ha producido en momentos realmente recientes, pues aún

cuando existían trazas del acoso sexual, especialmente en el art. 8.13 LISOS, a tenor del cual se considera infracción muy grave “El acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea sujeto activo de la misma”¹; lo cierto es que la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento se produce en realidad a través de la Ley n. 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que introdujo un importante conjunto normativo sobre el acoso moral. Esta regulación se refuerza a través de la Ley Orgánica n. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ha supuesto un reforzamiento normativo de la regulación del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Junto al art. 8.13 LISOS, nuestro ordenamiento cuenta con el siguiente conjunto normativo sobre el acoso: de entrada el art. 4.2 e) ET, que consagra el derecho de todo trabajador “Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida

la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”².

El hecho de que se haya reconocido expresamente este derecho del trabajador ha motivado la introducción de otras dos normas importantes: el art. 54.2 g) ET y el art. 8.13 bis LISOS. El primero de ellos establece la consideración del acoso como causa de despido disciplinario, pues se considera como incumplimiento contractual “g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajen en la empresa”³. Se trata de establece expresamente un mecanismo que facilita la sanción del trabajador o trabajadores que cometan actuaciones de acoso; lógicamente este mecanismo no tiene utilidad cuando se trata de situaciones de acoso cometidas por el propio empresario.

Junto a la causa de despido, se ha introducido un art. 8.13 bis en

¹Debemos recordar que también se recogía expresamente el acoso sexual en el art. 4.2 e) ET, en la redacción (ya derogada) que recibía a tenor de la Ley n. 8/1989, a tenor de la cual el trabajador tiene derecho: “e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”.

²Originalmente la norma se redactó por la Ley n. 62/2003, siendo posteriormente modificada por la Ley Orgánica n. 3/2007, que introdujo expresamente en el ET la figura del acoso sexual y el acoso por razón de sexo.

³La redacción inicial d esta letra g) del art. 54.2 ET se estableció a través de la Ley n. 62/2003, siendo posteriormente modificada por la Ley Orgánica n. 3/2007 (concretamente se añadió expresamente la referencia al “acoso sexual o por razón de sexo”).

la LISOS, por la que se establece una infracción administrativa dirigida a sancionar al empresario que comete actuaciones de acoso, o que permita el acoso en su empresa, considerándose este comportamiento como infracción muy grave:

El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad o edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo⁴.

Con este precepto se establece una protección para el acosado, que actúa no sólo en aquellos casos en los que el acosador sea el propio empresario, sino también cuando, sin serlo, permita el acoso o simplemente no actúe para evitar el sufrimiento del acosado si es que el acoso se produce dentro del ámbito de ejercicio de sus facultades directivas. Se trata de un precepto que sigue la línea ya establecida por el art. 8.13 LISOS en materia de acoso sexual, imponiendo sanciones al empresario aún cuando no es quien acosa; obligán-

dole, de esta manera, a actuar protegiendo al acosado y sancionando al acosador.

Para terminar, debemos recordar que el art. 181 LPL⁵, precepto a tenor del cual se reconducen a la modalidad procesal de tutela de derechos de libertad sindical y del resto de derechos fundamentales, las demandas que versen sobre la prohibición “del tratamiento discriminatorio y de acoso, que se susciten en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social”.

Hay que señalar ante todo la insuficiencia de esta regulación: si bien es cierto que hay determinados aspectos recogidos expresamente por esta regulación, lo cierto es que el planteamiento legislativo es tremendamente deficiente. De entrada, no contiene ni tan siquiera un concepto de acoso, sea moral o sexual. Debemos seguir remontándonos al art. 28.1 d) de la Ley n. 62/2003, que con carácter general señala que ha de entenderse por acoso:

[...] toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como

⁴Al igual que ocurre con el art. 54.2 g) ET, la redacción original procede de la Ley n. 62/2003, siendo posteriormente modificada por la Ley Orgánica n. 3/2007 (concretamente se añadía la referencia al “acoso sexual o por razón de sexo”).

⁵Este precepto incluye la figura del acoso desde la redacción del mismo otorgada por la Ley 62/2003, manteniendo la alusión a la misma tras las modificaciones sufridas por la Ley Orgánica 3/2007.

objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo.

Este concepto legal de acoso es decepcionante. Las limitaciones de esta configuración del acoso son evidentes, pues de entrada no se plantea una diferencia entre acoso moral y acoso sexual. Más aún, el art. 28.1 d) de la Ley n. 62/2003, deja fuera del concepto de acoso al acoso sexual, e incluso no considerada la posibilidad de un acoso por razón de sexo. Se plantea así una importante dificultad conceptual, limitando la distinción entre acoso moral y acoso sexual, cuando, tal como hemos señalado anteriormente. Ciertamente es posible hablar de “acoso laboral”, incluyendo bajo esta terminología los supuestos de acoso moral y de acoso sexual; pero es evidente que se trata de cuestiones diferentes, de modo que el acoso laboral no es sino un convencionalismo para tratar dos cuestiones diferenciadas, tanto en los comportamientos o conductas que generan el acoso, como el objetivo perseguido por quien acosa⁶. Sin embargo, el conjunto normativo laboral que hemos mencionado (arts. 4.2 e ET, 54 ET, 8.13 y 8.13 bis LISOS), si establece la distinción entre acoso en general (no se habla expresamente de acoso moral), acoso sexual y acoso por

razón de sexo; ello se debe al hecho de que la actual redacción de estos preceptos fue modificada por la Ley Orgánica n. 3/2007, justamente con la intención de introducir junto al acoso en general, las figuras del acoso sexual y del acoso por razón de sexo; alterando así la configuración que de este fenómeno había introducido la Ley n. 62/2003.

El art. 7.1 LO n. 3/2007, establece que “constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”. El precepto es bastante genérico, pero refleja la esencia de esta figura, pues hace referencia al acoso como comportamiento de naturaleza sexual; es decir, dirigido a la satisfacción de los deseos carnales. Este precepto se complementa con la definición de acoso por razón de sexo: “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

En cuanto al acoso moral, tal como he tenido ocasión de señalar anteriormente⁷, es todo comportamiento vejatorio o humillante (al respecto hay un “polimorfismo” de

⁶Sobre la distinción del acoso moral con otras figuras distintas, vid. MELLA MENDEZ, L. El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo. *Tribuna Social*, n. 145, 2003, p. 17.

⁷Vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T. El acoso moral. Perspectivas jurídico-

las posibles situaciones que generan acoso), que se reitera de manera sistemática, sin dar tregua al acosado, y que tiene como objetivo causar un daño al acosado, minando su moral y desestabilizándolo psicológicamente.

Ciertamente acoso moral y acoso sexual pertenecen a un tronco común, pues ambos son acosos, sin embargo, son claramente diferenciables. De entrada es evidente que el comportamiento que caracteriza al acoso sexual poco o nada tiene que ver con el acoso moral, pues se trata de conductas dirigidas a obtener una satisfacción sexual, ya sea a través del chantaje sexual⁸ o a través del acoso sexual ambiental, que consiste en crear un clima insufrible de trabajo mediante comportamientos que intimiden a la víctima generando una situación de trabajo hostil dirigida a obtener el sometimiento a sus propuestas sexuales; pero en todo caso, es una conducta sexual, no sexista; de manera que es suficiente con un comportamiento de tales características para que haya acoso sexual, sin necesidad de que este deba

reiterarse, tal como ocurre con el acoso moral. En definitiva, en el acoso sexual estamos ante comportamientos libidinosos que no se producen en el acoso moral⁹. Tal como señala MARTINEZ ABASCAL, "Es esta finalidad de orden sexual la que separa claramente el acoso sexual del objetivo de autoexclusión o de postración laboral que el acoso moral en el trabajo persigue"¹⁰ Por el contrario, en el acoso moral el objetivo perseguido es mucho más retorcido, pues busca quebrar la resistencia del trabajador.

Hay un segundo elemento, de carácter subjetivo, a tener en cuenta en la diferenciación entre acoso moral y sexual: mientras que el acoso moral puede ser perfectamente un fenómeno colectivo; es decir, protagonizado por un conjunto de acosadores, que atacan al sujeto más débil como una jauría; sin embargo, el acoso sexual es un fenómeno caracterizado por ser claramente individual¹¹, en el que hay una víctima de un único acosador. Más aún, en el acoso sexual es relativamente frecuente

laborales. En: **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, n. 2, 2003, Disponible em: <www.iustel.com>, p. 7 y ss.

⁸En estos casos el acosador es un superior jerárquico o el propio empresario, que condicionan la contratación, un ascenso, la estabilidad en el empleo, al hecho de que la víctima satisfaga las apetencias sexuales del acosador.

⁹Sobre la distinción entre una y otra figura vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I. El acoso como causa de despido disciplinario. **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, n. 7, 2004. Disponible em: <www.iustel.com>, p.38.

¹⁰MARTINEZ ABASCAL, V.A. La protección extrajudicial frente al acoso moral. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 92, 2007, p. 63.

¹¹Sobre las diferencias entre una y otra figura vid. MELLA MENDEZ, L. El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo. **Tribuna Social**, n. 145, 2003, p. 18 y ss.

que el acosador busque otras víctimas, mientras que en el acoso moral suele ser una situación aislada, de manera que destruida la víctima no suele buscarse un nuevo objetivo.

Junto al acoso moral y al acoso sexual, nuestro ordenamiento se refiere también al acoso por razón de sexo. La distinción entre acoso sexual y acoso por razón de sexo es acertada, pues se trata realmente de dos cuestiones totalmente diferentes: el acoso por razón de sexo sería realmente un supuesto de acoso moral, caracterizado por el hecho de que el acoso se produce como reacción ante la pertenencia de la víctima a un determinado sexo, despreciando la capacidad laboral de la víctima por dicha razón. La diferencia entre acoso sexual y acoso por razón de sexo es que el primero tiene naturaleza sexual, mientras que el segundo no (es por ello que en el acoso sexual el sexo de la víctima no es verdaderamente relevante, sino que lo esencial es que el acosador busque la satisfacción de sus deseos sexuales, con independencia del sexo del sujeto acosado); sino que éste se basa en una motivación

sexista, basada en la pertenencia de la víctima al sexo femenino o masculino. Es decir, el acoso por razón de sexo es un supuesto de acoso moral, basado o motivado por la pertenencia de la víctima a un determinado sexo (normalmente por ser mujer). Dicho de otra manera, el acoso sexual es un acoso que busca la satisfacción de los deseos sexuales, supone un atentado contra la libertad sexual¹²; mientras que el acoso por razón de sexo se caracteriza por comportamientos que humillan u ofenden a una trabajadora por su condición de mujer, buscando destruirla laboralmente¹³; es decir, se trata de un comportamiento sexista, de un acoso moral motivado por el sexo al que pertenece la víctima¹⁴.

A tenor de esta regulación se establece una configuración del acoso fundamentalmente discriminatorio; es decir, una configuración del acoso a tenor de la cual este se ha de producir “por razón” de una de las causas de discriminación mencionadas en dicho precepto. Esto es especialmente evidente en el caso del acoso moral, incluyendo al acoso por razón de sexo. Este planteamiento se traslada a las

¹²Así ALTES TARREGA, J.A. **El acoso del trabajador en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p.19.

¹³En este sentido PEREZ DEL RIO, T.: “No se puede olvidar que la doctrina ha venido diferenciando entre acoso sexual y acoso sexista o por razón de sexo, sobre la base de que en el primero de los tipos, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter carnal o libidinoso, mientras que en el segundo, el objetivo del acosador no era sino la manifestación de su desprecio por las mujeres, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que en su opinión estas deben seguir ocupando”.

¹⁴ALTES TARREGA, J.A. **El acoso del trabajador en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 21.

diferentes normas que hemos señalado, incorporando éstas también que el acoso ha de producirse en razón de una de tales causas de discriminación. Tal como hemos tenido ocasión de señalar con anterioridad¹⁵, esto supone que la literalidad de la regulación implica que sólo debería haber una situación de acoso cuando el acosador comete tales actos en base a la raza, etnia, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual o sexo. Consecuentemente, cuando el acoso se debe a circunstancias diferentes de las enunciadas (simplemente se acosa a alguien que cae mal, o que trabaja más y mejor), estaríamos fuera del ámbito establecido por esta regulación. En estos casos, salvo que se haga una interpretación extensiva (que realmente van en contra de la literalidad de la regulación), no habría espacio para sancionar al acosador con la causa de despido por acoso, o no se podría sancionar a la empresa por permitir un acoso desarrollado por causas ajenas a las mencionadas por la regulación.

Por otra parte, otro elemento crítico a esta regulación deriva de su parcialidad: se establece una regulación del acoso que se limita exclusivamente a ciertas situaciones jurídicas, como las infracciones laborales, o el despido. Por el contrario, no existe regulación del

acoso en relación con ámbitos que resultan esenciales como el preventivo y de salud laboral.

La última evolución normativa ha supuesto un importante impulso a la recepción legal del acoso sexual. Se ha establecido un conjunto normativo a través del cual no sólo se introducen ciertas modificaciones en la normativa laboral (establecimiento del derecho a la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo, la causa de despido por estas mismas causas, o su consideración de infracción administrativa), sino que además se establece un conjunto normativo de carácter general sobre el acoso sexual, que cubre diferentes aspectos. Así, el art. 27 de esta Ley Orgánica n. 3/2007 incluye al acoso sexual y al acoso por razón de sexo dentro de la política de salud, considerando tales fenómenos dentro del ámbito de la protección, promoción y mejora de la salud laboral; de esta manera se establece un elemento que permite reconducir la protección frente al acoso sexual y por razón de sexo dentro de la prevención de riesgos laborales. Pero sobre todo el art. 46 de esta Ley Orgánica n. 3/2007 plantea que los planes de igualdad puedan contemplar la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, con lo que se estable-

¹⁵GORELLIHERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I. El acoso como causa de despido disciplinario. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 7, 2004. Disponible em: <www.iustel.com>, p.11 y ss.

ce un mecanismo normativo que permite regular internamente en la empresa vías para evitar el acoso sexual o por razón de sexo, arbitrándose los procedimientos para su prevención, así como los cauces de reclamación o denuncia frente a los comportamientos constitutivos de acoso sexual o acoso por razón de sexo (art. 48). En este sentido resultará esencial la negociación colectiva, pues se prevé expresamente (art. 48.1 LO n. 3/2007) que a través de la misma se pueden establecer mecanismos como la elaboración de códigos de buenas prácticas, campañas informativas o acciones de formación. De igual manera los representantes de los trabajadores deben contribuir a la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo, organizando campañas de sensibilización de los trabajadores, informando a la dirección de la empresa. Es evidente que el papel que pueden jugar tiene una trascendencia de primer orden, participando e impulsando las políticas antiacoso en la empresa¹⁶.

Por cierto, que la distinción entre acoso sexual y acoso por razón de sexo es acertada, pues se trata realmente de dos cuestiones totalmente diferentes: el acoso por razón de sexo sería realmente un supuesto de acoso moral, caracterizado por el hecho de que el acoso se

produce como reacción ante la pertenencia de la víctima a un determinado sexo, despreciando la capacidad laboral de la víctima por dicha razón. No es nuestro objetivo realizar un análisis de la delimitación jurídica del acoso moral y del acoso sexual, ni tampoco realizar una crítica a la regulación legal del acoso y de sus limitaciones, sino que en este momento es suficiente con constatar los problemas que una regulación de estas características tan limitadas puede generar y la proyección que una cuestión de tal normativa para el resto de la regulación laboral y sobre todo para la negociación colectiva. Pensemos simplemente en el problema que hemos mencionado en el párrafo anterior: la regulación del acoso como causa de despido ceñido exclusivamente a ciertas causas discriminatorias implica que siga siendo necesario utilizar otras causas de despido disciplinario como el despido por falta de buena fe, o el despido por ofensas verbales o físicas. Constatada la limitación de esta normativa, hemos de preguntarnos cuál puede ser el papel de la negociación colectiva en la tarea de regulación del fenómeno del acoso laboral.

2 Papel de la negociación colectiva en la regulación del acoso

Aun cuando es evidente que nuestro ordenamiento no reserva

¹⁶VALDES DE LA VEGA, B. El tratamiento del acoso moral desde la tutela colectiva. En: AA.VV. **Las medidas de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007, p. 216.

un papel específico a la negociación colectiva, entendemos que puede tener una gran importancia a la hora de evitar los comportamientos que dan lugar a situaciones de acoso laboral. Recordemos ante todo que, desde la perspectiva de considerar el acoso como fuente de discriminación, ya el art. 42 de la Ley n. 62/2003 establecía que los convenios son un mecanismo adecuado para combatir la discriminación y prevenir el acoso moral. No obstante, esta regulación no iba más allá y no establecía medidas concretas que podía o debía contemplar la negociación. Un paso adelante se ha dado por parte de la Ley Orgánica n. 3/2007, regulación que ha otorgado un papel determinante a la negociación en la lucha contra el acoso sexual, sobre todo a través de la obligación de negociar planes de igualdad¹⁷ planteada como contenido mínimo de los convenios ex art. 85.1 ET (y en el ámbito de la Administración pública recordemos lo dispuesto por el art. 62 de la Ley Orgánica n. 3/2007 en relación con el protocolo de actuación en casos de acoso sexual y por razón de sexo). Dentro del contenido de los planes de igualdad, el art. 42.2 LO 7/2007 ha señalado que entre otras materias,

podrán contemplar la prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo; además, el art. 48 LO n. 7/2007 regula medidas específicas para prevenir estos fenómenos, especificando que “se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los trabajadores, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”¹⁸.

También debe tenerse en cuenta que en este objetivo resulta esencial la posición que tengan los sujetos colectivos, cuya actuación puede ser ciertamente relevante. De un lado las organizaciones sindicales han de ser capaces de crear un estado de opinión entre los trabajadores tendentes a evitar este tipo de comportamientos, sensibilizando a los trabajadores a través de la información y de la formación suficiente (recordemos que el art. 48.3 LO n. 7/2007 establece que los representantes de los trabajadores deben contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, mediante la sensibilización de los trabajadores y mediante la información a la dirección de las empresa de los casos de detecten)¹⁹. De otro lado, los representantes de los

¹⁷En este sentido ALTES TARREGA, J.A. **El acoso del trabajador en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 47.

¹⁸Vid. sobre esta cuestión PEREZ DEL RIO, T. La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 91, 2007, p.195.

¹⁹LUELMO MILLAN, M.A. Acoso moral o *mobbing*. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad. **REDT**, n. 115, 2003, p. 32.

trabajadores, debido a su proximidad o cercanía a los trabajadores que pueden sufrir el acoso deben tener una actuación determinante²⁰.

Ahora bien, la correcta actuación de los representantes va a depender no sólo de la confianza que sean capaces de inspirar a sus compañeros²¹; sino también de que dispongan de los instrumentos necesarios para poder intervenir ante posibles situaciones de acoso. Esto último va a depender en buena medida de la negociación colectiva, de que los sindicatos a nivel superior y la propia representación de los trabajadores sean capaces de establecer en los convenios colectivos los mecanismos preventivos y sancionadores necesarios. Al respecto cabe señalar que poco a poco los interlocutores sociales están tomando conciencia de la trascendencia e importancia del problema que se plantea con los supuestos de acoso²².

La doctrina laboral ha señalado que un primer aspecto que puede ser cubierto por la negociación colectiva es la delimitación del acoso. Tal como hemos señalado anteriormente una de las principales carencias de nuestra regulación es que no existe ni un

concepto de acoso omnicompreensivo, ni una delimitación conceptual de las dos figuras básicas que lo integran, el acoso moral y el acoso sexual. Desde nuestro punto de vista debemos tomar este primer contenido de la negociación colectiva sobre el acoso con cierta prudencia: el hecho de que el legislador no establezca conceptos adecuados sobre acoso moral y sexual obedece entre otros motivos a las dificultades conceptuales que presentan estas figuras, sobre todo el acoso moral; de ahí a que la regulación española haga referencia a cualquier tipo de comportamiento ofensivo o humillante; es decir, a descripciones muy genéricas de esta cuestión. Pues bien, pretender que este defecto conceptual sea cubierto por parte de la negociación colectiva es esperar demasiado: si el legislador no ha conseguido establecer un concepto adecuado, será tremendamente complejo, por no decir imposible, que los negociadores lo consigan. Baste pensar que los negociadores no son precisamente legisladores acostumbrados a la misión de establecer regulaciones; al contrario, suelen tener una escasa capacidad técnica. Justamente por ello se pueden

²⁰En este sentido AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R. **La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo**. Murcia: Laborum, 2004, p. 117.

²¹En este sentido LUELMO MILLAN, M.A.: Acoso moral o *mobbing*. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad. **REDT**, n. 115, 2003, p. 33.

²²AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R.: AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R. **La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo**. Murcia: Laborum, 2004, p. 118.

plantear problemas si dejamos en manos de los negociadores esta tarea, pues un concepto inadecuado de acoso moral o sexual puede suponer que queden fuera de la protección otorgada por esta regulación múltiples conductas que realmente constituyen verdaderas situaciones de acoso.

Si puede tener utilidad una regulación de estas características si se plantea desde el punto de vista de establecer ejemplos de conductas que necesariamente se consideren como acoso, pero que no cierran totalmente la configuración del acoso; en definitiva, parece adecuado estimar que las conductas mencionadas como acoso, moral o sexual, por parte de los convenios colectivos sean entendidas como enumeraciones no cerradas. En este sentido, como comprobaremos posteriormente no es extraño tanto encontrar intentos conceptuales en la negociación colectiva, como remisiones no a la ley, sino a la regulación técnica en materia de prevención de riesgos.

Desde nuestro punto de vista la negociación colectiva se puede configurar como el mecanismo más efectivo de lucha contra el acoso laboral, no sólo por las limitaciones de la regulación legal, sino por el hecho de poder actuar de manera directa en la realidad empresarial. De esta manera, el convenio colectivo es en la actualidad la única instancia que puede establecer una regulación efectiva

en materia de prevención del acoso laboral: tal como hemos señalado anteriormente uno de los grandes vacíos de nuestra regulación legal en materia de acoso es su consideración como un riesgo profesional. La cuestión es especialmente importante sobre todo desde el punto de vista del acoso moral. Sin embargo, desde la perspectiva del acoso sexual, recordemos como el art. 27 de la Ley Orgánica n. 3/2007 señala que las administraciones públicas, con el objetivo de integrar el principio de igualdad en la política de salud, deben facilitar la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo dentro de la promoción y mejora de la salud, llegándose a modificar el art. 5.4 LPRL en este mismo sentido.

Otra cuestión en la que la negociación colectiva puede tener una especial importancia se refiere a la posibilidad de establecer vías procedimentales para resolver internamente las posibles reclamaciones en materia de acoso. La regulación actual establece la posibilidad de sancionar al empresario cuando no reacciona frente al acoso; pues bien, la negociación puede ser la que establezca cuales son los procedimientos de actuación dentro de la empresa frente a las situaciones de acoso. Esto supone beneficiar no sólo al empresario, que puede así tener un mecanismo de reacción claro que evite la consideración de que no ha actuado frente a una posible

situación de acoso; sino también a los trabajadores que van a contar con un mecanismo de reclamación interna frente a las conductas de acoso. Se permite así deslindar la actuación de la empresa que reacciona frente a una posible situación de acoso, evitando así su responsabilidad y se facilita una adecuada protección para las víctimas de acoso²³.

Por otra parte el convenio es un excelente mecanismo para establecer medidas de carácter cautelar; es decir, aquellas que funcionan cuando se denuncia una situación de acoso y mientras dura el procedimiento interno para constatar la certeza de la denuncia²⁴. Con ello puede conseguirse que las víctimas de este tipo de comportamiento puedan estar amparadas mientras que se analiza la realidad de su situación. Por otra parte, es evidente que el convenio será el instrumento más adecuado para especificar cuáles pueden ser las sanciones a imponer frente al acoso laboral, sea moral o sexual.

Es evidente que la actuación que hasta ahora hemos descrito que

los convenios colectivos pueden tener frente a situaciones de acoso facilitan una protección a los acosados en aquellos supuestos de acoso horizontal y en algunos casos de acoso vertical. Recordemos por un momento que desde el punto de vista subjetivo, existen dos tipos de acoso laboral: el horizontal y el vertical. El primero de ellos se refiere al acoso entre iguales, entre trabajadores. Por el contrario, el acoso vertical se refiere al que un trabajador puede sufrir por parte de un superior²⁵. El convenio colectivo a la hora de proteger al trabajador acosado, sobre todo establecen mecanismos sancionatorios, por lo que están pensados para sancionar a otro trabajador y no al empresario; de ahí que afirmemos que el convenio sea un buen mecanismo para luchar contra el acoso horizontal²⁶, pues normalmente se establecerán mecanismos de prevención o sancionadores de comportamientos desarrollados por otros trabajadores o por superiores, pero difícilmente se estará regulando para evitar acoso por parte del empresario.

²³BALLESTER PASTOR, M.A. **Guía sobre el acoso moral en el trabajo**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p.48.

²⁴En relación con esta posibilidad vid. QUESADA SEGURA, R. La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 92, 2007, p. 142.

²⁵Téngase en cuenta que el acoso vertical puede proceder de un superior, pero (y esto es extraño) también de un inferior; incluso es factible que el acosador sea un trabajador y la víctima el empresario; no en vano hemos de señalar como el art. 54.2 g) ET, al regular el acoso como causa de despido disciplinario, señala que se considera causa de despido el acoso “al empresario o a las personas que trabajen en la empresa”; es decir, se señala expresamente la posibilidad de que el sujeto pasivo del acoso sea el propio empresario.

²⁶En este sentido, BALLESTER PASTOR, M.A.: **Guía sobre el acoso moral en el trabajo**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 48.

En caso de acoso vertical desarrollado por el propio empresario el convenio colectivo tiene mayores dificultades a la hora de establecer mecanismos de protección, pues es directamente el empresario quien comete actos de agresión utilizando sus facultades directivas. No obstante, es factible el establecimiento de mecanismos que limiten esa capacidad empresarial: no se trata tanto de introducir a través del convenio reglas expresamente destinadas a prevenir el acoso, como normas a través de las que se establezca con carácter general el ejercicio objetivo de las facultades directivas, limitando por tanto la utilización discrecional del mismo. Ello es especialmente útil en casos como los ascensos, la movilidad funcional, la geográfica o las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo²⁷. Es evidente que si limitamos el ejercicio despótico de las facultades directivas, estamos impidiendo que se entre en la antesala del acoso, dificultando, por tanto, el acceso a dicho tipo de comportamiento. Esta situación puede servirnos además para destacar una cuestión de interés indudable en materia de acoso moral: es conveniente distinguir los verdaderos supuestos de acoso del ejercicio irregular de las facultades directivas del empresario. Creo que es afortunada la

expresión que hemos utilizado anteriormente: ejercicio “despótico” de las facultades directivas; pues bien este fenómeno no es equivalente al acoso moral. Si bien el acoso moral vertical es en esencia un ejercicio arbitrario de las facultades directivas, para que dicho ejercicio se convierta en acoso moral va a ser necesario que se produzcan actos de violencia psicológica de carácter sistematizados o frecuentes, con el objetivo o finalidad de socavar la resistencia psíquica del trabajador para acabar con él²⁸.

De igual manera este procedimiento puede ser útil en los casos de acoso sexual que se desarrolle a través de chantaje sexual, si bien va a tener más limitaciones en caso de acoso sexual ambiental cometido por el empresario.

En última instancia hemos de señalar que, como es lógico, la proyección de la negociación colectiva va a ser especialmente útil en caso de medianas y grandes empresas; pero los mecanismos diseñados por la misma van a tener escaso provecho en aquellos ámbitos productivos caracterizados por tratarse de pequeñas o pequeñísimas empresas, donde la negociación tiene escasa penetración y donde los mecanismos diseñados no suelen ser útiles.

²⁷Vid. BALLESTER PASTOR, M.A. **Guía sobre el acoso moral en el trabajo**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 54 y ss.

²⁸Sobre esta cuestión vid. MELLA MENDEZ, L. El acoso psicológico en el Derecho del Trabajo. **Tribuna Social**, n. 145, 2003, p. 17. y ss.

3 Análisis de la negociación colectiva Andaluza en materia de acoso

3.1 Introducción

De entrada, hemos de dejar claro cuáles son los parámetros que hemos utilizado en este estudio: nos hemos centrado en analizar los convenios colectivos andaluces que estaban en vigor en nuestra comunidad en el mes de enero de 2009, aún cuando originalmente su vigencia se inicia años atrás; considerando en vigor aquellos que aún cuando han superado el plazo de vigencia inicialmente señalado, no han sido denunciados, o no consta en modo alguno su denuncia. No obstante, a efectos de cita a pie de página, debido a que el número de convenios es excesivo, sólo citaremos aquellos que han entrado en vigor a partir de 2007, así como aquellos anteriores que puedan resultar de interés.

Para este análisis hemos utilizado la base de datos que en materia de negociación colectiva está disponible en la página Web del Consejo Andaluz de Relaciones laborales. De la masa de convenios colectivos en vigor en Andalucía tan sólo hemos seleccionado aquellos convenios que se refieren de manera expresa al acoso, moral o sexual; es decir, hemos dejado de lado los convenios que introducen

mecanismos de control de las facultades directivas empresariales, estableciendo criterios de objetivación de las mismas. Es cierto que a través de tales mecanismos es factible una limitación de las conductas empresariales que generan situaciones de acoso, pero hemos de tener en cuenta que no hay una constatación de que la intención de los negociadores sea establecer tales mecanismos para evitar el acoso laboral protagonizado por el empresario. En definitiva, nos hemos limitado a analizar el conjunto normativo que de manera expresa se refiere y regula al acoso moral o sexual en el trabajo.

Un análisis de las líneas generales de la negociación en esta materia nos conduce a las siguientes conclusiones preliminares. De entrada, si bien hemos de señalar que la doctrina laboral ha considerado que la recepción del acoso por la negociación colectiva es muy limitada, de manera que la regulación es escasa y prácticamente testimonial²⁹. Estamos sólo parcialmente de acuerdo con esta afirmación, pues un análisis de la negociación colectiva andaluza evidencia una importante nivel de incorporación de esta figura a nuestros convenios. Hay que subrayar que a la hora de distinguir entre acoso moral y sexual, es cierto que está mucho más presente el acoso sexual

²⁹En este sentido QUESADA SEGURA, R. La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo. *Temas Laborales*, Sevilla, n. 92, 2007, p. 139.

que el acoso moral. Probablemente ello se deba a dos razones: de entrada la regulación del acoso sexual es más antigua en el ordenamiento español, pues procede de 1989 (por ejemplo, el art. 8.13 LISOS); de otro lado, la más reciente LO n. 3/2007 ha otorgado a la negociación colectiva un singular papel en materia de acoso sexual, sobre todo a través de la regulación de los planes de igualdad en las empresas. Entendemos que ello justifica una mayor presencia de esta figura en la negociación colectiva; de otro lado también hemos de reconocer las dificultades de delimitación del acoso moral, que no anima precisamente a su incorporación a los convenios colectivos.

En cuanto a la repercusión de esta materia en la estructura de la negociación colectiva en esta materia, cabe señalar dos notas: la regulación del acoso es más frecuente en los convenios que afectan a administraciones públicas o a empresas públicas, que en la negociación de las empresas privadas. Por otra parte, también cabe señalar que no existe una clara relación entre ámbitos geográficos y el hecho de que la negociación regule el acoso; es decir, que no por ser de un ámbito superior hay mayor posibilidad de que dichos convenios recojan expresamente el acoso.

También debemos señalar como una vez introducida una

determinada regulación de acoso en un convenio colectivo, esta tiende a trasladarse a otros convenios colectivos (lo cual ocurre normalmente entre convenios de sectores similares, el ejemplo más claro puede ser la negociación en ayuntamientos), extendiéndose una regulación muy similar, cuando no idéntica, de un convenio a otro. Consecuentemente con lo anterior, no es extraño encontrar regulaciones sobre acoso que se reiteran miméticamente en convenios colectivos diferentes, llegando a trasladarse incluso los errores de redacción en los preceptos: es posible detectar como hay convenios de empresas públicas que señalan que se entiende por acoso sexual todo comportamiento “no verbal o físico”; dejando fuera por tanto a los comportamientos verbales. El error se produjo al copiar el art. 43.14 del convenio colectivo del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002), que habla de “comportamiento verbal, no verbal o físico”. El error se ha ido trasladando a diferentes convenios colectivos. Hay transferencias y reiteraciones verdaderamente notables, ya sea por la incidencia que han tenido determinadas fórmulas en la negociación colectiva de un determinado sector (el caso de la negociación en corporaciones locales de la provincial de Granada es verdaderamente reseñable, al haberse

difundido un precepto que ha sido literalmente copiado por muchos Ayuntamientos de esa provincia; al igual que ha ocurrido con las corporaciones locales de Huelva donde se ha producido el mismo fenómeno, pero con un precepto de factura diferente, extendiéndose a la mayoría de Ayuntamientos desde inicios del presente Siglo; de igual manera los distintos convenios provinciales del sector del comercio de Jaén), ya sea por el hecho de que tales fórmulas se han transferido entre convenios cuyos ámbitos nada tienen que ver entre sí.

Ahora bien, pese a lo que hemos señalado anteriormente (la notable incorporación de estas figuras a la negociación), si debemos reconocer que es cierto que en la mayoría de los convenios colectivos, la incorporación del acoso laboral es muy limitada, pues normalmente se trata de regulaciones que simplemente se limitan a considerar al acoso sexual y más limitadamente al acoso moral, como infracciones laborales que deben sancionarse por el empresario. Por otra parte, siguiendo una tendencia bastante habitual de la negociación colectiva española, tampoco es extraño encontrar que la negociación colectiva se limita llana y simplemente a reiterar o incluso copiar literalmente las normas del Estatuto de los Trabajadores, lo cual no significa realmente una verdadera regula-

ción negocial de este tema. No obstante, pese a lo difundido de los fenómenos que acabamos de describir, es posible encontrar en la negociación colectiva regulaciones mucho más completas y detalladas de estos aspectos, regulaciones que van mucho más allá de la simple reiteración o que se limitan simplemente a considerar al acoso (moral y/o sexual) como causa de despido.

Merece la pena, por lo tanto, realizar un estudio de cual es el contenido de la negociación colectiva andaluza en materia de acoso, lo cual debemos realizar señalando cuáles son las grandes unidades temáticas en esta materia. Desde un punto de vista sistemático podemos señalar como hay regulaciones que se limitan simplemente a establecer una simple declaración de intenciones, un compromiso de las partes negociadoras de impedir y/o suprimir las situaciones de acoso. Junto a este primer grupo también encontramos normas convencionales dedicadas a establecer análisis conceptuales sobre el acoso, conectadas normalmente con la regulación sancionadora. En tercer lugar encontramos normas que contemplan el acoso como un fenómeno digno de sanción (es decir, se regulan sanciones aplicables a los trabajadores acosadores); debemos señalar que no es extraño detectar que la regulación sancionadora es también la que en ocasiones establece cuál puede ser el concepto de acoso, mezclando así ambas cuestiones. En cuarto lugar

podemos señalar a las reglas que analizan el acoso desde una perspectiva preventiva, considerando el acoso como un riesgo profesional que debe ser evaluado y evitado. También es posible detectar convenios que establecen mecanismos procedimentales, es decir, reglas con protocolos de actuación en caso de acoso³⁰ (en unos casos de manera más desarrollada que en otros), cuestión esta que interesa especialmente a la empresa, pues se evidencia así de manera determinante que actúa frente a las situaciones de acoso que se denuncien por los trabajadores. Analicemos a partir de ahora la regulación procedente de la negociación colectiva.

3.2 Negociación colectiva y compromisos de evitar el acoso laboral

Sistemáticamente la primera expresión que debemos tener en cuenta es que la negociación colectiva recoja compromisos entre empresa y trabajadores de colaborar para evitar las situaciones de acoso. Puede ocurrir que se trate de compromisos que no añaden ningún tipo de protección específi-

ca contra las situaciones de acoso, es decir, meros llamamientos a la necesidad de evitar el acoso pero poco más. Se trata de meras declaraciones del convenio sobre la necesidad de evitar el acoso, o compromisos por la empresa para erradicar el acoso y defender a los trabajadores para conseguir un ambiente de trabajo libre de este tipo de comportamientos³¹; incluso manifestaciones que señalan el derecho de los trabajadores a no sufrir acoso y el compromiso de no tolerar tales comportamientos³². Tras estas declaraciones genéricas vamos a encontrarnos como los convenios actúan de dos maneras diferentes: o bien contienen una regulación expresa dirigida a luchar contra el acoso, o bien no contienen regla alguna más allá que la del compromiso inicial. Dicho de otra manera, una vez establecido el compromiso, salvo que a continuación o a lo largo del articulado se establezcan reglas que de alguna manera contemplan el acoso, dicho compromiso no tiene mayor

³⁰Sobre esta cuestión vid. VALDES DE LA VEGA, B. El tratamiento del acoso moral desde la tutela colectiva. En: AA.VV. **Las medidas de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007, p.214.

³¹Vid. el CC de la Empresa Pública de Emergencia Sanitaria (BOJA de 26 de diciembre de 2007); art. 31 del CC Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006); art. 55 del CC Provincial de Almería del Comercio Textil (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); art. 5 del CC del Ayuntamiento de San Fernando (BOP Cádiz de 12 de febrero de 2008); art. 46 CC Cádiz Electrónica, SA (BOP Cádiz de 23 de septiembre de 2008); art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); Disp. Adic. 2ª CC Provincial de Huelva del Sector de la Madera (BOP de 28 de mayo de 2008); art. 50 CC Provincial de Sevilla de Transportes Interurbanos de Viajeros en Autobús (BOP Sevilla de 18 de junio de 2008).

³²Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008).

entidad³³. Cabe destacar como lo más frecuente en la negociación colectiva es la primera de las actitudes, de modo que tras la declaración inicial se incluyan (de manera más o menos desconectada) reglas de tutela frente al acoso en el trabajo; podemos decir que la actuación normal de los convenios negociados en Andalucía es la siguiente: en primer lugar se establece el compromiso de luchar contra el acoso, en segundo lugar se establece un concepto de acoso y finalmente se incluyen estos fenómenos en la regulación disciplinaria; o, alternativamente, tras el compromiso de luchar contra el acoso, directamente se considera que es una figura constitutiva de infracción laboral grave o muy grave.

En otros casos, tras comprometerse a no tolerar el acoso, se

prevé específicamente en el Convenio Colectivo el compromiso de desarrollar instrumentos que puede actuar frente al acoso (por ejemplo, el acuerdo de promover un Plan de Igualdad o un Protocolo en el que se contemple la prevención del acoso sexual o del acoso por razón de sexo³⁴, o un plan en general para prevenir y eliminar conductas de acoso³⁵). Se trata de una remisión a una futura negociación que se va a realizar externamente al convenio colectivo, pero sin establecer plazos concretos o una estructura mínima de cuál puede ser el contenido. En ocasiones, el compromiso se limita pura y simplemente a transcribir el art. 48 de la LO n. 3/2007 y nada más³⁶. En otros casos se establece el compromiso de evitar situaciones de acoso, estableciendo y dando a conocer a los trabajadores los procedimientos para presentar quejas, pero de igual manera sin un calendario concreto que vincule a las partes o sin un

³³Podemos así remitirnos a lo regulado en diversos CC de Jaén, en los que tras reconocerse que el acoso constituye un problema, de manera que hay que actuar de manera preventiva, a partir de ahí, nada más se establece en relación a dicho problema: art. 34 CC Provincial de Jaén de Actividades Comerciales Diversas (BOP Jaén de 8 de septiembre de 2008); art. 35 CC Provincial de Jaén de Alimentación (BOP Jaén de 29 de julio de 2008); art. 46 CC Provincial de Comercio de Materiales de Construcción (BOP Jaén de 4 de septiembre de 2008); art. 35 CC Provincial de Jaén del Comercio del Calzado (BOP Jaén de 4 de septiembre de 2008); art. 31 CC Provincial de Jaén del Comercio del Mueble (BOP de 8 de septiembre de 2008); art. 35 CC Provincial de Jaén del Comercio Textil (BOP Jaén de 8 de septiembre de 2008); Disp. Adic. segunda CC La Opinión de Málaga, SLU (BOP Málaga de 31 de diciembre de 2008); art. 48 CC Fundación Deportiva Municipal Ayuntamiento de Málaga (BOP Málaga de 24 de enero de 2007).

³⁴Así el CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24 de julio de 2008); o el CC de Corporación Española de Transporte, SA (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 5 CC Ayuntamiento de Casares (BOP Málaga de 22 de mayo de 2008); CC Diputación Provincial de Sevilla (BOP Sevilla de 13 de junio de 2007).

³⁵Art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalanca (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 26 CC del Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP De 29 de diciembre de 2008); art. 38 CC Flex Equipos de Descanso, SA (BOP Sevilla de 25 de enero de 2008).

³⁶Art. 42 CC Provincial de Jaén de Oficinas y Despachos (BOP Jaén de 8 de septiembre de 2008).

plan preciso y detallado de actuación³⁷; o bien se señala la necesidad de realizar campañas informativas o acciones de formación, pero sin ninguna precisión³⁸.

A raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 se incorporan a la negociación colectiva los compromisos para negociar un plan de igualdad y la elaboración de códigos de conducta o de buenas prácticas, o protocolos de protección de los trabajadores (compromisos que implican lógicamente una negociación futura, por lo que salvo que esta se cumpla estamos ante meras manifestaciones de voluntad sin contenido real y sin eficacia)³⁹; dichos compromisos afectan sobre todo al acoso sexual, si bien en ocasiones se refieren a todo tipo de acoso.

En otros casos, tras el compromiso, se establece exclusivamente la consideración del acoso como comportamiento digno de ser

reprimido, estableciéndose una remisión a la regulación disciplinaria del convenio (a veces incluso el compromiso programático se recoge con motivo de la regulación disciplinaria)⁴⁰ o incluso a la jurisdicción social⁴¹.

También puede señalarse como en ocasiones tras la declaración de principios o compromiso se especifica el órgano o instancia encargado de elaborar procedimientos destinados a la lucha contra el acoso, pudiendo ser dicho órgano la propia comisión paritaria del convenio⁴². En otros casos la regulación es más simple, pues se limita a señalar la necesidad de que los mandos intermedios, como extensión del compromiso empresarial de no tolerar conductas de acoso, adopten las iniciativas más eficaces contra el acoso, sin perjuicio de elevar a la Dirección de Recursos Humanos tales situaciones (con lo que en la práctica tales sujetos van a eludir todo tipo de

³⁷En este sentido el art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006); Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbas (BOP Almería de 29 de julio de 2008), art. 64 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007).

³⁸Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbes (BOP Almería de 29 de julio de 2008).

³⁹Vid. por ejemplo el CC de ACERINOX, SA (BOP Cádiz de 17 de junio de 2008); CC Provincial de Cádiz de la Vid (BOP Cádiz de 7 de noviembre de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogijares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); art. 63 CC Puleva Food, SL (BOP Granada de 24 de diciembre de 2007).

⁴⁰Art. 34 del CC de Corporación Española de Transporte, SA (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 42 Radio Chiclana (BOP Cádiz de 24 de julio de 2007) CC Provincial de Córdoba de la Construcción (BOP de 18 de junio de 2008).

⁴¹Art. 65 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007); art. 61 CC Provincial de Almería de la Industria de la Alimentación (BOP de 14 de septiembre de 2007).

⁴²Art. 4 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); arts. 35 y 36 CC Provincial de Huelva Sector Lavanderías (BOP Huelva de 23 de junio de 2008); art. 22 bis Teleonuba (BOP de 21 de junio de 2007); art. 42 CC Diario Jaén, SA (BOP Jaén de 5 de agosto de 2008).

actuación por la vía de informar al superior en el ámbito de RR.HH.)⁴³.

Una modalidad de estas declaraciones programáticas consiste en señalar (coincidiendo aproximadamente con lo dispuesto por el art. 4.2 e ET) como derecho de los trabajadores el respeto a la dignidad o la intimidad, incluyendo la protección frente al acoso moral o sexual⁴⁴ (es evidente que el origen de esta regulación reside en

la reforma de 1999 que modificó la redacción del art. 4.2 e ET, si bien sólo hacía alusión al acoso sexual, modificándose posteriormente tal como hemos señalado)⁴⁵.

Tampoco resulta extraño encontrar como estos compromisos no abarcan sólo a la empresa, sino que se hace mención expresa a la necesidad de regular procedimientos con los representantes de los trabajadores, que asumen la

⁴³ Así el art. 25 del CC de Publicaciones de Huelva, SA (BOP Huelva de 13 de junio de 2008).

⁴⁴ Sobre esta posibilidad vid. BALLESTER PASTOR, M.A. **Guía sobre el acoso moral en el trabajo**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 64 y ss.

⁴⁵ Llamamientos de estas características lo encontramos en la negociación de entidades locales de la provincia de Almería, como en los Ayuntamientos de Rioja (BOP Almería de 19 de octubre de 2007), Pulpi (BOP de 28 de julio de 1999), María (BOP Almería de 15 de marzo de 2007); art. 6 CC Diputación Provincial de Almería (BOP Almería de 8 de marzo de 2005); pero también en otros ámbitos, como en el art. 41 del CC de CLECE SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalance (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 26 del CC Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP Córdoba de 29 de diciembre de 2008); art. 28 del CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP de 4 de agosto de 2008); CC Iniciativas de Economía Alternativa y Solidaria (BOP Córdoba de 7 de agosto de 2008); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogíjares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); art. 69 CC Ayuntamiento de Armilla (BOP Granada de 30 de mayo de 2007); art. 72 CC Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Baza (BOP Granada de 7 de febrero de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Caniles (BOP Granada de 20 de junio de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Guadix (BOP Granada de 31 de mayo de 2007); art. 42 CC Ayuntamiento de Lanjarón (BOP Granada de 3 de marzo de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Loja (BOP Granada de 9 de enero de 2008); art. 64 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 57 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); art. 42 CC Feria de Muestras de Armilla, SA (BOP de 13 de junio de 2005); art. 77 Diputación Provincial de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006); art. 61 CC Ayuntamiento de Otura (BOP Granada de 23 de diciembre de 2004); art. 80 CC Ayuntamiento de Albuñol (BOP Granada de 3 de julio de 2006); art. 48 CC Ayuntamiento de Aroche (BOP Huelva de 27 de julio de 2007); art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbría (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008); art. 22 Ayuntamiento de Alora (BOP Málaga de 11 de diciembre de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Casares (BOP 22 de mayo de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Estepona (BOP Málaga de 13 de noviembre de 2008); art. 45 CC Ayuntamiento de Pizarra (BOP Málaga de 18 de noviembre de 2008); art. 56 CC Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona (BOP Málaga de 22 de mayo de 2008); art. 33 Fundación Pública de Servicios Cueva de Nerja (BOP Málaga 25 octubre de 2007); art. 56 CC Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL (BOP Málaga de 5 de noviembre de 2007); art. 56 CC Promoción y Comunicación Estepona, SL (BOP Málaga de 29 de noviembre de 2007); art. 56 CC Servicios Municipales Estepona, SL (BOP Málaga de 15 de noviembre de 2007); art. 34 Sociedad de Comunicación Social de Manilva, SA (BOP de 26 de julio de 2007); art. 56 CC Turismo y Actividades Recreativas Estepona (BOP Málaga de 2 de noviembre de 2007); art. 88 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007).

obligación de sensibilizar a los trabajadores en relación a las conductas de acoso⁴⁶; si bien no se dota en modo alguno a los representantes de medios para poder difundir campañas de difusión contra el acoso.

