



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. 30
2007

ISSN 1679-8694



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

DIREÇÃO E COORDENAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

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

Fone (19) 3236-2100

www.trt15.gov.br

ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901- 14º andar - 13015-927 - Campinas/SP

Fone (19) 3031-4183 - Fax (19) 3236-0585

e-mail: ematra@trt15.gov.br

Catálogo na Publicação (CIP) 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 da
Magistratura – n.1, jul./dez. 1991-. Campinas/SP, 1991

n. 30, jan./jun. 2007

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 da
Magistratura.

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

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

Supervisão: Juíza Tereza Aparecida Asta Gemignani

Capa: Patrícia Izumi da Silva

Colaboradoras da organização desta edição:

Ana Maria da Silva Oliveira

Débora Eliana de Oliveira Battagin

Elizabeth Aparecida Nespolon Bertazzoli

Laura Regina Salles Aranha

Maria Auxiliadora Ortiz Winkel

Mônica de Oliveira Jurgensen

Rosiane Cristina Runho Lucarelli



ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper - Diretor
Juiz Lorival Ferreira dos Santos - Coordenador

CONSELHO EDITORIAL

Juíza Tereza Aparecida Asta Gemignani - Presidente
Juiz José Roberto Dantas Oliva
Juiz Guilherme Guimarães Feliciano
Juiz Henrique Macedo Hinz
Juíza Luciana Caplan

CONSELHO TÉCNICO - SUBCOMISSÕES

JURISPRUDÊNCIA

Juiz José Otávio de Souza Ferreira – Presidente
Juiz Flávio Landi
Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca

DOCTRINA INTERNACIONAL

Juiz Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo – Presidente
Juiz Marco Antônio de Souza Branco
Juiz José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva

TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira – Presidente
Juíza Laura Bittencourt Hinz
Juíza Candy Florencio Thome

DOCTRINA NACIONAL

Juíza Olga Regiane Pilégis - Presidente
Juiz Firmino Alves Lima
Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

CONSELHO CONSULTIVO E DE PROGRAMAS

Juiz Fernando da Silva Borges
Representante dos Juizes do Tribunal

Juiz Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Representante dos Juizes Titulares de Vara do Trabalho

Juíza Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan
Representante dos Juizes Substitutos

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE

Luiz Carlos de Araújo

VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO

Maria Cecília Fernandes Alvares Leite

VICE-PRESIDENTE JUDICIAL

I. Renato Buratto

CORREGEDORA REGIONAL

Fany Fajerstein

JUÍZES TOGADOS

José Pedro de Camargo R. de Souza

Eurico Cruz Neto

Ernesto da Luz Pinto Dória

Irene Araium Luz

Fany Fajerstein

Luiz Carlos de Araújo

Luís Carlos Cândido M. Sotero da Silva

Laurival Ribeiro da Silva Filho

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Carlos Roberto do Amaral Barros

Antônio Miguel Pereira

Olga Aida Joaquim Gomieri

Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

I. 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

Paulo de Tarso Salomão

Flavio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa Mônico da Silva L. Coelho

Gisela Rodrigues M. de Araújo e Moraes

Edmundo Fraga Lopes

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

1ª TURMA

1ª CÂMARA

Juiz Luiz Antonio Lazarim

(Presidente da 1ª Câmara)

Juiz Luiz Roberto Nunes

Juíza Tereza Aparecida Asta Gemignani

2ª CÂMARA

Juíza Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

(Presidente Turma e da 2ª Câmara)

Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

Juíza Mariane Khayat

2ª TURMA

3ª CÂMARA

Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

(Presidente da 3ª Câmara)

Juiz Edmundo Fraga Lopes

Juíza Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

4ª CÂMARA

Juiz Paulo de Tarso Salomão

(Presidente da Turma e da 4ª Câmara)

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

Juiz Antonio Miguel Pereira

3ª TURMA

5ª CÂMARA

Juiz Lorival Ferreira dos Santos

(Presidente 5ª Câmara)

Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória

Juíza Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes

6ª CÂMARA

Juiz Henrique Damiano

(Presidente da Turma e da 6ª Câmara)

Juiz Luiz Carlos de Araújo

Juíza Ana Maria de Vasconcellos

4ª TURMA

7ª CÂMARA

Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita
(Presidente da Turma e da 7ª Câmara)

Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho
Juiz I. Renato Buratto

8ª CÂMARA

Juíza Irene Araium Luz
(Presidente da 8ª Câmara)

Juiz Flávio Allegretti de Campos Cooper
Juíza Vera Teresa Martins Crespo

5ª TURMA

9ª CÂMARA

Juiz Nildemar da Silva Ramos
(Presidente da 9ª Câmara)

Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros
Juiz Gerson Lacerda Pistori

10ª CÂMARA

Juiz Fernando da Silva Borges
(Presidente da Turma e da 10ª Câmara)

Juiz José Antônio Pancotti
Juíza Elency Pereira Neves

6ª TURMA

11ª CÂMARA

Juiz Flavio Nunes Campos
(Presidente da Turma e da 11ª Câmara)

Juíza Fany Fajerstein
Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

12ª CÂMARA

Juiz Eurico Cruz Neto
(Presidente da 12ª Câmara)
Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri
Juiz José Pitás

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Juiz Luiz Carlos de Araújo (Presidente)
Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite
 Juiz Henrique Damiano
Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper
 Juiz Nildemar da Silva Ramos
 Juiz Lorival Ferreira dos Santos
 Juiz José Antônio Pancotti
 Juiz Fernando da Silva Borges
 Juiz Paulo de Tarso Salomão
 Juiz Flávio Nunes Campos
 Juíza Elency Pereira Neves
 Juiz Gerson Lacerda Pistori

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Juíza Fany Fajerstein (Presidente)
Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
 Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri
 Juiz Luiz Antonio Lazarim
 Juiz Luiz Roberto Nunes
 Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita
 Juíza Mariane Khayat
 Juíza Ana Maria de Vasconcellos
 Juíza Helena Rosa Mônica da Silva Lins Coelho
Juíza Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes
 Juíza Tereza Aparecida Asta Gemignani
Juíza Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Juiz I. Renato Buratto (Presidente)
Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
 Juiz Eurico Cruz Neto
 Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória
 Juíza Irene Araium Luz
 Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho
 Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros
 Juiz Antônio Miguel Pereira
 Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
 Juiz José Pitas
 Juíza Vera Teresa Martins Crespo
 Juiz Edmundo Fraga Lopes

JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Em 30/06/2007

JUIZ(ÍZA)	Vara do Trabalho
Susana Graciela Santiso	7ª Campinas
Maria Cristina Mattioli	4ª Bauru
Maria Madalena de Oliveira	3ª Bauru
Neise Vicentini	1ª Lençóis Paulista
Thomas Malm	Cruzeiro
Ana Lúcia Pereira	São Sebastião
Suzana Monreal Ramos Nogueira	Amparo
Fábio Grasselli	Avaré
Veva Flores	Itatiba
Samuel Hugo Lima	Hortolândia
Erodite ribeiro dos Santos de Biasi	Capivari
Valdeir Roberto Zanardi	Votuporanga
Dagoberto Nishina de Azevedo	5ª São José dos Campos
Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira	Salto
Manoel Carlos Toledo Filho	10ª Campinas
Antonio Francisco Montanagna	2ª Limeira
Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza	2ª São José do Rio Preto
Carlos Augusto Escanfella	4ª São José do Rio Preto
Édison Giurno	5ª Campinas
Luiz José Dezena da Silva	Indaiatuba
Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani	Campo Limpo Paulista
João Alberto Alves Machado	2ª Araçatuba
Claudinei Sapata Marques	Penápolis
Fábio Allegretti Cooper	6ª Ribeirão Preto
Luciane Storel da Silva	11ª Campinas
Ricardo Antonio de Plato	2ª Jundiaí
Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa	2ª Paulínia
Fábio Prates da Fonseca	Aparecida
Paulo Augusto Ferreira	Batatais
José Carlos Ábile	2ª Lençóis Paulista
Rosemeire Uehara Tanaka	4ª Jundiaí
Jorge Luiz Souto Maior	3ª Jundiaí
João Batista da Silva	2ª Taubaté
Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo	4ª Campinas
José Otávio de Souza Ferreira	Mogi Guaçu

JUIZ(ÍZA)	Vara do Trabalho
Orlando Amâncio Taveira	Caçapava
Keila Nogueira Silva	2ª Marília
Edison dos Santos Pelegrini	1ª Bauru
Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim	1ª Jundiaí
Nora Magnólia Costa Rotondaro	Tietê
Ana Paula Pellegrina Lockmann	8ª Campinas
Mari Angela Pelegrini	Rancharia
Maria da Graça Bonança Barbosa	4ª São José dos Campos
Ricardo Regis Laraia	1ª Paulínia
Eliane de Carvalho Costa Ribeiro	Piedade
Renan Ravel Rodrigues Fagundes	Sta. Bárbara D'oste
Wilton Borba Canicoba	3ª Campinas
Andrea Guelfi Cunha	Itapira
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	Cravinhos
Marcos da Silva Pôrto	5ª Ribeirão Preto
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	Leme
Adriene Sidnei de Moura David Diamantino	2ª Piracicaba
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto
Jorge Luiz Costa	1ª Franca
Margarete Aparecida Gulmaneli	2ª Catanduva
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos
Ana Cláudia Torres Vianna	2ª Campinas
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi
Cinthia Maria da 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	Tatui
Regiane Cecília Lizi	2ª Bauru
Maria de Fátima Vianna Coelho	9ª Campinas

JUIZ(ÍZA)	Vara do Trabalho
Cláudia Cunha Marchetti	Sumaré
Olga Regiane Pilegis	2ª Americana
Julio Cesar Roda	Araras
Jorge Antonio dos Santos Cota	2ª Araraquara
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	Capão Bonito
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	2ª presidente prudente
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis
Maurício Takao Fuzita	3ª Araçatuba
Luis Fernando Lupato	Ubatuba
Amauri Vieira Barbosa	Cajuru
José Maria Valentini	Teodoro Sampaio
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho
André da Cruz e Souza Wenzel	Lorena
Sérgio Milito Barãa	3ª Araraquara
Roberto Nicácio	Caraguatatuba
José Roberto Dantas Oliva	1ª Presidente Prudente
Sérgio Cardoso e Silva	1ª Araçatuba
Marcelo Carlos Ferreira	4ª Sorocaba
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	Pederneiras
Jaide Souza Rizzo	Birigüi
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	Pirassununga
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto

JUIZ(ÍZA)	Vara do Trabalho
Robson Adilson de Moraes	José Bonifácio
Dora Rossi Góes	2ª São José dos Campos
José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	Orlândia
Flávio Landi	1ª Americana
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 Jacareí
Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté
Rosana Fantini Nicolini	2ª Jacareí
Renata dos Reis D'Ávilla Calil	Mococa
Maria Angélica Mineto Pires	Botucatu
Luis Martins Junior	Itu
Juliana Benatti	3ª Piracicaba
Luciana Nasr	3ª Sorocaba
Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	2ª Jaú
Alexandre Vieira dos Anjos	São Joaquim da Barra
Gisele Pasotti Fernandes Flora Pinto	Santa Cruz do Rio Pardo
Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
Odaír Rodrigues da Rocha	Guaratinguetá
Fernanda Cavalcanti Varzim Gaetano	Bebedouro
Maria Cristina Brizotti Zamuñér	1ª Sorocaba
Mauro César Luna Rossi	Registro
Walter Gonçalves	2ª São Carlos
José Guido Teixeira Júnior	Itararé
Kátia Liriam Pasquini Braiani	Adamantina
Cristiane Montenegro Rondelli	Porto Ferreira
Eliane Aparecida Aguado Moreno	Itapetininga
André Luiz Alves	Itápolis
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	Pindamonhangaba
Luis Rodrigo Fernandes Braga	Tupã
Laura Bittencourt Hinz	Jales
Adriana Fonseca Perin	Andradina
Ana Paula Alvarenga Martins	Barretos
Evandro Eduardo Maglio	Dracena

JUIZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 30/06/2007

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
Júlio César Marin do Carmo	Bauru
Evandro Eduardo Maglio	Campinas
Ana Paula Alvarenga Martins	Campinas
Júlio César Trevisan Rodrigues	São José do Rio Preto
Alexandre Garcia Muller	Presidente Prudente
Arlida Cristiane Silva de Paula Calixto	Ribeirão Preto
Cássia Regina Ramos Fernandes	São José dos Campos
José Eduardo Bueno de Assumpção	Ribeirão Preto
Leo Minoru Ozawa	Campinas
Denise Ferreira Bartolomucci Mulato	São José dos Campos
Nelma Pedrosa Godoy Sant'anna Ferreira	Presidente Prudente
Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Campinas
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 Martins 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 Santos Costa Gonçalves	Araçatuba
Pedro Edmilson Pilon	Campinas
Valdir Rinaldi Silva	Sorocaba
Alessandro Tristão	São José do Rio Preto
Daniela Renata Rezende 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

Nome	Circunscrição
Isabela Tófano de Campos Leite Pereira	Campinas
Valéria Cândido Peres	Campinas
Mônica Muniz Barretto Volasco	Sorocaba
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
Danielle Bertachini Montealeone	Campinas
Josefina Regina de Miranda Geraldí	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
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 Zironi	São José do Rio Preto
Sandra dos Santos Brasil	Campinas
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto
Elen Zoraide Módolo Jucá	Araçatuba
Ana Maria da Silva Sandei	Sorocaba
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente
Regina Rodrigues Urbano	Campinas
Manoel Luiz Costa Penido	São José dos Campos
Paulo Bueno Cordeiro de Almeida Prado Bauer	Bauru

Nome	Circunscrição
Ana Paula Silva Campos Miskulin	São José do Rio Preto
Déborah Beatriz Ortolan Inocêncio Nagy	Sorocaba
Teresa Cristina Pedrasi	Campinas
Diovana Bethânia Ortolan Inocêncio Fabreti	Sorocaba
Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Ribeirão Preto
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 Chedid 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	Campinas
Maria Flávia Roncel de Oliveira Alaite	Campinas
Alexandre Alliprandino Medeiros	ribeirão preto
Adriana de Jesus Pita Colella	Campinas
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 Dionísio 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	Campinas
João Batista de Abreu	Campinas
Clóvis Victório Júnior	Araçatuba

Nome	Circunscrição
Elisabeth Priscila Satake Sato	Campinas
André Luiz Menezes Azevedo Sette	Campinas
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas
Cícero Alanio Tenório de Melo	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
Lígia Mello de Lima Araújo Santos	Campinas
Maurício Bearzotti de Souza	Campinas
Adriana Custódio Xavier de Camargo	Campinas
Gilvânia Oliveira de Rezende	sorocaba
Thiago Barbosa de Andrade	Campinas
Salete Yoshie Honma Barreira	Campinas
Vinicius Magalhães Casagrande	Sorocaba
Rafael Menezes Santos Pereira	Campinas
Aparecido Batista de Oliveira	Sorocaba
André Luiz Tavares de Castro Pereira	Sorocaba
Leticia Gouveia Antonioli	Sorocaba
Lea Maria Ribeiro Vieira	Ribeirão Preto
Antonio Carlos Cavalcante de Oliveira	Bauru
Mauro César Moreli	São Jose do Rio Preto
Ricardo Luís Valentini	Ribeirão Preto
Rogério Princivalli da Costa Campos	Ribeirão Preto
Paulo Eduardo Belloti	Ribeirão Preto
Roberto dos Santos Soares	Ribeirão Preto

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
DOCTRINA NACIONAL	17
Penhora sobre salários, proventos da aposentadoria e poupança: o princípio da legalidade e utilidade da jurisdição	19
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta	
Reclamação Trabalhista. Brasil Campeão	37
AROUCA, José Carlos	
Direito do Trabalho, Terceirização e Contratos de Fornecimento Industrial - Notas sobre a Responsabilidade Jurídica de Clientes e Fornecedores	43
FELICIANO, Guilherme Guimarães	
Análise da Orientação Jurisprudencial nº 130 da SDI-II do TST. A Competência Territorial das Ações Coletivas Trabalhistas	63
SANTOS, Ronaldo Lima dos	
Responsabilidade Objetiva e Inversão da Prova nos Acidentes de Trabalho	79
MELO, Raimundo Simão de	
Relações de Trabalho no Setor Canavieiro na era do Etanol e da Bionergia	101
GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia	
DOCTRINA INTERNACIONAL	119
Relaciones Laborales Triangulares: La subcontratación Y El Suministro de Trabajadores En La Nueva Ley Chilena	
UGARTE, Jose Luis	121

O Papel da Câmara Social: Sua Jurisprudência - Influência do Direito Internacional e Comunitário	139
COLLOMP, Evelyne	
A Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores. Perspectiva Comunitária Européia	153
BRAVO, Alvaro A. Sánchez	
Grupo de Empresas: Enfoque Laboral	161
CASTELLO, Alejandro	
TRABALHO DO MEIO CIENTÍFICO	183
O Princípio Protetor do Empregado e a Dignidade da Pessoa Humana	185
ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca	
ATOS NORMATIVOS	
Atos Normativos	205
JURISPRUDÊNCIA	211
Ementário do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região	
1ª SDI	213
2ª SDI	215
Direito Material	217
Direito Processual	231
Direito Rural	243
Execução	245
Matéria Nova	249
Tribunal Pleno	251
ÍNDICE DAS EMENTAS	255

APRESENTAÇÃO

Nesta edição, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas apresenta sua tradicional revista repaginada. A nova capa estiliza o constante tangenciamento que existe entre dois mundos, o do capital e o do trabalho, numa contínua relação de inter-referência, em que as condicionantes enfrentadas por um, causam repercussão de tal intensidade em outro, e vice-versa, que levam a um movimento de interdependência pendular e recíproca, entre os interesses convergentes e divergentes.

Ante tal contexto, a Revista se propõe a atuar como locus de discussão, aberto a todas as correntes do pensamento jurídico, por acreditar no valor da pluralidade e da diversidade na construção dos parâmetros da normatividade, destinada a reger as relações humanas.

Ao azul, cor adotada pela Escola da Magistratura em sua logomarca, que representa a infinitude das questões que envolvem o mundo do trabalho, adiciona o verde, como reconhecimento da pujança do agronegócio na área de sua jurisdição, e também como forma de homenagear a topografia privilegiada dos campos e campinas, que conferiram nome à cidade em que está localizada sua sede, e que se constitui num dos pólos econômicos mais importantes do Brasil.

Num mundo marcado pelo expressivo avanço da tecnologia wireless, que intensifica a velocidade no processamento das informações e prioriza o virtual, apostar na importância de uma revista científica como veículo de reflexão constitui, antes de mais nada, um desafio.

Significa acreditar que é possível superar a perspectiva do aqui/agora, com a superficialidade que a caracteriza, e manter viva a perenidade do embate das idéias, necessário para evitar a esterilidade do pensamento. É ter sensibilidade para reconhecer, que mesmo num ambiente marcado pela mudança constante, que o impele para a fugacidade, o ser humano sempre procura descobrir suas raízes, e as vigas de sustentação que possibilitem manter a fecundidade do pensamento, imprescindível para preservar sua essência. Longe de desdenhar a tecnologia, e a força que representa no mundo contemporâneo, trata-se de considerar como isto pode afetar a vida e o comportamento humano, atuando

como um software que condiciona os padrões institucionais da normatividade, tanto nos locais de trabalho altamente sofisticado, como nos ambientes mais rudimentares em que não é utilizada. A região abrangida pelo Tribunal de Campinas detém esta peculiaridade, abrangendo tanto centros tecnológicos de ponta, como pequenos e rústicos estabelecimentos, tocados quase que exclusivamente por atividades rudimentares.

O tempo, cada vez mais curto, dificulta o acesso a diferentes obras e autores para o estudo dos temas relevantes. Daí a necessidade de um periódico, que possa trazer a análise das questões mais candentes da atualidade. Para tanto, também se afigura importante a utilização de um meio de comunicação que, ao invés de ficar piscando na tela, exigindo respostas imediatas, convida a refletir e a pensar, respeitando o tempo de maturação necessário para a formação de novos conceitos e a incorporação das novas idéias.

Assim, procura atingir o escopo de estimular o aprimoramento de todos os que acreditam no valor da ciência do direito, como formadora dos pilares de sustentação do equilíbrio na diversidade, que marca de forma acentuada o mundo da realidade em que estamos mergulhados e temos que enfrentar todos os dias, mostrando de maneira clara como o Direito do Trabalho é imprescindível para alavancar o desenvolvimento do ser humano como pessoa, e do país como nação.

Por isso, além de se constituir num desafio, representa também um ato de fé na importância que o sistema jurídico tem para a edificação de uma sociedade democrática, impedindo que o predomínio das representações virtuais possa subliminarmente substituir a realidade da vida, por outra fabricada e hegemônica, que não tem lugar para a transcendência, asfixiando o homem numa mesmice angustiante e uniformizadora, que o impede de pensar e de criar.

Viver apenas no frenesi do presente amortece os sentidos do passado e nos deixa a deriva, atrofiando a musculatura mental do pensamento, impedindo o ser humano de ter condições de lutar como sujeito ativo na construção do futuro.

Numa época marcada pelo ritmo frenético da mudança, que vem transformando o modo como se organiza a sociedade e provoca alterações significativas no mundo do trabalho, que a Revista do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas possa contribuir para esse debate, a fim de que tenhamos condições de conferir efetividade ao marco constitucional, que erigiu a centralidade do trabalho como valor estruturante da república brasileira.

JUÍZA TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI
Presidente do Conselho Editorial



DOCTRINA NACIONAL

PENHORA SOBRE SALÁRIOS, PROVENTOS DA APOSENTADORIA E POUANÇA: O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E A UTILIDADE DA JURISDIÇÃO

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“Não se escapou, aqui, de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que não se inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”

Luis Roberto Barroso

Resumo: O artigo se propõe a analisar a questão da penhora sobre salários, proventos da aposentadoria e poupança, sob a perspectiva da constitucionalização do processo, chamando atenção para os efeitos que a decisão produz na realidade fática que permeia o mundo do trabalho. Ressalta que é preciso maximizar a aplicação do princípio da legalidade, a fim de preservar a utilidade e a eficiência funcional da jurisdição.

Palavras-chave: Penhora sobre salários; Proventos de aposentadoria e poupança; Maximização do princípio da legalidade; Utilidade e eficiência funcional da jurisdição.

Sumário: 1 Introdução; 2 O direito do avesso; 3 A constitucionalização do processo; 4 A solução dada pelo sistema e o princípio da legalidade; 5 A efetividade e utilidade da jurisdição; 6 Conclusão; 7 Bibliografia.

*Juíza do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas e Doutora em Direito do Trabalho - nível de pós-graduação- pela USP - Universidade de São Paulo.

1 INTRODUÇÃO

Nosso direito sempre reconheceu a importância e relevância do salário, tanto assim que lhe conferiu a garantia da impenhorabilidade, quando confrontado com outro crédito de natureza diversa da alimentícia.

A questão ora enfrentada se reveste de maior complexidade, pois pretende analisar se esta garantia subsiste de forma absoluta, mesmo quando se trata de proceder ao pagamento de outro salário, verba que ostenta a mesma natureza. É o caso concreto, que vem se multiplicando nas Cortes Trabalhistas, do empregador que, depois de desfazer seu negócio, ou de encerrar suas atividades empresariais, passa a trabalhar como empregado, ou se aposenta. Entretanto, fica devendo verbas salariais ao seu ex-empregado, que bate às portas da Justiça para executar a dívida e receber o que é seu.

Neste caso, poderíamos sustentar que remanesce a impenhorabilidade absoluta e integral de um salário (do ex-empregador), conferindo-lhe total garantia, ao mesmo tempo em que todas as garantias são negadas ao outro salário (do ex-empregado)?

2 O DIREITO DO AVESSE

Um dos pilares de sustentação do Direito do Trabalho está calcado no conceito de que se o empregador detém o poder diretivo do empreendimento, deve exercê-lo

em sua integralidade não só no que se refere aos bônus, mas também quanto aos ônus, não podendo transferir o encargo respectivo para o empregado. Se em alguns países, principalmente europeus, a idéia de gestão compartilhada é considerada viável, no Brasil isso não acontece. Todo empregador é muito cioso de seu poder exclusivo de dirigir a atividade empresarial e, via de regra, não aceita que haja qualquer participação dos empregados. Por esse motivo, o direito do trabalho também deve ser vigilante para impedir que sejam imputados aos empregados os efeitos decorrentes do insucesso patronal nos negócios.

Num ambiente de conjuntura econômica instável, marcada por um índice considerável de mortalidade das pequenas e médias empresas, o que preocupa é a tentativa de jogar nas costas do empregado, os efeitos econômicos da má condução empresarial do empregador.

Não é incomum a situação daquele que abriu um negócio, se deu mal e despediu os empregados sem lhes pagar os direitos devidos, passando a trabalhar como empregado e recebendo salários, ou mesmo os proventos de aposentadoria em caso de jubilação.

Durante o período em que a empresa funcionou auferiu os benefícios da força de trabalho dos empregados, que não dispunham de nenhuma participação em seu poder diretivo. Porém, quando so-

breveio o infortúnio, despediu-os sem lhes pagar a devida contraprestação pelo trabalho (salários e direitos trabalhistas de natureza alimentar), pretendendo transferir-lhes as conseqüências da má performance patronal na gerência dos recursos empresariais.

Ajuizada a ação trabalhista e com um título judicial em mãos, os empregados encontram dificuldades para receber o que lhes pertence, oportunidade em que descobrem que seu antigo empregador está trabalhando e recebendo salários, aposentado e auferindo os respectivos proventos ou até mesmo ameaçando recursos em poupança.

A questão que se coloca é: pelo ordenamento legal em vigor, o ex-empregado tem, ou não, o direito de executar uma decisão que reconheceu a existência de créditos trabalhistas de natureza alimentar em seu favor, para tanto penhorando os salários, proventos de aposentadoria ou poupança do seu devedor (ex-empregador), que se beneficiou dos frutos de seu trabalho?

Ao tratar da impenhorabilidade, o artigo 649 do CPC já sinalizava de forma significativa a exceção quanto ao pagamento de prestação alimentícia (inciso IV do artigo 649 do CPC), assim reconhecendo que o crédito de natureza alimentar detinha condição especial, de modo que este benefício não pode ser concedido apenas a uma das partes, em detrimento de outra, quando os interesses contrapostos se referem a verbas de mesma

natureza, tanto em relação a um, quanto a outro.

A recente alteração promovida pela lei 11.382/2006 explicitou de forma ainda mais clara esta questão, estabelecendo expressamente que, não só em relação aos salários, mas também quanto aos proventos de aposentadorias e pensões, e quantias destinadas ao sustento do devedor e sua família, a impenhorabilidade deixa de subsistir em caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia (inciso IV e parágrafo 2º do artigo 649 do CPC), sinalizando que, em cumprimento à disposição legal expressa, ambos os interesses estão resguardados e assim devem ser satisfeitos. Ademais, importante registrar que a exceção legal não se refere apenas à pensão alimentícia, pois não foi esse o conceito agasalhado pela lei, mas sim prestação alimentícia, que detém conotação mais abrangente, assim incluindo os créditos trabalhistas, que ostentam inequívoca natureza alimentar, pois é com eles que o trabalhador consegue prover a sua subsistência, de modo que a tese da impenhorabilidade absoluta dos salários do ex-empregador, em desfavor dos salários do ex-empregado, se revela insustentável pelo ordenamento processual em vigor.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Ao discorrer sobre a idéia mestra, que norteou as alterações implementadas no processo civil na última década do século 20,

Dinamarco¹ destaca, com percuciência, que a garantia constitucional de acesso à justiça não pode ser interpretada como simples ingresso em Juízo, pois “seria algo inoperante e muito pobre se se resumisse a assegurar que as pretensões das pessoas cheguem ao processo, sem garantir-lhe também um tratamento adequado. É preciso que as pretensões apresentadas aos juízes cheguem efetivamente ao julgamento de fundo, sem a exacerbação de fatores capazes de truncar o prosseguimento do processo”, sob pena do próprio sistema se tornar estéril, assim frustrando o direito de ação que detém garantia constitucional, abrindo caminho para a desagregação social, cujo resultado cabe ao direito evitar.

Ademais, ensina que o exercício da jurisdição também tem o escopo de educar as pessoas para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus, pois quando a justiça funciona mal transgressores não a temem e lesados pouco esperam dela, o que leva ao descrédito das instituições. Neste sentido, quando um trabalhador detém uma decisão judicial, que reconhece a existência de créditos em seu favor, e não consegue executá-la para receber o que é seu, tal não configura apenas um apequeamento de seu direito individual à jurisdição, mas compromete o próprio sistema jurídico, que se mostra ineficiente e incapaz de solucionar o conflito existente, estig-

ma que pode levá-lo ao descrédito e asfixia, causando um dano a toda sociedade, que sente o colapso de uma de suas artérias mais importantes de oxigenação.

Daí a necessidade de se evitar a eternização dos conflitos e o prolongamento das angústias dos litigantes, garantindo o necessário equilíbrio entre duas forças antagônicas: de um lado a celeridade processual, que tem por objetivo proporcionar a pacificação tão logo quanto possível; de outro a ponderação no trato da causa e das razões dos litigantes, endereçada à melhor qualidade dos julgamentos.

Ao inserir o inciso LXXVIII, no artigo 5º da CF/88, a Emenda Constitucional 45/04 ressaltou que estas duas forças não atuam em separado, mas como vasos comunicantes de um mesmo movimento, de modo que uma não existe, se a outra não for observada.

Assim, se o ex-empregador tem direito aos seus salários, também deve responder pelo período em que se beneficiou da força de trabalho e pagar o débito que tem em relação ao seu ex-empregado, pois se trata de crédito que ostenta a mesma natureza (salarial). Ademais, é sempre saudável fazer valer as diretrizes fundantes da ciência do direito - *nem inem laedere e suum cuique tribuere* - ressaltando seu papel pedagógico e formador do comportamento social, sinalizando ao devedor que o sistema

¹Dinamarco, Cândido Rangel - Instituições de Direito Processual Civil - vol ! - 5ª edição - Malheiros Editores Ltda - São Paulo - 2005- p. 134 e seguintes.

jurídico não admite, que alguém possa beneficiar-se do trabalho despendido por outro ser humano, deixar de entregar a necessária contraprestação que lhe pertence, e ficar tudo por isso mesmo, sem sofrer nenhuma consequência.

Nesta linha de raciocínio, mais insustentável ainda é admitir que alguém possa manter uma reserva que lhe sobra (poupança), deixar de pagar verbas de natureza alimentar a outrem, que delas necessita para atender as suas necessidades básicas de subsistência, de modo que o disposto no inciso X, do artigo 649 do CPC, quanto à impenhorabilidade das cadernetas de poupança até 40 salários-mínimos, não pode ser aplicado quando se trata de crédito trabalhista.

Erigido como fundamental pela Constituição Federal em vigor, o direito do trabalho, inclusive em sua vertente processual, se encontra cada vez mais permeável ao movimento de constitucionalização, que vem revolucionando a ciência jurídica contemporânea. Como bem ressalta Dinamarco, o direito processual constitucional exterioriza-se mediante a tutela constitucional do processo, consistente na observância de um conjunto de princípios e garantias postos pela Constituição, como a isonomia e o devido processo legal, entre outros.

Neste passo, como reconhecer que está sendo observado o *devido processo legal* se a parte, vencedora numa ação, fica com uma sentença em mãos sem poder executá-la? Onde está o *enforcement* da jurisdição? Trocando em miúdos, para que serve a jurisdição, se é para terminar assim? Para que serve o estado democrático de direito, se os que devem continuam a dever, e os que têm a receber nunca recebem?

“Onde está o *enforcement* da jurisdição? Trocando em miúdos, para que serve a jurisdição, se é para terminar assim? Para que serve o estado democrático de direito, se os que devem continuam a dever, e os que têm a receber nunca recebem?”

Trata-se de reconhecer que as garantias constitucionais não são belas palavras, agradáveis de ouvir, mas bens da vida, cuja eficácia deve ser devidamente observada

Com efeito, se a lei passa a ser vista apenas como algo etéreo, que não precisa ser cumprido e ali está apenas para constar, como sustentar institucionalmente um país?

Como concluir que foram respeitados os princípios da legalidade e isonomia, se a impenhorabilidade absoluta vem beneficiar apenas os salários do ex-empregador, deixando as verbas salariais do ex-empregado sem qualquer garantia?

Trata-se, na verdade, de conferir concretude aos princípios reitores da vida em sociedade. A razoável duração do processo, estabelecida no inciso LXXVIII, do

artigo 5º da CF/88, permite que o vencedor de um processo e detentor de um título judicial permaneça anos a fio sem receber seu crédito?

O princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do artigo 5º da CF/88, permite que o Estado assista impassível alguém usufruir dos benefícios proporcionados pelo trabalho de outrem e deixe de remunerá-lo por isso?

O devido processo legal, agasalhado no inciso LIV do artigo 5º da CF/88, permite que um processo pare na execução e assim permaneça sem a adequada solução, quando o devedor tem a possibilidade de solver seu débito, mesmo que isso ocorra de forma mais gradual, através do depósito de um percentual de sua renda mensal?

Por que a garantia prevista no inciso X do artigo 7º da CF/88 deve beneficiar apenas o salário do ex-empregador e não o salário do ex-empregado?

Ora, não é sustentável a interpretação que impeça o resultado útil da jurisdição!

Como ramo do direito público, a validade do direito processual está definitivamente atrelada a sua capacidade de decidir imperativamente e impor decisões, sem esquecer que é preciso obter o máximo possível de garantia social com o mínimo de sacrifício pessoal, como ressalta Dinamarco.

Neste mesmo sentido caminha Nelson Nery Junior², ao discorrer sobre a conceituação do devido processo legal, explicando que este princípio “caracteriza-se pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, vale dizer, tem-se o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico”, ou seja, a “possibilidade efetiva de a parte ter acesso à Justiça”, o que inclui o efetivo recebimento dos direitos judicialmente reconhecidos.

Com efeito, de que valeria ter direito à isonomia, ao contraditório, a publicidade, à motivação das decisões, se tudo isso acabar numa folha de papel, sem que o bem da vida seja entregue ao credor?

4 A SOLUÇÃO DADA PELO SISTEMA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A solução passa pela utilização do princípio da proporcionalidade, a fim de preservar as garantias constitucionais e gerar importantes reflexos no balizamento das condutas sociais. Ao proceder a penhora de um percentual-geralmente 30% dos salários do ex-empregador, para garantir o pagamento dos salários que deve ao ex-empregado, o Estado está conferindo utilidade e eficácia ao exercício da jurisdição, assim garantindo a credibilidade das instituições, ao mesmo tempo em que sinaliza ao devedor que deve honrar seus compromissos, nem que para isso tenha que se privar de algo, pois é preciso reconhecer que as necessi-

²Nery Junior, Nelson – Princípios do processo civil na Constituição Federal – 8ª edição- Editora Revista dos Tribunais – São Paulo – 2004 – p. 63 e seguintes.

dades do outro, pelo recebimento de um crédito de natureza alimentar, são tão importantes quanto as suas, assim resgatando o sentido da alteridade, base de edificação do ordenamento jurídico.

Ora, a impenhorabilidade salarial absoluta, prevista no inciso IV do artigo 649 do CPC, só pode ser reconhecida quando houver conflito de interesses entre um crédito de natureza civil e uma verba salarial, caso em que o juiz se limita a subsunção do fato à regra.

Entretanto, quando o conflito envolve interesses salariais das duas partes, o caso é diferente, levando o julgador a socorrer-se dos princípios constitucionais como bússolas de orientação, pois é preciso proceder à interpretação do direito posto no inciso supra referido, não como norma isolada, mas em consonância com o parágrafo 2º do mesmo artigo 649 do CPC, a fim de obter a justa solução da lide.

E o que está posto pelo direito?

Está posto que as verbas de natureza salarial detêm privilégio sobre as demais.

Se assim é, como resolver um conflito entre duas pretensões, quando ambas detêm a mesma natureza e estão igualmente protegidas pelo direito posto?

Acaso o sistema respalda uma solução que confere garantias apenas ao salário do devedor (ex-empregador trabalhista), e a nega ao salário do credor (ex empregado)?

Ou seja, um seria mais salário do que o outro?

Este é o *punctum litis* da controvérsia, cuja solução tem que ser buscada pela adequada e ponderada interpretação do ordenamento jurídico vigente.

Assim, comecemos pelas categorias tradicionais de hermenêutica.

a - Análise gramatical

Um texto legal não pode ser aplicado pela metade, de modo que não há sustentação para a aplicação pura e simples do inciso IV, do artigo 649 do CPC, sem considerar o constante do parágrafo 2º do mesmo artigo. Neste passo, a conclusão de que o salário do ex-empregador se reveste de impenhorabilidade absoluta, em detrimento das verbas salariais devidas ao ex-empregado, não encontra amparo nem mesmo na simples análise gramatical, do texto expresso na lei processual.

b - Análise sistemática e teleológica

Ao tratar da execução de um débito de natureza civil, a norma processual sinalizou claramente que, neste contexto, a verba salarial é privilegiada e assim deve ser resguardada. Assim, se à vista de um primeiro exame superficial se pudesse alegar que o disposto no artigo 649 do CPC respaldaria a tese patronal, uma análise mais acurada e criteriosa do direito posto revela exatamente o contrário, ou seja, a regra processual sinalizou claramente que as verbas salariais ostentam garantias especiais. Porém, em nenhum momento estabe-

leceu que essas garantias seriam conferidas apenas aos salários do ex-empregador, e negadas aos salários do ex-empregado. Ambos constituem verbas da mesma natureza- salarial- e um não pode ser considerado mais importante do que o outro, porque o sistema legal em vigor assim não dispôs.

Ademais, como sustentar que o salário do ex-empregador é intocável, se ele próprio não reconheceu este direito aos salários que deve ao ex-empregado? Como dar ao ex-empregador uma garantia que ele sonhou ao ex-empregado, e concluir que isto foi fixado pelo ordenamento, quando em nenhum momento o direito posto assim estabeleceu?

Conforme bem ponderou Carlos Maximiliano³, não “basta a elaboração lógica dos materiais jurídicos que se encontram num processo, para atingir o ideal de justiça, baseada nos preceitos codificados. Força é compreender bem os fatos e ser inspirado pelo nobre interesse pelos destinos humanos; compenetrar-se dos sofrimentos e aspirações das partes”, fazendo valer o Direito como instrumento que possibilita a coexistência humana.

Num sistema em que ao Estado cabe o monopólio da força e da jurisdição, como sustentar que

alguém, apesar de ser detentor de um título judicial executivo, formado por verbas de natureza salarial, nada receba porque, ao contrário do que ocorreu em relação aos seus, os salários daquele que lhe deve são mais importantes e devem permanecer intocáveis. Ou seja, como sustentar que os salários do ex-empregador, são mais salários que os salários do ex-empregado?

É inequívoco que tal posicionamento se revela inadmissível num Estado de Direito, pautado pela idéia matriz de dar a cada um o que é seu, pois provoca graves fissuras no edifício jurídico, cuja base de sustentação reconhece expressamente a isonomia e o trabalho, como valores fundantes da república brasileira.

Então, como buscar a solução, se as regras tradicionais de interpretação desálgam num impasse?

A solução passa pela utilização de novas ferramentas de hermenêutica, a fim de dar a cada um o que é seu, quando ambas as partes ostentam a titularidade de verbas salariais que se contrapõem.