3.3 Delimitación conceptual del acoso sexual y moral en la negociación colectiva andaluza

No es extraño precisamente encontrar reglas en la negociación colectiva dedicadas a especificar que debe entenderse por acoso, sexual o moral. Normalmente estos conceptos se establecen en conexión con la regulación disciplinaria de la empresa; es decir, se considera en primer lugar infracción muy grave (en ocasiones grave) el acoso sexual o el moral, y a continuación se señala que se entiende por ambas cuestiones.

La configuración de estas figuras por parte de la negociación colectiva puede seguir diferentes parámetros. Por ejemplo, a la hora de establecer un concepto suele tenerse un modelo concreto que se traslada al convenio; normalmente este modelo es el concepto que se establece en la propia regulación legal, por lo que no hay innovación alguna en la normativa convencional, sino que simplemente se copia la regulación legal (art. 7 LO n. 3/2007), a veces incluso de manera literal o remitiéndose al mismo⁴⁷, o bien se establece un concepto claramente inspirado en esta regulación, que resalta evidentemente que ha de tratarse de un comportamiento de naturaleza sexual⁴⁸; o incluso se toma como apoyo para delimitar el acoso sexual la regulación comunitaria⁴⁹.

⁴⁶ Así la Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbes (BOP Almería de 29 de julio de 2008), en este caso sobre el acoso sexual.

⁴⁷ Vid. en este sentido el concepto de acoso sexual del CC la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (BOJA 26 de diciembre de 2007); o el art. 43 del CC de Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA de 22 de octubre de 2008); art. 46 del CC de UTDELT (BOJA 10 de enero de 2008); art. 34 del CC de Corporación Española de Transporte SA (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 31 del CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006); art. 75 CC Provincial de Almería de Hostelería y Turismo (BOP de 24 de enero de 2008); art. 30 del CC del Obispado de Cádiz y Ceuta (BOP Cádiz de 18 de julio de 2007); CC Provincial de Córdoba de la Construcción (BOP Córdoba de 18 de junio de 2008); art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008); art. 59 CC Ayuntamiento de Padul (BOP de 17 de septiembre de 2008).

⁴⁸ Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008); art. 70 CC Provincial de Granada de Derivados del Cemento (BOP Granada de 10 de octubre de 2008); art. 59 CC Provincial de Derivados del Cemento (BOP Huelva de 26 de junio de 2008); art. 38 CC SOS Cuétara (BOP Jaén de 29 de mayo de 2008); art. 30 CC Provincial de Málaga del Sector Comercio en General (BOP Málaga de 6 de septiembre de 2007); art. 55 CC Aparcamientos Urbanos de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 27 de enero de 2009); CC ARC Distribución Arte para el Hogar Ibérica, SL (BOP Sevilla de 25 de enero de 2007); art. 110 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007).

⁴⁹ Art. 64 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007); art. 35 del CC INDUSALALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008).

Esta situación evidencia una constante de la negociación colectiva española: que es muy habitual encontrar convenios que se limitan a copiar más o menos eficientemente la regulación legal. Rara vez encontramos conceptos de acoso sexual con autonomía respecto de la literalidad de la regulación legal⁵⁰.

Es necesario resaltar que a la hora de configurar el acoso sexual, normalmente los Convenios Colectivos suelen olvidar la diferencia entre acoso sexual ambiental y chantaje sexual, de manera que se hace mención sólo a la primera de las figuras y no se alude expresamente a esta segunda modalidad del acoso sexual⁵¹ (recordemos que sí está delimitada por el art. 7.4 de la LO n. 3/2007, al señalar que “El

condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo”). No obstante, también es factible encontrar definiciones del acoso sexual que, si bien en el fondo reflejan de manera adecuada este fenómeno, sin embargo se alejan de los cánones formales de la regulación legal⁵². No es frecuente encontrar convenios que establecen listados ejemplificativos de cuales son las conductas que podrían considerarse como acoso sexual⁵³.

Por el contrario, en el caso del acoso moral hay que señalar que la negociación colectiva no suele seguir la regulación legal, debido a

⁵⁰Una excepción puede ser lo previsto en el art. 62 CC Provincial de Málaga de la Industria de Derivados del Cemento (BOP CC 16 julio de 2008), que al regularlo como infracción muy grave señala que “El acoso sexual sufrido por el trabajador o trabajadora, entendido como las conductas con tendencia libidinosa, no deseadas por el destinatario o destinataria, que generen un entorno laboral hostil e incómodo objetivamente considerado, con menoscabo del derecho de la víctima a cumplir la prestación laboral en un ambiente despejado de ofensas de palabra y obra que atenten a su intimidad personal”.

⁵¹No obstante es posible encontrar algunos convenios que si hacen referencia al chantaje sexual; así el art. 59 del CC Ayuntamiento de Vélez-Blanco (BOP Almería de 19 de mayo de 2006); art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008); art. 19 del CC Empresa de Servicios y Gestión Medioambiental de Puente Genil, SA (BOP Córdoba de 21 de mayo de 2007); art. 11 CC Ayuntamiento de Aguilar de la Frontera (BOP Córdoba de 16 de febrero de 2006); art. 25 CC Provincial de Granada de aguas parar riegos (BOP De 9 de octubre de 2006).

⁵²Art. 60 del CC Provincial de Almería de Derivados del Cemento (BOP Almería de 2 de octubre de 2008); art. 30 CC Dornier SA (BOP Cádiz de 14 de marzo de 2008). Es especialmente interesante la definición que aparece en el CC (Disposiciones Varias B) Provincial de Cádiz de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla (BOP Cádiz de 29 de julio de 2008), definición reiterada en su literalidad por la Disposición Varia F del CC Provincial de Cádiz del Metal (BOP Cádiz de 14 de noviembre de 2008).

⁵³Un ejemplo sería el art. 16 del CC Provincial de Cádiz de Establecimientos Sanitarios Privados (BOP Cádiz de 10 de octubre de 2008); o el art. 27 del CC Publicaciones de Huelva (BOP Huelva de 13 de junio de 2008); también el art. 53 CC Provincial del Sector de Manipulado, Envasado, Comercialización y Exportación de Agrios, demás frutas y sus Derivados Industriales (BOP Sevilla de 3 de junio de 2008).

las limitaciones conceptuales que presenta el art. 28.1 d) de la Ley n. 62/2003, pues tal como hemos señalado, establece un concepto de acoso exclusivamente discriminatorio. Ante estas dificultades y ante lo anómalo de la regulación legal, la negociación colectiva huye de establecer conceptos de acoso y cuando acomete esta tarea de delimitar el acoso moral, lo hace de una manera más creativa (o como señala MARTINEZ ABASCAL, existe una disparidad entre los distintos conceptos que ofrece la

negociación colectiva sobre el acoso moral⁵⁴), si bien suele hacerse hincapié en que las conductas de acoso pueden ser muy diferenciadas (de ahí que se aborde esta cuestión desde una perspectiva amplia o general), requiriéndose la reiteración y señalándose que el efecto del acoso es la creación de un ambiente intimidatorio, degradante o humillante para el acosado, siendo también frecuente la exigencia de lesión de la integridad moral o que afecte negativamente al trabajo, llegando a poner en peligro

⁵⁴MARTINEZ ABASCAL, V.A. La protección extrajudicial frente al acoso moral. **Temas Laborales**, n. 92, 2007, p.65.

⁵⁵Así el art. 13 del CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24 de julio de 2008): "(...) cualesquiera conductas y comportamientos entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el afectado es objeto de acoso y ataque sistemático durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas". También el art. 43 del CC de Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 22 de octubre de 2008): "(...) factor de riesgo psicosocial que se manifiesta por una conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud, etc) que atente, por su repetición o sistematización, contra la dignidad o integridad psíquica o física de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo". La misma literalidad anterior nos la encontramos en el CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006). El art. 62 del CC Hospital del Poniente de Almería, señala que es acoso moral "toda conducta más o menos prolongada efectuada por una o varias personas y dirigida generalmente contra otra, que tenga por finalidad o efecto un trato objetivamente degradante con la consiguiente lesión de la integridad moral de la persona afectada y la degradación de su ambiente de trabajo". Otro concepto interesante lo encontramos en el art. 28 del CC Publicaciones de Huelva SA (BOP de 13 de junio de 2008): "Se calificará de acoso moral cualquier tipo de conducta abusiva que se ejerza de una forma sistemática sobre una persona en el ámbito laboral, manifestada especialmente a través de una reiteración de comportamientos, palabras o actitudes tendentes a producir un menoscabo o lesión en la dignidad o integridad psíquica del trabajador y que pongan en peligro o degraden sus condiciones de trabajo". También puede señalarse lo establecido por el art. 52 CC SOPDE, SA en su art. 52 (BOP Málaga de 11 de octubre de 2007); "Comportamiento negativo entre compañeros o entre superiores e inferiores jerárquicos, a causa del cual el/la afectado/a es objeto de acoso y ataques sistemáticos, durante mucho tiempo, de modo directo o indirecto, por parte de una o más personas, con el objetivo y/o efecto de hacerle el vacío, recortando para ello su capacidad comunicación y de interacción con los compañeros y compañeras, rebajando sus responsabilidades, y dirigiendo contra él críticas y mentiras infundadas de su actividad laboral e incluso acerca de su vida particular". Resulta interesante por su simplicidad, pero claridad, lo dispuesto por el art. 56 CC del CC Provincial del Sector Comercio de Sevilla (BOP de 8 de abril de 2008); "(...) cualquier comportamiento realizado de modo sistemático que produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, intentando someterla emocional y psicológicamente de forma hostil para tratar de anular su capacidad profesional". Con carácter general vid. los CC de la Diputación Provincial de Almería (BOP de 8 de marzo de 2005); art. 31 del CC del Centro de Primera Acogida de San Carlos de Chipiona (Fundación Carolina Monte y Bayón) (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 32 del CC

su empleo⁵⁵. En alguna ocasión, a esta configuración del acoso se añade otro dato importante: que puede ser un comportamiento cometido no sólo por una persona, sino por un grupo de personas (comportamiento de jauría)⁵⁶.

En otros casos lo que se realiza es una maniobra bastante hábil, al considerarse acoso (moral o sexual) aquellas conductas que “están determinadas como acoso por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en nota técnica preventiva, por el Estatuto de los Trabajadores o por la normativa que en su caso lo desarrolle” o literalidad similar⁵⁷; procedimiento por el que se dilucida el concepto de acoso concretán-

dolo a través de su remisión a las reglas de carácter técnico en materia preventiva.

No obstante también es posible encontrar convenios que se limitan a copiar la literalidad legal del concepto legal del acoso moral⁵⁸.

Debemos destacar que son escasos los convenios colectivos que diferencian entre acoso moral, acoso sexual y acoso por razón de sexo; considerando, de manera precisa y adecuada, a este último como una manifestación del acoso moral⁵⁹; en otros casos se limitan simplemente a establecer la diferencia sin pronunciarse si estamos ante una expresión del acoso moral⁶⁰, o incluso se define sólo el

Servicios Económicos del Puerto SL (BOP Cádiz de 10 de diciembre de 2008); art. 30 del CC del Obispado de Cádiz y Ceuta (BOP Cádiz de 18 de julio de 2007); Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008); art. 19 del CC Empresa de Servicios y Gestión Medioambiental de Puente Genil, SA (BOP Córdoba de 21 de mayo de 2007).

⁵⁶Vid. art. 42 CC Diario Jaén, SA (BOP Jaén de 5 de agosto de 2008); art. 18 CC Ayuntamiento de Andujar (BOP Jaén de 22 de enero de 2009).

⁵⁷Literalidad que podemos encontrar en diversos convenios colectivos, vid. art. 35 del CC de Asociación ADIS Almería (BOP Almería de 19 de julio de 2007); art. 41 del CC de ADIS Meridianos (BOP Córdoba de 30 de enero de 2009); art. 35 ADIS Meridiano Granada (BOP Granada de 14 de enero de 2008); art. 46 CC Provincial de Jaén del Transporte Regular de Mercancías (BOP de 23 de agosto de 2007); art. 35 ADIS Meridianos (BOP Málaga de 26 de marzo de 2008); art. 35 ADIS Meridianos (La Biznaga Torremolinos) (BOP Málaga de 31 de octubre de 2007).

⁵⁸Art. 61 del CC Provincial de Almería de la Industria de la Alimentación (BOP Almería de 14 de septiembre de 2007).

⁵⁹En este sentido el CC de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (BOJA de 26 de diciembre de 2007): “Se considera acoso moral toda conducta gestual, verbal, comportamiento o actitud que atenta por su repetición o sistematización contra la dignidad y la integridad física o psíquica de una persona, que se produce en el marco de la empresa, degradando las condiciones de trabajo de la víctima y poniendo en peligro su empleo. Cuando este tipo de comportamiento tenga relación o como causa el sexo de una persona, constituirá acoso moral por razón de género”. La literalidad es idéntica en el CC Provincial de Córdoba de la Construcción (BOP Córdoba de 18 de junio de 2008); también recoge esta literalidad el art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008); art. 35 CC INDUSALALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008).

⁶⁰Art. 30 del CC del Obispado de Cádiz y Ceuta (BOP Cádiz de 18 de julio de 2007); art. 44 CC Escuela Andaluza de Salud Pública (BOP Granada de 22 de abril de 2008); art. 56 CC Provincial del Comercio de Sevilla (BOP Sevilla de 8 de abril de 2008); art. 58 del CC Provincial de Sevilla del Comercio de Maquinaria (BOP Sevilla de 2 de febrero de 2009).

acoso sexual y el acoso por razón de sexo, sin entrar para nada en el acoso moral⁶¹.

Escasos son los convenios que hacen referencia a una cuestión tan interesante cómo la de si el acoso es un comportamiento que necesariamente debe producirse en el centro de trabajo, o si es posible ampliar el ámbito más allá. Normalmente se produce el sobreentendido de que el acoso ha de producirse en el centro de trabajo (de hecho es frecuente señalar que hay acoso cuando se produce dentro del ámbito de las facultades organizativas del empresario), si bien es posible señalar algún convenio que estima causa de despido el acoso sexual incluso fuera de las instalaciones del centro de trabajo⁶². También son escasos los pronunciamientos relativos a si la víctima del acoso puede ser una persona ajena a la empresa, si bien hay algunos convenios en los que se hace alusión expresa a esta cuestión, considerando conducta sancionable no sólo el acoso hacia compañeros sino también hacia terceros⁶³.

Tal como hemos señalado con anterioridad, buena parte de la doctrina estima favorable que los

convenios colectivos regulen el concepto de acoso, pues no existe una norma estrictamente laboral que delimite esta cuestión. No obstante hay que llamar la atención sobre el hecho de que los convenios colectivos procedan a delimitar que se entiende por acoso, pues en ocasiones pueden añadirse requisitos o elementos conceptuales que no se exigen por la regulación legal, lo que puede suponer una restricción (o a veces una ampliación) de lo que el convenio colectivo entiende por acoso, de manera que finalmente se soslayan ciertas conductas que legalmente deben ser entendidas como acoso⁶⁴. En este sentido, no es extraño encontrar que en la delimitación del acoso sexual se exija que el sujeto activo del acoso sepa o esté en condiciones de saber que su comportamiento resulta indeseable, irrazonable u ofensivo para la víctima; lo cual supone exigir un elemento añadido que no se deduce del concepto de acoso sexual del art. 7 de la LO n. 3/2007, a tenor del cual es necesario que el acosador tenga conocimiento o esté en condiciones de saber que su comportamiento no es bien venido, por lo que parece exigirse una manifestación expresa de la

⁶¹Art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); art. 30 CC Provincial de Málaga del Sector Comercio en General (BOP Málaga de 6 de septiembre de 2007); art. 55 CC Empresa Aparcamientos Urbanos de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 27 de enero de 2009).

⁶²Art. 53 CC ENCE, SA (BOP de 31 de mayo de 2007).

⁶³Art. 54 CC Provincial de Córdoba de Limpieza de Edificios y Locales (BOP de 13 de junio de 2007); art. 35 CC Provincial sector Lavanderías (BOP Huelva de 23 de junio de 2008).

⁶⁴Sobre esta cuestión vid. MARTINEZ ABASCAL, V.A. La protección extrajudicial frente al acoso moral. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 92, 2007, p. 66.

víctima en este sentido⁶⁵. Esta exigencia puede acompañarse también con la necesidad de que la conducta propia del acoso sexual sea percibida por parte del acosador como no deseada por parte de la víctima⁶⁶; es decir, no es suficiente con que la víctima acuda a los mecanismos internos de la empresa para ser protegida y que así se estime que estamos ante una conducta no deseada, sino que viene a exigirse que el acosador perciba que su comportamiento es no deseado; lo cual puede generar problemas, pues ciertamente hay acosadores que no lo van a percibir, simplemente por no querer enterarse, dado que son inaccesibles al sufrimiento de sus víctimas. En otros casos se plantea la necesidad para que haya acoso sexual que tras la propuesta sexual haya un rechazo a la misma (pensemos en la

consecuencia de esta exigencia ante una conducta de chantaje sexual aceptado por la víctima con incumplimiento posterior de promesa por el acosador) y además haya persistencia por parte del acosador (¿cuántas veces debe sufrirse esta conducta para que haya acoso?)⁶⁷. O en caso del acoso moral se pueden encontrar convenios que exigen como mecanismo delimitador del mismo que la finalidad sea la de conseguir el abandono del trabajo por parte del acosado, exigencia no contemplada expresamente por la regulación legal⁶⁸. En otros casos podemos encontrar que la negociación plantea un concepto homogéneo del acoso moral y sexual, sin entrar a precisar o distinguir entre ambas figuras, con los consecuentes problemas de delimitación⁶⁹. Incluso hemos encontrado algún convenio que a la hora de delimitar

⁶⁵ Así el art. 13 del CC de Grúas Móviles Autopropulsadas SL (BOJA 24 de julio de 2008): “(...) cualesquiera conductas, proposiciones o requerimientos de naturaleza sexual que tengan lugar en el ámbito de organización y dirección de la empresa, respecto de las que el sujeto sepa o esté en condiciones de saber, que resulten indeseables, irrazonables y ofensivas para quien las padece (...)”. En similares términos el art. 13 del CC de CC.OO de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006); o el art. 63 del CC del Hospital de Poniente de Almería (BOP Almería de 26 de abril de 2006); CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 23 CC Ayuntamiento Alcalá del Río (BOP Sevilla de 27 de marzo de 2007).

⁶⁶ Art. 13 del CC de CC.OO de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006), art. 50.2 del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA de 15 de enero de 2009); art. 53 del CC de la Empresa Pública de Turismo Andaluz (BOJA de 12 de marzo de 2008); art. 52 CC SOPDE, SA (BOP Málaga de 11 de octubre de 2007).

⁶⁷ Así el art. 26 CC Publicaciones de Huelva (BOP Huelva de 13 de junio de 2008).

⁶⁸ Así el art. 45 del CC de al Diputación Provincial de Almería (BOP Almería de 8 de marzo de 2005).

⁶⁹ Art. 69 CC Ayuntamiento de Armilla (BOP de 30 de mayo de 2007); art. 72 CC Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Baza (BOP Granada de 7 de febrero de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Caniles (BOP Granada de 20 de junio de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Guadix (BOP Granada de 31 de mayo de 2007); art. 42 CC Ayuntamiento de Lanjarón (BOP Granada de 3 de marzo de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Loja (BOP Granada de 9 de enero de 2008); art. 64 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 57 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); art. 42 CC Feria de Muestras de Armilla, SA (BOP de 13 de junio de 2005); art. 77 Diputación Provincial de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006); art. 61 CC

el acoso moral, incluye situaciones que dudosamente pueden ser consideradas como acoso moral⁷⁰, o se ignora la necesidad de reiteración para que exista acoso moral⁷¹.

3.4 La protección represiva de los trabajadores frente al acoso sexual y moral

De entre los posibles contenidos de la negociación colectiva en materia de acoso, el más frecuente es la perspectiva represiva; es decir, la regulación que impone sanciones a los trabajadores que cometen conductas que pueden calificarse como acoso moral o sexual⁷². La frecuencia de este tipo de regulación evidencia el interés empresarial de evitar este tipo de comportamientos⁷³. Por otra parte debemos destacar que aún cuando los convenios no regulen expresamente el acoso como infracción laboral, es tremendamente frecuente que el abuso de

poder se recoja expresamente como falta muy grave, de manera que, al menos parcialmente, estén cubiertas las situaciones de acoso por esta vía. De igual manera, suele incorporarse a los convenios las ofensas verbales y físicas, que también cubrirían los comportamientos típicos de acoso cuando no haya regulación expresa.

A la hora de recoger expresamente el acoso como causa de despido, lo más habitual es que los convenios colectivos se limiten simplemente a calificar las situaciones de acoso como infracciones laborales, siendo posteriormente de aplicación las sanciones correspondientes al grado de la infracción cometida. Al respecto debemos señalar que es frecuente encontrar que se considere exclusivamente como infracción el acoso sexual⁷⁴, sin que el convenio especifique nada respecto del acoso moral (no obstante, en algún caso se sanciona

Ayuntamiento de Otura (BOP Granada de 23 de diciembre de 2004); art. 80 CC Ayuntamiento de Albuñol (BOP Granada de 3 de julio de 2006).

⁷⁰Sería el caso del CC de ARC Distribución de Arte para el Hogar Ibérica, SL (BOP Sevilla de 25 de enero de 2007). Este convenio considera acoso moral “Las ofensas verbales o físicas a todos los trabajadores que presten sus servicios en la empresa o a los familiares que convivan con ellos o al público en general”; afirmando también que se incluye bajo el acoso moral “(...) todos aquellos comportamientos que supongan la realización de una actuación abusiva sobre trabajadores, incluyendo las conductas, palabras, actos, gestos y escritos que sin necesidad de ser repetidos durante un período de tiempo prolongado, debido a su gravedad, puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica de un individuo y que tengan por finalidad el crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo” (el subrayado es nuestro).

⁷¹Art. 22 CC Alcalá del Río (BOP Sevilla 27 de marzo de 2007).

⁷²Sobre la necesidad de que la negociación regule esta cuestión, vid. GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I. Acoso moral en el trabajo y derecho sancionador. En: AA.VV., **Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007, p.167.

⁷³De esta opinión se muestra BALLESTER PASTOR, M.A. **Guía sobre el acoso moral en el trabajo**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p.90.

⁷⁴En este sentido, podemos señalar a los siguientes convenios colectivos que regulan exclusivamente como infracción muy grave al acoso sexual, ignorando el acoso moral: Asistencia los Ángeles, SL

(BOJA 30 de marzo de 2005), Corporación de Medios de Andalucía SA (BOJA 27 de abril de 2006), Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Joven (BOJA 7 de junio de 2006); Empresa Andaluza de Gestión de Servicios Especializados, SL (BOJA 30 de octubre de 2006); EGMASA (BOJA 22 de marzo de 2006); Tanatorios y Funerarias del Sur, SL (BOJA 8 de octubre de 2008), art. 31 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA 3 de febrero de 2006); art. 16 del CC Provincial de Almería de trabajo en el campo (BOP Almería 17 de septiembre de 2007); art. 53 Aqualia Gestión Integral del Agua SA (Centro de Níjar) (BOP Almería de 12 de julio de 2007); art. 57 CC Aqualia Gestión Integral del Agua SA (EDAR) (BOP Almería de 17 de enero de 2007); art. 31 del CC Club de Golf Playa Serena (BOP Almería de 3 de diciembre de 2008); art. 31 del CC Club de Mar de Almería (BOP Almería de 4 de abril de 2006); art. 45 del CC Hospital Virgen del Mar (BOP Almería de 11 de mayo de 2007); Art. 55 del CC Provincial de Almería del Comercio Textil (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); art. 21 Cruz Roja Española en Almería (BOP Almería de 16 de junio de 2008); ELSUR, SA (BOP Almería de 3 de julio de 2007); art. 51 del CC Provincial de Establecimientos de Hospitalización, asistencia, Consulta y Laboratorios de Análisis Clínicos de Carácter Privado Mercantil de Almería (BOP Almería de 16 de julio de 2008); art. 34 CC Provincial Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en General de Almería (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); Ginecología Almería SL (BOP Almería de 4 de junio de 2008); art. 64 del CC Provincial de Almería de Dependencia Mercantil (BOP Almería de 2 de julio de 2007), art. 39 del CC Provincial de Almería de la Industria de Panadería (BOP Almería de 9 de junio de 2006; art. 39 del CC JOFRA, SA (BOP Almería de 15 de marzo de 2007); art. 42 del CC Provincial de Almería de Empresas de Limpieza de Edificios y Locales (BOP Almería de 9 de febrero de 2007); art. 43 del CC Provincial de Almería de Manipulado y Envasado de Frutas, Hortalizas y Flores (BOP Almería de 23 de julio de 2008); art. 68 CC Provincial de Almería de Transporte de Viajeros por Carretera (BOP Almería de 3 de septiembre de 2007); art. 56 del CC de EMADESA (BOP Cádiz de 18 de junio de 2008); art. 27 CC de ACASA (BOP Cádiz de 24 de julio de 2007); art. 51 del Ayuntamiento de Algodonales (BOP Cádiz de 6 de julio de 2007); art. 30 del CC Belizón y Rodríguez, SL (BOP Cádiz de 17 de julio de 2008); art. 37 CC de CLECE SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz, SA (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008); art. 53 CC Corporación de Medios de Cádiz, SLU (BOP Cádiz de 13 de enero de 2009); art. 33 del CC Cruz Roja Española de Cádiz (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 99 CC EMASA (BOP Cádiz 2 de junio de 2008); art. 42 CC Jerez de PVC, SL (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 46 CC Provincial de Cádiz de Obradores de Pastelería, Confeiterías y Despachos (BOP Cádiz de 22 de noviembre de 2007); art. 50 del CC Provincial de Cádiz de Panaderías (BOP Cádiz de 25 de octubre de 2007); art. 57 Aquagest Sur (Lucena) (BOP Córdoba 12 de marzo de 2007); art. 46 del CC del Diario Córdoba, SA (BOP 11 de mayo de 2007); art. 48 del CC Provincial de Córdoba de Limpieza de Edificios y Locales (BOP Córdoba de 13 de junio de 2007); art. 54 CC Aguas Vega Sierra Elvira, SA (BOP Granada de 27 de marzo de 2007); art. 38 CC A Jardinamientos Nevada, SL (BOP Granada de 11 de noviembre de 2008); art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); art. 52 CC Provincial de Granada de Establecimientos Sanitarios y Clínicas Privadas (BOP Granada de 18 de mayo de 2007); art. 34 CC Provincial de Granada de la Industria de Panadería (BOP de 14 de octubre de 2008); art. 26 CC Luis Espinosa, SA (BOP de 25 de septiembre de 2008); art. 30 CC Plásticos Ferro, SL (BOP de 18 de abril de 2007); art. 9 CC Aqualia Gestión Integral del Agua (BOP Huelva de 23 de mayo de 2007); art. 41 EMTUSA (BOP Huelva de 25 de mayo de 2007); art. 53 CC ENCE, SA (BOP Huelva de 31 de mayo de 2007); art. 38 CC Agencias Distribuidoras de Butano de Jaén (BOP Jaén de 28 de junio de 2007); art. 61 CC Aqualia Gestión Integral del Agua, SA (BOP Jaén de 6 de julio de 2007); art. 66 CC Ayuntamiento de Andujar (BOP Jaén de 22 de enero de 2009); art. 39 CC CEE Acodis Iniciativas SL, (BOP Jaén de 29 de junio de 2007); art. 47 CC Escayescos, SL (BOP Jaén de 17 de abril de 2007); art. 41 CC Grupo de Empresas Sociales de Jaén, SL (BOP de 1 de agosto de 2007); art. 24 CC Sanatorio Médico-Quirúrgico Cristo Rey (BOP Jaén de 31 de octubre de 2008); art. 37 CC Provincial de Jaén de Oficinas y Despachos (BOP 8 de septiembre de 2008); art. 53 CC Actividades Deportivas 2000, SL (BOP Málaga de 10 de diciembre de 2007); art. 67 CC Aguas y Saneamientos de la Anarquía, SAU (BOP Málaga de 21 de febrero de 2007); art. 53 CC Ayuntamiento de Casares (BOP de 22 mayo de 2008); CC Casino de Torrequebrada, SA (BOP Málaga de 8 de julio de 2008); art. 72 CC Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga (BOP Málaga de 10 de marzo de 2008); art. 52 CC Difusión y Comunicación 2000, SL (BOP Málaga de 27 de diciembre de 2007); art. 62 CC Provincial de Málaga Industria de Derivados del Cemento de Málaga (BOP Málaga de 16 de julio de

tanto al acoso sexual como al acoso por razón de sexo⁷⁵).

En menor medida es posible observar cómo se considera infrac-

ción no sólo el acoso sexual, sino también el acoso moral⁷⁶; o se copia la literalidad del actual art. 54.2 g) ET que incluye también el acoso por

2008); CC Macdonald's Sistemas España Inc. (BOP 3 abril de 2008); art. 46 CC Palacio de Ferias y Congresos de Málaga (BOP de 4 de enero de 2007); art. 19 Patronato Municipal Canal Coín RTV (BOP Málaga de 14 de enero de 2009); art. 26 CC Tana, SA (BOP Málaga de 15 de mayo de 2008); art. 75 CC ABC Sevilla, SL (BOP Sevilla 8 de marzo de 2007); CC Aperitivos Matarile, SA (BOP Sevilla 28 diciembre de 2007); CC Asociación Senda P. D.P.S.H BOP Sevilla de 24 de diciembre de 2008 (BOP Cebona de 25 de noviembre de 2008); art. 11 CC Compañía de Bebidas Pepsico, SL (BOP Sevilla 24 diciembre de 2008); art. 29 CC Antares Andalucía, SA (BOP Sevilla 19 de abril de 2008); art. 35 CC Curia Provincial Bética de la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios (BOP Sevilla de 20 de febrero de 2007); CC Editorial Andaluza de Periódicos Independientes, SA (BOP Sevilla de 9 de julio de 2008); art. 67 CC Hospital San Juan de Dios del Aljarafe (BOP de 21 de febrero de 2008); art. 51 CC Ayuntamiento de Burguillos (BOP Sevilla de 25 de octubre de 2007); art. 46 CC Provincial de Sevilla del Sector de Confitería, Pastelería, Bollería, Repostería, Churrería, Fabricación de Chocolate y Turrónes (BOP de 7 de julio de 2007); art. 68 CC Provincial de Sevilla de Derivados del Cemento (BOP Sevilla de 20 de enero de 2009); art. 44 CC Provincial de Empresas de Hospitalización (BOP Sevilla de 5 de enero de 2008); art. 14 CC Provincial de Sevilla del Sector de Industrias de Panadería y Expendedurías (BOP Sevilla de 3 de enero de 2008); CC Provincial del Sector de Industrias del Aceite y sus Derivados (BOP Sevilla de 11 de octubre de 2008); art. 53 CC Provincial de Sevilla del Sector de Manipulado, Envasado, Comercialización y Exportación de Agríos (BOP Sevilla de 3 de junio de 2008); art. 33 Provincial de Sevilla del Sector de Pompas Fúnebres (BOP de 23 de diciembre de 2008).

⁷⁵ Art. 44 Emvivesa, SA (BOP Sevilla de 11 de diciembre de 2008).

⁷⁶ Vid. Convenios Colectivos de CLECE (Centro de Trabajo de la Empresa Pública de Puertos de Andalucía) (BOJA de 27 de noviembre de 2007); CC del Personal Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre de 2002) VOLCONSA, S.A. (BOJA de 30 de septiembre de 2008); EUROLIMP SA (BOP Almería de 18 de septiembre de 2007); art. 78 del CC Provincial de Almería de la Industria de la Madera (BOP Almería de 19 de mayo de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de San Fernando (BOP Cádiz de 12 de febrero de 2008); art. 107 CC GINSO (BOP Cádiz de 3 de julio de 2007); art. 51 CC del Consorcio Escuela de Hostelería de Cádiz (BOP Cádiz 31 de octubre de 2007); art. 51 CC Diputación de Cádiz (BOP Cádiz de 23 de julio de 2008); CC (Disposiciones Varias B) Provincial de Cádiz de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla (BOP Cádiz de 29 de julio de 2008), Disposición Varia F del CC Provincial de Cádiz del Metal (BOP Cádiz de 14 de noviembre de 2008); art. 60 del CC de Cementerios y Servicios Funerarios Municipales de Córdoba, SA (BOP Córdoba de 17 de diciembre de 2008), art. 45 CC Consorcio Escuela de la Madera de Encinas Reals-Cemer (BOP Córdoba de 7 de mayo de 2007); CC de la Diputación Provincial de Córdoba (BOP 4 de agosto de 2008); art. 18 del CC de INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP de 26 de febrero de 2008); CC Instituto Municipal de Deportes de Córdoba (BOP Córdoba de 25 de julio de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Las Gabías (BOP de 14 de diciembre de 2007); art. 59 CC Ayuntamiento de Padul (BOP De 17 de septiembre de 2008); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogijares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); art. 40 CC Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Granada (BOP Granada de 1 de diciembre de 2008); art. 12 CC Club de Golf Los Cosarios (BOP Granada de 19 de septiembre de 2007); art. 48 CC Ayuntamiento de Aroche (BOP Huelva de 27 de julio de 2007) art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 46 CC Ayuntamiento de la Puebla de Guzmán (BOP Huelva de 16 de junio de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbría (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008); art. 38 CC SOS Cuétara (BOP Jaén de 29 de mayo de 2008); art. 46 CC Acosol, SA (BOP Málaga de 4 de diciembre de 2007); art. 70 Aqualia (Vélez-Málaga) (BOP 12 de noviembre de 2007); art. 70 CC Provincial de Málaga del Sector Automoción (BOP Málaga de 4 de diciembre de 2007); art. 34 Ayuntamiento Alhaurín de la Torre (BOP Málaga 22

razón de sexo⁷⁷ (en algún caso la literalidad anterior a la actualmente vigente, que no mencionaba expresamente al acoso sexual o por razón de sexo⁷⁸); e incluso hay convenios que consideran falta muy grave al acoso moral, sexual, acoso por razón de sexo y al acoso laboral, sin llegar a diferenciar en modo alguno unos de otros⁷⁹, u otros que hablan simplemente de acoso en el trabajo, por lo que parece incluirse a todo tipo de acoso⁸⁰.

Por lo demás estos conve-

nios colectivos suelen limitarse a señalar al acoso moral y/o sexual como infracción muy grave, ostentando así la mayor graduación posible y siendo acreedoras a las sanciones mas relevantes, incluida la del despido (a veces incluso se prevé algún tipo de sanción específicamente aplicable a los supuestos de acoso⁸¹). La regla general es que los convenios no entren a delimitar la figura; es decir, no se da un concepto de acoso moral, sexual o por razón de sexo. No obstante, en ocasiones los Convenios entran a

octubre de 2008); art. 51 CC Estepota (BOP Málaga de 13 de noviembre de 2008); art. 53 CC Desarrollos Municipales Estepota, SL (BOP Málaga de 8 de noviembre de 2007); art. 45 CC Festival de Cine de Málaga e Iniciativas Audiovisuales, SA (BOP Málaga de 13 de junio de 2007); art. 33 CC Fundación General de la Universidad de Málaga (BOP Málaga de 19 de mayo de 2008); art. 36 CC Fundación Museo Picasso Málaga (BOP Málaga de 26 de octubre de 2007); art. 47 CC Infraestructuras Turísticas de Andalucía, SA (BOP Málaga de 29 de octubre de 2007); art. 44 CC Patronato Municipal Deportivo Archidona (BOP Málaga de 12 de agosto de 2008); art. 53 CC Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL (BOP de Málaga de 5 de noviembre de 2007); art. 53 CC Servicios Municipales Estepona, SL (BOP Málaga de 15 de noviembre de 2007); art. 30 CC Sociedad de Comunicación Social de Manilva, SA (BOP Málaga de 26 de julio de 2007); art. 52 CC Sociedad de Planificación y Desarrollo, SA (BOP Málaga de 11 de octubre de 2007); art. 34 CC Cruz Roja Española de Sevilla (BOP 12 de noviembre de 2008); art. 35 CC Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Sevilla y Asociación Provincial de Ingenieros Técnicos Industriales de Sevilla (BOP Sevilla de 25 de abril de 2007); art. 56 CC Siderurgia Sevillana, SA (BOP de 12 de agosto de 2008); art. 53 CC UTE Transferencia Guadalquivir (BOP Sevilla de 20 de diciembre de 2007); art. 22 CC Ayuntamiento de Alcalá del Río (BOP Sevilla de 27 de marzo de 2007); CC Diputación Provincial de Sevilla (BOP Sevilla de 13 de junio de 2007); art. 78 CC OPAEF (BOP Sevilla de 17 de julio de 2008); art. 62 Sociedad Provincial de Informática de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 11 de octubre de 2007).

⁷⁷Art. 30 CC Provincial de Cádiz de la Madera (BOP Cádiz de 27 de junio de 2008); art. 25 del CC Instituto Provincial de Bienestar Social de Córdoba (BOP Córdoba de 16 de enero de 2008); art. 59 Euroлимп, SA (BOP Sevilla de 11 de julio de 2007); art. 55 CC Fundación Andaluza de Servicios Sociales (BOP de 13 de junio de 2008).

⁷⁸Art. 12 CC Empresa de Limpiezas Municipales y Parque del Oeste, SAM (BOP Málaga de 9 de enero de 2009).

⁷⁹Art. 25 del CC Instituto Provincial de Bienestar Social de Córdoba (BOP Córdoba de 16 de enero de 2008); art. 45 CC Ayuntamiento de La Guardia (BOP Jaén de 22 de septiembre de 2008); art. 17 CC ASTOSAM (BOP Málaga de 10 de marzo de 2008); art. 60 CC Aqualia (RONDA) (BOP Málaga de 31 de octubre de 2007); art. 55 CC Ayuntamiento de Mijas (BOP Málaga de 16 de diciembre de 2008).

⁸⁰Art. 65 CC Agencia Andaluza de la Energía (BOP Sevilla de 18 de diciembre de 2007).

⁸¹Así ocurre con el art. 53 del CC de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva (BOP de 23 de junio de 2008), que establece respecto del acoso moral, que en caso de condena por sentencia judicial firme, se procederá a la inhabilitación para el ejercicio de funciones de mando o cargo de responsabilidad.

analizar que se entiende por acoso sexual o moral, estableciéndose un verdadero concepto de estas figuras; sobre esta posibilidad nos remitimos a lo analizado anteriormente en el subepígrafe 3.2.

Cuestión que tiene especial importancia es cómo reacciona la negociación colectiva al graduar estas conductas. En principio, la mayor parte de los convenios se limitan a considerar el acoso moral o sexual como falta muy grave (merecedoras, por lo tanto, de la sanción de despido). Pero no es

preciosamente extraño encontrarlos convenios que califican al acoso sexual o moral tanto como falta grave como muy grave en atención a los hechos o circunstancias que concurren⁸² (en algún caso después de señalar en el elenco de faltas que el acoso es falta muy grave, sin prever en modo alguno la posibilidad de que haya acosos simplemente graves, se establece en precepto separado la posibilidad de graduación según las circunstancias). Una regulación que tiene un efecto parecido es aquella en la que

⁸²Vid. por ejemplo el art. 46 del CC de UTEDLT (BOJA 10 de enero de 2008); el CC de la Empresa Pública de Emergencia Sanitaria (BOJA de 26 de diciembre de 2007); art. 50.2 del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA 15 de enero de 2009); arts. 53 y 54 del CC de la Empresa Pública de Turismo Andaluz (BOJA de 12 de marzo de 2008); Ayuntamientos de Rioja (BOP Almería de 19 de octubre de 2007), Pulpi (BOP de 28 de julio de 1999), o María (BOP de 15 de marzo de 2007); arts. 62 y 63 CC Hospital de Poniente de Almería (BOP Almería de 26 de abril de 2006); arts. 62 y 63 del CC Hospital de Poniente de Almería (BOP Almería de 26 de abril de 2006); arts. 30 y 31 del CC del Centro de Primera Acogida de San Carlos de Chipiona (Fundación Carolina Monte y Bayón) (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 30 CC JOSEFRANS, SL (BOP Cádiz de 2 de julio de 2007); art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalance (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 26 CC del Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP De 29 de diciembre de 2008); art. 57 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); art. 28 CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP Córdoba de 4 de agosto de 2008); art. 43 CC Ayuntamiento de Ogíjares (BOP Granada de 2 de mayo de 2008); arts. 39 y 40 del CC Empresa Municipal de Vivienda y Suelo (BOP Granada de 1 de diciembre de 2008); art. 48 CC Ayuntamiento de Aroche (BOP Huelva de 27 de julio de 2007); art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbría (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008); art. 42 CC Patronato de Desarrollo Local "Huelva Impulsa" (BOP Huelva de 19 de febrero de 2008); art. 54 CC Gerencia Municipal de Urbanismo de Huelva (BOP Huelva de 23 de junio de 2008); art. 22 CC Ayuntamiento de Alora (BOO Málaga de 11 de diciembre de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Casares (BOP de 22 mayo de 2008); art. 54 CC Ayuntamiento de Pizarra (BOP De 18 de noviembre de 2008); art. 56 CC de Desarrollos Municipales Estepona, SL (BOP 8 de noviembre de 2007); art. 56 CC Empresa Municipal de la Vivienda y Aparcamientos de Estepona, SL (BOP de 22 de mayo de 2008); art. 33 Fundación Pública de Servicios Cueva de Nerja (BOP Málaga de 25 de octubre de 2007); art. 54 CC Fundación Deportiva Municipal Ayuntamiento de Málaga (BOP Málaga de 24 de enero de 2007); CC Hospital Costa del Sol (BOP Málaga de 22 de enero de 2007); art. 56 CC Planificación y Desarrollo Urbanístico de Estepona, SL (BOP de 5 de noviembre de 2007); art. 56 CC Promoción y Comunicación Estepona, SL (BOP Málaga de 29 de noviembre de 2007); art. 34 CC Sociedad de Comunicación Social de Manilva, SA (BOP Málaga de 26 de julio de 2007); art. 56 CC Turismo y Actividades Recreativas Estepona (BOP Málaga 2 de noviembre de 2007); art. 110 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Villanueva del Ariscal (BOP Sevilla de 4 de junio de 2007).

se califica al acoso como falta muy grave, “especialmente” si concurre abuso de posición prevalente o jerárquica u otra circunstancia agravante⁸³. En alguna ocasión se admite la posibilidad de que se trate de una infracción leve⁸⁴, o en ocasiones se señala exclusivamente que el acoso es una conducta calificada como falta grave, pero no muy grave⁸⁵, dando así lugar a tener que analizarse si tales conductas admiten graduación. También hemos encontrado alguna anomalía como la de considerar el acoso falta grave o muy grave, y a continuación señalar como muy grave la reiteración en el acoso⁸⁶.

En principio somos de la opinión de que una vez que se produce una situación de acoso moral o sexual, de auténtico acoso, estamos ante un incumplimiento muy grave del trabajador. No entendemos que un verdadero acoso pueda ser objeto de graduación, pues este comportamiento es merecedor por sí mismo de la sanción de despido. En este sentido, detectamos algún convenio que utiliza elementos de graduación que afectan al propio concepto de

acoso, señalando que el acoso sexual es falta muy grave cuando es reiterado o cuando se realiza a personal subordinado o abusando de posición jerárquica⁸⁷. Es evidente lo criticable de esta regulación, pues sólo sería falta muy grave en caso de repetirse los episodios de acoso, por lo que la trabajadora debe soportar estoicamente los ataques sexuales hasta que haya una falta muy grave: basta con un único episodio grave para que este comportamiento ya deba ser considerado como acoso sexual y ser merecedor de las sanciones más graves⁸⁸, o sólo es falta muy grave si el acoso se proyecta hacia un subordinado, pero no al contrario.

En todo caso, es factible que conductas conducentes al acoso, que se producen de carácter aislado, pueden no tener la consideración de acoso, pero seguir siendo incumplimientos contractuales. En este caso si es aceptable graduarlas como simplemente graves, pues no estamos en puridad ante una verdadera conducta de acoso. En todo caso, debemos tener en cuenta que en supuestos de tales características podríamos encontrarnos

⁸³En este sentido vid. art. 26 CC Tana, SA (BOP Málaga de 15 de mayo de 2008).

⁸⁴CC Sucesores de Manuel Ruiz García, SL (BOP Cádiz de 13 de marzo de 2008).

⁸⁵Art. 7 del CC Ayuntamiento de Córdoba (BOP Córdoba de 15 de octubre de 2008).

⁸⁶CC Prodetur, SA (BOP Sevilla de 28 de julio de 2008).

⁸⁷Vid. art. 30 CC JOSEFRANS, SL (BOP Cádiz de 2 de julio de 2007); CC Intercontinental Química, SA (BOP Cádiz de 23 de junio de 2008); EMUCESA (BOP Granada de 28 de noviembre de 2005).

⁸⁸En este sentido merece destacarse el art. 32 CC de la Empresa Servicios Económicos del Puerto SL (BOP Cádiz de 10 de diciembre de 2008), que señala expresamente que con una sola acción grave bastará para generar una situación de acoso sexual.

también que se incurre en otra causa de despido como las ofensas verbales o físicas⁸⁹.

En cuanto a circunstancias agravantes, suele recogerse la agravante de abuso de posición jerárquica⁹⁰, o que las víctimas de acoso tengan una relación laboral de carácter meramente temporal⁹¹, e incluso la reiteración de la conducta⁹². Resulta llamativo que la inmensa mayoría de los convenios que califican al acoso como infracción muy grave, además, añaden la coletilla de considerar como agravante de tal conducta el abuso de posición jerárquica: es evidente que si ya es una infracción muy grave no puede agravarse aún más.

Dentro del ámbito de la represión de las conductas de acoso, encontramos que tiene especial interés el desarrollo de procedimientos dirigidos a reprimir tales conductas. Es posible encontrar convenios que establecen cuál es la vía para reclamar contra

las situaciones de acoso, si bien normalmente se establece una instancia ante la que reclamar, para que a partir de ahí se aplique el expediente disciplinario ordinario que regulado en el propio convenio, señalándose algunas especialidades cuando se trata de un expediente por acoso, tales como la necesidad de actuar de manera confidencial, la introducción de medidas cautelares o la previsión expresa de evitar las represalias⁹³. En otros casos se delinea un procedimiento de actuación específico dedicado exclusivamente a resolver las cuestiones disciplinarias relativas al acoso, normalmente caracterizado por la pretensión de que sea ágil y rápido, garantice el derecho a la intimidad y la confidencialidad⁹⁴.