A solução passa pelo desenvolvimento de uma nova dogmática, que requer a utilização de categorias próprias de interpretação, que deve estar em conformidade

“...como sustentar que o salário do ex-empregador é intocável, se ele próprio não reconheceu este direito aos salários que deve ao ex-empregado?”

³Maximiliano, Carlos – Hermenêutica e aplicação do direito – Forense – Rio de Janeiro – 1988 – 10ª edição – p. 101 e seguintes.

com os princípios postos pela Constituição, notadamente os que possibilitam que, entre duas alternativas possíveis, deverá ser escolhida aquela que confere maior efetividade à jurisdição.

Em caso de colisão de direitos fundamentais, como ocorre em relação às garantias que protegem os salários, tanto do credor, como do devedor, como fontes de subsistência, a solução passa pela compressão, reduzindo-se o âmbito normativo das garantias de uns, em relação aos outros, nos limites do necessário, sendo que a medida do que comprimir, ou não, é dada pela técnica da ponderação de bens.

Ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, Suzana de Toledo Barros⁴ ressalta que, como está previsto expressamente em algumas constituições, como a alemã “em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em sua essência” (artigo 19.2), sendo que Constituição Portuguesa também estabelece que “as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias tem de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo, nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais” (artigo 18.3). A mesma expressão está contida no artigo 53.1 da Constituição da Espanha, ao prever que somente através de “lei, que em todos os casos deve respeitar seu conteúdo essencial, poderão ser regulados esses direitos e liberdades”

Esclarece, com remissão ao pensamento de Vieira de Andrade, que há dois tipos de teoria para explicar o conceito do que significa a expressão núcleo essencial. Para as teorias **absolutas** o conteúdo essencial seria um núcleo fundamental, determinável em abstrato, próprio de cada direito, resguardando seu âmago, que não poderia ser afetado, sob pena do direito deixar de existir. Para as teorias **relativas**, cujo maior expoente é Hesse, o conteúdo essencial de um direito só poderia ser determinado à luz do direito restringido, isto é, tendo-se em conta o caso concreto, pois é em razão das circunstâncias fáticas, que seria possível apurar a extensão e os limites deste núcleo, cuja membrana delimitadora seria elástica, de modo que o tamanho do conteúdo essencial só poderia ser mensurado em face de um conflito específico, ou seja, quando estivessem em jogo valores comprimindo-se reciprocamente, pois a restrição é legítima quando indispensável e na medida do necessário para a proteção de um direito fundamental.

Conclui que uma teoria não elimina outra, pois para evitar o relativismo constante, é necessário julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo (conteúdo essencial), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a concordância prática entre os vários bens concorren-

⁴Barros, Suzana de Toledo - O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais - 3ª edição - Editora Brasília Jurídica - Brasília - 2003 - p. 100 e seguintes.

tes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto) dada a situação apresentada.▮

Tal diretriz metodológica se apresenta viável, ante a ausência de uma ordem hierarquizada entre os valores constitucionalmente consagrados, de modo que em caso de colisão, a redução do âmbito normativo de cada um, se dará na medida do necessário, para garantir que ambos possam coexistir, balizados pela técnica da ponderação, e adequação de meios e fins. Neste contexto, se por um lado existe a garantia que a lei concedeu aos salários do devedor, por se tratar de um meio de subsistência, por outro lado é preciso reconhecer que esse mesmo direito está assegurado aos salários do credor, que também detém o direito constitucional de acesso a uma jurisdição revestida de utilidade, para que o trâmite processual detenha razoável duração.

São esses os interesses em conflito, nascidos da mesma matriz constitucional, assim reivindicados pelas duas partes, cuja solução passa pelo sacrifício de um, na justa medida que possa acarretar a preservação do direito do outro, tendo em vista que ambos possuem uma região de intersecção. Neste caminho, instituir a penhora sobre parte dos salários ou proventos de aposentadoria do devedor - geralmente em 30%-, atende aos escopos legais, pois ao mesmo tempo em que lhe preserva um percentual razoá-

vel (70%), garante ao credor o recebimento de sua dívida, embora num prazo mais dilatado, assim preservando também a eficácia da jurisdição.

Destarte, falacioso o argumento dos que alegam que é preciso observar o princípio da legalidade e reconhecer a impenhorabilidade apenas em benefício do devedor, porque não foi isso que a lei estabeleceu.

Pelo contrário, até mesmo o código de Processo Civil ressaltou a natureza especial e superior das verbas salariais em face de dívidas de outra natureza, assim respaldando o raciocínio de ponderação supra referido, que preserva os salários tanto do credor, quanto do devedor, na justa medida necessária para garantir o cumprimento de uma decisão judicial.

Ressalte-se que a lei expressamente excepcionou da impenhorabilidade absoluta as prestações alimentícias, assim apontando que o crédito do trabalhador, que ostenta essa natureza, detém condição preferencial em relação aos demais, de modo a corroborar como correto o procedimento referido, adotado para garantir o recebimento do crédito trabalhista do ex-empregado. Com efeito, como sustentar que o princípio da legalidade deve ser observado apenas em relação aos salários do ex-empregador, mas flagrantemente descumprido em relação aos salários do ex-empregado?

Por que a reserva legal só vale para um, e não vale para o outro,

se ambos os valores em conflito se referem a salários, e o acesso à jurisdição útil, bem como a razoável duração do processo, constituem direitos fundamentais, que a Constituição Federal garante também ao credor trabalhista?

É exatamente por isso que, ao invés de ser conferido de forma absoluta, beneficiando apenas uma das partes (o devedor trabalhista), o princípio da legalidade deve ser reconhecido em benefício de ambas e, aplicado sob o balizamento da proporcionalidade, reconhecido em favor também do credor trabalhista, procedendo-se a penhora de um percentual que seja razoável para possibilitar a subsistência do devedor, mas que também possa destinar uma parcela para quitar a dívida que tem para com seu ex-empregado, numa técnica de ponderação de bens, que visa preservar a utilidade da jurisdição.

É preciso ressaltar que a necessidade de conferir efetividade a uma decisão judicial também está inserida no devido processo legal, previsto no inciso LIV do artigo 5º da CF/88, já que a garantia do *iter processual* não teria sentido se não se pudesse garantir, também, a efetividade do resultado que ele proporciona, sob pena de se condenar todo o sistema a uma situação de esterilidade e inoperância, a meia-garantia, apenas dos meios e não dos fins, o que seria um contra-senso, além de desarrazoada a conclusão de que tal garantia só beneficiaria um dos lados (ex-empregador) e não o outro (ex-emprega-

do), detentor de um título judicial em seu favor. Assim, é imperioso concluir que a possibilidade da penhora de um percentual dos salários, ou proventos da aposentadoria do ex-empregador, é sustentada pela ponderação dos valores, viabilizada pela aplicação da proporcionalidade e razoabilidade, que compõem o conceito do devido processo legal (artigo 5º- inciso LIV).

Neste caminhar, é imperioso reconhecer que a correta aferição da proporcionalidade e razoabilidade passa pela aplicação de determinados critérios, como veremos a seguir:

I - A adequação

Consiste em aferir se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Ora, se o ex-empregado é detentor de um título a ser executado, e o ex-empregador não dispõe de outros bens que possam quitar este débito, a penhora sobre sua poupança, rendimentos salariais, ou proventos que recebe de aposentadoria, apresenta-se como o único meio possível e adequado para a obtenção do resultado pretendido, que é a solução da dívida.

II - A necessidade/exigibilidade

Ante as condicionantes supra referidas, é possível considerar a penhora como medida necessária, e indispensável para efetivar a garantia dos direitos do credor (ex-empregado), que detém a mesma natureza do direito penhorado (salários do ex-empregador).

III - A proporcionalidade em sentido estrito

Exige que o meio utilizado esteja em proporção com o objetivo almejado por um, e a capacidade de suportar o ônus, pelo outro. A fim de atendê-lo é fixado um percentual, geralmente em torno de 30%, procedendo-se a uma equânime distribuição da carga coativa que a norma legal atribui ao direito de receber salários, tanto em benefício do ex-empregado, quanto do ex-empregador, preservando os restantes 70%, assim deixando de causar ônus excessivo ao devedor. Por outro lado, tal percentual permite que a dívida seja gradualmente quitada, o que atende não só aos interesses do credor, mas também aos objetivos da própria jurisdição, preservando o resultado útil do processo e a justiça das decisões, o que evidentemente vem conferir maior credibilidade à atuação judicial, sinalizando para a sociedade que decisão tem que ser cumprida.

Não menos importante é ressaltar a natureza pedagógica desta solução, pois todos os meses o devedor é lembrado que o salário de seu ex-empregado é tão importante quanto o seu, e todo aquele que se beneficia do trabalho de outrem deve remunerá-lo por isso. Esta idéia é central no Estado de Direito, e está posta expressamente na Constituição, ao reconhecer a

dignidade da pessoa humana e o trabalho como bases de sustentação da República Brasileira.

Ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade, Willis Santiago Guerra Filho⁵ explica que deve ser “entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com outro, na medida do jurídico e faticamente possível”.

Ademais, a aplicação dos princípios constitucionais, pelo critério da ponderação, vem conferir unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas, como bem ressalta Luis Roberto Barroso⁶. Para tanto, o intérprete tem que superar a crença de que os princípios seriam dotados apenas de dimensão axiológica e programática. Os conflitos, que marcam nossa época contemporânea, exigem que se reconheça a eficácia normativa também aos princípios, sendo que tal diretriz está inserida na lógica do próprio sistema, intrinsecamente dialético e edificado por normas articuladas entre si, que podem incidir de maneira concomitante, sem necessidade de exclusão ou privilégio a uma, em detrimento de outra, como acontece com as regras.

Como bem enfatiza Barroso, a perspectiva pós-positivista e

⁵Guerra FILHO, Willis Santiago- “Sobre o princípio da proporcionalidade- in Dos Princípios constitucionais- Considerações em torno das normas principiológicas da constituição- Malheiros Editores

⁶Barroso, Luis Roberto - Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro in. A nova interpretação constitucional - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - Editora Renovar - Rio - 2ª edição - 2006 - pp. 1 - 48

principiológica do direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Por tais razões, carece de sustentação jurídica a interpretação que reconhece a aplicação do princípio da legalidade apenas para beneficiar o ex-empregador, esquecendo-se que a lei também garante os salários do ex-empregado, que foram sonnegados pelo primeiro, de modo que o princípio da legalidade deve ser garantido e aplicado a ambos, pelo critério da ponderação.

Assim é porque o método da subsunção, em que a premissa maior (norma) é aplicada e valorada sobre a premissa menor (fato), a fim de se obter uma solução para o conflito, tem se revelado insuficiente para resolver os *hard cases*, como ocorre na presente questão, em que convivem diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. Por tais razões, a subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão, que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes, notadamente porque sua lógica, destinada a isolar uma única norma para o caso, se revela incom-

patível com o princípio da unidade, pelo qual todas as disposições constitucionais tem a mesma hierarquia, e devem ser interpretadas de forma harmônica sem exclusão, como esclarece Ana Paula de Barcellos⁷. Neste sentido, também enfatiza que o “propósito da ponderação é solucionar esses conflitos da maneira menos traumática para o sistema como um todo, de modo que as normas em oposição continuam a conviver, sem a negação de qualquer delas, ainda que em determinado caso concreto elas possam ser aplicadas em intensidades diferentes”.

5 A EFETIVIDADE E UTILIDADE DA JURISDIÇÃO

A diretriz que entende aplicável apenas aos salários do devedor (ex-empregador) o benefício da impenhorabilidade, ao mesmo tempo em que nega aos salários do credor (ex-empregado) a condição de preferência, sinaliza que é possível utilizar-se do trabalho de outrem sem lhe pagar o que deve, conclusão que não encontra amparo no sistema jurídico em vigor. Com efeito, colide frontalmente com o devido processo legal e solapa a efetividade de acesso à jurisdição, já que desacredita uma decisão judicial, o que revela o equívoco desta interpretação, notadamente em se considerando que é a quantidade de elementos normativos em prol de uma determinada solução

⁷Barcellos, Ana Paula - Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional - in A nova interpretação constitucional - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - Editora Renovar - Rio - 2ª edição - 2006 - p. 49-118.

e o peso que eles assumem diante das circunstâncias concretas, que se constituem nos principais critérios orientadores da ponderação, como pontua Barcellos.

Neste contexto, negar efetividade a uma decisão judicial, que reconheceu ao credor o direito a receber verbas de natureza alimentícia, deixando de proceder à penhora sobre um percentual dos salários do devedor, seu ex-empregador, se revela insustentável pois retira a efetividade da jurisdição, além de colidir com o princípio da isonomia, por reconhecer ao devedor uma condição mais benéfica (integralidade dos salários), que ele próprio negou ao seu ex-empregado, deixando de pagar-lhe os salários a que fazia jus.

A constitucionalização do direito aplicável às relações privadas, entre empregado/empregador, demonstra de forma convincente que é preciso fazer valer a utilidade da jurisdição como marco estruturante do ordenamento jurídico, assim estabelecido pela Constituição Federal de 1988 com o escopo de maximizar o alcance dos princípios ali agasalhados, para que haja um fortalecimento do próprio sistema, como enfatiza Oscar Vilhena Vieira⁸.

Neste mesmo sentido as reflexões de Canaris⁹, ao lembrar que

no “alargamento progressivo dos dados sujeitos a tratamento jurídico, teve peso a denominada jurisprudência das valorações. Na sua base encontra-se a insatisfação causada pela manutenção tardia da jurisprudência dos interesses e, em geral, do positivismo jurídico. O influxo da filosofia dos valores, presente, aliás, no neo-kantismo, permitiu uma transposição: a uma ponderação de interesses causalmente considerados pelo legislador, contrapõem-se um sopesar de valores”

Ao discorrer sobre a essencialidade do direito para os estados constitucionais, Gustavo Zagrebelsky¹⁰ ressalta a necessidade de reconhecimento da coexistência de valores e princípios postos pela Constituição, para que não ocorra instabilidade institucional, colocando em risco a unidade e integração do sistema jurídico, ao mesmo tempo em que é preciso preservar sua base material pluralista, impedindo que se atribua aos princípios uma interpretação absoluta, pois é preciso compatibilizá-los uns com os outros.

Como bem pondera André Luiz Vinhas da Cruz¹¹, o “papel construtivista, ou reconstrutivista do Poder Judiciário, e não só deste, mas da sociedade em geral, é o de coletar todo esse material fático, normativo e ético-moral, substan-

⁸Vilhena Vieira, Oscar - Direitos Fundamentais - Malheiros Editores - p. 40 e seguintes.

⁹Canaris - Claus Wilhelm - Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito - tradução de A. Menezes cordeiro - Fundação Calouste Gulbenkian - Lisboa.

¹⁰Zagrebelsky, Gustavo - El derecho dúctil- Tradução de Marina Gascón - Editorial Trotta-Madrid- 2007- p. 14 e seguintes.

¹¹Vinhas da Cruz - André Luiz - A tópica neoaristotélica de Theodor Viehweg - uma análise crítica de Manuel Atienza - Revista da Esmese nº 7 - 2004 - p. 159-179.

cialmente histórico, que diante de um prévio procedimento, do conhecimento de todos, igualitário, libertador e democrático, nos leve ao amplo debate público das grandes questões nacionais, a fim de se alcançar não só a racionalidade decisória, mas principalmente a própria efetivação da justiça, enquanto ideal, e a emancipação garantista dos direitos humanos”.

Destaca que a plenitude da vida, que se desenvolve cada vez mais de forma coletiva, exige atitudes moderadas (uma *aurea medietas*), embora propositivas e construtivas, e que possam manter-se com a consciência de quem sabe que este ideal corresponde a uma visão da vida e a um *ethos*, que não podem ser considerados de forma alguma depreciáveis. Deste modo, o imperativo teórico de não aceitação da contradição válido para a ciência jurídica - não deveria de forma alguma impedir a elaboração jurisprudencial de tentar realizar positivamente a concordância prática das diversidades, superando as contradições que a realidade fática apresenta. Assim, a resposta não pode ser buscada pela diminuição das potencialidades constitucionais. É preciso priorizar a busca de soluções prudentes, que propiciem o desenvolvimento dos princípios constitucionais em conjunto, adequando-os às especificidades de cada caso concreto, porque só assim serão obtidas respostas sensatas, que possam dirimir os conflitos sociais, rejeitando os extremismos que mais

servem para aprofundar as fissuras.

Atende melhor ao escopo da utilidade da jurisdição, preservar a possibilidade de quitação de um título judicial de natureza salarial, mediante a penhora de uma parte dos salários do devedor, do que simplesmente deixar de lado o título, preservando apenas a integridade do salário do ex-empregador, que deixou de reconhecer esse direito ao seu ex-empregado, que agora se vê novamente na iminência de ser excluído da proteção prevista no ordenamento jurídico, caso negada a efetividade ao seu direito, já reconhecido judicialmente.

Ora, a supremacia da constituição exige que a razoável duração do processo, como direito fundamental, seja observada notadamente em relação ao direito processual, ante a inserção do inciso LXXVIII, ao artigo 5º da CF/88, pela EC 45/2004.

Herdeiros do direito europeu, em que a força do Estado está centrada no Parlamento, o que levou à instituição da lei como pedra angular de edificação do sistema jurídico, o juiz brasileiro tradicionalmente se preocupa mais em aplicar o que consta da portaria, ordem de serviço, regulamento, lei. Só por último lembra da Constituição, por considerar que compete apenas ao Supremo Tribunal Federal a guarda de seus princípios, cabendo ao julgador das demais instâncias apenas resolver a questão concreta à

luz da normatividade inferior como bem pontua Nalini¹², chamando a atenção para a necessidade de mudar essa perspectiva e atentar para a “realização do justo concreto” pelo Judiciário, como um dos poderes da República Brasileira, responsável pela consecução dos objetivos fundamentais postos pela Lei Maior.

Que dirá então, quando a própria norma processual, recentemente alterada, caminha na mesma direção da diretriz constitucional?

Como enfatiza Bonavides¹³, há “na escala evolutiva do direito constitucional, legislado ao longo das revoluções e metamorfoses de dois séculos, quatro gerações sucessivas de direitos fundamentais que, passando da esfera subjetiva para as regiões da objetividade, buscam reconciliar e reformar a relação do indivíduo com o poder, da sociedade com o Estado, da legalidade com a legitimidade, do governante com o governado.”

Neste mesmo sentido caminha Cláudia Lima Marques¹⁴, ao ressaltar que, ante a “pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação ora coincidentes ora não coincidentes”, os critérios tradicionalmente empregados para a

solução de conflitos se revelam insuficientes, tornando necessário o diálogo das fontes preconizado por Erik Jayme, pois para que se possa administrar o pluralismo, que marca a sociedade contemporânea, é preciso garantir a utilidade da jurisdição.

Assim, não se trata de atingir o extremo da descodificação, referido pelo jurista italiano Natalino Irti, mas de reconhecer que os princípios constitucionais são reitores do ordenamento infraconstitucional, e ferramentas que possibilitam substituir o conflito pela solução advinda da coordenação sistemática, flexível, útil e ponderada das fontes.

Esta coordenação deve ser marcada por critérios de complementaridade e subsidiaridade, na superação das antinomias aparentes e reais, a fim de preservar a coerência, bem como a eficiência funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.

A constitucionalização do direito processual visa resguardar a efetividade e a utilidade da jurisdição, a fim de fazer valer a razoável duração do processo como direito fundamental, essencial para o aprimoramento das instituições jurídicas e a solidez do processo de redemocratização do nosso país.

¹²Nalini, Renato - A rebelião da toga - Millennium Editora Ltda - 2006 - Campinas.

¹³Bonavides, Paulo - Os direitos fundamentais e a globalização in Dos princípios constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição - Malheiros Editores.

¹⁴Marques - Cláudia Lima - Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 - in Revista da Esmese - n° 7, 2004 - doutrina - p. 15-54.

6 CONCLUSÃO

Os princípios constitucionais que garantem a valorização do trabalho e o recebimento de salários, bem como a utilidade da jurisdição, integram o conceito formador do princípio da legalidade e, assim devem nortear a interpretação da legislação infra-constitucional, notadamente ante as alterações recentemente promovidas pela lei 11.382/2006 em relação aos incisos IV e X do artigo 649 do CPC, bem como o parágrafo 2º do mesmo artigo. Deste modo, a efetivação da penhora sobre a poupança, percentual dos proventos de aposentadoria ou salários do ex-empregador, quando se tratar de garantir o pagamento de créditos trabalhistas do ex-empregado, que detém inequívoca natureza alimentar, está respaldada pelo ordenamento em vigor.

Assim sendo, diferentemente do que sustentam alguns doutrinadores, tal não consiste em fazer letra morta do princípio da legalidade. Pelo contrário, ao invés de reconhecê-lo apenas em benefício de uma das partes, é preciso maximizá-lo, ampliando sua aplicação para ambas as partes, para ambos os salários, de modo a garantir a utilidade da jurisdição.

Insustentável a interpretação reducionista, que pretende aplicar o princípio da legalidade apenas para beneficiar o ex-empregador/devedor, olvidando que por isonomia o ex-empregado/credor também faz jus a sua aplicação, ainda mais quando a lei expressamente imputa, em seu favor, condição preferencial quanto ao recebimento de verba de natureza alimentar.

“Não há amparo constitucional para interpretar o princípio da legalidade como contraposto ao princípio da utilidade e efetividade da jurisdição, notadamente por ter sido instituído como seu garantidor.”

Ademais, não há amparo legal para atribuir ao ex-empregado os riscos econômicos do empreendimento, gerido apenas pelo ex-empregador, que usufruiu de sua força de trabalho sem responder pela dívida contraprestação,

violando o princípio basilar de dar a cada um o que é seu que sustenta o Estado de Direito.

Deste modo, não se trata de desrespeitar o princípio da legalidade agasalhado no artigo 5º da CF/88 mas, pelo contrário, de extrair a sua máxima efetividade, para que seja respeitado tanto em relação ao ex-empregado, quanto em relação ao ex-empregador, impedindo que favoreça apenas um, em detrimento do outro, interpretação insustentável por colidir com o princípio da isonomia.

Ante tais razões, quando se trata de executar o pagamento de verbas salariais devidas ao ex-em-

pregado, o dogma da impenhorabilidade absoluta dos salários, proventos de aposentadoria e poupança do ex-empregador não se sustenta, e deve ser revisto sob a perspectiva da ponderação dos valores que merecem ser resguardados, a fim de garantir a utilidade da jurisdição e a eficiência funcional do sistema jurídico.

Não há amparo constitucional para interpretar o princípio da legalidade como contraposto ao princípio da utilidade e efetividade da jurisdição, notadamente por ter sido instituído como seu garantidor.

7 BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional, *in* A nova interpretação constitucional - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - Editora Renovar - Rio - 2ª edição - 2006.

BARROSO, Luís Roberto - Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro *in* A nova interpretação constitucional - ponderação, direitos fundamentais e relações privadas - Editora Renovar - Rio - 2ª edição - 2006.

BARROS, Suzana de Toledo - O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais - 3ª edição - Editora Brasília Jurídica - Brasília - 2003.

BONAVIDES, Paulo - Os direitos

fundamentais e a globalização *in* Dos princípios constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição - Malheiros Editores.

CANARIS, Claus Wilhelm - Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito - Fundação Calouste Gulbenkian - 3ª edição - Lisboa.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra Editora - 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel - Instituições de Direito Processual Civil - vol! - 5ª edição Malheiros Editores Ltda - São Paulo - 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago - Sobre o princípio da proporcionalidade - *in* Dos Princípios constitucionais - Considerações em torno das normas principiológicas da constituição - Malheiros Editores.

MAXIMILIANO, Carlos - Hermenêutica e aplicação do Direito - 10ª edição - Forense - Rio.

NALINI, Renato - A rebelião da toga - Millennium Editora - Ltda - 2006 - Campinas.

NERY JUNIOR, Nelson - Princípios do processo civil na Constituição Federal - 8ª edição - Editora Revista dos Tribunais - São Paulo - 2004.

VILHENA VIEIRA, Oscar - Direitos Fundamentais - Malheiros Editores - Revista da Esmese - nº 7 - 2004.

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA BRASIL CAMPEÃO

José Carlos Arouca*

Resumo: O pensamento neoliberal vitorioso com a globalização tem como princípio básico para a reforma trabalhista não apenas a flexibilização dos direitos, a terceirização da mão-de-obra e a desregulamentação da legislação de proteção ao trabalho, mas também o desmonte da Justiça do Trabalho, que seria responsável pela imposição de pesadas condenações às empresas. Não importa, no caso, o significado das condenações, ou seja, descumprimento da legislação trabalhista, cada vez mais reduzida em seu alcance. A ditadura acabou com a pálida garantia dos empregos, a Constituição Cidadã permitiu a flexibilização dos principais componentes do contrato de trabalho: salário e jornada. Fernando Henrique Cardoso precarizou a relação de emprego, pondo fim ao princípio da continuidade.

Palavras-chave: Justiça do Trabalho. Trabalhador x Empregador, Trabalho x Capital. Direitos x Flexibilização de direitos.

Há pouco o Estadão com toda sua penetração como instrumento de formação da opinião pública divulgou matéria assinada por sua colunista defendendo a extinção da Justiça do Trabalho diante de seu custo e inutilidade. Agora informa seus leitores sobre o mal que os direitos trabalhistas causam ao país que se tornou campeão mundial em ações trabalhistas, coisa de 2 milhões de processos por ano contra apenas 75 mil nos Estados Unidos,

79 mil na França e só 2,5 mil no Japão. Culpa da legislação trabalhista: “anacrônica, ultrapassada, detalhista e irreal”. Solução: adoção de mecanismos de conciliação extrajudicial como arbitragem e conciliação prévia.

O texto apoia-se em levantamento estatístico do Tribunal Superior do Trabalho: em 2005, para cada 100 mil habitantes: 1.050 respondiam por uma ação trabalhista.

*Advogado, juiz aposentado do TRT da 2ª Região. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, do Instituto de Direito Social Cesarino Jr.

Na Justiça comum, apenas no Estado de São Paulo, tramitam cerca de 17 milhões de ações. 8,5 milhões se devem a iniciativa do Estado atrás de tributos e taxas sonogados ou controvertidos¹. Em troca, não paga o que deve, valendo-se do precatório, nada menos de R\$ 63 bilhões devidos apenas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. No Estado de São Paulo, que fica com 49% do movimento nacional de processos, débitos que deveriam ser quitados em 1998 só foram pagos em 2006². O Conselho Nacional de Justiça divulgou seu primeiro levantamento para compreender a crise do Poder Judiciário, fincando-se no ano 2005, abrangendo a Justiça Federal, do Trabalho e dos Estados. Constatou um aumento de 2,7 milhões de processos em relação a 2004, que chegaram a 57,5 milhões e passou para 60,2 milhões. A taxa de congestionamento nos tribunais impressiona: de cada dez ações, sete ficaram sem solução naquele ano e passaram para o exercício seguinte. O índice de congestionamento, obtido com base na divisão do número de sentenças pela quantidade de casos novos e de causas que já estavam pendentes, em 2004 era de 80%,

hoje, já é de quase 70%. Na Justiça Federal, o índice médio de congestionamento foi de 71,1%, ou seja, de cada 100 processos, 71 não tiveram solução naquele ano". Na Justiça do Trabalho o congestionamento de processos em 2005 foi menor que nos outros dois segmentos, mas um pouco mais da metade das ações ficou sem solução. Na primeira instância da Justiça Estadual, onde estão mais de 50% dos processos, a taxa de congestionamento foi de 76%"³

"Mas antes é pensar em dar efetividade ao processo de modo geral, torná-lo seguro e acessível a todos, fazer com que tenha solução rápida e eficaz, inclusive quando a condenação afetar o Poder Público."

Acabar com o Poder Judiciário? Negar a garantia constitucional de acesso para a defesa de lesão de direito? Privatizá-lo com a arbitragem privada? Ficar com um Judiciário único, federal ou estadual, com varas especializa-

das: criminal, civil, tributária, trabalhista, sem reserva para matéria de natureza militar? Mas antes é pensar em dar efetividade ao processo de modo geral, torná-lo seguro e acessível a todos, fazer com que tenha solução rápida e eficaz, inclusive quando a condenação afetar o Poder Público.

A matéria publicada no jornal deixa claro que o trabalhador brasileiro é um assumido criador de

¹ O Estado de São Paulo, 16.2.2007 e Folha de São Paulo, 15.2.2007.

² Calote constitucionalizado, texto de Marcos Cintra, Folha de São Paulo, 19.2.20.

³ Correio Forense, 20.2.2007.

casos, em 2006 o número de ações cresceu 13% nas contas do Tribunal Superior do Trabalho. Isto teria representado uma “conta astronômica para o País”; só em 2005 “foram pagos aos reclamantes R\$ 7,19 bilhões e em 2006 R\$ 6,13 bilhões até setembro”. Epa! então culpadas são as empresas que não respeitam os direitos dos trabalhadores.

Que nossa legislação ficou anacrônica todos estão cansados de saber. A estabilidade no emprego, surgida timidamente nos idos de 1923 com a previdência social dos ferroviários⁴ e generalizada em 1935 com a Lei 62⁵ da “Era Vargas”, acabou logo na primeira etapa da ditadura para atender as corporações transnacionais, mais propriamente, norte-americanas⁶. A Constituição Cidadã permitiu a flexibilização dos dois componentes principais do contrato de trabalho: salário e jornada⁷, mas a páli-

da garantia do emprego ou a proteção contra dispensa sem justa causa ficou imobilizada, como enfeite no artigo dos direitos individuais⁸. O presidente Fernando Henrique Cardoso decretou o fim da Era Vargas e mesmo repetindo que nunca foi um neoliberal seguiu o receituário da “Nova Era” e tornou ordinária a prática do trabalho extraordinário, mas gratuito, como moeda de troca nas negociações coletivas, legitimada como um banco de horas; além disso precarizou o contrato de trabalho, acabando com o princípio da definitividade, ficando determinado no prazo e passível de suspensão. Por pouco um dispositivo da CLT esvaziado, não foi preenchido com o permissivo para a terceirização geral como queriam os Ministros do Trabalho Edward Amadeo e Francisco Dornelles⁹. Mas a pálida garantia dos empre-

⁴Decreto nº 4.682, de 24.1.1923, conhecido como Lei Eloi Chaves.

⁵Lei nº 62, de 5.6.1935.

⁶Já no governo Dutra a Missão Abbink condicionava o investimento de capital americano ao fim da estabilidade. A ditadura saudou o Fundo de Garantia como marco na história do Novo Direito do Trabalho. Agora, passados mais de quarenta anos desde sua implantação com apoio de um Congresso amordaçado, se calam seus defensores diante da constatação de que os depósitos renderam quase 20 vezes menos do que as aplicações no mercado financeiro, desde o Plano Real, considerado, assim, o pior investimento no período.

⁷O art. 7º da Constituição, nos incisos VI, XIII e XIV abriu espaço para a negociação a favor das empresas, *in pejus* na linguagem jurídiquês.

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

⁸São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

⁹Francisco Dorneles, hoje senador eleito pelo Estado do Rio de Janeiro, assumiu o Ministério do Trabalho avisando que não era do ramo. Mais tarde, empolgado com a produção de projetos de desregulamentação da legislação trabalhista, exclamou: “Agora tudo poderá ser flexibilidade”.

gos, pensada na Convenção nº 154 da OIT, teve vida curta e foi denunciada. Com ela - e poucos perceberam - rolou para a cova rasa a atenuação das dispensas coletivas, pois obrigava as empresas a notificar o sindicato previamente, dando conta do número de dispensas a serem praticadas, pessoas que seriam atingidas, abrindo espaço para a negociação e o propósito de reduzir seus efeitos danosos.

A desregulamentação da legislação trabalhista criou a figura do trabalhador precarizado, que antes era caso de multa por infração grave da legislação trabalhista.

Até o Tribunal Superior do Trabalho entrou na onda e começou com a quitação com força de liberação total, mesmo dos direitos não pagos, medida que o Presidente Fernando Henrique Cardoso copiou quando pensou as Comissões de Conciliação Prévia, e por pouco

não levou a culpa pela permissão da terceirização da mão-de-obra até na atividade-fim, que o TST permitira na atividade-meio¹⁰.

Uma coisa está certa no texto publicado pelo Estadão: "cerca de 50% das ações terminam com acórdão na primeira instância". Acordo do mais fraco, do proletário, com o mais forte, o capitalista, ou nas palavras do mestre Cesarino Jr., do hipo com o hipersuficiente. O texto transcreve dados do TST, que merecem um desdobramento. Em 2006 foram ajuizadas 1.757.966 ações trabalhistas no País; chegaram aos Tribunais Regionais 534.609 e no TST 154.463; no Estado de São Paulo foram 514.896, 297.342 na 2ª Região, 217.554 na 15ª. Nas regiões principais contabilizou-se 190.727 no Estado do Rio de Janeiro, 180.106 em Minas Gerais, 121.2478 no Rio Grande do Sul, 98.074 na Bahia, 71.480 em

¹⁰A Súmula nº 41 inicialmente tinha o seguinte texto: A quitação passada pelo empregado, com assistência de Entidade Sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo. Em 2001, diante da reação dos advogados apesar do silêncio dos sindicatos, foi substituída pela Súmula 330 posta nestes termos: Quitação. Validade - A quitação passada pelo empregado, com assistência de entidade sindical de sua categoria, ao empregador, com observância dos requisitos exigidos nos parágrafos do art. 477 da CLT, tem eficácia liberatória em relação às parcelas expressamente consignadas no recibo, salvo se oposta ressalva expressa e especificada ao valor dado à parcela ou parcelas impugnadas. I - A quitação não abrange parcelas não consignadas no recibo de quitação e, conseqüentemente, seus reflexos em outras parcelas, ainda que estas constem desse recibo. II - Quanto a direitos que deveriam ter sido satisfeitos durante a vigência do contrato de trabalho, a quitação é válida em relação ao período expressamente consignado no recibo de quitação.

A Súmula 331 no item III permite a terceirização na atividade-meio: III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

A Lei nº 9.958, de 12 de janeiro de 2000 que instituiu as Comissões de Conciliação Prévia, não deixou por menos e deu à quitação o que as empresas queriam: efeito liberatório geral, introduzindo na CLT o art. 625-E com este parágrafo único: O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Antes mesmo da Lei nº 4.066, de 1962, embrião do art. 477 da CLT, o juiz Gabriel Moura Magalhães escreveu em acórdão esta lição lapidar: "Ninguém está obrigado a ressaltar direitos sob pena de perdê-los", muito menos, escrevi mais tarde, quitar o que é devido e não é pago.

Pernambuco. Segundo o ramo de atividade, nas Varas do Trabalho foram: 21% da indústria, 14,1% do comércio, 5,6 do transporte, 2,3% do sistema financeiro 5,1% da administração pública; mas no TST chegaram 17.735 da indústria, 7.963 do comércio, 6.129 do transporte, 15.762 - vejam só - do setor financeiro e - pasmem -7.023 da administração pública.

E daí? Só na cidade de São Paulo são 242 Varas da Justiça Comum, nas quais tramitaram no ano 2006 15.995.916 ações, 5.727.457 cíveis 8.551.160 executivos fiscais. Pelo Tribunal de Justiça passaram 432.670 processos, dos quais 91.270 envolvendo a Administração Pública. Então toda a legislação brasileira, mesmo recente, é "anacrônica, ultrapassada, detalhista e irreal"; valendo os adjetivos dos comentaristas do Estadão e a solução será a mesma: adoção de mecanismos de conciliação extrajudicial, como arbitragem e conciliação prévia?

No que toca aos direitos trabalhistas bom será ter presente o comando que emerge cristalino e imperativo do inciso III do art. 8º da Constituição: cabe ao sindicato a defesa, não só de interesses coletivos da categoria, mas, também, seus direitos individuais e estamos cansados de dar a exata dimensão do grupo profissional, ramo para o Projeto de Lei Sindical do governo Lula, categoria a partir da conceituação que se extrai com facilidade da leitura do art. 511, § 2º da velha CLT: conjunto de trabalhadores que se

ativam numa mesma atividade ou em atividades afins, sendo, pois, indiferente a filiação ao sindicato. Mas o sindicato foi seduzido pela terceirização apregoada pelo pensamento neoliberal e pouco a pouco os departamentos jurídicos ou foram extintos ou reduzidos, perdendo a importância que tiveram, inclusive no enfrentamento da ditadura militar de 1964.

Conciliação judicial ou extra judicial não passa de transação de direitos enquanto arbitragem é apenas o cômodo e caro substitutivo da garantia de acesso ao Poder Judiciário.

Mas conciliação entre o capital e o trabalho ou a solução arbitrada por particulares dos litígios e conflitos trabalhistas é a negação da atuação sindical.

De fato, a defesa dos direitos individuais através do sindicato, num primeiro momento deve se dar no interior do estabelecimento. A organização nos locais de trabalho constitui a forma mais apropriada para a democratização do sindicalismo, significando seu alinhamento direto com os trabalhadores. Daí o equívoco inexplicável das centrais que consensuaram (?) com o governo Lula e com os empregadores trocá-la pela representação interna.

Se o litígio não é resolvido gera o conflito e passa a interessar não mais exclusivamente ao trabalhador individualmente atingido, mas à coletividade que também é

indiretamente afetada, pois poderá pouco a pouco sofrer a mesma lesão¹¹.

Para solucionar o conflito o sindicato promoverá a negociação coletiva. Esta, também, no modelo da CLT, alterado na "Era dos Militares" com o Decreto-lei 229 de 1965 e depois na "Era Neoliberal" com o Plano Real do Presidente Fernando Henrique Cardoso, não passa de um confronto entre desiguais, de um lado o sindicato que só tem a seu favor a greve, sempre contida, e quase sempre um "caso de polícia" e de outro o empregador que concentra em suas mãos o poder de comando, no qual se contém o direito de despedir livremente. A falta de freios para conter a prática anti-sindical descaracterizou a negociação coletiva, como instrumento para a defesa dos interesses cole-

tivos dos trabalhadores, comprometendo decisivamente a ação sindical.

Concluindo, a conta astronômica paga pelas empresas que descumprem a legislação trabalhista, mutilada e contida é ainda pequena diante do contingente de trabalhadores que também foram lesados e por medo não reclamaram.

"...a conta astronômica paga pelas empresas que descumprem a legislação trabalhista, mutilada e contida é ainda pequena diante do contingente de trabalhadores que também foram lesados e por medo não reclamaram."

O tema como foi colocado pelo jornal desinforma a população e nega o dever de bem formar a opinião pública, merecendo ser melhor discutido, inclusive por aqueles que defendem os trabalhadores, ou por quixotismo ou por dever de ofício. Com a palavra

os dirigentes sindicais, de hoje, especialmente aqueles que subiram mais até alcançar ministérios e o comando das centrais e de ontem, inclusive nosso Presidente Lula.

¹¹Nem por outra razão o Ministro Francisco Fausto, quando presidiu o TST dificultou o acesso aos registros da distribuição de feitos, com o propósito declarado de impedir com isto a continuação das "listas negras", ou seja, a estigmatização dos trabalhadores que ousassem reclamar ou testemunhar em favor de seus companheiros, comprometendo assim a obtenção de novos postos de trabalho.