Si bien es cierto que estos expedientes disciplinarios suelen diferenciarse poco de los ordinarios, podemos encontrar como normalmente hay elementos

⁸⁹En este sentido BALLESTER PASTOR, M.A. **Guía sobre el acoso moral en el trabajo**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 50.

⁹⁰Así el CC de la empresa Grúas Móviles Autopropulsadas (BOJA 24 de julio de 2008), o el art. 43 del CC de Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA de 22 de octubre de 2008).

⁹¹Art. 31 del CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006).

⁹²Art. 37 del CC de Willy-Zoco, SL (BOJA de 6 de octubre de 2005).

⁹³Art. 59 del CC del Ayuntamiento de Vélez-Blanco (BOP Almería de 19 de mayo de 2006); art. 44 CC Empresa Municipal de Vivienda y Suelo de Granada (BOP Granada de 1 de diciembre de 2008); art. 112 CC Ayuntamiento de Coria del Río (BOP Sevilla de 13 de septiembre de 2007); art. 56 CC Fundación Andaluza de Servicios Sociales (BOP Sevilla de 13 de junio de 2008).

⁹⁴Art. 35 CC INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008); art. 20 CC Refresco Iberia, SLU (BOP Córdoba de 22 de septiembre de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 25 CC Balneario de Lanjarón (BOP Granada de 25 de septiembre de 2008); art. 44 CC Escuela Andaluza de Salud Pública (BOP Granada de 22 de abril de 2008); CC Provincial de Granada de Exhibición Cinematográfica (BOP de 4 de diciembre de 2008).

proprios o característicos del acoso, uno especialmente relevante es que estos procedimientos comienzan normalmente previa denuncia de la víctima del acoso, o el interés por el uso de medidas cautelares y la confidencialidad del procedimiento.

En algunos casos los mecanismos procedimentales se limitan a un informe emitido por un órgano interno, previo a la decisión sancionadora que le corresponderá al empresario⁹⁵. En otros casos se prevé el establecimiento de un organismo paritario que tiene como función conocer de las denuncias presentadas en materia de acoso⁹⁶.

En el marco de estos mecanismos procedimentales es especialmente interesante la aplicación de medidas cautelares⁹⁷. Se trata de una de las cuestiones que va a tener un mayor impacto y que puede ayudar de una manera más eficiente a la víctima del acoso: notar que cuando acude a estas vías se aplican

al acosador mecanismos cautelares que evitan que la tortura continúe. En este sentido se puede establecer la separación de la víctima y del presunto agresor⁹⁸. No obstante, se pone énfasis en que dicha separación no se haga en perjuicio de quien denuncia el acoso, de la víctima, impidiéndose que sobre el caiga una modificación sustancial de las condiciones de trabajo⁹⁹; de manera que las posibles alteraciones han de ser sufridas por el presunto acosador, salvo que, por ejemplo, sea el propio acosado quien solicite un cambio de lugar de trabajo¹⁰⁰. En otros casos, simplemente se limita el convenio a reconocer que en el proceso disciplinario deberán tomarse las medidas cautelares y de protección de la víctima durante el mismo, que no podrán perjudicarle, pero sin especificar cuales pueden ser tales medidas cautelares¹⁰¹.

También suele plantearse en estos procedimientos la necesi-

⁹⁵ Art. 46 CC Acosol, SA (BOP Málaga de 4 de diciembre de 2007).

⁹⁶ Art. 44 CC Fundación Andaluza de Servicios Sociales (BOP Sevilla de 13 de junio de 2008), en este caso en relación con el acoso sexual; también el art. 7 del CC Aparcamientos Urbanos de Sevilla, SA (BOP Sevilla de 27 de enero de 2009).

⁹⁷ Sobre la necesidad de aplicar medidas cautelares vid. GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I. Acoso moral en el trabajo y derecho sancionador. En: AA.VV., **Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007, p. 169; también VALDES DE LA VEGA, B. El tratamiento del acoso moral desde la tutela colectiva. En: AA.VV. **Las medidas de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007, p. 211.

⁹⁸ Art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA de 3 de febrero de 2006).

⁹⁹ Art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA de 3 de febrero de 2006); también el CC de UTEDLT (BOJA de 10 de enero de 2008); CC Sucesores de Manuel Ruíz García, SL (BOP Cádiz de 13 de marzo de 2008); art. 35 CC INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008).

¹⁰⁰ En este sentido el art. 36 CC Provincial de Huelva Sector Lavanderías (BOP Huelva de 23 de junio de 2008).

¹⁰¹ Art. 61 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); art. 28 CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP Córdoba de 4 de agosto de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008).

dad de que se garantice el respeto a la intimidad de la víctima (específicamente en caso de acoso sexual, pero a veces se extiende incluso al acoso moral)¹⁰² e incluso de las personas denunciadas, guardándose confidencialidad, reserva y discreción respecto de los hechos¹⁰³. También es posible encontrar reglas dirigidas a evitar todo tipo de represalias contra la persona denunciante ni contra los testigos¹⁰⁴. En todo caso, es posible encontrar cómo hay convenios que expresamente señalan consecuencias disciplinarias en caso de denuncias temerarias, infundadas, falsas o injustificadas¹⁰⁵.

En algún caso el convenio otorga a los mecanismos de prevención de riesgos (Comité de Seguridad y Salud, delegados de prevención), un relevante papel en

la tramitación del expediente de depuración de responsabilidades que se ha establecido al efecto¹⁰⁶. Probablemente sería de más utilidad que el papel relevante de estos sujetos deba ser adoptado e impulsado en la aplicación de medidas preventivas, que es la gran asignatura pendiente en esta materia.

3.5 Procedimientos de resolución de situaciones de acoso sin acudir a vías sancionadoras

Aún cuando son raros, es posible encontrar que algunos convenios hacen alusión a procedimientos en los que una vez denunciado el acoso, se intenta resolver la situación sin acudir a una sanción, sino a través de mecanismos que buscan llegar a un acuerdo o a imponer una tregua permanente

¹⁰²CC de la Empresa Pública de Emergencia Sanitaria (BOJA de 26 de diciembre de 2007); art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008).

¹⁰³CC de UTEDLT (BOJA 10 de enero de 2008); CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA de 15 de enero de 2009); VOLCONSA, SA (BOJA de 30 de septiembre de 2008); art. 33 del CC del Centro de Primera Acogida de San Carlos de Chipiona (Fundación Carolina Monte y Bayón) (BOP Cádiz de 6 de junio de 2008); art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008); art. 41 CC Provincial de Córdoba de Fabricación y Venta de Productos de Confitería, Pastelería, Repostería y Bollería (BOP Córdoba de 9 de junio de 2008); art. 61 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); CC Ayuntamiento de Mijas (BOP Málaga de 16 de diciembre de 2008).

¹⁰⁴CC de UTEDLT (BOJA de 10 de enero de 2008), VOLCONSA, SA (BOJA de 30 de septiembre de 2008), art. 40 del CC del Ayuntamiento de Algodonales (BOP Cádiz de 6 de julio de 2007); art. 55 del CC Provincial de Córdoba del Sector de Derivados del Cemento (BOP Córdoba de 4 de julio de 2008); art. 61 del CC Consorcio Orquesta de Córdoba (BOP de 7 de febrero de 2007); CC Provincial de Córdoba del Sector de la Madera (BOP Córdoba de 20 de noviembre de 2008); art. 35 CC INDUSAL ALANDALUS, SL (BOP Córdoba de 26 de febrero de 2008); art. 20 CC Refresco Iberia, SLU (BOP Córdoba de 22 de septiembre de 2008); art. 63 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008).

¹⁰⁵Art. 41 CC de CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008); art. 27 CC IMFE (BOP Granada de 3 de noviembre de 2003); art. 25 CC Publicaciones de Huelva SA (BOP Huelva de 13 de junio de 2008).

¹⁰⁶Vid. art. 31 del CC del Sector Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancias (BOJA de 23 de mayo de 2006).

entre víctimas y verdugos; en definitiva, son mecanismos que pretenden alcanzar una solución consensuada entre ambas partes¹⁰⁷. La cuestión puede ser interesante, pero controvertida: de un lado no parece muy adecuado que si se han cometido acciones propias de acoso, por lo tanto, verdaderos incumplimientos contractuales, escapen a la acción represiva y a las posibles sanciones que merecen tales comportamientos. Por otra parte, no parece tampoco muy viable que las víctimas que sufren el acoso se conformen con resolver la cuestión alcanzando un acuerdo con sus verdugos¹⁰⁸.

Parecería, por tanto, que este tipo de mecanismo debe afectar a aquellos comportamientos que sin llegar a ser acoso, si suponen el ejercicio de actitudes dirigidas a molestar a compañeros de trabajo; sobre todo si ese tipo de comportamientos no va en una sola dirección sino que el presunto acosado también responde de la misma

manera y con actitudes similares.

En otras ocasiones estos procedimientos parece que están diseñados como antesala para un posterior procedimiento disciplinario; de manera que el acosado se dirige a ellos para obtener un informe del órgano diseñado para tal fin (que no tiene que ser un órgano específico para ello, bastando que sea la propia comisión paritaria del convenio), tras lo cual podrá iniciar las actuaciones dirigidas a obtener una sanción para el acosador¹⁰⁹.

3.6 Procedimientos preventivos

Una de las actuaciones que nos parece más interesante en materia de lucha contra el acoso es la introducción a través de la negociación colectiva de mecanismos de carácter preventivo; es decir, aquél conjunto de medidas que de una u otra manera estén destinadas a evitar que las conductas de acoso se produzcan en la empresa. Sin embargo cabe señalar

¹⁰⁷Sobre acoso sexual ver lo dispuesto por el art. 59 del CC del Ayuntamiento de Vélez-Blanco (BOP Almería de 19 de mayo de 2006); art. 69 CC Ayuntamiento de Armilla (BOP de 30 de mayo de 2007); art. 72 CC Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Baza (BOP Granada de 7 de febrero de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Caniles (BOP Granada de 20 de junio de 2007); art. 43 CC Ayuntamiento de Guadix (BOP Granada de 31 de mayo de 2007); art. 42 CC Ayuntamiento de Lanjarón (BOP Granada de 3 de marzo de 2008); art. 72 CC Ayuntamiento de Loja (BOP Granada de 9 de enero de 2008); art. 64 CC Ayuntamiento de Padul (BOP Granada de 17 de septiembre de 2008); art. 57 CC Ayuntamiento de Pinos Puente (BOP Granada de 25 de agosto de 2008); art. 42 CC Feria de Muestras de Armilla, SA (BOP de 13 de junio de 2005); art. 77 Diputación Provincial de Granada (BOP de 30 de noviembre de 2006); art. 61 CC Ayuntamiento de Otura (BOP Granada de 23 de diciembre de 2004); art. 80 CC Ayuntamiento de Albuñol (BOP Granada de 3 de julio de 2006).

¹⁰⁸En este sentido AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R. **La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo**. Murcia: Laborum, 2004, p. 121.

¹⁰⁹Art. 50 del CC Provincial de Almería de Exhibición Cinematográfica (BOP Almería de 3 de febrero de 2005).

que en este ámbito vamos a encontrar un problema de delimitación, pues el carácter preventivo es tremendamente genérico, dado que abarca a todo tipo de medidas que pretenden impedir que estas conductas se produzcan; es decir, se trata de mecanismos que se ponen en marcha con anterioridad a que la situación de acoso se produzca y que no son reacción frente a una concreta situación de acoso. En la práctica sería preventivo todo lo que no es represivo (e incluso toda medida represiva tiene, por su ejemplaridad, elementos preventivos para futuros acosadores). Esto supone que sea bastante difícil especificar mecanismos estándares. Desde una perspectiva general todos los mecanismos que hasta ahora hemos señalado tienen una evidente vertiente preventiva¹¹⁰: las declaraciones programáticas empresariales de impedir el acoso, el establecimientos de procedimientos específicos en caso de denuncias relativas a posibles situaciones de acoso, los procedimientos de resolución no disciplinarios, las propias sanciones en caso de acoso, tienen una incidencia sobre los acosadores, por lo que se la existencia de toda una batería de medidas en esta dirección va a tener

también como efecto la prevención de conductas de acoso.

Por ejemplo, una primera posibilidad sería la de crear instancias abiertas a los trabajadores, para que denuncien presuntas situaciones de acoso y luchar así contra ellas, evitando de esta manera el daño que puede sufrir el trabajador. Ciertamente este tipo de mecanismo tiene un importante atractivo para la empresa, pues el establecimiento y utilización de este tipo de procedimientos va a evidenciar que la empresa actúa contra las situaciones de acoso, evitando así la aplicación del art. 8.13 y 13 bis LISOS (tanto es así que a veces incluso se especifica en la regulación convencional que la tramitación del procedimiento supone la exoneración de la empresa de la posible responsabilidad¹¹¹).

Estos procedimientos pueden ser de factura variada. Hay casos en los que el Convenio Colectivo acude a la creación de una figura, un cargo dentro de la empresa, encargado de velar por las denuncias presentadas; así podemos encontrar figuras como la del Agente de Igualdad¹¹². No obstante, hay que resaltar cómo este tipo de mecanismos, más que servir como instrumentos de prevención, dirigidos a evitar que el acoso se

¹¹⁰Sobre esta cuestión vid. JURADO SEGOVIA, A. **Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral**. Madrid: La Ley, 2008, p.303 y ss.

¹¹¹Vid. art. 41 del CC de CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008).

¹¹²Art. 13 del CC de CC.OO. de Andalucía (BOJA de 3 de febrero de 2006); en este caso se trata de un mecanismo de lucha contra el acoso sexual.

produzca, son instrumentos que tienen como objetivo eliminar las situaciones de acoso que ya se han producido; así, tras la denuncia de acoso y el desarrollo del proceso (que incluso se denomina “expediente contradictorio”), si se constata la certeza de la denuncia, se desarrolla un proceso verdaderamente disciplinario¹¹³. Por lo tanto, no es extraño encontrar que tienen más una finalidad represiva que preventiva.

En realidad, los mecanismos estrictamente preventivos tienen un escaso desarrollo dentro de la negociación colectiva andaluza, pese a que debería ser el procedimiento de mayor eficacia en la lucha contra las situaciones de acoso. Hay remisiones a procedimientos específicos, pero remisiones *ad futurum*, sin especificar o precisar nada más (con lo que en realidad estamos ante compromisos prácticamente vacíos)¹¹⁴. En otros casos se acude al Plan de Igualdad, que puede o no estar incorporado al convenio, especificando que en el mismo se contempla específicamente materia de acoso (normalmente los planes de

igualdad recogen sólo el acoso sexual o el acoso por razón de sexo)¹¹⁵.

De otro lado, dentro de los mecanismos de prevención podemos señalar a la posibilidad de que se realicen campañas de sensibilización por parte de la empresa y/o los representantes de los trabajadores. Parece este un medio bastante adecuado, pero si el convenio colectivo no determina con claridad dicho mecanismo estaremos simplemente ante una norma meramente programática y sin verdadero contenido, dependiente de que pueda conseguirse con la empresa un acuerdo específico sobre esta cuestión¹¹⁶.

Parece que en estos procedimientos preventivos ha de tener una especial importancia el papel de los representantes de los trabajadores, existiendo convenios colectivos que señalan expresamente que las quejas por comportamientos de acoso deberán desarrollarse a través de los mismos, asumiendo éstos un papel de asesoramiento¹¹⁷, o convenios que establecen la necesidad de acordar con tales representantes las medidas organi-

¹¹³Vid. art. 41 del CC de CLECE, SA (BOP Cádiz de 18 de julio de 2008).

¹¹⁴Vid. el art. 50.2 del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA De 15 de enero de 2009).

¹¹⁵Vid. la DA 6ª del CC del Hospital del Alto Guadalquivir (BOJA De 15 de enero de 2009).

¹¹⁶Vid. en este sentido la Disp. Adic. 5ª del CC del Ayuntamiento de Sorbes (BOP Almería de 29 de julio de 2008).

¹¹⁷Art. 55 del CC Provincial de Almería del Comercio Textil (BOP Almería de 30 de septiembre de 2008); art. 41 del CC Provincial de Córdoba de Confeitería, Pastelería, Repostería y Bollería (BOP Córdoba de 9 de junio de 2008); art. 25 CC Finca El Río, SA (BOP Córdoba de 29 de marzo de 2004); art. 42 CC Provincial del Sector de Industrias Vinícolas, Licoreras y Alcoholicas de la Provincia de Córdoba (BOP 16 de junio de 2006); art. 27 CC Productos Machi, SA (BOP 7 de mayo de 2004).

zativas del trabajo que evite las situaciones de acoso¹¹⁸. Ahora bien, es evidente que si los convenios colectivos no precisan las medidas en las que estos van a intervenir, no se habilitan los medios oportunos o los procedimientos de manera expresa, no estamos sino ante una modalidad de los compromisos generales para evitar el acoso; sin que tal regulación tenga verdadera entidad como instrumento de lucha contra el acoso. En otros casos se habilita a la Comisión Paritaria del convenio para que sea esta la que actúe¹¹⁹ e incluso quien adopte normas básicas de actuación o se remite la cuestión al establecimiento de códigos de conducta (que no se recogen en el convenio, por lo que habrá que estar a si se regulan o no)¹²⁰.

En otros casos los mecanismos preventivos consisten en establecer concretas prohibiciones, como las de utilizar el correo electrónico cuando promueven el acoso sexual¹²¹.

En definitiva, en todos estos mecanismos que analizamos nos vamos a encontrar con una dura realidad: que si bien es posible detectar como los convenios tienen

un cierto interés por las medidas preventivas, lo cierto es que no suelen precisarlas en manera alguna. Parece como si el convenio no fuese adecuado para regular una cuestión tan delicada como el acoso y los mecanismos de prevención; dejándolo todo a un posible acuerdo (negociación colectiva) externo al convenio dedicado exclusivamente a esta cuestión; acuerdo que se realizará o no, pues parece que el interés de los negociadores sobre esta cuestión se limita exclusivamente a establecer la regla general, un mero compromiso de actuación que inmediatamente pasa a dormir el sueño de los justos y del que no vuelve a hablarse. En este sentido, algún convenio va un poco más lejos y llega a remitirse a un acuerdo posterior, pero esbozando las líneas esenciales del mismo, o declara como anexo al convenio el futuro Código de Conducta que se va a elaborar (si es que se elabora, claro), o incluso considera de aplicación la Declaración del Consejo de 19 de diciembre de 1991, relativa a la aplicación de la recomendación de la Comisión de 27 de noviembre de 1991 sobre protección de la digni-

¹¹⁸ Art. 31 del CC del Sector de Transporte de Enfermos y Accidentes de Ambulancias (BOJA De 23 de mayo de 2006).

¹¹⁹ Art. 41 CC Provincial de Córdoba de Fabricación y Venta de Productos de Confitería, Pastelería, Repostería y Bollería (BOP Córdoba de 9 de junio de 2008); art. 26 CC del Consorcio Provincial de Desarrollo Económico (BOP De 29 de diciembre de 2008); art. 25 CC Finca El Río, SA (BOP Córdoba de 29 de marzo de 2004); art. 27 CC Productos Machi, SA (BOP Córdoba de 7 de mayo de 2004).

¹²⁰ Art. 9 del CC del Consorcio Escuela del Mármol de Fines (BOP Almería de 5 de diciembre de 2008); art. 40 del CC del Ayuntamiento de Algodonales (BOP Cádiz de 6 de julio de 2007).

¹²¹ Art. 37 CC Casino Bahía de Cádiz (BOP Cádiz de 19 de mayo de 2008).

dad de la mujer y del hombre en el trabajo¹²².

Dentro de las medidas de carácter preventivo debemos incluir también, como es lógico, las medidas que desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales se ponen en marcha frente al acoso moral y sexual. Se trata de una cuestión que tiene una gran relevancia en la lucha frente al acoso, pues la mejor tutela es la preventiva, por la que se evita sufrir el riesgo¹²³. Recordemos que el art. 2.2 LPRL facilita que la negociación colectiva entre de lleno a regular la prevención de riesgos, por lo que sería perfectamente factible que el convenio regule el acoso desde este punto de vista; no obstante, la verdad es que tiene escasa acogida por parte de la negociación colectiva; bien podemos decir, que la negociación está desaprovechada como mecanismo para luchar contra el acoso desde la perspectiva de prevención de riesgos laborales¹²⁴.

En buena medida la negociación colectiva pueden no parecer necesaria en esta materia: la normativa legal, la reglamentaria o la de

carácter técnico establece todo un conjunto de obligaciones empresariales (la evaluación de riesgos, la adopción de medidas dirigidas a evitar los riesgos detectados, obligaciones formativas, de información, etc). Consecuentemente, si ya existen estas obligaciones empresariales, que a través de la regulación técnica pueden estar reguladas de una manera bastante precisa, no parece necesaria la negociación. Sin embargo, es evidente que los factores de riesgo psicosociales no suelen formar parte de la acción preventiva de las empresas; de ahí que entendemos que la negociación puede ser relevante para reactivar el cumplimiento con las obligaciones generales de las empresas en materia preventiva, cuando afectan a estos riesgos específicos. La planificación preventiva puede suponer la adopción de políticas empresariales antiacoso que se instrumentalizan a través de la negociación colectiva, impulsando una cultura preventiva a través del establecimiento de protocolos o códigos de conducta, en desarrollo y cumplimiento de las obligaciones antes

¹²²Cláusula Adicional 4ª del CC del Ayuntamiento de Almería (BOP Almería de 1 de octubre de 2008); art. 75 del CC Provincial de Almería de Hostelería y Turismo (BOP Almería de 24 de enero de 2008); art. 55 CC Grupo Empresarial Renta Todo Sonido, SL y Renta Todo Carpas, SL (BOP de 18 de septiembre de 2003); art. 61CC Provincial de Almería de Industria de la Alimentación (BOP Almería de 14 de septiembre de 2007).

¹²³Sobre esta cuestión VALDES DE LA VEGA, B. El tratamiento del acoso moral desde la tutela colectiva. En: AA.VV. **Las medidas de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007, p.194.

¹²⁴MARTINEZ ABASCAL, V.A. La protección extrajudicial frente al acoso moral. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 92, 2007, p. 83.

señaladas¹²⁵. De otro lado es evidente que la negociación colectiva, también desde una perspectiva preventiva, puede establecer reglas de gestión de los conflictos que ponen de manifiesto elementos iniciales de las conductas de acoso, paralizando que tales conductas cuajen en verdaderas situaciones de acoso. Otra posibilidad sería la de regular en convenio el papel del servicio de prevención en materia de acoso: desde la difusión de información sobre la cuestión, hasta el asesoramiento de las posibles víctimas de acoso.

Los convenios colectivos pueden incorporar expresamente a la evaluación de riesgos las posibles situaciones de acoso, pues éstas se incluyen en el ámbito de los riesgos psicosociales¹²⁶. Pero junto a la evolución de riesgos puede tener especial eficacia la formación de los trabajadores y la información a los trabajadores de las consecuencias del acoso y los procedimientos para evitarlos. Aspecto que puede ser especialmente interesante es el ejercicio de la movilidad de los trabajadores como medida preventiva. No es extraño encontrar reglas en materia de prevención de riesgos que para resolver situaciones de

riesgos proceden a la movilidad de los trabajadores, sería el caso de las situaciones de riesgo para el embarazo¹²⁷. No obstante, la aplicación mimética de este mecanismo a la situación de acoso cuenta con un importante inconveniente: que la movilidad del sujeto pasivo (la víctima), puede percibirse como una respuesta ante la denuncia por posibles situaciones de acoso; de ahí que dicha movilidad debería dirigirse sobre los presuntos acosadores, salvo que el propio sujeto pasivo sea quien tenga interés en la movilidad.

En los pocos casos que hemos encontrado en los convenios andaluces se trata fundamentalmente de regulaciones que consideran las situaciones de acoso dentro de los riesgos psicosociales, reclamando la aplicación específica de los criterios de actuación de la regulación preventiva al acoso (que en la evaluación haya apartados sobre acoso, que la organización del trabajo tenga en cuenta la necesidad de evitar la competitividad entre trabajadores o las situaciones de aislamiento, garantizando la equidad en la toma de decisiones, impulsando la transparencia organizativa o impulsando la

¹²⁵Sobre esta cuestión, vid. NAVARRO NIETO, F. **La tutela jurídica frente al acoso moral laboral**. Pamplona: Aranzadi, 2007, p.89.

¹²⁶AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCÓN LOPEZ, R. **La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo**. Murcia: Laborum, 2004, p. 123.

¹²⁷Sobre esta cuestión JURADO SEGOVIA, A. **Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral**. Madrid: La Ley, 2008, p.330 y ss.

información y formación hacia los trabajadores)¹²⁸. En otros casos se alude simplemente al papel del Comité de Seguridad y Salud en el estudio de situaciones que puedan suponer posibles situaciones de acoso¹²⁹. En líneas generales, esta regulación tan pobre es reflejo tanto de la falta de asunción del acoso como riesgo profesional, como de la indeterminación de las posibles medidas que deberían adoptarse en esta materia¹³⁰.

3.7 Mecanismos integrales (o pretendidamente integrales) de actuación

Para terminar con el análisis de esta cuestión hemos de referirnos a la menos habitual de las regulaciones en materia de acoso: el establecimiento de regulaciones integrales frente al acoso; es decir, regulaciones que aúnan las diferentes medidas que hemos ido señalando, de manera que al mismo tiempo se establece toda una batería de medidas frente al acoso. Dado su carácter integral estas regulaciones son las más eficaces en la lucha contra estos fenómenos, si bien no es precisamente frecuente encontrar este tipo de regulación. Normalmente este tipo de plantea-

miento obedece a la elaboración por parte del convenio de un código de conducta o de un protocolo de actuación, que pretende ser contemplar los fenómenos de acoso desde un punto de vista lo más amplio posible, si bien en algunos casos, tales códigos o protocolos son relativamente escuetos (escuetos comparados con protocolos muy bien elaborados y relativamente escuetos en comparación con la mayor parte de los convenios que sólo tiene referencias muy limitadas al acoso).

Por su carácter excepcional podemos señalar el Acuerdo de Negociación Colectiva (afecta tanto al personal laboral como funcionario) de la Diputación Provincial de Cádiz (BOP Cádiz de 23 de julio de 2008). Esta regulación se incorpora al Plan de Igualdad (que deriva del art. 45 LO n. 3/2007), que incluye, entre otras medidas, un completo protocolo para la prevención de la violencia de género en el trabajo (sólo afecta, por tanto al acoso sexual y al acoso por razón de sexo). Tras un amplísimo preámbulo en el que se especifica todo el conjunto normativo nacional y comunitario dedicado al acoso sexual y por razón de sexo se procede al estable-

¹²⁸Ver en este sentido el art. 95 del CC de GINSO (BOP Cádiz de 3 de julio de 2007).

¹²⁹Art. 24 del CC del Ayuntamiento de Bujalance (BOP Córdoba de 21 de enero de 2009); art. 28 CC Diputación Provincial de Córdoba (BOP Córdoba de 4 de agosto de 2008); art. 44 CC Ayuntamiento de Calañas (BOP Huelva de 15 de noviembre de 2007); art. 36 CC Ayuntamiento de Niebla (BOP Huelva de 14 de enero de 2009); art. 63 CC Ayuntamiento de Punta Umbria (BOP Huelva de 30 de octubre de 2007); art. 51 CC Ayuntamiento de Palos de la Frontera (BOP de 21 de mayo de 2008).

¹³⁰Sobre esta cuestión vid. RODRIGUEZ LOPEZ, P. *El acoso moral en el trabajo*: La responsabilidad en el acoso moral en el trabajo, Madrid: Difusa, 2004, p. 201.

cimiento de un concepto sobre acoso sexual (que incluye pronunciamientos doctrinales, listado ejemplificativo de las conductas que constituyen acoso sexual –en algún caso confundiendo comportamientos típicos de acoso moral), se establece el compromiso de difundir el protocolo, incluso por medios informáticos, entre los trabajadores de la empresa, y dar publicidad externa, así como realizar cursos en materia preventiva.

A partir de aquí se establecen los órganos que deben aplicar el protocolo: se crea un Asesor Confidencial que inicialmente deberá actuar casi como mediador ante denuncias, recomendando medidas cautelares como la separación entre víctima y agresor; y una Comisión de Violencia de Género, que actuará fundamentalmente en el ámbito disciplinario; se crea así una instancia especializada en procedimientos de estas características, lo cual parece a priori una medida bastante interesante. Ambos han de contar con los medios necesarios, que deben ser facilitados por la empresa, pudiendo contar incluso con asesores.

Se regulan aspectos procedimentales de importancia, que en líneas generales consiste en una fase inicial desarrollada por el Asesor Confidencial que realiza un informe preliminar que se eleva a la Comisión, para que esta adopte las medidas cautelares y realice una

valoración y propondrá las medidas al órgano de Recursos Humanos que aplicará la medida oportuna. Resalta de este procedimiento la existencia de medidas cautelares de enorme interés; también se regula un completo elenco de las posibles infracciones relacionadas con el acoso (como faltas muy graves el propio acoso sexual o por razón de sexo, pero como faltas graves conductas de tolerancia de los superiores, desconsideraciones que aisladamente no constituyen acoso); y se establece una regulación específica sobre prescripción de las infracciones (regulación difícilmente compatible con lo previsto por el art. 60 ET).

Para terminar hay todo un conjunto de medidas a favor de la víctima, dirigidas a paliar su situación psicológica y de restitución en las condiciones de trabajo. Se regula la prohibición de represalias para los denunciadores o testigos; pero como contrapartida se prevén consecuencias disciplinarias para las denuncias falsas.

Quizás sólo echemos en falta de esta compleja regulación una cuestión: el establecimiento de medidas de prevención del riesgo psicosocial. Pero tal como hemos señalado, este es el gran olvidado de la regulación negocial del acoso.

En empresas de carácter privado podemos señalar los convenios de Crown Embalajes

España, SLU¹³¹, que dedican un Capítulo completo a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación y específicamente al acoso sexual. Tras la típica norma de consideraciones generales en que la empresa asume la necesidad de erradicar toda discriminación por razón de sexo, establece el concepto general de acoso sexual, distinguiendo a continuación entre el chantaje sexual y el acoso sexual ambiental. A continuación regula de manera detallada un procedimiento (diligencias previas) encaminadas a constatar la existencia de la situación de acoso denunciada (exigiéndose la absoluta confidencialidad), tras el cual se abre un procedimiento disciplinario si es que se constata la existencia del acoso. A estos efectos se va a considerar muy grave el acoso sexual, pero también tendrá consideración de falta grave o muy grave la denuncia falsa.

Menos desarrollado que el protocolo anterior es el acuerdo adoptado en la Disp. Adic. 4ª del CC del Ayuntamiento de Aracena¹³², donde no se regula el protocolo contra el acoso sexual, pero si se especifica el compromiso para elaborarlo y se establecen las medidas esenciales con las que ha de contar el mismo, pergeñándose de esta manera el futuro protocolo aplicable dentro de la empresa:

regulación como falta muy grave, definición del mismo incluyendo el acoso sexual, regulación de un procedimiento especial para investigar este tipo de comportamientos.

De similar factura es el código de conducta en materia de acoso sexual previsto por la Disp. Adic. Primera del CC de Aquapark Internacional, SA¹³³, que es desarrollada en su Anexo II. Dicho protocolo comienza con el típico compromiso por parte de la empresa para evitar y resolver las situaciones de acoso, pasando inmediatamente a definir el acoso sexual y a señalar que tanto trabajadores como mandos intermedios están obligados a crear un ambiente de trabajo y un entorno laboral que respete la dignidad de todos los trabajadores. A partir de ahí se establece una limitada regulación sobre el procedimiento informativo a desarrollar en caso de acoso sexual (derecho del trabajador a denunciar, sujeto encargado de tramitarlo –elegido por el propio acosado–, intervención de la representación de los trabajadores), para terminar considerando los supuestos de acoso sexual como falta muy grave.

4 Referencias

MELLA MENDEZ, L. El acoso psicológico en el Derecho del

¹³¹BOP Sevilla de 11 de diciembre de 2007 y 22 de diciembre de 2007.

¹³²BOP Huelva de 25 de noviembre de 2008.

¹³³BOP Málaga de 26 de junio de 2008.

- Trabajo. **Tribuna Social**, n. 145, 2003, p. 17.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y GÓMEZ ÁLVAREZ, T. El acoso moral. Perspectivas jurídico-laborales. **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, n. 2, 2003, Disponible em: <www.iustel.com>.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. y MARÍN ALONSO, I. El acoso como causa de despido disciplinario. **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, n. 7, 2004, Disponible em: <www.iustel.com>.
- MARTINEZ ABASCAL, V.A. La protección extrajudicial frente al acoso moral. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 92, 2007.
- ALTES TARREGA, J.A. **El acoso del trabajador en la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- PEREZ DEL RIO, T. La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 91, 2007.
- LUELMO MILLAN, M.A. Acoso moral o *mobbing*. Nuevas perspectivas sobre el tratamiento jurídico de un tema intemporal de actualidad. **REDT**, n. 115, 2003.
- AGRA VIFORCOS, B., FERNANDEZ FERNANDEZ, R. y TASCON LOPEZ, R. **La respuesta jurídico-laboral frente al acoso moral en el trabajo**. Murcia: Laborum, 2004.
- BALLESTER PASTOR, M.A. **Guía sobre el acoso moral en el trabajo**. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006.
- QUESADA SEGURA, R. La protección extrajudicial frente al acoso sexual en el trabajo. **Temas Laborales**, Sevilla, n. 92, 2007.
- GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, I. Acoso moral en el trabajo y derecho sancionador. En: AA.VV., **Los medios de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007.
- JURADO SEGOVIA, A. **Acoso moral en el trabajo: análisis jurídico-laboral**. Madrid: La Ley, 2008.
- VALDES DE LA VEGA, B. El tratamiento del acoso moral desde la tutela colectiva. En: AA.VV. **Las medidas de tutela frente al acoso moral en el trabajo**. Granada: Comares, 2007.
- NAVARRO NIETO, F. **La tutela jurídica frente al acoso moral laboral**. Pamplona: Aranzadi, 2007.
- RODRIGUEZ LOPEZ, P. **El acoso moral en el trabajo**.: La responsabilidad en el acoso moral en el trabajo, Madrid: Difusa, 2004.



TRABALHO DO MEIO CIENTÍFICO

COMPETÊNCIA CRIMINAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO*

CRIMINAL JURISDICTION OF THE BRAZILIAN LABOR COURT

José Carlos Ortiz**

Resumo: Objetivou o estudo analisar a atribuição de competência criminal à Justiça do Trabalho, pela EC n. 45/2004, que desdobrou em nove incisos o art. 114 da CF, substituindo a relação de emprego pela relação de trabalho, e definindo a competência trabalhista em razão da matéria, e não mais em função da pessoa, como ocorria anteriormente. O critério subjetivo foi substituído pelo objetivo, estampado na competência para processamento e julgamento das ações oriundas da relação de trabalho em geral, abrangendo todas as causas envolvendo trabalhadores, mesmo sem vínculo empregatício, e os tomadores dos respectivos serviços, inclusive as relacionadas aos crimes decorrentes daquela relação. Com entendimento contrário, o Procurador Geral da República da época ajuizou Adin perante o STF, visando o reconhecimento da inconstitucionalidade do inciso I do art. 114 da CF, ou, alternativamente, a obtenção de interpretação restritiva dos seus incisos I, IV e IX, que exclua a competência criminal da Justiça do Trabalho, obtendo liminar para o pedido alternativo, ainda sem decisão de mérito. Analisadas as opiniões favoráveis e contrárias, concluiu-se que a EC n. 45/2004 conferiu, efetivamente, competência criminal à Justiça do Trabalho, expressamente, na situação referente ao *habeas corpus*, prevista no inciso IV, e implicitamente, na redação dos demais incisos do art. 114 da CF.

Palavras-chave: Direito Penal do Trabalho. Justiça do Trabalho. Emenda Constitucional.

Abstract: This study is aimed at evaluating the criminal jurisdiction of the

*Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de especialista em Direito do Trabalho, no curso de pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário Salesiano de São Paulo – Unisal, Campinas, sob orientação da Profª. Drª. Ana Maria Melo Negrão. Defendida e aprovada em 11.11.2009, pela comissão julgadora.

** José Carlos Ortiz é Promotor de Justiça aposentado e Professor Universitário.

Brazilian Labor Court pursuant to Brazilian Constitutional Amendment n. 45/2004, which embodied nine items to article 114 of the Brazilian Constitution, replacing employment relations by labor relations and defining the labor jurisdiction due to the subject matter rather than to the individuals involved in a case as formerly established. Objective criteria replaced subjective grounds as evidenced by the authority to try and to adjudicate on disputes arising from labor relations encompassing every claim related to workers even to those individuals deprived from employment bonds and their respective contractors, including those lawsuits referring to crimes arising from such labor relations. By virtue of his contrary opinion, the Attorney General of Brazil at the time of approval of the constitutional amendment referred to herein filed a claim of unconstitutionality before the Supreme Court of Brazil either to cause item I comprising article 114 of the Brazilian Constitution to be deemed unconstitutional or otherwise to ensure the restrictive interpretation of items I, IV and IX with a view to release the Brazilian Labor Justice from criminal jurisdiction by means of a preliminary injunction prior to a sentence on the merits. Analyses of both favorable and unfavorable opinions enable us to conclude that Brazilian Constitutional Amendment n. 45/2004 has effectively granted the Brazilian Labor Justice express criminal jurisdiction over *habeas corpus*, as provided for in item IV, and implicit criminal jurisdiction over the written elaboration of the remaining items comprising article 114 of the Brazilian Constitution.

Keywords: Labor Criminal Law. Labor Court. Constitutional Amendment.

Sumário: 1 Introdução; 2 O Direito Penal do Trabalho; 3 A Competência Criminal Trabalhista; 3.1 As opiniões favoráveis; 3.2 As opiniões contrárias; 4 As críticas à ADIn n. 3.684, proposta pelo Procurador-Geral da República em relação aos incisos I, IV e IX, do art. 114 da Constituição Federal; 5 A Competência Penal Trabalhista na Lei; 5.1 O inciso I do art. 114 da Constituição Federal; 5.2 O inciso II do art. 114 da Constituição Federal; 5.3 O inciso IV do art. 114 da Constituição Federal; 5.4 O inciso IX do art. 114 da Constituição Federal; 5.5 Conclusão sobre a previsão legal da competência penal trabalhista; 6 Os Limites da Competência Criminal Trabalhista; 7 Conclusão; 8 Referências.

1 Introdução

Desde sua criação, a Justiça do Trabalho vem sofrendo modificações na competência material,

sendo a última delas, e a mais importante, a decorrente da Emenda Constitucional n. 45, de dezembro de 2004, a chamada “Reforma do Judiciário”, que a

ampliou consideravelmente.

Essas modificações se impuseram para acompanhar a evolução dos complexos conflitos sociais decorrentes da relação entre o capital e o trabalho.

Com o decorrer do tempo e das transformações econômicas e sociais, a relação de emprego fragmentou-se, originando diversos modelos de trabalho sem subordinação.

A mesma missão que a Justiça do Trabalho desempenhou no passado, com o trabalho subordinado, garantindo o equilíbrio da relação e m p r e g a d o - empregador através do tratamento jurídico conveniente, cabe-lhe agora com os novos modelos.

Para tanto, não poderia permanecer com os mesmos instrumentos limitados àquela realidade.

A reforma, que desdobrou o art. 114 da Constituição Federal em nove incisos, substituiu a relação de emprego pela relação de trabalho, para definir a competência da Justiça Trabalhista.

Assim, a competência, que anteriormente à reforma era definida em função da pessoa, passou a ser em razão da matéria.

O critério subjetivo, caracterizado pelos conflitos entre traba-

lhadores e empregadores, foi substituído pelo objetivo, estampado na competência para processamento e julgamento das ações oriundas da relação de trabalho em geral, abrangendo todas as causas envolvendo trabalhadores, mesmo sem vínculo empregatício, e os tomadores dos respectivos serviços. Enfim, todos os conflitos do mundo do trabalho.

Desse modo, a reforma deu competência ampla à Justiça do Trabalho, que julgará todas as formas de trabalho prestado numa

relação, subordinada ou autônoma, o qual, sob todos os aspectos, constitui a matéria de seu conteúdo.

Dentro dessa amplitude, cogitou-se até mesmo de competência criminal atribuída pela EC n. 45/2004 à Justiça do Trabalho, para o julgamento dos crimes decorrentes da relação de trabalho.

A intenção de tal abrangência, todavia, não é nova, como fruto da emenda.

Pode-se vislumbrá-la já ao final da década de 30 e início da década de 40, na elaboração do Código Penal, que tipificou como crime alguns ilícitos trabalhistas, no Título “Dos Crimes contra a Organização do Trabalho”.

“[...] a reforma deu competência ampla à Justiça do Trabalho, que julgará todas as formas de trabalho prestado numa relação, subordinada ou autônoma, o qual, sob todos os aspectos, constitui a matéria de seu conteúdo.”

“Dentro dessa amplitude, cogitou-se até mesmo de competência criminal atribuída pela EC n. 45/2004 à Justiça do Trabalho, para o julgamento dos crimes decorrentes da relação de trabalho.”

Porém, somente na década de 90 surgiram as primeiras manifestações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da competência criminal trabalhista, em função do regulamento do regime jurídico único dos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações públicas, através da Lei n. 8.112/1991, que converteu os empregados públicos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho em servidores públicos, extinguindo-se os respectivos contratos de emprego.

Em consequência, inúmeras reclamações trabalhistas foram ajuizadas, inclusive para a liberação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, com o deferimento dos pedidos e determinação aos gerentes da Caixa Econômica Federal para o atendimento.

Descumprida a ordem por parte de alguns deles, mandados de prisão foram expedidos e *habeas corpus* concedidos pelos Tribunais Regionais Federais, sob o argumento de não haver previsão constitucional ou legal de competência penal genérica para os órgãos da Justiça do Trabalho, sendo inclusive editadas súmulas a respeito, emanadas do Tribunal da 1ª Região.

Naquela época, o então Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Antonio Álvares da Silva, entre outros juristas e opera-

dores do direito, insistiu no tema, pleiteando a competência penal da Justiça do Trabalho para o julgamento dos crimes contra a organização do trabalho, e todos os demais cuja tipicidade estivesse baseada no fator trabalho, sistematizando a ideia em livro escrito em 1993.

Atento à evolução do Direito do Trabalho e aos fenômenos verificados no Direito Comparado, e sentindo o enfraquecimento do Direito Individual do Trabalho, diante dos problemas decorrentes da globalização – desemprego, dispensas em massa, flexibilização e desregulamentação – o que levou a se questionar mesmo a necessidade da Justiça do Trabalho, cogitando-se da sua extinção, defendeu ele a ideia do aumento da competência daquela para o julgamento de todas as controvérsias do trabalho, transformada numa justiça de direito público do trabalho, ampliados assim os seus objetivos.

Em novo livro publicado em 2006, o autor retornou ao assunto, informando que, a partir do anterior, a ideia do aumento da competência, antes desconhecida e rejeitada, passou a ser bandeira de luta, sem outra alternativa para a Justiça do Trabalho, que não fosse crescer ou morrer.

Mas, criticando o aumento obtido com a EC n. 45/2004, que considerou insuficiente e deformado, por não ter sido reconhecida de

forma expressa a competência penal, afirmou:

Então, teremos a repetição de sempre: vai ou não extinguir-se a Justiça do Trabalho? Para ter competência restrita, não se justificará como ramo autônomo do Judiciário. Se seus julgamentos se limitarem ao acerto de contas de empregados dispensados, é melhor mesmo que se integre na Justiça Comum que julgará as controvérsias de mais um contrato - o de trabalho - a exemplo do que faz com tantos outros. A competência penal seria a mais eficiente ferramenta de afirmação da Justiça do Trabalho e a mais potente arma para combater as violações à lei trabalhista. Hoje ela não dispõe de sanção, apenas condena patrimonialmente. Como os juros são insignificantes e a demanda pode demorar vários anos, a condenação perde significado.¹

Apesar da nova redação do art. 114 da CF não dispor expressamente sobre a competência penal da Justiça do Trabalho, juízes trabalhistas catarinenses reconheceram-na, logo que entrou em vigor a EC n. 45/2004, diante da expressão “ações oriundas da relação de trabalho”, contida no referido dispositivo constitucional, sendo

em um primeiro momento acolhido o entendimento pelo vanguardista TRT daquele Estado:

JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETENCIA CRIMINAL ATRIBUIDA PELA EC Nº 45/2004. A partir da vigência da EC nº 45/2004, que deu nova redação ao art. 114 da CF, o núcleo da competência da Justiça do Trabalho foi modificado. Até 31-12-2004 a competência dessa Justiça Especializada estava calcada em elemento subjetivo (empregado e empregador), ou seja, pela condição das partes. Após essa data esse elemento transmudou-se e hoje a competência da Justiça do Trabalho é estabelecida de forma objetiva e decorre da natureza da matéria. Disso se extrai basicamente que os delitos que possuem no elemento específico do tipo penal, ou elementar, o componente trabalho e a idéia de subordinação econômica, passaram a ser de competência da Justiça do Trabalho.²

Todavia, houve também entendimentos contrários e, inclusive, foi ajuizada Ação Direta de Inconstitucionalidade pelo Procurador Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, visando tal reconhecimento

¹SILVA, Antonio Álvares da. **Competência Penal Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006. p. 18-19.

²Ementa do acórdão proferido no RO-V 00311-2006-015-12-00-6. Disponível em: <<http://direitoetrabalho.com/2007/01/trt-de-santa-catarina-reconhece-a-competencia-penal-da-justica-do-trabalho-2/>>. Acesso em: 25.06.2008.

to em relação ao inciso I do art. 114 da CF, ou, alternativamente, a obtenção de interpretação restritiva dos seus incisos I, IV e IX, que exclua a competência criminal da Justiça do Trabalho, sendo deferida liminar nesse sentido, estando no aguardo da decisão de mérito.

Na esteira desse entendimento, o Tribunal Superior do Trabalho também negou a competência criminal genérica da Justiça Trabalhista, em julgamento de recurso oriundo do Estado de Santa Catarina.

Atualmente há projeto de lei em tramitação no Congresso, dispondo sobre a competência penal da Justiça do Trabalho.

A polêmica se mantém, com novas e mais manifestações favoráveis e contrárias à atribuição de competência criminal à Justiça do Trabalho, devendo permanecer até a definição por parte do STF, no julgamento da ADIn referida.

A análise da polêmica, das suas consequências e possíveis desdobramentos, será o objeto deste trabalho, a ser desenvolvido nos tópicos seguintes.

2 O direito penal do trabalho

A partir do Estado Novo passou-se a intervir nas relações de

trabalho, organizando-se um conjunto de normas com a finalidade de garantir-se à parte mais fraca, o assalariado, maior assistência e proteção.

A intervenção chegou ao campo penal, com a introdução do título “Dos Crimes Contra a Organização do Trabalho” no Código Penal.

Ilícitos trabalhistas passaram a tipificar crimes, formalizando-se o chamado Direito Penal do Trabalho, como ramo do direito público tendo por objeto as normas

e princípios aplicáveis à punição das infrações praticadas no âmbito das relações de trabalho.

Evidentemente, sem autonomia científico-dogmática, enciclopédica ou acadêmica, podendo ser entendido como

especialização do Direito Penal, do qual não se desprende, como ocorre também, e por exemplo, com o Direito Penal Ambiental e o Direito Penal Econômico.

Cruzam-se, em função dessa natureza, princípios do Direito Penal com princípios do Direito do Trabalho.

O mesmo fato que tipifica criminalmente a frustração de direito assegurado por lei trabalhista (art. 203 do Código Penal) faz nascer também um direito para o

“Ilícitos trabalhistas passaram a tipificar crimes, formalizando-se o chamado Direito Penal do Trabalho, como ramo do direito público tendo por objeto as normas e princípios aplicáveis à punição das infrações praticadas no âmbito das relações de trabalho.”

trabalhador, como, por exemplo, a nulidade de recibo assinado em branco e a condenação do empregador na quantia devida.

Inúmeras outras situações de simbiose entre o crime e infrações laborais mostram como a violação das normas trabalhistas é sancionada penalmente, não se restringindo aos crimes contra a organização do trabalho tipificados no Código Penal.

As ofensas à integridade corporal (art. 129 do CP), a violação de segredo profissional (art. 154 do CP), os crimes contra o patrimônio em geral (furto, roubo, dano, etc. – arts. 155 e seguintes do CP), o assédio sexual (art. 216-A do CP), numa relação meramente exemplificativa, são situações delituosas que configuram justa causa para rescisão do contrato do trabalho, previstas nos arts. 482 e 483 da CLT.

Mas, o Direito Penal evoluiu de um mero sistema de concretização das normas penais para um sistema de controle social de condutas, a fim de que, na convivência social, sejam atingidos os fins da ordem jurídica, sem a necessidade da sanção.

A função de prevenção geral da pena já não se satisfaz somente com a intimidação abstrata dos cidadãos; busca também a conservação e o reforço da confiança geral na solidez e na efetividade do ordenamento jurídico como um todo.

A sanção, porém, é o começo, para nascer da punição um exemplo de confiança da sociedade no ordenamento jurídico.

Como salienta o jurista mineiro Antonio Álvares da Silva, ao destacar como fundamental a competência penal trabalhista para a realização dessa prevenção geral positiva,

A prevenção começa com a certeza da aplicação das normas. Se o cidadão sabe que será punido, respeita as leis. Se a empresa sabe que a pena virá, com certeza, se as leis trabalhistas forem desrespeitadas, fará um negócio diferente do que hoje faz. Em vez de ganhar dinheiro com a protelação, ganha-lo-á com o pagamento imediato, isento de multas e com outras vantagens que podem ser acrescidas à conduta positiva: certidão negativa, vantagens no rebaixamento de alíquotas, preferência em obras públicas, desde que em seu registro não conste reclamação trabalhista, etc. Seria revertido o eixo dos interesses que governa o mundo capitalista. Em vez de lucrar com o mal, as empresas lucrarão com o bem.³

Diante da ausência de definições precisas do que seja o Direito Penal do Trabalho, o Juiz Guilherme Guimarães Feliciano, titular da 1ª Vara do Trabalho de

³SILVA, Antonio Álvares da. **Competência penal trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006. p. 20-21.

Taubaté/SP, Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, assim o definiu, em sentido objetivo: “O Direito Penal do Trabalho é o segmento do Direito Penal especial predisposto à tutela jurídica fragmentária (*ultima ratio*) da dignidade humana da pessoa trabalhadora e da organização geral do trabalho”.⁴

Considerando-se que os direitos sociais dos trabalhadores estão incluídos nas garantias constitucionais fundamentais da pessoa humana (Título II, Capítulo II, art. 7º da Constituição Federal), o reconhecimento de um Direito Penal do Trabalho gera a possibilidade constitucional de criminalização de ilícitos trabalhistas e afins, estando fundamentada, pois, a tutela penal-laboral no valor social do trabalho (art.1º, IV da CF), esclareceu o referido magistrado.

Colocando os objetivos de um “refundado” Direito Penal do Trabalho na demarcação de limites mínimos de indenidade do valor-trabalho e de suas concreções, e no impedimento de justiça privada e/ou de alternativas antissociais, e na esteira do entendimento do magistrado trabalhista mineiro, o paulista afirma:

Daí exsurge, de resto, o **papel contemporâneo** do Direito Penal do Trabalho, no marco do capitalismo pós-industrial: **estabelecer padrões mínimos de civilidade (*ultima ratio*) nas relações entre o capital e o trabalho**, assegurando, por um lado, a regular fruição dos direitos sociais fundamentais, e, por outro, o regular exercício da iniciativa privada. Não se olvidam, aqui, os seus nichos sociológicos derivados, como o da regulamentação profissional, o da dimensão tributário-previdenciária, o das lides intra-sindicais, etc.; mas, em tais espaços, o seu papel é secundário. Naqueles primeiros lindes, porém, uma intervenção penal de trato efetivo chega a ser inadiável, na medida em que, do ponto de vista criminológico, não se pode negar, na empresa capitalista, a existência de condições internas **favoráveis** à gênese de ilícitos penais.⁵

E termina suas “Primeiras Aproximações” afirmando: “... no marco dos direitos sociais, trata-se agora de **buscar a efetividade, sem perder de vista a normatividade**. Para isso, um **novo** Direito Penal do Trabalho.”⁶

Lembrando que a origem do Direito Penal do Trabalho foi o

⁴FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Refundando o direito penal do trabalho**: primeiras aproximações. Disponível na Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas/SP.

⁵Ibid.

⁶Ibid.

corporativismo italiano, numa época em que fazer greve era considerado ato criminoso, mas estando hoje inserido em um contexto sociopolítico diferente, esclarece o juiz do trabalho mineiro José Eduardo de Resende Chaves Jr. que “ele é fruto de um regime democrático e antifascista e pretende garantir os direitos coletivos do trabalhador, dentre eles o direito de greve, a saúde e a ecologia no local de trabalho, além de reprimir as condutas anti-sindicais”.⁷

Nos termos do art. 109, inciso VI da CF, a competência para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho é da Justiça Federal.

Todavia, com fundamento na Súmula 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que diz que “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho quando tenham por objeto a organização geral do trabalho, ou os direitos dos trabalhadores considerados coletivamente”, a qual vem sendo reafirmada por todas as instâncias judiciais, a jurisprudência pátria consolidada reconhece competência à Justiça Estadual nos casos de ofensa individualizada:

Embora se cuide de delito contra a organização do

trabalho, a competência é da Justiça Estadual, porque à Federal compete apenas o exame de crimes que ofendam o sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores (TJSP – in RJTJSP 89/441).

A competência da Justiça Federal circunscreve-se aos delitos que afetam os interesses gerais do trabalho, ou da coletividade de trabalhadores, excluindo-se os casos de ofensa a direito individual (TACrimPR – in RT 564/391).

Esse era o entendimento aceito pacificamente até o advento da EC n. 45/2004, a partir de quando alguns passaram a entender que a competência para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, e quaisquer outros decorrentes de relação do trabalho, que compõem o universo do Direito Penal do Trabalho, passou para a Justiça Trabalhista, como se verá, a seguir.

3 A competência criminal trabalhista

3.1 As opiniões favoráveis

Os adeptos da atribuição de competência penal à Justiça do Trabalho consideram que a jurisdição penal comum, por estar dema-

⁷CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. **Entrevista concedida à Assessoria de Comunicação Social do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais**. Disponível em: <

siadamente atarefada pelo encargo de aplicar todas as sanções do Código Penal e da legislação esparsa, não dá conta da enorme atribuição, relegando a segundo plano a área especial, tornando, com o desuso dos seus operadores, quase letra morta os tipos penais decorrentes da relação de trabalho.

Com isso, as condutas neles previstas acabam tendo repúdio social diminuído, ante a tolerância criminal estabelecida ao longo do tempo, pela falta de competência penal da Justiça especializada.

Afirmamos que, do ponto de vista da lógica e da adequação, nenhuma outra Justiça está melhor preparada para julgar os crimes inerentes às relações de trabalho, em razão do pleno domínio do tema que possuem os magistrados da área, o mesmo ocorrendo com os procuradores do trabalho, que proporem e atuam nas ações penais específicas.

A Justiça do Trabalho, assim, teria condições de responder com vantagem à demanda de ações relativas às infrações penais contra a organização do trabalho e contra as que surgirem na aplicação do

processo trabalhista, por ser essa relação o cotidiano do juiz do trabalho, e até mesmo pela maior capilaridade e interiorização da Trabalhista em relação à Justiça Federal, que atualmente detém competência material para a maior parte desses casos.

Seria dado um salto de qualidade contra a impunidade reinante atualmente, tornando concreta a sanção penal, com o resgate do respeito aos direitos sociais, provocando efeito altamente educativo junto aos jurisdicionados, o que levou Marcelo D'Ambrósio, Procurador do Trabalho de Santa Catarina, a afirmar:

“[...] do ponto de vista da lógica e da adequação, nenhuma outra Justiça está melhor preparada para julgar os crimes inerentes às relações de trabalho, em razão do pleno domínio do tema que possuem os magistrados da área, o mesmo ocorrendo com os procuradores do trabalho, que proporem e atuam nas ações penais específicas.”

A competência da Justiça do Trabalho em

materia criminal resgata a dignidade da jurisdição trabalhista e consolida o respeito aos direitos sociais conquistados e à atuação do órgão defensor da sociedade por excelência, o Ministério Público do Trabalho.⁸

Argumentam também com o reconhecimento de competência criminal em relação a outros ramos especializados da justiça, não se

⁸D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. **Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141>>. Acesso em: 25.06.2008.

justificando a exceção relativamente à trabalhista, como salientado pelo Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, então Vice-Presidente da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, em palestra proferida no dia 25.09.2002, no Distrito Federal:

Não se constitui em nenhuma novidade o fato das justiças especializadas estarem incumbidas da competência criminal relativa aos fatos ocorridos no âmbito de sua atuação principal. Assim o é com a Justiça Eleitoral e também com a Justiça Militar da União. A competência especial tem servido até mesmo para atrair o julgamento de crimes conexos. A exceção, na verdade, é a Justiça do Trabalho.⁹

A celeridade característica e a sua contribuição para a redução da violência no país, como, por exemplo, quando obtém a pacificação social em conflitos coletivos, quando liberta pessoas reduzidas à condição análoga à de escravos, ou quando impede ou faz cessar o trabalho de crianças, igualmente fundamentam as opiniões favoráveis à atribuição de competência

criminal à Justiça do Trabalho, embora reconheçam que tais situações, paradoxalmente, configurem o maior receio dos setores reacionários e conservadores, contrários à ideia.

Em entrevista concedida à Assessoria de Comunicação Social do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais, o magistrado Antonio Álvares da Silva assim respondeu à pergunta pertinente:

O que há é uma prevenção generalizada contra a Justiça do Trabalho, pois temos a “cultura da rapidez”. Julgamos rápido. Temos uma visão diferente do processo. Buscamos resultados e não filigranas processuais. Todas as reformas processuais que se tentou fazer no CPC provieram do processo do trabalho. Daí o medo da competência penal e da aplicação de multas pela jurisdição do trabalho.¹⁰

Entrevistado pelo Setor de Imprensa do TRT da 15ª Região (Campinas/SP), o juiz Guilherme Guimarães Feliciano também se pronunciou, respondendo à pergunta sobre a contribuição da Justiça do Trabalho para reduzir a violência no país:

⁹COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Competência da Justiça do Trabalho para julgar os crimes contra a organização do trabalho**. Palestra proferida no dia 25.09.2002, em Brasília-DF. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br/trabalho_forcado/brasil/documentos/palestra_drgrijalbo_oit.pdf> Acesso em 25.06.2008.

¹⁰SILVA, Antonio Álvares da. **Entrevista concedida à Assessoria de Comunicação Social do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – MG**. Disponível em: <

Quando se promove, por ofício ou requisição, a investigação criminal de tantos quantos sonegam direitos trabalhistas mediante fraude ou violência (artigo 203 do Código Penal), combate-se a impunidade. Nós a promovemos. Só não fazemos mais pela paz social e pela segurança pública deste país porque, infelizmente, o legislador brasileiro parece desconfiar de nossas aptidões neste setor. Ou talvez porque confie demais.¹¹

E, em artigo publicado, manifestando-se sobre a conveniência da atribuição de competência criminal à Justiça do Trabalho, concluiu o referido magistrado:

Esse novo estado de coisas incrementará a força institucional da Justiça do Trabalho; tanto maior, portanto, será o temor simbólico imanente às suas deliberações. E a maior efetividade das deliberações do Judiciário Trabalhista, por seu turno, reverterá em benefícios de monta para os jurisdicionados e para a sociedade como um todo (paz social e segurança jurídica).¹²

3.2 As opiniões contrárias

Os que são contra a atribuição de competência penal à Justiça Trabalhista alegam, basicamente, que o art. 109, inciso VI da Constituição Federal atribui expressamente à Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, sem qualquer outorga manifesta à Justiça do Trabalho na atual redação do art. 114, dada pela EC n. 45/2004.

A p o n t a m também o despreparo da Justiça do Trabalho e a falta de conhecimento penal dos seus juízes para recepcionar a atribuição.

S a l i e n t a m ainda que o princípio da informalidade processual, tradição na justiça especializada, seria incompatível com as controvérsias que envolvem a liberdade individual.

Esses argumentos, repetidos em trabalhos jurídicos e em julgados de tribunais, estão contidos na ADIn n. 3.684, em trâmite no STF, na qual o Procurador-Geral da República ressalta ainda que a interpretação favorável à fixação de competência criminal para a Justiça

“[...] o art. 109, inciso VI da Constituição Federal atribui expressamente à Justiça Federal a competência para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, sem qualquer outorga manifesta à Justiça do Trabalho na atual redação do art. 114, dada pela EC n. 45/2004.”

¹¹FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Entrevista concedida ao Setor de Imprensa do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região** – Campinas/SP. Disponível em: <<http://www.amatra23.org.br/artigos/artigo.asp?cod=23>>

¹²Ibid.

do Trabalho violaria o princípio do juiz natural para o julgamento de lide penal, qual seja, o federal ou o estadual, conforme o caso.

Eis os principais itens da petição inicial da referida ação, extraídos do *site* do STF:

30. Não se afigura possível tentar captar nas entrelinhas do preceito normativo um significado que se distancia totalmente do sentido possível do texto. A essa conclusão facilmente se chega mediante o exame do art. 109, incisos IV e VI, CF, que atribui à Justiça Federal competência para processar e julgar crimes em detrimento de bens, serviços e interesses da União, suas empresas públicas e autarquias, bem como crimes contra a organização do trabalho. Noutras palavras, **não é razoável depreender-se uma competência de forma implícita, quando a própria Constituição, de forma explícita, já estabelece qual é o órgão do Judiciário que detém jurisdição em matéria penal.**

V - DA MEDIDA CAUTELAR

32. A existência de interpretação que atribui competência criminal na Justiça do Trabalho a partir das alterações proces-

sadas pela Emenda nº 45/2004 põe em risco a prevalência do princípio constitucional do **juiz natural**, e, também, do **promotor natural**, gerando profunda insegurança aos jurisdicionados que poderão ficar a mercê de medidas processuais adotadas por quem não possui atribuição criminal (Ministério Público do Trabalho) perante órgãos que não exercem jurisdição em matéria penal (Justiça do Trabalho).

33. Ademais, a tramitação abreviada do processo legislativo reformador aprofunda o quadro de inconstitucionalidade a exigir a atuação corretiva desse Supremo Tribunal Federal.

34. A conveniência do deferimento da medida, em caráter liminar, também é demonstrada pelos transtornos que a adoção da interpretação ampliativa acarreta, seja pelo despreparo das estruturas judiciárias e ministeriais trabalhistas para acolher tamanha demanda; seja pela divergência de entendimento firmado no seio do próprio Judiciário, a acarretar sérios prejuízos ao princípio da igualdade e segurança.

35. Finalmente, a possibilidade de tramitação de inqueritos e

ações penais na esfera jurisdicional trabalhista - manifestamente incompetente - agrava o risco de ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em relação a delitos graves, como, por exemplo, aqueles relacionados com a prática de "trabalho escravo". Até que seja declarada a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, os lapsos prescricionais previstos na lei penal codificada estarão fluindo normal e inexoravelmente.

Portanto, pede-se que, de forma liminar, dada a excepcionalidade da urgência (art. 10, § 3.º, Lei n. 9868/1999), e com efeito *ex tunc*, seja deferida medida cautelar, *inaudita altera parte*, para suspender a eficácia do art 114, I, da CF com a redação dada pela EC n. 45/2004, por flagrante inconstitucionalidade formal ou, em caso de assim não entender possível, seja dada **interpretação conforme a Constituição**, da mesma forma e com o mesmo efeito, **de modo a afastar qualquer entendimento que reconheça a competência criminal da Justiça do Trabalho.**

O mesmo pedido de interpretação conforme e com mesmo teor se faz em relação aos novéis incisos IV e IX do mesmo artigo 114.

VI - PEDIDO PRINCIPAL

Requer, após concedida a medida liminar, sejam solicitadas informações ao Congresso

Nacional (art. 6º, Lei n.9.868/1999), bem como citado o Advogado Geral da União para os fins previstos no § 3º do art. 103 da Constituição e ouvida esta Procuradoria Geral da República (art. 103, § 1º CF), para **julgar ao final procedente a presente ação com vistas a:**

a) ser declarada a inconstitucionalidade formal do art. 114, I, da Constituição Federal com a redação que recebeu da EC n. 45/2004, ou

b) em caso de assim não entender possível, declarar-se a sua inconstitucionalidade sem redução de texto, conferindo interpretação conforme à Constituição que afaste da Justiça do Trabalho a competência criminal; e

c) seja dada a mesma interpretação conforme postulada na alínea anterior para os incisos IV e IX do mesmo artigo 114; em qualquer caso com eficácia *erga omnes, ex tunc* e efeito vinculante.

Foi deferida a liminar, com eficácia *ex tunc*, para dar interpretação conforme, decidindo o STF que

o disposto no art. 114, incs. I, IV e IX, da Constituição da República, acrescidos pela Emenda Constitucional n. 45, não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais.

4 As críticas à ADIn n. 3.684

As críticas ao pedido de

declaração de inconstitucionalidade formal do art. 114, I, da CF, pela ocorrência de nulidade na tramitação do processo legislativo que levou à aprovação da EC n. 45/2004, formulado no item “a” do pedido principal da Adin e excluído da liminar deferida, não serão apreciadas, pois fogem ao objetivo deste trabalho.

Serão apontadas e analisadas as críticas aos itens “b” e “c”, que pretendem o afastamento de interpretação que leve ao reconhecimento de competência criminal à Justiça do Trabalho, e que foram liminarmente deferidos.

À alegação de que o art. 109, VI, da CF atribui competência expressa e exclusiva à Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, os críticos da ADIn, embasados no inciso I do próprio art. 109, que exclui da competência dos juízes federais, nas situações lá previstas, o julgamento das causas sujeitas à Justiça do Trabalho, entendem que, em consequência, o art. 114, I, ao atribuir àquela competência para processar e julgar todas as ações oriundas da relação de trabalho, revogou o referido inciso VI do art. 109 constitucional.

Entendem também que, atribuindo a Constituição Federal, no inciso IV, do art. 114, competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar *habeas corpus*, ação de natureza penal, ainda que impetrado contra prisão civil, como

a do depositário infiel, por exemplo, conforme entendimento do próprio STF, resta evidente que, pelo menos em um tipo de ação, a Justiça Trabalhista detém competência criminal, constitucional e expressamente outorgada.

E ainda, considerando que o art. 15 da Lei n. 7.783/1989, que regulamenta o exercício do direito de greve, estabelece que a responsabilidade pelos atos, ilícitos ou crimes cometidos no curso da greve será apurada segundo a legislação trabalhista, civil ou penal, conforme o caso, e que a CF, no art. 114, inciso II, outorga expressamente à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar as ações que envolvam o exercício do direito de greve, sem qualquer distinção entre aquelas previstas na lei ordinária mencionada, apontam nessa situação mais uma evidência, senão expressa, pelo menos implícita, da atribuição constitucional de competência criminal à Justiça Trabalhista.

Também criticando e rebatendo nesses mesmos termos os fundamentos da ação proposta pelo Procurador-Geral da República, afirmou o agora Desembargador Federal do Trabalho Antonio Álvares da Silva:

Portanto não se está tentando “captar nas entrelinhas do preceito normativo um significado que se distancia totalmente do sentido possível do texto”, como se afirmou na

ADIn. Pelo contrário, o que se faz é demonstrar em linhas plenas, e não em entrelinhas, o que o legislador constitucional disse e que não foi querido ler pelo Ministério Público Federal.¹³

Quanto à violação do princípio do juiz natural, segundo o qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, da CF), afirma o crítico que o raciocínio é equivocado, por partir do pressuposto de que a competência penal trabalhista foi negada, o que, todavia, só poderá ser constatado posteriormente, se vitoriosa a tese defendida na ADIn. Trata-se, portanto e por enquanto, apenas de uma hipótese jurídica, à qual outra se contrapõe, em sentido contrário e igualmente baseada no texto constitucional, não se podendo ainda dar a questão por encerrada.

Considerando que, ao utilizar a expressão generalizante, a intenção do legislador constitucional foi a de ampliar a competência trabalhista, para modernizar e tornar a Justiça do Trabalho apta a captar e compor de maneira eficiente, rápida e justa os conflitos sociais do nosso tempo, assevera o referido Desembargador Federal:

Se cabe agora à Justiça do Trabalho, por soberana vontade do legislador consti-

tucional, “processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho” e se a norma trabalhista, que gera a relação de trabalho, envolve questões patrimoniais, administrativas e penais, está claro que a Justiça do Trabalho passou a ter competência para aplicar as sanções administrativas e penais provenientes da norma, além da patrimonial que já possuía antes.¹⁴

E arremata a crítica:

Deve-se, pois, louvar e admirar a atitude pioneira de alguns juízes e procuradores do trabalho que, adiantando-se ao tempo, já reconheceram esta competência e a estão aplicando em suas jurisdições.

Acoimá-la de inconstitucional é regredir no tempo e fechar os olhos à *Ordnungsgaube des Rechts* (função ordenadora do Direito), segundo a lição de **Baumann**.

Tempora mutantur e nos illis. Os tempos mudam e nós temos que mudar com eles. Porém, no Brasil, ficamos à retaguarda dos tempos que mudam sem que nós os acompanhemos.¹⁵

A Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, igualmente posicionou-se sobre o assunto, ao ingressar na ADIn n. 3.684, na qualidade de *amicus curiae*.

Reconhecendo a competên-

¹³SILVA, Antonio Álvares da. **Competência penal trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006. p. 60.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

cia da Justiça Federal prevista no art. 109, VI, da CF, para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, mas apenas quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou os direitos dos trabalhadores considerados coletivamente, nos termos da Súmula 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos, a qual vem sendo reafirmada tanto pelo Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, afirma que a discussão posta na ADIn diz respeito à competência residual relativa aos crimes inerentes à relação de trabalho, atribuída à Justiça dos Estados anteriormente à EC n. 45/2004, em decorrência da súmula referida, mas agora transferida para a Justiça do Trabalho pela emenda constitucional.

E reforça a crítica à alegada violação ao princípio do juiz natural, afirmando em tópicos da petição dirigida ao Ministro relator da ADIn:

72. Como já esclareceu a ANPT, inexistente regra expressa da Constituição Federal tratando da competência residual para julgar os crimes inerentes às relações de trabalho.

73. Daí porque a petição inicial procura afastar a competência da Justiça do Trabalho com base em inconstitucionalida-

des genéricas e insustentáveis, tais como as assentadas na violação aos princípios do devido processo legal e o do juiz natural.

74. Ora, é manifestamente indefensável a tese de que, ao delegar à Justiça do Trabalho a competência criminal residual que diga respeito às relações de trabalho, o constituinte derivado violou o devido processo legal e o juiz natural.

75. Afinal, o juízo natural está sendo previamente definido na Constituição Federal e estará sujeito às mesmas regras e deveres que vinculam os juízes federais e os juízes de direito da Justiça Estadual.

76. Logo, a argumentação desenvolvida na inicial só pode ser fruto de um preconceito contra a magistratura trabalhista, como se ela ainda estivesse composta por juízes leigos (classistas), o que de resto também não afastaria a possibilidade de a Constituição Federal atribuir a ela competência criminal, como estabelece para o Júri Popular, com a participação mista de juiz togado e do cidadão.¹⁶

O despreparo da Justiça do Trabalho para recepcionar a atribuição, alegado na ADIn, bem como a falta de conhecimento penal de seus juízes, apontada por juristas

¹⁶ ANPT - Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. **Petição dirigida ao Ministro Relator da Adin 3684, requerendo a sua intervenção no feito, na qualidade de *amicus curiae*.** Disponível em: <http://conjur.estado.com.br/static/text/43803.1>. Acesso em: 25.06.2008.

contrários à competência criminal trabalhista, também mereceram críticas, como as do Procurador do Trabalho Marcelo D'Ambroso, para quem

[...] a Justiça do Trabalho não estava preparada para nenhuma das novas atribuições previstas no art. 114 – adaptações terão de ser feitas inevitavelmente, inexistindo motivo para que se não sejam procedidas quanto ao âmbito penal.

Por outro lado, a alegada falta de conhecimento penal dos Juízes do Trabalho, por sua vez, não pode servir de desculpa para retirar a competência criminal trabalhista, já que, habilitados por rígido concurso de provas e títulos, em que demonstram o seu conhecimento, tal qual os juízes federais e os juízes de direito, incluindo Direito Penal, que integra o programa do certame, será suficiente uma reciclagem dos Magistrados trabalhistas (e, porque não, também dos Procuradores do Trabalho), para que isto se resolva fácil e rapidamente. Há um sofisma nesta alegação porque traz, em seu bojo, uma injustificada *capitis deminutio* e discriminação do operador de direito trabalhista: se um bacharel em

direito pode prestar concurso e demonstrar sua capacidade para se tornar detentor de atribuição penal, seja como juiz de direito, juiz federal, militar, etc., no entanto, um juiz do trabalho, que já demonstrou sua capacidade em concurso público, não teria condições de se preparar para a jurisdição criminal? Convenhamos [...] ¹⁷

5 A competência penal trabalhista na lei

Como salientado anteriormente, apesar da inexistência de atribuição expressa, juristas e operadores do direito já viram manifestada a competência penal trabalhista na redação atual do art. 114 da CF, dada pela EC n. 45/2004.

Estará a atribuição prevista nos incisos I, II, IV e IX do referido dispositivo legal.

5.1 O inciso I do art. 114 da CF

Neste primeiro inciso a atribuição decorreria da expressão “as ações oriundas da relação de trabalho”, constantes do rol da competência da Justiça Trabalhista, sem excepcionar qualquer modalidade de ação.

Substituído o critério subjetivo pelo objetivo, a ação penal oriunda da relação de trabalho

¹⁷D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. **Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141>>. Acesso em: 25.06.2008.

passou para a competência da Justiça do Trabalho porque o novo critério se comunica com a natureza da infração, que é uma das formas de fixação da competência, prevista no art. 69, III, do Código de Processo Penal.

Mesmo afastado o entendimento manifestado por alguns, de que o art. 109, VI, da CF, que outorga competência à Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, estaria revogado em decorrência das disposições do inciso I daquele mesmo art. e do inciso I do art. 114, o entendimento jurisprudencial consolidado é o de que a competência daquela se restringe aos casos de organização geral do trabalho e de direitos dos trabalhadores considerados coletivamente, sendo da Justiça Estadual a competência criminal residual, conforme demonstrado no tópico anterior.

O fato da EC n. 45/2004 não atribuir expressamente a competência residual à Justiça do Trabalho não impede tal reconhecimento, pois antes da reforma a Constituição Federal também não atribuía à Justiça dos Estados, o que foi definido pela jurisprudência.

E a competência residual das Justiças Estaduais foi transferida para a Justiça do Trabalho, em decorrência da redação do inciso I

do art. 114 da CF, já que mantida a da Justiça Federal apenas nas situações previstas na Súmula 115 do extinto TFR, ainda em vigor.

5.2 O inciso II do art. 114 da CF

A Lei n. 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, diz em seu art. 15 que a responsabilidade pelos atos, ilícitos ou crimes cometidos no curso da greve será apurada segundo a legislação trabalhista, civil ou penal, conforme o caso.

E o inciso II do art. 114 da CF atribuiu competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações que envolvam o exercício do direito de greve.

Assim, no caso de prática de alguma ilicitude naquela situação, poderão ser propostas ações de natureza trabalhista, civil ou penal, a serem apreciadas pela Justiça do Trabalho, em decorrência do mandamento constitucional, que não distinguiu entre as três situações previstas no art. 15 da lei específica, estando também e portanto competente a Justiça Laboral para as ações penais decorrentes de greve.

5.3 O inciso IV do art. 114 da CF

Ao conferir no inciso IV do art. 114 atribuição para julgar *habeas corpus*, pelo menos nesse caso a Constituição Federal outorgou expressamente competência penal

à Justiça do Trabalho, pois o referido instituto tem natureza jurídica penal, ainda que impetrado contra prisão civil, conforme o entendimento do STF:

Sendo o **habeas corpus**, desenganadamente, uma ação de natureza penal, a competência para seu processamento e julgamento será sempre de juízo criminal, ainda que a questão material subjacente seja de natureza civil, como no caso de infidelidade de depositário, em execução de sentença. Não possuindo a Justiça do Trabalho, onde se verificou o incidente, competência criminal, impõe-se reconhecer a competência do Tribunal Regional Federal para o feito. (STF-CC6979-1-DF-Ac. TP, 15.08.91, relator Min. Ilmar Galvão).

O julgamento transcrito ocorreu anteriormente à EC n. 45/2004, daí porque o reconhecimento de competência ao TRF.

Após o advento da reforma, que outorgou expressamente a competência para julgar *habeas corpus* à Justiça do Trabalho, é dela a competência criminal para essa situação específica.

5.4. O inciso IX do art. 114 da CF

Ao dizer que compete à Justiça do Trabalho processar e

julgar “outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, **na forma da lei**” (grifo nosso), o inciso IX do art. 114 da CF permite que a norma ordinária processual confira competência penal àquela.

Assim, a regra que determina a competência jurisdicional pela natureza da infração, prevista no art. 69, III, do Código de Processo Penal, “constitui a norma de integração da competência penal da Justiça do Trabalho, em interpretação **conforme** a Constituição – **rectius**: conforme a Constituição integrada pela Emenda n. 45/2004”,¹⁸ assinalou o magistrado trabalhista José Eduardo de Resende Chaves Jr.

Afirma ainda o referido magistrado ser desnecessária a existência de atribuição manifesta de competência penal decorrente do critério objetivo assumido pela Emenda, como pretendido pelos opositores do entendimento.

Para embasar a afirmação, aponta como “ícone da inexistência do critério da atribuição específica a própria competência penal da Justiça Estadual, que não se encontra inserida de forma manifesta ou latente na Carta Constitucional”, ressaltando igualmente que “a competência penal da Justiça Eleitoral – que é também um ramo Especial como a Justiça do Trabalho

¹⁸CHAVES JR., José Eduardo de Resende. **A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://jus2.uol.com_Hlt275767748_Hlt275767748br/doutrina/texto.asp?id=7787>. Acesso em 25.06.2008.

– não se encontra atribuída especificamente na Constituição, senão no Código Eleitoral”.¹⁹

5.5 Conclusão sobre a previsão legal da competência penal trabalhista

De forma implícita ou expressa, como visto nos itens anteriores, a competência penal trabalhista está constitucionalmente prevista.

Interessante mostrar como o magistrado Resende Chaves concluiu o seu raciocínio: “Por qualquer lado, portanto, em que se analise a questão, é patente no ordenamento jurídico que há atribuição, manifesta ou latente, de competência penal à Justiça do Trabalho”.²⁰

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, até à esfera criminal, foi fruto de um processo lento, que culminou com a reforma do Judiciário, através da EC n. 45/2004, como bem lembrado em outros pontos da petição em que a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, ingressou na Adin 3.684, na qualidade de *amicus curiae*:

82. Assim, todas as matérias, aspectos e desdobramentos da relação de trabalho – salvo as

exceções contempladas na própria Constituição, como é o caso da competência especial da Justiça Federal para julgar os crimes contra a organização do trabalho – são de competência da Justiça do Trabalho, não havendo nenhuma razão que justifique a exclusão da competência criminal.

83. A ampliação da competência da Justiça do Trabalho decorre de um processo lento e precedente à própria EC 45/2004, envolvendo várias conquistas anteriores, como aconteceu em relação às ações de indenizações por danos materiais e morais relacionadas à relação ao emprego, consideradas pelo eg. STF como sendo de sua competência, ainda que sem regra expressa da Constituição, além, é claro, da extirpação dos Juízes leigos pela EC 24/1999.

84. A EC 45/2004 somente finalizou este processo, mostrando claramente a evolução de um paradigma subjetivo, em que a Justiça do Trabalho era vista como a Justiça do Trabalhador, para um paradigma objetivo, em que a Justiça do Trabalho é vista como um todo orgânico apto a julgar as relações de trabalho em seus diversos desdobramentos.²¹

¹⁹ CHAVES JR., José Eduardo de Resende. **A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7787> > Acesso em 25.06.2008.

²⁰ Ibid.

²¹ ANPT - Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. **Petição dirigida ao Ministro Relator da Adin 3684, requerendo a sua intervenção no feito, na qualidade de *amicus curiae***. Disponível

6. Os limites da competência criminal trabalhista

Admitida a competência penal da Justiça do Trabalho, resta definir os limites de sua atuação.

A atribuição genérica para processar e julgar as ações penais oriundas da relação de trabalho, nos termos do art. 114, I, da CF, é muito vaga, dando ensejo a entendimentos jurisprudenciais diversos e até mesmo contraditórios.

A competência para julgamento apenas dos crimes contra a organização do trabalho, previstos nos arts. 197 a 207 do Código Penal, pivô das manifestações favoráveis e contrárias à atribuição penal trabalhista, por sua vez, limita muito e sem qualquer sentido a abrangência das novas funções.

Conforme salientado anteriormente, inúmeras situações violadoras de normas trabalhistas são também penalmente sancionadas, o que as levaria, por questão lógica, ao universo da atribuição criminal da Justiça do Trabalho, o mesmo acontecendo com as condutas criminalmente tipificadas relacionadas com os movimentos

grevistas e sindicais, e ainda com aquelas praticadas contra a administração da Justiça do Trabalho.

Mas como isso não significa, necessariamente, que todo delito oriundo da relação de trabalho deva ser da competência da Justiça Laboral, são necessários critérios para a sua delimitação.

Segundo o entendimento perfeitamente aceitável do magistrado Resende Chaves, a competência

penal da Justiça do Trabalho não deve se configurar como competência penal comum, mas de forma restritiva, como tutela jurídica processual de caráter especial, ou seja, penal-trabalhista, limitada aos casos em que a relação de trabalho constitua elementar do fato típico, e não mera circunstância do crime.”

penal da Justiça do Trabalho não deve se configurar como competência penal comum, mas de forma restritiva, como tutela jurídica processual de caráter especial, ou seja, penal-trabalhista, limitada aos casos em que a relação de

trabalho constitua elementar do fato típico, e não mera circunstância do crime.

Assim, “O requisito da integração da elementar do tipo penal coincide, dessa maneira, com o critério de atribuição de competência penal pela **natureza da infração**, nos termos do inciso III do art. 69 do Código de Processo Penal”²², de acordo com o referido jurista.

em: http://conjur.estado.com.br/static/text/43803_1. Acesso em: 25.06.2008.

²²CHAVES JR., José Eduardo de Resende. **A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7787>.> Acesso em 25.06.2008.

Por esse entendimento, o crime de homicídio praticado em razão de desentendimento quanto à execução dos meios de trabalho, não se deslocará para a competência trabalhista porque o tipo penal se aperfeiçoa independente da noção de relação jurídica de trabalho, a qual poderá apenas caracterizar circunstância de aumento de pena.

Já o crime de assédio sexual será da competência da Justiça do Trabalho, porque a subordinação decorrente da relação de emprego é elemento específico do tipo.

Nesse sentido, segundo o autor, “se delinea a distinção entre crime comum, circunstancialmente decorrente da relação de trabalho, e delito penal-trabalhista”.²³

Porém, esclarece que, nos crimes em que a relação de trabalho não compuser a elementar da figura típica, mas for conexa, acessória ou circunstancial ao elemento específico do tipo penal, como, por exemplo, no caso do crime contra a ordem previdenciária previsto no art. 337-A do Código Penal, a lei ordinária poderá trasladar a competência para a Justiça do Trabalho, com fundamento no inciso IX do art. 114 da CF, ante a inexistência na Carta Magna de critério específico de atribuição penal.

A propósito, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.684/2007, de autoria do Deputado Federal Valtenir Pereira, dispondo sobre a competência penal da Justiça do Trabalho para processar e julgar:

- os crimes oriundos e decorrentes da relação de trabalho, do exercício do direito de greve e das relações sindicais, na forma do art. 114, I, II, III e IX, da Constituição da República;

- os crimes praticados contra a administração pública, quando atingirem o valor social do trabalho;

- os crimes contra a administração da justiça, quando a ofensa atingir a instituição da Justiça do Trabalho ou do Ministério Público do Trabalho, no curso de processo ou investigação trabalhista;

- e os crimes contra a organização do trabalho, tipificados nos arts. 197 a 207 do Código Penal brasileiro, quando sua prática não atingir diretamente a administração do sistema federal de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e os deveres dos trabalhadores, caso em que a atribuição permanece da alçada da Justiça Federal (art. 109, VI da CF).

²³CHAVES JR., José Eduardo de Resende. **A Emenda Constitucional n. 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho**. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7787>.> Acesso em 25.06.2008.

Como se verifica, o projeto é omissivo quanto às infrações penais ligadas por conexão, acessoriedade ou circunstancialidade ao elemento específico dos crimes nele mencionados, merecendo emenda nesse sentido, para se adequar ao entendimento retro exposto.

Prevê o projeto que a titularidade da ação penal será do Ministério Público do Trabalho, e que os crimes serão processados perante a Justiça do Trabalho de acordo com o rito próprio previsto no Código de Processo Penal, na Lei n. 9.099/1995, ou na legislação processual penal esparsa, conforme o caso.

7 Conclusão

A Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu, efetivamente, competência criminal à Justiça do Trabalho.

Expressamente, na situação referente ao *habeas corpus*, prevista no inciso IV, e implicitamente, na redação dos demais incisos do art. 114 da CF, analisados nos tópicos anteriores.

É o entendimento predominante e o mais sensato, diante dos argumentos desfiados ao longo deste trabalho, esperando-se seja acolhido pelo STF, no julgamento de mérito da ADIn 3684.

Será o provimento de uma necessidade ansiosamente aguardada pelos que se preocupam com os verdadeiros objetivos da Justiça do Trabalho, em benefício da sociedade.

Em reforço aos argumentos já expendidos, some-se a manifestação do Deputado Federal Valtenir Pereira, exposta na justificativa do seu Projeto de Lei n. 2.684/2007, que dispõe sobre a competência penal da Justiça do Trabalho:

A Justiça do Trabalho, sobretudo após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi chamada a prestar, de modo integral, a tutela jurisdicional no que concerne às relações de trabalho, de

“A Justiça do Trabalho, sobretudo após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi chamada a prestar, de modo integral, a tutela jurisdicional no que concerne às relações de trabalho, de modo que a atribuição de competência penal, com base no artigo 114, I, II, III e IX, da CF, se faz necessária para que o direito material do trabalho se torne efetivo em face dos que dele fazem mau uso [...]”

modo que a atribuição de competência penal, com base no artigo 114, I, II, III e IX, da CF, se faz necessária para que o direito material do trabalho se torne efetivo em face dos que dele fazem mau uso, sejam empregadores ou trabalhadores, e aja em efetivo benefício dos que se vêem prejudicados pela concorrência predatória daqueles que, em razão da impunidade, se locupletam com a prática reiterada de ilícitos penais-trabalhistas, um

ilegítimo diferencial competitivo.

Por outras palavras, a competência penal da Justiça do Trabalho significa, nada mais nada menos, que um mecanismo de concreção dos direitos sociais previstos nos arts. 7º a 11 da Constituição da República, pois, como dito, a cisão da esfera de apuração da responsabilidade pelo mesmo fato entre dois ramos da Justiça e dois ramos do Ministério Público também burocratiza e encarece sobremaneira a administração da Justiça. (extraído do texto completo da justificativa, que se encontra no Anexo A que integra a obra *Competência da Justiça do Trabalho para o Julgamento de Lides de Natureza Jurídica Penal Trabalhista*, de Lorena de Mello Rezende Colnago, publicada pela Editora LTr de São Paulo, em junho de 2009).

Entendo que a atribuição inclusive já pode ser exercitada e que a primeira parte do inciso VI do art. 109 da CF, que dá competência à Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, encontra-se implicitamente revogada pelas disposições do art. 114, com a redação dada pela EC n. 45/2004.

Quando muito, concordo com a manutenção daquela competência apenas para os casos em que os direitos dos trabalhadores forem coletivamente considerados, nos termos da Súmula 115 do TFR,

ainda em vigor, até que se promova expressamente a revogação do referido dispositivo constitucional.

Os crimes da competência da Justiça Trabalhista seriam todos aqueles oriundos e decorrentes da relação de trabalho, quando esta se constituísse em elementar do fato típico, o que seria definido pela jurisprudência, sendo desnecessário, assim, aguardar-se a eventual aprovação do Projeto de Lei n. 2.684/2007.

A prévia e necessária estruturação das Varas e Tribunais Regionais do Trabalho, para o desempenho da nova competência, poderia, no meu entendimento, ser promovida por resolução do Tribunal Superior do Trabalho.

Todavia, considerando o aspecto prático da situação e suas consequências, como, por exemplo, a possibilidade concreta de prescrição dos crimes julgados pela Justiça do Trabalho e que venham a ter o procedimento anulado por instâncias superiores, e apenas por esse motivo, entendo razoável e conveniente aguardar-se a aprovação do projeto de lei retro mencionado, para o exercício efetivo da competência penal trabalhista.

E a aprovação dessa lei ordinária não depende do julgamento da ADIn tramitando no STF, podendo ocorrer antes daquela decisão, como bem salientado na justificativa do autor do projeto:

Por fim, insta ressaltar que a decisão cautelar proferida na

ADIN n. 3.684-MC/DF, na qual o STF decidiu que o art. 114, I e IV, da CF não teria conferido competência penal genérica à Justiça do Trabalho, em nada macula o presente Projeto de Lei, pois, conforme se deflui da leitura dos votos dos Ministros do STF, restou resguardada a possibilidade de que a lei infraconstitucional, como a ora proposta, com base no art. 114, IX, da CF, viesse a instituir a competência penal da Justiça do Trabalho. (extraído do Anexo A mencionado acima).

A aprovação da lei, portanto, com as correções que se fizerem necessárias, seria suficiente para o exercício da competência penal trabalhista.

Mas, por precaução, e continuando no terreno das consequências práticas, mais conveniente ainda seria a aprovação de emenda constitucional específica, atribuindo competência penal à Justiça do Trabalho, já prevendo todos os seus limites, ou mesmo remetendo-os à lei ordinária, e revogando expressamente a primeira parte do inciso VI do art. 109 da Constituição Federal.

O problema investigado no decorrer deste trabalho, como visto, revela-se de extrema importância, jurídica e social, pois, se reconhecida a constitucionalidade da competência criminal da Justiça do Trabalho, verdadeira revolução ocorrerá no sistema processual

brasileiro, com repercussão até mesmo na celeridade da prestação jurisdicional penal relativamente aos crimes decorrentes da relação de trabalho, cuja resposta poderá ser mais rápida e eficaz, na dependência da estrutura a ser montada, falando assim mais de perto aos anseios da sociedade.

8 Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Direito penal do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ANPT - Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. **Petição dirigida ao Ministro Relator da Adin 3684, requerendo a sua intervenção no feito, na qualidade de *amicus curiae***. Disponível em: <http://conjur.estado.com.br/static/text/43803,1>. Acesso em: 25.06.2008.

CARVALHO, Maria Helena Campos de. **Vade Mecum para universitários e profissionais do direito**. Campinas: Mizuno, 2006.

CHAVES JR., José Eduardo de Resende. **A emenda constitucional n. 45/2004 e a competência penal da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7787>. Acesso em: 25.06.2008.

_____. **Entrevista concedida à assessoria de comunicação social do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região - Minas Gerais**. Disponível em: <http://or5.mg.trt.gov.br:8080/pls/noticias/no>

[noticias.Exibe Noticia?p_cod_noticia=356&p_cod_area_noticia=ACS](#)

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de lides de natureza jurídica penal trabalhista**. São Paulo: LTr, 2009.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Competência da Justiça do Trabalho para julgar os crimes contra a organização do trabalho. Palestra proferida no dia 25.09.2002, em Brasília-DF**. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br/trabalho_forcado/brasil/documentos/palestra_dr_grijalbo_o-it.pdf>. Acesso em: 25.06.2008.

D'AMBROSO, Marcelo José Ferlin. **Competência criminal da Justiça do Trabalho e legitimidade do Ministério Público do Trabalho em matéria penal: elementos para reflexão**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8141>. Acesso em: 25.06.2008.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código penal comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Entrevista concedida ao Setor de Imprensa do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas/SP**. Disponível

em <http://www.amatra23.org.br/artigos/artigo.asp?cod=23>.

_____. **Refundando o direito penal do trabalho: primeiras aproximações**. Disponível na Escola da Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas/SP.

_____. **Sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho para lides de natureza penal**. Disponível em: www.amatra.org.br/downloads/compet_jt_natureza_penal.pdf, Acesso em: 25.06.2008.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal: parte especial**. v.2. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal: parte especial**. v.3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVA, Antonio Álvares da. **Competência penal trabalhista**. São Paulo: LTr, 2006.

_____. **Entrevista concedida à Assessoria de Comunicação Social do TRT da 3ª Região**. Disponível em: http://or5.mg.trt.gov.br:8080/pls/noticias/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=356&p_cod_area_noticia=ACS

SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. **Justiça do Trabalho e sua competência penal**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6625>.



JURISPRUDÊNCIA

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXECUÇÃO *EX OFFICIO*. RENAJUD. INFOJUD. DETERMINAÇÃO AO REPRESENTANTE JUDICIAL DA UNIÃO PARA QUE INDIQUE QUAIS BENS PRETENDE LEVAR A HASTA PÚBLICA. OFENSA AOS DITAMES DO ART. 114, VIII, DA CF/1988. NÃO OCORRÊNCIA

A determinação judicial ao representante judicial da União, para que indique os bens que despertam interesse em eventual hasta pública para a garantia de execução das contribuições previdenciárias, não viola o quanto previsto no art. 114, VIII, da CF de 1988, tampouco os dizeres do parágrafo único do art. 876 da CLT e dos artigos 77 e 78 da Consolidação dos Provedimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, uma vez que a execução "de ofício" não é prerrogativa da União Federal, mas sim regra geral do trâmite executório trabalhista inserta no art. 878 da CLT, sendo

impositivo a observância, neste E. Regional, dos procedimentos estabelecidos na Consolidação das Normas da Corregedoria Regional da 15ª Região. Mandado de Segurança julgado improcedente, denegando-se a ordem. TRT/SP 15ª Região 614-17.2010.5.15.0000 - Ac. 2ª SDI 193/10-PDI2. Rel. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. DEJT 29 jul. 2010, p. 19.