Muito antes, o Ministro Guimarães Falcão, na presidência do Tribunal, afirmou que menos de 40% dos trabalhadores reclamavam contra a lesão de seus direitos trabalhistas.

DIREITO DO TRABALHO, TERCEIRIZAÇÃO E CONTRATOS DE FORNECIMENTO INDUSTRIAL - NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE JURÍDICA DE CLIENTES E FORNECEDORES

Guilherme Guimarães Feliciano*

Resumo: Os contratos de fornecimento industrial, ainda quando vinculados à atividade-fim da empresa-cliente, acompanham uma tendência universal de desconcentração produtiva. Se não mascaram típicas relações de emprego com o cliente, consubstanciam modalidade de terceirização material (de produção), que não se confunde com a *fattispecie* da Súmula 331, IV, do C.TST e escapa àquela inteligência. A responsabilidade subsidiária, à luz do princípio da razoabilidade, pressupõe hipóteses de terceirização pessoal (de serviços), uma vez que, nesse caso, os trabalhadores da empresa fornecedora de mão-de-obra sujeitam-se a obrigações de meio, com apropriação imediata da força de trabalho pela empresa cliente. Outro entendimento infinitizaria, as mais das vezes, a trama de vínculos de responsabilidade (*"regressum ad infinitum"*).

Palavras-chave: Terceirização (material, pessoal). Contratos de fornecimento (industrial). Direito do Trabalho: responsabilidade subsidiária. Desconcentração produtiva.

Sumário: 1 Introdução; 2 Contratos de fornecimento industrial, fraudes e responsabilidades; 3 Desconcentração e terceirização: de TOFFLER a FRIEDMAN 4Terceirização material vs. terceirização pessoal; 5 Um caso particular: contratos de fornecimento de sucata; 6 Conclusões; 7 Bibliografia.

*Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (Estado de São Paulo, Brasil), é Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. Professor Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (admitido por concurso público de provas e títulos). Extensão Universitária em Economia Social e do Trabalho (Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP). Diretor Cultural da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2005-2007. Diretor para Assuntos Legislativos da AMATRA-XV, gestão 2003-2005. Membro do Conselho Editorial da Revista ANAMATRA-FORENSE "Direito e Processo". Membro da Subcomissão de Doutrina Internacional do Conselho Técnico da EMATRA-XV (Escola da Magistratura do TRT da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo Boletim foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de teses e monografias jurídicas (*Tópicos Avançados de Direito Material do Trabalho*, v. I e II, Editora Damásio de Jesus, 2006; *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, Editora LTr, 2005; *Informática e Criminalidade*, Editora Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, Editora LTr, 2001; *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, Editora LTr, 2000). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, avolumaram-se, na casuística forense nacional, os casos de **contratos de fornecimento industrial** que são denunciados na Justiça do Trabalho, ora por serem fraudulentos, ora por atraírem, na perspectiva dos reclamantes, a exegese da Súmula 331, IV, do C.TST (*responsabilidade subsidiária da empresa contratante, a quem aproveita o fornecimento*).

Há alguns anos, à frente da 2ª Vara do Trabalho de Taubaté (na qualidade de juiz substituto), inúmeros processos dessa natureza mereceram-me a atenção. Envolviam, à época, conhecida montadora do segmento automotivo valeparaibano que celebrara, com empresa menor (especializada em comércio de sucata), contrato pelo qual lhe fornecia sucata por certo preço e, em contrapartida, tinha preferência na aquisição de sucata prensada, fazendo-o mediante simples compensação econômico-financeira (pela retirada de quantidade equivalente de sucata não-processada)¹. Neste contrato, de dupla face, a empresa montadora poderia funcionar, episodicamente, como *fornecedora* e como *cliente*. Indagava-se: num caso e noutro, seria responsável pelos créditos tra-

balhistas dos empregados da empresa de comércio de sucata?

O presente texto propõe examinar hipóteses dessa natureza, dando-lhe contornos jurídicos mais precisos.

2 CONTRATOS DE FORNECIMENTO INDUSTRIAL, FRAUDES E RESPONSABILIDADES

Iniciemos com os supostos de fraude. Não há, a esse propósito, muito o que pontuar. Tecnicamente, **contrato de fornecimento** é “aquele em que o vendedor se compromete a fazer entrega de mercadorias em partidas sucessivas e em prazo determinado, por preço ajustado antecipadamente ou simultaneamente com cada remessa, e pagamento na forma ajustada”². Nada obstante, ocorre — e não é incomum — de uma empresa interposta se obrigar a fornecer *mercadorias* (dação “*in rem*”), mas, ao revés, fornecer *mão-de-obra* (atividade “*in personam*”), seja nas dependências da própria empresa beneficiária (o que facilita a identificação da fraude), seja fora dela (o que implica em “externalizar” um segmento do processo produtivo com precarização de vínculos de emprego — como se viu, há algum tempo, em alguns nichos da indústria calçadista³).

¹Sirva, como paradigma, a sentença prolatada nos autos do processo n. 201/2000-2 (1ª Vara do Trabalho de Taubaté), aos 12 dias de julho de 2000.

²Dicionário Jurídico, Academia Brasileira de Letras Jurídicas, 4ª ed., São Paulo, Forense Universitária, 1996, p.195 (verbete «Contrato de Fornecimento»).

³É conhecido, e.g., o caso de Franca (SP), que suscitou medidas judiciais por parte do Ministério Público do Trabalho (Procuradoria da Décima Quinta Região) na década de noventa. Mais recentemente, em sua edição de n. 63, a Revista *Comércio Exterior - Informe BB* noticiou os **arranjos produtivos locais** (APL) que têm favorecido a microempresa calçadista no Município de São João Batista (SC): “Cerca de 30% da força de trabalho concentra-se nas famílias locais. O arranjo está organizado para que os produtos passem de família em família e, a cada etapa, os calçados comecem a ganhar forma. Por exemplo, uma se encarrega de cortar as palmilhas, outra de fazer o solado e assim sucessivamente. Há grande interação ao longo do processo. [...] O aspecto familiar retrata uma realidade

Em tais casos, demonstrada a fraude mediante instrução e prova competente (o que se logra, amiúde, com a demonstração de que a empresa interposta não tem autonomia gerencial e/ou econômico-financeira e, na prática, subordina os seus empregados aos desígnios de gestão da empresa beneficiária), é de rigor reconhecer o liame empregatício *diretamente* com o beneficiário do “fornecimento”, sem prejuízo da solidariedade passiva — em acepção civil — do intermediário, *ut* artigo 932, III, do Código Civil (uma vez que a empresa interposta funciona, no processo produtivo, como mera *comitidã* da contratante, que simplesmente lhe *encomenda* ou *acomete* uma fase do processo produtivo, retirando-lhe qualquer margem gerencial nesse particular⁴). Trata-se de aplicar à espécie a norma do artigo 9º da CLT, com a inteligência da Súmula 331, I, do TST.

Quando, porém, não há fraude, a questão pede uma reflexão mais detida. É certo, por um lado, que a existência de um contrato de fornecimento não exclui, por si só, a hipótese da *terceirização de serviços*. Não raro, aliás, vai mesmo pressupô-la (como, de regra, nos

contratos de fornecimento que implicam a entrega de *matéria-prima manufaturada ou semimanufaturada* às empresas-clientes, destinada ao aproveitamento *direto e imediato* nas linhas de produção). Por outro lado, fazer derivar dessa premissa, em todo e qualquer caso, a *responsabilidade subsidiária* da empresa contratante/beneficiária — supondo-se, insisto, *legítimos* os contratos de fornecimento — é, «*venia concessa*», incorrer em sério equívoco, desses a que impelem concepções protecionistas desarraigadas da realidade econômica hodierna.

Convém esclarecer.

3 DESCONCENTRAÇÃO E TERCEIRIZAÇÃO: DE TOFFLER A FRIEDMAN

Terceirização, em senso lato, é *descentralização das atividades empresariais*. Admite, por conseguinte, diversas manifestações concretas, como o *fornecimento de coisas ou bens*, por uma parte (como, se dá, e.g., quando a empresa “A” fornece matéria-prima semimanufaturada para as linhas de montagem da empresa “B”), e *fornecimento de serviços*, por outra (como se dá, e.g., quando a empresa “A” fornece pessoal para se ativar em um segmen-

com um aos APLs: ser um a solução eficaz para empreendimentos de pequeno porte” (Comércio Exterior – Informe e BB, Brasília, Banco do Brasil, janeiro/fevereiro de 2006, n. 63, ano 14, pp.22-23). Sobre ser uma engenhosa solução para otimizar produção e vendagem de micro e pequenas empresas, uma versão deformada desse modelo já engendrou “arranjos” similares, porém **associados a uma empresa-mãe**, de cujos quadros foram destacados os novos “empresários”, que passam a terceirizar etapas do ciclo produtivo em suas próprias casas, valendo-se da mão-de-obra de esposas, filhos e agregados. Consubstancia-se, em tais hipóteses, pernicioso *fraude*, que lesa os direitos dos trabalhadores e compromete a própria formação das crianças e adolescentes envolvidos.

⁴**Comissão**, com efeito, deriva do latim “*commissio*” e pode ser compreendida como o “*ato de encomendar, cometer ou exercer encargo ou incumbência*”, enquanto **comissário**, **comitado** ou **preposto** é aquele que “*desempenha um a comissão*” — cfr. *Dicionário Jurídico*, pp.157-159 (verbetes «*Comissão*», «*Comissário*» e «*Comitado*»). Em termos gerais, a figura *dispensa* a existência de uma procuração ou carta de comissão formais.

to da linha de produção da empresa "B" — terceirização de atividade-fim⁵ — ou para a prestação de um serviço auxiliar, como limpeza, alimentação, transporte ou vigilância patrimonial — terceirização de atividade-meio). É essa última, em princípio, a *terceirização* disciplinada pela Súmula 331 do C.TST: **forne- cimento de serviços** que, direta ou indiretamente, imiscuem-se no processo produtivo da empresa tomadora.

Na verdade, a **desconcentração** — fenômeno socioeconômico mais geral de que a *terceirização* é uma manifestação concreta — configura uma tendência inexorável da pós-modernidade, inerente às mudanças culturais, políticas e econômicas que assomaram aos nossos olhos nos últimos trinta anos. E não estamos falando, "*in casu*", de *globalização econômica*, ou *somente* disso; a complexidade caleidoscópica daquele rosário de mudanças permite-nos, com efeito, ir ainda além.

ALVIN TOFFLER identificou a *desconcentração* como uma

característica da «*terceira onda*» («*the third wave*»), que eclipsa paulatinamente a série fenomenológica definidora da «*segunda onda*» («*the second wave*»)⁶. A segunda onda, para TOFFLER, corresponde à era industrial: passou-se de um arranjo social baseado no pequeno grupo primário e local, distribuído pelo território e com forte grau de autonomia e auto-suficiência, para um arranjo social caracterizado pela interdependência complexa e massificante da sociedade industrial. Essa passagem foi acompanhada por seis fenômenos de ordem econômico-sócio-psico-histórico-cultural⁷, a saber: (a) a **padronização** (de produtos, sistemas produtivos, infra-estruturas, esquemas culturais, mercados, etc.); (b) a **especialização** (a exemplo do *taylorismo*, as operações produtivas de-

"Na verdade, a **desconcentração** — fenômeno socioeconômico mais geral de que a *terceirização* é uma manifestação concreta — configura uma tendência inexorável da pós-modernidade, inerente às mudanças culturais, políticas e econômicas que assomaram aos nossos olhos nos últimos trinta anos."

vem ser subdivididas no maior número possível de operações obtidas individualmente em seqüência); (c) a **sincronização** (porque em sistemas «*market-dependent*», tempo é dinheiro, desde a micro-sincronização das operações de trabalho até a macro-sincronização das institui-

⁵Que, no Brasil, normalmente tem caráter temporário (artigo 10 da Lei n. 6.019/74), sob pena de se conformar vínculo empregatício diretamente com a empresa tomadora (Súmula 331, I, 1ª parte, do C.TST). Afora esse caso, há hipóteses muito particulares de autorização legal ou regulamentar de terceirização de atividades-fim por tempo indeterminado, como se dá no setor de telecomunicações (artigo 94, II, da Lei 9.472/1997) e no setor bancário (Resolução BACEN nº 2166, de 30.06.1995); são todas, porém, de constitucionalidade duvidosa (especialmente a última).

⁶Alvin Toffler, *The third wave*, Londres, Pan Books, 1981, pp.64-68.

⁷*Idem*, *ibidem*. Cfr. também, para uma leitura crítica da tese toffleriana, Raffaello Merli, "*Toffler: A Terceira Onda*", in *A Sociedade Pós-Industrial*, Domenico de Masi [org.], trad. Anna Maria Capovilla et al., 2ª ed., São Paulo, Editora SENAC, 1999, pp.183-192.

ções⁸); **(d)** a **concentração** (dos recursos energéticos e tecnológicos, dos recursos financeiros e da própria vida em sociedade: eis a era do urbanismo e das megalópoles⁹); **(e)** a **maximização** (da “gigantomania”, com a filosofia da “*addiction to bigness*” e o culto às grandes dimensões — do parque industrial, dos lucros, das vendas, das bilheteria, das cidades, etc. — como indicador de sucesso); e **(f)** a **centralização** (na indústria e no mundo dos negócios, a divisão taylorista — imposta pela especialização — convive com a organização em torno do princípio “um homem, um chefe”). No plano setorial secundário (indústria), o sistema de produção fordista é o paradigma mais exato da segunda onda: centralização na especialização; pa-

dronização com sincronização; e concentração para a maximização.

Na terceira onda, ao contrário, volta-se à *desconcentração* como fenômeno primordial. A proliferação da informação e a possibilidade de transmiti-la e intercambiá-la por diversas redes facilita os processos de delegação gerencial e as estratégias de “*empowerment*”, culminando, na ponta mais débil, com fenômenos contratuais como o teletrabalho (que, em Portugal, já desafia até disciplina legal, *ut* artigos 233º a 243º do Código do Trabalho¹⁰). A *terceirização* — que tem origens anteriores à própria revolução telemática, deitando raízes no *toyotismo*¹¹ — ganha novos fôlego e sentido, apresentando-se à grande empresa como *alternativa de*

⁸Na dicção de RAFFELLO MERLI, “no mundo industrial milhões de homens começam e terminam sua jornada de trabalho no mesmo momento, com em, jogam, dormem e fruem espetáculos segundo um a cadência temporal definida e sincronizada. Milhões de crianças começam e terminam seus estudos no mesmo período. Nos Estados Unidos, na União Soviética, em Cingapura e na Suécia, na França e na Dinamarca, na Alemanha e no Japão, milhões de famílias cumprem as mesmas atividades no mesmo instante e programam diariamente a sua vida de trabalho, sua vida familiar e seu tempo livre com uma sincronização que na first wave [sociedade rural] era absolutamente impensável” (Raffaello Merli, *op.cit.*, p.186).

⁹TOFFLER vai adiante e refere a concentração dos delinquentes, detidos nas prisões; dos doentes mentais, nos manicômios; das crianças, nas escolas; e dos trabalhadores, nas fábricas. Termina por chamar o século XIX como o período do «Grande Encarceramento» (*op.cit.*, p.67).

¹⁰Estatui o artigo 233º que, “para efeitos deste Código, considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa do empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação”. Já pela definição, vê-se ser, mesmo, um fenômeno típico da terceira onda toffleriana. Tal conceito soa bizarro na perspectiva ideológica do modelo fordista (= segunda onda), em que a subordinação jurídica exsurge como um mero corolário tecnológico do binômio concentração-centralização, que determinou o paulatino «encarceramento» dos trabalhadores nas fábricas (vide nota anterior).

¹¹“A *terceirização do trabalho* é considerada por muitos como a principal estratégia da reestruturação produtiva, pois, ao mesmo tempo em que ela permite uma recomposição das taxas de lucro pelas empresas, oferece também aos capitalistas um maior controle sobre a força de trabalho. [...] Em bora já existisse tanto na indústria como no setor de serviços, a *terceirização* ganha o patamar de estratégia fundamental do capital a partir da década de 1970, quando da expansão dos princípios toyotistas de gestão e organização do trabalho e da produção. [...] Gestado no pós Segunda Guerra no Japão, o *toyotismo* se amplia no ocidente em resposta à crise nas taxas de lucro e no domínio sobre os trabalhadores, mercados, respectivamente, pelo choque do petróleo de 1973 e as manifestações de maio de 1968. Para além de uma simples introdução de novas tecnologias, o *toyotismo* reorganiza a produção e implementa uma nova forma de relação entre capital e trabalho. Seu sucesso depende, em grande medida, de um consentimento ativo dos trabalhadores com a empresa e a produção; além de não questionar, eles também participam, sugerem, e buscam a otimização da qualidade e da produtividade. Uma das conseqüências imediatas para a organização dos trabalhadores é que o *toyotismo* combate o sindicalismo classista ou qualquer forma de organização e mobilização que coloque em oposição trabalhadores e patrões” (Paula Regina Pereira Marcelino, “*Terceirização do Trabalho no Brasil e na França*”, in *Anais do II Simpósio do GEPAL – Grupo de Estudos de Política da América Latina* (<http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundogepal/>

conformação numa sociedade que se desprega letargicamente dos imperativos do gigantismo, da concentração, da centralização e da massificação. Ao mesmo tempo, reaparecem as unidades de produção baseadas no núcleo familiar (que podem ou não ter compleição fraudulenta — vide, *supra*, a nota n. 3, sobre os chamados «arranjos produtivos locais») e, bem assim, emerge a classe dos «*prosumers*» (expressão toffleriana para designar os trabalhadores que produzem para o consumo próprio, numa fusão neologística das expressões inglesas “*producer*” e “*consumer*”), tanto no meio rural — repaginando uma estereotípia peculiar à primeira onda (das sociedades eminentemente rurais) — quanto no meio urbano.

Segundo TOFFLER, na sociedade pós-industrial

“O termo «descentralização» tornou-se a palavra de ordem da administração; grandes sociedades se apressam a fracionar a própria organização em «centros de rendimento». Um caso típico foi a reorganização da ESMARK Inc., uma sociedade de grandes dimensões que atua nos setores de alimentos,

produtos químicos, petrolífero e de seguros. [...] O que é importante não é tanto a ESMARK em si — que provavelmente se reestruturou mais de uma vez desde então — quanto a tendência que ela representa. Centenas, talvez milhares, de empresas estão continuamente se reorganizando, se descentralizando, às vezes indo muito longe para depois retroceder, mas reduzindo pouco a pouco a centralização do controle de suas atividades. [...] No nível ainda mais profundo, as grandes organizações estão modificando os modelos de autoridade que caracterizaram o centralismo. A empresa típica da segunda onda era organizada em torno do princípio «um homem, um chefe». [...] A realidade é que um número cada vez maior de pessoas tem mais que um único chefe”¹².

Essa descentralização/desconcentração produtiva conduz, no limite, à *externalização* de certos segmentos produtivos, ora criando novas demandas para o próprio setor secundário (como no caso dos contratos de fornecimento para linhas de produção, na linha do

PAULA%20REGINA%20PEREIRA%20MARCELINO.pdf — acesso em 22.02.2007). Para uma visão completa das conexões entre terceirização e toyotismo, cfr., ainda, Maria da Graça Druck, *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*, São Paulo, Boitempo Editorial, 1999, *passim*. Com efeito, uma das características históricas do toyotismo, na contramão do fordismo (em virtude das especificidades do mercado consumidor japonês no pós-guerra), foi a mecanização flexível voltada à produção para mercados muito segmentados (o que inviabilizava uma especialização de padrão taylorista, de funções únicas e restritas). Essa demanda segmentada determinou produções pequenas e sem estoques (sistema *just-in-time*), agregando empresas menores ao redor de “empresas-mãe” que externalizavam segmentos do processo produtivo para reduzir plantas e estruturas. Conseqüentemente, o modelo de produção toyotista reconhece-se hodiernamente como aquele cujos elementos distintivos clássicos são a automatização, o *just-in-time* (estoque zero), o trabalho em equipe, a administração por estresse, a flexibilização da mão-de-obra («*shejunka*»), a gestão participativa, o controle de qualidade total e a subcontratação. O toyotismo representa, por assim dizer, a ponte de transição entre o fordismo convencional da segunda onda e as células produtivas da terceira onda.

¹² *op. cit.*, pp.267-270.

toyotismo original), ora inflando o setor terciário (terceirização pessoal — *infra*). Ou, nas palavras de TOFFLER,

“As grandes empresas estão agora procurando ativamente modos de reduzir as dimensões de suas unidades de funcionamento. As novas tecnologias e a transferência de algumas funções para o terciário reduzem a escala das atividades da empresa. O tradicional estabelecimento ou escritório da segunda onda, onde sob o mesmo teto trabalhavam milhares de pessoas, será uma raridade nos países de alta tecnologia. [...] Na Austrália, quando pedi ao presidente de uma companhia que descrevesse a fábrica de automóveis do futuro, ele, falando com extrema convicção, me disse: «Não construirei outro estabelecimento como esse, onde sob o mesmo teto trabalham 7 mil pessoas. Eu o fracionarei em unidades pequenas, cada uma das quais empregará trezentas ou quatrocentas pessoas. As novas tecnologias disponíveis possibilitam isso»¹³.

Eis o futuro, inapelável. Convida-se com ele, para melhor adequá-lo; ou debata-se diante ele, para afinal soçobrar.

Semelhante ordem de constatações remete-nos a THOMAS FRIEDMAN e à sua alegoria do «mundo plano», onde “um número maior do que nunca de pessoas tem a possibilidade de colaborar e competir em tempo real com um

número maior de outras pessoas de um número maior de cantos do globo, num número maior de diferentes áreas e num pé de igualdade maior do que em qualquer momento anterior da história do mundo”. Em síntese, a Humanidade logrou interligar todos os principais centros de conhecimento do planeta, costurando-os numa única rede global que *aplainou* e *achatou*, como nunca antes, as percepções, as compreensões e as oportunidades globais¹⁴. Hoje, pode-se *conceber* no ponto “X”, *produzir* no ponto “Y”, *negociar* no ponto “W” e *entregar* no ponto “Z” (pouco importando a distância geográfica entre todos esses pontos). A terceirização é apenas *parte* disso tudo — e não é, seguramente, a parte mais deletéria. Ao contrário,

“As melhores companhias terceirizam para vencer e não para encolher-se. Terceirizam para inovar com maior rapidez e a custos mais baixos a fim de crescer, ganhar fatias de mercado e contratar mais funcionários de diferentes especialidades, e não para economizar despedindo empregados. [...] Não há dúvida de que existem firmas dispostas a terceirizar simplesmente para economizar dinheiro e disseminá-lo entre acionistas e diretoria, e que realmente o fazem. Pensar que isso não acontece ou não acontecerá seria mais do que ingênuo. Mas as empresas que usam a terceirização principalmente como instrumento de redução de custos e não para bus-

¹³Idem, pp.272-273.

¹⁴Cfr. Thomas L. Friedman, *O Mundo é Plano: Uma Breve História do Século XXI*, trad. Cristiana Serra, S. Duarte, Rio de Janeiro, Objetiva, 2005, pp.15-17.

car inovação e acelerar o crescimento são a minoria, e eu não compraria ações de nenhuma delas. As melhores companhias estão procurando meios de combinar o melhor que existe na Índia com o melhor que há em Dakota do Norte e o melhor que há em Los Angeles. Nesse sentido, o termo «terceirização» na verdade deveria ser aposentado. O termo adequado seria «busca de fornecedores» [atente-se a que FRIEDMAN está considerando, em especial, o fenômeno da *terceirização material* – para o conceito, cfr. *infra*]. Isso é o que o mundo plano ao mesmo tempo permite e exige, e as empresas que o praticam de maneira correta acabam obtendo fatias mais amplas de mercado e mais funcionários em toda parte, e não o oposto”¹⁵.

E arremata:

“[...] Terceirização não é somente para os Benedict Arnolds. Também serve para os idealistas”¹⁶.

Daí porque dizíamos, *supra*, da impraticabilidade dos modelos jurídicos de proteção laboral que

colimam debelar ou inviabilizar “*tout court*” as manifestações concretas da desconcentração. Nessa linha, uma luta aguerrida e visceral *contra* a terceirização — porque seria uma *peleja contra* a desconcentração — é, para já, uma luta perdida. Melhor será *regulá-la* e, sem laivos de radicalismos, engendrar mecanismos dúcteis o bastante para lhe aceder nos contextos mais ingentes e então assegurar, a um tempo, a dignidade dos trabalhadores envolvidos e a plena satisfação dos seus créditos alimentares. Toda ductibilidade, porém, supõe o espaço da retração.

Vejamo-lo.

4 TERCEIRIZAÇÃO MATERIAL vs. TERCEIRIZAÇÃO PESSOAL

Convergindo para aquela concepção *lata* de terceirização (item III, *supra*), merece referência, a esta altura, o escólio de LUIZ CARLOS AMORIM ROBOTELLA, para quem

“a terceirização está consagrada pelo processo econômico, indicando a existência de um terceiro especializado que, com maior qualidade ou produtividade, presta serviços ou produz bens para a empresa contratante”¹⁷.

¹⁵*Idem*, pp.333 e 336 (negritos no original). No Brasil, infelizmente, essas “melhores” geralmente não são as maiores, nem tampouco as mais numerosas (mesmo porque se deu ênfase desmedida às *terceirizações de pessoal*, com elevada incidência de fraudes). Nem por isso, convirá desconhecer a terceirização como um dado socioeconômico tendencial da nossa realidade. Ignorar a direção da corrente não muda o curso dos barcos.

¹⁶*Idem*, *ibidem* (negritos no original). Trata-se da Regra n. 7 do Programa “*Como as Empresas se Ajustam*” (ao mundo plano); os negritos da nota anterior correspondem à Regra n. 6. A propósito, BENEDICT ARNOLD (1741-1801) foi o mais célebre dos traidores da Guerra da Independência norte-americana a engrossar fileiras britânicas. Em julho de 1780, assumiu o comando do forte americano em West Point (New York) com o objetivo de rendê-lo às forças inglesas, tendo sido desmascarado antes de lograr seu intento.

¹⁷Luiz Carlos Amorim Robotella, “*Terceirização ¾ Tendências em Doutrina e Jurisprudência*”, in *Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*, Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro, Rodolfo Pamplona Filho (coord.), São Paulo, LTr, 1998, pp.312-320.

Depreende-se do conceito, na esteira do que apontávamos, duas «espécies» compreendidas no fenômeno geral da *terceirização* (o «gênero»). Haveremos de designá-las, doravante, pelas expressões «*terceirização material*» (ou *de produção*) e «*terceirização pessoal*» (ou *de serviços*), que já antecipamos em algumas passagens anteriores.

No primeiro caso (**terceirização material**), uma determinada fase do processo produtivo é apartada da estrutura empresarial e acometida ao terceiro especializado, que se limita a executá-la, com recursos próprios e autonomia gerencial, para adiante fornecer ao contratante o produto final de sua atividade, que será incorporado à linha de produção da empresa-cliente no estado em que se apresenta (i.e., manufaturado ou semimanufaturado). Não há quaisquer obrigações dos trabalhadores da empresa fornecedora para com a empresa-cliente, senão indiretamente; e, nessa esquelha, confundir-se-ão com as obrigações contratuais da própria empregadora (que – na perspectiva comunitária da “*Gemeinschaftsverhältnis*” alemã – comunicam-se sociologicamente a todo o grupo de trabalhadores¹⁸). Em todo caso, serão sempre *obrigações de fins*, adstritas à entrega do pro-

duto com as especificações ajustadas. A subordinação técnico-jurídica da massa trabalhadora cinge-se às instâncias hierárquicas do empregador formal; logo, não há espaços para ingerências da empresa-cliente na fase produtiva que externalizou. Não há, outrossim, necessidade de vínculos ou contatos, formais ou informais, entre os empregados da fornecedora e o «staff» da empresa-cliente.

Com a *terceirização material* ou *de produção*, as grandes empresas descobrem caminhos legais para alavancar seus processos internos de «*downsizing*» (= redução da estrutura organizacional), acompanhando a tendência de enxugamento estrutural inerente à terceira onda toffleriana (*supra*, tópico III). Tudo isso sem perda social necessária de postos de trabalho: a *interdependência em-*

“No primeiro caso (**terceirização material**), uma determinada fase do processo produtivo é apartada da estrutura empresarial e acometida ao terceiro especializado, que se limita a executá-la, com recursos próprios e autonomia gerencial, para adiante fornecer ao contratante o produto final de sua atividade, que será incorporado à linha de produção da empresa-cliente no estado em que se apresenta...”

presarial – oposta à *auto-suficiência* que marcara o modelo fordista – predispõe o trespasse dos postos de trabalho às «empresas orbitais», i.e., àquelas empresas que se capitalizam fornecendo produtos manufaturados e semimanufaturados às linhas de produção das empresas-cliente. Cumprirá, de resto, assegurar aos empregados das primeiras — quer por lei, por negociação coletiva ou mesmo por construção judicial — certa equivalência com os

¹⁸Nesse sentido, confira-se, por todos, Arthur Nikisch, *Arbeitsrecht: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*, 3. Aufl., Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, I Band, pp.162 e ss. “*Gemeinschaftsverhältnis*” significa, em tradução livre, “vínculo comunitário” (tal seria a natureza da relação sociojurídica instaurada, no contrato de trabalho, entre os empregados e a empresa empregadora).

padrões salariais e com as condições de trabalho praticadas pela empresa-cliente, para que não haja discrepâncias substanciais de feito precarizante.

A esta altura, mercê da experiência brasileira recente, dir-se-ia servir tal discurso à justificação de desmontes estruturais de grandes empresas nacionais, secundando-os com empresas «de estufa», i.e., empresas fornecedoras criadas artificialmente para absorver ex-empregados e inseri-los em uma organização financeiramente inidônea (comprometendo, assim, a satisfação futura dos créditos trabalhistas). Isso já ocorreu e poderá, de fato, voltar a ocorrer. Mas, nesses casos, há **fraude** – e as soluções juslaborais já foram alvitadas *supra* (tópico II), importando em constrangimento direto das “empresas-clientes”, sem prejuízo das responsabilidades criminais e administrativas que tais esquemas amiúde atraem.

Impende admitir, porém, que os processos de «*downsizing*» e as externalizações de etapas produtivas não serão sempre, ou necessariamente, expedientes fraudulentos. Tornando às lições de ROBOTELLA, é da natureza mesma das terceirizações provocar

“um desmonte da estrutura organizacional clássica, que concebia a empresa como

uma entidade auto-suficiente, autárquica, que se responsabilizava por todas, ou quase todas, as fases do processo produtivo”¹⁹.

Ora, se contextualmente não se verificam fraudes nem se recorre a empresas de estufa, essa modalidade de terceirização – a dita *material* – não padece de qualquer ilegalidade (sobre atender, inclusive, ao quanto dispõe o artigo 170, IV, da CRFB). Não há, outrossim, mera delegação de atividades para os efeitos do artigo 932, III, do NCC, já que a empresa fornecedora goza de plena autonomia gerencial e financeira. Logo, não se justifica criar um gravame patrimonial à empresa-cliente, sequer em caráter subsidiário, apenas e tão somente pelo fato de a empresa reduzir as suas dimensões estruturais (acompanhando uma tendência que – viu-se – alça foros de universalidade). E nem mesmo se poderia instá-la a manter empregos, porquanto carente de regulamentação a garantia insculpida no artigo 7º, I, da CRFB. Isso é tanto mais verdadeiro quando a redução de quadros torna-se um imperativo econômico-financeiro de subsistência corporativa (porque, nesses casos, sequer se trata de dispensa *arbitrária*, mesmo na acepção perfilhada pela malsinada Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho²⁰).

¹⁹Robortella, *op.cit.*, p.313.

²⁰Dispõe o artigo 4º da Convenção n. 158/OIT (que o Brasil ratificou no plano internacional, aprovou pelo Decreto Legislativo n. 68/92, promulgou pelo Decreto n. 1855/96 e depois *denunciou* pelo Decreto 2.100/96...): “Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço” (g.n.).

Já não é assim no segundo caso – o da chamada **terceirização pessoal**. Nessa hipótese, terceirizam-se *serviços pessoais indissociáveis da unidade produtiva* (que, por isso, tem de ser prestados nas próprias dependências da empresa-cliente, sob subordinação ou coordenação de seus prepostos). Já por isso, tais serviços não admitem terceirização material útil. Pense-se, por exemplo, na indústria montadora automotiva. À luz dos mais comezinhos princípios de gerenciamento racional e responsável, a unidade produtiva não poderia acometer a terceiros a própria montagem dos veículos, a sua pintura ou a aferição de conformidades; se o faz, compromete a integridade e/ou a segurança do produto final, aliena-se de fases fundamentais do processo produtivo e, não bastasse, incorre em *fraude* (tópico II, *supra*), que tanto pode ser perpetrada mediante deslocamento geográfico (simulando terceirização material), como pode ser deflagrada na própria planta da empresa tomadora (terceirização «*intra muros*» de atividades-fim, ressalvadas as hipóteses da Lei n. 6.019/74). Tampouco a unidade poderia acometer a terceiros, com deslocamento geográfico, tarefas que, sobre serem *secundárias*, devem ser desempenhadas nas suas dependências (limpeza, segurança, fornecimento de alimentação, etc.).

“Já não é assim no segundo caso - o da chamada **terceirização pessoal**. Nessa hipótese, terceirizam-se serviços pessoais indissociáveis da unidade produtiva (que, por isso, tem de ser prestados nas próprias dependências da empresa-cliente, sob subordinação ou coordenação de seus prepostos).”

Em todas essas situações, recorre-se à figura da **terceirização pessoal** ou **de serviços**, que demanda essencialmente a inserção de pessoal alienígena na estrutura organizacional da empresa-cliente, sob recrutamento e subordinação da empresa contratada. A empresa-cliente limita-se a *coordenar* os serviços, nos limites do seu interesse gerencial (horários e locais de limpeza ou de transporte, postos de vigilância, qualidade e composição das refeições, etc.). Quando, porém, a terceirização pessoal alcança atividades-fim, os escopos de produtividade e qualidade da empresa-cliente impõem, invariavelmente, a criação de vínculos formais ou informais de subordinação entre os trabalhadores da empresa contratada e os prepostos da empresa-cliente, responsáveis pelo volume e excelência da produção; daí porque, na esteira da Súmula n. 331, I, do TST, impõe-se o reconhecimento de liame empregatício diretamente com a empresa tomadora: a subordinação instaurada atrai a norma do artigo 3º, *caput*, da CLT e desnatura a terceirização clássica.

Por força do *conteúdo ético* *mi-nimo* imanente a todo trabalho humano (derivação do *princípio da dignidade da pessoa humana* – artigo 3º, III, da CRFB), e à vista da natureza *pessoal* e *indissociável* dos serviços em testilha²¹, a terceirização pessoal so-

²¹Diga-se, por oportuno, que esse caráter pessoal não induz, nem pode induzir, à *pessoalidade estrita* do artigo 3º, *caput*, da CLT (que impediria, p. ex., a substituição de trabalhadores sem o conhecimento e/ou a autorização estrita da empresa-cliente). «*Natureza pessoal*», aqui, significa que a prestação de serviços pressupõe a *presença física das pessoas* nas dependências da empresa-

freu, no evolver do Direito do Trabalho, inúmeras limitações de ordem formal e material, todas voltadas à erradicação da nefasta figura do “*marchandage*” (mercancia de trabalho humano). Assim se explicam e justificam, a toda prova, os cuidados da Súmula 331/TST no trato hermenêutico da matéria (inclusive quanto à responsabilidade subsidiária reconhecida no item IV).

A aquisição dos conceitos acima permite identificar, como modalidades de *terceirização material*, tanto os *contratos de fornecimento industrial* quanto os *próprios contratos de franquia* (ou «*franchising*») ²². Nem por isso, cogitar-se-á, em situações normais, de reconhecer a formação de liame empregatício entre o empregado da franquia e o franqueador (e.g., entre o empregado de uma pequena lanchonete no interior de São Paulo e a rede norte-americana de «*fast-food*» ou a sua matriz brasileira que, a bem dizer, não fez mais que emprestar à lan-

“A aquisição dos conceitos acima permite identificar, como modalidades de *terceirização material*, tanto os *contratos de fornecimento industrial* quanto os *próprios contratos de franquia* (ou «*franchising*»). Nem por isso, cogitar-se-á, em situações normais, de reconhecer a formação de liame empregatício entre o empregado da franquia e o franqueador”

chonete, mediante contrato, o nome do estabelecimento, a técnica de produção e vendagem – o «*know-how*» – e a marca registrada das iguarias).

Nessa ordem de idéias, a *terceirização*, que é, em si mesma, um *valor positivo da nova economia*²³, tende a margear o «*marchandage*» sobretudo em sua segunda modalidade (*terceirização pessoal*), à mercê da inserção corporativa dos “*terceirizados*” – que, desde a **teoria da inserção** de MOLITUR, é indiciária de subordi-

nação – e do seu *contato pessoal e permanente* com os quadros funcionais da empresa-cliente. Já entre os casos de *terceirização material*, as fraudes – conquanto existam (e, uma vez articuladas, trazem dificuldades ainda maiores ao juiz, tanto na identificação quanto

no desbaratamento²⁴) – são me nos comuns. Conseqüentemente, serve especialmente à *terceirização pessoal* a advertência de ROBORTELLA, no sentido de que

cliente. Caso se identifiquem, em contextos de *terceirização*, vínculos de *personalidade estrita* com a empresa tomadora, conformar-se-á com ela o vínculo empregatício, por aplicação dos artigos 3º e 9º da CLT e interpretação “*a contrario*” da Súmula 331, III, “*in fine*”, do C.TST. É — outra vez — o que se verifica, amiúde, nas *terceirizações de atividades-fim*. Para a distinção entre a **personalidade estrita** do artigo 3º/CLT e a **personalidade mínima** que caracteriza os serviços delegados em *terceirizações pessoais* e a própria «*relação de trabalho*» (não-subordinado) sujeita à competência da Justiça do Trabalho (artigo 114, I, da CRFB, na redação da EC n. 45/2004), veja-se, de nossa lavra, “*Justiça do Trabalho: nada mais, nada menos*”, in *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*, Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.), São Paulo, LTr Editora, 2005, pp. 116-147.

²²Sobre a definição do «*franchising*» como modalidade de *terceirização*, cfr., por todos, Robortella, *op.cit.*, pp.313-314.

²³Conforme a notícia de ROBORTELLA, “*a terceirização constitui um dos dados essenciais da moderna organização empresarial, estando já difundida em todo o mundo. Desde 1994, pelo menos, se realizam na Europa feiras de subcontratação; na França, diz-se que o mercado da subcontratação atingiu, em 1993, 45 bilhões de dólares; no continente europeu, 260 bilhões de dólares (Gazeta Mercantil de 9.11.94)*” (*op.cit.*, p.314).

²⁴Vide, *supra*, nota n. 3 (parte final).

“a terceirização (...) traz um dilema para o Direito do Trabalho (...) onde nem sempre é fácil distingui-la da **fraudulenta intermediação de mão-de-obra**”²⁵.

Imbuído da mesma preocupação, o saudoso VALENTIM CARRION outrora obtemperou que, conquanto *distintos* os conceitos de subempregada, locação de mão-de-obra e terceirização, não raro

“se entrelaçam em sua materialização concreta. (...) A terceirização é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize **habitualmente** com empregados desta; transporte, limpeza e

restaurante são exemplos típicos”²⁶.