02 - MANDADO DE SEGURANÇA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL DETERMINANDO À RECLAMADA O PAGAMENTO DAS PARCELAS DO SEGURO-MATERNIDADE. ILEGALIDADE E ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA

O deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em reclamação trabalhista, determinando à reclamada que pague à reclamante, dispensada por justa causa, as parcelas do seguro-maternidade, não é ilegal, tampou-

co abusivo, inexistindo dano irreparável tutelado pela via mandamental nas situações em que o Órgão Previdenciário negue a concessão do benefício e exista razoável controvérsia sobre a rescisão motivada do contrato de trabalho. Intelicção do quanto disposto no § 1º do art. 72 da Lei n. 8.213/1991, privilegiando-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, da CF de 1988. Mandado de Segurança julgado improcedente, denegando-se o *writ*. TRT/SP 15ª Região 226100-54.2009.5.15.0000 - Ac. 1ª SDI 470/10-PDI1. Rel. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. DEJT 12 ago. 2010, p. 7.

03 - MANDADO DE SEGURANÇA. MANUTENÇÃO DA SÚMULA N. 414, I DO C.TST APÓS A SUPERVENIÊNCIA DA LEI N. 12.016/2009

A nova Lei do Mandado de Segurança, que recebeu o n. 12.016/2009, trouxe a renovação dos dispositivos da antiga Lei n. 1.533/1951, positivando, na maior parte das vezes, o que a jurisprudência já havia sedimentado em suas Cortes superiores. A redação do art. 5º, II não é propriamente uma novidade, mas apenas a inserção de algo que há muito já era aplicado na processualística civil e trabalhista. Reza o citado dispositivo: "Não se concederá mandado de segurança quando se tratar: (...) II) de decisão judicial da qual caiba recurso com efeito

suspensivo". Ora, essa regra longe está de autorizar a interpretação de ser cabível o mandado de segurança no Processo do Trabalho nos casos de antecipação de tutela concedida na sentença, já que na Justiça do Trabalho os recursos não seriam dotados de efeito suspensivo. O equívoco desse entendimento reside no fato de que, em tese, toda decisão é passível de efeito suspensivo (ainda que excepcionalmente) desde que provado no plano fático sua imperiosidade. Ou seja, não é porque os recursos na Justiça do Trabalho, como regra geral, são recebidos em seu efeito meramente devolutivo que eles não podem ter efeito suspensivo. Essa a interpretação da leitura do art. 5º, II da Lei n. 12.016/2009 que deve prevalecer, sob pena de se subverter a natureza excepcional do mandado de segurança, para torná-lo uma via ordinária para discussão de questões que poderiam ser discutidas por meio de outros remédios processuais, mais adequados à tutela pretendida. Segue válida a Súmula n. 414, I do C.TST. Não provimento do agravo regimental. TRT/SP 15ª Região 231600-04.2009.5.15.0000 - Ac. 1ª SDI 284/2010-PDI1. Rel. Mariane Khayat. DEJT 29 abr. 2010, p. 497.

04 - MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO COMPARECIMENTO DA EXECUTADA EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO Não constitui resistência injustificada a ordem judicial a ausência da parte a audiência designada para

tentativa de conciliação em execução, uma vez que a conciliação depende exclusivamente da vontade das partes, esfera na qual o Estado não pode interferir, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Segurança concedida para desobrigar a executada do pagamento da multa do art. 601 do CPC. TRT/SP 15ª Região 5700-03.2009.5.15.0000 - Ac. 1ª SDI 168/10-PDI1. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 18 mar. 2010, p. 536.

05 - MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE 30% DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO SÓCIO DA RECLAMADA/EXECUTADA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO E DA IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ORDEM CONCEDIDA

A penhora sobre os proventos de aposentadoria dos sócios da executada, incluídos no rol de reclamados após a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, ainda que limitada a um percentual, ofende os princípios da proteção e da impenhorabilidade absoluta dos proventos de aposentadoria, previstos no inciso X do art. 7º da CF de 1988 e inciso IV do art. 649 do CPC, sendo ato ilegal e ofensivo a direito líquido e certo do impetrante. Inteligência da

Orientação Jurisprudencial n. 153 da SDI-2 do C. TST. Mandado de segurança julgado procedente, concedendo-se a ordem para anular a penhora e determinar a devolução dos valores constrictos sob tal título ao impetrante. TRT/SP 15ª Região 130610-05.2009.5.15.0000 - Ac. 1ª SDI 464/10-PDI1. Rel. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. DEJT 12 ago. 2010, p. 5.

06 - MANDADO DE SEGURANÇA. SISTEMA BACEN-JUD. FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. LIBERAÇÃO DE VALORES BLOQUEADOS AOS EXEQUENTES, EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE

Determinação exarada na execução em face da Fazenda Pública Estadual, a sobrestar a liberação dos valores bloqueados pelo Sistema BACEN-JUD ao trânsito em julgado do recurso interposto pelo Ente Público, não fere direito líquido e certo dos exequentes à imediata satisfação de seus créditos. Intelecção dos artigos 899 da CLT e 2º-B da Lei n. 9.494/1997, associados ao dever geral de cautela do Magistrado *a quo*. Mandado de Segurança julgado improcedente, denegando-se o *writ*. TRT/SP 15ª Região 148200-92.2009.5.15.0000 - Ac. 1ª SDI 466/10-PDI1. Rel. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. DEJT 12 ago. 2010, p. 6.

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

07 - AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO JUDICIALMENTE HOMOLOGADO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO

A inexistência de vício de consentimento a macular o ato jurídico transacional, afasta a hipótese rescisória contida no art. 485, VIII, CPC. A inocência ou ingenuidade da parte que, ao concordar com o acordo posteriormente homologado, o faz sem ao menos conhecer os seus termos, não é causa suficiente para ensejar a ação de corte, cujos argumentos necessários não que ser fortes e amparados em inequívocas provas, dada a sobrepujança da coisa julgada. O posterior arrependimento frente aos resultados da avença não é meio eficaz para justificar a rescisão do julgado. TRT/SP 15ª Região 97800-74.2009.5.15.0000 - Ac. 3ª SDI 11/10-PDI3. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 17 jun. 2010, p. 2452.

08 - AÇÃO RESCISÓRIA. DECADÊNCIA. EMBARGOS DE

DECLARAÇÃO EXTEMPO-RÂNEOS

Negado processamento aos embargos de declaração opostos pelo então reclamante porque intempestivos, impossível considerar a data do trânsito em julgado que constou na certidão oferecida para efeitos de contagem do prazo decadencial da ação rescisória (item IV da Súmula n. 100 do TST). Isso é inarredável porque, de fato e de direito, os embargos de declaração ali ofertados consideram-se inexistentes. Assim, o prazo decadencial conta-se após o octídeo da sentença. Ultrapassados os dois anos, deve ser extinto o processo com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, do CPC. TRT/SP 15ª Região 61200-54.2009.5.15.0000 - Ac. 2ª SDI 110/10-PDI2. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 13 maio 2010, p. 602.

09 - AÇÃO RESCISÓRIA. INCOMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO

Na forma do art. 114, I, da CF, a Justiça do Trabalho não é competente para julgar ações que envolvam pessoa de direito público e servidor submetido a regime estatutário. No caso, desde a admissão, o réu vinculou-se ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Votorantim - SAAE - sob o jugo de normas específicas de índole administrativa, o que exclui a competência da Justiça do Trabalho, daí cabendo o corte rescisório. Ação procedente. TRT/SP 15ª Região 179200-13.2009.5.15.0000 - Ac. 3ª SDI 24/10-PDI3. Rel. Desig. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DEJT 1º jul. 2010, p. 3.

10 - AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LEI. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ERRO DE FATO E DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZADOS.

O acórdão rescindendo, ao manter a improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais decorrentes de doença profissional, não se pronunciou sobre os dispositivos constitucionais e legais tidos por violados, tendo incidência o óbice previsto na Súmula n. 298/TST. Por sua vez, não restou configurado o erro de fato, que não se confunde com erro de julgamento, sendo que o autor, nitidamente, pretende nova interpretação da prova dos autos da reclamação trabalhista, o que é inviável (Súmula n. 410/TST). Por fim, o documento apresentado pelo autor não pode ser considerado novo para efeitos do inciso VII do art. 485 do CPC e da Súmula n. 402/TST, já que é posterior ao acórdão rescindendo, não sendo, assim, cronologicamente velho. TRT/SP 15ª Região 123300-45.2009.5.15.0000 - Ac. 2ª SDI 111/10-PDI2. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 13 maio 2010, p. 603.

DIREITO MATERIAL

11 - ACIDENTE DE TRABALHO COM CULPA DO EMPREGADOR. DANOS MATERIAIS. EMPREGADO REABILITADO QUE CONTINUA LABORANDO NA MESMA EMPRESA. DEFERIMENTO DE PENSÃO MENSAL NA HIPÓTESE DE DEMISSÃO FUTURA. POSSIBILIDADE

Os danos materiais, segundo dicção do art. 402 do CC, compreendem o que a vítima efetivamente perdeu com o evento danoso e aquilo que razoavelmente deixou de ganhar. Já o art. 950 do mesmo Diploma disciplina o pagamento da pensão vitalícia como forma de reparar o ato ilícito que impeça o exercício de trabalho ou profissão, ou que reduza a capacidade laborativa da vítima. O parágrafo único deste dispositivo prevê a possibilidade da pensão, ou seja, da indenização por danos materiais correspondente aos lucros cessantes, ser calculada e paga de uma só vez. Considerando que o Reclamante, no caso, não foi dispensado e que

continua trabalhando, nas mesmas condições, observada, contudo, a reabilitação profissional e, portanto, sem perda salarial, e que a Reclamada foi condenada a pagar-lhe eventuais diferenças existentes entre a última remuneração e o valor do benefício previdenciário, durante o período de afastamento, tenho que os danos materiais deste período já foram reparados. Lado outro, tratando-se de redução permanente da capacidade laborativa, evidente é a possibilidade de dano material futuro, notadamente se a Reclamada exercer seu poder potestativo de dispensa, já que certamente a redução da capacidade laborativa impedirá o Reclamante de angariar novo emprego com o mesmo patamar salarial. A responsabilidade pela reparação deste prejuízo material é exclusivamente da Reclamada, dada a sua culpa, já que a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944 do CC). Frise-se, por oportuno, que o CPC prevê a liquidação de sentença

por artigos (art. 475-E), justamente quando houver a necessidade de alegar e provar fato novo. E que, no contexto, não há decisão condicional, já que o direito material (reparação do dano) foi devidamente reconhecido. Recurso do Reclamante a que se dá provimento, neste ponto, a fim de determinar o pagamento de pensão mensal correspondente ao salário integral do empregado, a qual será devida apenas no caso da Reclamada exercer seu poder potestativo de dispensa até que o Reclamante complete 70 anos, ante os limites do pedido". Inconformados com a r. sentença de primeiro grau, proferida pelo MM. Juiz Marcelo Bueno Pallone, e que resultou no decreto da procedência parcial dos pedidos, recorrem as partes às fls. 451/501 e 538/553, sendo que o Reclamante adesivamente. Preliminarmente, postula a Reclamada o reconhecimento da nulidade da sentença, eis que o MM. Juízo deixou de analisar questão fundamental para a solução da lide, apesar dos embargos de declaração regularmente interpostos. No mérito, requer a reforma quanto à condenação no pagamento de indenização por danos materiais, uma vez que o Reclamante continua trabalhando normalmente, bem como recebe auxílio previdenciário em razão do acidente, motivo pelo qual não experimenta qualquer perda de ordem material, sendo certo, ainda,

que não pleiteou o pagamento relativo aos 8% a título de indenização pelo FGTS a que faria jus pelo seu trabalho, o que implica violação ao disposto no art. 460 do CPC. Quanto à condenação relativa aos danos morais, argumenta que não restou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta patronal e o infortúnio, eis que a empresa em nada contribuiu para a ocorrência do dano, tendo o empregado agido com culpa exclusiva. Na eventualidade, requer a redução do valor arbitrado (R\$ 200.000,00), posto que excessivo. Acrescenta que o valor arbitrado para o pagamento dos honorários periciais (R\$ 2.000,00 para cada Perito) é também excessivo, pois muito superior ao previsto no provimento GP/CR n. 06/2005 desta E. Corte, merecendo a redução. Por fim, requer seja reformada a r. sentença no que tange à aplicação de multas nos percentuais de 1% e 20%, decorrentes, respectivamente, da interposição de embargos de declaração manifestamente protelatórios e por ter sido reputada litigante de má-fé; e quanto ao deferimento de honorários advocatícios, eis que ausentes os requisitos legais. Já o Reclamante requer a reforma no que pertine ao pagamento da indenização por danos materiais, na forma de pensionamento mensal, uma vez que o MM. Juízo de origem condicionou o adimplemento ao fato do empregado receber valor inferior à eventual

diferença existente entre seu salário e o quanto pago pelo órgão previdenciário, pois se receber benefício igual ou superior aos salários pagos, não haverá pagamento, o que contraria o disposto nos artigos 7º, XXVIII, da CF, 186, 927, 932 e 942 do CC. Comprovante de recolhimento do depósito recursal foi juntado à fl. 503, e das custas processuais à fl. 502. Contra-razões foram apresentadas às fls. 508/537, pelo Reclamante, e às fls. 555/568, pela Reclamada. É o relatório. TRT/SP 15ª Região 2600-55.2008.5.15.0071 - Ac. 10ª Câmara 21.228/10-PATR. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DEJT 15 abr. 2010, p. 850.

12 - ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE PATRONAL

Trabalhador tem garantida a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, cabendo ao empregador zelar pela segurança de seus empregados, conforme determinam os artigos 7º, XXII da CF/1988 e 157 da CLT. Embora a responsabilidade patronal dependa, em regra, da comprovação de dolo ou culpa para a ocorrência do evento danoso, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 927 do CC quando a lesão ocorre no exercício de atividade que por sua própria natureza enseja exposição a riscos. TRT/SP 15ª Região 120700-32.2007.5.15.0126 -

Ac. 1ª Câmara 23.785/10-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 29 abr. 2010, p.627.

13 - ACIDENTE DE TRABALHO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO EMPREGADOR. DEVER DE FISCALIZAR O AMBIENTE DE TRABALHO. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA

Nos termos do art. 389 do CC, na responsabilidade contratual, para obter reparação por perdas e danos, o contratante não precisa demonstrar a culpa do inadimplente, bastando a prova de descumprimento do contrato. Em outras palavras, recai sobre o devedor o ônus da prova da existência de alguma excludente do dever de indenizar. Portanto, nos acidentes de trabalho, cabe ao empregador provar que forneceu amplas e reais condições para o regular desenvolvimento do contrato, bem como, haver cumprido seu dever contratual de preservação da integridade física do trabalhador, fiscalizando o ambiente de trabalho, daí por que fica estabelecida a presunção relativa de culpa da empresa contestante. Por aplicação do art. 944 do CC, no entanto, atendendo às peculiaridades do caso, reduzem-se os valores indenizatórios. Recurso parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 45800-66.2006.5.15.0109 - Ac. 4ª Câmara

42.373/10-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 22 jul. 2010, p. 449.

14 - ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS POSTULADAS DIRETAMENTE PELA MÃE DA VITÍMA. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Deve ser considerada parte legítima para figurar no polo passivo da reclamatória mãe de ex-empregado que veio a óbito durante o desempenho de suas funções, mesmo que ela esteja a postular por indenizações por danos morais e materiais em nome próprio, diante da aplicação integrada entre os artigos 3º do CPC, e 1.829, II, agora do CC. Além disso, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar referida ação, pois o inciso VI do art. 114 da CF/1988 não faz qualquer tipo de discriminação quanto aos titulares do direito ali previsto. TRT/SP 15ª Região 181800-14.2006.5.15.0064 - Ac. 9ª Câmara 30.919/10-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 02 jun. 2010, p. 260.

15 - ACÚMULO DE FUNÇÕES. ABUSO DO PODER DIRETIVO. PLUS SALARIAL DEVIDO

Ora, à luz dos princípios insculpidos na CF de 1988 que valoriza o trabalho e a dignidade da pessoa

humana, o Poder Judiciário não pode deixar de restabelecer o equilíbrio entre as partes do contrato de trabalho, quando demonstrado, de forma efetiva, o exercício, pelo empregado, de função diversa para a qual fora contratado, beneficiando o empregador, que se aproveita dos préstimos do obreiro para acrescentar tarefas inerentes a determinado cargo. Assim sendo, referida situação revela a existência de abuso em relação ao poder diretivo do empregador, que implica em desequilíbrio na relação jurídica, olvidando-se do caráter comutativo e sinalagmático do contrato de trabalho. Nestas situações, impõe-se o reconhecimento de plus salarial ao trabalhador, por critérios de equidade, em prestígio à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho, disposições fixas consagradas nos incisos III e IV do art. 1º da CF de 1988. TRT/SP 15ª Região 138100-06.2009.5.15.0024 - Ac. 5ª Câmara 27.670/10-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 13 maio 2010, p. 762.

16 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO OU, SE HOUVER, SALÁRIO MÍNIMO DA CATEGORIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 192 DA CLT PELO STF SEM DECLARAÇÃO DE SUA NULIDADE. INCONSTITUCIO-

NALIDADE DA SÚMULA N. 228 DO TST. SÚMULA VINCULANTE N. 4 DOSTF

Diante do despacho proferido na Reclamação n. 6.266 pelo Min. Gilmar Mendes, concedendo a liminar pleiteada pela CNI, até que seja fixado por lei novo parâmetro, deve prevalecer a utilização do salário mínimo como base de cálculo do adicional de insalubridade, se não for definida base diferente por lei, convenção coletiva ou acordo coletivo. Recurso do reclamante ao qual se dá provimento para fixar como base do adicional de insalubridade o piso normativo da categoria. TRT/SP 15ª Região 56900-45.2009.5.15.0066 - Ac. 10ª Câmara 45.821/10-PATR. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 12 ago. 2010, p. 279.

17 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO REGIONAL

De acordo com a melhor integração dos artigos 192 da CLT, e 7º, IV e XXIII, da CF de 1988, estes integrados com as Súmulas Vinculantes n. 04 e 10, ambas do C. STF, a base de cálculo para o adicional de insalubridade deve ser o valor do salário mínimo regional. Enquanto as normas constitucionais vedam qualquer vinculação ao salário mínimo nacional, o próprio art. 192 da Consolidação é expresso ao dizer que o exercício de trabalho em condições insalubres deve assegurar ao trabalhador a percepção do

respectivo adicional sob diferentes percentuais com base no “salário mínimo da região”. Nessa lógica, todo e qualquer Estado Brasileiro que adotar valor diferenciado para seu salário mínimo deve o adicional de insalubridade tê-lo como base de cálculo, até por tratar-se de condição mais benéfica ao trabalhador exposto à ação de condições extremas à sua saúde. TRT/SP 15ª Região 189700-31.2008.5.15.0144 - Ac. 9ª Câmara 30.982/10-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 02 jun. 2010, p. 272.

18 - ADICIONAL DE SEXTA-PARTE PREVISTO NO ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO INDEVIDO. ART. 173, II, DA CARTA ESTADUAL

Não têm direito ao adicional de sexta-parte previsto no art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo os empregados das sociedades de economia mista, já que estas sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o disposto no art. 173, II, da própria Carta Estadual. TRT/SP 15ª Região 175800-26.2008.5.15.0129 - Ac. 5ª Câmara 34.810/10-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 1º jul. 2010, p. 174.

19 - AJUSTE COLETIVO. CRIAÇÃO DE FUNDO BENÉFICO

AO TRABALHADOR CUSTEADO
PELA EMPRESA. INAPLICABILIDADE DO PRECEDENTE
NORMATIVO N. 119 DO C. TST.
VALIDADE

A necessidade de representatividade coletiva eclodiu em um momento de grandes transformações na estrutura econômica da sociedade que ocorreu com o surgimento das máquinas. O aparecimento das grandes indústrias transmutou a estrita relação entre patrão e empregado, surgindo então uma relação bem mais ampla, entre o capital e o trabalho. O trabalhador já não poderia ser visto como um ser individual dentro dessa relação, mas sim, para que pudesse garantir as mínimas condições de dignidade no trabalho, passou a fazer parte de uma coletividade, surge então o ser social. Nesse sentido, o trabalhador passou a ser representado por organizações criadas para tanto, ou seja, os sindicatos. As empresas, por sua vez, visualizando a força que ganharam os trabalhadores quando se transformaram em um ser social, começaram a organizar-se surgindo assim, os sindicatos patronais. Portanto, os ajustes coletivos, em sua essência, começaram a regular as relações de trabalho e limitar a autonomia de vontade quando da formalização do contrato de trabalho, como forma de melhoria das condições laborais dos trabalhadores. Ocorre que, a necessidade de massificação da mão de obra surgida com o apareci-

mento das máquinas, trouxe grandes consequências para a classe trabalhadora já que a dinâmica dos fatos começou a distanciar a realidade laboral da efetividade da lei. Tal a necessidade de proteção à classe operária, que os sujeitos da relação jurídica que criam os ajustes coletivos devem ser, de um lado, uma coletividade, ou seja, o sindicato representativo dos trabalhadores, de outro, não há necessidade de pluralização, já que o ajuste pode ser efetivado com uma única empresa. Partindo desse ponto de vista, os ajustes coletivos criam para os entes contratantes uma obrigação negativa, ou seja, com relação aos empregadores não podem formalizar contratos de trabalho com inobservância das garantias mínimas previstas em tais ajustes, já para o trabalhador cria a obrigação de executar o trabalho em observância ao ajustado. Saliente-se que devem ser atendidas as garantias mínimas dos direitos dos trabalhadores, ou seja, não deve existir violação de liberdade individual ou coletiva ou dos direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores. Sendo assim, forçoso concluir que os ajustes coletivos, do ponto de vista da garantia conferida aos trabalhadores, devem observar o previsto na CF e legislação infraconstitucional, sob pena de declaração de ineficácia das cláusulas violadoras de direitos mínimos. Saliente-se que, a proteção conferida ao trabalhador

se alicerça também em fatores culturais já que, guardadas as devidas proporções, não há se falar em total ausência de ânimo quando alguns sindicatos formalizam ajustes coletivos transigindo sobre direitos da classe operária. O Estado Juiz tem por dever declarar a nulidade de cláusulas ajustadas que violem direitos dos trabalhadores, ou seja, a autonomia da vontade nesse caso é mitigada em razão da proteção ao hipossuficiente. No caso da empresa, os acordos devem prevalecer já que, não havendo qualquer vício quanto a manifestação de vontade, presume-se que a vinculação é legítima. Quanto a empresa, a proteção jurídica limita-se à observância à legitimidade de representação e formalidade na materialização do ajuste coletivo, já que não se há falar em hipossuficiência. Portanto, os ajustes coletivos, com relação a autonomia da vontade, devem ser encarados sob duas óticas distintas, a primeira com relação à classe trabalhadora, deve haver mitigação quando se verificar violação às garantias mínimas previstas na CF e legislação infraconstitucional, depois, com relação às empresas, a questão não deve ser encarada sob o prisma da autonomia da vontade, mas somente, com relação à legitimidade de representação e observância das formalidades legais para a materialização do ajuste já que não se há falar em hipossuficiência nesse caso. Portanto, com relação às

empresas, verificada a legitimidade de representação e observância às formalidades para a materialização do ajuste, o negócio jurídico deve ser respeitado em razão da expressão incontestável da vontade e do Princípio do *pacta sunt servanda*. Sendo assim, a criação de fundo para capacitação do trabalhador é legítima já que não há contribuição de sua parte não se podendo falar em violação ao previsto no Precedente Normativo n. 119 do C. TST. A manifestação de vontade da empresa deve prevalecer em razão de não haver ilegitimidade de representação, bem como houve observância às formalidades para a materialização do ajuste coletivo. O Fundo de Desenvolvimento Profissional foi instituído por livre e autônoma deliberação dos acordantes, em consonância com o assegurado pelo art. 8º, IV da CF, portanto, foi inserido nos instrumentos coletivos de trabalho com plena eficácia e validade no mundo jurídico como determina o art. 7º, XXVI da CF. Não se tratando de verba que, em hipótese, sirva para reforçar o orçamento da entidade sindical, mas sim, para garantir aos trabalhadores a melhora da capacitação profissional, o ajuste deve ser privilegiado. Saliento ainda que, não se trata de criação de tributo, mas sim, de verba oriunda de ajuste coletivo para financiamento da melhoria de capacitação profissional da classe trabalhadora. Sendo assim, independentemente da

nomenclatura que se dê à contribuição ela não se assemelha a tributo já que sua finalidade não é a de financiar a entidade sindical, mas somente, garantir condições de melhoria para a formação profissional dos trabalhadores e sua exigibilidade decorre apenas do acordo de vontades e não da sua natureza jurídica como se tributo fosse. TRT/SP 15ª Região 133700-08.2008.5.15.0145 - Ac. 12ª Câmara 32.123/10-PATR. Rel. Eurico Cruz Neto. DEJT 02 jun. 2010, p. 392.

20 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA ESTÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RECEBIMENTO DE APOSENTADORIA CUSTEADA PELO INSS NÃO CONFIGURA CUMULAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DE CARGO, EMPREGO OU FUNÇÃO PÚBLICA (ART. 37, §10, CF/1988). DEVIDA A REINTEGRAÇÃO E PAGAMENTO DAS VERBAS SALARIAIS REFERENTES AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 41, CAPUT E § 2º DA CF/1988 E OJ N. 361 DASDI-1 DOC. TST

Nos termos das ADI 1.770-4 e 1.721-3 julgadas pelo STF e da diretriz consubstanciada na OJ n. 361 da SDI-I do C. TST, a aposentadoria espontânea não pode ser considerada como causa de extinção do contrato de trabalho. Assim, a

exoneração de servidor celetista estável viola o art. 41 da CF/1988, o que torna devida a reintegração conforme estabelece o § 2º de referido artigo, com o pagamento das verbas salariais relativas ao período de afastamento. O recebimento de aposentadoria custeada pelo Regime Geral de Previdência - INSS não se enquadra na vedação constitucional contida no art. 37, § 10º, que trata apenas da cumulação da remuneração de cargo, emprego ou função pública com os proventos de aposentadoria decorrente de regime previdenciário próprio custeado pelo Estado (arts. 40, 42 e 142 da CF/1988). Assim, a manutenção do posto de trabalho do servidor aposentado por tempo de serviço, nestas condições, não configura investidura simultânea em mais de um cargo, emprego ou função na Administração Pública. TRT/SP 15ª Região 187300-67.2008.5.15.0007 - Ac. 1ª Câmara 18.066/10-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 09 abr. 2010, p. 44.

21 - ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. USO DA EXPRESSÃO "LOIRA BURRA" DE FORMA PEJORATIVA. POSSIBILIDADE

De acordo com a melhor interpretação integrada que se pode dar às normas transcritas nos artigos 186 e 927, ambos do CC, todo empregador está sujeito ao pagamento de indenização decorrente de danos

por assédio moral em favor de empregada que, costumeiramente e de maneira pejorativa e discriminatória, era nominada perante os demais colegas de serviço como “loira burra”. Trata-se, com efeito, de situação que macula não só sua imagem perante os demais empregados, mas também fere a própria dignidade de todo e qualquer ser humano do sexo feminino originário dos povos celtas e do norte da Europa, essa assim entendida como um dos fundamentos constitutivos do Estado Democrático de Direito, consoante inciso III do art. 1º, da CF de 1988. TRT/SP 15ª Região 16200-63.2007.5.15.0109 - Ac. 9ª Câmara 13.255/10-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 18 mar. 2010, p. 881.

22 - AUMENTO REAL DE SALÁRIO. PRODUTIVIDADE AFERIDA EM PERÍCIA, BASEADA EM INDICADORES. OBJETIVOS. LEI N. 10.192/2001, ART. 13, § 2º

Mediante prova técnica que analise o desempenho econômico de empresa, com suporte em indicadores objetivos, é viável a concessão de aumento salarial por produtividade, com amparo na Lei n. 10.192/2001, art. 13, § 2º, e no Precedente Normativo n. 14 da SDC da 15ª Região. O Relator do dissídio coletivo possui poderes instrutórios complementares (OJ n. 1, da SDC, TRT 15) e os honorários periciais são os adequados à

complexidade da matéria e ineditismo da metodologia, ficando a encargo da suscitada, nos termos do art. 790 -B, da CLT. TRT/SP 15ª Região 1334-2007-000-15-00-3 - Ac. SDC 161/10-PADC. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DEJT 22 abr. 2010, p. 31.

23 - AVISO PRÉVIO. DISPENSA OU RENÚNCIA. NOVO EMPREGO

A melhor exegese tem se firmado no sentido de que, exigir-se o cumprimento do aviso prévio, tanto pelo empregado quanto pelo empregador, no caso de novo em emprego, feriria os princípios protetivos do trabalhador hipossuficiente e da valorização do trabalho. A proibição de renúncia existe para proteger o trabalhador contra a ruptura imediata do contrato imposta pelo poder econômico do empregador, e conseqüente desemprego. Porém, com um novo contrato de trabalho, está cumprida sua finalidade, no que se exaure o objeto da proteção. Não é possível, sob pena de enriquecimento sem causa, exigir-se o pagamento se está impedido o cumprimento do aviso prévio pelo trabalhador já abrigado por nova colocação. TRT/SP 15ª Região 33100-51.2009.5.15.0045 - Ac. 9ª Câmara 17.404/10-PATR. Rel. Ricardo Antonio de Plato. DEJT 08 abr. 2010, p. 394.

24 - CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. PACTUAÇÃO

APÓS A RESILIÇÃO CONTRA-TUAL. VALIDADE

A pactuação de cláusula prevendo a não concorrência após a extinção do contrato de trabalho não ofende o princípio do livre acesso ao trabalho previsto no inciso XIII do art. 5º constitucional, porque inexistente direito absoluto. Ao lado do direito de o trabalhador dispor de sua força de trabalho como bem entender, o empregador tem o direito de resguardar sua propriedade, os seus produtos, os seus inventos. Entretanto, para que não se torne "condição leonina", vale dizer, a sua implementação não ser concentrada na vontade e poder de uma só das partes, ela deve corresponder à integral recomposição da subsistência profissional, diante dessa paralisação forçada. Se assim não é, não se pode exigir a completa observância. Além disso, a instalação de uma empresa própria no término da quarentena imposta, aliado ao fato do que comumente acontece e do que se entende por potencialidade de mercado jamais poderá traduzir em concorrente de uma multinacional. TRT/SP 15ª Região 84200-32.2003.5.15.0085 - Ac. 11ª Câmara 18.814/10-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 08 abr. 2010, p. 508.

25 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXTENSÃO DA QUITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

DE ENGLOBALAR PEDIDOS NÃO FORMULADOS

A quitação dada diante da Comissão de Conciliação Prévia deve levar em conta que os direitos trabalhistas integram o Título II da CF, ou seja, são direitos e garantias fundamentais, e, por isso, em princípio irrenunciáveis. Logo, a quitação (art. 625-E, CLT) está atrelada aos limites objetivos fixados no pedido formulado (art. 625-D, CLT). Assim, a quitação só engloba títulos expressamente postulados na Comissão de Conciliação Prévia, que não tem autorização legal dada ao Poder Judiciário (art. 475-N, III, CPC). TRT/SP 15ª Região 35500-11.2008.5.15.0130 - Ac. 4ª Câmara 34.552/10-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 17 jun. 2010, p. 207.

26 - COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA. AUDITOR FISCAL DO TRABALHO. SUBSUNÇÃO DO FATO À NORMA.

O auditor fiscal tem competência administrativa para, ao entender ilegal um ato, aplicar a multa correspondente. Como iter procedimental para aplicação de uma penalidade administrativa, necessariamente o agente deve fazer a subsunção do fato à norma. Se entender que o fato não observa a norma trabalhista, o auditor fiscal aplica a multa, sob pena de prevari-

cação. Vale dizer, o auditor fiscal pratica um ato de interpretação e aplicação da norma e, de acordo com o atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos, procede à lavratura do auto de infração respectivo. Assim sendo, o agente administrativo detém competência para considerar que, naquele caso específico, a "participação nos lucros e resultados" instituída por norma coletiva visa a fraudar direitos trabalhistas. A situação é a mesma nos casos em que o Auditor vislumbra a existência de vínculo de emprego em falsas cooperativas de trabalho, oportunidade em que também lavra a multa e notifica o empregador submetido à fiscalização. A questão, portanto, não é de competência administrativa, centrando-se unicamente no motivo invocado pelo agente para aplicar a multa. Neste aspecto, a jurisprudência dominante tem se posicionado no sentido que a denominada participação nos lucros e resultados, quando instituída por norma coletiva não encontra óbice no parcelamento ou em valores prefixados, dando ênfase mais à valorização das negociações coletivas do que propriamente à questão formal de instituição da participação nos lucros e resultados. TRT/SP 15ª Região 52300-98.2008.5.15.0103 - Ac. 2ª Câmara 18.076/10-PATR. Rel. Mariane Khayat. DEJT 08 abr. 2010, p. 128.

27 - CONTRATO FIRMADO COM

ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DOENÇA PROFISSIONAL. HIPÓTESE NÃO ABARCADA PELA SÚMULA N. 363/TST. RECURSO ORDINÁRIO

O reconhecimento de vínculo de emprego com ente da Administração Pública direta e indireta encontra óbice insuperável no art. 37, inciso II e § 2º do art. 37 da Carta Política. Tal circunstância, porém, não afasta a responsabilidade civil decorrente de doença profissional ou de acidente de trabalho, que tem como fundamento os artigos 5º, incisos V e X, e 37, § 6º da CF, bem como os artigos 186 e 927 do CC, não se incluindo no núcleo de parcelas trabalhistas às quais se refere a Súmula n. 363 do C. TST. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 146100-33.2009.5.15.0076 - Ac. 4ª Câmara 43.414/10-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 29 jul. 2010, p. 100.

28 - CONTRATO NULO. EFEITOS. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

A diretriz do entendimento consubstanciado na Súmula n. 363, do C. TST é a garantia de recebimento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas. Tal situação busca o cumprimento dos fundamentos constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho. O que se indaga é se o adicional

de insalubridade está enquadrado no conceito de "contraprestação pactuada" noticiada na súmula. Na obra "Instituições de Direito do Trabalho", Arnaldo Süssekind analisa a matéria quando trata da remuneração. No tópico denominado "Adicionais Compulsórios", o autor esclarece que o salário ajustado entre as partes tem seu limite de liberdade quanto à retribuição dos serviços prestados pelo empregado em condições normais e durante a jornada normal. Continua dizendo que em situação de alterações de tais condições, a lei determina o pagamento de certos acréscimos. São o que ele denomina de adicionais compulsórios ou sobressalários. Ainda que os adicionais compulsórios sejam devidos apenas durante o tempo em que persistirem as condições previstas em lei que os garantam, possuem natureza retributiva e obrigatória. O adicional de insalubridade classifica-se na definição e conceito de adicional compulsório. Portanto, ao contratar o trabalhador para exercer as suas atividades em local insalubridade, o empregador implicitamente pactuou o pagamento do sobressalário devido por força de lei. Tal entendimento é reforçado na hipótese de trabalho em condições insalubres, as quais degradam a saúde e comprometem a vida do trabalhador, causando malefícios indeléveis ao seu bem mais importante. Portanto, reputo que o

entendimento de que o adicional de insalubridade está contido na contraprestação pactuada e é devido nas hipóteses de contrato nulo, não afronta ao entendimento jurisprudencial consubstanciado na Súmula n. 363, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 79100-74.2006.5.15.0026 - Ac. 4ª Câmara 34.553/10-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DEJT 17 jun. 2010, p. 207.

29 - CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/CONFEDERATIVA. REEMBOLSO. IMPOSSIBILIDADE

Aos descontos de contribuição assistencial/confederativa em folha de pagamento do empregado, se obrigam somente os associados da entidade sindical, sob pena de ofensa aos princípios da liberdade sindical e de associação, previstos na CF de 1988, em seus artigos, 5º, inciso XX e 8º, inciso V, tendo como corolário lógico a liberdade de contribuição, não cabendo ao Poder Judiciário ou aos Sindicatos criar contribuições a favor destes, a serem pagas por todos os integrantes da categoria representada. Neste sentido o Precedente Normativo n. 119 da SDC/TST. O reembolso do crédito do autor somente é possível perante a entidade sindical respectiva, porém esta deverá estar indicada no pólo passivo da ação. TRT/SP 15ª Região 150400-34.2008.5.15.0121 - Ac. 10ª Câmara 45.822/10-PATR. Rel. Antonio Francisco Montanagna.

DEJT 12 ago. 2010, p. 279.

30 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO JUDICIAL. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. NÃO INCIDÊNCIA

É certo que após a reforma da Lei Previdenciária pelo Diploma n. 9.528, de 10.12.1997, suprimiu-se do art. 28, § 9º, "e" a expressão aviso prévio indenizado, antes existente. Contudo, nem por isso a indenização pelo aviso prévio passou a constituir verba sujeita à contribuição social, tratando-se, na espécie, de simples omissão legislativa sem maiores repercussões. Até porque, a redação do inciso I do art. 28 da Lei n. 8.212/1991, dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.1997, deixou de incluir aludida parcela na definição do que seja salário de contribuição. Ademais, a falta de aviso prévio por parte do empregador, como é cediço, dá ao empregado o direito à correspondente indenização; mas a garantia de integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, CLT) está limitada às vantagens econômicas (v.g. salários, reflexos e verbas rescisórias) obtidas no interregno de pré-aviso, consoante entendimento firmado na Súmula n. 371 do C. TST. Nesse contexto, impossível elastecer o instituto para fins de incidência da contribuição previdenciária. Aliás, assim não fosse, estaríamos diante de insuperável desigualdade de tratamento tributário à mesma situação fática, porquanto, nos

termos do art. 6º, V, da Lei n. 7.713/1988 e do art. 39, XX, do Decreto n. 3.000/1999, o aviso prévio indenizado está isento do imposto de renda. Da mesma forma, não há como prosperar o argumento da recorrente no sentido de que a alteração introduzida pelo Decreto n. 6.727, de 12.01.2009, ao revogar a alínea "f" do inciso V do § 9º do art. 214 do Decreto n. 3.048/1999, que expressamente excluía o aviso-prévio indenizado da incidência da contribuição previdenciária, passou a tornar exigíveis as contribuições sociais sobre o aviso prévio indenizado. Com efeito, referida alteração legislativa não possui o condão de alterar a natureza da verba em questão, que é indiscutivelmente indenizatória. TRT/SP 15ª Região 133500 - 59.2004.5.15.0074 - Ac. 4ª Câmara 34.444/10-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 17 jun. 2010, p. 184.

31 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA, JUROS E MULTA DE MORA. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO EMPREGADOR

Os encargos decorrentes da mora no recolhimento da contribuição previdenciária apenas incidem na hipótese de inobservância dos prazos legais para pagamento. Considerando que cabe ao empregador realizar o recolhimento da contribuição previdenciária

decorrente de crédito oriundo de condenação judicial, autorizada a dedução da quota parte do trabalhador, deve responder exclusivamente por eventual mora. Inteligência do art. 34 da Lei n. 8.212/1991 e Súmula n. 368, II, do TST. TRT/SP 15ª Região 31000-14.2009.5.15.0146 - Ac. 10ª Câmara 35.007/10-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 24 jun. 2010, p. 505.

32 - DANO MORAL. CONTRAPRESTAÇÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL. JORNADA LEGAL INTEGRAL. CONFIGURAÇÃO

A CF, através de seu art. 7º, IV, incluiu a garantia do salário mínimo dentre os direitos sociais da classe trabalhadora, com o intuito de evitar o arbítrio absoluto do empregador na fixação do valor a ser pago, garantindo valor mínimo que atendesse as necessidades básicas do trabalhador e de sua família. Comprovado que o pagamento de contraprestação por serviços realizados por jornada legal integral eram inferiores à metade do salário mínimo nacional, resta inequívoco a afronta à ordem constitucional prevista no art. 7º, IV, da CF, e, conseqüentemente, violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho (artigos 1º, III e IV, da CF/1988), ocasionando lesão na esfera personalíssima do trabalhador. Dano moral configurado. Recurso não-provido. TRT/SP 15ª

Região 15100-82.2009.5.15.0148 - Ac. 5ª Câmara 14.474/10-PATR. Rel. Desig. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 18 mar. 2010, p. 803.

33 - DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. AGÊNCIA BANCÁRIA. ROUBO. GERENTE AMEAÇADO E MANTIDO SOB MIRA DE ARMA DE FOGO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR

Os bancos exercem atividades que expõem os frequentadores de suas agências e, principalmente, seus empregados, que nelas normalmente permanecem diariamente, por seis horas ou mais, a extremo risco de roubo. Assim, se um desses empregados, durante sua jornada de trabalho, sofre danos de natureza moral ou material, em decorrência desse tipo de ilícito, a responsabilidade do empregador, pelas indenizações respectivas, é objetiva, por aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. Responsabilidade civil reconhecida. Recurso parcialmente provido, apenas para reduzir o valor da indenização por danos morais. TRT/SP 15ª Região 11600-14.2009.5.15.0146 - Ac. 5ª Câmara 36.173/10-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DEJT 1º jul. 2010, p. 157.

34 - DANO MORAL. TRABALHADOR QUE ASSUME SUA TRANSEXUALIDADE.

DISCRIMINAÇÃO VELADA.
TRABALHADOR MANTIDO EM
OCIOSIDADE. ASSÉDIO MORAL
CONFIGURADO. INDENIZA-
ÇÃO DEVIDA

A discriminação é a negação do princípio da igualdade, eis que discriminar é fazer distinção. Em matéria trabalhista, discriminação, segundo a Convenção 111 da OIT, é toda distinção, exclusão ou preferência que tenha por fim alterar a igualdade de oportunidade ou tratamento em matéria de emprego ou profissão. Em nosso ordenamento jurídico a proibição da discriminação tem base constitucional, eis que, em seu art. 3º, foi estabelecido como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", e, em seu art. 5º, foi assegurado que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade..". E, para o caso específico da discriminação no ambiente de trabalho aplica-se também o disposto no art. 1º da Lei n. 9.029/1995. Ocorre que a discriminação do trabalhador é externa-das muitas vezes através de comportamentos que se configuram como assédio moral. No presente caso, a prova oral demonstrou que o

trabalhador, após assumir sua transexualidade, foi afastado do trabalho pelo seu superior hierárquico, sem que houvesse justificativa convincente para isso, eis que a própria testemunha patronal admitiu que no setor de ambulâncias não faltava serviços e que existem uma ou duas ambulâncias reservas. Ora, o fato do empregador deixar o empregado na ociosidade, sem qualquer função, marginalizando-o no ambiente de trabalho, constitui inequivocamente assédio moral. E, na hipótese, o assédio moral é decorrente da discriminação de que o autor foi vítima, discriminação essa que sequer foi declarada, mas, sim, velada, que é aquela que é mais difícil de ser comprovada, porque não se caracteriza por comportamento visível a todos. Neste contexto, a conduta do superior hierárquico violou o princípio da dignidade como pessoa humana, adotado como fundamento de nossa república (art. 1º, III e IV, da CF), sendo devida ao obreiro a reparação civil pelo dano moral sofrido mediante a condenação do reclamado ao pagamento de indenização. Recurso ordinário provido. TRT/SP 15ª Região 78000-40.2008.5.15.0018 - Ac. 5ª Câmara 36.151/10-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 1º jul. 2010, p. 152.

35 - DANOS MATERIAIS.
DESPESAS DE TRATAMENTO

MÉDICO. CUSTEIO DE PLANO DE SAÚDE. INTELIGÊNCIA DA AMPLITUDE DA EXPRESSÃO "DESPESAS DE TRATAMENTO" CONTIDA NO ART. 950, DO CC

Sempre que o acidente de trabalho ou a moléstia ocupacional resultarem defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, o empregador arcará com as despesas do tratamento do trabalhador, aqui incluída a sua inclusão no plano de saúde oferecido pela empresa aos seus empregados, pelo tempo em que perdurar a necessidade de tratamento. TRT/SP 15ª Região 24500-54.2007.5.15.0128 - Ac. 6ª Câmara 41.293/10-PATR. Rel. Tarcio José Vidotti. DEJT 22 jul. 2010, p. 510.

36 - DANOS MORAIS. ASSÉDIO MORAL. CARACTERÍSTICAS. CONFIGURAÇÃO

O assédio moral caracteriza-se pela exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, de forma repetitiva e prolongada, durante a jornada de trabalho, de modo a desestabilizar a relação do mesmo com o ambiente de trabalho e com a própria empresa, forçando-o a desistir do emprego. No caso dos autos, a afixação de ranking de vendedores em local onde os demais empregados poderiam ver, aplicação de denominação vexatória aos que se posicionavam nos últimos lugares ("pangarés"), e principalmente, as

práticas antiéticas de embutir no preço da mercadoria a garantia estendida ou complementar e o seguro de proteção financeira, que, por vezes, quando questionados pelos clientes, levavam a empregada ao constrangimento pessoal, caracterizam situação específica de humilhação e/ou constrangimento da autora, de modo a configurar o assédio moral alegado. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 34400-51.2009.5.15.0141 - Ac. 6ª Câmara 12.405/10-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 11 mar. 2010, p. 250.

37 - DANOS MORAIS. ATOS DO EMPREGADOR QUE AVILTAM A DIGNIDADE DO TRABALHADOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA

Como conceber diante de toda trajetória feminina de lutas, dramas e conquistas que em pleno século XXI uma mulher seja constrangida a utilizar sanitários sem portas (e aqui não importa quantos dias durou essa situação para que se conclua pela indignidade da medida), sanitários estes cuja limpeza era realizada por um homem durante a jornada de trabalho? Como permitir que um supervisor dispense tratamento degradante às suas subordinadas, destrutando-as e humilhando-as com palavras de baixo calão? Como admitir que uma empresa tenha em seus quadros um cronometrista,

uma função especial, a quem cabe colher informações não só sobre o atingimento de metas e produção, mas também e particularmente sobre o tempo gasto individualmente pelas empregadas para satisfazer suas necessidades fisiológicas? Pouco importa se esse cronometrista está presente diária, semanal ou mensalmente. A presença de uma função específica para assegurar informações detalhadas não só sobre a produção, mas sobre a intimidade de suas empregadas é uma circunstância que fere princípios éticos comezinhos de uma sociedade que se diz democrática, além de vulnerar a boa-fé objetiva esperada nas relações de trabalho. O ambiente de trabalho, embora se dê no bojo de uma propriedade privada, é um lugar coletivizado, com forte características de lugar público e sob essa lente deve ser observado. Na perspectiva democrática, o avanço da tecnologia e a necessidade do lucro não podem ser sinônimos de perda dos direitos individuais mínimos, nem de opressão. Ao se instalar a vigilância irrestrita na rotina do cotidiano, instaura-se a exigência de um exacerbamento da proteção da intimidade. e exatamente aqui está reservada a função do Poder Judiciário: assegurar a quem dele se socorre condições mínimas de dignidade ou, nos casos em que a dignidade já foi vilipendiada, ao menos, fixar indenização razoável

como um lenitivo à dor experimentada. O neoliberalismo é o fundamento sobre o qual estão construídas as justificativas para a implantação de uma vigilância exacerbada ao trabalhador, sendo também causador e responsável, em parte, pelas consequências subjetivas advindas da internalização dos valores que esse modelo hegemônico constrói e promove. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 143500-41.2008.5.15.0022 - Ac. 2ª Câmara 36.681/10-PATR. Rel. Mariane Khayat. DEJT 1º jul. 2010, p.54.