Desse escólio, depreende-se que o interesse do Direito do Trabalho na terceirização repousa sobre a *inserção corporativa habitual* dos empregados “terceirizados” na empresa-cliente. Daí se inferir, novamente, que ao *Direito do Trabalho interessa, aprioristicamente, a terceirização pessoal ou de serviços*. Não lhe cabe, em princípio, imiscuir-se na discussão clausular dos contratos que engendram terceirização material («*franchising*», fornecimento industrial, locação de estabelecimento²⁷, etc.). O conteúdo desses contratos interessa sobremaneira à Ciência da Administração, ao Direito de Empresas (ou, mantida a dicotomia alemã, ao Direito Comercial) e eventualmente ao Direito Econômico. Ao Direito do Trabalho, porém, interessará

²⁵Op.cit., p.315 (g.n.).

²⁶Valentim Carrion, *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996 (agosto), pp.293-294 (g.n.).

²⁷No caso da locação ou cessão de estabelecimento, todavia, pode-se — e deve-se — discutir a responsabilidade da empresa locadora/cedente em contextos de **sucessão empresarial** (artigo 2º, §2º, da CLT). Entendo, e tenho decidido, que “a **responsabilidade do sucessor não exclui a responsabilidade do sucedido**. Com efeito, não se dá, com a sucessão, a exoneração do sucedido. Firm a-se, antes, a **solidariedade passiva** entre sucedido e sucessor, quanto a todos os créditos trabalhistas havidos em face do primeiro. O outro entendimento importaria em exegese «in pejus» de norma legal tuitiva, contra a melhor hermenêutica («odiosa restringenda, **favorabilia amplianda**»). Não por outra razão, «mutatis mutandi» (com relação à Rede Ferroviária Federal S/A), o Pleno do C.TST pacificou que a sucedida (RFFSA) responde subsidiariamente pelos direitos trabalhistas referentes a contratos rescindidos após o contrato de concessão, além de responder integralmente pelos contratos de trabalho rescindidos antes da entrada em vigor da concessão (e apesar dela) [O.J. n. 225 da SDI-1/TST, na redação de 18.04.2002, anterior à atual, de 20.04.2005]. Não cabe dizer, aqui, que a solidariedade “decorre da lei ou da vontade das partes”, porque o enfoque há de ser outro: **não há, na legislação trabalhista, qualquer cláusula de exoneração do devedor originário (sucedido)** — logo, sua responsabilidade (principal) remanesce incólume, convivendo com outra responsabilidade principal, dada pela lei (artigos 10 e 448 da CLT). Concomitantes duas responsabilidades principais concentradas em dois sujeitos distintos (Schuld com um, Haftung desdobrado), não há outro instituto se não a solidariedade passiva” (excerto da sentença prolatada, em 30.09.2003, nos autos do processo n. 943/2002-4 da 3ª Vara do Trabalho de Campinas; negritos no original). Em sentido semelhante, confira-se, ainda, o magistério de EDILTON MEIRELLES: “A sucessão trabalhista não isenta a empresa sucedida pelos débitos constituídos até a data do trespasse se o empregado não concorda com a cessão do débito (...) O sucedido continuaria responsável pela satisfação de seus débitos, constituídos até a data da sucessão, já que a cessão de seu débito não surte efeito em relação ao empregado, enquanto que a empresa sucessora, com o trespasse, assumiria também a posição de devedora (...) Nestes casos (...) surgiria a **responsabilidade solidária** por parte da empresa sucessora na hipótese desta assumir a dívida através da negociação mantida com o sucedido” (Edilton Meireles, “Sucessão trabalhista e assunção de dívida: da solidariedade empresarial”, in *Revista LTr*, São Paulo, v.60, n.5, p.621, 05/1996 — g.n.).

apenas «*si et quando*» houver *fraude* (na celebração ou na execução).

Donde se concluir que a *inteligência da Súmula n. 331, IV, do TST além-se à hipótese de terceirização de serviços*, única a admitir a figura do “tomador de serviços”. Na *terceirização material*, tomam-se bens manufaturados ou semimanufaturados; não se tomam, jamais, «serviços». Caso, porém, a empresa fornecedora (ou o “*franchese*”, o locatário/cessionário, etc.) não tenha autonomia gerencial; caso seja, antes, «testa de ferro» da empresa-cliente, que continua gerindo o negócio e subordinando os trabalhadores, *haverá fraude*, com todos os efeitos narrados *supra* (tópico II). Veja-se, porém, que a inteligência a se aproveitar da Súmula n. 331, sob tais circunstâncias, é a do *item I*, não a do *item IV*.

5 UM CASO PARTICULAR: CONTRATOS DE FORNECIMENTO DE SUCATA

Na indústria metalúrgica – e muito especialmente na indústria automotiva –, são recorrentes os *contratos de compra e venda de sucata ferrosa*, que podem ou não possuir uma *cláusula de fornecimento de sucata prensada* em favor do vende-

dor (e, nesse caso, o vendedor geralmente será a própria unidade montadora automotiva). Em relação à empresa que recebe a sucata prensada, o contrato perfaz modalidade de *terceirização material*. À vista do que se discutiu no tópico anterior, pode-se desde logo afirmar que *não é essa a terceirização a que se reporta a Súmula 331, IV, do C.TST*; tampouco há respaldo legal para o reconhecimento da responsabilidade subsidiária do vendedor que readquire sucata prensada, se o comprador-fornecedor possui au-

“Na indústria metalúrgica – e muito especialmente na indústria automotiva –, são recorrentes os contratos de compra e venda de sucata ferrosa, que podem ou não possuir uma cláusula de fornecimento de sucata prensada em favor do vendedor...”

tonomia gerencial e relações comerciais com terceiros (assim, *e.g.*, quando vende sucata prensada a outras montadoras, à indústria siderúrgica ou à construção civil). Como se sabe, a *responsabilidade subsidiária* nada mais é que uma espécie de *responsabilidade solidária* abrandada

pelo benefício de ordem²⁸. Tal responsabilidade impõe-se ao *tomador de serviços* quando a empresa prestadora de serviços funciona como *comitada* (artigo 932, III, do NCC), oportunizando-se, da parte da empresa-cliente (*comitente*), a “*culpa in vigilando*”, a “*culpa in eligendo*” e/ou a “*culpa in omittendo*”²⁹. Não será o caso, porém, se o comprador-fornecedor desenvolve atividade econômica espon-

²⁸Nesse sentido, *cfr.*, recentemente, o Ac. TRT 9ª Reg. RO n. 00467-2005-671-09-00-0, 2ª T. (n. 30749/06), rel. Juíza MARLENE T. FEVERKI SUGÚIMATSU, in DJPR 27.10.2006, p.690.

²⁹A *subsidiariedade*, “*in casu*”, decorreu historicamente da aplicação analógica do artigo 455, *caput*, da CLT (*subempretada*) às hipóteses de *terceirização pessoal*. Nesse sentido, confira-se, por todos, Francisco Antonio de Oliveira, *Comentários aos Enunciados do TST*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp.814-815.

tânea e independente³⁰, assumindo apenas *obrigações de fim* (e.g., fornecer sucata prensada), não obrigações de meio.

Com efeito, se a empresa de sucata assume todos os custos da prensa e do fornecimento da sucata semimanufaturada, sua atividade econômica pressupõe um gerenciamento autônomo. Seus trabalhadores terão de realizar atividades laborais nas dependências da unidade vendedora, já que a responsabilidade pela coleta da sucata ferrosa é do comprador; mas, nem por isso, dir-se-á que prestam serviços àquela unidade. Tampouco há, nessa etapa, terceirização pessoal. Em típicos contratos de terceirização pessoal, a empresa-cliente ("*in casu*", a unidade montadora) remunera a empresa prestadora de serviços pela realização de serviços pessoais indissociáveis da unidade produtiva (*supra*, item IV); já nos contratos de compra e venda de sucata ferrosa com cláusula de fornecimento de sucata prensada, é o *comprador-fornecedor quem remunera a unidade montadora*, pagando-lhe pela sucata coletada e compensando pagamentos conforme lhe forneça a sucata prensada. Ademais, quando o fornecimento efetivamente se consuma (porque a cláusula cria, para quem vende a sucata bruta, uma *faculdade* e não uma obrigação), a unidade montadora limita-se a *incorporar*, às suas linhas de produção, *bens sem im anufacturados* produ-

zidos por terceiro, mediante a respectiva compensação financeira. Perfaz-se, aí, modalidade de *terceirização material* (não de serviços), que – ressalvados os contextos de fraude – tampouco enseja responsabilidade patrimonial subsidiária da unidade. É certo que uma fase do processo produtivo (a do prensamento de sucata ferrosa bruta) estará sendo acometida à empresa compradora-fornecedora; mas seus empregados não integram a organização básica da unidade produtiva (conquanto devam ocupar algum *espaço físico* para fins de coleta) e não se promiscuem com as redes hierárquicas da empresa-anfitriã.

Nos **contratos sinalagmáticos**, há sempre dependência recíproca de obrigações, com atribuições prestacionais a todas as partes³¹. É também o que se verifica nos contratos de terceirização. O *tomador de serviços*, na terceirização pessoal, é quem *paga o preço* (daí se falar, nas fraudes, em "*marchandage*" de força de trabalho). Já nos contratos de compra e venda de sucata bruta com cláusula de fornecimento de sucata prensada, o *preço* (da sucata) é pago pelo comprador-fornecedor, ao valor de mercado, com reajustes periódicos de mercado. Em sendo assim, não há mascaramento de remuneração indireta de serviços. Esclarece-se, ademais, o *eixo de interesses* e o *sinalagma* próprio dessa relação contratual (o que sinaliza para a sua *função social* – artigo

³⁰O que é perfeitamente possível, mesmo em se tratando de «empresas orbitais» (*supra*, tópico IV). Do contrário, todo o modelo de produção toyotista — baseado em produções pequenas, estocque zero e conglomerados produtivos de unidades complementares (*supra*, nota n. 11) — seria uma imensa fraude.

³¹Cfr., por todos, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil*, 6ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, v. 2, p.390. Diz-se "todas", porque também são sinalagmáticos, em maioria, os contratos multilaterais (i.e., com três ou mais partes), como é o de *sociedade*.

421 do NCC): à empresa de sucata interessa *comprar* (para processar e revender), conquanto assuma compromisso anexo de *fornecer* sucata prensada, segundo as necessidades do vendedor; e à unidade automotiva interessa *vender*, beneficiando-se, em paralelo, com o fornecimento de sucata semimanufaturada em condições mais vantajosas. Essa é – deve ser – a *causa objetiva* do negócio jurídico; e não, à evidência, a subcontratação de mão-de-obra. A *coleta de sucata bruta* não pode ser considerada propriamente um “serviço” prestado à unidade produtiva (embora, de fato, possa lhe interessar do ponto de vista gerencial); do contrário, ter-se-ia de afirmar, sobre a eliminação mesma de despojos e rejeitos industriais, tratar-se de uma *atividade-meio*, atrelada à consecução de sua finalidade social (resultando disso uma insólita responsabilidade subsidiária das unidades produtivas pelos créditos trabalhistas de lixeiros e coletores públicos, por exemplo...). Despojamentos e dejeções *não configuram* atividades econômicas típicas; atipicamente, a atividade de coleta de rejeitos pode, sim, implicar em responsabilidade trabalhista subsidiária de quem a contrata, desde que o contrato tenha por objeto principal o *serviço* e não o próprio rejeito (que, do contrário, deixa de ser “lixo” e passa a figurar

como *mercadoria* – «*pretium*» vs. «*merx*»).

Desfechando o raciocínio, releve evocar o magistério de PEDRO VIDAL NETO, para quem a figura da *terceirização*, contraditória tanto na produção de componentes do produto final (modalidade que, neste texto, designei por *terceirização material*) como na execução de serviços (o que aqui designei por *terceirização pessoal*), somente se caracteriza

quando **inserida como etapa regular no processo de produção de uma empresa**, poupando-a de obtê-los com a utilização de seus próprios equipamentos e de seu próprio pessoal³².

Como antes asseverado, a eliminação de rejeitos não é atividade econômica típica e, por não

ser, *não integra*, como etapa regular, o *processo de produção* propriamente dito. Antes, é dele uma *conseqüência* indesejável. Mal comparando, é como a função biológica excretora: ela não “*integra*” a atividade energética dos organismos, conquanto seja uma “*conseqüência*” da função digestiva. No caso da coleta de lixo ou rejeitos, dir-se-á que houve *comissão de serviços* (para os efeitos do artigo 932, III, do NCC, e a conseqüente inteligência da Súmula n. 331, IV, do TST) apenas quando a unidade produ-

“A marcha da grande empresa rumo aos mecanismos de desconcentração e «downsizing» – entre os quais, por excelência, a terceirização (material e pessoal) – é uma marcha indelével e implacável. Traduz, a um tempo, o espírito “desencarcerador” da terceira onda (TOFFLER) e a coadjuvação universal do mundo plano (FRIEDMAN).”

³²Pedro Vidal Neto, “A terceirização perante o Direito do Trabalho”, in *Direito e Processo do Trabalho*, Estevão Mallet, Luiz Carlos Amorim Robortella (coord.), São Paulo, LTr, 1996, pp.91-92 (g.n.).

tora dos rejeitos contrata uma empresa para o seu específico despojamento, sem o qual a atividade econômica final sofreria sensíveis prejuízos. Nos contratos de compra e venda de sucata ferrosa (com ou sem cláusula de fornecimento), não parece ser esse o caso.

Pode, contudo, dar-se a fraude em tais contratos?

Evidentemente que sim. Haverá fraude quando os trabalhadores da empresa de sucata inserirem-se na organização da empresa “vendedora”, subordinando-se – direta ou indiretamente, formal ou informalmente – aos prepostos dessa última. Haverá fraude, quando o “pagamento” da sucata não observar os preços de mercado ou os reajustes do segmento, mas evoluir conforme o número de trabalhadores designados para a coleta (mascaramento de paga à cessão de mão-de-obra). Haverá fraude, enfim, quando o pagamento do preço da sucata for um pagamento “virtual”: na prática contábil – a ser, de regra, transparecida em sede de prova pericial –, somente o “comprador-fornecedor” recebe entradas em dinheiro ou equivalente, ao argumento de que o valor de fornecimento de sucata prensada supera, sistematicamente, o preço de venda da sucata bruta (e, nesse caso, cumprirá investigar se a simulação acoberta apenas uma terceirização material ou se mascara, mesmo, uma terceirização pessoal de coleta de despojos). Em todas essas hipóteses – exceto, na última, se houver mera terceirização material –, a empresa-cliente (que, no contrato, figura como “vendedora”) deve responder pelos crédi-

tos trabalhistas dos empregados da “compradora”, seja como real empregadora (na contingência do binômio subordinação jurídica/pessoalidade estrita, *ut* artigo 3º/CLT), seja como devedora solidária (artigo 942/NCC). Dá-se, por essa via, concreção justa e oportuna ao **princípio da primazia da realidade**.

6 CONCLUSÕES

A marcha da grande empresa rumo aos mecanismos de desconcentração e «*downsizing*» – entre os quais, por excelência, a terceirização (material e pessoal) – é uma marcha indelével e implacável. Traduz, a um tempo, o espírito “desencarcerador” da terceira onda (TOFFLER) e a coadjuvação universal do mundo plano (FRIEDMAN).

Nesse enalço, pode-se antever o incremento do volume de contratos de fornecimento industrial que, na prática, desopilam a atividade produtiva, “destacando” certas fases do processo de produção (externalizações). Quando não mascaram típicas relações de emprego com a empresa-cliente, tais contratos são lídimos e não desafiam a inteligência da Súmula 331, IV, do C.TST, porque não há, a rigor, «prestação de serviços», mas fornecimento de bens que se integram à linha de produção no estado em que se encontram.

Em casos mais complexos, as partes contratantes podem alternar posições. Assim é, p.ex., com os contratos de compra e venda de sucata ferrosa bruta com cláusula de fornecimento de sucata semimanufaturada: o comprador, a certa

altura ou sob certas condições, faz as vezes de fornecedor, enquanto o vendedor faz as vezes de cliente ou tomador. Tais hipóteses demandam especial atenção, uma vez que, em tais esquemas, as fraudes – quando existem – são mais sofisticadas e demandam, de regra, maior energia na atividade processual probatória. Os contratos industriais atípicos, quando mascaram relações de emprego ou mesmo terceirizações pessoais de atividades-meio, encaminham fraudes e reclamam tratamento judicial pedagógico, à maneira da exegese vazada no item I da Súmula 331 do C.TST (formação direta de vínculo empregatício com a empresa-cliente e/ou responsabilidade solidária). Há que ver, todavia, que nem sempre a complexidade traz consigo o ardid ou a intenção de logro.

A temperança é, sempre, uma virtude. A saudável malha hermenêutica de proteção que a Justiça do Trabalho içou em derredor dos contratos de emprego, a partir de um arcabouço legislativo igualmente tuitivo, não pode infinitizar irrefletidamente os elos de responsabilidade, ignorando as tendências da sociedade pós-industrial e elegendo “pagadores” à margem dos princípios e das regras que conferem racionalidade ao Direito objetivo.

Nessa epopéia, sejamos Teseu — e não Ícaro.

7 BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS JURÍDICAS. *Dicionário Jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 1996.

BANCO DO BRASIL. “Produção familiar de calçados em APL de Santa Catarina”. In: *Comércio Exterior – Informe BB*. Brasília: Banco do Brasil, janeiro/fevereiro de 2006. n. 63. pp.22-23.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. “Justiça do Trabalho: nada mais, nada menos”. In: *Justiça do Trabalho: Competência Ampliada*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.). São Paulo: LTr Editora, 2005.

FRIEDMAN, Thomas L. *O Mundo é Plano: Uma Breve História do Século XXI*. Trad. Cristiana Serra, S. Duarte. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. “Terceirização do Trabalho no Brasil e na França”. In: *Anais do II Simpósio do GEPAL – Grupo de Estudos de Política da América Latina*. Disponível em: <http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/segundogepal/PALAU%20REGINA-%20PEREIRA%20MARCELINO.pdf> (acesso em 22.02.2007).

MEIRELLES, Edilton. “Sucessão trabalhista e assunção de dívida: da solidariedade em presarial”. In: *Revista LTr*. São Paulo: LTr, maio/1996. v.60. n. 5.

MERLI, Raffaello. “Toffler: A Terceira Onda”. In: *A Sociedade Pós-In-*

- dustrial*. Domenico de Masi [org.]. Trad. Anna Maria Capovilla et al. 2ª ed. São Paulo: Editora SENAC, 1999.
- NETO, Pedro Vidal. "A terceirização perante o Direito do Trabalho". In: *Direito e Processo do Trabalho*. Estevão Mallet, Luiz Carlos Amorim Robortella (coord.). São Paulo: LTr, 1996.
- NIKISCH, Arthur. *Arbeitsrecht: Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht*. 3. Aufl. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1961. I Band.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Comentários aos Enunciados do TST*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. "Terceirização – Tendências em Doutrina e Jurisprudência". In: *Direito do Trabalho: Estudos em homenagem ao Prof. Luiz de Pinho Pedreira da Silva*. Lélia Guimarães Carvalho Ribeiro, Rodolfo Pamplona Filho (coord.). São Paulo: LTr, 1998.
- TOFFLER, Alvim. *The third wave*. Londres: Pan Books, 1981.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. 2.

ANÁLISE DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 130 DA SDI-II DO TST A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DAS AÇÕES COLETIVAS TRABALHISTAS

Ronaldo Lima dos Santos*

Resumo: No âmbito das ações coletivas, ultrapassada a discussão da competência material, em virtude da novidade da matéria e da integração das normas dos artigos 2º da Lei nº 7.347/85 e nº 8.078/90 (que formam o microsistema das ações coletivas), surgiram diversas interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o foro competente para essas demandas. No âmbito do Judiciário Trabalhista o Tribunal Superior do Trabalho editou a Orientação Jurisprudencial nº 130 da SDI-II, cujo conteúdo, em princípio, encontra-se em dissonância com a moderna processualística das ações coletivas e com os princípios do processo do trabalho, sendo a sua análise minuciosa, em cotejo com as demais posições jurisprudenciais e doutrinárias do processo civil e do processo do trabalho, imprescindível para definir-se os rumos das lides coletivas na Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: processo do trabalho. Ações coletivas. Ação civil pública. Competência territorial. OJ 130 da SDI-II.

Sumário: 1 A evolução da competência para as lides coletivas trabalhistas. 2 Aplicação analógica de competência absoluta. 3 Aplicação analógica de competência quando a lei específica contém preceito expresso sobre o tema. 4 Aplicação do artigo 93 do CDC às ações civis públicas 5 A competência territorial da ação civil pública no entendimento do TST e da doutrina e jurisprudência 6 Incompatibilidade da OJ-130 com o fundamento das ações coletivas e do processo do trabalho. 7 A OJ-130 e o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública. 8 A solução pelo processo do trabalho e a experiência das ações de cumprimento. 9 Conclusões. 10 Bibliografia.

*Procurador do Trabalho da PRT/2ª Região. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito do Trabalho da UNESP – Universidade Estadual Paulista.

1 A EVOLUÇÃO COMPETÊNCIA PARA AS LIDES COLETIVAS TRABALHISTAS

Conforme afirmamos em outra oportunidade, ultrapassado o primeiro momento de discussão doutrinária sobre o cabimento das ações coletivas na Justiça do Trabalho, e também em relação ao incremento da denominada jurisdição coletiva nesta Justiça especializada, cuja configuração delineou-se com a conjugação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), passou a doutrina processual trabalhista a debruçar-se sobre os denominados pontos sensíveis das ações coletivas¹, entre os quais se destaca a questão da competência territorial para essas demandas.

Em relação à competência para julgamento das ações coletivas na Justiça do Trabalho, convém lembrar que a primeira questão versou sobre a competência material, em face da inexistência de previsão específica na legislação trabalhista sobre o cabimento da ação civil pública na Justiça do Trabalho.

Após diversas discussões judiciais e doutrinárias e, tendo em vista reiterados pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Trabalhistas, bem como o advento da Lei Complementar nº 75/93, que, em seu artigo 83 previu a atribuição do Ministério Público do Trabalho para a propositura de "ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a

defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos", consolidou-se o entendimento favorável à competência da Justiça do Trabalho para as ações civis públicas em que a causa de pedir e o pedido delineiam-se a partir de conflitos decorrentes das relações de trabalho, no esteio do artigo 114 da Constituição Federal de 1988. Essa competência foi corroborada pelo Advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho.

Determinada a jurisdição competente, a questão recaiu sobre a definição da competência funcional para o julgamento da ação civil pública. Essa competência é extraída do artigo 2º da Lei nº 7.347/85, que dispõe: "As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa."

No início das discussões a respeito da competência funcional para apreciação da ação civil pública no Judiciário Trabalhista, determinada corrente doutrinária, assemelhando a defesa dos interesses transindividuais em ação civil pública com a tutela de direitos coletivos em dissídio coletivo, pregava a competência originária dos Tribunais Regionais do Trabalho ou do Tribunal Superior do Trabalho, conforme a abrangência do litígio, para a apreciação das ações civis públicas, como se o provimento jurisdicional da ação civil pública se co-

¹Santos, Ronaldo Lima dos. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a tutela dos direitos individuais homogêneos. In: 44º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, *Jornal do Congresso*, São Paulo: LTr, 2004, p. 103.

adunasse com o exercício do poder normativo pelos tribunais.

Embora tanto o dissídio coletivo quanto a ação civil pública sejam instrumentos processuais vocacionados à tutela de interesses transindividuais, eles não possuem identidade de finalidades e nem de procedimento. O dissídio coletivo objetiva a defesa de interesse coletivo da categoria, por meio da criação de normas e condições de trabalho ou interpretação de instrumento normativo da categoria, ao passo que a ação civil pública tem por escopo a reparação do interesse metaindividual violado. O dissídio coletivo visa à criação da norma jurídica a ser aplicada no caso concreto, enquanto pela ação civil pública busca-se a aplicação de direito preexistente.

O primeiro termina com o proferimento de um provimento jurisdicional de natureza constitutiva ou declaratória ao passo que a segunda caracteriza-se, predominantemente, por sua natureza condenatória.

O divisor de águas foi a decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho em favor da competência das Varas do Trabalho, na ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho em face da Caixa Econômica Federal, buscando obstar a contratação irregular de Estagiários para substituição de mão-de-obra permanente².

Após reiteradas decisões dos Tribunais Trabalhistas, a matéria se pacificou em torno da competência

²AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTAGIÁRIOS. DESVIO DE FINALIDADE. A ação civil pública é de natureza ordinária e individual, pois envolve a aplicação da legislação existente, o que implica dizer que, com o qualquer Ação Ordinária, o órgão com petente para apreciá-la originariamente é, em virtude do critério da hierarquia, a Junta de Conciliação e Julgamento. Não pode ser invocado, com o causa de modificação da competência o fato de a Ação ter sido ajuizada contra empresa de âmbito nacional ou a circunstância de o inquérito civil público ter sido instaurado a pedido de federação de âmbito nacional, abrangendo atividades e relações desenvolvidas nas circunscrições dos vinte e quatro Tribunais Regionais do Trabalho, haja vista que o objetivo da presente Ação é a estipulação de uma obrigação de não fazer a ser imposta à Divisão Administrativa da CEF, que tem por sede a cidade de Brasília. Nesse sentido tem-se que a causa de pedir direta é a orientação administrativa da CEF de utilizar o estagiário com o mão-de-obra substitutiva dos empregados regulares. D estarte, a regra de competência hierárquica a ser observada por analogia não está no âmbito da competência específica da Justiça do Trabalho, em especial a estabelecida no art. 2º, I, a, da Lei nº 7.701 de 21/12/88, senão que está no art. 93 da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, que declara, ressaltando a competência da Justiça Federal, com petir à Justiça local do foro do lugar da ocorrência do dano, quando de âmbito local, e, no foro da capital do Estado ou no do Distrito Federal para os danos de âmbito regional ou nacional). Parecem decisivas mais duas circunstâncias: primeira, o ato contra o qual se dirige a Ação Civil Pública não foi praticado pelas Superintendências Regionais da Caixa, senão pela sua divisão Administrativa Nacional, com sede nesta Capital Federal. Assim, o com ando sentencioso que porventura for emitido atingirá o próprio ato originário das supostas lesões à ordem jurídica laboral e aos interesses coletivos dos estagiários, e difusos daqueles que, integrantes da sociedade, são candidatos aos postos efetivos ora ocupados pelos estagiários. Segunda, é de extrema inconveniência que o primeiro grau de jurisdição seja o órgão de cúpula do Tribunal Superior do Trabalho, retirando das partes as oportunidades recursais, com o sacrifício, inclusive, do princípio do duplo grau de jurisdição. Deve-se realçar, finalmente, que a competência do TST em matéria de dissídios coletivos resultou de imperativos lógicos e materiais de natureza diversa. Com efeito, não se poderia atribuir a qualquer Tribunal Regional do País o julgamento de dissídios coletivos cuja abrangência fosse superior à jurisdição territorial do TRT, sob pena de não-abrangência, por inteiro, da lide coletiva. Ação Civil Pública em que se declara a incompetência do Tribunal Superior do Trabalho para apreciar o feito." (Ac un da SBDI2/TST nº 881/96- Proc. TST- ACP-154.931/94.8 - Rel. Min. Ronaldo Leal, j. 24.09.96 - Autor: Ministério Público do Trabalho; Ré: Caixa Econômica Federal - DJU 1, de 29.11.96, p. 47434)

funcional das varas do trabalho para a apreciação das ações civis públicas propostas perante o Judiciário Trabalhista, independentemente da extensão do dano ou da abrangência subjetiva da demanda.

Atualmente, a temática da competência em sede ação civil pública gira em torno de seu terceiro aspecto, o da determinação da competência territorial para o julgamento dessas ações. Sobre a questão, foi editada a Orientação Jurisprudencial nº 130 da SDI-II do TST, *in verbis*:

"Ação civil pública. Competência territorial. Extensão do dano causado ou a ser reparado. Aplicação analógica do art. 93 do código de defesa do consumidor. DJ 04.05.2004 - Parágrafo único do artigo 168 do Regimento Interno do TST. Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cum pre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das Varas do Trabalho da Capital do Estado; se for de âmbito supra-regional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal."

Tendo em vista a repercussão na processualística trabalhista deste entendimento jurisprudencial esposto pelo Tribunal Superior do Trabalho, pretendemos, com este trabalho, tecer algumas considera-

ções sobre o conteúdo da OJ-130-SDI-II do TST e sobre a competência territorial das ações coletivas, como forma de prestar colaboração para a pacificação da matéria com o entendimento que melhor se coadune com as finalidades das ações coletivas, os atuais mecanismos de acesso à justiça e as regras e princípios do direito processual do trabalho.

2 APLICAÇÃO ANALÓGICA DE COMPETÊNCIA ABSOLUTA

Embora no âmbito da teoria geral do processo a competência territorial tenha natureza relativa, ou seja, é passível de modificação; na hipótese de ação civil pública, *ex vi* artigo 2º da Lei nº 7347/85, a competência territorial é equiparada à competência funcional do juízo, recebendo, por disposição legal, caráter absoluto.

Esse conferimento de caráter absoluto à competência territorial não é exclusividade das ações coletivas, pois é encontrado em diversas disposições processuais.

Entre as exceções da relatividade da competência territorial encontram-se as ações imobiliárias relativas a direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova (art. 95, CPC); as ações em que a União for autora, ré ou interveniente (art. 99, CPC). Nas reclamações trabalhistas, a competência territorial é relativamente absoluta, posto que não admitem foro de eleição (art. 651, CLT).

Competência é matéria que deve encontrar previsão expressa em lei, sua regulamentação não comporta interpretação extensiva e tampouco aplicação analógica, pois na ausência de disposição expressa sobre a competência para apreciação de determinada lide ou ação, aplica-se a regra geral. Karl Engisch, ao distinguir lacuna e ausência de disposições excepcionais, esclarece que na ausência de regra excepcional *"intervém então pura e simplesmente o preceito-regra, de forma que aí também não se poderia falar de lacuna"*³.

A redação da OJ-130, tal como está, com a tese da aplicação analógica da competência territorial prevista no artigo 93 da Lei nº 8.078/90 às ações civis públicas da Lei nº 7.347/85 dissona do entendimento doutrinário sobre a matéria e contraria a teoria geral do processo. Na realidade, o entendimento esposado na OJ-130 reflete, não uma aplicação analógica, mas, quando muito, uma interpretação sistemática das Leis nº 7.347/85 e 8.078/90, como veremos a seguir.

3 APLICAÇÃO ANALÓGICA DE COMPETÊNCIA QUANDO

A LEI ESPECÍFICA CONTÉM PRECEITO EXPRESSO SOBRE O TEMA.

Consiste a analogia num meio de integração da norma jurídica pelo qual uma norma, *"estabelecida com e para uma determinada facti species, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança."*⁴ Denomina-se analogia legis a que parte de um preceito legal e aplica-o a casos semelhantes, e analogia iuris a que parte de diversas disposições legais e, por indução, obtém princípios comuns que são aplicados aos casos não direta e expressamente previstos pelas regras legais.⁵

O pressuposto para a aplicação da analogia é exatamente a existência de uma lacuna legal, isto é, a ausência de norma específica para o disciplinamento de determinada situação fática, ou, nos dizeres de Karl Engisch, *"uma incompletude insatisfatória no seio do todo jurídico."* Lacuna significa vácuo, falha, falta, omissão.⁶

Desse modo, reportar-se à aplicação analógica do artigo 93 da

"Competência é matéria que deve encontrar previsão expressa em lei, sua regulamentação não comporta interpretação extensiva e tampouco aplicação analógica, pois na ausência de disposição expressa sobre a competência para apreciação de determinada lide ou ação, aplica-se a regra geral. Karl Engisch, ao distinguir lacuna e ausência de disposições excepcionais, esclarece que na ausência de regra excepcional "intervém então pura e simplesmente o preceito-regra, de forma que aí também não se poderia falar de lacuna."

³ENGISCH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 283.

⁴FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 1991, p. 272.

⁵Idem. Ibidem, pp. 272-273.

⁶FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1177.

Lei nº 8078/90 às ações civis públicas, tal como delineado na OJ-130-TST, só teria sentido na ausência de norma específica sobre o tema na Lei nº 7.347/85, sendo incongruente com todo o sistema de integração do direito a aplicação analógica de competência quando a lei específica contém preceito expresso sobre o tema (art. 2º, Lei nº 7.347/85).

Mesmo que estivéssemos diante de eventual ausência de norma específica na Lei nº 7.347/85 sobre a matéria em comento, não haveria qualquer lacuna, posto que, como ressalta Rodolfo de Camargo Mancuso, há um necessário entrelaçamento e complementação entre as Leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90, de forma que *“impende tomar tais dispositivos conjuntamente, em interpretação sistemática, sob as diretrizes da razoabilidade e da plenitude da ordem jurídica, tudo de molde a que ao final reste preservado o objetivo precípua, que é o da efetiva tutela judicial aos interesses metaindividuais”*⁷.

Em resumo, em razão da imbricação entre as regras processuais da Lei da Ação Civil Pública e as do Código de Defesa do Consumidor, estabelecida pelo artigo 90 deste, que determina que *“Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”*, e pelo artigo 21 da Lei nº 7.347/85 que prescreve

que *“Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”*, melhor seria que o Tribunal Superior do Trabalho, na redação da OJ-130, tivesse utilizado a expressão *“interpretação sistemática”*.

No entanto, embora a interpretação sistemática seja a melhor técnica de entrelaçamento entre as Leis 7.347/85 e 8.078/90, ressaltamos que alguns ilustres doutrinadores, tal como o Tribunal Superior do Trabalho, utilizam a analogia como forma de estabelecer esse vínculo entre as duas leis e as competências territoriais nelas previstas, como Hugo Nigro Mazzilli⁸ e Ada Pellegrini Grinover⁹; porém, a Professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo refere-se à aplicação da analogia *“extensiva da intenção do legislador”* e não à analogia legis como o fez o Tribunal Superior do Trabalho.

4 APLICAÇÃO DO ARTIGO 93 DO CDC ÀS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Antes de analisarmos a interpretação conferida pela OJ-130 à regra do artigo 93 da Lei nº 8.078/90, mister discorrer sobre a aplicação desse dispositivo legal às ações civis públicas, tendo em vista, como já mencionado, a existência da regra específica do artigo 2º da Lei nº 7347/85 que fixa o local do dano como critério para a definição da competência territorial.

⁷MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 68.

⁸MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 181.

⁹GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 804.

Um primeiro argumento contrário sustenta que o artigo 93 do CDC não tem aplicabilidade em sede de ação civil pública para a tutela de direitos difusos e coletivos, uma vez que referido dispositivo legal está inserido no Capítulo II do Título III do CDC que trata “Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”.

Tal argumento se encontra refutado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência, uma vez que o próprio artigo 21 da Lei nº 7.347/85 determina que “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor” Ademais, como assinala Ada Pellegrini Grinover “*Ubi eadem, ibi eadem juris dispositio*’. É a necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o artigo 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos para a tutela de interesses difusos e coletivos a competência nacional ou regional ficaria fora do alcance da lei. O absurdo do resultado

dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo da coerência do ordenamento”¹⁰.

Rodolfo de Camargo Mancuso elucida que a interpretação teológica deve privilegiar a interpretação que assegura o melhor e mais efetivo acesso do conflito coletivo à apreciação do órgão jurisdicional, não havendo antinomia ou contrariedade entre as regras de competência da LACP, do CDC e da CF/88, estendendo-se o artigo 93 do CDC às ações civis

públicas em geral.¹¹

Também Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, após afirmar ser uníssono na doutrina o entendimento segundo o qual o artigo 93 do CDC rege qualquer processo coletivo, independentemente da espécie de interesse, aponta que cabe ao

hermeneuta a tarefa de harmonização dos dois dispositivos legais. Segundo o autor, a conciliação seria possível alterando-se somente a fixação da regra pertinente às causas decorrentes de danos de âmbito nacional ou regional.¹²

A regra do artigo 2º da Lei nº 7.347/85 não é assim incompatível com o preceito do artigo 93 da Lei nº 8.078, mas apenas se apresenta mais específico que aquele, posto que também se baseia no dano para

“A regra do artigo 2º da Lei nº 7.347/85 não é assim incompatível com o preceito do artigo 93 da Lei nº 8.078, mas apenas se apresenta mais específico que aquele, posto que também se baseia no dano para a aferição da competência, com a ampliação da redação para se referir aos danos de âmbito regional ou nacional”.

¹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, pp. 804-805.

¹¹MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op. cit.*, pp. 68-9.

¹²MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, pp. 231-232.

a aferição da competência, com a ampliação da redação para se referir aos danos de âmbito regional ou nacional.

5 A COMPETÊNCIA TERRITORIAL DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO ENTENDIMENTO DO TST E NO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA PROCESSUAL CIVIL

Entre os diversos preceitos legais referentes às ações coletivas e à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, os artigos 93 e 104 do Código de Defesa do Consumidor são os dispositivos que mais ensejam discussões e interpretações diversas em face da falta de clareza e da forma de redação com que foram elaborados.

Nesse contexto, a interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao inciso II do artigo 93 do CDC, não pode, em princípio, ser considerada incorreta posto que emerge apenas como mais uma entre as diversas possibilidades de ilações possíveis a partir da análise da redação desse preceito legal, assim redigido:

"Art. 93. Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente".

Consoante o entendimento esposado pelo Tribunal Superior do Trabalho pela OJ-130, com base no inciso II do artigo em comento, para os danos de âmbito regional, a competência é de uma das Varas da Capital do Estado; para os danos supra-regionais ou nacionais, o foro deve ser o do Distrito Federal. O Tribunal Superior do Trabalho criou a figura do dano supra-regional, isto é, que abrange dois ou mais Estados, diferenciando-o do dano regional, que, no seu entendimento seria que aquele que abrangesse duas ou mais comarcas, mas que não extrapolaria o âmbito territorial do Estado. O entendimento da mais alta Corte Trabalhista fica assim resumido:

EXTENSÃO DO DANO	FORO COMPETENTE
Local	Vara do Trabalho da Respectiva Comarca
Regional	Vara do Trabalho da Capital do Estado
Supra-Regional ou Nacional	Vara do Trabalho do Distrito Federal

Pela criação do dano de âmbito supra-regional, o entendimento do TST é impar, não correspondendo efetivamente ao que pensam a doutrina e a jurisprudência. Segundo Ada Pellegrini Grinover, o dano regional constitui aquele que se dispersa por mais de um Estado (equivale ao dano supra-regional do TST), para o qual a autora considera competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal; já na hipótese de danos nacionais (que abrange um considerável número de Estados) a competência seria do Distrito Federal. Nos danos que abrangessem mais

de uma comarca, mas que não extrapolassem os limites do Estado (equivalente ao dano regional do TST), a competência seria de qualquer uma das comarcas¹³.

Constatamos, nessa primeira análise, que o conceito de dano regional do TST não coincide com o pensamento da doutrina e da jurisprudência, que lhe concedem o significado de dano interestadual. No caso de danos envolvendo duas comarcas trabalhistas, a melhor interpretação corresponde a que confere competência a qualquer das comarcas, segundo os critérios da prevenção, e não à Capital do Estado, como exposto na OJ-130. Nesse sentido, além do posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, anteriormente citado, manifestam-se Francisco Antonio de Oliveira,¹⁴ Rodolfo de Camargo Mancuso, Galeno Lacerda e Edis Milaré¹⁵ O entendimento esposado na OJ-130 do TST, segundo o qual os danos supra-regionais ou nacionais sejam de competência do Distrito Federal não é extraído diretamente da redação do inciso II do artigo 93 do CDC, tendo em vista que o legislador utilizou o conectivo “ou” ao referir-se aos foros da Capital do Estado ou do Distrito Federal, além de inverter a referência aos danos de âmbito nacional ou regional, de modo que sequencialmente não há uma correspondência entre Capital do Estado e dano regional; e

Distrito Federal e dano nacional:

“II – no foro da Capital do Estado OU no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente” (grifo nosso).

Para que a interpretação do TST fosse correta, o preceito deveria estar assim redigido:

II – no foro da Capital do Estado E do Distrito Federal, RESPECTIVAMENTE, para os danos de âmbito regional e nacional OU SUPRA-REGIONAIS, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.

A interpretação do TST, além de conferir conteúdo diverso do predominantemente aceito para a expressão “dano regional”, acabou por determinar a competência do Distrito Federal tanto para os danos interestaduais como para os danos nacionais, o que também destoava da doutrina minoritária do processo civil que concede ao Distrito Federal a competência para os danos nacionais e à Capital do Estado para os danos regionais (interestaduais), nos termos da redação do inciso II do artigo 93 do CDC por nós elaborada a título de ilustração. O entendimento da corrente minoritária fica assim ilustrado:

¹³GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *op. cit.*, p. 808

¹⁴OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 60.

¹⁵*Apud* MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *op. cit.*, p. 65.

EXTENSÃO DO DANO	FORO COMPETENTE
Local (uma ou mais comarcas)	Vara da Comarca
Regional (interestadual)	Vara da Capital de um dos Estados
Nacional	Vara da Capital do Distrito Federal

Por fim, a interpretação do TST também destoa da doutrina e da jurisprudência predominantes no processo civil que conferem ao Distrito Federal simplesmente o *statu* de Estado, de forma que, nas hipóteses de danos regionais (interestaduais) ou nacionais (com a abrangência de um número considerável de Estados), qualquer Estado abrangido pelo dano será considerado competente; se o dano envolver também o Distrito Federal, este será considerado competente em concorrência com os demais entes da federação abrangidos pelo dano.

Consoante aponta Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, “o artigo 93, inciso II, fixou o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional. Parte da doutrina enxergou no dispositivo a incidência de duas regras estanques de competência, sendo uma delas exclusiva, interpretando que (a) se o dano fosse regional o processo tramitaria perante o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Mas, (b) se nacional, a competência seria tão-somente dos órgãos judiciais situados no Distrito Federal. Chegou-se a afirmar que a interpretação facilitaria o acesso à justiça, o que parece, com a devida vênia em relação à

autoridade dos que defenderam a posição, um total contra-senso. A designação de um único foro, num país com oito milhões (sic) e quinhentos mil quilômetros quadrados e cerca de 170 milhões de habitantes, representaria, sim, uma barreira intransponível, desestímulo ou medida encarecedora, para que a maioria das entidades espalhadas pelo Brasil afora pudesse ajuizar a respectiva ação”¹⁶.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem consolidando-se nesse sentido:

“Conflito de competência. Ação Civil Pública. Código de Defesa do Consumidor. 1. Interpretando o art. 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo, ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal, invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito.” (Conflito de competência 17.533/DF, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, DJU 30.12.2000, p. 120).

¹⁶Idem. *Ibidem*, p. 237.

Em síntese, segundo a doutrina e a jurisprudência predominantes no processo civil, a competência para as ações coletivas fica assim resumida:

EXTENSÃO DO DANO	FORO COMPETENTE
Local	Vara da respectiva Comarca
Duas ou mais comarcas	Vara de qualquer das comarcas
Regional	Vara da Capital do Distrito Federal

Como se observa, a posição da doutrina predominante do processo civil e do Superior Tribunal de Justiça concedem uma interpretação mais condizentes com os princípios do acesso à justiça do que aquela enunciada pelo C. Tribunal Superior do Trabalho por meio da OJ-130-SDI-II.

EXTENSÃO DO DANO	FORO COMPETENTE
Local	Vara da respectiva Comarca
Duas ou mais comarcas	Vara de qualquer das comarcas
Regional (interestadual) ou Nacional	Vara da Capital do Distrito Federal

6 INCOMPATIBILIDADE DA OJ-130 COM O FUNDAMENTO DAS AÇÕES COLETIVAS E DO PROCESSO DO TRABALHO

A teoria geral do direito nos concede uma série de métodos interpretativos (histórico, sociológico, teleológico, lógico, axiológico, gramatical, sistemático); mas, em-

bora haja regras de interpretação, não há normas sobre a aplicação das regras de interpretação, de modo que, em princípio, poderia o Tribunal Superior do Trabalho utilizar o método de interpretação que melhor lhe conviesse sobre a competência para os danos de âmbito regional (interestadual) e nacional, apesar de destoar da doutrina predominante.

No entanto, devemos analisar se a interpretação adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho é a que melhor se coaduna com os fundamentos que nortearam a elaboração da legislação das ações coletivas e com as regras e princípios do processo do trabalho. Entre esses aspectos, para os objetivos do nosso estudo, podemos destacar a preocupação com o acesso à justiça e a facilitação da produção probatória.

A definição do local do dano como o foro competente para a apreciação das ações civis públicas, entre outros fundamentos, objetou conferir competência ao juízo mais próximo do local dos fatos, de sorte a privilegiar a investigação do ato praticado, das suas conseqüências e das responsabilidades, além de facilitar a produção de provas, com agilização do procedimento, ao evitar-se a burocratização judiciária com o envio de precatórias¹⁷.

Esse fundamento que norteou a escolha do local do dano como o critério de determinação do foro competente, também deve balizar a interpretação do inciso II do artigo 93 do CDC; nesse ponto, a in-

¹⁷OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *op. cit.*, pp. 59-60.

interpretação conferida pela OJ-130 fere esses fundamentos, ao eleger como foros competentes para os diversos danos e suas dimensões, sempre o foro mais distante do local do dano.

Assim, por exemplo, em danos que se estendem por duas ou mais comarcas, o fundamento das ações coletivas exige que privilegie uma das comarcas abrangidas pelo dano, e não a capital do Estado, como entendeu o Tribunal Superior do Trabalho. Por outro lado, na hipótese de danos interestaduais ou nacionais, o deslocamento da competência para o foro do Distrito Federal desprivilegia todo o sistema de produção de provas e o acesso à justiça dos sujeitos processuais, que deverão deslocar-se a foro distante do local dos fatos e, em se tratando de lides referentes às relações de trabalho, do domicílio ou sede dos litigantes.

No que se relaciona com a problemática do acesso à justiça, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, além de dificultar o acesso dos entes legitimados, pelo dever de comparecimento a foro distante do local dos danos, também prejudica o acesso de testemunhas, encarecendo o procedimento. Essa dificuldade de acesso ao foro competente, não atinge com tanta intensidade o Ministério Público do Trabalho, que tem Procuradorias em todos os Estados em que há Tribunais do Trabalho, mas prejudica veemente a atuação de associações e sindicatos, que, geralmente, estão sediados em apenas um Estado ou município da Federação. Para a parte passiva, o prejuízo é equivalente, posto que uma empresa po-

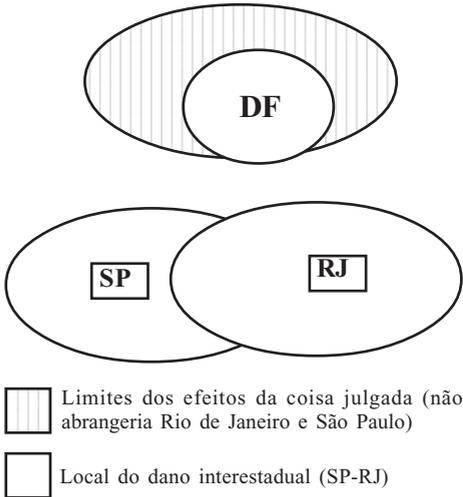
derá ser demanda em localidade distante da sua sede ou de suas filiais.

O entendimento esposado na OJ-130, ao ferir os princípios do processo coletivo, conseqüentemente viola os próprios princípios do processo do trabalho, posto que a regra do artigo 2º da Lei nº 7.347/85, ao aproximar o juízo competente do local dos fatos, traçou os mesmos objetivos almejados pelo legislador trabalhista ao editar as regras de competência do artigo 651 da CLT – local da prestação de serviços -, consistentes na facilitação da produção probatória e na abertura dos canais de acesso à justiça.

7 A OJ-130 E O ARTIGO 16 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Embora não constitua objeto do nosso trabalho a análise da alteração incrementada no artigo 16 da Lei nº 7.347/85 pela Lei nº 9.494/97, para limitar os limites da coisa julgada *erga omnes* aos limites territoriais do órgão prolator - valendo lembrar que referido dispositivo é considerado ineficaz pela doutrina dominante, por confundir competência com efeitos subjetivos da coisa julgada -, à guisa de exemplificação, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho criaria uma situação teratológica na hipótese em que este mesmo Tribunal ou qualquer juiz de uma das Varas do Distrito Federal resolvesse dar aplicabilidade a este dispositivo, fazendo com que a decisão de um litígio com danos, por exemplo, nos Estados de São Paulo e Minas Gerais, fizesse efeitos somente no território de jurisdição da Vara julgadora e não nos locais do dano, pois as Varas do Distrito Federal

não possuem jurisdição em todo o território nacional.



8 A SOLUÇÃO PELO PROCESSO DO TRABALHO E A EXPERIÊNCIA DAS AÇÕES DE CUMPRIMENTO

Expusemos nas linhas anteriores o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho em cotejamento com o entendimento da doutrina processual civil em relação à aplicação do inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas e à sua interpretação no que se refere aos foros competentes para os danos que extrapolem a jurisdição de uma comarca.

Verificamos que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho não se coaduna com as posições adotadas pela doutrina e pela jurisprudência do processo civil, posto que tanto a corrente minoritária quanto a majoritária enquadram os danos interestaduais na competência de um dos Estados, ao passo que o TST confere

competência ao Distrito Federal tanto para os danos supra-regionais quanto para os nacionais.

Embora tenhamos afirmado que predomina na doutrina processual civil o entendimento segundo o qual o inciso II do artigo 93 do CDC possui aplicabilidade às ações civis públicas, a doutrina processual do trabalho vem construindo entendimento próprio de que, de acordos com os princípios e fundamentos do processo do trabalho, o artigo 93 do CDC não se aplica às ações civis públicas trabalhistas.

Segundo a doutrina trabalhista, a competência territorial para apreciação da ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho deve observar somente a regra específica do artigo 2º da Lei nº 7.347/85. Desse modo a competência territorial para julgamento da ação civil pública na Justiça do Trabalho é da Vara do Trabalho ou do Juiz de Direito investido da jurisdição trabalhista (artigo 668 da CLT) do local do dano, independentemente da extensão da lesão aos interesses transindividuais; na hipótese em que esta lesão ultrapasse a área de jurisdição da Vara do Trabalho que conheceu da demanda, o primeiro juízo que recebeu a ação estará prevento.

Nesse sentido é o magistério de Raimundo Simão de Melo: *"a competência originária para julgamento da ação civil pública na Justiça do Trabalho é das Varas trabalhistas, com o juízo de primeira instância, nos termos da Lei nº 7.347/85 (art. 2º), mesmo que o dano aos interesses metaindividuais ultrapasse a jurisdição de um dado juízo; essa hipótese, competente será aquele que primeiro*

receber a ação, que se torna preventivo"¹⁸.

Francisco Antonio de Oliveira pronuncia-se no mesmo sentido: "*Em assim sendo, em sede de direitos difusos ou coletivos, será competente para conhecer, instruir e julgar a ação a Junta de Conciliação e Julgamento, em que foi editado o ato, em que ocorreu o fato ou o dano, pouco importando se aquele ato, aquele fato ou aquele evento danoso extrapola a base territorial daquela Junta. A sentença que vier a ser proferida fará coisa julgada erga omnes e ultra partes*"¹⁹.

Em outra oportunidade, consideramos não aplicável analogicamente a regra do inciso II do artigo 93 da Lei nº 8.078/90; primeiro, porque o *caput* deste dispositivo excepcionou a competência da Justiça Federal e, em sendo as ações civis públicas para a tutela de direitos transindividuais trabalhistas de competência da Justiça do Trabalho, a especificidade da matéria suscita a mesma exceção, pois é inegável o interesse público no resguardo das competências específicas; segundo, porque a regra do artigo 2º da Lei nº 7.347/85, ao aproximar o juízo competente do local dos fatos, traçou os mesmos objetivos almejados pelo legislador trabalhista ao editar as regras de competência do artigo 651 da CLT – local da prestação de

serviços -, consistentes na facilitação da produção probatória e na abertura dos canais de acesso à justiça.²⁰

Ibraim Rocha é mais rigoroso quanto à competência territorial para a ação civil pública ao não aceitar a aplicação do artigo 2º da Lei nº 7.347/85 à ação civil pública trabalhista em detrimento do artigo 651 da CLT, tendo em vista que o processo trabalhista traça garantia mínimas dos trabalhadores, categoria hipossuficiente²¹.

Em palestra proferida no Seminário sobre os 10 anos da ação civil pública na Justiça do Trabalho, realizado em Minas Gerais, pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região e pelo Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria Regional do Trabalho da 3ª Região, o Juiz Jorge Luiz Souto Maior se posicionou pela aplicação do artigo 651 da CLT às ações coletivas trabalhistas.

Assim, para parte da doutrina processual trabalhista, independentemente da extensão territorial da lesão aos interesses transindividuais dos trabalhadores, a competência estará adstrita à jurisdição da Vara do Trabalho do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Na hipótese de competência concorrente, estará preventivo o primeiro juízo

¹⁸MELO, Raimundo Simão. MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 158. Aqui divergimos do fundamento do ilustre Procurador do Trabalho ao negar a aplicação do artigo 93 do CDC às ações civis públicas por se encontrar em Capítulo referente às ações coletivas para a tutela dos interesses individuais homogêneos, posto que os artigos 21 e 90, respectivamente, da LACP e do CDC, propiciam o entrelaçamento entre os dois estatutos.

¹⁹OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *op. cit.*, p. 230.

²⁰SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo, LTr, 2003, p. 381.

²¹ROCHA, Ibraim. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 102.

que recebeu a ação, não tendo aplicabilidade o inciso II do artigo 93 do CDC. No campo das lides coletivas, a regra do artigo 2º da Lei nº 7.347/85 é a que melhor se coaduna com os escopos da competência prevista no artigo 651 da CLT, de facilitação do acesso à justiça e da coleta de provas.

Não se pode relegar ao oblívio que a ação de cumprimento constitui típica ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, cuja propositura na Justiça do Trabalho sempre observou o foro do local da prestação de serviços pelos trabalhadores, independentemente da extensão do dano, sem qualquer prejuízo para o acesso à justiça e à produção probatória, e sem invocação do inciso II do artigo 93 do CDC.

9 CONCLUSÕES

A temática pertinente à competência territorial das ações coletivas e, especificamente, da ação civil pública, é objeto de diversos debates na doutrina e na jurisprudência, principalmente no referente à aplicação do inciso II do artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor às ações civis públicas e à interpretação quanto ao foro competente nas hipóteses de danos regionais e nacionais.

O Tribunal Superior do Trabalho com vistas à pacificação da jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas editou a Orientação Jurisprudencial nº 130, por meio da Seção de Dissídios Individuais – SDI-II. Além de conferir conteúdo ao conceito de dano regional diverso do contido no artigo 93 do CDC e do entendimento predominante

da doutrina, o Tribunal Superior do Trabalho criou a figura do dano supra-regional, não contido na redação do artigo 93 do CDC; conferindo ao Distrito Federal a competência para os danos supra-regionais e nacionais.

Ao fixar a competência das ações coletivas nos termos da OJ-130, o Tribunal Superior do Trabalho dissona dos princípios e fundamentos das ações coletivas e do próprio processo do trabalho, principalmente do acesso à justiça e do foro mais favorável à colheita das provas, e adota critérios mais prejudiciais às ações coletivas trabalhistas do que os formulados pela doutrina processual civil, posto que a doutrina processual civil majoritária equipara o Distrito Federal a um dos Estados, dando-lhe competência concorrente com estes nas hipóteses de danos regionais (interestaduais) e nacionais. Mesmo a doutrina minoritária do processo civil posiciona-se no sentido de que os danos interestaduais são de competência concorrente dos Estados e do Distrito Federal e, somente na hipótese de danos nacionais haveria a competência exclusiva do Distrito Federal.

Ao considerar-se o caminhar da doutrina trabalhista, a orientação jurisprudencial adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho distancia-se mais ainda, tendo em vista a tendência de negar-se a aplicação do artigo 93 do CDC às ações coletivas trabalhistas.

Em resumo, a Orientação Jurisprudencial 130 da SDI-II do TST foi editada na efervescência do debate a respeito das ações coletivas no processo do trabalho, cujos

contornos vêm firmando-se paulatinamente na doutrina e na jurisprudência. O seu conteúdo dissona dos diversos posicionamentos da doutrina trabalhista, da praxe forense e do comportamento que vem sendo adotado pelos diversos entes legitimados para a propositura das ações coletivas e pelos juízes trabalhistas. A manutenção da OJ-130, neste momento, terá como efeito o engessamento das ações coletivas na Justiça do Trabalho, fantasma que rondou por muito tempo as ações de cumprimento, até o cancelamento do famigerado Enunciado 310 do TST.

10 BIBLIOGRAFIA

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 283.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 272.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1177.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 68.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 181.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 60.

ROCHA, Ibraim. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo, LTr, 2003.

_____. Santos, Ronaldo Lima dos. Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a tutela dos direitos individuais homogêneos. In: 44º Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho, *Jornal do Congresso*, São Paulo: LTr, 2004, pp. 103-104.

RESPONSABILIDADE OBJETIVA E INVERSÃO DA PROVA NOS ACIDENTES DE TRABALHO

Raimundo Simão de Melo*

Resumo: O autor utiliza o princípio da harmonização das normas constitucionais para analisar o ônus da prova nos acidentes de trabalho, dando uma nova interpretação ao Art. 7º, XXVIII da Constituição brasileira quanto à responsabilidade do empregador, fundamentando os casos em que a mesma deixa de ser subjetiva, tornando-se objetiva, invertendo-se o ônus da prova quanto à responsabilidade pelos prejuízos à saúde do trabalhador.

Sumário: 1 Conceito de acidente de trabalho; 2 Fundamentos da responsabilidade pelos acidentes de trabalho; 2.1 Nas doenças ocupacionais; 2.2 Nos acidentes-tipo ou típicos; 2.2.1 Nas atividades de risco; 2.2.2 Por condições inseguras de trabalho; 2.2.3 Por ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador; 2.3 Por ato ou fato de terceiro; 2.4 Em relação ao servidor público; 3 Conclusões; 4 Bibliografia.

Palavras-chave: Acidente de trabalho. Ônus da prova. Responsabilidade no acidente de trabalho. Responsabilidade objetiva. Servidor Público. Teoria do risco-proveito.

1 CONCEITO DE ACIDENTE DE TRABALHO

Acidente, na linguagem corrente, é um acontecimento imprevisto ou fortuito que causa dano à coisa ou à pessoa¹. Para De Plácido e Silva², “distingue-se como acidente do trabalho todo e qual-

quer acontecimento infeliz que advém fortuitamente ou atinge o operário, quando no exercício normal de seu ofício ou de suas atividades profissionais”³. Essa era a definição vigorante no século XIX, que considerava o acidente de trabalho como um acontecimento sú-

*Procurador Regional do Trabalho. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Professor de Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

¹Dicionário jurídico, v. I, p. 72.

²Op. cit., p. 73.

³O plenário do STF reformulou entendimento anterior e declarou que a competência para julgar ações por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho é da Justiça Trabalhista. A decisão unânime foi tomada durante análise do CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA 7204.

bito, de obra do acaso, casual, fortuito, ou imprevisto, de causa externa. A idéia era de infelicidade e falta de sorte da vítima.

Isto não mais se sustenta nos dias atuais, porque grande parte dos acidentes decorre da ausência de cuidados mínimos e especiais na adoção de medidas coletivas e individuais de prevenção dos riscos ambientais. Além disso, há inúmeras atividades caracteristicamente perigosas, cujos acidentes não são considerados meros infortúnios do acaso. São eventos previsíveis e preveníveis. Suas causas são identificáveis e podem ser neutralizadas ou eliminadas. Não se confunde evento imprevisto com evento imprevisível. O evento imprevisível é desconhecido da comunidade humana que o observa; o evento imprevisto é indesejado tão-somente.

Na legislação brasileira, o conceito de acidente de trabalho é abrangente, incluindo as doenças profissionais e do trabalho e outros eventos acidentários. Estabelece o art. 19 da Lei 8.213/91 que acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Os artigos 20 e 21 e § § da Lei 8.213/91

consideram outros eventos como acidentes.

2 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE NOS ACIDENTES DE TRABALHO

Dos acidentes de trabalho decorrem várias responsabilidades. O trabalhador vítima de acidente do trabalho pode pleitear, conforme o caso, benefícios previdenciários e/ou reparações a cargo do empregador.

Quanto à Previdência Social (INSS), a responsabilidade pela

“Quanto à Previdência Social (INSS), a responsabilidade pela concessão dos benefícios previdenciários é objetiva, independente de culpa. No caso, basta ao trabalhador-segurado provar o evento, o dano e o nexos causal entre estes.”

concessão dos benefícios previdenciários é objetiva, independente de culpa. No caso, basta ao trabalhador-segurado provar o evento, o dano e o nexos causal entre estes.

Diferentemente ocorre em relação à responsabilidade do empregador pelas reparações por danos materiais, morais e estéticos, cada vez mais comuns nos pleitos perante a Justiça do Trabalho⁴.

Com relação a esta, dizem o art. 7º e inciso XXVIII da Constituição Federal: “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”.

⁴O plenário do STF reformulou entendimento anterior e declarou que a competência para julgar ações por dano moral e material decorrente de acidente de trabalho é da Justiça Trabalhista. A decisão unânime foi tomada durante análise do CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA 7204.

Pela tradicional compreensão desse dispositivo, o trabalhador somente tem direito às indenizações respectivas se provar a culpa ou dolo do empregador. Nesse sentido, preleciona Rui Stoco⁵.

Data venia, não concordo integralmente com essa posição, ante a necessidade de aprimoramento e evolução da responsabilidade civil, comungando, assim, entre outros, com Antônio Elias de Queiroga⁶ e Carlos Roberto Gonçalves⁷, para os quais os novos rumos da responsabilidade civil caminham no sentido de considerar objetiva a responsabilidade das empresas pelos danos causados aos empregados, com base na teoria do risco-criado, cabendo a estes somente a prova do dano e do nexa causal com o acidente.

A interpretação do inciso XXVIII do art. 7º da CF precisa ser buscada levando-se em conta a finalidade e razão de ser do mesmo no contexto da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, é oportuna a advertência de Celso Ribeiro Bastos⁸, que diz: “as normas constitucionais são como que envolvidas por uma camisa-de-força. Destarte, o intérprete se vê na contingência de descobrir para além da simples literalidade dos Textos o ‘para quê’ e o ‘para quem’ das suas prescrições, de sorte a distender o fio da interpretação até os limites daque-

les parâmetros sistemáticos”, o que deve fazê-lo levando em conta, como acrescenta o referido autor, que “a importância da interpretação é fundamental em razão do caráter aberto e amplo da Constituição, sendo que por isso os problemas de interpretação surgem com maior frequência que noutros setores do Direito. Vimos que a norma constitucional apresenta-se, no mais das vezes, com uma petição de princípios. Aqui a interpretação transforma-se em elemento de constante atualização dessas espécies normativas, dentro de certos limites oriundos da forma (literalidade da lei)”.

É certo, como lembra Humberto Theodoro Júnior⁹ “que é difícil inovar em doutrina acerca de velhos institutos, não pelos embaraços da argumentação, mas porque há uma força muito atuante entre os intérpretes e aplicadores do direito positivo, que é a lei da inércia, pois é, sem dúvida, muito mais cômodo seguir antigos padrões, já estabelecidos de longa data na praxe forense e nos manuais da doutrina, do que repensar soluções para os quase complicados problemas da interpretação evolutiva das normas legais”. Porém, não se pode olvidar que “é imperioso, no entanto, vencer as dificuldades, visto que o Direito do Trabalho existe e se justifica enquanto instrumento de realização dos direitos reconhecidos como fundamentais aos trabalhadores, o que significa que ao intér-

⁵Responsabilidade civil, p. 814/815.

⁶Responsabilidade civil e o novo Código Civil, p. 132.

⁷Responsabilidade civil, p. 461.

⁸Curso de Direito Constitucional, p. 103/4.

⁹Fraude contra credores: natureza jurídica da sentença pauliana, p. 25.

prete das suas normas e princípios cabe adotar postura que permita torná-los concretos”¹⁰.

A minha discordância baseia-se no caráter aberto da Constituição e da disposição inscrita no inciso XXVIII do art. 7º; no “porquê”, no “para quê” e no “para quem” foi criada referida norma.

Não pode esse dispositivo ser interpretado isoladamente, como tem sido feito. Assim, enquanto o § 3º do art. 225 da Constituição Federal assegura a responsabilidade objetiva por danos ao meio ambiente, incluído o do trabalho (CF, art. 200 – VIII), o inciso XXVIII do art. 7º fala em responsabilidade subjetiva por acidentes de trabalho. Surge, desde logo, aparente contradição/antinomia ou conflito de normas constitucionais. Enquanto o § 3º do art. 225, de âmbito maior, assegura a responsabilidade objetiva nos danos ao meio ambiente, o inciso XXVIII do art. 7º, fala em responsabilidade subjetiva nos acidentes individualmente considerados.

Com efeito, a partir do momento que se compreender o disposto no § 3º do art. 225 como princípio maior (regra suprallegal) que protege um direito fundamental – a preservação da vida em todas as espécies –, difícil não é admitir a possibilidade de mitigação do inciso XXVIII do art. 7º, norma de alcance menor, para se aplicar a respon-

sabilidade objetiva em determinados casos. Cabe observar que pela norma suprallegal do § 3º do art. 225, estabeleceu o constituinte, para os danos ambientais, a responsabilidade objetiva, mas de maneira contraditória, tratou diferentemente os acidentes de trabalho, que são a conseqüência maior dos danos que atingem o ser humano trabalhador. Parece mesmo uma antinomia.

No sistema constitucional, as supostas antinomias ou tensões entre normas da Constituição são resolvidas por meio dos princípios da unidade e da harmonização dos textos constitucionais. Procura-se ponderar valores e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma das normas em “conflito”, para se harmonizá-las e otimizá-las a fim de se produzir um equilíbrio sem negar, por completo, a eficácia de nenhuma delas.

O meu objetivo é buscar uma solução adequada para a aparente antinomia entre os dois dispositivos constitucionais, que tratam, respectivamente, da responsabilidade pelos danos ao meio ambiente, genericamente, e pelos danos à saúde do trabalhador, especificamente.

Estou certo de que não se pode fazer uma leitura tópica e isolada do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição. É necessário interpretá-lo em conjunto e de forma

“O meu objetivo é buscar uma solução adequada para a aparente antinomia entre os dois dispositivos constitucionais, que tratam, respectivamente, da responsabilidade pelos danos ao meio ambiente, genericamente, e pelos danos à saúde do trabalhador, especificamente.”

¹⁰Cleber Lúcio de Almeida, Responsabilidade civil do empregador e acidentes de trabalho, p. 74/5.

harmônica com o disposto no § 3º do art. 225 da mesma Lei Maior¹¹.

A vida, como não resta dúvida, é o bem maior do ser humano e é exatamente em função desse bem supremo que existe o Direito. Assim, não é lógico nem justo que para a conseqüência do dano ambiental em face da vida humana se crie maior dificuldade para a busca da reparação dos prejuízos causados ao trabalhador.

Desse modo, não mais se sustenta uma interpretação literal do inciso XXVIII do art. 7º (“seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”), para desde logo se concluir que se trata unicamente de responsabilidade subjetiva. Esse dispositivo está umbilicalmente ligado ao *caput* do art. 7º, que diz textualmente: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social (grifados).

A mais simples análise destas disposições constitucionais mostra que o disposto no inciso XXVIII constitui garantia mínima do trabalhador. Ademais, a expressão constante do *caput* do art. 7º, “outros direitos que visem à sua melhoria” deixa claro que nenhum dos direitos encartados nos seus incisos é de conceito e conteúdo fe-

chados e imutáveis. De um lado, tem esta expressão dimensão prospectiva, pois “estabelece um objetivo a ser perseguido pelo Poder Público, que é a melhoria da condição social do trabalhador. Não se cuida de exortação moral destituída de eficácia jurídica. É cláusula vinculativa que carrega um juízo de inconstitucionalidade aos atos que lhe são contrários”¹²; de outro, a vontade do constituinte e a expressão da Lei Maior são no sentido de assegurar, no referido artigo, um *patamar mínimo de direitos* fundamentais, deixando aberta a possibilidade de serem criados outros direitos e melhorados aqueles já enumerados. Essa criação pode decorrer de alteração constitucional, infraconstitucional e convencional.

O que mais importa para a presente análise é que qualquer direito integrante do rol do referido art. 7º pode ser alterado visando melhoria para os trabalhadores. Assim entende o Professor Amauri Mascaro Nascimento¹³, *verbis*: “A Constituição deve ser interpretada como um conjunto de direitos mínimos e não de direitos máximos, de modo que nela mesma se encontra o comando para que direitos mais favoráveis ao trabalhador venham a ser fixados através da lei ou das convenções coletivas. Ao declarar que outros direitos podem ser conferidos ao trabalhador, a Constituição cumpre tríplice fun-

¹¹Nesse sentido, alerta Eros Roberto Grau que “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele – do texto – até a Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado algum” (Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito, p. 34).

¹²Salvador Franco de Lima Laurino, Globalização, eficácia das normas constitucionais e realização dos direitos sociais, p. 196.

¹³Direito do Trabalho na Constituição de 1988, p. 40.

ção. Primeiro, a elaboração das normas jurídicas, que não deve perder a dimensão da sua função social de promover a melhoria da condição do trabalhador. Segundo, a hierarquia das normas jurídicas, de modo que, havendo duas ou mais normas, leis, convenções coletivas, acordos coletivos, regulamentos de empresa, usos e costumes, será aplicável o que mais beneficiar o empregado¹⁴, salvo proibição por lei¹⁵. Terceiro, a interpretação das leis de forma que, entre duas interpretações viáveis para a norma obscura, deve prevalecer aquela capaz de conduzir ao resultado que de melhor maneira venha a atender aos interesses do trabalhador”.

Arnaldo Lopes Süsserkind¹⁶, ao analisar o *caput* do art. 7º, assim se pronuncia: “E a expressão ‘além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social’, não só fundamenta a vigência de direitos não previstos no artigo em tela, como justifica a instituição de normas, seja por lei, seja por convenção ou acordo coletivo, seja, enfim, por um laudo arbitral ou sentença normativa dos tribunais do trabalho. O que tem relevo para afirmar a constitucionalidade dessas normas jurídicas é que não sejam elas incompatíveis com os

princípios e prescrições da Lei Maior”.

Os princípios e prescrições da Constituição Brasileira entre outros, são o respeito à vida, à dignidade humana e, no âmbito trabalhista, aos valores sociais do trabalho, cabendo neste particular ao intérprete colocar-se a favor do menor sacrifício do cidadão trabalhador na escolha dos diversos significados de uma norma. No caso, o melhor significado para o disposto no inciso XXVIII do art. 7º é de *conceito aberto* que permite harmonizá-lo com o disposto no § 3º do art. 225 da CF, que assegura a responsabilidade objetiva pelos danos causados ao meio ambiente e com outros preceitos legais. Não se olvide que a Constituição estabelece que os direitos nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º), o que afirma a necessidade de se buscar uma interpretação sistemática e uniforme dos seus preceitos.

Quando o referido inciso XXVIII alude à culpa ou dolo do empregador como fundamento da responsabilidade pelos acidentes de trabalho, não fixa a responsabilidade subjetiva como questão fechada, porque conforme art. 7º, o legisla-

¹⁴Ao contrário do direito comum, no Direito do Trabalho, a pirâmide que entre as normas se forma terá como vértice não a Constituição Federal ou as convenções coletivas de modo imutável. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma vantajosa ao trabalhador, dentre as diferentes em vigor... Resulta do pluralismo do Direito do Trabalho que é constituído de normas estatais e dos grupos sociais, da finalidade do Direito do Trabalho que é a disciplina das relações de trabalho, segundo um princípio de melhoria das condições sociais do trabalhador com características marcadamente protecionistas como expressão de justiça social e da razoabilidade que deve presidir a atuação do intérprete perante o problema social” (Amauri Mascaro Nascimento, Curso de Direito do Trabalho, p. 164/5).

¹⁵Não é o caso vertente, pois da combinação do disposto no artigo 7º, *caput* e inciso XXVIII não decorrem quaisquer proibições de alteração *in melius*. Proibição há se se tratar de alteração *in pejus*, pois o comando constitucional é cristalino ao assegurar aqueles direitos como garantias mínimas que podem ser melhoradas pela lei ou pela negociação coletiva.

¹⁶Direito Constitucional do Trabalho, p. 80.

dor ordinário está autorizado a criar e modificar os direitos inscritos nos seus incisos, para a melhoria dos trabalhadores.

O Direito é um mecanismo a serviço da justiça e do bem comum, que abrange a atividade do legislador, do intérprete e do aplicador, os quais devem levar em conta, sempre, certos valores assegurados no ordenamento jurídico.

No caso, esses valores estão na Carta Magna, que dispõe no art. 1º como fundamentos da nossa República e do Estado Democrático de Direito, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. O art. 170 diz que a ordem econômica funda-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano.

Não se pode negar que esses valores básicos ou princípios fundamentais se inserem na perspectiva da finalidade social da lei e do bem comum, pelo que toda norma e cada instituto do nosso ordenamento jurídico devem ser compreendidos e interpretados à luz desses fundamentos, devendo a interpretação exaltar a harmonia dos sistemas jurídicos e se orientar por tais princípios fundamentais (a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o respeito ao meio ambiente etc).

Diante das considerações supra, mais simples se torna a compreensão e necessidade de mitigação do inciso XXVIII do art. 7º, mediante aplicabilidade e compatibilização do § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) e do § único do art. 927 do Código Civil Brasileiro, nos casos de acidentes e

doenças do trabalho, no que diz respeito ao fundamento da responsabilidade do empregador.

O § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81 diz que, “sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

O § único do art. 927 Código Civil, como importante novidade em termos de responsabilidade civil, acolhe a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Decorre do exposto que estes dois dispositivos legais são compatíveis com a disposição do inciso XXVIII do art. 7º no tocante à responsabilidade do empregador decorrente de acidentes e doenças do trabalho, sem a pecha de inconstitucionalidade. Como dito, a imposição de responsabilidade ao empregador por acidente de trabalho constitui um direito mínimo do trabalhador, que pode ser melhorado por meio de alterações legislativas e convencionais, porque o aludido art. 7º assegura garantias mínimas e, no Direito do Trabalho, a hierarquização das normas leva em conta aquela que for mais favorável ao trabalhador.

Desse modo, se o art. 7º cuida de direitos mínimos dos trabalhadores; se esses direitos podem ser melhorados por outras normas legais; se os dois referidos dispositi-

vos trazem, de fato, melhorias direcionadas à preservação do bem maior da pessoa humana – a vida – ; a conclusão natural é que são eles constitucionais, porque compatíveis com a norma suprema. Assim, devem esses dispositivos legais ser observados na interpretação do inciso XXVIII do art. 7º, para uma aplicação conjunta e harmonizada.

Na busca dessa harmonização e do respeito aos princípios e valores fundamentais antes aludidos, passo a objetar sobre a responsabilidade do empregador em face dos acidentes de trabalho: **a)** nas doenças ocupacionais (doenças profissionais e do trabalho); **b)** nos acidentes-tipo ou típicos; **c)** por ato ou fato de terceiro; e **d)** em relação ao servidor público.

2.1 Nas doenças ocupacionais

As doenças ocupacionais desencadeiam-se pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade ou pelas condições especiais em que esse trabalho é realizado e com ele se relaciona diretamente¹⁷.

Suas causas são o meio ambiente do trabalho inadequado. Essas doenças decorrem dos danos ao meio ambiente do trabalho. Elas vêm aumentando a cada dia em decorrência das mudanças no mundo do trabalho, que se agravam com a precarização do trabalho humano, fenômeno existente em quase todo o mundo e intensificado nas economias emergentes, como é o caso do Brasil¹⁸.

Com relação à responsabilidade pelas agressões ao meio ambiente e pelos danos reflexos experimentados por terceiros, é pacífico o entendimento de que se trata da modalidade objetiva (CF, art. 225, § 3º Lei 6.938/81, art. 14, § 1º).

As doenças profissionais e do trabalho originam-se das agressões ao meio ambiente, ou seja, das ações de agentes insalubres de natureza física, química ou biológica, os quais, por sua natureza, são agressivos ao meio ambiente do trabalho e, conseqüentemente, desencadeiam tais doenças¹⁹.

¹⁷Uma importante e crescente causa de doenças relacionadas com o trabalho, à qual ainda se dá pouca importância, é o estresse no trabalho ou pelo trabalho ou por falta do trabalho. Sobre o tema, veja-se Maria José Giannella Cataldi, "O stress no meio ambiente de trabalho", Editora LTr, 2003.

¹⁸Nesse particular, existem seqüelas bastante antigas e outras correlacionadas com o trabalho na atualidade. Por exemplo, a pneumoconiose, conhecida como pulmão negro, que podia ser encontrada entre mineiros de carvão durante muito tempo, ainda persiste como verdadeira epidemia de intoxicação; outras, como câncer, agravam-se por conta da existência e proliferação de agentes nocivos dos ambientes de trabalho: presumem-se duas mil substâncias carcinogênicas nos locais de trabalho. Por outro lado, as mudanças no mundo do trabalho ocasionam repercussões nos ambientes de trabalho e aparecimento de novos riscos e repercussões sobre a vida e a saúde do trabalhador. Por conta do desenvolvimento de novas tecnologias, como os vídeo-terminais, surgem conseqüências para o obreiro, por exemplo, catarata, fadiga, dor de cabeça, dor muscular, estresse, depressão, problemas neurológicos. A par disso, a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) ocasiona riscos e repercussões nos ambientes de trabalho da área da saúde (laboratórios, hospitais, clínicas, emergências); tal como a manipulação de organismos geneticamente modificados (OGM) pode disseminar agente biológico, com conseqüências para a saúde dos trabalhadores e meio ambiente. Por seu turno, no que diz respeito às relações humanas no meio ambiente do trabalho, são cada vez mais importantes as análises acerca de elementos psicológicos como a pressão para desempenho da atividade, que desencadeia a depressão e distúrbios emocionais (Cf. Júlio César de Sá da Rocha, Direito Ambiental do trabalho, p. 138).