38 - DISSÍDIO COLETIVO. CLÁUSULAS SOCIAIS. ENTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A restrição que se faz quanto ao dissídio coletivo em face de ente da administração pública diz respeito às cláusulas econômicas, eis que o aumento de remuneração, a qualquer título, ao seu pessoal, deve ser feita mediante autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias e prévia dotação orçamentária, observando-se, ainda, os limites estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos dos artigos 37, *caput*, e incisos X, XI, XII e XIII, 39, § 3º, e 169, *caput* e incisos I e II, da CF/1988 e da L. C. n. 101/2000. Em relação aos dissídios coletivos de natureza jurídica, no campo da administração pública, não existe óbice em nosso ordenamento jurídico, pois, como bem pontuado por Francisco Ferreira

Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante: "a) o dissídio coletivo de trabalho é um processo judicial, onde as partes buscam a solução de um conflito que ultrapassa as relações individuais de trabalho (conflito coletivo) b) nos dissídios coletivos de natureza jurídica busca-se simplesmente limitar a interpretação de norma trabalhista;(..)". TRT/SP 15ª Região 37900-28.2009.5.15.0141 - Ac. 7ª Câmara 17.284/10-PATR. Rel. Renato Buratto. DEJT 08 abr. 2010, p.326.

39 - DOENÇA OCUPACIONAL. PERÍCIA. FISIOTERAPEUTA. AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL PARA EFETUAR DIAGNÓSTICO E ESTABELEECER ONEXO CAUSAL

Conforme previsto no art. 3º do Decreto n. 938/1969, o profissional fisioterapeuta está habilitado apenas para "executar métodos e técnicas fisioterápicos com a finalidade de restaurar, desenvolver e conservar a capacidade física do paciente", o que não pode ser confundido com diagnosticar doenças físicas ou estabelecer conclusões quanto ao respectivonexo causal. Nos termos do art. 195, *caput*, da CLT, que disciplina a apuração de insalubridade e periculosidade nos locais de trabalho, a prova pericial nesta Justiça Especializada deve ser realizada por médico ou engenheiro do trabalho. Assim, ainda que

não se discuta na presente controvérsia a existência de trabalho insalubre ou perigoso, a designação de outro especialista para a realização de prova pericial somente seria admissível se não existisse na localidade profissionais com a qualificação exigida, por aplicação subsidiária do disposto no § 3º, do art. 145, do CPC, hipótese sequer cogitada no caso dos autos. Portanto, não há como atribuir valor probante ao trabalho pericial realizado por profissional que não detém a necessária capacitação técnica. Recurso ordinário que se acolhe, para declarar a nulidade da sentença e a invalidade da prova pericial produzida nos autos, determinando seu retorno à Vara do Trabalho de origem, a fim de que outra perícia seja realizada, por profissional médico devidamente habilitado, proferindo-se nova decisão, como entender de direito o MM. Juízo de primeiro grau. TRT/SP 15ª Região 144900-55.2005.5.15.0100 - Ac. 10ª Câmara 38.781/10-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 07 jul. 2010, p. 538.

40 - ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. DIREITO

Comprovado onexo causal entre a doença ocupacional que acometeu o empregado e as atividades laborais por este exercidas, ainda que em momento posterior à rescisão contratual, deve ser reconhecida ao obreiro a estabilida-

de acidentária, prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/1991. Incidência do item II, in fine, da Súmula n. 378 do TST. TRT/SP 15ª Região 102900-18.2002.5.15.0109 - Ac. 1ª Câmara 26.956/10-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 13 maio 2010, p. 661.

41 - ESTABILIDADE GESTANTE VERSUS DISPENSA DE OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO

A partir da melhor aplicação integrada dos princípios da unidade e da harmonização das normas constitucionais vigentes, deve ser garantido à gestante, ocupante de cargo de comissão, a estabilidade provisória prevista no inciso XVIII do art. 7º da CF/1988, diante da nítida sobreposição do direito à vida, esse em sua expressão mais abrangente possível, àqueles outros atinentes à boa prática dos atos administrativos. Em outras palavras, pode-se dizer que o Legislador Constituinte elevou à condição de direitos fundamentais de segunda geração não apenas a proteção à maternidade em si, mas também aquelas garantias mínimas para que o “novo ser” viesse a obter, por meio das estabilidades psíquicas e econômico-financeira de sua mãe (e por consequência de sua família), condições favoráveis ao seu desenvolvimento logo após seu nascimento. Recurso da trabalhadora que se dá provimento parcial, a fim de, reconhecida sua estabilidade provisória, deferir-lhe, a título indenizatório e com base na

Súmula n. 363 do TST, os saldos de salários e respectivos depósitos junto ao FGTS, desde sua dispensa até o 120º dia após o nascimento do bebê. TRT/SP 15ª Região 112600-36.2009.5.15.0056 - Ac. 9ª Câmara 38.758/10-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 07 jul. 2010, p. 532.

42 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DIRIGENTE SINDICAL. SUPLENTE. CABIMENTO

O suplente de cargo relativo à diretoria de sindicato, desde que preenchidos os requisitos previstos no § 5º do art. 543 da CLT, nos limites contidos nos artigos 522 e 538 da CLT, faz jus à estabilidade provisória, conforme preceitua, de maneira expressa, norma constitucional estabelecida. Exegese do art. 8º, inciso VIII da CF. TRT/SP 15ª Região 57600-62.2009.5.15.0020 - Ac. 9ª Câmara 34.971/10-PATR. Rel. Carlos Roberto do Amaral Barros. DEJT 24 jun. 2010, p. 499.

43 - FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO. NATUREZA. RAZÃO E FUNDAMENTO. OBJETO E FINALIDADE. EXTENSÃO E LIMITES

O papel da fiscalização do trabalho no Brasil é da maior relevância, porque visa a assegurar o cumprimento das leis de proteção ao empregado, destinatário da proteção de todo o ordenamento jurídico trabalhista. Não sem razão, o constituinte a erigiu a status consti-

tucional a competência da União (art. 21, inciso XXIV), para "organizar, manter e executar a inspeção do trabalho". Em tempos de disseminação da informalidade no mercado de trabalho, torna-se imprescindível e fundamental a atuação da inspeção do trabalho para combatê-la, além da exemplar atuação em conjunto com o Ministério Público do Trabalho na erradicação à exploração do trabalho infantil, trabalho análogo à de condição de escravo, exploração de força de trabalho clandestino etc. Trata-se, porém, de atividade minuciosamente regrada e que só se legitima no âmbito da legalidade restrita, porque se insere perfeitamente no conceito de Poder de Polícia da Administração Pública. Assim, os auditores fiscais não têm poderes para declarar a nulidade de cláusula de contrato individual de trabalho, porque seria reconhecer-lhes poderes jurisdicionais, enquanto sua atividade é de natureza administrativa. Com efeito, só o juiz do trabalho, no exercício da atividade jurisdicional, tem poderes de rever e declarar a nulidade de cláusula de contrato individual de trabalho. Trata-se de interpretação de negócio jurídico bilateral em que, uma vez questionada a sua validade, a decisão dever partir da análise e valoração de elementos de fatos, de indícios e de circunstâncias, à luz do ordenamento jurídico. A regulamentação da atuação do auditor fiscal não permite interpretação ampliativa para legitimar a prática

de atos de fiscalização que não foram autorizados expressamente em lei. Não havendo lei que autorize rever e anular cláusula de contrato de trabalho, declarar a existência ou a inexistência de vínculo empregatício, todas as vezes que atuar nessa esfera incide em excesso poder ou abuso de poder. No caso em exame, não se pode convalidar ato que, a pretexto de fiscalizar os recolhimentos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o auditor-fiscal emitiu juízo de valor e alterou a modalidade de contratação que a autora mantinha com alguns de seus empregados, transformando contratos de trabalho por prazo determinado, por contrato a prazo incerto. Finalmente, esclareça-se que não pretende emitir juízo de valor ou declarar o erro ou acerto dessa modalidade de contrato que a autora celebrou com seus empregados, o que só seria possível por meio de reclamação trabalhista com objeto específico, em que seria observado o contraditório e ampla atividade probatória. Recurso conhecido e provido. TRT/SP 15ª Região 120600-31.2007.5.15.0012 - Ac. 10ª Câmara 22.785/10-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DEJT 22 abr. 2010, p. 341.

44 - IMPOSTO DE RENDA. REGIME DE COMPETÊNCIA

Por aplicação da norma mais favorável, não prevalece mais o entendimento da Súmula n. 368 do

C. TST quanto à adoção do regime de Caixa para recolhimento do Imposto de Renda, uma vez que o Ato Declaratório n. 1, de 27 de março de 2009, do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, expressamente desistiu dos recursos em que a Fazenda pleiteasse a adoção do regime de caixa. Tal ato equivale à renúncia do direito pelo seu titular, devendo ser utilizado em favor do reclamante. TRT/SP 15ª Região 247100-78.2003.5.15.0014 - Ac. 7ª Câmara 23.438/10-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 29 abr. 2010, p. 783.

45 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MÁS CONDIÇÕES DE TRABALHO E PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO ÍNFIMA. ABALO À HONRA E AUTO-ESTIMA DO TRABALHADOR. DEVIDA

Restando comprovado nos autos que o empregado era submetido a condições inadequadas de trabalho, inclusive em relação à higiene, causando-lhe constrangimento, e que havia pagamento de remuneração muito inferior ao mínimo legal, em violação ao princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, III, da CF, deve o reclamado ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais, em face do abalo à honra e auto-estima do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 12700-95.2009.5.15.0148 - Ac. 5ª Câmara 24.832/10-PATR. Rel. Gisela

Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 29 abr. 2010, p. 743.

46 - INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. DANO SOCIAL. CABIMENTO

Não obstante já exista eficiente intervenção do Ministério Público do Trabalho na função de guardião do interesse público, não há como deixar de observar e atuar o julgador como fiscal da lei. Neste caso restou evidenciado que as Reclamadas, cada qual com sua razão, participaram de um processo produtivo onde foi explorada mão de obra de trabalhadores que não viram seus direitos trabalhistas reconhecidos. Não é admissível que o desenvolvimento de qualquer atividade econômica se dê ao custo de se ignorar os ditames que regem as relações de trabalho. TRT/SP 15ª Região 43200-77.2007.5.15.0096 - Ac. 9ª Câmara 44.445/10-PATR. Rel. Fabio Allegretti Cooper. DEJT 05 ago. 2010, p. 591.

47 - INTERVALO NÃO PREVISTO EM LEI. JORNADA DE TRABALHO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR

A concessão de intervalo não previsto em lei é considerada como mera liberalidade do empregador, e, portanto, tempo à disposição da empresa, computando-se na duração da jornada de trabalho, consoante entendimento que se extrai da Súmula n. 118 do C. TST.

Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 24300-31.2009.5.15.0143 - Ac. 6ª Câmara 21.661/10-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 22 abr. 2010, p. 199.

48 - JORNADA 12X36. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE

O estabelecimento da jornada 12x36 somente pode ser admitido se autorizada por norma legal, ou por norma coletiva. É a forma mais benéfica ao empregado, pois lhe permite laborar em um dia, descansando no dia seguinte e, via de regra, há prestação de serviço durante apenas quinze dias no mês, podendo se dedicar à sua família nos dias restantes. Inexiste afronta aos incisos XIII e XIV do art. 7º, da Constituição da República, nem tampouco os artigos 58 e 59 da CLT, posto que referidos dispositivos autorizam a compensação de horários. TRT/SP 15ª Região 80500-87.2009.5.15.0101 - Ac. 10ª Câmara 45.824/10-PATR. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 12 ago. 2010, p. 279.

49 - JUROS DE MORA. INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO DE RENDA. DESCABIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO

A partir da vigência do atual CC, os juros de mora passaram a ter natureza indenizatória, consoante estabelecem os artigos 402 e 404 do CC, razão por que se torna descabi-

da sua inclusão na base de cálculo do imposto de renda. Precedentes do TST e do STJ. Recurso ordinário provido. TRT/SP 15ª Região 53900-12.2009.5.15.0042 - Ac. 4ª Câmara 46.207/10-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 12 ago. 2010, p. 132.

50 - JUSTA CAUSA. ATENDENTE DE TELEMARKETING QUE RIDICULARIZA CLIENTE COM GAGUEIRA. CARACTERIZAÇÃO

A gagueira é um distúrbio de fluência involuntário, e seus portadores, em sua maioria, sofrem muito com a dificuldade de aceitação da própria deficiência. O medo de falar e ser ridicularizado por seu ouvinte, a frustração por não conseguir agir dentro do padrão esperado, a sensação de incompetência, são todos sentimentos que já trazem um intenso desconforto pessoal àquele que gagueja. Portanto, discriminar pessoas que têm gagueira é tão errado quanto ridicularizar ou discriminar pessoas com qualquer outra deficiência. Ademais, sabe-se o quanto é importante a comunicação para essas pessoas, que tanto se esforçam para conseguir se expressar sem bloqueios. Falar ao telefone, por ex., é algo que requer todo um preparo psicológico para o portador de gagueira. Diante disso, é totalmente reprovável a conduta de empregada que, na função de

atendente de *telemarketing*, ridiculariza cliente que fala com gagueira ao telefone, rindo dela e imitando seu jeito de falar para os colegas de trabalho. Agindo assim, a empregada violou gravemente o princípio da dignidade humana - o mais relevante fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inc. III) e cometeu falta grave a ensejar a ruptura contratual por justa causa, principalmente porque trabalhava numa atividade cujo foco é justamente o atendimento ao público em geral, sendo inadmissível a maneira como reagiu diante da deficiência alheia. Todo ser humano deve ser tratado com urbanidade e respeito, independentemente de ser ou não portador de alguma deficiência, mas, em sendo, a situação reclama ainda maior solidariedade e compreensão. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 19900-11.2009.5.15.0066 - Ac. 5ª Câmara 27.663/10-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 13 maio 2010, p. 760.

51 - JUSTIÇA GRATUITA. VALOR DEVIDO AO PERITO NO CASO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE SER ATRIBUÍDO SEU PAGAMENTO À UNIÃO QUANDO O VALOR ESTABELECIDO NO PROVIMENTO GP/CR N. 06/2005 SE MOSTRAR INSUFICIENTE À QUITAÇÃO DO TRABALHO REALIZADO

Considerando que (a) o Judiciário

Trabalhista integra o Poder Judiciário Federal, se tratando, portanto, de poder da União, nos termos do art. 2º, da CF; (b) a CF assegura o acesso do cidadão à Justiça e determina ao Estado que preste assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiências de recursos, nos termos do art. 5º, LV e LXXVI; (c) é absolutamente patente que a União arca com os custos do processo quando estes deveriam ser quitados pela parte sucumbente beneficiária da gratuidade da justiça, nos termos da Lei n. 1.060/1950; (d) não se pode esperar que o ônus do processo seja transferido ao Perito, que não fornece assistência judiciária gratuita ao cidadão que dela necessita e não tem obrigação de trabalhar sem receber o que lhe é devido e, finalmente, (e) considerando que o valor devido ao Perito pode ser superior àquele previsto na Portaria GP/CR n. 06/2005, nos termos da Resolução n. 35/2007, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, só resta atribuir à Fazenda Pública a responsabilidade pelo pagamento do valor devido ao profissional que atuou no feito, o que independe de intimação prévia da União, que não é parte no processo, mas mera responsável pelos seus custos. TRT/SP 15ª Região 160600-75.2006.5.15.0055 - Ac. 10ª Câmara 45.947/10-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 12 ago. 2010, p. 300.

52 - MUNICÍPIO DE BOTUCATU. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE ARTIGO DE LEI MUNICIPAL. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO DA VERBA ("INCORPORAÇÃO"). IMPOSSIBILIDADE

Uma vez declarada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a inconstitucionalidade, em face da Constituição Estadual (artigos 111, 115, XVI, 128, 133, 144 e 297, todos da Constituição do Estado de São Paulo), de artigo de Lei Municipal que estabelece a incorporação de gratificação em período exíguo, não há como restabelecer o pagamento da vantagem. PROCESSO DO TRABALHO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. NÃO CABIMENTO. Havendo expressa vedação legal, consubstanciada nos artigos 1º e 2º B, da Lei n. 9.494/1997, não há como conceder a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, no que concerne à inclusão em folha de pagamento de vantagem a servidor público. A excepcionalidade calcada em suposto estado de necessidade não se sustenta, pois, se assim fosse, nesta esfera trabalhista, referido dispositivo legal seria de todo inócuo, uma vez que as verbas nesta seara, em sua maioria, têm essa natureza alimentar. SERVIDOR MUNICIPAL CELETISTA. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO PERCEBIDA

POR DOZE MESES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE, LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE E ISONOMIA. A autorização legal para que seja incorporada aos vencimentos "qualquer gratificação" recebida por doze meses ininterruptos ou vinte meses intercalados constitui ofensa aos princípios da razoabilidade, legalidade, impessoalidade e isonomia, além da incompatibilidade do benefício remuneratório com o interesse público. Comparativamente, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 133, determina o efetivo exercício da função gratificada por mais de cinco anos, sendo que, na esfera celetista, o parâmetro traçado pelo C. TST é de pelo menos dez anos, consoante se extrai do item I da Súmula n. 372. SERVIDOR MUNICIPAL CELETISTA. INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO REPUTADA INCONSTITUCIONAL. MANUTENÇÃO DO PAGAMENTO, COM ESTEIO NOS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. Sendo o pagamento da incorporação de gratificação ato praticado com base em lei reputada inconstitucional, não há possibilidade de sua manutenção, nem mesmo sob a invocação dos princípios da irredutibilidade de vencimentos e da segurança jurídica: vencimentos irredutíveis

veis são apenas aqueles lícitamente percebidos, além do que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional. A questão a ser dirimida perpassa o princípio da supremacia da Constituição e o vício é declarado justamente por ofensa aos princípios da razoabilidade, da legalidade, da moralidade administrativa, da finalidade, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, da impessoalidade e isonomia, além da incompatibilidade do benefício remuneratório com o interesse público. SERVIDOR CELETISTA. PAGAMENTO DE VANTAGEM DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. Indevida a menção à prescrição administrativa, pois a lei inconstitucional é ato nulo, inidôneo, que não pode produzir efeitos, o que leva à inexorável conclusão de que até mesmo aqueles que já vinham recebendo a incorporação nunca adquiriram, de forma válida, qualquer direito sobre o benefício. Trata-se de vício invalável, reportando-nos à ementa do Excelentíssimo Ministro Celso de Mello, em Medida Cautelar na Ação de Inconstitucionalidade n. 1.247-9: "O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não está sujeito a observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial,

eis que atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo mero decurso do tempo" (STF, julgamento em 17.08.1995, DJ de 08.09.1995). SERVIDOR MUNICIPAL CELETISTA. SUPRESSÃO DE PAGAMENTO DE INCORPORAÇÃO DE GRATIFICAÇÃO. CUMPRIMENTO A DETERMINAÇÃO JUDICIAL, EM FACE DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL QUE CRIOU A VANTAGEM. RESTABELECIMENTO DO PAGAMENTO PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. IMPERTINÊNCIA. Uma vez que a decisão emanada do Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei municipal, evidencia-se silente quanto a seu alcance, patenteou-se, por ordinário, o efeito *ex tunc*, o que faz presumir que a declaração retirou os dispositivos eivados de vício do mundo jurídico, inviabilizando a validação de seus efeitos. TRT/SP 15ª Região 69300-20.2009.5.15.0025 - Ac. 8ª Câmara 25.387/10-PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos de Biasi. DEJT 06 maio 2010, p. 236.

53 - PROCESSO SELETIVO. NÃO CONTRATAÇÃO. INAPTIDÃO DO CANDIDATO

A submissão do candidato a processo seletivo não garante a efetivação da contratação, ainda que ultrapassadas algumas etapas

da seleção. A inaptidão física do candidato para o exercício das atividades laborais oferecidas, verificada por meio de exame médico, não configura ato discriminatório, capaz de ensejar o dever de reparar, demonstrando, ao revés, a cautela do futuro empregador, que não poderá exigir do trabalhador serviços superiores às suas forças. TRT/SP 15ª Região 2900-88.2009.5.15.0036 - Ac. 1ª Câmara 27.278/10-PATR. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 13 maio 2010, p. 676.

54 - RECURSO ORDINÁRIO. APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. EMPREGADO PÚBLICO. EFEITOS NO CONTRATO DE TRABALHO

Embora a aposentadoria espontânea não seja causa da extinção do contrato de trabalho, como decidiu o STF na ADI 1770-4-DF, em se tratando de empregado público, não é possível a continuidade da relação de trabalho, diante da proibição constitucional (art. 37, XVI e XVII) de acumulação de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo ou emprego público. Recurso conhecido e provido. TRT/SP 15ª Região 113400-34.2009.5.15.0066 - Ac. 7ª Câmara 8.897/10-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DEJT 04 mar. 2010, p. 850.

55 - RESCISÃO INDIRETA. MORA CONTUMAZ DO EMPREGADOR

NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS E VERBAS COROLÁRIAS. CABIMENTO

A r. decisão originária indeferiu o pleito do autor, sob fundamentação de que a mora no pagamento dos salários verificada nos autos não se adéqua aos termos do quanto estatuído no art. 2º, § 1º do Decreto-lei n. 368/1968. Não obstante, a fundamentação legal utilizada pela origem deve ser repensada, uma vez que data de 1968. O panorama econômico que se enfrenta hoje, não com menos percalços à classe trabalhadora, pelo contrário, é totalmente outro. As contas corriqueiras devem ser pagas pontualmente, visto que já não se concebem atrasos; os proprietários dos estabelecimentos comerciais que servem à classe operária detém outro perfil e a cobrança de juros frente à mora na quitação de contas é lugar comum. Contas de água, energia, supermercado, cartão de crédito, nada escapa à cobrança de acréscimos se não forem saldadas no dia aprazado. Assim, não se pode ter por normal o atraso frequente no pagamento dos salários por cerca de cinco a seis dias. O contexto dos autos mostra claramente que a reclamada foi relapsa no cumprimento de suas obrigações contratuais, sendo suficientes os fatos aqui declinados para determinar a rescisão indireta do contrato de trabalho. Dá-se provimento ao recurso do autor. TRT/SP 15ª Região 39800-64.2008.5.15.0114 - Ac. 5ª Câmara

44.067/10-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 05 ago. 2010, p. 490.

56 - RESPONSABILIDADE PRÉ-CONTRATUAL. CONTRATAÇÃO NÃO EFETIVADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA

A responsabilidade pré-contratual é figura do direito particular, que pode vir a ocorrer em face de um precoce e desmotivado rompimento das tratativas contratuais, visto que já neste momento, se uma das partes gerar na outra razoáveis expectativas de que o contrato está muito próximo de ser consumado, e esta, por sua vez, venha a assumir compromissos ou afins, tem o dever a desistente de indenizar o outro, mormente em face do princípio da boa-fé. Na seara trabalhista, é de acatar in totum a existência de responsabilidade na fase pré-contratual, no caso, como dos autos, onde a reclamada agiu com nítida intenção de contratar, desistindo, a meio caminho andado, em prejuízo do trabalhador, que se viu às portas do novo emprego. Recurso patronal a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 12900-39.2007.5.15.0127 - Ac. 5ª Câmara 41.078/10-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 22 jul. 2010, p. 495.

57 - RETENÇÃO INDEVIDA DE CTPS COM PROMESSA DE PRONTA CONTRATAÇÃO A

TRABALHADOR RURAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL DEFERIDA

A reclamada deve indenizar o trabalhador pelo prejuízo de ordem material sofrido, tendo em vista o indevido procedimento de retenção, por preposto seu, da CTPS do empregado, com promessa de contratação imediata, a qual, todavia, se concretizou somente após dois meses. TRT/SP 15ª Região 249000-82.2008.5.15.0156 - Ac. 2ª Câmara 37.242/10-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 1º jul. 2010, p. 75.

58 - SERVENTE DE ESCOLA. CONTATO COM CRIANÇAS E LIXO DA ESCOLA. ATIVIDADE SALUBRE. ADICIONAL INDEVIDO

A atividade de servente de escola não pode ser considerada como insalubre. Não há amparo legal para suplantar a decisão do laudo do perito nomeado e de confiança do Juízo para afirmar que o contato com estas crianças de escola infantil é meio de contaminação de doença contagiosa. Ademais, segundo o art. 195 da CLT, a classificação da insalubridade se faz por perícia e a atividade deve estar incluída no quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho (artigos 190 e 196, da CLT). Neste sentido a Súmula n. 460 do STF e a Orientação Jurisprudencial n. 04 da SDI-I do C.

TST. Adite-se que esta atividade não se encontra amparada pela NR 15 da Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 54800-23.2006.5.15.0099 - Ac. 11ª Câmara 37.323/10-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 1º jul. 2010, p. 342.

59 - TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização de atividade-fim no âmbito bancário não impede o reconhecimento da condição de bancário do trabalhador terceirizado, com todos os direitos típicos da categoria, mesmo que a tomadora do serviço seja entidade estatal (art. 9º da CLT), uma vez que não houve reconhecimento de vínculo empregatício com a beneficiária final dos serviços (Súmula n. 331, II, do TST), mantida apenas a sua responsabilidade subsidiária. TRT/SP 15ª Região 103500-40.2008.5.15.0073 - Ac. 10ª Câmara 29.451/10-PATR. Rel. Renan Ravel Rodrigues Fagundes. DEJT 20 maio 2010, p. 282.

60 - TRABALHO EM CÂMARA FRIGORÍFICA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE JÁ PAGO PELO EMPREGADOR. DIREITO AO INTERVALO PREVISTO NO ART. 253 CONSOLIDADO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA TÉCNICA PARA APURAÇÃO DA TEMPERATURA DO AMBIENTE DO TRABALHO

Se o próprio empregado, enquanto desossador, sempre percebeu o pagamento do adicional de insalubridade, em razão de seu labor em câmara frigorífica, desnecessária a realização de perícia técnica para apuração da temperatura do ambiente do trabalho para efeitos de aplicação do intervalo de 20 minutos previsto no art. 253 do Texto Consolidado. Inaplicável in casu a Orientação Jurisprudencial n. 278 da SDI-I, do C. TST. INTERVALO INTRAJORNADA. ART. 253 DA CLT. COMPUTADO COMO TEMPO DE EFETIVO SERVIÇO. INCABÍVEL COINCIDIR COM O INTERVALO PREVISTO NO ART. 71 DA CLT. A falta de correspondência entre as naturezas dos intervalos previstos nos artigos 71 e 253 do Texto Consolidado impede a glosa deste por aquele. Enquanto o horário a ser fixado, nos moldes do art. 71 consolidado, deve ser descontado da jornada de trabalho do empregado, o período de descanso previsto no art. 253 da CLT deve ser computado como tempo de efetivo serviço. TRT/SP 15ª Região 25100-72.2009.5.15.0074 - Ac. 6ª Câmara 46.563/10-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 12 ago. 2010, p. 183.

61 - TRABALHO EM DOMINGOS E FERIADOS. IMPACTO DAS LEIS N. 10.101/2000 E N. 11.603/2007

Tendo em vista a conveniência e o interesse coletivos, o legislador

brasileiro estabeleceu exceções para as suas próprias regras trabalhistas de preferência de concessão do descanso semanal aos domingos e de proibição de labor nos feriados. Para tanto, atribuiu à autoridade competente em matéria de trabalho (Poder Executivo), expedir autorizações permanentes ou temporárias para o ativamente nesses dias, observando para aquelas e para essas o nível da necessidade social das atividades. As entendidas que não poderiam sofrer interrupção foram discriminadas no Decreto n. 27.048/1949. Por outro lado, também conferiu aos Municípios a competência para dispor sobre o tema, com a exigência de não-prejuízo aos atos normativos federais. E foi além: possibilitou ao comércio varejista em geral (esse entendido como a parcela residual dos ramos já não excepcionados) - pela Lei n. 10.101/2000, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.603/2007 -, o mesmo mourejo, por meio de negociação coletiva nesse sentido. No tocante aos mercados - alguns evoluídos para supermercados e parte desses para hipermercados -, a autorização é permanente, estando ela prevista no item 15 do grupo II (Comércio) do aludido decreto, não cabendo falar em necessidade de norma coletiva para a exigência do trabalho dos comerciários ligados a eles. TRT/SP 15ª Região 27600-46.2008.5.15.0107 - Ac. 12ª Câmara 7.792/10-PATR. Rel. José Pitas.

DEJT 25 fev. 2010, p. 159.

62 - TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADA. EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO EM QUE A EMPREGADA TRABALHA

Embora o risco do empreendimento deva ser suportado pelo empregador, o art. 469, § 2º da CLT é expresso em considerar lícita e não lesiva a transferência do empregado quando ocorrer a extinção do estabelecimento em que trabalhar. Vale mencionar, também, as palavras da ilustre jurista e magistrada Alice Monteiro de Barros: "A transferência por extinção do estabelecimento no local em que o empregado trabalha também é uma exceção à regra da inamovibilidade, pois poderá ocorrer de o empregador necessitar dos empregados em estabelecimento sediado em outro local. A recusa do empregado equivale a pedido de demissão (art. 469, § 2º, da CLT), salvo se portador de estabilidade decenária". (Curso de Direito do Trabalho, 2. ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 823). TRT/SP 15ª Região 53600-49.2008.5.15.0086 - Ac. 12ª Câmara 32.096/10-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 02 jun. 2010, p. 383.

63 - TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. PRESSUPOSTOS PARA VALIDADE

O acordo ventilado nos autos não atende aos mínimos padrões do que

se possa qualificar de negociação coletiva, mas trata-se sim um compromisso da empresa pela paga de horas de labor já desenvolvidas pelo trabalhador. Renúncia a direitos garantidos por norma de ordem pública merece sérias restrições, como é o caso dos autos, já que a fixação de jornada de trabalho nada mais é do que norma garantidora da sanidade física, mental e social do trabalhador. Inexiste falar-se na aplicabilidade da Súmula n. 423, do C. TST, uma vez que não se verificou presente a figura da "negociação coletiva", conforme alhures já debatido. Dá-se provimento. TRT/SP 15ª Região 131300-60.2007.5.15.0111 - Ac. 5ª Câmara 8.305/10-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 25 fev. 2010, p. 79.

64 - VALE-ALIMENTAÇÃO. CONCEDIDO POR TERCEIRO. NATUREZA SALARIAL. INTEGRAÇÃO

O fornecimento do vale-alimentação ocorria em razão do contrato de trabalho existente entre o reclamado e a reclamante, eis que a FAEPA se trata de Fundação de Apoio ao Ensino, Pesquisa e Assistência do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto. Ainda que parte do benefício seja concedido por terceiro, resta claro que é pago em razão do contrato de trabalho existente entre as partes, evidenciando sua natureza salarial. Neste

sentido, a Súmula n. 241 do C. TST. Os valores pagos a título de vale-alimentação, além disso, são superiores aos percentuais de salário *in natura* legalmente previstos, sendo forçoso concluir que a natureza da parcela foi desvirtuada, destinando-se ao incremento da remuneração dos empregados do reclamado. Ademais, ainda que a FAEPA seja vinculada ao PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador, tal fato em nada altera a conclusão acima, eis que tal fundação não é a real empregadora da reclamante. Recurso conhecido e não provido. TRT/SP 15ª Região 155000-02.2008.5.15.0153 - Ac. 5ª Câmara 8.261/10-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 25 fev. 2010, p. 71.

65 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NÃO CONFIGURADO. EX-DETENTA. TRABALHO DESENVOLVIDO PELA MUNICIPALIDADE DE CATANDUVA ("CASA MÃE"). NOBRE TENTATIVA DE REINTEGRAÇÃO À SOCIEDADE DESSAS MULHERES E DE SUAS FAMÍLIAS. ATRAVÉS DE SUA PROFISSIONALIZAÇÃO E SUA INTEGRAÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO

A reclamante é ex-detenta e confessou que, quando deixou a prisão com a suspensão condicional de sua pena, procurou uma assistente social da Prefeitura, para que lhe

arranjasse um trabalho, tendo sido encaminhada à "Casa Mãe", de Catanduva, SP. Lá, entre outros cursos, aprendeu a fazer serviços de confeitaria, vendendo bolachas que eram encaminhadas às lojas da cidade, cujo valor revertia integralmente para ela e suas colegas em igual situação (egressas ou pessoal de baixa renda). Nessa condição, também recebia donativos de voluntários, os quais eram repassados às ex-detentas pela "Casa Mãe", assim como: roupas pessoais, móveis para sua casa, ocorrendo até de ter sido beneficiada com a reforma e ampliação de sua residência, além de ganhar roupas de cama e toalhas de banho para a mesma. Como bem asseverou a N. Julgadora de 1º grau, Juíza Margarete Aparecida Gulmaneli: "Como se vê do depoimento da autora, o único trabalho que prestou sem que os frutos do mesmo revertssem a ela própria, foi para pessoa distinta da reclamada, ou seja, para o Asilo Nosso Lar como voluntária. Vale dizer, na relação jurídica confessada pela autora mostram-se ausentes as características inerentes ao contrato de trabalho, em especial a onerosidade, tendo em vista que a autora apenas se beneficiava da assistência oferecida pela reclamada às ex-detentas, sem receber salários desta e sem prestar qualquer trabalho cujos frutos revertssem em prol da mesma. Ou seja, na relação jurídica *sub examine* as partes não auferiam

vantagens recíprocas, de forma que não existiu a figura dos sujeitos da relação jurídica empregatícia previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, o que impõe o decreto de improcedência de todos os pedidos elencados na petição inicial, eis que decorrentes da pretensão da autora ao reconhecimento do contrato de trabalho.". TRT/SP 15ª Região 91000-14.2009.5.15.0070 - Ac. 12ª Câmara 12.082/10-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 11 mar. 2010, p.432.

66 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SUBORDINAÇÃO RETICULAR. CONFIGURAÇÃO

Dá-se a chamada subordinação reticular quando, não obstante o laborista tenha um controle relativo sobre suas funções, de forma supostamente autônoma, não detém a mesma autonomia com relação ao aspecto econômico da atividade empresarial. Na dúvida entre o trabalho dito "autônomo-dependente" e o empregado clássico, a boa regra de hermenêutica aconselha a não reduzir o potencial expansivo e protetivo do direito do trabalho. Nestas condições, com a existência simultânea dos demais elementos caracterizadores da relação de emprego, a saber; onerosidade, pessoalidade e habitualidade, deve-se reconhecer o vínculo empregatício, com a conseqüente descaracterização de outras formas de relação de traba-

lho. Recurso da ré a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 90100-94.2007.5.15.0007 - Ac. 9ª Câmara 31.019/10-PATR. Rel. Carlos Roberto do Amaral Barros. DEJT 02 jun. 2010, p. 280.

DIREITO PROCESSUAL

67 - AÇÃO ANULATÓRIA. CABIMENTO

Nos termos do art. 486 do CPC, aplicável nesta Justiça Especializada (CLT, art. 769), é cabível ação anulatória contra os atos judiciais que não dependem de sentença, ou ainda aqueles em que a sentença é apenas homologatória, sem enfrentamento do mérito. Na execução trabalhista, a ação anulatória pode ser manejada para desconstituir as decisões meramente homologatórias e, portanto, sem apreciação do mérito da controvérsia, a exemplo da simples homologação de cálculos, de adjudicação, remição ou, como se pretende nestes autos, da arrematação. Porém, não caberá a anulatória se já existir nos autos pronunciamento do mérito sobre a questão, em sede de embargos à execução, embargos à hasta pública (inclusive arrematação) ou ainda mediante agravo de petição. Em suma, a ação anulatória não é a via processual adequada para se pleitear a nulidade de sentença de

mérito. TRT/SP 15ª Região 20400-12.2009.5.15.0120 - Ac. 7ª Câmara 9.106/10-PATR. Rel. Renato Buratto. DEJT 04 mar. 2010, p. 888.

68 - AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. DESRESPEITO OBJETIVO PATRONAL AO ART. 93 DA LEI N. 8.213/1991. SUBSISTÊNCIA DO ATO ADMINISTRATIVO

Não há lugar, em sede de ação anulatória de Auto de Infração, para perquirir razões invocadas como "força maior", mas que na verdade traduzem embaraços criados pelo próprio empregador ao preenchimento da cota dos portadores de necessidades especiais. Sendo o ato administrativo revestido da presunção de legitimidade e veracidade, constituído sem qualquer mácula aos requisitos do art. 629 da CLT, e havendo o descumprimento objetivo ao preceito legal, não merece acolhida

a pretensão anulatória. Ademais, a intenção do art. 93 da Lei n. 8.213/1991 é a inserção do portador de deficiência no mercado de trabalho, o que há de se tornar letra morta, a ser tolerada a possibilidade de o empregador rejeitar este ou aquele candidato, invocando a falta de aptidões específicas ou exigindo seleção por refinados critérios. Recurso ordinário provido, para declarar subsistente o Auto de Infração e correlato Termo de Inscrição de Dívida Ativa. TRT/SP 15ª Região 77900-27.2009.5.15.0026 - Ac. 4ª Câmara 42.293/10-PATR. Rel. Olga Regiane Pilegis. DEJT 22 jul. 2010, p. 434.

69 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. FORNECIMENTO DE EPI'S E CONCESSÃO DE DESCANSO AOS DOMINGOS E FERIADOS. PERTINÊNCIA

O art. 129 da CF, o art. 5º, inciso I da Lei n. 7.347/1985 e os arts. 83 e 84 da Lei Complementar n. 75/1993 conferem legitimidade ativa para o Ministério Público do Trabalho ajuizar, na condição de substituto processual, Ação Civil Pública, com vistas à defesa de direitos sociais de integrantes da categoria de trabalhadores rurais, no sentido de compelir as empresas agroindustriais da lavoura da cana-de-açúcar e laranja a fornecerem equipamento de proteção individual e coletiva, a fim de proteger os trabalhadores

contra riscos inerentes ao ambiente de trabalho, conforme as normas regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assim como de obter provimento jurisdicional que determine às empresas concederem descanso nos domingos e feriados, nos termos garantidos pela Constituição e pela legislação trabalhista. Recurso conhecido e desprovido. TRT/SP 15ª Região 84100-66.2007.5.15.0011 - Ac. 10ª Câmara 23.152/10-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DEJT 22 abr. 2010, p. 278.

70 - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RO. INAPLICABILIDADE DO § 1º DO ART. 518 DO CPC QUANDO APENAS PARTE DA DECISÃO ESTÁ EM CONFORMIDADE COM SÚMULA DE TRIBUNAL SUPERIOR. PROCESSAMENTO CABÍVEL EM PROL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não há amparo legal para conferir interpretação ampliativa ao § 1º do art. 518 do CPC como supedâneo para denegar seguimento a RO quando apenas parte da decisão está em conformidade com Súmula de Tribunal Superior pois tal procedimento acarreta inequívoca violação ao devido processo legal, constitucionalmente garantido (art. 5, LIV e LV da CF/1988). TRT/SP 15ª Região 99600-71.2008.5.15.0001 - Ac. 1ª Câmara 9.473/10-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 04 mar. 2010, p. 613.

71 - AGRAVO DE PETIÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO FIRMADO POR EMPREGADO E EMPREGADOR APÓS O TRÂNSITO DA SENTENÇA. IRRELEVÂNCIA DA TRANSAÇÃO QUANTO AO DIREITO DE TERCEIRO NELA CONSAGRADO

É indubitoso que empregado e empregador, partes originárias em uma reclamação trabalhista, podem transigir, mesmo após o trânsito em julgado da sentença de mérito, quanto às verbas laborais deferidas. No entanto, ao celebrar acordo, as partes devem observar a natureza jurídica das parcelas deferidas em sentença, tendo em vista que o acordo firmado após a prolação da sentença da qual não cabe mais recurso configura *res inter alios acta*, atingindo tão-somente os acordantes e não os terceiros. Nessa esteira, as contribuições previdenciárias devem incidir sobre o valor do acordo, nos termos do art. 195 da CF de 1988, observando-se, contudo, a proporção das parcelas de natureza salarial e indenizatória constantes da sentença transitada em julgado, a fim de ser resguardado o crédito da União quanto à contribuição previdenciária devida (art. 832, § 6º, da CLT). TRT/SP 15ª Região 57400-16.2008.5.15.0109 - Ac. 4ª Câmara 34.524/10-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 17 jun. 2010, p. 201.

72 - AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INDEFERE LIMINARMENTE AGRAVO REGIMENTAL, POR INCABÍVEL. HIPÓTESE NÃO CONTEMPLADA NO REGIMENTO INTERNO. PROVIMENTO NEGADO

Como é cediço, o art. 281, inciso III, do Regimento Interno do TRT da 15ª Região, admite a interposição de agravo regimental para as Seções Especializadas tão-somente nas hipóteses de despachos dos relatores que indeferirem a petição inicial nos processos que lhes tenham sido distribuídos e concederem ou denegarem liminares nas ações de sua competência. Não merece processamento, assim, agravo regimental interposto em hipótese diversa. Agravo interno improvido. TRT/SP 15ª Região 297-19.2010.5.15.0000 - Ac. SDC 256/10-PADC. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 24 jun. 2010, p. 282.

73 - APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC NO PROCESSO DO TRABALHO. VIABILIDADE

A Constituição de 1988, além de realçar e valorizar os direitos e garantias individuais do cidadão, criou vários institutos com vistas a garantir o acesso à justiça, à efetividade processual e à duração razoável do processo, o que levou a sociedade a exigir cada vez mais a agilização da solução dos conflitos judiciais, entrando o tema morosi-

dade da justiça para a ordem do dia. Nessa esteira, com vistas a melhorar a agilidade da prestação jurisdicional e a sua efetividade, em obediência ao disposto no art. 7º da Emenda Constitucional n. 45/2004 - que instituiu comissão especial destinada a elaborar, no prazo de cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria tratada e à promoção de alterações na legislação no intuito de ampliar o acesso à Justiça e tornar mais célere a prestação jurisdicional - o legislador houve por bem promover várias alterações processuais, dentre as quais podemos apontar aquelas implementadas pela Lei n. 11.232/2005, que instituiu o procedimento relativo à fase de cumprimento da sentença no processo de conhecimento no âmbito do direito processual civil. E dentre as alterações de maior relevo encontra-se o disposto no art. 475-J do CPC. Poder-se-ia objetar quanto à aplicação do referido preceito legal no processo do trabalho, ao argumento de que a CLT não é omissa a esse respeito, tendo em conta o teor do disposto nos arts. 880 e 882 da CLT, o que impediria a satisfação dos requisitos previstos no art. 769 consolidado. No entanto, como já assinalado, as modificações referidas estão alicerçadas pelos pilares da efetividade processual e, essencialmente, pela razoável duração do processo, com os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, nos termos do inciso LXXVIII do art. 5º

da CF/1988 (inciso acrescentado pela Emenda Constitucional n. 45/2004). Com efeito, entendo que é plenamente possível a aplicação da regra preconizada no art. 475-J do CPC no processo do trabalho. A um pela sua inegável compatibilidade com as normas e princípios do processo trabalhista. A dois porque a CLT, no particular, apresenta lacuna, pois não previu qualquer sanção pecuniária no caso de descumprimento da decisão judicial que fixar o valor a ser pago ao credor trabalhista, cujo crédito possui natureza, inclusive, alimentar e, assim, privilegiado. Ademais, não se pode olvidar que a fixação de multa, tecnicamente, configura instituto de direito material e não, propriamente, de direito processual, o que também autorizaria a sua aplicabilidade ao âmbito trabalhista, em conformidade com o permissivo contido no art. 8º, parágrafo único, da CLT, o qual somente condiciona a aplicação do Direito Comum à compatibilidade com os princípios do Direito do Trabalho, o que é inegável, no caso, como já salientado. TRT/SP 15ª Região 123700-25.2008.5.15.0055 - Ac. 5ª Câmara 27.660/10-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 13 maio 2010, p. 759.

74 - AUDIÊNCIA ADIADA *SINE DIE*. NÃO ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. NÃO INTIMAÇÃO DAS PARTES PARA MANIFESTAÇÃO SOBRE

PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA EVIDENCIADO

O fato de não ter havido o encerramento da instrução, na audiência, mas, ao contrário, o chamamento conclusos para deliberações, com seu adiamento *sine die*, seguida, imediatamente, da prolação da r. sentença, sem qualquer intimação das partes para manifestação sobre outras provas, induz à conclusão de que efetivamente não tiveram os demandantes oportunidade de oitiva de depoimentos, inclusive testemunhais, ocorrendo cerceamento de defesa. Recurso a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 53200-78.2008.5.15.0007 - Ac. 6ª Câmara 46.558/10-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 12 ago. 2010, p. 182.

75 - BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA REGULARMENTE APRESENTADA. CONCESSÃO

Não condiz com a natureza da demanda trabalhista a exigência de expressões literais na declaração de pobreza. A prova do desprovimento de recursos para arcar com as custas processuais pode ser feita mediante simples declaração do requerente, cuja veracidade é presumida e eventuais falsidades sujeitam o declarante às sanções legais, nos termos da Lei n. 7.115/1983. TRT/SP 15ª Região 63700-28.2008.5.15.0130 - Ac. 10ª Câmara 45.829/10-PATR. Rel.

Antonio Francisco Montanagna. DEJT 12 ago. 2010, p. 280.

76 - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRADITA. AUSÊNCIA DE FACULDADE DO JUIZ. NECESSIDADE DO REQUERIMENTO PARA A OITIVA NA CONDIÇÃO DE INFORMANTE

Da leitura do disposto no § 4º do art. 405 do CPC, a oitiva de testemunha comprovadamente imprescindível, na condição de informante, não é mera faculdade do Juiz, pois o legislador conjugou o verbo no tempo imperativo ("ouvirá"). Quando o legislador quis, consignou que seria mera faculdade do Juiz, como, por exemplo, nas hipóteses da inquirição de testemunha referida (art. 418, I), acareação (art. 418, II) e inspeção judicial (art. 440). Portanto, o cerceamento do direito de defesa não ocorre quando o Juiz acolhe a contradita, pois será possível, em sede recursal, caso se demonstre que não seria a hipótese de acolhimento da contradita, dar maior credibilidade ao depoimento. Somente haverá cerceamento se, após acolher a contradita, o Magistrado se recuse a ouvir na condição de informante. Cerceamento de defesa rejeitado, ante a ausência de requerimento para a oitiva na condição de informante. TRT/SP 15ª Região 39100-48.2009.5.15.0116 - Ac. 4ª Câmara 19.201/10-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 08 abr. 2010, p. 195.

77 - COISA JULGADA. CAUSAS DE PEDIR DIVERSAS

Na hipótese em que há diferentes causas de pedir, entende-se, na forma dos §§ 1º e 2º do art. 301 do CPC, que não existe a coisa julgada. TRT/SP 15ª Região 60000-29.2008.5.15.0135 - Ac. 12ª Câmara 7.896/10-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 25 fev. 2010, p. 184.

78 - COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. EXECUÇÃO

A configuração da coisa julgada inconstitucional não ofende a Constituição Federal, por óbvio, na medida em que compete à lei infraconstitucional estabelecer quando e como ocorre a coisa julgada, sendo possível instituir seu desaparecimento. A questão ganha relevância, pois, do atual Estado-Juiz, muito se exige a interpretação e criação do Direito, considerando que as normas, cada vez mais, encerram conceitos abertos e indeterminados. Assim, não somente a coisa julgada inconstitucional, fruto de declaração do E. STF, enseja a inexecutabilidade, já que muitos casos de leis inconstitucionais nunca chegam ao controle concentrado do STF. Assim, a Lei Municipal declarada inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Estado dentro de sua competência constitucional, também, produz o efeito da coisa julgada inconstitu-

cional. Entretanto, para que se constitua óbice à execução do título é necessário que a declaração de inconstitucionalidade atinja a integralidade dos dispositivos que sustentam o julgado, já que a proteção à coisa julgada é medida que se impõe como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 5º, XXXVI, CF. No caso dos autos, um dos fundamentos da coisa julgada permanece intacto, não havendo que se falar em extinção da execução, portanto, pela ocorrência de coisa julgada inconstitucional, nos moldes do art. 475-L e 741, ambos do CPC, que fica afastada. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 39100-32.2002.5.15.0039 - Ac. 3ª Câmara 19.272/10-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 08 abr. 2010, p. 142.

79 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

À luz do art. 114 da CF, esta Especializada é competente para apreciar ação civil pública que busca tutela jurisdicional visando restringir a atuação empresarial na utilização de mão de obra carcerária, de modo a evitar a exploração em detrimento dos próprios detentos e da sociedade economicamente ativa da localidade. TRT/SP 15ª Região 41600-72.2009.5.15.0024 - Ac. 4ª Câmara 37.670/10-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 1º jul. 2010, p. 128.

80 - COMPETÊNCIA MATERIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SENTENÇA DECLARATÓRIA RECONHECENDO VÍNCULO EMPREGATÍCIO NÃO REGISTRADO EM CARTEIRA. PERTINÊNCIA

Da competência desta Especializada a "execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir". Nesse contexto, e com a devida "vênia" do entendimento sufragado pelo C. TST através do inciso I de sua Súmula n. 368, por sentenças que proferir deve se entender não só as condenatórias, como também as declaratórias de vínculo. Essa questão acabou resolvida legalmente, consoante se vislumbra do parágrafo único do art. 876 da CLT, a partir da redação da Lei n. 11.457/2007, o qual prevê ser "executadas ex officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido", pondo fim à questão da competência material desta Justiça no referido aspecto. Agravo provido para determinar a cobrança das contribuições previdenciárias a partir da sentença declaratória reconhecendo vínculo empregatício até então clandestino às anotações em carteira. TRT/SP 15ª

Região 143200-80.2007.5.15.0130 - Ac. 10ª Câmara 43.494/10-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DEJT 29 jul. 2010, p. 202.

81 - COMPETÊNCIA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. NORMA CONTRATUAL Tratando-se de pedido de complementação de aposentadoria, que decorre do contrato de trabalho e das normas regulamentares e coletivas a ele inerentes, a competência para processar e julgar a lide é da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114 da CF. TRT/SP 15ª Região 164000-83.2007.5.15.0016 - Ac. 1ª Câmara 33.540/10-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 17 jun. 2010, p. 101.

82 - COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE REMUNERAÇÃO PAGA DURANTE A VIGÊNCIA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO. SENTENÇA DECLARATÓRIA DA RELAÇÃO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. NÃO RECONHECIMENTO

A competência atribuída pela EC n. 20/1998 à Justiça do Trabalho se restringe à execução das contribuições previdenciárias decorrentes das sentenças condenatórias ou homologatórias de acordo que proferir. Vale dizer, não se lhe atribui competência para resolver dúvidas previdenciárias, ainda que

decorrentes de contrato de trabalho reconhecido em juízo, que tenham por fato gerador pagamento de salários ou verbas salariais não postuladas ou deferidas em sentença. Ao revés, admitir-se-ia a concentração, sob essa Justiça Especializada, de competência previdenciária ampla, em agressão ao próprio limite imposto pelo texto constitucional. Inteligência do inciso VIII do art. 114, CF (com a redação dada pela EC n. 45/2004) e art. 876, CLT. TRT/SP 15ª Região 88800-07.2007.5.15.0037 - Ac. 4ª Câmara 34.471/10-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 17 jun. 2010, p. 190.

83 - COMPETÊNCIA. TRABALHADOR. VÍTIMA FATAL

A despeito da Súmula n. 366 do STJ, o STF - Supremo Tribunal Federal -, pela maioria de sua composição plenária, decidiu que a competência para julgar a pretensão de cônjuge, filhos ou outro sucessor ou dependente do operário é da Justiça do Trabalho, pelo conflito n. 7.545. DETENTOR DE ANIMAL. CULPA OBJETIVA. Na forma do art. 936 do CC, "O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.". TRT/SP 15ª Região 95400-49.2008.5.15.0024 - Ac. 12ª Câmara 23.553/10-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 29 abr. 2010, p. 879.

84 - CONTAMINAÇÃO QUÍMICA

DO AMBIENTE DE TRABALHO E DA PESSOA DO TRABALHADOR. DANOS MATERIAIS E MORAIS

A especialidade médica toxicológica é uma das mais raras no Brasil atualmente, ressentindo-se os processos judiciais que versam sobre contaminação ambiental de profissionais especializados em contaminação química ou em metais pesados. Sabe-se que a contaminação química é causadora de doenças silenciosas nos seres humanos e nem sempre detectáveis por exames clínicos. A etiologia é, não raro, difícil, dada a singularidade da reação de cada organismo ao contato com os agentes químicos contaminantes, com repercussões nem sempre idênticas de um para o outro indivíduo. Em alguns, uma substância pode causar uma simples dermatite, enquanto em outros o mesmo agente pode desencadear um processo cancerígeno letal. Em um caso como o presente é imprescindível a análise conjunta entre o exame clínico circunstanciado realizado no autor e o Laudo Ambiental. Vale ressaltar que todos os metais pesados referidos no Parecer Técnico do Toxicologista foram confirmados in loco no local de trabalho de autor, de acordo com o Laudo Pericial Ambiental. Ou seja, a existência do nexo causal entre o ambiente de trabalho e os sintomas apresentados pelo autor foi largamente comprovada, tendo sido feito o

alerta pelo especialista em toxicologia que muitos outros sintomas podem aparecer após passado o período de latência de alguns compostos químicos aos quais o autor esteve exposto durante anos de sua atividade laborativa. Recurso a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 128700-37.2005.5.15.0111 - Ac. 2ª Câmara 36.706/10-PATR. Rel. Mariane Khayat. DEJT 1º jul. 2010, p. 57.

85 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. COBRANÇA. REQUISITOS. INTIMAÇÃO DO DEVEDOR. NECESSIDADE

Para a cobrança da contribuição sindical rural é indispensável a comprovação da notificação do devedor acerca da emissão da respectiva guia de recolhimento. TRT/SP 15ª Região 185700-14.2005.5.15.0137 - Ac. 1ª Câmara 12.769/10-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 18 mar. 2010, p. 615.

86 - CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE ATO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE LIDE. INEXISTÊNCIA DE ANTECEDENTE LÓGICO E NECESSÁRIO RELATIVO À UMA LIDE. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS *ERGA OMNES*. INVIABILIDADE

Não se vislumbra a existência de pretensão de controle de inconstitucionalidade, por método difuso, em se tratando de ação perante a

jurisdição ordinária que tenha por objeto declarar, de forma genérica, a inconstitucionalidade de um ato normativo do Ministério do Trabalho - Portaria SIT/DSSST n. 9 de 30.03.2007 - que instituiu jornada reduzida de seis horas para os profissionais da área de "teletendimento/telemarketing". Não há, portanto, pedido de tal declaração de inconstitucionalidade da referida norma no bojo de uma lide, quando se pretende, com isso, assegurar a jornada de 08 (oito) horas de trabalho diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, para todos integrantes da categoria, evitando autuações da fiscalização do Ministério do Trabalho. A pretensão tem característica de declaração de inconstitucionalidade *in abstracto*, o que só é viável mediante ação direta, preconizada pelo art. 102, I, "a", da CF, cuja competência é originária do STF e só pode ser proposta por quem tenha legitimação qualificada e exclusiva, como os entes e órgãos designados exaustivamente no art. 103 da Carta Magna. Da leitura da peça de ingresso não se percebe a existência que há uma lide veiculada por meio de uma reclamação trabalhista e que, para a sua resolução, se torne indispensável que o juiz se pronuncie, incidentalmente, acerca de um antecedente lógico e necessário, qual seja, a declaração da constitucionalidade ou não de um ato normativo que se pretende que rege o conflito. Não se trata,

portanto, de pedido de controle judicial de constitucionalidade por método difuso ou concreto, mas concentrado ou *in abstracto* cuja decisão que tenha eficácia *erga omnes*, não se limitando, os seus efeitos, aos litigantes. Tanto é verdade que a ação não foi proposta por empregado em face do empregador ou vice versa, mas pela empresa em face da União. Reforma-se r. sentença *a quo*, para, *ex officio*, declarar as autoras carecedoras da ação e, com suporte no art. 267, IV, do CPC, extinguir o processo sem resolução do mérito. TRT/SP 15ª Região 93300-48.2008.5.15.0016 - Ac. TP 56/10-PPLJ. Rel. José Antonio Pancotti. DEJT 17 jun. 2010, p. 3.

87 - CUSTAS. GUIA DARF. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO. DESERÇÃO

Não se conhece do recurso ordinário, por irregularidade no preenchimento da guia DARF, consistente na ausência de identificação do número do processo e da Vara de Origem, posto não se poder certificar que o valor consignado na guia de recolhimento diga respeito à mesma reclamatória trabalhista, impossibilitando a vinculação/movimentação segura da despesa processual no presente feito ou perante os demais órgãos da Administração Federal. ANTECIPAÇÃO DE PROTOCOLO DAS RAZÕES RECURSAIS. EXTEMPORANEIDADE: O ato

processual que dá início à contagem do prazo recursal está no art. 506 do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, e contém regra específica acerca da contagem dos prazos recursais, no caso, a publicação no órgão oficial. Antecipado o protocolo das razões recursais antes do dies a quo, extemporâneo o apelo. TRT/SP 15ª Região 157800-35.2008.5.15.0013 - Ac. SDC 44/10-PDCM. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 28 jun. 2010, p. 18.

88 - EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO EM FACE DE MAGISTRADO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TRIBUNAL

A EC n. 24/1999, que alterou dispositivos da Constituição da República pertinentes à representação classista na Justiça do Trabalho, inclusive alterando a redação do art. 116 da referida norma ápice para estabelecer que "Nas Varas do Trabalho, a jurisdição será exercida por um juiz singular", revogou, por incompatibilidade, o art. 653, alínea "d", da CLT. sendo a competência originária para processar e julgar a exceção do Tribunal ao qual estiver vinculado o excepto, seguindo o procedimento da exceção os preceitos contidos no CPC e no Regimento Interno do Tribunal, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes (art. 96, I, da Constituição da República), tanto

que o art.54 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, em seu inciso XX, acrescentado pelo Assento Regimental n. 1, de 8 de janeiro de 2010, estabelece que compete a cada Câmara julgar as exceções de suspeição ou impedimento opostas pelas partes contra magistrados. **ADVOGADO. ILEGITIMIDADE PARA OPOR EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO EM NOME PRÓPRIO. EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.** A parte passiva na exceção de suspeição é a pessoa física do juiz, não o juízo onde o magistrado exerce sua função jurisdicional, sendo a parte ativa o autor, o réu, o oponente, o litisdenunciado, o chamado ao processo, o assistente litisconsorcial, e, também, o Ministério Público, tanto quando atua como fiscal da lei como quando atua como parte, na forma dos artigos 81, 82 e 304 do CPC, não podendo o advogado, sozinho e em nome próprio, arguir o juiz de suspeito (cf. Nery Junior, Nelson e Nery, Rosa Maria de Andrade. CPC comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: RT, 2006), sendo de rigor, assim, a extinção do processo sem resolução do mérito em relação à suspeição arguida, nos termos do art. 267, I, c/c art. 295, II, do CPC, devendo tal condição ser reconhecida, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, na forma dos artigos 267, § 3º e 301, § 4º, ambos do CPC. TRT/SP 15ª Região 217100-94.2009.5.15.0011 -

Ac. 8ª Câmara 15.082/10-PATR. Rel. João Batista da Silva. DEJT 25 mar. 2010, p. 230.

89 - GRATUIDADE DA JUSTIÇA. MÁ-FÉ

Não se confunde a litigância de má-fé com a gratuidade da justiça. Preenchidos os requisitos legais outorgantes da justiça gratuita, fica o trabalhador isento do recolhimento de custas, independentemente do seu comportamento processual, que poderá ser cominado com multa, cuja natureza não é abrangida pela gratuidade da justiça, sob o risco de se admitir que a desonestidade é atributo exclusivos dos ricos. TRT/SP 15ª Região 25000-85.2008.5.15.0096 - Ac. 12ª Câmara 26.271/10-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 06 maio 2010, p. 313.

90 - JUSTIÇA GRATUITA. DISPENSA DO DEPÓSITO PRÉVIO RECURSAL E DAS CUSTAS. EMPREGADOR PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE

Com a edição da Lei Complementar n. 132/2009 que inseriu o inciso VII do art. 3º na Lei n. 1.060/1950, não mais se justifica a manutenção da deserção do recurso ordinário por falta de comprovação do recolhimento do depósito prévio e das custas quando a reclamada, pessoa física, comprovar que não tem condições de arcar com esse ônus. Agravo de Instrumento provido. TRT/SP 15ª Região 204800-

20.2008.5.15.0049 - Ac. 7ª Câmara 17.309/10-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 08 abr. 2010, p. 330.

91 - PRESCRIÇÃO BIENAL. SENTENÇA TERMINATIVA. REJEIÇÃO PELA INSTÂNCIA REVISORA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. POSSIBILIDADE

Conquanto ampla a devolutividade prevista no art. 515, § 3º, do CPC, perfeitamente possível certa margem de discricionariedade ao Colegiado para, no caso de afastar a prescrição acolhida na instância a quo, decidir sobre a pertinência da devolução dos autos à origem, considerando, em especial, princípios da sistemática recursal (*tantum devolutum quantum appellatum e non reformatio in pejus*), além do ato volitivo do recorrente que, de forma taxativa, pretendeu limitar o âmbito da devolutividade (princípio dispositivo). TRT/SP 15ª Região 22700-12.2009.5.15.0066 - Ac. 10ª Câmara 22.660/10-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 22 abr. 2010, p. 308.

92 - RECURSO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DA MULTA

A exigência de depósito prévio como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo (art. 636, § 1º, CLT) assola os princípios do direito de defesa e do devido processo legal, que preci-

sam ser preservados. Os pleitos administrativos inserem-se no âmbito do direito de petição e, portanto, são constitucionalmente assegurados, livre do pagamento de taxas (art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a"). Obstáculos, como a imposição de depósito prévio, acabam por suprimir, na prática, tal direito. Essa exigência também caracteriza inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da isonomia, pois são privilegiados os que possuem mais recursos materiais, em detrimento dos demais. Súmula Vinculante n. 21 do C. STF. TRT/SP 15ª Região 31700-83.2008.5.15.0094 - Ac. 1ªSDI 369/10-PDI1. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 27 maio 2010, p. 578.

93 - RECURSO DA RECLAMADA COMPROMISSO E SENTENÇA ARBITRAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL. NULIDADE

A resolução de conflitos na seara trabalhista por meio de arbitragem encontra expressa previsão constitucional no regramento insculpido no art. 114, § 1º e § 2º, da CF, aplicável, ordinariamente, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, sendo descabida a utilização do instituto na esfera individual, haja vista a característica de indisponibilidade que norteia os direitos trabalhistas. TURNO ININTER-RUPTO DE REVEZAMENTO. HORAS EXTRAS. DIVISOR 180. O reconhecimento do labor em turno ininterrupto de revezamento

remete à observância da jornada estipulada no art. 7º, inc. XIV, da CF, devendo ser adotado o divisor 180 para apuração do salário hora, apresentando-se incorreta a remuneração da jornada suplementar com base no divisor 220. DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADO. A culpa do empregador pelo inadimplemento das verbas remuneratórias não exime a responsabilidade do empregado pelos recolhimentos fiscais e previdenciários que recaiam sobre sua quota-parte. Inteligência da OJ n. 363 da SBDI-1 / TST. RECURSO DO RECLAMANTE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. PRESCRIÇÃO. CAUSA INTERRUPTIVA. O reconhecimento do direito por ato inequívoco do devedor é causa interruptiva da prescrição do direito de ação - art. 202, VI, do CCB. TRT/SP 15ª Região 5300-89.2005.5.15.0109 - Ac. 1ª Câmara 14.405/10-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 18 mar. 2010, p. 635.

94 - REGISTRO SINDICAL PRECÁRIO. OBTENÇÃO EM TUTELA ANTECIPADA. MEDIDA REVOGADA POSTERIORMENTE. EFEITOS

Conforme previsto no § 4º do art. 273 do CPC, a tutela antecipada pode ser revogada a qualquer tempo, levando à reversibilidade das situações jurídicas criadas por ela (exegese e sistematização do § 2º

do mesmo artigo). Assim sendo, o registro sindical determinado por meio dela não é capaz de gerar qualquer efeito a partir de sua revogação, a qual importa necessariamente no retorno ao estado anterior a esse registro, revigorando a representação sindical existente até então, por sindicato pré-existente, por federação ou por confederação. TRT/SP 15ª Região 105100-73.2005.5.15.0050 - Ac. 12ª Câmara 36.113/10-PATR. Rel. Desig. Eurico Cruz Neto. DEJT 24 jun. 2010, p. 614.

95 - REPRESENTATIVIDADE SINDICAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE

As categorias, tanto econômicas como profissionais, são definidas, em regra, levando-se em consideração a atividade preponderante desenvolvida pelo empregador e, excepcionalmente, levando em consideração a profissão ou atividade específica do empregado (categoria diferenciada, art. 511, §3º, da CLT). Havendo nos autos provas da existência de sindicato que represente trabalhadores da atividade preponderante da empresa, não procede o pedido de declaração do enquadramento em sindicato que representa trabalhadores das atividades secundárias da empresa. TRT/SP 15ª Região 29400-85.2009.5.15.0136 - Ac. SDC 98/10-PADC. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 11 mar. 2010, p. 19.

96 - RESPONSABILIDADE OBJETIVA. APLICAÇÃO NA APURAÇÃO DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. DIREITO FUNDAMENTAL DO TRABALHADOR COMO CIDADÃO E SER HUMANO. INCIDÊNCIA DO ART. 225, § 3º, DA CF

A responsabilidade objetiva aplica-se na apuração dos danos ao meio ambiente do trabalho, haja vista tratar-se um direito fundamental do trabalhador como cidadão e ser humano, nos moldes do art. 225, § 3º, da CF. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ABRANGÊNCIA DOS FILHOS DOS TRABALHADORES, AUTÔNOMOS E PRESTADORES DE SERVIÇOS QUE ATUARAM NA PLANTA INDUSTRIAL DA SHELL, CYANMID E BASF EM PAULÍNIA/SP. INCIDÊNCIA DO ART. 114 DA CF. Não há como afastar a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114 da CF de 1988 quanto aos filhos dos ex-trabalhadores, autônomos e prestadores de serviços que atuaram na planta industrial da Shell, Cyanamid e Basf, em Paulínia/SP, uma vez que as doenças por eles adquiridas ou as mutações e deficiências genéticas sofridas se deram em razão do contato mantido por seus pais com elementos químicos altamente tóxicos durante a relação de trabalho havida com as empresas acima referidas. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO. PRESENTES OS

REQUISITOS DA PROVA INEQUÍVOCA E DA VERROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO PREVISTOS NO ART. 273 DO CPC.

Presentes dos requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação previstos no art. 273 do CPC e aptos a amparar a antecipação de tutela deferida na origem, tendo em vista que a própria Shell admitiu a existência de contaminação ambiental por intermédio da autodenúncia oferecida ao Ministério Público Estadual de Paulínia, os diversos laudos e avaliações elaborados no decorrer dos anos por entidades privadas e públicas e que corroboram a contaminação e a exposição dos trabalhadores a situações de risco dela decorrentes, assim como os documentos que revelam diagnósticos em ex-funcionários de várias moléstias que os produtos químicos e altamente tóxicos podem ocasionar. FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. EXISTÊNCIA. ADOECIMENTO E FALECIMENTO, COM O PASSAR DOS ANOS, DE TRABALHADORES, TERCEIRIZADOS E AUTÔNOMOS QUE PRESTARAM SERVIÇOS PARA AS EMPRESAS SHELL, CYANAMID E BASF EM PAULÍNIA/SP. CARACTERIZAÇÃO DA HIPÓTESE LEGAL PREVISTA NO INCISO 1º DO ART. 273 DO CPC. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação justifica-se pelo fato de os ex-trabalhadores,

terceirizados e autônomos que prestaram serviços para as empresas Shell, Cyanamid e Basf, em Paulínia/SP, assim como seus filhos, estão comprovadamente adoecendo com o passar dos anos, desenvolvendo moléstias equivalentes àquelas que os compostos químicos e altamente tóxicos manuseados e produzidos na unidade industrial podem causar, sendo que muitos deles já vieram a óbito. OBRIGAÇÃO DE FAZER EM CONTRATAR PLANO DE SAÚDE VITALÍCIO, SEM EXIGÊNCIA DE QUALQUER CARÊNCIA E DE ABRANGÊNCIA NACIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SEU CUMPRIMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. POSSIBILIDADE DO MAGISTRADO DETERMINAR PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA ASSEGURAR O RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE AO DO ADIMPLEMENTO, COM FULCRO NO ART. 461, CAPUT, COMBINADO COM OS §§ 3º E 5º DO CPC. CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO DE FAZER EM OBRIGAÇÃO DE CUSTEAR PREVIAMENTE DESPESAS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE DAS TUTELAS. NORMA PROCESSUAL ABERTA. A determinação de contratar plano de saúde vitalício, sem exigência de qualquer carência e de abrangência nacional encontra óbice no princípio da autonomia da vontade, pois não há como obrigar terceiros a

contratarem com as impetrantes. Em casos como estes, compete ao Magistrado valer-se do disposto no art. 461, caput, combinado com seus §§ 3º e 5º, do CPC, de modo a determinar as providências necessárias para assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, impondo-se a conversão da obrigação de fazer em contratar planos de saúde vitalícios, com terceiros, na obrigação de custear previamente as despesas correspondentes aos ex-trabalhadores, empregados da Shell Brasil S.A., da Basf S.A. ou das empresas por elas contratadas, prestadores de serviços autônomos e dos filhos desses obreiros nascidos no curso ou após tais contratações, consoante suas necessidades. Arrima-se no princípio da fungibilidade das tutelas, o qual confere ao magistrado o poder de deferir a transmutação para assegurar a prestação da tutela específica ou a obtenção do resultado equivalente. Trata-se de norma processual aberta, conferindo maior poder ao magistrado para fazer a adequação necessária e proporcional em rumo à efetiva tutela dos direitos. TRT/SP 15ª Região 5200-34.2009.5.15.0000 - Ac. SDI1 190/10-PDI1. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DEJT 15 abr. 2010, p. 531.

97 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
Ao contrário do que acontece nos

casos de terceirização previstos na Súmula n. 331 do C. TST, na concessão de serviço público, cujo contrato é regulado pelo art. 175 da CF e pela Lei n. 8.987/1995, a municipalidade não é a real beneficiária da prestação de serviço, eis que o serviço público foi delegado para uma empresa privada, por meio de processo licitatório, com a expressa cominação, tanto legal como contratual, de execução da atividade empreendida em seu próprio nome e por sua conta e risco. Nos termos do art. 31 da Lei n. 8.987/1995, a contratação realizada pela concessionária não estabelece qualquer relação entre os terceiros contratados e o poder concedente. A incumbência de regulamentar, fiscalizar e punir, assim como a possibilidade de intervenção e encampação do serviço, previstas pelo art. 29 da mesma lei, não descaracteriza a natureza jurídica do contrato, o qual se configura como verdadeira delegação de execução do serviço público e não apenas sua efetivação por meio de interposta pessoa. Por tal razão, o Município não pode ser condenado subsidiariamente pelos haveres deferidos ao empregado da concessionária. TRT/SP 15ª Região 64800-85.2008.5.15.0043 - Ac. 5ª Câmara 17.679/10-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 08 abr. 2010, p. 236.

98 - RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE

SERVIÇOS EM PROCESSO AUTÔNOMO, POSTERIOR ÀQUELE MOVIDO CONTRA O REAL EMPREGADOR OU PRESTADOR DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA

Não é possível o ajuizamento de ação autônoma para responsabilização do tomador de serviços, já que essa responsabilidade, se existente, é meramente subsidiária e, assim, está vinculada à condenação da empresa prestadora de serviços, devendo ser declarada nos mesmos autos em que foi parte o prestador de serviços e que se procedeu a essa condenação. O ajuizamento de processos autônomos, distintos, contra cada uma das partes passivas: prestador de serviços ou tomador de serviços poderia ensejar, por exemplo, duplicidade de pagamentos, o *bis in idem*, vedado por nosso ordenamento jurídico. Além disso, ensejaria o absurdo de que o reclamante pudesse escolher entre duas decisões: uma desfavorável e a outra favorável. E o inciso IV da Súmula 331, do C. TST, é claro ao exigir que o tomador de serviços tenha participação da relação processual e conste também do título executivo judicial, tendo em vista o que aduzem os arts. 47 e 70, do CPC (litisconsórcio necessário). Essa exigência significa que o obreiro, ao interpor ação trabalhista contra o seu empregador, deverá

incluir também o beneficiário direto de seu trabalho para que seja responsabilizado subsidiariamente em caso de inidoneidade financeira ou econômica do devedor principal. Concluindo: não cabe, em ação autônoma, pleitear a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, pois a mesma, como o próprio nome diz, é apenas um reforço da responsabilidade principal. Assim, aquele reclamante que só postulou a reclamação contra seu empregador, prestador de serviços, e não conjuntamente com o tomador dos mesmos, deixou precluir o direito que teria no sentido de contar com sua responsabilidade subsidiária, ocorrendo a coisa julgada quanto ao objeto daquela reclamatória. COISA JULGADA. REPRODUÇÃO DE PEDIDO ANTERIORMENTE AJUIZADO, COM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. Resta configurada, indubitavelmente, a coisa julgada, posto que o pedido formulado na presente lide já foi devidamente apreciado nos autos de outra reclamatória, cuja decisão transitou em julgado. Extingue-se o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, V, do CPC. RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DE SERVIÇOS EM PROCESSO AUTÔNOMO, POSTERIOR ÀQUELE MOVIDO CONTRA O REAL EMPREGADOR OU PRESTADOR DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE. LITISCON-

SÓRCIO NECESSÁRIO. PRECLUSÃO. OCORRÊNCIA DE COISA JULGADA. Reporte-se à criteriosa decisão da Primeira Vara do Trabalho de Vitória, proferida pela Excelentíssima Juíza do Trabalho Helen Mable Carreço Almeida Ramos, nos autos do Processo TRT 17ª Região n. 770-2008-001-17-00-1: "I - Responsabilidade Subsidiária - Ação Autônoma. Afirma o Reclamante que foi contratado pela PROMENTEC SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA para trabalhar em favor do Estado do Espírito Santo, a qual não depositou corretamente o FGTS nem tampouco pagou as verbas rescisórias. Em razão desse fato, ajuizou reclamação trabalhista em face daquela empresa e do Estado (12.2007.012.17.00-6), na qual o Estado foi excluído da lide e celebrado acordo com a PROMENTEC, acordo esse que não foi cumprido pela empresa. Pleiteia, assim, a condenação do Estado do Espírito Santo ao pagamento de verbas rescisórias, ao fundamento de que o Reclamado, na qualidade de tomador de serviços, é responsável subsidiário pelo pagamento das verbas não pagas ao longo do contrato de trabalho. A Reclamada impugna o pleito afirmando não ser possível o ajuizamento de ação autônoma para responsabilização do tomador de serviços, já que essa responsabilidade, se existente, é meramente subsidiária e, assim, está vinculada à condenação da

empresa prestadora de serviços, devendo ser declarada nos mesmos autos em que se procedeu a essa condenação. A pretensão do Autor não pode ser acolhida, pois a responsabilidade do tomador de serviços é meramente subsidiária e deve ser apurada no mesmo processo em que foi parte o tomador de serviços. Com efeito, o ajuizamento de processo autônomo poderia ensejar, por exemplo, a duplicidade de pagamentos, eis que o Reclamante detém título executivo judicial proveniente do Processo 12.2007.012.17.00-6 e também passaria a deter título executivo judicial nos presentes autos, relativo às mesmas parcelas. Por fim, o Estado do Espírito Santo, embora tenha sido incluído na lide, não prosseguiu na relação processual instituída nos autos do Processo n. 12.2007.012.17.00-6. Ora, o inciso IV da Súmula n. 331 é claro ao exigir que o tomador dos serviços tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. Essa exigência significa que o obreiro, ao interpor ação trabalhista contra o seu empregador, deverá incluir também o beneficiário direto do trabalho para que seja responsabilizado subsidiariamente em caso de inidoneidade financeira ou econômica da devedora principal. Assim, para a responsabilização subsidiária do Estado do Espírito Santo era imprescindível que ele constasse no

título executivo judicial existente nos autos do processo n. 12.2007.012, não cabendo, em ação autônoma, pleitear a responsabilidade subsidiária do Estado, pois a mesma, como o próprio nome diz, é apenas um reforço da responsabilidade principal.". TRT/SP 15ª Região 66300-79.2009.5.15.0035 - Ac. 12ª Câmara 32.882/10-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 17 jun. 2010, p. 429.

99 - SIMULAÇÃO. ART. 167, §1º, I, CC

Alienação de veículo à sogra do executado (testa de ferro) com o fito de evitar que os bens constantes do patrimônio do genro sejam atingidos por constrições decorrentes de execuções judiciais da qual este é sujeito passivo. Quando concluir o magistrado que as partes estão manejando a relação processual para praticar ato simulado, deverá proferir sentença que obste aos objetivos das partes. Não há que se alegar impenhorabilidade do bem que se encontra alienado fiduciariamente, pois nada impede que as cotas que já se incorporaram ao patrimônio do devedor sejam objeto de constrição judicial, além do fato da embargante não deter legitimidade para pleitear em nome da instituição financeira. TRT/SP 15ª Região 5500-43.2009.5.15.0049 - Ac. 11ª Câmara 10.181/10-PATR.

DIREITO RURAL

100 - CORTE DE CANA. SALÁRIO PRODUÇÃO. HORAS EXTRAS

No corte da cana o salário produção atenta contra o princípio constitucional da função social da propriedade, não constitui sistema que implique melhoria da condição social e econômica do trabalhador, induz o empregado a um extenuante regime de sobrelabor pela subsistência, expondo-o a riscos e desgaste acelerado de seu arcabouço biológico, implica num sistema perverso do qual só globalmente resulta valor minimamente satisfatório para a subsistência se toda a família estiver empenhada neste processo, alienando-a a ponto de deixar de ser, na acepção humanista do termo, uma família, retira da prole qualquer perspectiva futura, decorre de manobra contábil com o objetivo de afetar a equação salário versus trabalho e constitui um atentado jurídico às normas de proteção para trabalhos repetitivos que ensejam sobrecarga muscular. Destas premissas resulta concluir

que nula é a cláusula de remuneração por produção, admitindo-se que tudo o que pago, pela média, o fora como contraprestação da jornada ordinária, impondo-se o pagamento não só de adicionais e reflexos, mas também das horas extras em si. Recurso Ordinário obreiro ao qual se dá provimento à unanimidade. TRT/SP 15ª Região 126500-77.2009.5.15.0156 - Ac. 11ª Câmara 45.041/10-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DEJT05 ago. 2010, p. 653.

101 - DANOS MORAIS. RURÍCOLA. SUBMISSÃO DO EMPREGADO A CONDIÇÕES DE TRABALHO DEGRADANTES. INDENIZAÇÃO REPARATÓRIA DEVIDA

A presente controvérsia bem demonstra como os interesses meramente materiais, na busca desmedida pelo lucro, ainda se sobrepõem ao respeito à dignidade do ser humano. Restou demonstrado nos autos que o reclamante foi

transportado, juntamente com outros empregados da ré, de Morro Agudo/SP para trabalhar na colheita da cana-de-açúcar no município de Porteirão, estado de Goiás, local em que permaneceu por cerca de três meses, alojado com aproximadamente 250 pessoas em uma fazenda distante da cidade, em condições desumanas e degradantes, destacando-se a precariedade e a insuficiência da alimentação, as péssimas condições de utilização e higiene das instalações sanitárias, além da deficiência no fornecimento de energia elétrica e suprimento de água. O reprovável procedimento do empregador, causou evidente sofrimento físico e moral ao reclamante, afetando sua dignidade como ser humano, circunstância que justifica plenamente a indenização fixada pelo MM. Juízo de

origem. Recurso ordinário da reclamada ao qual se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 187100-98.2008.5.15.0156 - Ac. 10ª Câmara 19.946/10-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 15 abr. 2010, p. 936.

102 - PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RURÍCULA

A prescrição quinquenal aplicável ao rural instituída pela EC n. 28, não pode ser adotada de imediato quando o contrato de trabalho tiver sido extinto antes de sua vigência, sob pena de ferir direito adquirido ou ato jurídico perfeito. CONHECIDO E PROVIDO. TRT/SP 15ª Região 116300-73.1998.5.15.0066 - Ac. 9ª Câmara 8.793/10-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DEJT 04 mar. 2010, p. 941.

EXECUÇÃO

103 - ADJUDICAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VALOR DE TRIBUTOS. SUB-ROGAÇÃO NO PREÇO. CRÉDITO TRABALHISTA. PRIVILÉGIO. PROTEÇÃO LEGAL

O quanto previsto no art. 130, parágrafo único, do CTN deve ser interpretado em conjunto com o próprio art. 186, caput, do mesmo diploma legal; e, observando-se que, em vista da preferência do crédito trabalhista sobre o crédito tributário, levada em conta a valoração axiológica daí decorrente, tem-se que não se pode negar ao adjudicante-credor trabalhista o mesmo privilégio guardado aos arrematantes em geral no que toca à ausência de responsabilidade tributária em relação ao bem que se adquire e tendo por marco a data anterior à aquisição da propriedade pela homologação do ato de alienação forçada pela via judicial - no caso, a adjudicação. Provejo, pois, o agravo de petição para fixar que a carta de adjudicação deve ser

expedida constando que os adquirentes têm afastada a responsabilidade pela comprovação dos tributos incidentes sobre os bens imóveis objeto da cizânia constituídos até a data da homologação da adjudicação. TRT/SP 15ª Região 24701-42.2005.5.15.0152 - Ac. 8ª Câmara 15.191/10-PATR. Rel. Desig. Thomas Malm. DEJT 25 mar. 2010, p. 253.

104 - ARREMATAÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. NULIDADE DE ARREMATAÇÃO. ALIENAÇÃO JUDICIAL POR INICIATIVA PARTICULAR. OFERTA PARCIAL EM DINHEIRO E EM DEBÊNTURES. NULIDADES. RESULTADO VIL

Atendendo aos princípios constitucionais insculpidos no art. 37 da Carta Política, que não de reger toda atuação estatal, inclusive a Judiciária, e, ainda, aqueles próprios do processo de execução (primazia da tutela específica ou do resultado), inconcebível que as formas de



ATOS NORMATIVOS

expropriação não se concretizem em dinheiro, exatamente no caso de obrigação de pagar. Por isso, não se aperfeiçoa alienação por iniciativa particular, feita sem caução, em que o arrematante oferece parte em dinheiro e outra (maior) em debêntures, que não têm negociação em bolsa e cuja liquidação não é imediata, flutuando às vicissitudes do mercado não oficial de títulos. Afinal das contas, até agora não ocorreu o pagamento integral do preço. Isso não bastasse, no edital que se fez publicar, não foi indicado o valor da avaliação do bem e, tampouco, em nome da lisura e da igualdade de todos eventuais interessados, não foi esclarecido que a proposta de aquisição recebida previa pagamento parcial em dinheiro e em debêntures, o que macula o certame. de outro lado ainda, na prática, a alienação se deu por valor vil, pois nem atingiu vinte por cento do da avaliação, implicando total esvaziamento da garantia do credor fiscal. Anula-se, portanto, a arrematação, daí subrogando-se a agravada arrematante nos créditos trabalhistas correspondentes aos valores em dinheiro depositados e que já foram levantados, devendo prosseguir a execução, como de direito. Agravo provido. TRT/SP 15ª Região 45401-58.2002.5.15.0018 - Ac. 4ª Câmara 28.367/10-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 13 maio 2010, p. 725.

105 - BEM DE FAMÍLIA.

INCIDENTE DE IMPENHORABILIDADE. EMBARGOS À ARREMATAÇÃO. PRECLUSÃO INOCORRÊNCIA

A ratio legis da Lei n. 8.009/1990 é no sentido de regulamentar a proteção do bem de família consistente na casa própria, forma idônea de efetivação do direito à moradia, erigido como um dos direitos sociais pelo art. 6º da CF/1988. Ainda que o bem de família não se confunda com o direito à moradia, a preservação daquele é tutelado por norma de ordem pública, exatamente porque nele está embutida a expressão de um direito social que é assegurar a vida com dignidade. Por essa razão, a sua defesa em juízo pode ser alegada a qualquer momento processual, inclusive em fase de execução por meio dos embargos à arrematação. As formalidades processuais não podem criar obstáculos à defesa em juízo de um direito tão relevante. O art. 3º da Lei n. 8.009/1990 não faz restrição nem fixa prazo para a defesa do bem de família, mas tão-somente hipóteses de exceções à sua impenhorabilidade, não limitando nem criando restrições à sua defesa em juízo. Precedente: REsp 21253/PR, 1992/0009256-0, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (1088), Quarta Turma, Data do Julgamento: 31.05.1993, Data da Publicação/Fonte: DJ de 28.06.1993, p. 12896). Agravo de petição conhecido e provido. TRT/SP 15ª Região 99900-

27.2007.5.15.0079 - Ac. 10ª Câmara 11.109/10-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DEJT 11 mar. 2010, p. 377.

106 - BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. GARAGEM COM MATRÍCULA AUTÔNOMA. POSSIBILIDADE

A impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990 tem como objetivo resguardar a dignidade mínima para a sobrevivência e moradia do devedor. Ora, não se pode incluir nessa cláusula excludente garagem, com matrícula autônoma. Nesse sentido tem decidido o C. STJ (Súmula n. 449). Penhora subsistente. TRT/SP 15ª Região 62800-39.1995.5.15.0053 - Ac. 4ª Câmara 38.307/10-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 07 jul. 2010, p. 373.

107 - CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. LIBERAÇÃO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE

A carta de fiança bancária oferecida como garantia à execução produz efeitos equiparáveis ao da penhora, não podendo ser liberada em execução provisória, sob pena de esvaziamento da sua finalidade antes da efetiva formação da coisa julgada. TRT/SP 15ª Região 210400-07.2004.5.15.0067 - Ac. TP 91/10-PPLJ. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 07 jul. 2010, p. 247.

108 - CONTRIBUIÇÃO PREVI-

DENCIÁRIA. DECISÃO POSTERIOR À LEI N. 11.941/2009. JUROS PELA TAXA SELIC E MULTA MORATÓRIA DEVIDOS APÓS ÀS 48 HORAS DA CITAÇÃO PARA PAGAMENTO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS (ART. 880 DA CLT). INTELIGÊNCIA DO ART. 43 DA LEI N. 8.212/1991 COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 11.941/2009. PRINCÍPIO DA 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. Assim, em relação às decisões proferidas após a promulgação da Lei n. 11.941 de 27.05.2009, o cômputo dos juros pela taxa SELIC e multa moratória é devido após às 48 horas da citação do devedor para pagamento dos créditos trabalhistas e previdenciários liquidados (art. 880 da CLT). Inteligência do preceituado no art. 43 da Lei n. 8.212/1991 com a redação conferida pela Lei n. 11.941/2009. Princípio da estrita legalidade (art. 150 da CF/1988). ENTIDADE FILANTRÓPICA. IMUNIDADE PREVISTA NO ART. 195, §7º DA CF. REQUISITOS. É isenta de recolhimento de contribuição previdenciária a entidade beneficente que preencher cumulativamente os requisitos do art. 55 da Lei n. 8.212/1991. Suspenso o Certificado de Entidade

Beneficente de Assistência Social - CEBAS - por força de decisão judicial ou indeferida na esfera administrativa a sua renovação, é devido o recolhimento da cota-parte patronal. TRT/SP 15ª Região 60800-35.2004.5.15.0026 - Ac. 1ª Câmara 38.807/10-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 07 jul. 2010, p. 303.

109 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AGRAVO DE PETIÇÃO. DECISÃO QUE DECLARA A INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA EXECUTAR AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DECORRENTES DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO. EXEQUENTE. LEGIMITIDADE E INTERESSE RECURSAL

Embora não se vislumbre interesse direto e imediato do exequente, já que os créditos previdenciários são destinados aos cofres públicos e não são revertidos diretamente ao trabalhador, vislumbra-se, sim, a presença de interesse indireto e mediato, pois o destinatário de tais contribuições, além da sociedade (interessada direta), é o próprio obreiro, que terá o tempo de recolhimento computado como tempo de serviço para fins de gozo dos benefícios previdenciários. TRT/SP 15ª Região 68600-55.2007.5.15.0044 - Ac. 10ª Câmara 45.762/10-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DEJT 12 ago. 2010, p. 269.

110 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PERÍODO DE VÍNCULO RECONHECIDO EM JUÍZO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AGRAVO DE PETIÇÃO

A questão relativa às contribuições previdenciárias decorrentes do vínculo empregatício reconhecido em juízo foi dirimida pelo Plenário do E. STF, que, sedimentando a melhor interpretação do disposto no inciso VIII do art. 114 da CF/1988, definiu que a competência da Justiça do Trabalho alcança somente a execução das contribuições derivadas das parcelas constantes das condenações das sentenças que proferir. A Suprema Corte, assim, sinalizou a correta interpretação a ser dada ao parágrafo único do art. 876 da CLT, de maneira a reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias incidentes sobre os salários pagos durante o período reconhecido, desde que estes salários integrem a parte condenatória do título executivo. Agravo de petição desprovido. TRT/SP 15ª Região 88400-57.2006.5.15.0027 - Ac. 4ª Câmara 46.190/10-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 12 ago. 2010, p. 127.

111 - DEPÓSITO EFETUADO EM CAIXA ELETRÔNICO. HORÁRIO DE EXPEDIENTE BANCÁRIO. MORADO DEVEDOR

O depósito das parcelas do acordo,

realizado em caixa eletrônico, deve respeitar o horário do expediente bancário, sob pena de se considerar efetuado no primeiro dia útil seguinte, constituindo em mora o devedor. TRT/SP 15ª Região 90200-12.2006.5.15.0063 - Ac. 7ª Câmara 12.957/10-PATR. Rel. Renato Buratto. DEJT 18 mar. 2010, p. 820.

112 - DISCRIMINAÇÃO DAS PARCELAS COMPONENTES DO ACORDO JUDICIAL. COMPATIBILIDADE MAS NÃO VINCULAÇÃO À TOTALIDADE DO ROL DOS PEDIDOS DA PETIÇÃO INICIAL. FISCALIZAÇÃO PELO JUIZ

As parcelas objeto do acordo deverão estar em consonância com o rol de pedidos da exordial, pois é através dele que o autor delimita a pretensão, mas não está adstrita a todos os pedidos, já que a transação pressupõe concessões mútuas, podendo o credor abranger alguns direitos e abrir mão de outros (art. 840, do CC). A atuação do Juiz, ao examinar o acordo, estará restrita à fiscalização da compatibilidade das parcelas especificadas pelos acordantes com os pedidos deduzidos na petição inicial, evitando a simulação ou a ilegalidade (art. 129, do CPC). TRT/SP 15ª Região 219200-97.2005.5.15.0096 - Ac. 4ª Câmara 43.373/10-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 29 jul. 2010, p. 92.

113 - FALÊNCIA DO DEVEDOR

PRINCIPAL. DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA O RESPONSÁVEL SUBSIDIÁRIO. POSSIBILIDADE. AGRAVO DE PETIÇÃO

A decretação da falência da 1ª executada, a real empregadora do exequente, caracteriza *ipso facto* a sua inadimplência e insolvência, visto que, como ensinam as lições básicas de Direito, a falência nada mais é do que a constatação de que as dívidas de determinada empresa superam a sua solvabilidade. É o que basta para direcionar a execução contra a agravante, pois a natureza alimentar do crédito trabalhista desautoriza a utilização da *via crucis* representada pela habilitação de seu crédito no juízo falimentar, mormente quando já existe título executivo, em seu favor, em face do responsável subsidiário. Jurisprudência iterativa nesse sentido. Agravo de petição desprovido. TRT/SP 15ª Região 53100-57.2006.5.15.0084 - Ac. 4ª Câmara 46.227/10-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 12 ago. 2010, p. 138.

114 - FRAUDE À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CESSÃO DE CRÉDITO. OCORRÊNCIA

A cessão de crédito, com o intuito de quitar dívida de grande vulto, quando pendente reclamações trabalhistas contra o cedente, a ponto de deixá-lo sem condições de arcar com as demais dívidas trabalhistas, as de seus operários,

caracteriza-se como fraude à execução. Ainda mais, quando a cessão é feita a favor de um escritório de advocacia, pessoa jurídica, para a quitação de suposto débito de honorários em reclamações trabalhistas (mais de três milhões de reais), que não se sobrepõe à preferência do crédito trabalhista dos demais trabalhadores da executada e cedente. Veja-se que a cessão envolveu expressiva parcela do ativo financeiro da empresa, foi comprometido o patrimônio da cedente, prejudicando o pagamento de inúmeras reclamações trabalhistas. Estes créditos são superprivilegiados, dado o seu caráter alimentar, sobrepondo-se ao débito quitado pela cessão (art. 593, II, CPC). TRT/SP 15ª Região 97200-86.2005.5.15.0099 - Ac. 11ª Câmara 29.093/10-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 20 maio 2010, p. 363.