¹⁹Nas doenças auditivas provocadas por ruído ocupacional, não é razoável obrigar o trabalhador que se submeteu a um ambiente ruidoso e, em conseqüência, ficou surdo, que comprove a culpa do empregador, porque os danos à saúde, neste caso, decorrem da agressão maior ao meio ambiente. A doença eclode como conseqüência do dano ambiental.

O benzenismo, o hidragirismo e o saturnismo, são também, entre outras, doenças decorrentes da contaminação do meio ambiente do trabalho. Essas doenças decorrem do risco da atividade e são previsíveis como consequência da utilização do benzeno, do mercúrio e do chumbo, respectivamente. Nessas situações de contaminação parece-me descabido exigir do trabalhador com tais doenças a comprovação da culpa do empregador! A responsabilidade nesses casos não pode ser outra senão, a objetiva. Nesse sentido também entendem Júlio César de Sá da Rocha²⁰ e Fábio Aurélio da Silva Alcore²¹.

Desse modo, forçoso é concluir que nas hipóteses de doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade pelos prejuízos à saúde do trabalhador é objetiva (§§ 3º do art. 225 da Constituição e 1º do art. 14 da Lei 6.938/81). Igualmente se aplica este entendimento em relação aos acidentes-tipo decorrentes de danos ambientais gerais. A razão é que, sendo o meio ambiente do trabalho um aspecto integrante do meio ambiente geral (arts. 200 -VIII e 225 da Constituição), toda e qualquer lesão decorrente dos desequilíbrios ambientais atraem a regra da responsabilidade objetiva assegurada nos aludidos dispositivos.

Em contrapartida, a responsabilidade subjetiva de que trata o inciso XXVIII do art. 7º aplica-se somente nos acidentes que não decorram de degradação ambiental,

ressalvados os eventos oriundos das atividades de risco, de fato de terceiro e aqueles que envolvam os servidores públicos, cuja responsabilidade, como analisada a seguir, é objetiva.

2.2 Nos acidentes-tipo ou típicos

Acidente-tipo é o evento instantâneo que atinge o trabalhador de súbito, causando-lhe gravame consubstanciado numa incapacidade parcial ou total (transitória ou definitiva) para o trabalho, com dano lesivo à saúde física ou psíquica, podendo ainda resultar na morte do trabalhador.

O evento acidental pode ter como causas (fatores): **a)** atividades de risco; **b)** condições inseguras de trabalho; **c)** ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador; e **d)** ato ou fato de terceiro.

2.2.1 Nas atividades de risco

O Código Civil (art. 927, § único) adotou a teoria do risco como fundamento da responsabilidade objetiva paralelamente à teoria subjetiva, *verbis*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (grifados)”.

Trata-se de conceito aberto que, por falta de regulamentação expressa do que seja atividade de risco, será uma tarefa árdua para a jurisprudência e a doutrina resolverem, podendo, por isso, levar a

²⁰Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica, p. 67.

²¹Meio ambiente de trabalho e perda auditiva. Responsabilidade objetiva do empregador, p. 46/7.

um entendimento restritivo ou ampliativo.

A atividade de risco pressupõe a possibilidade de um perigo incerto, inesperado, mas, em face de probabilidades já reconhecidas por estatísticas, é esperado. A natureza da atividade é a peculiaridade que vai caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos. A atividade de risco é aquela que tem, pela sua característica, uma peculiaridade que desde já pressupõe a ocorrência de acidentes. Tem ela intrinsecamente ao seu conteúdo um perigo potencialmente causador de dano a alguém. O exercício de atividade que possa oferecer perigo representa um risco, que o agente assume, de ser obrigado a ressarcir os danos que resultarem para terceiros.

O que configura a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade não é um risco qualquer, normal e inerente à atividade humana e/ou produtiva normais, mas aquela cujo risco inerente é excepcional e incomum, embora previsível²²; é um risco que dá praticamente como certa a ocorrên-

cia de eventos danosos para as pessoas. Este risco deve decorrer da atividade potencialmente perigosa desenvolvida com regularidade por alguém que busca um resultado que, pela experiência acumulada, pode prever a ocorrência de acidentes com prejuízos para as pessoas.

A natureza potencialmente perigosa da atividade de risco é a peculiaridade que a diferencia das outras atividades para caracterizar o risco capaz de ocasionar acidentes e provocar prejuízos indenizáveis, com base na responsabilidade

“O que configura a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade não é um risco qualquer, normal e inerente à atividade humana e/ou produtiva normais, mas aquela cujo risco inerente é excepcional e incomum, embora previsível...”

objetiva (CC, art. 927)²³. Nesse sentido, a decisão seguinte: “... insta destacar que a responsabilidade de reparar o dano independe de culpa ‘quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os di-

reitos de outrem’, nos termos do parágrafo único do artigo 927, do CCB, que é exatamente o que ocorre quando uma empresa impõe as condições de trabalho aos seus empregados”²⁴.

Se no direito comum as dificuldades são grandes quanto à

²²Dada a previsibilidade do evento danoso, é devida indenização ao empregado que acidenta-se no trabalho quando o empregador, sem oferecer o devido treinamento, requisita-o para operar máquina (RT, 757:316. In Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 466).

²³O Direito espanhol reconhece as atividades de risco ou perigosas como caso de responsabilidade objetiva para efeito de reparação dos acidentes de trabalho, como registra Manuel Luque Parra², *verbis*: “Por el contrario la doctrina civil suele partir de una aplicación mucho más restringida de la teoría del riesgo, acudiendo únicamente a criterios de imputación objetiva ante actividades empresariales peligrosas. Siendo, normalmente, supuestos de responsabilidad previstos ya normativamente (navegación aérea, energía nuclear, vehículos de motor, caza... “La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral”, p. 204).

²⁴Processo TRT/15ª R, nº RO 498-2002-114-15-00-0; 6ª Turma; publicado no DOESP em 23.01.2004; Rel. Juiz Jorge Luiz Souto Maior (www.trt15.gov.br).

identificação das atividades de risco, no Direito do Trabalho tal não constitui novidade, por pelo menos duas razões. Já existem dois amplos campos de atividades consideradas de risco: **a)** as atividades insalubres (CLT, art. 189 e NR nº 15 da Portaria 3.214/77); e **b)** as atividades perigosas (CLT, art. 193 e NR nº 16 da Portaria 3.214/77).

Também é considerada perigosa a atividade exercida em contato com eletricidade (Lei 7.410/85 e Decreto nº 92.530/86). Embora não prefixadas em lei, há inúmeras outras atividades consideradas perigosas, pela sua natureza e forma de exercício, e, portanto, enquadráveis como de risco para os efeitos do § único do art. 927 do CC. No Direito do Trabalho, ajudará ao juiz nesse enquadramento a classificação das empresas segundo o grau de risco de sua atividade (CLT, art. 162 e Lei 8.212/91, art. 22, inciso II, letras *a*, *b* e *c*).

São exemplos de atividades perigosas que caracterizam a responsabilidade objetiva pela potencialidade de risco, entre outras: **a)** o transporte ferroviário, que foi um dos primeiros casos reconhecidos pela lei como atividade de risco; **b)** o transporte de passageiros de um modo geral; **c)** a produção e transmissão de energia elétrica; **d)** a exploração de energia nuclear; **e)** a fabricação e transporte de explosivos; **f)** o contato com inflamáveis e explosivos; **g)** o uso de arma de fogo; **h)** o trabalho em minas; **i)** o trabalho em alturas; **j)** o trabalho de mergulhador subaquático; **k)** as atividades nucleares; e **l)** as ati-

vidades insalubres e perigosas.

Estes são alguns casos ilustrativos de atividades de risco, porquanto existe uma infinidade de situações encontráveis no dia-a-dia, como certamente serão reconhecidas pela doutrina e jurisprudência. Foram exatamente as atividades de maior risco que deram origem à responsabilidade objetiva do empregador no mundo, sobretudo a partir da Revolução Industrial, com o aumento dos acidentes e das doenças do trabalho.

Ademais, não se pode esquecer que o art. 2º da CLT consagra que o empregador que busca resultados com a sua atividade, assume os riscos da mesma em face daquele que lhe presta serviços.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²⁵ dizem que quem deve assumir os riscos da atividade econômica (ou mesmo os riscos econômicos da atividade) é o empregador, e não o empregado, que se subordina juridicamente, de forma absoluta, ao poder patronal de direção. Eis a premissa básica para se entender a responsabilidade civil nas relações de trabalho subordinado, a par do disposto no § único do art. 927 do CCB.

Negar a responsabilidade objetiva como um direito do trabalhador brasileiro na situação ora em análise, seria mesmo um inexplicável paradoxo.

Assim, considerando a recepção do § único do art. 927 do Código Civil pelo inciso XXVIII do art. 7º da Constituição, com apoio do § 3º do art. 225 da mesma Carta e, le-

²⁵Novo curso de Direito Civil – Responsabilidade civil, p. 264.

vando em conta os princípios que informam o Direito do Trabalho, os fundamentos da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho (CF, art. 1º), entendo aplicável a responsabilidade objetiva do empregador nos acidentes de trabalho em atividades de risco. Outrossim, o § único do art. 927 do Código Civil não autoriza afirmar que a teoria do risco foi adotada em caráter geral, para abranger qualquer risco. No caso, aplica-se aos riscos especiais da atividade do empregador.

2.2.2 Por condições inseguras de trabalho

Insegura é a condição inerente às instalações, maquinários, equipamentos de trabalho etc. A condição insegura de trabalho é fator propício à ocorrência de acidentes com lesão para o trabalhador e pode ser de causa simples (degrau danificado de uma escada) ou de causa complexa (uma cadeia de fatores que podem causar os acidentes).

As condições inseguras ou falta de segurança no trabalho são os fatores que mais provocam acidentes de trabalho, como afirma o médico e perito do trabalho Osvaldo Michel²⁶. A condição insegura, diferentemente da atividade de risco²⁷, é passível de neutralização ou correção por meio de adequada prevenção a cargo do empregador, como cláusula obrigatória do con-

trato de trabalho. Assim, constitui atividade de risco o trabalho em contato com corrente elétrica; já as instalações elétricas mal feitas ou improvisadas com fios expostos etc., constituem condição insegura²⁸.

O contrato de trabalho é um contrato sinalagmático e de adesão. Da primeira característica decorrem obrigações recíprocas. De um lado, o empregado está obrigado a colocar à disposição do empregador a sua força de trabalho e cumprir rigorosamente as regras fixadas no contrato, como também aquelas decorrentes de lei, servindo de exemplo o dever de obediência às ordens e disciplina para o bom andamento do trabalho. De outro, cabem ao empregador inúmeras obrigações, como o pagamento de salários pela contraprestação dos serviços e a preservação da integridade física e mental do trabalhador no local de trabalho mediante a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (CF, art. 7º, inciso XXII).

É forçoso reconhecer que o mais importante conteúdo do contrato de trabalho é a preservação da vida do trabalhador. Esta é a mais importante cláusula inserida implicitamente no contrato de trabalho, pelo que a responsabilidade decorrente dos acidentes de trabalho é do tipo contratual. A culpa, no caso, é contratual. Veja-se, nes-

²⁶Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, p. 53.

²⁷Na atividade de risco o que se pode fazer é tomar precauções para diminuir as possibilidades de ocorrência de acidentes, porquanto eliminar essa possibilidade por completo é praticamente impossível, como por exemplo, nas atividades em contato com inflamáveis, explosivos, com energia elétrica, atividades nucleares etc.

²⁸Como condição insegura pode-se citar outros exemplos: iluminação ou ventilação inadequada, defeitos dos equipamentos de trabalho, projetos e construções inseguras, processos, operações ou disposições perigosas (empilhamento e armazenamento errados, passagens obstruídas, sobrecarga sobre o piso, congestionamento de máquinas e operadores nos locais de trabalho), não fornecimento de equipamentos individuais – EPIs – ou fornecimento de EPIs inadequados ou com o tempo de uso vencido e falta de medidas coletivas de proteção no meio ambiente do trabalho.

se sentido, decisão do STF: “Cuidase, ademais, de responsabilidade civil proveniente de culpa contratual e não de culpa aquiliana, eis que a empresa não cumpriu a obrigação implícita concernente à segurança do trabalho de seus empregados e de incolumidade, durante a prestação de serviços, determinando, no caso, como reconheceu o acórdão, ‘a remoção de pesadíssima peça sem o equipamento técnico e as cautelas necessárias, de sorte que o deslizamento verificado era perfeitamente previsível’”²⁹.

A responsabilidade contratual deriva de um contrato entre as partes, no caso, empregado e empregador, surgindo o dever de indenizar por parte de um dos contratantes pelo descumprimento de determinada obrigação decorrente do pactuado. Para ilustrar, lembrese o caso clássico do contrato de transporte coletivo, celebrado tacitamente, por adesão do passageiro às regras oferecidas pela empresa, que assume implicitamente a obrigação de transportá-lo de forma a deixá-lo no local de destino ileso quanto à sua integridade física e psíquica. É o caso, *mutatis mutandis*, do contrato de trabalho, pois além de estar implícita nele a obrigação de respeito à saúde e integridade física do trabalhador³⁰,

trata-se o mesmo de um contrato de adesão, em que o trabalhador, pela situação de dependência econômica que lhe é peculiar no contrato de trabalho, arrisca a sua saúde, integridade física e a vida³¹.

Há duas teorias sobre a responsabilidade civil: **a)** a dualista, que procura embasar a responsabilidade extracontratual na culpa, e a contratual no simples descumprimento da norma avençada; e **b)** a monista, que diz ser o descumprimento da norma legal ou contratual o fundamento, em regra, para os dois tipos de responsabilidade.

O Direito Civil brasileiro adotou a teoria dualista (extracontratual: arts. 186 a 188 e 927 e contratual: art. 389 e seguintes). Existe uma importante distinção entre as duas formas de responsabilidade com relação à prova, pois como sustentam, entre outros, Carlos Roberto Gonçalves³², Caio Mário da Silva Pereira³³ e Antônio Elias de Queiroga³⁴, a mais significativa diferença que há entre as duas formas de responsabilidade diz respeito ao onus da prova. Assim, enquanto na responsabilidade contratual o credor só está obrigado a demonstrar que a prestação foi descumprida e que houve um pre-

²⁹RE nº 94.429-0, 1ª Turma, Relator Ministro Néri da Silveira; DJU de 15/06/84.

³⁰Nesta linha também é o entendimento de João José Sady ao afirmar que “a garantia de condições de trabalho sadias em termos de higiene e segurança constitui uma cláusula implícita do contrato de trabalho (Direito do meio ambiente de trabalho, p. 126).

³¹Pinho Pedreira, com apoio nas lições de Horácio de Fuente sustenta que enquanto nas contratações privadas se achem normalmente em jogo valores econômicos e como exceção podem ser afetados bens pessoais dos contratantes, geralmente de forma indireta, no contrato de trabalho o trabalhador, pela situação de dependência pessoal em que se encontra, arrisca permanentemente seus bens pessoais mais valiosos (a vida, integridade física, honra, dignidade etc.) (A reparação do dano moral no Direito do Trabalho, p. 555).

³²Responsabilidade civil, p. 27.

³³Responsabilidade civil, p. 247.

³⁴Op. cit., p. 8/9.

juízo (dano), na extracontratual o queixoso terá que provar todos os elementos da responsabilidade civil: o dano, a infração à norma e a culpa do agente. Na culpa contratual inverte-se o *onus probandi* para o réu. Este, para não ser condenado na obrigação, terá que provar a ocorrência de alguma das causas excludentes admitidas na lei, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior. É a hipótese do acidente de trabalho em que o empregador, no caso de acidente decorrente de condição insegura, deverá, para se isentar da condenação, comprovar que cumpriu as obrigações contratuais no que diz respeito às normas de segurança e medicina do trabalho, pois na *responsabilidade contratual*, que é o caso, a culpa é presumida, porque há um dever positivo de adimplemento do objeto do contrato.

Não estou abandonando a idéia do elemento culpa, pois, como afirma Caio Mário da Silva Pereira³⁵, na tese da presunção de culpa subsiste o conceito genérico de culpa como fundamento da responsabilidade civil. Onde se distancia da concepção subjetiva tradicional é no que concerne ao ônus da prova. Dentro da teoria clássica da culpa, a vítima tem o dever de demonstrar a existência dos elementos fundamentais de sua pretensão, sobressaindo o comportamento culposo do demandado. Ao se encaminhar para a especialização da culpa presumida, ocorre uma inversão do *onus probandi*. Em certas cir-

cunstâncias, presume-se o comportamento culposo do causador do dano, cabendo-lhe demonstrar a ausência de culpa, para se eximir do dever de indenizar.

Há um importante traço diferenciador entre as responsabilidades contratual e extracontratual: na primeira, existe um laço de direito, uma relação jurídica que une o autor do dano e a vítima do prejuízo, que é o contrato. Na segunda, inexistente qualquer relação de direito ligando autor e vítima.

No caso do acidente de trabalho há uma situação jurídica entre o autor do dano (o empregador) e a vítima (o empregado), ligados por um contrato de trabalho que contém cláusulas explicitadas no próprio instrumento e outras constantes do ordenamento jurídico positivo, que integram o pacto de trabalho como direitos fundamentais do trabalhador. O exemplo mais candente desta situação jurídica é o respeito à saúde e à vida do trabalhador, por meio da implementação de condições seguras de trabalho. É isto que fundamenta a natureza contratual da responsabilidade decorrente de acidentes de trabalho, para efeito da inversão do ônus da prova a favor da vítima do acidente, além, é claro, do risco, que justifica a assunção das conseqüências para quem o criou. Essa inversão decorre da presunção de culpa do empregador, que tem a obrigação de resguardar os seus empregados dos riscos inerentes ao trabalho³⁶.

³⁵Op. Cit., p. 265

³⁶Cumprida à empresa resguardar seus empregados dos riscos inerentes à atividade específica por eles exercida. Assim, se deixa ela de fazer, ao lado dos rotineiros exames médicos adequados à função de cervejeiro – psiquiátricos, psicológicos –, de prestar ao empregado a assistência social e de afastá-lo periodicamente da atividade específica, não há como deixar de reconhecer a sua culpa (TJRJ, Ap. 6.741/98, 5ª Câmara Cível., Des. Carlos Ferrari, j. 20-10-1998. In Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 467).

Afirma Caio Mário da Silva Pereira³⁷: “Foi assim que nasceu a obrigação de indenizar a vítima de um acidente no trabalho, antes que este dever assumisse as veras de um instituto autônomo. Imaginou-se, diz De Page, que no contrato de trabalho ocorre a ‘obrigação de seguridade’. Sobrevindo o acidente, o empregador tem o dever de indenizar, como efeito de uma obrigação contratual”.

Trata-se da aplicação de teoria doutrinária antiga, existente desde as origens das reparações por acidentes de trabalho, que vem justificando, no mundo inteiro, a responsabilização do empregador perante o empregado inferiorizado no tocante à prova da culpa daquele. É certo que a inversão do ônus da prova com base na responsabilidade contratual já vigora nas demais relações civis e comerciais, inclusive no Direito do Trabalho, não podendo ser diferente nos acidentes de trabalho, nos quais encontram-se os mais justificados fundamentos dessa inversão, como é óbvio. Nesse sentido reconhece Luiz Arthur de Godoy³⁸. Assim, apenas pode exonerar-se o empregador se este demonstrar o emprego das medidas recomendadas, sem ter logrado evitar, no entanto, o acontecimento danoso. Ou, se comprovar a culpa exclusiva da vítima, ou a intervenção de caso fortuito ou de

força maior. No mesmo sentido compartilha José Cairo Júnior³⁹.

Cabe lembrar que a inversão do ônus da prova não constitui novidade no Direito do Trabalho, como há muito tempo reconhecem a doutrina e a jurisprudência⁴⁰. Essa inversão pode decorrer da lei ou de criação jurisprudencial, como afirma Caio Mário da Silva Pereira⁴¹.

A inversão do ônus da prova tem como objetivo a busca da verdade real e se norteia em princípio de justiça. No Direito do Trabalho acresce-se, como fundamento, o *princípio da hipossuficiência* do trabalhador.

Não obstante isso, o fundamento da responsabilidade, no caso, continua sendo a culpa, que se presume, por um processo técnico relativo ao sistema da prova. São presunções *juris tantum* que, sendo relativas, permitem prova em contrário daquilo que se presume. Não se cogita de presunção *juris et de juris*, que na verdade, seria a própria responsabilidade objetiva ou, então, como afirmado por Alvinho Lima⁴², tratar-se-ia de uma simples ficção de culpa, por não permitir a prova em contrário.

A regra da inversão do ônus da prova está consagrada na lei brasileira nos arts. 6º, inciso VIII⁴³ e 38⁴⁴ do CDC.

³⁷Op. cit., p. 266.

³⁸Responsabilidade de direito comum e dano resultante de acidente do trabalho, p. 110.

³⁹O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador, p. 86.

⁴⁰São exemplos as Súmulas: 68 (que trata do ônus da prova na equiparação salarial), 212 (que cuida do ônus da prova do motivo do término da relação de emprego) e 338 (que cria presunção relativa sobre a veracidade da jornada de trabalho alegada pelo empregado em processo judicial).

⁴¹Responsabilidade civil, p. 266.

⁴²Culpa e risco, p. 76.

⁴³Artigo 6º, inciso VIII do CDC – São direitos do consumidor: [...] a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência.

⁴⁴O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

Essa regra aplica-se com maior razão nos acidentes de trabalho, porque a insegurança das condições de trabalho como causa dos acidentes gera presunção *juris tantum* em face das estatísticas que mostram que a maioria dos acidentes laborais tem como causa a falta de prevenção dos riscos ambientais. Neste caso, é muito mais fácil para o empregador provar que cumpriu suas obrigações contratuais do que o empregado demonstrar o descumprimento das mesmas.

Conclui-se, portanto, que nos acidentes decorrentes de condições inseguras de trabalho, por se tratar de uma responsabilidade contratual, inverte-se o ônus da prova para o empregador. Cumpre a este, para não arcar com as conseqüências reparatórias, comprovar que nenhuma culpa teve em relação ao acidente, ou seja, que cumpriu as suas obrigações contratuais atinentes às normas de medicina, higiene e segurança do trabalho.

2.2.3 Por ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador

Ato inseguro é uma conduta indevida do elemento humano, que no caso do acidente de trabalho constitui "a maneira pela qual o trabalhador se expõe, consciente ou inconscientemente a risco de acidentes. Em outras palavras, é um certo tipo de comportamento que leva ao acidente"⁴⁵.

O ato inseguro, quando de culpa exclusiva do trabalhador, constitui hipótese de exclusão da responsabilidade do empregador pelos danos causados, cabendo a este comprovar que de fato não correu de nenhuma forma para o evento, que aconteceu por culpa exclusiva da vítima. Na análise do acidente não pode ser desde logo considerada como causa, isoladamente, o ato ou a condição que originou o evento. Devem ser analisadas todas as causas, desde a mais remota, o que permitirá um adequado estudo e posterior neutralização ou eliminação dos riscos. Até o presente momento, nenhuma das máquinas construídas, nenhum dos produtos químicos obtidos por síntese e nenhuma das teorias sociais formuladas alteraram fundamentalmente a natureza humana. As formas de comportamento, que devem ser levadas em consideração no esforço de prevenir atos inseguros, deverão ser analisadas de modo bastante abrangente⁴⁶.

É oportuno lembrar que a obrigação das empresas com relação à prevenção de riscos ambientais não é somente adotar medidas preventivas de segurança e fornecer equipamentos aos empregados, mas também instruir os trabalhadores e conscientizá-los da necessidade de se evitar acidentes, podendo, para tanto, utilizar-se do seu poder disciplinar em face do

⁴⁵Cf. Osvaldo Michel, Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, p. 55.

⁴⁶É preciso que se examine em que situação e circunstâncias foi praticado o ato que levou ao acidente; se o trabalhador agiu consciente ou inconscientemente; se estava usando equipamentos de proteção adequados; se os recebeu e se os mesmos estavam dentro do tempo de vida útil; qual o ritmo do trabalho; quais as exigências de produção por parte da empresa; se o trabalhador tinha capacitação técnica para a atividade e, se não a tinha, se recebeu autorização superior para tanto; se estava devidamente instruído para executar a tarefa que levou ao evento; se estava em jornada normal de trabalho ou se cumpria sobrejornada excessiva; se estava trabalhando sob algum tipo de pressão psicológica ou econômica; se estava cumprindo aviso prévio etc.

empregado recalcitrante. Como afirma a jurisprudência, “o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade, cabendo-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, dentre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado” (Súmula 289/TST).

Assim, o ato inseguro, de culpa exclusiva do empregado, comprovado pelo empregador, exclui a responsabilidade deste com relação à reparação pelos danos resultantes do acidente.

2.3 Por ato ou fato de terceiro

Além da responsabilidade por ato próprio (arts. 186 e 927 do CCB), estabelece a lei alguns casos em que alguém deve suportar as conseqüências decorrentes do fato ou ato de terceiro (CC, art. 932 - III), *verbis*:

Artigo 932 – São também responsáveis pela reparação civil:

III - o *empregador* ou comitente, por seus *empregados*, *serviçais* e *prepostos*, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (grifados);

Prescreve o art. 933 do mesmo Código que as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. Finalmente, consta do § único do art. 942 do CC que são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no artigo 932.

Deflui dos dispositivos legais mencionados que alguém, mesmo

não tendo praticado diretamente ato danoso para outrem, pode responder pelas conseqüências desse ato, praticado por um terceiro com quem mantenha alguma relação jurídica estabelecida por lei ou contratualmente, sendo esta responsabilidade de natureza objetiva (art. 933 e § único do art. 942).

É o caso das terceirizações de serviços, muito comuns no Direito do Trabalho, onde existe um contrato entre o tomador e a empresa prestadora, pelo qual esta recebe ordens da contratante para a realização dos serviços objeto do contrato, na direção do interesse objetivado pela tomadora, que determina à contratada o modo como devem os serviços ser realizados, variando a fiscalização pela tomadora conforme cada caso. Em uns, a fiscalização é exercida diária e diretamente pela tomadora dos serviços, especialmente quando estes são executados no próprio estabelecimento do tomador; em outros casos em que a prestação dos serviços é executada fora do estabelecimento do tomador, não raro este designa supervisores para orientarem e acompanharem a execução dos serviços e a qualidade do produto final, que se não estiverem de acordo com as suas necessidades de mercado são rejeitados, daí resultando essa forma especial de subordinação.

No Código anterior, a responsabilidade por fato de outrem era presumida (*juris tantum*) em face da chamada culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, tendo o STF emitido a Súmula 341, com o seguinte teor: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do em-

pregado ou preposto". Assim, se o patrão provasse haver tomado todos os cuidados reclamados pela circunstância, ficava exonerado da responsabilidade pelo ato do seu empregado ou preposto. Todavia, não valem mais tais considerações porque, como afirma Carlos Roberto Gonçalves⁴⁷, "o novo Código Civil, como já se afirmou, consagrou a responsabilidade objetiva, independente da idéia de culpa, dos empregadores e comitentes pelos atos de seus empregados, serviços e prepostos (artigo 933), afastando qualquer dúvida que ainda pudesse existir sobre o assunto e tornando prejudicada a Súmula 341 do Supremo Tribunal Federal, que se referia ainda à 'culpa presumida' dos referidos responsáveis. Resta ao empregador somente a comprovação de que o causador do dano não é seu empregado ou preposto, ou que o dano não foi causado no exercício do trabalho que lhe competia, ou em razão dele"⁴⁸.

Esta alteração legal representou uma das mais importantes novidades em termos de revolução provocada pelo Código Civil de 2002 em matéria de responsabilidade de terceiro ou por fato de outrem, pela adoção da teoria do risco e pelo conseqüente abandono do requisito da inversão do ônus da prova, ou seja, substituiu-se a cul-

pa presumida e o ônus probatório invertido pela objetivação efetiva da responsabilidade civil.

Essa responsabilidade, que consta explicitamente da lei e sobre a qual não cabe mais discussão, fundamenta-se na teoria do risco-proveito⁴⁹ do empregador ou tomador de serviços pela atividade que desenvolve, isto porque tanto o empregador em relação ao seu empregado, como o tomador em face às empresas terceirizadas vivem em função do lucro, pelo que, como adverte Antônio Elias Queiroga⁵⁰, deve a responsabilidade civil do patrão ou comitente ser examinada com maior rigor do que a responsabilidade civil dos pais, também objetiva, porque estes não tiram nenhum proveito da atividade dos filhos menores, ao contrário do patrão ou comitente que utiliza os seus empregados para fins lucrativos.

A responsabilidade por fato de terceiro surgiu em face de três modalidades de culpa: culpa *in eligendo*, porque o tomador escolheu mal a empresa terceirizada, por exemplo (preposto); culpa *in instruendo*, porque não foram ministradas ao preposto (empresa terceirizada) as instruções devidas e, culpa *in vigilando*, por falta de uma adequada e precisa vigilância sobre a conduta do agente (empre-

⁴⁷Responsabilidade civil, p. 148.

⁴⁸Analisando o projeto de Código Civil de 1975, que deu origem ao atual, já se manifestava Caio Mário da Silva Pereira, dizendo que: "Todo aquele (pessoa física ou jurídica) que empreende uma atividade que, por si mesma, cria um risco para outrem, responde pelas suas conseqüências danosas a terceiros. Não haverá cogitar se houve um procedimento do comitente na escolha ou na vigilância do preposto, isto é, faz-se abstração da culpa in eligendo ou in vigilando" (Responsabilidade civil, p. 289).

⁴⁹A insegurança material da vida moderna criou a teoria do risco-proveito, sem se afastar dos princípios de u'a moral elevada, sem postergar a dignidade humana e sem deter a marcha das conquistas dos homens (Alvino Lima, Culpa e risco, p. 336).

sa terceirizada). Outrossim, pelo sistema legal vigente no novo Código Civil, essas modalidades de culpa são presumidas *juris et de jure*, não incumbindo mais à vítima, como no sistema anterior, prová-las⁵¹. O preponente somente se exonerará da indenização se provar caso fortuito ou força maior ou que o evento se deu sem nexo de causalidade com relação a ele, ou seja, que a conduta foi praticada fora dos limites da preposição⁵².

Conclui-se, assim, com base no novo CC, que a responsabilidade do empregador ou comitente (tomador de serviços) pelos atos, respectivamente, dos seus empregados e prepostos (empresas terceirizadas) que causem acidentes de trabalho e conseqüentes danos à saúde dos trabalhadores, é objetiva⁵³ e solidária⁵⁴.

2.4 Em relação ao servidor público

Como qualquer trabalhador, o servidor público também está su-

jeito aos acidentes e doenças do trabalho. A falta de prevenção, a escassez de funcionários e os movimentos repetitivos levam centenas de servidores a afastamentos por doenças ocupacionais e até à incapacidade para a atividade habitual. O ritmo de trabalho, a massificação do trabalhador, a perda da individualidade e os movimentos repetitivos são as causas de muitas doenças, como a LER/DORT, que vem se expandindo entre os trabalhadores públicos. Em outros casos, *v.g.*, na polícia, há muitos acidentes com a morte ou invalidez de policiais em serviços combatendo o crime, muitas vezes sem as mínimas condições de trabalho; noutras situações a atividade de causa *stress* e provoca várias doenças (distúrbios psíquicos etc).

Toda evolução da responsabilidade civil do Estado, desde a irresponsabilidade até a responsabilidade objetiva sem culpa levou em conta os fundamentos do risco

⁵⁰Responsabilidade civil e o novo Código Civil, p. 228.

⁵¹A responsabilidade por fato de outrem, no Direito do Trabalho, é muito mais facilmente justificada pela teoria do risco-proveito ou, mesmo, do risco da empresa, do que com o emprego de presunção de culpa, tendo essa responsabilidade por fundamento o dever de segurança do empregador ou preponente em relação àqueles que lhe prestam serviços (Cf. Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, Comentários ao novo Código Civil, p. 221/13).

⁵²Cf. Silvio de Salvo Venosa, que inclusive alerta para o fato de que "o fornecedor e fabricante respondem pelos danos de seus empregados e prepostos causados ao consumidor, independentemente de culpa. Fora do campo do consumidor, ainda se exige a culpa do preposto" (Direito Civil – responsabilidade civil, p. 69). Significa dizer que no aspecto da responsabilização pelo Código de Defesa do Consumidor o direito já atingiu, talvez, o seu auge quanto à humanização na reparação dos danos, o que não ocorreu ainda com relação aos outros campos do direito, mas que, como pensamos, pode vir a ocorrer em breve na esteira da evolução do instituto da responsabilidade civil, especialmente na área do Direito do Trabalho, pela sempre presente característica da hipossuficiência, que foi o fundamento maior da responsabilidade sem culpa no CDC.

⁵³Acidente do trabalho. Indenização. A sentença penal condenatória transitada em julgado, que fixa culpa do empregado pelo falecimento de companheiro seu durante jornada de trabalho, faz emergir a responsabilidade objetiva do patrão, nos termos do artigo 1.521, III, do Código Civil (1916, correspondente ao art. 932, inciso III, do novo Código). (RT, 744:280. In Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 467).

⁵⁴Pode o autor promover a ação de indenização acidentária, pelo direito comum, contra a empresa empreiteira contratada, de que é empregado, e contra a empresa contratante, quando entender que são elas, solidariamente, responsáveis pelo acidente sofrido, do qual lhe advieram seqüelas incapacitantes (2º TACSP, AgI 488.253, 5ª Câmara, Rel. Juiz Adail Moreira, J, 3-6-1997. In Carlos Roberto Gonçalves, Responsabilidade civil, p. 468).

criado, da solidariedade social e da idéia de justiça, esta, sobretudo em face da desigualdade existente entre o particular e a Administração Pública, com maior dificuldade daquele para provar a culpa desta. Trata-se da teoria do risco administrativo, consagrada no Direito brasileiro (CF, art. 37, § 6º) e (Código Civil, art. 43).

A pergunta que se faz é se a Administração Pública também responde objetivamente perante os seus servidores no caso de danos decorrentes de acidentes de trabalho, vez que o art. 37, § 6º, faz referência a “danos causados a terceiros” e o § 3º do art. 39 da Constituição não mandou aplicar aos servidores públicos o inciso XXVIII do art. 7º, que prevê a obrigatoriedade do seguro contra acidentes de trabalho e da indenização de direito comum, no caso de dolo ou culpa do empregador. Entendo que se o referido inciso XXVIII não se aplica ao servidor público, não há razão para excluir o acidente de trabalho que o vítima, da responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º).

Simples, portanto, parece a resposta para o servidor público vítima de acidente de trabalho, pois se for reconhecido como tal, é porque estava no exercício de uma função pública. Outrossim, antes de ser servidor público, trata-se de um cidadão, de um particular como qualquer outro, que, em face da Administração Pública, submete-se duas vezes à desigualdade que justifica

a aplicação da responsabilidade objetiva: como cidadão e trabalhador. Não seria justo, lógico e jurídico que em face de um dano causado pela Administração Pública, que acarrete prejuízo a um particular e a um servidor público ao mesmo tempo, este tenha que provar a culpa do Estado e aquele não.

Assim, provados o fato, o dano e o nexó causal, surge o dever de reparar os danos acidentários pelo Estado, em face da responsabilidade objetiva. Nesse sentido é a seguinte decisão: “Acidente do trabalho. Indenização pelo direito comum. Teoria do risco administrativo. Art. 37, 6º, da CF. Culpa da municipalidade, ademais demonstrada. Reparação devida, independentemente do seguro social. Honorários advocatícios. Recurso voluntário

“...antes de ser servidor público, trata-se de um cidadão, de um particular como qualquer outro, que, em face da Administração Pública, submete-se duas vezes à desigualdade que justifica a aplicação da responsabilidade objetiva: como cidadão e trabalhador.”

não conhecido. Reexame necessário conhecido e provido parcialmente. 1. Não se conhece de recurso voluntário quando se apresenta carente de fundamentação. 2. Em face do disposto no art. 37, 6º, da CF, que adotou a teoria do risco administrativo, a obrigação da municipalidade indenizar o dano causado a seu funcionário independe da prova de culpa daquela. Somente a culpa exclusiva da vítima ou força maior eximiriam a administração pública da aludida obrigação, o que não ocorreu na espécie, onde, ademais, restou amplamente demonstrada a sua culpa” (Tribunal de Alçada do Estado do Paraná; Apelação Cível nº 124.761.200; 2ª

Câmara Cível; Ac. nº 10.634; Rel. Juiz Pilde Pugliese, DJ-PR de 27/11/1998).

3 CONCLUSÕES

a) A responsabilidade pelos danos causados à saúde do trabalhador, quanto ao fundamento, aplica-se, além do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição, o § 3º do art. 225 da CF, o § 1º do art. 14 da Lei 6.938/81, o § único do art. 927 e os arts. 932-III, 933 e 942, § único do Código Civil;

b) Nas doenças ocupacionais e acidentes decorrentes dos danos ao meio ambiente, a responsabilidade do empregador é objetiva;

c) Nos acidentes de trabalho decorrentes de atividades de risco, a responsabilidade do empregador é objetiva;

d) Nos acidentes em atividades comuns, por condições inseguras de trabalho (descumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho), a responsabilidade do empregador é subjetiva, com inversão do ônus da prova para o autor do dano;

e) Por ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador, devidamente comprovado pelo empregador, este ficará isento do dever de reparação;

f) Pelos danos causados à saúde do trabalhador por ato ou fato de terceiro (terceirização, quarteirização etc.) responde o empregador ou tomador de serviços solidária e objetivamente;

h) Nos acidentes de trabalho envolvendo servidor público, a responsabilidade do Estado é objetiva.

4 BIBLIOGRAFIA

ALCURE, Fábio Aurélio da Silva. Meio ambiente de trabalho e perda auditiva. Responsabilidade objetiva do empregador. *Revista de Direito do Trabalho*. Curitiba: Genesis: nº 85, p. 44/47, jan. 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

_____. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

CATALDI, Maria José Giannella. *O stress no meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes & CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Comentários ao novo Código Civil*. Vol. XIII (Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira). Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GAGLIANO, Pablo Stolze & POMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil*, v. III. São Paulo: Saraiva, 2003.

GODOY, Luiz Arthur de. *Responsabilidade de direito com um e dano resultante de acidente do trabalho*. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo [USP], 2003, 127 p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

- LAURINO, Salvador Franco de Lima. Globalização, eficácia das normas constitucionais e realização dos direitos sociais. *Revista Direito Mackenzie*. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, ano 4, nº 1, p. 191/198, 2003.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. Ovídio Rocha Barros Sandoval (atualizador) 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- _____. *A responsabilidade civil pelo fato de outrem*. Nelson Nery Junior (atualizador). 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- MELO, Raimundo Simão. *Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador – Responsabilidades – Danos material, moral e estético*. 2. ed. São Paulo: LTR, 2006.
- _____. Meio ambiente do trabalho: Prevenção e reparação. Juízo competente. *Revista do Ministério Público do Trabalho*. São Paulo: LTr, nº 14, p. 95/104, 1997.
- _____. Meio Ambiente do trabalho no setor rural. In GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tércio José (coordenadores). *Direito do Trabalho rural: estudos em homenagem a Irany Ferrari*. São Paulo: LTr, p. 205/223, 1998.
- _____. Proteção legal e tutela coletiva do meio ambiente do trabalho. In: *Meio ambiente do trabalho* (Coord. Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho). São Paulo: LTr, p. 9/42, 2003.
- MICHEL, Oswaldo. *Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Direito do Trabalho na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PARRA, Manuel Luque. *La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud laboral*. Madrid: Consejo Economico y Social, 2002.
- PEDREIRA, Pinho. A reparação do dano moral no Direito do Trabalho. São Paulo: *Revista LTr*, ano 55, nº 5, p. 552/559, 1991.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- QUEIROGA, Antônio Elias de. *Responsabilidade civil e o novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito Ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTr, 1997.
- _____. *Direito Ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- SADY, João José. *Direito do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- STOCO, Rui. A responsabilidade civil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva,
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Fraude contra credores: a natureza jurídica da sentença pauliana*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3. ed, v. 4. São Paulo: Atlas, 2003.