115 - GARAGEM DE APARTAMENTO . P E N H O R A . INVIABILIDADE

É sabido e consabido que as garagens dos apartamentos são comercializadas entre os condôminos, seja a título de locação "da vaga" seja até mesmo com a transmissão de propriedade, mormente quando são bens imóveis destacados, com escrituração própria. Mas a questão há que ser analisada também sob o prisma dos demais condôminos que se deparariam com uma

situação constrangedora - na hipótese de arrematação "da vaga" em hasta pública por terceiro estranho ao condomínio. TRT/SP 15ª Região 228100-15.1997.5.15.0043 - Ac. 12ª Câmara 8.078/10-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DEJT 25 fev. 2010, p. 222.

116 - RECOLHIMENTO DE JUROS E MULTA DECORRENTES DE ATRASO NO RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO EMPREGADOR

É do empregador a responsabilidade exclusiva pelo recolhimento de juros e multa decorrentes do atraso no recolhimento das contribuições previdenciárias a que estava obrigado. Inteligência do art. 33, § 5º, da Lei 8212/91. TRT/SP 15ª Região 112700-16.2008.5.15.0156 - Ac. 7ª Câmara 12.972/10-PATR. Rel. Renato Buratto. DEJT 18 mar. 2010, p. 823.

117 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

O insucesso da execução em face da devedora principal é suficiente para direcionamento dos atos executivos contra a responsável subsidiária, sem necessidade de desconsideração da personalidade jurídica daquela, sob pena de ser transferido ao empregado, que terá retardada, ainda mais, a satisfação de seu crédito de natureza alimen-

tar, parte do risco do empreendimento, pois o contrato de prestação de serviços foi celebrado com a respectiva pessoa jurídica, não com seus sócios. Função social da empresa (art. 170 da CF) e a natureza alimentar do crédito do trabalhador, bem como a dignidade da pessoa humana, destacando que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421 do CC). Vale destacar, também, que o parágrafo único do art. 2.035 do CC estabelece que "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.". TRT/SP 15ª Região 63100-29.2008.5.15.0058 - Ac. 12ª Câmara 46.770/10-PATR. Rel. Renato Henry Sant'Anna. DEJT 12 ago. 2010, p.311.

118 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. MASSA FALIDA. NECESSIDADE DE EXAUSTÃO DAS VIAS DE EXCUSSÃO CONTRA A DEVEDORA PRINCIPAL E SEUS SÓCIOS. APLICAÇÃO DO ART. 83, INCISO I, DA LEI N. 11.101/2005

Não havendo quaisquer provas de que a Massa Falida não possua condições de satisfazer o crédito do reclamante/exequente, a execução deve voltar-se contra a devedora principal, sendo processada perante o Juízo Universal da

Falência, com a devida habilitação do crédito obreiro, ainda mais em razão do privilégio legal de que goza tal crédito, consoante art. 83, inciso I, da Lei n. 11.101/2005. Os bens da agravante - devedora subsidiária - só deverão ser executados após esgotadas e frustradas todas as possibilidades de execução contra a Massa Falida e seus sócios. TRT/SP 15ª Região 203900-96.2005.5.15.0128 - Ac. 12ª Câmara 35.997/10-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 24 jun. 2010, p.590.

119 - USUFRUTO VITALÍCIO. IMÓVEL GRAVADO COM CLÁUSULAS DE INALIENABILIDADE E IMPENHORABILIDADE. INTERESSE DE AGIR. EMBARGOS DE TERCEIRO. CABIMENTO

O agravante não sofreu constrição de parte de seu patrimônio, razão pela qual não possui interesse em se valer do Judiciário para obter um pronunciamento acerca do assunto. O bem apesado, qual seja, a nu-propriedade imobiliária não integra seu patrimônio. O agravante é titular do direito real de usufruto sobre o imóvel, não tendo havido sequer ameaça contra o seu direito ou a posse sobre o bem a justificar o cabimento de embargos de terceiro, nos termos do art. 1046 do CPC. Eventual alienação em hasta pública não operaria a extinção do usufruto do embargante, permanecendo ele como possuidor do imóvel e proprietário vitalício de seus frutos pendentes e colhidos,

até o momento em que verificada qualquer das hipóteses taxativamente previstas nos artigos 1410 e 1411 do CC. TRT/SP 15ª Região

121000-05.2008.5.15.0014 - Ac. 2ª Câmara 46.342/10-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DEJT 12 ago. 2010, p. 94.

MATÉRIA NOVA

120 - AUTUAÇÃO FISCAL POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CRITÉRIO DA DUPLA VISITA. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA

Tratando-se de microempresa e de empresa de pequeno porte, salvo as exceções expressamente previstas, a legislação determina seja observado o critério da dupla visita antes da lavratura dos autos de infração, como corolário da natureza prioritariamente orientadora da atividade fiscalizatória dos agentes do Estado. A Administração Pública não pode deixar de pautar seus atos pela estrita observância ao princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*). Não se trata, ao contrário do que alega a recorrente, de submeter a atividade fiscalizatória do Estado a mera formalidade, mas sim de preservar a segurança jurídica, imprescindível em um Estado Democrático de Direito, sujeitando a atuação dos agentes públicos à

observância das normas que o próprio Estado editou, no exercício da sua função legislativa. Inteligência do disposto no art. 12 da Lei n. 9.841, de 5 de outubro de 1999, no art. 23 do Decreto n. 4.552, de 27 de dezembro de 2002 e no art. 55 da Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Recurso ordinário da União improvido. TRT/SP 15ª Região 147200-62.2007.5.15.0118 - Ac. 10ª Câmara 28.746/10-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 20 maio 2010, p. 327.

121 - DANO MORAL COLETIVO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. TRATAMENTO DESUMANO. AFRONTA AOS ARTIGOS 5º E 7º DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INDENIZAÇÃO DEVIDA

Optou a empresa, ao invés de admitir e assalariar seus próprios empregados, por contratar empresas terceirizadas para o fornecimento de mão de obra para a realização de tarefas inerentes à sua

atividade empresarial, em afronta ao entendimento constante da Súmula n. 331 do C. TST. Não bastasse, cometeu inúmeras outras irregularidades, como a sonegação de equipamentos de proteção individual, de instalações sanitárias separadas por sexo, de abrigos contra intempéries, de material para primeiros socorros aos cuidados de pessoa treinada e de proteção para as ferramentas que eram transportadas juntamente com as pessoas, além de não ter provido água fresca e potável à suficiência. As condições sub-humanas às quais foram submetidos os trabalhadores, agrediu-lhes na essência, assim como seus familiares e toda a coletividade. É provável, diga-se, que os trabalhadores não tenham mesmo se apercebido do referido tratamento, pois são pessoas essencialmente humildes e se dispõem ao árduo trabalho agrícola em troca da mera subsistência. Tal circunstância, no entanto, não impede o Ministério do Trabalho e Emprego, e o Ministério Público do Trabalho, de cumprirem suas missões institucionais, especialmente na tutela dos interesses coletivos e difusos. O valor arbitrado a título de indenização, R\$ 1.712.711,13, em favor do FAT, aparenta ser excessivo, mas encontra justificativa na quantidade de trabalhadores submetidos ao injusto tratamento (235), na gravidade da conduta e, principalmente,

nos vultosos lucros conquistados no período do labor, de quase 45 milhões de reais para as duas empresas. TRT/SP 15ª Região 112300-53.2007.5.15.0118 - Ac. 3ª Câmara 13.674/10-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 18 mar. 2010, p. 680.

122 - PROGRAMAS DE INCENTIVO AO AFASTAMENTO (PAI E PEA). PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. BANCO DO BRASIL

Se o empregador comunica aos seus empregados que o Plano de Incentivo à Aposentadoria em vigor não será renovado, nem terá seu prazo prorrogado e após cerca de apenas três meses edita um novo Plano, com mais benefícios que o anterior, acabou por induzir a erro os empregados que aderiram ao Plano anterior, agindo de forma contrária à boa-fé objetiva prevista no art. 113, do CC. Precedentes do TST. Recurso ordinário do reclamante acolhido para deferir-lhe, em acréscimo, os benefícios do novo Plano. TRT/SP 15ª Região 42500-56.2006.5.15.0090 - Ac. 10ª Câmara 27.813/10-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 13 maio 2010, p. 889.

123 - TERCEIRIZAÇÃO. SERVIÇO PRESTADO ATRAVÉS DE ENTIDADE NÃO GOVERNAMENTAL DE AÇÃO SOCIAL. INSTITUTO MAMULENGO

**SOCIAL. RESPONSABILIDADE
SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO**

É admissível, em tese, a cooperação entre o Estado e entidades não governamentais para apoio na prestação de serviços públicos, como ocorre, por exemplo, com APAEs (Associações de Pais e Amigos de Excepcionais) e APMs (Associações de Pais e Mestres). Contudo, para que tal colaboração não configure verdadeira terceirização ilegal de serviços, é imprescindível a lisura da entidade não governamental e a sua autonomia com relação ao Estado. Só assim

haverá autêntica consecução do interesse comum - público. No caso dos autos, a contratação do empregado através de cooperativa fraudulenta já é suficiente, por si só, para configurar o desvirtuamento da colaboração e o uso da ONG como mera fornecedora de mão de obra ao Município. Recurso do Município não provido, mantendo-se a responsabilidade subsidiária declarada pela origem. TRT/SP 15ª Região 106900-48.2008.5.15.0013 - Ac. 7ª Câmara 23.444/10-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 29 abr. 2010, p. 784.



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

PORTARIA GP/VPJ/CR n. 1, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 16.04.2010, DEJT 26.04.2010, p.1

Retifica as autuações dos processos em que conste Caixa Econômica do Estado de São Paulo, Nossa Caixa Nosso Banco S.A. e Banco Nossa Caixa S.A., para constar Banco do Brasil S.A.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA n. 6, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 22.04.2010, DEJT 26.04.2010, p.2

Aprova Súmula n. 25 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

PORTARIA GP n. 9, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 10.05.2010, DEJT 12.05.2010, p.1

Fixa, a partir de 17.05.2010, o valor das diárias pagas aos magistrados e aos servidores deste Tribunal, para os deslocamentos dentro do território nacional.

PORTARIA GP/CR n. 10, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 12.05.2010, DEJT 14.05.2010, p.1

Determina sejam observados como prioridade a realização de audiências, as sessões do Tribunal, o pleno funcionamento do protocolo e da distribuição em 1º e 2º graus, as atividades nas centrais de mandados e o atendimento ao público, assim como estabelece a manutenção de, no mínimo, 50% do efetivo de cada unidade, durante o período em que perdurar a greve deflagrada pelos servidores públicos do Poder Judiciário Federal.

RECOMENDAÇÃO CR n. 1, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 18.05.2010, DEJT 21.05.2010, p.1. Republicação em virtude de alteração no texto DEJT 28.05.2010, p.1

Referente ao Plano Estratégico de Gestão 2010 estabelecido pelo Tribunal Regional da 15ª Região e o Sumário de Metas estabelecido por esta Corregedoria.

ASSENTO REGIMENTAL n. 6, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 21.05.2010, DEJT 24.05.2010, p.2

Altera o art. 31, VI, do Regimento Interno.

ASSENTO REGIMENTAL n. 7, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 21.05.2010, DEJT 24.05.2010, p.2

Altera o § 2º do art. 153 do Regimento Interno.

ASSENTO REGIMENTAL n. 8, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 21.05.2010, DEJT 24.05.2010, p.1

Acrescenta ao Regimento Interno o art. 45-A e item 8 ao inciso I do art. 21-F.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA n. 7, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 21.05.2010, DEJT 24.05.2010, p.2

Revoga o inciso IV do art. 17 da Resolução Administrativa n. 02/2005, alterada pela Resolução Administrativa n. 05/2009.

ATO REGULAMENTAR GP n. 4, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 17.05.2010, DEJT 26.05.2010, p.2

Dispõe sobre o Programa Permanente de Capacitação dos servidores do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e dá outras providências.

ATO REGULAMENTAR GP n. 5, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 25.05.2010, DEJT 27.05.2010, p.1

Regulamenta o pagamento de meia (1/2) diária a Servidores no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

PORTARIA GP/VCR n. 1, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 25.05.2010, DEJT 1º.06.2010, p.1

Regulamenta o funcionamento da Ouvidoria do TRT da 15ª Região.

ATO REGULAMENTAR GP n. 6, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 07.06.2010, DEJT 09.06.2010, p.1

Regulamenta a remoção por permuta no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

ATO REGULAMENTAR GP n. 7, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 10.06.2010, DEJT 15.06.2010, p.2

Dispõe sobre a certificação das despesas com a prestação de serviços públicos pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e dá outras providências.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA n. 8, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 02.07.2010, DEJT 07.07.2010, p.4

Regulamenta as consignações em folha de pagamento dos senhores magistrados e servidores, ativos, inativos, comissionados, em exercício provisório ou em atividade neste Órgão em decorrência de cessação ou remoção e dos pensionistas do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

COMUNICAÇÃO CR n. 2, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, da Corregedoria, de 23.07.2010, DEJT 28.07.2010, p.1

Divulga novos valores alusivos aos limites de depósito recursal.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA n. 9, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 06.08.2010, DEJT 11.08.2010, p.1

Dispõe sobre a distribuição em áreas de atividade dos cargos efetivos criados pela Lei n. 12.273/2010 e dá outras providências.

PORTARIA GP n. 15, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 17.08.2010 , DEJT 19.08.2010, p.2

Revoga a Portaria GP n. 03/2009 (uniformização da estrutura administrativa da Justiça do Trabalho de primeiro e segundo graus).

PROVIMENTO GP/CR n. 4, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 25.08.2010, DEJT 30.08.2010, p.5

Modifica o Capítulo MP (da notificação ou intimação ao Ministério Público), da Consolidação das Normas da Corregedoria.

PROVIMENTO GP/CR n. 5, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 25.08.2010, DEJT 30.08.2010, p.5

Modifica o Capítulo "AUD" da Consolidação das Normas da Corregedoria, adequando-o ao Provimento GP/CR n. 07/2009 que extinguiu o parágrafo único do art. 4º.

PROVIMENTO GP/CR n. 6, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 19.08.2010, DEJT 30.08.2010, p.4

Modifica o Capítulo "CART" (das cartas precatórias e rogatórias), da Consolidação das Normas da Corregedoria, para acrescentar dados a serem informados nas cartas precatórias.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA n. 10, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 30.08.2010, DEJT 31.08.2010, p.1

Altera a competência territorial das Varas do Trabalho de Itápolis e Pederneiras.

PROVIMENTO GP/CR n. 7, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 30.08.2010, DEJT 1º.09.2010, p.2

Dispõe sobre a instalação do serviço de Justiça itinerante no

Município de Bariri, como posto avançado da Vara do Trabalho de Pederneiras e regulamenta seu funcionamento.

PROVIMENTO GP/CR n. 8, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 30.08.2010, DEJT 03.09.2010, p.3

Modifica o Capítulo “PEN” (da penhora, arresto e sequestro), da Consolidação das Normas da Corregedoria, para adequação das atribuições dos Srs. Analistas Judiciários, Especialidade Execução de Mandados para manuseio das ferramentas eletrônicas firmadas através de convênios (Bacen-Jud, Renajud, Infojud, Arisp).

O presente provimento entra em vigor na data de sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

COMUNICADO GP/VPJ n. 3, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 1º.09.2010, DEJT 03.09.2010, p.1

A partir de 1º.09.2010, no âmbito deste Regional, o agravo de instrumento interposto de despacho que negar seguimento a recurso para o Tribunal Superior do Trabalho deve ser processado nos autos do recurso denegado. Por conseguinte, devolver-se-ão às partes todos os traslados que, a partir daquela data, acompanhem tais petições de agravo.

PORTARIA GP/VPJ n. 2, do Tribunal Regional do Trabalho da

15ª Região, de 16.09.2010, DEJT 20.09.2010, p.1

Regulamenta a distribuição remota de recursos e ações originárias no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

PORTARIA GP/VPJ n. 3, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 16.09.2010, DEJT 20.09.2010, p.1

Regulamenta, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região (segundo grau de jurisdição), o requerimento, a expedição e a remessa de certidões.

PORTARIA GDGSET/GP n. 75, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 27.09.2010, DEJT 27.09.2010, p.1

É transferida para o dia 29 de outubro de 2010, sexta-feira, a comemoração alusiva ao Dia do Servidor Público. Nesta data não haverá expediente na Secretaria do Tribunal. Os prazos que porventura devam iniciar-se ou completar-se nesse dia ficam automaticamente prorrogados para o dia 3 subsequente (quarta-feira).

ATO GP/CR n. 1, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 27.09.2010, DEJT 29.09.2010, p.1

Dispõe sobre o processamento de agravo de instrumento interposto contra despachos denegatórios de

recursos de sentenças e decisões de 1ª instância.

PORTARIA GP n. 27, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 27.09.2010, DEJT 29.09.2010, p.2

Revoga a Portaria GP n. 16/2008, que dispõe sobre o endereçamento centralizado ao Banco Nossa Caixa S.A., tendo em vista sua incorporação ao Banco do Brasil S.A.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA n. 11, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, de 27.09.2010, DEJT 29.09.2010, p.2

Dispõe sobre a distribuição em áreas de atividade dos cargos efetivos criados pela Lei n. 12.273/2010 e dá outras providências.

Esta Resolução Administrativa entra em vigor na data da sua publicação, revogando a Resolução Administrativa n. 09/2010.

ÍNDICE

JURISPRUDÊNCIA*

Ação

- anulatória. Cabimento.....(DP, 67), 247
- anulatória de auto de infração. Contratação de portadores de necessidades especiais. Desrespeito objetivo patronal ao art. 93 da Lei n. 8.213/1991. Subsistência do ato administrativo(DP, 68), 247
- Civil Pública. Legitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho. Fornecimento de EPI's e concessão de descanso aos domingos e feriados. Pertinência(DP, 69), 248
- rescisória. Acordo judicialmente homologado. Vício de consentimento(3ªSDI, 07), 213
- rescisória. Decadência. Embargos de declaração extemporâneos.....(3ªSDI, 08), 213
- rescisória. Incompetência ma-

- terial da Justiça do Trabalho. Regime jurídico estatutário.....(3ªSDI, 09), 213
- rescisória. Violação de lei. Ausência de prequestionamento. Erro de fato e documento novo. Não caracterizados(3ªSDI, 10), 214

Acidente

- de trabalho com culpa do empregador. Danos materiais. Empregado reabilitado que continua laborando na mesma empresa. Deferimento de pensão mensal na hipótese de demissão futura. Possibilidade(DM, 11), 215
- de trabalho. Atividade de risco. Responsabilidade patronal.....(DM, 12), 217
- de trabalho. Presunção de culpa do empregador. Dever de

* Abreviaturas utilizadas: 1ª SDI = 1ª Seção de Dissídios Individuais; 3ª SDI = 3ª Seção de Dissídios Individuais; DM = Direito Material; DP = Direito Processual; DR = Direito Rural; EX = Execução; MN = Matéria Nova. O algarismo negrito corresponde à numeração referencial das ementas de jurisprudência.

Exemplo: Ação anulatória. Cabimento está na página 247, na Subseção Direito Processual (DP) e é a ementa de número 67.

- fiscalizar o ambiente de trabalho. Redução do valor da indenização. Recurso ordinário da reclamada(DM, 13), 217
- de trabalho. Morte do empregado. Indenizações por danos morais e materiais postuladas diretamente pela mãe da vítima. Legitimidade de parte ativa e competência da Justiça do Trabalho. (DM, 14), 218

Acúmulo

- de funções. Abuso do poder diretivo. *Plus* salarial devido(DM, 15), 218

Adicional

- de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo ou, se houver, salário mínimo da categoria. Declaração de inconstitucionalidade do art. 192 da CLT pelo STF sem declaração de sua nulidade. Inconstitucionalidade da Súmula n. 228 do TST. Súmula vinculante n. 4 do STF(DM, 16), 218
- de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo regional(DM, 17), 219
- de sexta-parte previsto no art. 129 da Constituição do Estado de São Paulo. Empregado de sociedade de economia mista. Pagamento indevido. art. 173, II, da Carta Estadual(DM, 18), 219

Adjudicação

- substituição tributária. Valor

de tributos. Sub-rogação no preço. Crédito trabalhista. Privilégio. Proteção legal(EX, 103), 267

Advogado

- Ilegitimidade para opor exceção de suspeição em nome próprio. Extinção sem resolução do mérito(DP, 88), 257

Agravo

- de Instrumento em RO. Inaplicabilidade do § 1º do art. 518 do CPC quando apenas parte da decisão está em conformidade com Súmula de Tribunal superior. Processamento cabível em prol do devido processo legal(DP, 70), 248
- de petição. Contribuição previdenciária. Acordo firmado por empregado e empregador após o trânsito da sentença. Irrelevância da transação quanto ao direito de terceiro nela consagrado(DP, 71), 249
- interno. Decisão que indefere liminarmente agravo regimental, por incabível. Hipótese não contemplada no Regimento Interno. Provimento negado..(DP, 72), 249

Ajuste coletivo

- Criação de fundo benéfico ao trabalhador custeado pela empresa. Inaplicabilidade do Precedente Normativo n. 119 do C. TST. Validade(DM, 19), 219

Antecipação

- de protocolo das razões recursais. Extemporaneidade.....(DP, 87), 256
- de tutela. Concessão. Presentes os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação previstos no art. 273 do CPC.....(DP, 96), 260

Aplicação

- da multa do art. 475-J do CPC no Processo do Trabalho. Viabilidade.....(DP, 73), 249

Aposentadoria

- espontânea. Servidor público celetista estável. Impossibilidade de extinção do contrato de trabalho. Recebimento de aposentadoria custeada pelo INSS não configura cumulação da remuneração de cargo, emprego ou função pública (art. 37, §10, CF/1988). Devida a reintegração e pagamento das verbas salariais referentes ao período de afastamento. Inteligência do art. 41, *caput* e § 2º da CF/1988 e OJ n. 361 da SDI-1 do C. TST.....(DM, 20), 222

Arrematação

- Agravo de petição. Nulidade de arrematação. Alienação judicial por iniciativa particular. Oferta parcial em dinheiro e em debêntures. Nulidades. Resultado vil.....(EX, 104), 267

Assédio moral

- Indenização. Uso da expressão “loira burra” de forma pejorativa. Possibilidade.....(DM, 21), 222

Audiência

- Adiada *sine die*. Não encerramento da instrução processual. Prolação da sentença. Não intimação das partes para manifestação sobre provas. Cerceamento de defesa evidenciado.....(DP, 74), 250

Aumento real de salário

- Produtividade aferida em perícia, baseada em indicadores. Objetivos. Lei n. 10.192/2001, art. 13, § 2º.....(DM, 22), 223

Autuação

- Fiscal por infração à legislação trabalhista. Microempresa e empresa de pequeno porte. Critério da dupla visita. Observância obrigatória.....(MN, 120), 275

Aviso prévio

- Dispensa ou renúncia. Novo emprego.....(DM, 23), 223

Bem de família

- Incidente de impenhorabilidade. Embargos à arrematação. Preclusão Inocorrência.....(EX, 105), 268
- Penhora. Garagem com matrícula autônoma. Possibilidade.....(EX, 106), 269

Benefício da justiça gratuita

- Declaração de hipossuficiência regularmente apresentada. Concessão(DP, 75), 251

Carta

- de fiança bancária. Liberação em execução provisória. Impossibilidade(EX, 107), 269

Cerceamento de defesa

- Não configurado. Contradita. Ausência de faculdade do juiz. Necessidade do requerimento para a oitiva na condição de informante(DP, 76), 251

Cláusula

- de não concorrência. Pactuação após a rescisão contratual. Validade(DM, 24), 223

Coisa julgada

- Causas de pedir diversas.....(DP, 77), 252
- Inconstitucional. Direito Processual do Trabalho. Execução.....(DP, 78), 252
- Reprodução de pedido anteriormente ajuizado, com decisão transitada em julgado(DP, 98), 263

Comissão de Conciliação Prévia

- Extensão da quitação. Impossibilidade de englobar pedidos não formulados(DM, 25), 224

Competência

- administrativa. Auditor fiscal do trabalho. Subsunção do fato à norma(DM, 26), 224

- da Justiça do Trabalho. Abrangência dos filhos dos trabalhadores, autônomos e prestadores de serviços que atuaram na planta industrial da Shell, Cyanmid e Basf em Paulínia/SP. Incidência do art. 114 da CF(DP, 96), 260
- da Justiça do Trabalho. Ação Civil Pública.....(DP, 79), 252
- material. Contribuições previdenciárias. Sentença declaratória reconhecendo vínculo empregatício não registrado em carteira. Pertinência(DP, 80), 253
- Complementação de aposentadoria. Norma contratual(DP, 81), 253
- Justiça do Trabalho. Contribuição previdenciária. Incidência sobre remuneração paga durante a vigência do vínculo empregatício. Sentença declaratória da relação de emprego. Ausência de condenação. Não reconhecimento(DP, 82), 253
- Trabalhador. Vítima fatal.....(DP, 83), 254

Contaminação

- química do ambiente de trabalho e da pessoa do trabalhador. Danos materiais e morais.....(DP, 84), 254

Contrato

- firmado com ente da Administração Pública. Indenização por doença profissional.

- Hipótese não abarcada pela Súmula n. 363/TST. Recurso ordinário.....(DM, 27), 225
- nulo. Efeitos. Adicional de insalubridade.....(DM, 28), 225

Contribuição

- assistencial/confederativa. Reembolso. Impossibilidade.....(DM, 29), 226
- previdenciária. Acordo judicial. Aviso prévio indenizado. Não incidência..(DM, 30), 227
- previdenciária. Atualização monetária, juros e multa de mora. Responsabilidade exclusiva do empregador.....(DM, 31), 227
- previdenciária. Decisão posterior à Lei n. 11.941/2009. Juros pela taxa Selic e multa moratória devidos após às 48 horas da citação para pagamento dos créditos trabalhistas e previdenciários (art. 880 da CLT). Inteligência do art. 43 da Lei n. 8.212/1991 com redação conferida pela Lei 11.941/2009. Princípio da legalidade estrita.....(EX, 108), 269
- sindical rural. Cobrança. Requisitos. Intimação do devedor. Necessidade.....(DP, 85), 255

Contribuições

- previdenciárias. Agravo de petição. Decisão que declara incompetência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias decorrentes do vínculo em-

- pregatício reconhecido. Exequente. Legitimidade e interesse recursal.....(EX, 109), 270
- previdenciárias. Período de vínculo reconhecido em juízo. Incompetência da Justiça do Trabalho. Agravo de petição.....(EX, 110), 270

Controle

- de constitucionalidade de ato normativo. Ausência de lide. Inexistência de antecedente lógico e necessário relativo à uma lide. Pretensão de declaração com efeitos *erga omnes*. Inviabilidade.....(DP, 86), 255

Corte de cana

- Salário produção. Horas extras.....(DR, 100), 265

Custas

- Guia DARF. Ausência de identificação do processo. Deserção.....(DP, 87), 256

Dano moral

- coletivo. Terceirização ilícita. Tratamento desumano. Afronta aos artigos 5º e 7º da Constituição da República. Indenização devida.....(MN, 121), 275
- Contraprestação inferior ao salário mínimo nacional. Jornada legal integral. Configuração.....(DM, 32), 228
- Indenização. Agência bancária. Roubo. Gerente ameaçado e mantido sob mira de ar-

- ma de fogo. Atividade de risco. Responsabilidade objetiva do empregador.....(DM, 33), 228
- Trabalhador que assume sua transexualidade. Discriminação velada. Trabalhador mantido em ociosidade. Assédio moral configurado. Indenização devida.....(DM, 34), 228
- Danos**
- materiais. Despesas de tratamento médico. Custeio de plano de saúde. Inteligência da amplitude da expressão "despesas de tratamento" contida no art. 950, do CC(DM, 35), 229
 - morais. Assédio moral. Características. Configuração.....(DM, 36), 230
 - morais. Atos do empregador que aviltam a dignidade do trabalhador. Indenização devida.....(DM, 37), 230
 - morais. Rurícola. Submissão do empregado a condições de trabalho degradantes. Indenização reparatória devida.....(DR, 101), 265
- Depósito**
- efetuado em caixa eletrônico. Horário de expediente bancário. Mora do devedor(EX, 111), 270
- Descontos previdenciários e fiscais**
- Responsabilidade do empregado(DP, 93), 259
- Detentor de animal**
- Culpa objetiva.....(DP, 83), 254
- Discriminação**
- das parcelas componentes do acordo judicial. Compatibilidade mas não vinculação à totalidade do rol dos pedidos da petição inicial. Fiscalização pelo juiz(EX, 112), 271
- Dissídio coletivo**
- Cláusulas sociais. Ente da administração pública (DM, 38), 231
- Doença ocupacional**
- Perícia. Fisioterapeuta. Ausência de habilitação profissional para efetuar diagnóstico e estabelecer onexo causal.....(DM, 39), 232
- Entidade filantrópica**
- Imunidade prevista no art. 195, §7º da CF. Requisitos(EX, 108), 269
- Estabilidade**
- acidentária. Direito.(DM, 40), 232
 - gestante *versus* dispensa de ocupante de cargo em comissão.....(DM, 41), 233
 - provisória. Dirigente sindical. Suplente. Cabimento(DM, 42), 233
- Exceção**
- de suspeição em face de magistrado de primeira instância. Competência originária do Tribunal.....(DP, 88), 256

Falência

- do devedor principal. Direcionamento da execução contra o responsável subsidiário. Possibilidade. Agravo de petição.....(EX, 113), 271

Fiscalização do trabalho

- Natureza. Razão e fundamento. Objeto e finalidade. Extensão e limites....(DM, 43), 233

Fraude à execução

- Embargos de terceiro. Cessão de crédito. Ocorrência.....(EX, 114), 271

Fundado receio de dano

- irreparável ou de difícil reparação. Existência. Adoecimento e falecimento, com o passar dos anos, de trabalhadores, terceirizados e autônomos que prestaram serviços para as empresas Shell, Cyanamid e Basf em Paulínia/SP. Caracterização da hipótese legal prevista no inciso primeiro do art. 273 do CPC.....(DP, 96), 260

Garagem de apartamento

- Penhora. inviabilidade.....(EX, 115), 272

Gratuidade da justiça

- Má-fé.....(DP, 89), 257

Imposto de renda

- Regime de competência.....(DM, 44), 234

Indenização

- por danos morais. Más condições de trabalho e pagamento de remuneração ínfima. Abalo à honra e auto-estima do trabalhador. Devida.....(DM, 45), 235
- suplementar. Dano social. Cabimento.....(DM, 46), 235

Intervalo

- Intrajornada. Art. 253 da CLT. Computado como tempo de efetivo serviço. Incabível coincidir com o intervalo previsto no art. 71 da CLT.....(DM, 60), 242
- não previsto em lei. Jornada de trabalho. Tempo à disposição do empregador.(DM, 47), 235

Jornada

- 12x36. Negociação coletiva. Validade.....(DM, 48), 236

Juros de mora

- Inclusão na base de cálculo do imposto de renda. Descabimento. Recurso ordinário.....(DM, 49), 236

Justa causa

- Atendente de *telemarketing* que ridiculariza cliente com gagueira. Caracterização.....(DM, 50), 236

Justiça gratuita

- Dispensa do depósito prévio recursal e das custas. Empregador pessoa física. Possibilidade.....(DP, 90), 257

- Valor devido ao perito no caso de gratuidade da justiça. Possibilidade de ser atribuído seu pagamento à União quando o valor estabelecido no Provimento GP/CR n. 06/2005 se mostrar insuficiente à quitação do trabalho realizado(DM, 51), 237

Mandado de segurança

- Contribuições previdenciárias. Execução *ex officio*. Renajud. Infojud. Determinação ao representante judicial da União para que indique quais bens pretende levar a hasta pública. Ofensa aos ditames do art. 114, VIII, da CF/1988. Não ocorrência.....(1ªSDI, 01), 209
- Dispensa por justa causa. Antecipação da tutela jurisdicional determinando à reclamada o pagamento das parcelas do seguro-maternidade. Ilegalidade e abusividade. Não ocorrência.....(1ªSDI, 02), 209
- Manutenção da Súmula n. 414, I do C. TST após a superveniência da Lei n. 12.016/2009.....(1ªSDI, 03), 210
- Não comparecimento da executada em audiência de conciliação.....(1ªSDI, 04), 210
- Penhora sobre 30% dos proventos de aposentadoria do sócio da reclamada/executada. Ofensa aos princípios da proteção e da impenhorabilidade absoluta dos proventos

de aposentadoria. Ordem concedida.....(1ªSDI, 05), 211

- Sistema Bacen-jud. Fazenda pública do Estado de São Paulo. Liberação de valores bloqueados aos exequentes em execução provisória. Impossibilidade...(1ªSDI, 06), 211

Município

- de Botucatu. Declaração de inconstitucionalidade de artigo de lei municipal. Manutenção do pagamento da verba ("incorporação"). Impossibilidade.....(DM, 52), 238

Obrigação de fazer

- em contratar plano de saúde vitalício, sem exigência de qualquer carência e de abrangência nacional. impossibilidade de seu cumprimento. Violação ao princípio da autonomia da vontade. Possibilidade do magistrado determinar providências necessárias para assegurar o resultado prático equivalente ao do adimplemento, com fulcro no art. 461, *caput*, combinado com os §§ 3º e 5º do CPC. Conversão da obrigação de fazer em obrigação de custear previamente despesas. Princípio da fungibilidade das tutelas. Norma processual aberta(DP, 96), 261

Prescrição

- bienal. Sentença terminativa.

- Rejeição pela instância revisora. Retorno dos autos à origem. Possibilidade...(DP, **91**), 258
- quinquenal. Rurícula(DR, **102**), 266

Processo

- do trabalho. Antecipação da tutela. Fazenda Pública. Ausência de excepcionalidade. Não cabimento(DM, **52**), 238
- seletivo. Não contratação. Inaptidão do candidato(DM, **53**), 239

Programas

- de incentivo ao afastamento (PAI e PEA). Princípio da boa-fé objetiva. Vício de consentimento. Banco do Brasil(MN, **122**), 276

Recolhimento

- de juros e multa decorrentes de atraso no recolhimento da contribuição previdenciária. Responsabilidade exclusiva do empregador(EX, **116**), 272

Recurso

- administrativo. Inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio da multa.....(DP, **92**), 258
- da reclamada compromisso e sentença arbitral. Dissídio individual. Nulidade...(DP, **93**), 258
- do reclamante. Adicional de periculosidade. Prescrição. Causa interruptiva...(DP, **93**), 259
- ordinário. Aposentadoria voluntária. Empregado público.

- Efeitos no contrato de trabalho.....(DM, **54**), 240

Registro

- sindical precário. Obtenção em tutela antecipada. Medida revogada posteriormente. Efeitos(DP, **94**), 259

Representatividade

- sindical. Atividade preponderante.....(DP, **95**), 259

Rescisão

- indireta. Mora contumaz do empregador no pagamento de salários e verbas corolárias. Cabimento(DM, **55**), 240

Responsabilidade

- objetiva. Aplicação na apuração dos danos ao meio ambiente do trabalho. Direito fundamental do trabalhador como cidadão e ser humano. Incidência do art. 225, § 3º, da CF(DP, **96**), 260
- pré-contratual. Contratação não efetivada. Indenização devida.....(DM, **56**), 241
- subsidiária(EX, **117**), 272
- subsidiária. Contrato de concessão de serviço público(DP, **97**), 261
- subsidiária. Massa falida. Necessidade de exaustão das vias de excussão contra a devedora principal e seus sócios. Aplicação do art. 83, inciso I, da Lei n. 11.101/2005.....(EX, **118**), 273

Responsabilização

- subsidiária do tomador de serviços em processo autônomo, posterior àquele movido contra o real empregador ou prestador de serviços. Impossibilidade. Litisconsórcio necessário. Preclusão. Ocorrência de coisa julgada. (DP, 98), 262, 263

Retenção

- indevida de CTPS com promessa de pronta contratação a trabalhador rural. Indenização por dano material deferida(DM, 57), 241

Servente de escola

- Contato com crianças e lixo da escola. Atividade salubre. Adicional indevido. (DM, 58), 241

Servidor

- celetista. Pagamento de vantagem declarada inconstitucional. Prescrição administrativa. Inocorrência (DM, 52), 239
- municipal celetista. Incorporação de gratificação percebida por doze meses. Ofensa aos princípios constitucionais da razoabilidade, legalidade, impessoalidade e isonomia(DM, 52), 238
- municipal celetista. Incorporação de gratificação reputada inconstitucional. Manutenção do pagamento, com esteio nos princípios da segurança jurídica e da irredutibilidade de vencimentos.

Impossibilidade(DM, 52), 238

- municipal celetista. Supressão de pagamento de incorporação de gratificação. Cumprimento a determinação judicial, em face da declaração de inconstitucionalidade da lei municipal que criou a vantagem. Restabelecimento do pagamento pela Justiça do Trabalho. Imperitância.....(DM, 52), 239

Simulação

- Art. 167, §1º, I, CC.....(DP, 99), 264

Terceirização(DM, 59), 242

- Serviço prestado através de entidade não governamental de ação social. Instituto Mamulengo Social. Responsabilidade subsidiária do município(MN, 123), 276

Trabalho

- em câmara frigorífica. Adicional de insalubridade já pago pelo empregador. Direito ao intervalo previsto no art. 253 consolidado. Desnecessidade de perícia técnica para apuração da temperatura do ambiente do trabalho.....(DM, 60), 242
- em domingos e feriados. Impacto das Leis n. 10.101/2000 e n. 11.603/2007.....(DM, 61), 242

Transferência

- de empregada. Extinção do es-

tabelecimento em que a empregada trabalhava.(DM, 62), 243

Turno ininterrupto de revezamento

- Horas extras. Divisor 180.....(DP, 93), 258

Turnos ininterruptos de revezamento

- Negociação coletiva. Pressupostos para validade(DM, 63), 243

Usufruto

- vitalício. Imóvel gravado com cláusulas de inalienabilidade e impenhorabilidade. Interesse de agir. Embargos de terceiro. Cabimen-

to(EX, 119), 273

Vale-alimentação

- Concedido por terceiro. Natureza salarial. Integração.....(DM, 64), 244

Vínculo empregatício

- Não configurado. Ex-detenta. trabalho desenvolvido pela municipalidade de Catanduva ("Casa Mãe"). Nobre tentativa de reintegração à sociedade dessas mulheres e de suas famílias. Através de sua profissionalização e sua integração ao mercado de trabalho(DM, 65), 244

- Subordinação reticular. Configuração.....(DM, 66), 245

ONOMÁSTICO*

AZEVEDO, Dagoberto	- Depósito..... 270
Nishina de	- Dissídio coletivo..... 231
- Discriminação das parcelas.... 271	- Recolhimento de juros 272
BARROS, Carlos Roberto do Amaral	CAMPOS, Flavio Nunes
- Estabilidade provisória 233	- Simulação..... 264
- Vínculo empregatício 245	CAPELATTO, Ivan Roberto
BIASI, Erodite Ribeiro dos Santos De	- Assédio moral..... 23
- Município..... 238	CARRADITA, Manuel Soares Ferreira
- Processo do trabalho 238	- Imposto de renda..... 234
- Servidor municipal celetista .. 238	- Justiça gratuita..... 257
- Servidor celetista 239	- Mandado de segurança 210
BORGES, Fernando da Silva	- Terceirização 276
- Autuação fiscal 275	COELHO, Helena Rosa Mônico da Silva Lins
- Danos morais 265	- Antecipação de tutela 260
- Doença ocupacional..... 232	- Competência da Justiça do Trabalho 260
- Programas de incentivo ao afastamento 276	- Fundado receio de dano 260
BURATTO, Renato	- Obrigação de fazer 261
- Ação anulatória 247	- Responsabilidade objetiva 260

*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.

- Usufruto vitalício 273
- COOPER, Fabio Allegretti
 - Indenização..... 235
- COOPER, Flavio Allegretti de Campos
 - Aumento real de salário..... 223
- COSTA, Jorge Luiz
 - Dano moral 238
- CRUZ NETO, Eurico
 - Ajuste coletivo 219
 - Registro sindical 259
- CUNHA, Andrea Guelfi
 - Recurso ordinário..... 240
- DIONÍSIO, Sônia das Dores
 - Violência no trabalho 29
- FAGUNDES, Renan Ravel Rodrigues
 - Terceirização 242
- FELICIANO, Guilherme Guimarães
 - Refundando o Direito Penal do Trabalho: primeiras aproximações (artigo) 85
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta
 - Acidente de trabalho..... 217
 - Agravo de instrumento 248
 - Aposentadoria espontânea ... 222
 - Artigo 71 da Lei n. 8.666/1993 e Súmula n. 331 do C. TST: poderia ser diferente? (artigo). 43
 - Contribuição previdenciária.. 269
- Entidade filantrópica 269
- GOMIERI, Olga Aida Joaquim
 - Coisa julgada 263
 - Responsabilidade subsidiária 273
 - Responsabilização subsidiária 262
 - Transferência de empregada . 243
 - Vínculo empregatício 244
- GORELLI HERNANDEZ, Juan
 - Acoso laboral y negociación colectiva en Andalucía (artigo) 131
- GRASELLI, Fabio
 - Competência da Justiça do Trabalho 252
- GULLA, Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira
 - Mandado de segurança 209
- KHAYAT, Mariane
 - Competência administrativa . 224
 - Contaminação química 254
 - Danos morais..... 230
 - Mandado de segurança 210
- LAZARIM, Luiz Antonio
 - Competência..... 253
 - Contribuição sindical rural ... 255
 - Descontos..... 259
 - Estabilidade acidentária..... 232
 - Recurso..... 258
 - Turno ininterrupto de revezamento..... 258
- LEITE, Maria Cecília Fernandes Álvares
 - Ação rescisória..... 213
 - Cláusula 223

- Fraude à execução 271
 - Servente de escola 241
- LIMA, Firmino Alves
- Repressão penal dos atos antissindiciais (artigo) 67
- LIMA, Samuel Hugo
- Bem de família 269
 - Cerceamento de defesa 251
 - Comissão de conciliação pré-
via..... 224
 - Recurso administrativo 258
- LOBO, Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno
- Corte de cana..... 265
- LOCKMANN, Ana Paula
Pellegrina
- Audiência..... 250
 - Danos morais 230
 - Intervalo 235
 - Intervalo intrajornada 242
 - Trabalho em câmara frigorífi-
ca 242
- LOPES, Edmundo Fraga
- Dano moral 275
- MALM, Thomas
- Adjudicação..... 267
- MONEGATTO, Regina Dirce
Gago de Faria
- Contrato nulo..... 225
- MONTANAGNA, Antonio
Francisco
- Adicional de insalubridade... 218
 - Benefício da justiça gratuita ... 251
- Contribuição assistencial/
confederativa..... 226
 - Jornada 12x36 236
- MORAES, Gisela Rodrigues
Magalhães de Araújo e
- Adicional de sexta-parte..... 219
 - Indenização por danos morais 235
 - Responsabilidade subsidiária 261
 - Vale-alimentação 244
- NEVES, Elency Pereira
- Antecipação de protocolo..... 256
 - Contribuição previdenciária.. 227
 - Custas 256
 - Prescrição bienal..... 258
 - Representatividade sindical .. 259
- ORTIZ, José Carlos
- Competência criminal da
Justiça do Trabalho (artigo).... 179
- PANCOTTI, José Antonio
- Ação civil pública 248
 - Bem de família 268
 - Controle de constitucional-
dade 255
 - Fiscalização do trabalho 233
- PILEGIS, Olga Regiane
- Ação anulatória 247
- PISTORI, Gerson Lacerda
- Acidente de trabalho..... 218
 - Adicional de insalubridade.... 219
 - Assédio moral..... 222
 - Estabilidade gestante..... 233
- PITAS, José
- Coisa julgada 252
 - Competência..... 254

- Detentor de animal.....	254	SILVA, Luiz José Dezena da	
- Gratuidade da justiça.....	257	- Contrato	225
- Trabalho em domingos e feriados	242	- Contribuições previdenciárias.....	270
PLATO, Ricardo Antonio de		- Falência do devedor.....	271
- Aviso prévio	223	- Juros de mora	236
PÔRTO, Marcos da Silva		SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da	
- Acidente de trabalho.....	215	- Repressão penal dos atos antissindicais (artigo)	67
RAMOS, Nildemar da Silva		SILVA FILHO, Laurival Ribeiro da	
- Prescrição quinquenal	266	- Ação rescisória.....	213
ROTONDARO, Nora Magnólia Costa		SOUZA, José Pedro de Camargo Rodrigues de	
- Garagem de apartamento.....	272	- Ação rescisória.....	213, 214
SANT'ANNA, Renato Henry		- Acidente de trabalho.....	217
- Responsabilidade subsidiária	272	- Arrematação	267
SANTOS, Lorival Ferreira dos		SOUZA, Rita de Cássia Penkal Bernardino de	
- Acúmulo de funções	218	- Processo seletivo	239
- Aplicação da multa	249	TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César	
- Dano moral	228	- Justiça gratuita.....	237
- Justa causa.....	236	TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO	
SILVA, João Batista da		- Assento regimental n. 6	282
- Advogado	257	- Assento regimental n. 7	282
- Exceção de suspeição	256	- Assento regimental n. 8	282
SILVA, Luciane Storel da		- Ato GP/CR n. 1.....	284
- Coisa julgada	252	- Ato regulamentar GP n. 4	282
SILVA, Luís Carlos Cândido Martins Sotero da		- Ato regulamentar GP n. 5	282
- Agravo de petição	249	- Ato regulamentar GP n. 6	282
- Agravo interno	249	- Ato regulamentar GP n. 7	282
- Competência.....	253	- Comunicação CR n. 2	283
- Contribuição previdenciária..	227		

- Comunicado GP/VPJ n. 3 284
- Portaria GDGSET/GP n. 75... 284
- Portaria GP n. 15 283
- Portaria GP n. 27 285
- Portaria GP n. 9 281
- Portaria GP/CR n. 10 281
- Portaria GP/VCR n. 1 282
- Portaria GP/VPJ n. 2 284
- Portaria GP/VPJ n. 3 284
- Portaria GP/VPJ/CR n. 1 281
- Provimento GP/CR n. 4 283
- Provimento GP/CR n. 5 283
- Provimento GP/CR n. 6 283
- Provimento GP/CR n. 7 283
- Provimento GP/CR n. 8 284
- Recomendação CR n. 1 281
- Resolução administrativa
n. 10 283
- Resolução administrativa
n. 11 285
- Resolução administrativa n. 6. 281
- Resolução administrativa n. 7. 282
- Resolução administrativa n. 8. 282
- Resolução administrativa n. 9. 283
- VASCONCELLOS, Ana Maria
de
 - Dano moral 228
 - Rescisão indireta 240
 - Responsabilidade pré-con-
tratual 241
 - Turnos ininterruptos de reve-
zamento 243
- VIDOTTI, Tarcio José
 - Danos materiais 229
- VIEIRA, Thelma Helena
Monteiro de Toledo
 - Retenção indevida de CTPS ... 241
- ZANARDI, Valdevir Roberto
 - Competência material 253
 - Contribuições previdenciá-
rias 270
- ZANELLA, Eduardo Benedito
de Oliveira
 - Carta de fiança bancária 269