RELAÇÕES DE TRABALHO NO SETOR CANAVIEIRO NA ERA DO ETANOL E DA BIONERGIA

Gustavo Filipe Barbosa Garcia*

Resumo: O crescimento das atividades no setor da cana-de-açúcar é um dos temas de maior destaque na atualidade. O presente estudo procura frisar que isso não pode ocorrer sem que as normas jurídicas trabalhistas, inclusive pertinentes à segurança e à medicina do trabalho, sejam fielmente observadas. Os ideais de lucro e de enriquecimento econômico não podem ter conotação que afaste a necessária defesa da segurança, da saúde e da própria dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho.

Sumário: 1 Introdução; 2 Meio ambiente de trabalho, Direito, Segurança e Medicina do trabalho no contexto dos Direitos Humanos Fundamentais; 3 Registro de empregados, grupo de empresas e terceirização; 4 Jornada de trabalho, intervalos e folgas; 5 Trabalho migrante, recrutamento de trabalhadores, alimentação e habitação; 6 Meio ambiente de trabalho no setor canavieiro, áreas de vivência e obrigações a serem observadas no trabalho no campo; 7 Conclusão; 8 Bibliografia.

Palavras-chave: relação de trabalho; cana-de-açúcar; meio ambiente de trabalho.

1 INTRODUÇÃO

O grande crescimento do setor da economia referente ao cultivo da cana-de-açúcar, com a produção dos diversos elementos e substâncias dela derivadas (com destaque para o açúcar e o álcool), é mais do que conhecido e divulgado na atualidade¹.

Em tempos de previsão de esgotamento de diferentes fontes de energia, com sérias dificuldades e conflitos nas áreas de obtenção do petróleo, a atenção se volta, cada vez mais, para as fontes de energia renováveis, como a que se refere ao etanol.

*Procurador do Trabalho do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região. Ex-Juiz do Trabalho da 2ª Região, da 8ª Região e da 24ª Região. Ex-Auditor Fiscal do Trabalho. Bacharel e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Autor do livro "Curso de Direito do Trabalho". São Paulo: Método, 2007.

¹Cf. COSTA, Mário Luiz Oliveira da. *Setor sucroalcooleiro: da rígida intervenção ao livre mercado*. São Paulo: Método, 2003. p. 83: "A atividade sucroalcooleira, no Brasil, envolve números muito expressivos. Trata-se de uma das atividades agroindustriais de maior relevância no âmbito social, assim como no econômico".

O interesse no álcool combustível, desse modo, acaba por alcançar proporções internacionais, gerando notório aumento de sua produção e investimentos no setor.

Esse aquecimento da economia, trazido pelo impulso da cana-de-açúcar, apesar dos diferentes aspectos positivos, vem muitas vezes acompanhado de sérios problemas ambientais² e nas relações de trabalho, que precisam ser objeto de atenção do Estado e de toda a sociedade.

Não se pode permitir que o interesse econômico prevaleça frente a valores de maior relevância, voltados à garantia dos direitos de ordem fundamental, relacionados à higidez do meio ambiente e à observância das normas que regulam as relações de trabalho envolvidas.

O presente estudo, sem a intenção de esgotar a ampla temática, tem como objetivo destacar as principais disposições que devem ser observadas quanto ao trabalho prestado no setor sucroalcooleiro, seja no âmbito rural, de plantação e cultivo da cana-de-açúcar, seja nas destilarias, na produção dos seus derivados, entre eles o açúcar, o álcool carburante, a energia elétrica extraída do bagaço da cana, o plástico biodegradável, os álcoois para fins industriais, químicos e farmacêuticos e outros³.

Nesse enfoque, são indicados os principais cuidados para se evitar danos ao meio ambiente de trabalho e às relações de ordem trabalhista, em defesa da segurança, a saúde e a dignidade daqueles que laboram no referido setor.

2 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, DIREITO, SEGURANÇA E MEDICINA DO TRABALHO NO CONTEXTO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

O meio ambiente do trabalho insere-se no meio ambiente como um todo, o qual, por sua vez, integra o rol dos direitos humanos fundamentais, inclusive porque objetiva o respeito à “dignidade da pessoa humana”, valor supremo que revela o “caráter único e insubstituível da cada ser humano”⁴, figurando, ainda, como verdadeiro fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88).

Aliás, parte da doutrina do Direito Constitucional inclui o “meio ambiente”, justamente, entre os chamados direitos fundamentais de “terceira geração” ou “dimensão”.

Ao mesmo tempo, importantes direitos trabalhistas, diretamente relacionados à Segurança e Medicina do Trabalho fazem parte dos direitos sociais, os quais também figuram como *direitos humanos fundamentais*, normalmente conhecidos

²Cf. COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Op. cit., p. 86: “Igualmente relevantes, no aspecto ambiental, os danos ao meio ambiente que a atividade sucroalcooleira poderá causar se mal conduzida, como a emissão de poluentes (despejados em terra, ar e rios) decorrentes do processo de industrialização, os indevidos avanços por vezes verificados de determinadas plantações de cana nas margens de rios, causando o seu assoreamento, assim como a queima da palha da cana, que gera poluição visual e desconforto”.

³Cf. COSTA, Mário Luiz Oliveira da. Op. cit., p. 173.

⁴Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 31.

como de “segunda geração” ou “dimensão”.

Assim, observa-se nítida interdependência entre o meio ambiente do trabalho, a Segurança e Medicina do trabalho, o Direito do Trabalho, os direitos sociais, os direitos fundamentais e o próprio Direito Constitucional⁵.

Cabe destacar que os diversos *direitos sociais trabalhistas*, inclusive o mandamento de “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, inciso XXII, da CF/88), encontram-se expressamente previstos no art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Tais disposições fundamentam o sistema jurídico de tutela do meio ambiente do trabalho, reconhecido pela Constituição da República, em seu art. 200, inciso VIII, e que, como já mencionado, integra o meio ambiente em sentido global (art. 225 da CF/88); a par disso, estão incluídas no importante rol dos *direitos humanos fundamentais* (art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988)⁶, aspecto este também reconhecido no âmbito internacional⁷, o que também fica evidente na disposição do § 3.º do art. 5º, da CF/88, acrescentado pela Emenda Constitucional 45/2004⁸.

Confirma-se, desse modo, a importância de se observar as di-

versas normas regulando as relações de trabalho, seja no âmbito urbano, seja rural, no que tange à produção da cana-de-açúcar e de seus derivados. Desse modo, nos tópicos seguintes, serão destacados os principais aspectos a merecerem atenção.

3 REGISTRO DE EMPREGADOS, GRUPO DE EMPRESAS E TERCEIRIZAÇÃO

Como é evidente, os empregados do setor alcooleiro que prestem serviços, seja na agricultura, seja na parte industrial (destilaria), devem estar devidamente registrados, na forma do art. 41 da CLT, bem como ter as suas Carteiras de Trabalho de Previdência Social anotadas, conforme art. 29 da CLT.

Trata-se de dever imposto ao empregador, decorrente de normas de ordem pública, não dependendo nem mesmo da vontade do trabalhador.

Desse modo, não se admite alegações no sentido de que o empregado foi quem não quis ser registrado, não tinha ou não trouxe a CTPS.

Além disso, se o trabalhador exerce função necessária e que integre o regular desenvolvimento da atividade econômica, essencial para o empregador, fica de plano afastada a figura do mero “eventual”, pois o art. 3º da Consolidação das

⁵Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Método, 2006.

⁶Cf. MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004. p. 31: “O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um direito fundamental do cidadão trabalhador (*latu sensu*)”.

⁷Cf. SÜSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 389.

⁸Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007. p. 48-49.

Leis do Trabalho, ao estabelecer os requisitos da relação de emprego, não exige efetiva habitualidade na prestação de serviços (mas sim a não eventualidade). O mesmo ocorre na previsão do art. 2º da Lei 5.889/73, sobre a relação de emprego rural.

Quanto ao empregador, ainda no âmbito rural, a Lei 5.889/73, no art. 3º, § 2º, admite o grupo de empresas não só por subordinação, mas também por mera “coordenação”⁹.

Reconhecida a existência de grupo de empresas, ainda que não tenha sido formalmente constituído (conforme princípio da primazia da realidade, incidente nas relações de trabalho), tem-se a consequente responsabilidade solidária de todos os seus integrantes, quanto aos direitos referentes à relação de emprego.

Aliás, a NR 31, em seu item 31.3.3.1, também prevê que: “Responderão solidariamente pela aplicação desta Norma Regulamentadora as empresas, empregadores, cooperativas de produção ou parceiros rurais que se congreguem para desenvolver tarefas, ou que constituam grupo econômico”.

Desse modo, o grupo de empresas no setor rural pode se configurar bem mais facilmente, ou seja, mesmo ausente o controle exercido por certa empresa principal em face

de outras subordinadas, bastando haver certa “direção única”¹⁰, como forma de se assegurar a “realização de objetivos comuns”¹¹. Essa ausência de controle exercido por uma das empresas abrange a situação de empresas meramente coligadas, previstas no art. 243, § 1º, da Lei 6.404/76 e arts. 1.099 e 1.100 do Código Civil de 2002¹².

Além desses aspectos, cabe destacar que o vínculo de emprego em questão deve ser mantido e formalizado diretamente com o empregador, ou seja, aquele que se beneficia da prestação dos serviços, na forma do art. 2º, *caput*, da CLT.

A intermediação de mão-de-obra, muitas vezes indicada como terceirização (no caso, ilegal), em grave fraude às relações de trabalho (art. 9º da CLT), é juridicamente nula (gerando o vínculo de emprego com o tomador, ou seja, o verdadeiro empregador) e socialmente inaceitável.

Nesse sentido, não se pode permitir que o verdadeiro empregador, ao invés de admitir diretamente os seus empregados, insira um intermediário como mero empregador “formal” (muitas vezes conhecido como “gato” ou “empregador”), que apenas faz a intermediação de mão-de-obra em favor daquele, procurando confundir o trabalho humano com simples mercadoria.

⁹MAGANO, Octavio Bueno. *M anual de direito do trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992. v. 2, p. 88.

¹⁰Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 181.

¹¹MAGANO, Octavio Bueno. *Op. cit.*, p. 88.

¹²REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2, p. 219: “A falta de controle, como se vê, é que caracteriza a ‘coligação de sociedades’, permanecendo elas num mesmo plano horizontal, sem uma subordinar à outra seus interesses”.

Por isso, sendo o empregador um produtor de cana-de-açúcar, ele próprio deve admitir os empregados que trabalham nessa produção (atividade-fim), não podendo contratar intermediário que apenas lhe forneça a mão-de-obra necessária para a sua atividade.

Do mesmo modo, sendo o empregador uma destilaria, produzindo etanol e derivados da cana-de-açúcar, os empregados que laboram na respectiva atividade-fim devem ser contratados pelo próprio empregador, não sendo lícita a utilização de trabalhadores de terceiros, com vínculo meramente formal mantido com empresas prestadoras de serviços ou cooperativas.

Nesse sentido prevê a Súmula 331, inciso I, do Tribunal Superior do Trabalho:

“A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador de serviços, salvo no caso de trabalhador temporário (Lei 6.019, de 3.1.1974)”.

Cabe lembrar que o trabalho temporário não é autorizado para o âmbito rural, tendo em vista que a empresa de trabalho temporário deve ser necessariamente urbana, conforme art. 4º da Lei 6.019/74¹³.

A violação dos preceitos acima indicados, em manifesto prejuízo da ordem social, afronta direitos trabalhistas de ordem fundamental, que asseguram a dignida-

de do trabalhador, correspondendo a grave infração da ordem pública, com nítidos contornos metainviduais.

Efetivamente, no caso, toda a coletividade de trabalhadores estará sendo prejudicada, com graves repercussões à sociedade como um todo.

Desse modo, o ordenamento jurídico autoriza e determina a atuação coletiva do Ministério Público do Trabalho (arts. 127 e 129, III, da CF/88), bem como dos demais legitimados, com destaque para os entes sindicais (art. 8º, inciso III, da CF/88), no ajuizamento de ações civis públicas e de natureza coletiva, bem como na celebração de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta pelo MPT (art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85).

A inspeção do trabalho, exercida pelos órgãos integrantes do Ministério do Trabalho e Emprego (Delegacias Regionais e Subdelegacias do Trabalho), também exercem papel fundamental nessa prevenção e repressão das ilegalidades relacionadas à fraude nas relações de trabalho (art. 21, inciso XXIV, da CF/88).

Mesmo na esfera criminal, cabe destacar o tipo penal previsto no art. 203 do Código Penal, referente à “frustração de direito assegurado por lei trabalhista”:

“Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

¹³Cf. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 24: “Por ser a lei clara e trazer expressamente a vedação, e ainda mais se tratando de exceção à regra geral de contratação, o que por si só já mereceria interpretação restritiva, não há como aceitar a existência de empresa de trabalho temporário rural, devendo o vínculo ser tomado diretamente com o empregador, utilizando-se das formas contratuais já existentes, como o próprio contrato de safra”.

Pena: detenção, de 1 (um) ano a 2 (dois) anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Referida pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental (§ 2º do art. 203 do CP).

Como é evidente, a mencionada intermediação de mão-de-obra, com a terceirização ilícita pelo verdadeiro empregador, constitui uma das piores fraudes à aplicação dos direitos trabalhistas, pois visa a retirar a incidência de todo o arcabouço da respectiva legislação, de ordem pública, que tutela as relações de emprego.

Por isso, a reação deve ser tomada de forma completa e efetiva, incluindo-se aí a aplicação rigorosa das previsões constantes dos “Crimes contra a Organização do Trabalho”.

Ainda sobre o tema, de acordo com o art. 109, inciso VI, da Constituição Federal de 1988, compete aos juízes federais processar e julgar “os crimes contra a organização do trabalho”.

Cabe realçar que o Supremo Tribunal Federal deferiu liminar em medida cautelar na ADIn 3.684-0, com efeito *ex tunc*, atribuindo interpretação conforme a Constituição aos incisos I, IV e IX do seu art. 114, declarando que “no âmbito da jurisdição da Justiça do Trabalho, não está incluída competência para processar e julgar ações penais”.

Conforme entendimento sedimentado na Súmula 115 do TFR, ainda aplicado pelos tribunais no presente: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a orga-

nização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente”.

No caso de fraude às relações de emprego, em razão de intermediação de mão-de-obra, tem-se nitidamente um prejuízo a toda à coletividade de trabalhadores, afrontando a organização geral do trabalho como um todo.

Por fim, mesmo quanto à necessária anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social, cabe lembrar a previsão do art. 297, § 4º, do Código Penal, acrescentado pela Lei 9.983/2000, que determina incorrer nas mesmas penas do crime de “falsificação de documento público” (ou seja, reclusão de dois a seis anos e multa) quem omite, na folha de pagamento, na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado, em documento contábil ou em qualquer outro documento que deva produzir efeito perante a previdência social, “nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços” (destaquei).

4 JORNADA DE TRABALHO, INTERVALOS E FOLGAS

A duração do trabalho é tema que também merece atenção especial no setor sucroalcooleiro, pois é freqüente verificar empregados, principalmente da parte industrial, nas destilarias (como motoristas e operadores de máquinas), cumprindo jornada de trabalho que excede o limite permitido pela lei.

A Constituição Federal de 1988, no art. 7º, inciso XIII, é clara ao estabelecer como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quaren-

ta e quatro semanais". O inciso XVI, do mesmo art. 7º, por sua vez, prevê o direito à "remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal".

Como se nota, a rigor, a prorrogação da jornada de trabalho apenas é permitida "extraordinariamente", até como medida de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais.

Na Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 59, *caput*, limita a duas horas extras o acréscimo na duração normal do trabalho, por meio de acordo escrito entre empregado e empregador, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Ocorrendo necessidade imperiosa, o mencionado limite pode ser excedido, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto (art. 61 da CLT). Nesses casos, o excesso deve ser comunicado, em dez dias, à autoridade competente em matéria de trabalho (ou, antes desse prazo, justificado no momento da fiscalização, sem prejuízo dessa comunicação). De acordo com o § 2º do art. 61 da CLT, na hipótese de força maior, o trabalho não pode exceder a 12 horas no dia, limite este que também pode ser aplicado, por analogia, para a realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.

Cabe frisar que o empregador também deve conceder aos trabalhadores, sejam urbanos ou rurais, o intervalo para descanso e refeição

(intrajornada) e o intervalo interjornada, sendo este último de 11 horas consecutivas, conforme art. 66 da CLT e art. 5º, parte final, da Lei 5.889/73.

Quando da folga semana remunerada (preferencialmente aos domingos, conforme art. 7º, inciso XV, da CF/88, e regulamentação da Lei 605/49, que também prevê o descanso remunerado em feriados), as 24 horas deste dia de descanso (remunerado) devem ser somadas às 11 horas de intervalo (não remunerado), somando um total de 35 horas de descanso (na mesma linha da previsão da Súmula 110 do TST).

Como medida de ergonomia, a Norma Regulamentadora 31, no item 31.10.9, assim prevê: "Nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica devem ser incluídas pausas para descanso e outras medidas que preservem a saúde do trabalhador". Essas "pausas" (no plural, indicando a necessidade de concessão de pelo menos duas no decorrer da jornada de trabalho, por exemplo, de 10 minutos cada) não se confundem com o intervalo intrajornada, não sendo descontadas da jornada de trabalho.

Para que se cumpra o importante objetivo da referida norma de ergonomia, proporcionando o necessário descanso e bem estar ao empregado, as referidas pausas *não devem ser concedidas em momentos próximos aos horários de entrada, de almoço e de saída*, pois isso desvirtuaria a sua finalidade por completo. Por exemplo, caso fosse (irregularmente) concedida a pausa no final da jornada, o trabalhador, certamente, até estaria voltando para

casa mais cedo, no entanto, cansado da mesma forma, pois não teria usufruído as pausas durante o trabalho.

Sobre o intervalo intrajornada, o art. 71, *caput*, da CLT dispõe que em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas (como na jornada de oito horas), é obrigatória a concessão do intervalo para repouso e alimentação de no mínimo 1 (uma) hora, não podendo exceder (salvo acordo escrito, convenção ou acordo coletivo) de 2 (duas) horas¹⁴. Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, o intervalo devido é de 15 (quinze) minutos, quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas (§ 1º do art. 71).

No âmbito rural, a Lei 5.889/73, no art. 5º, também prevê que em qualquer trabalho contínuo de duração superior a 6 (seis) horas é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, observados os usos e costumes da região. Regulamentando o preceito, o Decreto 73.626/74, no art. 5º, § 1º, prevê a obrigatoriedade, em qualquer trabalho contínuo de duração superior a 6 (seis) horas, de concessão de um intervalo mínimo de 1 (uma) hora para repouso ou alimentação, observados os usos e costumes da região¹⁵.

Os mencionados intervalos de descanso não são computados

na jornada de trabalho (art. 71, § 2º, da CLT).

Como é óbvio, mesmo sendo desrespeitados os referidos limites legais, todas as horas extras devem ser corretamente pagas (com o adicional devido) ao empregado (Súmula 376 do TST), que não pode ser prejudicado pelo empregador, o qual também responde pela respectiva penalidade administrativa, a ser aplicada pela fiscalização do trabalho.

Além disso, em se tratando de conduta reiterada, afetando um conjunto de empregados, tem-se verdadeira lesão de ordem metaindividual, manifestamente prejudicial à saúde e à segurança dos trabalhadores, bem como à sociedade como um todo, seja no aspecto previdenciário, seja na questão da política de empregos.

Por isso, também aqui, impõe-se a atuação do Ministério Público do Trabalho e dos entes sindicais, em defesa dos preceitos que asseguram a dignidade, a saúde, a vida e a higidez física e psíquica do trabalhador, no sentido de que os limites da duração do trabalho sejam necessariamente respeitados pelo empregador. Nesse enfoque, são passíveis de utilização os instrumentos da tutela metaindividual de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, perfeitamente aplicáveis às relações de traba-

¹⁴Cf. Orientação Jurisprudencial 342 da SDI-I do TST: "Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Não concessão ou redução. Previsão em norma coletiva. Validade. É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva".

¹⁵Cf. PORTO, Marcos da Silva. Trabalho rural e jornada de trabalho. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcisio José (Coord.). *Direito do trabalho rural: homenagem a Irany Ferrari*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 500.

lho, com destaque para o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta e as ações coletivas.

Na esfera criminal, cabe fazer menção ao art. 149 do Código Penal, com redação determinada pela Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003, pertinente à “redução a condição análoga à de escravo”.

Efetivamente, o referido tipo penal não mais se restringe à figura mais tradicional, de trabalho forçado em sentido estrito, sob coação ou com restrição da liberdade, mas expressamente prevê, também, a “jornada exaustiva”, apta a configurar o trabalho em condições degradantes. Nesse sentido, vejamos a previsão do *caput* do art. 149 do CP:

“Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer *submetendo-o* a trabalhos forçados ou a *jornada exaustiva*, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena: reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

No caso, parece claro que o empregado, ao ter de trabalhar 11, 12 horas ou mais por dia, estaria sendo submetido a uma jornada de trabalho exaustiva, em prejuízo de sua saúde e segurança, colocando-o em grave risco de sofrer acidentes e doenças ocupacionais.

Como se nota, a violação dos limites da duração do trabalho, com horas extras em quantidade e frequência abusivas (mesmo que pagas em sua integridade ao empre-

gado), bem como a ausência de concessão das folgas previstas em lei, correspondem a grave afronta ao sistema jurídico, em prejuízo da integridade do trabalhador e da sociedade como um todo, a ponto de merecer previsão da tutela de ordem penal.

É dever do empregador fazer com que as normas de ordem pública, que limitam a jornada de trabalho e o labor extraordinário, sejam fielmente respeitadas. Eventuais argumentos no sentido de que não há mão-de-obra suficientemente qualificada para a eliminação das horas extras ilegais não afasta a incidência das normas acima indicadas, pois o risco do empreendimento é do empregador (art. 2º, *caput*, da CLT), que necessariamente tem de se ajustar às previsões contidas no ordenamento jurídico.

5 TRABALHO MIGRANTE, RECRUTAMENTO DE TRABALHADORES, ALIMENTAÇÃO E HABITAÇÃO

Nas atividades rurais envolvendo a cana-de-açúcar, principalmente nas épocas de safra, verifica-se a freqüente utilização de trabalhadores residentes em outros locais do país, que se deslocam para os canaviais.

No entanto, há diversas restrições legais relacionados ao recrutamento e transporte de trabalhadores de uma localidade para outra do território nacional.

Efetivamente, como prevê o art. 207 do Código Penal, sobre o “aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional”:

“Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena: detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental”.

Por isso, os produtores e fornecedores da cana-de-açúcar, ao se utilizarem da referida mão-de-obra migrante, devem observar rigorosamente todas as disposições incidentes ao caso, inclusive para que não incorram no crime de aliciamento de trabalhadores, com especial destaque para a Instrução Normativa 65, de 19 de julho de 2006, da Secretaria da Inspeção do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego.

Referida Instrução Normativa, concretizando os princípios constitucionais do valor social trabalho e da dignidade da pessoa humana (que são normas jurídicas dotadas de eficácia), ao dispor sobre procedimentos para a fiscalização do trabalho rural, nos arts. 22 e seguintes, trata do “recrutamento de trabalhadores”.

Para o recrutamento e transporte de trabalhadores para localidade diversa da sua origem é ne-

cessária a expedição de “Certidão Liberatória pelas Delegacias Regionais do Trabalho e Emprego ou respectivas Subdelegacias” (art. 22, § 1º da IN 65/2006).

Por sua vez, para a emissão dessa Certidão Liberatória, as DRTs devem exigir do empregador ou preposto a “comprovação da contratação regular dos trabalhadores”, que consiste na apresentação:

- das Carteiras de Trabalho devidamente anotadas;
- dos atestados médicos admissionais;
- dos contratos escritos que disciplinem a duração do trabalho, o salário, condições de alojamento, alimentação e de retorno à localidade de origem do trabalhador.

Desse modo, se aquele que exerce a atividade econômica (no caso, na produção da cana-de-açúcar) verifica ser necessária a contratação de empregados residentes em localidades diversas do território nacional, tendo em vista não ser suficiente a mão-de-obra local, já deve se programar previamente, contratando na forma da Instrução Normativa 65/2006, *devido assegurar aos trabalhadores alojamento, alimentação e retorno à localidade de origem*.

Não é aceitável uma atitude meramente passiva do empregador, de ficar somente aguardando os trabalhadores serem trazidos por intermediários (“gatos” e empreiteiros), em razão de promessas de emprego nas lavouras da cana-de-açúcar, sem que sejam observados os requisitos acima destacados,

em especial a obtenção da Certidão Liberatória.

Ao se utilizar a mão-de-obra migrante sem tomar as cautelas acima indicadas, o empregador poderá estar figurando como co-autor no mencionado crime de aliciamento de trabalhadores, uma vez que estará concorrendo para que este se configure, na forma do art. 29, *caput*, do Código Penal.

Tendo em vista a situação acima destacada, se o empregador pretende ou necessita utilizar trabalhadores de outras localidades do território nacional, para não incorrer nas graves ilicitudes de ordem trabalhista e criminal apontadas, deve realizar a contratação diretamente, ou seja, sem a intermediação dos chamados “empreiteiros”, obtendo a Certidão Liberatória na Delegacia ou Subdelegacia do Trabalho local de origem, comprovando a contratação regular dos trabalhadores, bem como assegurando os direitos relacionados a atestado médico admissional, duração do trabalho, salário, alojamento, alimentação e retorno à localidade de origem do trabalhador.

Como se nota, é dever do empregador o fornecimento das referidas utilidades ao empregado migrante, relacionadas à habitação e alimentação, não podendo se valer de intermediador de mão-de-obra.

A Lei 5.889/73, regulando o trabalho rural, no art. 9º, autoriza serem descontados do empregado rural as seguintes parcelas, calcu-

ladas sobre o salário mínimo:

- até 20% (vinte por cento) pela ocupação da *moradia*;
- até 25% (vinte e cinco por cento) pelo fornecimento de *alimentação sadia e farta*, atendidos os preços vigentes da região.

Frise-se que as referidas deduções devem ser “previamente autorizadas, sem o que serão nulas de pleno direito” (§ 1º do art. 9º).

Sempre que mais de um empregado residir na mesma morada, o desconto de 20% sobre o salário mínimo deve ser dividido proporcionalmente ao número de empregados, “vedada, em qualquer hipótese, a moradia coletiva de famílias” (§ 2º do art. 9º).

Como se nota, a habitação e da alimentação (que, como já visto, devem ser necessariamente fornecidos no caso dos trabalhadores recrutados em outras localidades), não podem ficar a cargo de intermediários, que explorem eventual desconhecimento, despreparo ou mesmo ignorância sobre preços e direitos trabalhistas por parte do trabalhador vindo de outras localidades, mas sim pelo próprio empregador, no âmbito do contrato de trabalho e das suas condições pactuadas e previstas na legislação.

Cabe reiterar que o fornecimento não pode ser de qualquer alimentação, mas necessariamente “sadia e farta”. Quanto ao preço, deve atender aqueles “vigentes na região”¹⁶.

¹⁶De acordo com a Orientação Jurisprudencial 133 da SDI-I do TST: “A ajuda alimentação fornecida por empresa participante do Programa de Alimentação ao Trabalhador, instituído pela Lei n.º 6.321/76, não tem caráter salarial. Portanto, não integra o salário para nenhum efeito legal”.

Quanto à habitação, cabe ressaltar que se o caso for de fornecimento para viabilizar a prestação de serviços, não se trata de utilidade com natureza salarial (fornecida como contraprestação pela prestação dos serviços), mas sim de forma para possibilitar o trabalho (Súmula 367, inciso I, do TST).

Por isso, em hipóteses de necessidade de fornecimento do alojamento ao empregado, para possibilitar o labor (como em razão da distância e da localização do trabalho), não se admite o desconto no salário, pois a utilidade apenas estará servindo para viabilizar a atividade do empregador, que corre os riscos do empreendimento, sob pena de violação do princípio da intangibilidade salarial¹⁷.

Não se admite, ainda, o chamado "truck system", que pode configurar verdadeira servidão por dívida.

Nesse sentido, é vedado ao empregador que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços destinados a proporcionar-lhes prestações *in natura*, "exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços" (art. 462, § 2º, da CLT).

Além disso, sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, é lícito à

autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando a que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados (art. 462, § 3º, da CLT).

Sobre esse tema, na esfera penal, o já mencionado crime de "redução a condição análoga à de escravo", conforme art. 149 do Código Penal (com redação determinada pela Lei 10.803/2003), tem a seguinte previsão:

"Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena: reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

[...]

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem".

Observam-se, portanto, graves consequências administrativas, trabalhistas e mesmo criminais na

¹⁷Cf. PRUNES, José Luiz Ferreira. *Direito do trabalho para advogados e empregadores rurais*. Curitiba: Juruá, 2000. p. 493: "Quando a habitação é concedida para possibilitar o trabalho (sem o que este seria impossível ou difícil), não pode ser paga pelo empregado"; CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 134: "As utilidades que forem condição para o exercício de qualquer trabalho não podem ser descontadas (ferramentas, uniforme, capacetes)"; OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 131.

contratação ilegal de trabalhadores de uma localidade para outra do território nacional, ou seja, sem a integral observância dos preceitos que regulam a matéria. As referidas infrações, do mesmo modo, acarretam conseqüências que atingem toda a coletividade de trabalhadores, com sérias repercussões para a ordem jurídica e social, autorizando a utilização da tutela coletiva (reparatória e preventiva) pelos entes legitimados, com destaque ao Ministério Público do Trabalho e os entes sindicais, na forma já exposta.

6 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO NO SETOR CANAVIEIRO, ÁREAS DE VIVÊNCIA E OBRIGAÇÕES A SEREM OBSERVADAS NO TRABALHO NO CAMPO

Quanto ao meio ambiente de trabalho nas atividades aqui estudadas, cabe destacar as importantes previsões contidas na Norma Regulamentadora 31, aprovada pela Portaria 86, de 3 março de 2005, do Ministério do Trabalho e Emprego, com fundamento no art. 13 da Lei 5.889/73.

A referida Norma Regulamentadora se aplica a quaisquer atividades da agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquíicultura (bem como às atividades de exploração industrial desenvolvidas em estabelecimentos agrários), verificadas as formas de relações de trabalho e emprego e o local das atividades (item 31.2).

Desse modo, de acordo com a NR 31, item 31.3.3, cabe ao empregador rural ou equiparado:

a) garantir adequadas condições de trabalho, higiene e confor-

to, definidas na Norma Regulamentadora 31, para todos os trabalhadores, segundo as especificidades de cada atividade;

b) realizar avaliações dos riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores e, com base nos resultados, adotar medidas de prevenção e proteção para garantir que todas as atividades, lugares de trabalho, máquinas, equipamentos, ferramentas e processos produtivos sejam seguros e em conformidade com as normas de segurança e saúde;

c) promover melhorias nos ambientes e nas condições de trabalho, de forma a preservar o nível de segurança e saúde dos trabalhadores;

d) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho;

e) analisar, com a participação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes no Trabalho Rural – CIPATR, as causas dos acidentes e das doenças decorrentes do trabalho, buscando prevenir e eliminar as possibilidades de novas ocorrências;

f) assegurar a divulgação de direitos, deveres e obrigações que os trabalhadores devam conhecer em matéria de segurança e saúde no trabalho;

g) adotar os procedimentos necessários quando da ocorrência de acidentes e doenças do trabalho;

h) assegurar que se forneça aos trabalhadores instruções compreensíveis em matéria de segurança e saúde, bem como toda orien-

tação e supervisão necessárias ao trabalho seguro;

i) garantir que os trabalhadores, através da CIPATR, participem das discussões sobre o controle dos riscos presentes nos ambientes de trabalho;

j) informar aos trabalhadores:

1. os riscos decorrentes do trabalho e as medidas de proteção implantadas, inclusive em relação a novas tecnologias adotadas pelo empregador;

2. os resultados dos exames médicos e complementares a que foram submetidos, quando realizados por serviço médico contratado pelo empregador;

3. os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho;

k) permitir que representante dos trabalhadores, legalmente constituído, acompanhe a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e saúde no trabalho;

l) adotar medidas de avaliação e gestão dos riscos com a seguinte ordem de prioridade:

1. eliminação dos riscos;
2. controle de riscos na fonte;
3. redução do risco ao mínimo através da introdução de medidas técnicas ou organizacionais e de práticas seguras inclusive através de capacitação;
4. adoção de medidas de proteção pessoal, sem ônus para o trabalhador, de forma a complementar ou caso ainda persistam temporariamente fatores de risco.

Merece destaque, assim, o dever do empregador de expedir "ordens de serviço", explicando-as de forma acessível aos trabalhadores, para que estes cumpram as suas previsões (NR 31, item 31.3.4), saibam e se previnam quanto aos riscos da atividade, principalmente para evitar a chamada "exaustão" pelo excesso de trabalho. Aliás, sobre esta séria questão, o adequado é que a forma de cálculo da remuneração não fique apenas vinculada exclusivamente à produção, devendo ser levado em conta o tempo trabalhado, bem como existir o rigoroso cumprimento das regras que estabelecem folgas, pausas e limitações quanto à jornada de trabalho.

O alojamento, na realidade, faz parte das chamadas "áreas de vivência", as quais também devem observar os requisitos da NR 31, item 31.23.

Nesse sentido, o empregador rural ou equiparado deve disponibilizar aos trabalhadores áreas de vivência compostas de:

- a) instalações sanitárias;
- b) locais para refeição;
- c) alojamentos, quando houver permanência de trabalhadores no estabelecimento nos períodos entre as jornadas de trabalho;
- d) local adequado para preparo de alimentos;
- e) lavanderias.

O cumprimento do disposto nas alíneas "d" e "e" somente é obrigatório nos casos onde houver trabalhadores alojados.

As instalações sanitárias devem ser constituídas de (NR 31, item 31.23.3):

a) lavatório na proporção de uma unidade para cada grupo de vinte trabalhadores ou fração;

b) vaso sanitário na proporção de uma unidade para cada grupo de vinte trabalhadores ou fração;

c) mictório na proporção de uma unidade para cada grupo de dez trabalhadores ou fração;

d) chuveiro na proporção de uma unidade para cada grupo de dez trabalhadores ou fração.

No mictório tipo calha, cada segmento de sessenta centímetros deve corresponder a um mictório tipo cuba.

As instalações sanitárias devem:

a) ter portas de acesso que impeçam o devassamento e ser construídas de modo a manter o resguardo conveniente;

b) ser separadas por sexo;

c) estar situadas em locais de fácil e seguro acesso;

d) dispor de água limpa e papel higiênico;

e) estar ligadas a sistema de esgoto, fossa séptica ou sistema equivalente;

f) possuir recipiente para coleta de lixo.

A água para banho deve ser disponibilizada em conformidade com os usos e costumes da região ou na forma estabelecida em convenção ou acordo coletivo.

Nas frentes de trabalho, devem ser disponibilizadas instalações sanitárias fixas ou móveis compostas de vasos sanitários e lavatórios, na proporção de um conjunto para cada grupo de quarenta trabalhadores ou fração, atendidos os requisitos acima indicados (quanto às instalações sanitárias nas áreas de vivência), sendo permitida a utilização de fossa seca.

Os locais para refeição devem atender aos seguintes requisitos (NR 31, item 31.23.4):

a) boas condições de higiene e conforto;

b) capacidade para atender a todos os trabalhadores;

c) água limpa para higienização;

d) mesas com tampos lisos e laváveis;

e) assentos em número suficiente;

f) água potável, em condições higiênicas;

g) depósitos de lixo, com tampas.

Em todo estabelecimento rural deve haver local ou recipiente para a guarda e conservação de refeições, em condições higiênicas, independentemente do número de trabalhadores.

Nas frentes de trabalho devem ser disponibilizados abrigos, fixos ou móveis, que protejam os trabalhadores contra as intempéries, durante as refeições.

Quanto ao alojamento especificamente, merecem destaque as regras inseridas na NR 31, item

31.23.5. Desse modo, os alojamentos devem:

a) ter camas com colchão, separadas por no mínimo um metro, sendo permitido o uso de beliches, limitados a duas camas na mesma vertical, com espaço livre mínimo de cento e dez centímetros acima do colchão;

b) ter armários individuais para guarda de objetos pessoais;

c) ter portas e janelas capazes de oferecer boas condições de vedação e segurança;

d) ter recipientes para coleta de lixo;

e) ser separados por sexo.

O empregador rural ou equiparado deve proibir a utilização de foguetes, fogareiros ou similares no interior dos alojamentos.

O empregador deve fornecer roupas de cama adequadas às condições climáticas locais. As camas poderão ser substituídas por redes, de acordo com o costume local, obedecendo ao espaçamento mínimo de um metro entre as mesmas. Por fim, é vedada a permanência de pessoas com doenças infecto-contagiosas no interior do alojamento.

Os locais para preparo de refeições (NR 31, item 31.23.6) devem ser dotados de lavatórios, sistema de coleta de lixo e instalações sanitárias exclusivas para o pessoal que manipula alimentos.

Os locais para preparo de refeições não podem ter ligação direta com os alojamentos.

As lavanderias (NR 31, item 31.23.7) devem ser instaladas em

local coberto, ventilado e adequado para que os trabalhadores alojados possam cuidar das roupas de uso pessoal. As lavanderias devem ser dotadas de tanques individuais ou coletivos e água limpa.

Devem ser garantidas aos trabalhadores das empresas contratadas para a prestação de serviços as mesmas condições de higiene conforto e alimentação oferecidas aos empregados da contratante (NR 31, item 31.23.8).

Como importante regra, a merecer destaque, a Norma Regulamentadora 31, no item 31.23.9, estabelece que “o empregador rural ou equiparado deve disponibilizar *água potável e fresca* em quantidade suficiente nos locais de trabalho”. A água potável deve ser disponibilizada em condições higiênicas, sendo proibida a utilização de copos coletivos.

Com relação às *moradias*, sempre que o empregador rural ou equiparado fornecer aos trabalhadores moradias familiares estas deverão possuir (NR 31, item 31.24.11):

a) capacidade dimensionada para uma família;

b) paredes construídas em alvenaria ou madeira;

c) pisos de material resistente e lavável;

d) condições sanitárias adequadas;

e) ventilação e iluminação suficientes;

f) cobertura capaz de proporcionar proteção contra intempéries;

g) poço ou caixa de água protegido contra contaminação;

h) fossas sépticas, quando não houver rede de esgoto, afastadas da casa e do poço de água, em lugar livre de enchentes e a jusante do poço.

As moradias familiares devem ser construídas em local arejado e afastadas, no mínimo, cinquenta metros de construções destinadas a outros fins. É vedada, em qualquer hipótese, a moradia coletiva de famílias.

O transporte dos trabalhadores também deve ser fornecido em condições adequadas, conforme NR 31, item 31.16¹⁸.

O empregador também é obrigado a zelar pela saúde e segurança dos empregados, cuidando das Medidas de Proteção Pessoal, fornecendo gratuitamente, exigindo a utilização e orientando sobre o uso dos equipamentos de proteção individual (EPI) pelos empregados, conforme previsões da NR 31, item 31.20.

Quanto aos órgãos que integram o sistema de gerenciamento da segurança e da saúde nas relações de trabalho rural, cabe destacar o Serviço Especializado em Segurança e Saúde no Trabalho Rural (SESTR – NR 31, item 31.6) e a Comissão Interna de Prevenção dos Acidentes do Trabalho Rural (CIPATR – NR 31, item 31.7)¹⁹.

A ausência de respeito às previsões e exigências referentes a cada um desses e outros tópicos regulados na NR 31, a par de constituir grave infração ao meio ambiente de trabalho, prejudicando a saúde e a segurança do trabalhador, pode mesmo configurar modalidade de *trabalho degradante*, inserido no tipo penal do já mencionado art. 149, *caput*, do CP.

Para a devida observâncias dos mencionados preceitos, tem-se a necessária atuação na esfera trabalhista, inclusive de ordem metaindividual, bem como na esfera criminal, para que a dignidade do trabalhador seja respeitada na referida temática.

7 CONCLUSÃO

No atual cenário econômico, as previsões apontam para um acentuado crescimento nas atividades relacionada à cana-de-açúcar, com destaque para a produção do etanol.

Essa evolução, no entanto, deve ser necessariamente acompanhada da imperiosa observância das normas que regem as relações de trabalho, como condição *sine qua non* para se atuar e permanecer no referido setor.

Por se tratar de imprescindível cumprimento da legislação de ordem pública, de natureza cogente, da qual dependem a saú-

¹⁸Cf. ARAÚJO, Giovanni Moraes de. *Normas Regulamentadoras comentadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: GVC, 2007. p. 1048: “As exigências básicas estão relacionadas ao tipo e estado do veículo, existência de registrador instantâneo de velocidade, bancos, porta e escada de acesso, compartimento separado para ferramentas e a habilitação do motorista”.

¹⁹Cf. MARANO, Vicente Pedro. *A segurança do trabalho, a medicina do trabalho e o meio ambiente nas atividades rurais da agropecuária*. São Paulo: LTr, 2006.

de, a segurança, a dignidade e a vida das pessoas, é necessário que as disposições incidentes sejam rigorosamente cumpridas pelas empresas e empregadores que estão desenvolvendo ou pretendam desenvolver as diversas atividades que integram o setor sucroalcooleiro.

8 BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Giovanni Moraes de. *Normas Regulamentadoras comentadas*. 6. ed. Rio de Janeiro: GVC, 2007.
- CARELLI, Rovv,,nxxdrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- COSTA, Mário Luiz Oliveira da. *Setor sucroalcooleiro: da rígida intervenção ao livre mercado*. São Paulo: Método, 2003.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho*. São Paulo: Método, 2006.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007.
- MAGANO, Octavio Bueno. *Manual de direito do trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992. v. 2.
- MARANO, Vicente Pedro. *A segurança do trabalho, a medicina do trabalho e o meio ambiente nas atividades rurais da agropecuária*. São Paulo: LTr, 2006.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético*. São Paulo: LTr, 2004.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- PÔRTO, Marcos da Silva. Trabalho rural e jornada de trabalho. In: GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto; MARTINS, Melchíades Rodrigues; VIDOTTI, Tarcisio José (Coord.). *Direito do trabalho rural: homenagem a Irany Ferrari*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- PRUNES, José Luiz Ferreira. *Direito do trabalho para advogados e empregadores rurais*. Curitiba: Juruá, 2000.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 2.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

A vertical bar with a blue-to-white gradient, centered on the page.

DOCTRINA INTERNACIONAL

RELACIONES LABORALES TRIANGULARES: LA SUBCONTRATACIÓN Y EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES EN LA NUEVA LEY CHILENA

José Luis Ugarte*

Sumario: 1 Las Relaciones Triangulares de Trabajo; 2 La Regulación del Suministro de Trabajadores Y la Subcontratación Laboral; 3 La Nueva Ley sobre Subcontratación Laboral: de la Responsabilidad Subsidiaria a la Solidaria; 4 El Debate Legal sobre el Suministro de Trabajadores; 5 La Ley sobre Suministro de Trabajadores: Las Empresas de Servicios Transitorios; 6 Aspectos Pendientes: ¿Y La Igualdad de Condiciones?.

Palavras-chave: relación laboral triangular; externalización; trilateralidad laboral; subcontratación; suministro de trabajadores.

1 LAS RELACIONES TRIANGULARES DE TRABAJO

Las relaciones laborales triangulares se refieren a aquellas relaciones en que comparecen en una misma situación jurídica tres partes: dos empresas que se vinculan para la prestación de servicios comerciales entre ambas, y el trabajador que en la prestación de servicios subordinados queda posicionado entre ambas.

Están de moda en Chile y en el mundo. Así las cifras indican que en el 2004 el 50.5 por ciento de las empresas señala haber recurrido a la subcontratación laboral, cifra que en 1999 llegaba a 42.9 por ciento.

De este modo en Chile una de cada dos empresas tiene algún tipo de relación laboral triangular¹.

Dicha expansión del trabajo temporal no es, obviamente, una exclusividad de Chile. Con cifras al año 2000, es posible percibir la presencia de empresas dedicadas al suministro en diversos países que tienen regulada legalmente la figura: en Alemania habían registradas 2499 empresas del rubro, 430 en España y en Gran Bretaña más de 5000.

Las relaciones laborales triangulares son el resultado del proceso de externalización empresarial.

*Profesor de Derecho del Trabajo, Universidad Alberto Hurtado y Diego Portales, Santiago, Chile.

¹Datos ENCLA 2004, Dirección del Trabajo.

La externalización, como forma de implementación de la descentralización productiva, tiene dos facetas fundamentales: por una parte, produce un adelgazamiento de la estructura productiva de la empresa, a través de una nueva concepción de la estructura organizativa en la que se renuncia al crecimiento interno, popularizada bajo la expresión *downsizing*, y por otro lado, se genera una modificación en la estructura laboral de la empresa, dando lugar al fenómeno del *outsourcing* o triangulación laboral.

Es el fenómeno de la trilateralidad laboral, que se produce cuando la actividad desplazada hacia fuera de la empresa, es asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas.

Ahora, la trilateralidad laboral puede adoptar, en lo fundamental, dos modalidades: la subcontratación laboral y el suministro de trabajadores por la vía de una empresa de trabajo temporal.

La primera se refiere a la situación en que una empresa, dueña de una obra o faena, contrata a otra empresa, denominada contratista, mediante un contrato civil o comercial, para que ejecute a su cuenta y riesgo, con sus propios

trabajadores, un determinado trabajo o servicio, pudiendo esta última a su turno, contratar a otra empresa, denominada subcontratista, para que lleve a cabo el trabajo o servicio requerido.

La segunda, en cambio, consiste en que una empresa, cuyo giro corresponde al suministro de trabajadores (empresa suministradora o de trabajo temporal), pone a disposición de otra empresa (denominada usuaria), por el pago de un precio determinado, los servicios laborales de sus empleados, reteniendo para sí la calidad formal de empleador.

En Chile, mientras la figura de la subcontratación laboral databa de antiguo, y estaba regulada en la legislación vigente (artículos 64 y 64 bis del Código del Trabajo), el caso del suministro era distinto: sólo en los últimos años se presentaba como un fenómeno de relevancia para la comunidad jurídica nacional, en directa relación con el momento de moda que vive la denominada descentralización productiva.

2 LA REGULACIÓN DEL SUMINISTRO DE TRABAJADORES Y LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL

En ese sentido, ¿cuáles son las diferencias que es posible trazar entre la subcontratación y el suministro de trabajadores?.

En lo conceptual es posible advertir las siguientes diferencias:

a) En la subcontratación la potestad de mando es ejercida efectivamente por la empresa contratista o subcontratista, en el

suministro de trabajadores dicho poder es ejercido por la empresa usuaria del suministro.

b) En la subcontratación el objeto del contrato civil o comercial entre la empresa principal y la empresa contratista o subcontratista es la ejecución de una obra o la prestación de un servicio para el cumplimiento de una etapa productiva, en el suministro de trabajadores la relación entre la empresa usuaria y la empresa suministradora sólo tiene por objeto el suministro de trabajadores.

Los problemas de los trabajadores en ambas figuras son distintos: en la subcontratación la identidad del empleador es indiscutible y los problemas pasan por el cumplimiento efectivo de la legislación existente, especialmente de la responsabilidad subsidiaria de la mandante o empresa principal, y la equiparación de las condiciones salariales entre estos trabajadores y los que están directamente contratados por la empresa dueña de la obra. En el suministro el problema es más grave: no se tiene certeza respecto de quien debe entenderse como el empleador, y en consecuencia,

respecto de quien se ejercen los derechos de los trabajadores suministrados.

A estas figuras se refiere nueva legislación conocida públicamente como ley sobre subcontratación laboral (Ley 20.123).²

La nueva regulación para la subcontratación no es sino una reforma de la legislación anterior (art. 64 y 64 bis del Código del Trabajo), mejorando los derechos de los trabajadores ya existentes. En cambio, en el caso del suministro las nuevas normas vienen a ser la primera regulación de los derechos de los trabajadores cedidos o suministrados en Chile.

La nueva normativa sobre relaciones triangulares cambia la mirada jurídica sobre el problema de las relaciones laborales: éstas no son, como lo pretendía la dogmática laboralista clásica, relaciones privadas, que sólo interesen a los particulares involucrados, sino que se tratan, en rigor, de relaciones de poder que tienen incidencia directa en el reparto de la riqueza generada del esfuerzo y la cooperación social, de modo tal, que la normativa jurídica debe generar puntos de

²Se trata de un proyecto de ley de corta pero azarosa vida. Originalmente concebido en la Dirección del Trabajo, con la consulta de los actores involucrados tanto empresariales como sindicales, se refería sólo al suministro de trabajadores. El Gobierno lo presentó a su discusión parlamentaria en 1999 dentro del marco de las denominadas reformas laborales, pero fue finalmente retirado de la misma en el Senado, porque, como indica la historia la ley 19.759, la materia fue considerada [de suyo compleja], lo que haría [necesario escuchar a los distintos sectores involucrados en la normativa propuesta, lo que no es posible con la detención y profundidad necesaria, dada la urgencia con que se está despachando esta iniciativa legal]. A esa altura, y dentro de la tramitación de la reforma laboral, se le había agregado el acápite de la subcontratación laboral.

El proyecto de ley fue repuesto en el año 2002, pero en su debate en el Senado fue objeto de numerosos recortes y restricciones, que alteraron profundamente el sentido original de la propuesta rebajando ostensiblemente su finalidad protectora de los trabajadores. Por lo mismo, el proyecto aprobado en el Senado no representaba un avance significativo en la protección de los trabajadores ni subcontratados, ni suministrados. Por lo mismo, el Gobierno repuso en el 2005 prácticamente el proyecto original de 1999, con su carácter tutelar inicial, y que acabado, al final de cuentas, siendo la Ley N° 20.123 del 2006.

equilibrio que mejoren la posición del sujeto afecto a dicha relación de poder que es el trabajador.

Por ello, el eje central de la nueva regulación es en el caso de la subcontratación a la empresa principal, y en el caso del suministro, la empresa usuaria. Aquí está el dominio de las relaciones de poder que existen en los procesos de externalización, aquí debe estar, entonces, el centro de imputación de responsabilidades y sanciones por lesiones a los derechos de los trabajadores.

3 LA NUEVA LEY SOBRE SUBCONTRATACIÓN LABORAL: DE LA RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA A LA SOLIDARIA

La nueva regulación de la subcontratación presenta como puntos centrales los siguientes: 1 - Se incorpora por primera vez en la legislación laboral chilena un concepto de lo que se denomina trabajo "en régimen de subcontratación", que pone acento en dos aspectos fundamentales:

1.1 - Debe existir un contrato entre la empresa principal y la empresa contratista, que puede ser de cualquier naturaleza jurídica y que debe tener por objeto la ejecución por parte de esta última de una obra o servicio en el mandante, sin restringir el tipo de obra o servicio de que se trata.

La definición legal entiende que la obra o servicio debe realizarse en el dueño de la obra, cuestión que, obviamente, no dice relación con el espacio físico del mismo, sino con que la obra o servicio de que se trata sea parte del ciclo productivo de la empresa que la encarga³.

Quedan excluidos del régimen de subcontratación: a.) los contratos entre empresas cuyo objeto no sea la ejecución de una obra o servicios, sino que sólo una obligación de dar, como por ejemplo, una compraventa, y b.) quedan excluidos, por así disponerlo la propia ley, las obras o servicios esporádicos u ocasionales prestados a la empresa dueña de la obra.

1.2 - La empresa contratista debe realizar dicha obra o servicio, por su cuenta y riesgo y ejerciendo el mando de su propios trabajadores. Aspecto clave: la subordinación de los trabajadores debe quedar radicada en la empresa contratista o subcontratista, y en ningún caso, en el dueño de la obra.

De no cumplirse con las condiciones a) o b), la situación respectiva no podrá ser calificada de trabajo en "régimen de subcontratación", sino que, como lo declara expresamente el artículo 183 A, de intermediación o suministro laboral, debiendo ser considerado el dueño de la obra como empleador y responder legalmente como tal.

³Así lo ha entendido la Dirección del Trabajo que el Dictamen 141/005, del 10.01.2007, señala que "que lo verdaderamente sustancial en este aspecto es que la empresa principal sea la dueña de las respectivas obras o faenas en las que deban desarrollarse los servicios o ejecutarse las labores subcontratadas, independientemente del lugar físico en que éstas se realicen. En otros términos, estaremos en presencia de trabajo subcontratado, en tanto se trate de actividades pertenecientes a la organización de la empresa principal, aún cuando los trabajos, tareas o labores que implique la ejecución de la o las obras o servicios, se desarrollen en recintos o instalaciones ajenos a la empresa principal, dueña de la respectiva obra, empresa o faena".

En ese sentido, el establecimiento de un concepto legal de subcontratación genera algunos comentarios:

En primer lugar, es una empresa arriesgada, en la que ha fracasado un su oportunidad la propia Organización Internacional de Trabajo, y que genera los más variados debates doctrinales, pero que parece salvado con propiedad en la ley de subcontratación⁴.

Precisamente uno de los aspectos a destacar es que el legislador chileno ha construido una noción amplia de subcontratación, evadiendo algunas disputas doctrinales un tanto artificiales acerca de lo que es la institución de la subcontratación.

La subcontratación laboral, como comprobó rudamente la OIT, no tiene ninguna esencia pura que el legislador de cualquier origen deba respetar. De modo tal, que debates propios de la doctrina extranjera o de otras áreas del derecho nacional, no deben, y así fue en este caso, limitar la construcción laboral del concepto de subcontratación.

Nuestro legislador ha optado por construir una noción amplia de subcontratación laboral, que no coincide con la figura del mismo nombre en el derecho civil, porque no se exige la existencia de dos

contratos iguales entre las diversas empresas (contrato base = subcontrato), pero tampoco con los contornos de esta figura en el laboralismo extranjero, que en general exigen la duplicidad de contratos civiles o mercantiles entre las empresas y en todo caso, generalmente restringen el concepto sólo a aquellos casos donde el objeto del contrato que liga a las empresas es una actividad principal de la empresa mandante.

En efecto, en Chile no tienen lugar el debate doctrinario:

a) acerca de la necesidad de la duplicidad de contratos de igual naturaleza jurídica entre las empresas (civil o mercantil), para que exista propiamente subcontratación. Nuestra ley exige sólo un contrato no laboral entre las empresas (principal y contratista) y uno laboral entre el contratista y el trabajador, para que se configure la figura de la subcontratación regulada por el Código del Trabajo y operen las responsabilidades legales que correspondan⁵.

b) acerca del tipo de actividades que son objeto del contrato civil o mercantil entre las empresas, en cuanto estas forman o no parte de actividades esenciales o principales de la empresa mandante. Nuestra ley no hace ninguna distinción sobre el tipo de actividad

⁴La OIT después de varios intentos fracasados, dio por cerrado en 2003, sin éxito, el debate sobre el concepto de subcontratación, debido a las diferencias conceptuales existentes en los diversos sistemas legales. Al respecto ver AMEGLIO, E. "Vicisitudes del proyecto de convenio internacional sobre trabajo en régimen de subcontratación", AAVV Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, FCU, Uruguay, 2000.

⁵A falta de una definición legal expresa, en Uruguay este ha sido uno de los puntos en el debate y el resultado es que "la doctrina y la jurisprudencia no han logrado un acuerdo sobre la noción o concepto de subcontratación o intermediación". CASTELLO, A. Responsabilidad Solidaria en el Derecho del Trabajo, FCU, Uruguay, 2004, p 44.

desarrollada por la empresa contratista, de modo tal que concurriendo los requisitos legales, existirá una situación de subcontratación laboral, ya sea que se trate de una actividad esencial o principal o que se trate nada más de una periférica o accesorio, y operarán las responsabilidades laborales previstas por la ley para la empresa principal⁶.

2 - Se establece un modelo de responsabilidad laboral que perfecciona el vigente

2.1 - Se consagra la responsabilidad subsidiaria y en cadena del mandante o dueño de la obra (artículo 183 D). El dueño de la obra o mandante responderá subsidiariamente con respecto de las obligaciones laborales y previsionales que afecten a sus empresas contratistas. También responderá en la misma calidad en caso de las obligaciones laborales que afecten a las empresas subcontratistas, cuando estas no puedan exigirse de las empresas contratistas en su calidad de responsable subsidiario inmediato.

La nueva ley tiene como idea central el reforzamiento de la protección laboral del trabajador subcontratado por medio del perfeccionamiento de las reglas ya existentes en la materia (artículo 64 y 64 bis CT). La herramienta fundamental es la asignación al dueño de la obra o empresa principal de una responsabilidad jurídica subsidiaria (opera sólo en caso de que el deudor principal, esto es, el empleador no cumpla con el pago de las obligaciones laborales, dotando al dueño de la obra del beneficio de excusión).

Esta responsabilidad subsidiaria es para el mandante y dueño de la obra de carácter indirecto, en cuanto su exigibilidad depende no de un hecho propio, sino de un hecho ajeno: el no cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales por parte de la empresa contratista. En ese sentido, el esquema legal de protección laboral del trabajador de empresas contratista y subcontratista se construye sobre un modelo simple: en primer lugar, responsabilidad

⁶Cuestión que nos ahorra el espinudo debate acerca de que debe ser considerado y que no actividad principal de la empresa mandante y de ese modo cuando hay o no subcontratación laboral. Caso paradigmático de esto es el atiborrado debate doctrinal español acerca de la noción de "propia actividad" a la que hace referencia el artículo 42.1 del Estatuto de los Trabajadores, como elemento constitutivo del concepto de subcontratación, y que deja afuera del mismo a actividades periféricas o no esenciales. Ver RIVERO, J. "La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo", en AAVV Descentralización productiva y nuevas formas de organizar la producción, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, MTAS, España, 2000. El ahorro en nuestro caso no es total, ya que la ley de subcontratación, con poco tino conceptual, reformando el artículo 66 de la Ley N° 16.744, ha hecho innecesariamente alusión a la actividad principal en materia de higiene y seguridad, específicamente en relación a las empresas principales: las que tengan más de 50 trabajadores subcontratados dentro "propio giro", deberán implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo. El Reglamento sobre la materia (DS N° 76, del 2007), con menos tino aún, ha definido actividad del giro propio como aquella actividad "destinada a que la empresa principal desarrolle sus operaciones o negocios" (artículo 4). Como es fácil de advertir, es difícil pensar en una actividad que no este destinada a que la principal haga su negocio, por lo que si la norma legal busca acotar su propia aplicación sólo a lo "esencial" de la actividad de la principal, el Reglamento se encarga, por la amplitud de la expresión "destinada", que ello definitivamente no resulte.

jurídica directa de la empresa contratista, y por tanto deudor principal de las obligaciones laborales, y en segundo lugar, en defecto de la anterior, la responsabilidad jurídica subsidiaria e indirecta por parte del dueño de la obra o mandante.

2.2 - Se establece una responsabilidad subsidiaria amplia

La ley soluciona cuestiones que se habían debatido en la jurisprudencia judicial: primero, la empresa principal responderá de todas las obligaciones laborales y previsionales, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral, y segundo, dicha responsabilidad quedará limitada temporalmente al periodo durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para el mandante (art. 183 B).

2.3 - Se establece una responsabilidad directa de la empresa principal en materia de seguridad e higiene

La empresa principal tiene la obligación, junto al contratista, de disponer de todas medidas necesarias para proteger la vida y salud de los trabajadores subcontratados en la faena respectiva (Art. 183 E). Ahora, el dueño de la obra que contrate o subcontrate *con otros la realización de una obra, faena o servicios*

propias de su giro y por esa vía se emplee a más de 50 trabajadores, *deberá vigilar el cumplimiento por parte de dichos contratistas o subcontratistas de la normativa relativa a higiene y seguridad, debiendo para ello implementar un sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores involucrados*⁷.

2.4 - Se establece una responsabilidad solidaria

La ley establece, como mayor novedad en la materia, un eventual agravamiento de la responsabilidad del mandante, pero no por un hecho del contratista (como sería, por ejemplo, el no pago de las obligaciones laborales), sino por un hecho suyo: debe responder solidariamente por no haber ejercidos los derechos de control que la ley le otorga (artículo 183 B). Si ejerce los derechos de control, la empresa principal queda en la misma situación anterior a la nueva ley: responde subsidiariamente, si no los ejerce, y sólo en ese caso, su responsabilidad se agrava, respondiendo solidariamente.

Más allá, entonces, del error mediático que se ha producido sobre la materia, señalándose que hay un cambio en el tipo de responsabilidad en la materia que ahora pasa a ser solidaria, error debido quizás a la histeria colectiva que la

⁷Ello supone, dice el artículo 7 transitorio de la Ley N° 20.123, la elaboración por parte de la empresa principal de un "reglamento especial para empresas contratistas y subcontratistas, en el que se establezca como mínimo las acciones de coordinación entre los distintos empleadores de las actividades preventivas, a fin de garantizar a todos los trabajadores condiciones de higiene y seguridad adecuadas". De este modo, en estos casos, aparte del reglamento interno de orden higiene y seguridad del dueño de las obras y de los contratistas, debe elaborarse un reglamento especial de coordinación de acciones de seguridad, a cargo y de responsabilidad de dueño de la obra. Dicha materia, la de seguridad e higiene en el ámbito de la subcontratación, ha quedado regulada por el Decreto Supremo N° 76, del 18.01.2007.

ley ha producido en el ámbito empresarial, parece claro que el régimen general de responsabilidad en materia de la empresa principal sigue siendo la responsabilidad subsidiaria, dependiendo de su propia conducta el mantenerse en esa situación. Sólo en el caso que no ejerza los derechos de control, como forma de sanción, la ley agrava su responsabilidad a solidaria.

La justificación de esta norma legal es buscar incentivar el sistema de autocontrol del cumplimiento de la legislación laboral: el mandante ve agravado su grado de responsabilidad de subsidiaria a solidaria por el hecho propio de no ejercer los derechos que la ley le otorga - de información y retención. Estos derechos van dirigidos, precisamente, a velar por el respeto de los derechos del trabajador en régimen de subcontratación.

Es obvio que la posición jurídica prevalente de la empresa principal respecto del contratista, reforzada legalmente por la atribución legal de los derechos de información y retención, justifican plenamente que debe verse agravada su responsabilidad cuando, por su propia falta de diligencia en el ejercicio de esos derechos, el pago de las obligaciones laborales y provisionales se vea en situación de no ser integrados.

3 - Se reconfiguran los derechos de control que la ley laboral le otorga a la empresa principal respecto de la empresa contratista:

el derecho de información y derecho de retención (art. 183 CT).

La empresa principal tiene derecho a ser informada por el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales, tanto de los trabajadores del contratista como del subcontratista. En dicho caso, el cumplimiento deberá acreditarse o por certificados emitidos por la Inspección del Trabajo o por medios idóneos que garanticen dichos derechos⁸.

En caso de que se informe la existencia de una deuda laboral o previsional, la empresa principal debe ejercer el derecho de retención de las obligaciones que tenga a favor del contratista o subcontratista respectivo, por el monto de que es responsable subsidiariamente, debiendo pagar con dicha retención al trabajador o institución provisional acreedora (art. 183 CT).

Antes estos derechos se establecían en único interés del mandante en cuanto le permite cautelar su eventual situación de responsabilidad subsidiaria, siendo su ejercicio de algún modo facultativo o voluntario. En la ley de subcontratación se les reconfigura y pasan al mismo tiempo de cautelar el interés del mandante a proteger los derechos del trabajador: su falta de ejercicio efectivo genera para el mandante, a modo de consecuencia jurídica, una intensificación de su responsabilidad: de subsidiaria a solidaria.

⁸El artículo 183 C señala que el Ministerio de Trabajo dictará un reglamento que regulará la forma y mecanismos que adoptaran esos medios idóneos a los que se refiere la ley. El reglamento fue dictado con fecha 20.01.2007, y correspondió el N° 319 del Ministerio del Trabajo, donde se regula la certificación vía Inspección del Trabajo o vía entidad competente (empresa privada de certificación laboral).

De este modo, la ley genera un sistema de protección del trabajador en régimen de subcontratación que opera en dos niveles: primero, la responsabilidad directa del contratista en su calidad de empleador, y segundo, la responsabilidad indirecta del mandante en calidad de tercero responsable subsidiariamente, quien, además, y aquí el gran aporte de la reforma legal en estudio, responde de las obligaciones laborales que corresponda, en caso de no haber ejercido oportunamente los derechos de control que la ley le otorga, ahora en calidad de tercero responsable solidariamente.

4 EL DEBATE LEGAL SOBRE EL SUMINISTRO DE TRABAJADORES

Los problemas del suministro eran más graves que la subcontratación. No podía determinarse quien es el empleador para efectos legales laborales, y la empresa usuaria no se hace responsable ni directamente ("los contratos están suscritos con la suministradora" alegan en los Tribunales y hasta ahora la Corte Suprema los apoya al inhabilitar en sus fallos sobre la materia a la Dirección del Trabajo por "carecer de competencia legal"), ni indirectamente como responsables solidarios o subsidiarios (porque no existe ninguna norma legal que los obligue como sí ocurre en la subcontratación). Además quedaban una serie de derechos constitucionales y laborales en el aire, sin poder ser ejercidos, especialmente los de carácter colectivo, no se pueden sindicalizar ni negociar colectiva-

mente con la empresa usuaria donde trabajan porque no son sus empleados.

Eran por así decirlo, los trabajadores ideales para la usuaria: no tienen contrato formal de trabajo con ella, no hay que responder por sus derechos laborales ni previsionales, no se sindicalizaban y no negocian colectivamente, y por si fuera poco, si solicitaban la intervención de la autoridad administrativa los Tribunales de Justicia consolidaban toda esta situación declarando que la Inspección del Trabajo carece de competencia en esta materia.

¿Cómo se soluciona esta sui generis situación legal - una tierra de nadie - en la que se encuentran los trabajadores suministrados por empresas de servicios transitorios?

Esa pregunta no tenía respuesta en la ley laboral en Chile. Como decía en una nota de prensa el Presidente de la Confederación de Trabajadores del Comercio "estos trabajadores trabajan sin Dios ni ley" (Diario Siete, 5 de Enero del 2006).

En efecto, dicha figura no estaba reconocida por nuestro legislador: los trabajadores tenían día a día, cara a cara, una relación laboral con un empleador "real" (empresa usuaria), quien no obstante no asumía ninguna responsabilidad y que al momento de plantear sus exigencias laborales los reenviaba a tratar con un empleador "fantasma" (empresa de trabajo temporal), y cuando reclamaban la protección de la Dirección del Trabajo para que hiciera exigible el cumplimiento de

las disposiciones laborales respectivas frente al empleador real, dicha acción se veía paralizada mediante declaraciones de incompetencia de los Tribunales de Justicia, obtenidas por la vía de la acción de protección, quedando la acción fiscalizadora, entonces, centrada en la empresa de servicios transitorios, quien, paradójicamente, no tenía mayor contacto laboral diario y permanente con el trabajador, salvo firmar el contrato de trabajo y en algunos casos, para el pago de las remuneraciones.

Lo extraño y precario de la peculiar situación que los trabajadores suministrados, hizo plantear la temática acerca de buscar e introducir una posible regulación legal en nuestro orden laboral para el suministro de trabajadores, que permitiera resolver las inquietudes que esta figura genera: ¿puede ser considerado empleador una empresa que no tiene mayor contacto laboral con los trabajadores?, ¿es correcto que la empresa que recibe día a día la prestación de servicios no asuma ninguna responsabilidad en el ámbito laboral?, ¿el suministro de trabajadores requiere que la labor suministrada sea sólo transitoria?, ¿cómo se ejercen los derechos colectivos de los trabajadores suministrados, especialmente la sindicalización y la negociación colectiva?, ¿qué ocurre con las diferencias salariales entre los trabajadores suministrados y los contratados directamente por la empresa usuaria?, ¿quién responde en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales?

De no haberse regulado esta figura, el suministro de trabaja-

dores en Chile habría seguido presentando rasgos que abiertamente perjudican al trabajador cedido:

a) Es difícil de sostener que la empresa usuaria, donde el trabajador temporal presta sus servicios diariamente y respecto de la cual tiene deberes laborales, no tenga ninguna responsabilidad legal frente al trabajador. Cabe señalar, sin embargo, como veremos más adelante, que esta objeción del trabajo temporal ha sido superada, en la legislación comparada mediante el establecimiento de la responsabilidad laboral solidaria de la empresa usuaria o, en su defecto, la responsabilidad subsidiaria.

b) El trabajo suministrado como se da en la realidad laboral chilena corresponde a un caso paradigmático de precarización del empleo, que se traduce en la diferencia de estabilidad laboral que existe entre el trabajador permanente y el suministrado. Aún los más benevolentes con esta figura señalan que aunque el empleo suministrado no es forzosamente sinónimo de trabajo precario, no deja de ser un paliativo insuficiente para muchos temporeros que buscan una situación estable.

c) Existe una notable discriminación laboral en materia de suministro en Chile: mientras los trabajadores contratados directamente por la usuaria gozan de cierta estabilidad laboral, asociada a beneficios y garantías laborales, los trabajadores suministrados, en muchas ocasiones, haciendo la misma labor o desempeñando la misma función, reciben un trato

sensiblemente distinto, asociado a menos beneficios (tanto materiales como económicos), menos garantías (existe mucha contratación a honorarios) y peores salarios.

Precisamente estas, entre otras, razones hicieron que se prohibiera inicialmente en las legislaciones laborales nacionales el suministro o cesión de trabajadores, prohibición adicionalmente refrendada a nivel internacional con el Convenio de la OIT sobre agencias de colocación (N° 96). Sólo en la década de los noventa comenzó a ganar carta de legitimidad, como una forma de buscar flexibilizar las relaciones de trabajo, permitiendo que las empresas recurrieran a otras empresas en búsqueda de mano de obra por razones temporales, sin necesidad de contratar directamente a dichos trabajadores. Así diversos países que hasta fines de los ochenta prohibían esta figura, comenzaron a reconocerla y regularla: España en 1994, Italia en 1997 y en nuestro propio entorno Colombia en 1990⁹.

Además se le reconoció como figura legítima en el ámbito de la legislación internacional del trabajo con el Convenio N° 181 de la OIT, sobre agencias privadas de empleo (1997).

La recepción, sin embargo, siempre bajo la premisa fundamental de que para el Derecho del Trabajo las relaciones triangulares no son normales, éste sólo las acepta a título de excepción, justificándolas tradicionalmente

desde un punto de vista económico, y que cuando las establece, reconoce la posibilidad de este tipo de relaciones de trabajo en tanto que excepción a un principio general.

En ese contexto, Chile se encontraba casi como una excepción en el plano internacional, ya que no se reconocía esta figura, cuestión que precisamente vino a ser solucionada por la Ley N° 20.123, que conocido popularmente como de subcontratación, su propósito principal es regular el suministro de trabajadores.

5 LA LEY SOBRE SUMINISTRO DE TRABAJADORES: LAS EMPRESAS DE SERVICIOS TRANSITORIOS

La nueva ley reconoce y regula por primera vez en Chile la figura del suministro de personal a través de lo que denomina empresas de servicios transitorios.

La regulación se centra en tres ejes fundamentales:

Primero, se regula las empresas de servicios transitorios (EST) para garantizar que no se trata de simples artificios jurídicos, que tengan por objeto servir sólo de medio de las empresas usuarias para evadir obligaciones laborales.

Segundo, se regula la cesión del trabajador propiamente tal, esto es, la relación entre la EST, la empresa usuaria y los trabajadores suministrados, para garantizar que el suministro tenga un carácter

⁹Regulan el suministro de trabajadores diversos países, entre otros : Alemania (ley 1976), España (Ley 14/1994), Irlanda (Employment Agencies Act 1991), Argentina (Ley N° 24.013/1991), Colombia (Ley N° 50/1990).

transitorio, evitando que se transforme en una forma permanente de contratar trabajadores por parte de las empresas usuarias.

Tercero, se regula la situación jurídica de la empresa usuaria con el objetivo fundamental de establecer un mecanismo de responsabilidad para que esta responda por las obligaciones laborales del trabajador.

Estas tres líneas de regulación modifican el panorama del suministro de trabajadores en Chile anterior a la ley N° 20.123: donde las EST no tenían que cumplir ningún requisito en particular (lo que facilitaba la existencia de suministradoras de papel o artificiales), el suministro de trabajadores era permanente (lo que permitía que por años trabajadores laboren para la usuarias sin derechos sobre estas), y por último, no había regulación de la situación jurídica de las empresas usuarias (lo que generaba una suerte de impunidad legal en materia laboral no respondiendo por ninguna obligación laboral ni siquiera a título de responsable subsidiario).

Revisemos estas líneas de regulación:

5.1 Las empresas de servicios transitorios

A estas empresas se le reconoce la calidad de empleador con respecto a los trabajadores suministrados o cedidos, por lo que debe responder legalmente de todas las obligaciones laborales y previsionales que correspondan. De acuerdo a las reglas generales esa calidad no le corresponde: como no

hay excepción al artículo 3 del Código del Trabajo, la EST no debería ser considerada empleador, ya que el mando y la dependencia corresponde a la empresa usuaria. La nueva ley altera las reglas generales, considerando empleador a quien no ejerce el mando y la subordinación, a cambio de una regulación que garantice los derechos de los trabajadores.

La regulación de las EST exige que:

a) Las empresas que desarrollen el suministro de recursos humanos tendrán por ley un objeto social único (art. 183 F) y no podrá ser filiales o coligadas de la empresa usuaria (art. 183 I). Hoy las usuarias crean en muchas ocasiones sus propias empresas de suministro sólo con el objeto de que los trabajadores no tengan contratos con ella, por eso es posible en Chile encontrar en un mismo centro de trabajo, decenas de empresas suministradoras actuando para una sola usuaria, como ocurre, por ejemplo, con las multitiendas (art. 183 I).

b) Las empresas de trabajo temporal deberán constituir una garantía para el cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales, mediante un depósito a través de instrumentos financieros constituidos a nombre de la Dirección del Trabajo, contra el cual se pagarían las obligaciones laborales o previsionales pendientes de la empresa de trabajo transitorio. La garantía tiene un monto de 250 UF aumentada por cada trabajador suministrado en 1 UF por sobre 100 trabajadores, 0.7 UF por sobre 150 y 0.3 por sobre 200.

La garantía es una exigencia común en el derecho comparado: se exige cauciones monetarias en Italia, Portugal, España, Argentina y Colombia.

c) A efectos de permitir una adecuada información y publicidad sobre estas empresas así como supervisar el cumplimiento de los requisitos de constitución, éstas debieran registrarse ante la Dirección del Trabajo.

Dicho registro será requisito necesario para el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios, y la cancelación de la inscripción en dicho registro importará la extinción de la respectiva empresa de servicios transitorios. La exigencia de registro público de la ETT es una regla en el derecho comparado: se exige en Alemania, España, Italia, Gran Bretaña, Irlanda, Colombia, Argentina.

5.2 - El contrato de puesta a disposición y el trabajador transitorio

El centro de la regulación sobre el suministro de trabajadores lo constituye el denominado contrato de "puesta a disposición", figura jurídica civil o mercantil celebrada entre la empresa usuaria y la empresa de servicios transitorios, que opera como sustento legal a la cesión legal de trabajadores, y respecto del cual operan dos mecanismos claves de la nueva regulación: la causalidad del suministro (el contrato debe justificarse en una causa legal), y la transitoriedad del mismo (la ley lo somete a un plazo máximo)

El contrato a puesta disposición debe estar escriturado dentro del plazo de 5 días de comen-

zando el suministro del trabajador para la usuaria, salvo que dure menos de ese lapso de tiempo, en cuyo caso la escrituración debe realizarse dentro de 2 días, y debe mencionar, con carácter obligatorio, las siguientes menciones: la individualización de las partes deberá hacerse con indicación del nombre, domicilio y número de cédula de identidad o rol único tributario de los contratantes. En el caso de personas jurídicas, se deberá, además, individualizar al o los representantes legales. Además, deberá indicar la causal invocada para la contratación de servicios temporarios de conformidad con el artículo siguiente, los puestos de trabajo para los cuales se realiza, la duración de la misma y el precio convenido.

Respecto de esta figura cabe señalar lo siguiente:

5.2.1 - El suministro de trabajadores debe ser transitorio, y basado en requerimientos excepcionales de una empresa usuaria. Hasta ahora el suministro en Chile ha sido permanente, pudiendo extenderse por varios años que el trabajador preste servicios a la empresa usuaria sin que se genere un vínculo jurídico entre ambos.

La regulación, por tanto, precisa las causas específicas que permitan el suministro, las que deben constar en el contrato de "puesta a disposición":

a) *suspensión del contrato de trabajo o de la obligación de prestar servicios, según corresponda, de uno o más trabajadores por licencias médicas, des-cansos de maternidad o feriados;*

b) eventos extraordinarios, tales como la organización de congresos, conferencias, ferias, exposiciones u otros de similar naturaleza;

c) proyectos nuevos y específicos de la usuaria, tales como la construcción de nuevas instalaciones, la ampliación de las ya existentes o expansión a nuevos mercados;

d) período de inicio de actividades en empresas nuevas;

e) aumentos ocasionales, sean o no periódicos, o extraordinarios de actividad en una determinada sección, faena o establecimiento de la usuaria; o

f) trabajos urgentes, precisos e impostergables que requieran una ejecución inmediata, tales como reparaciones en las instalaciones y servicios de la usuaria.

Podría considerarse que las causales son extremadamente ambiguas y amplias, lo que es en cierta medida cierto, pero la transitoriedad del suministro viene efectivamente garantizada por el tiempo máximo que de duración de la cesión del trabajador: en los casos de la letra de 90 hasta 180 días según el caso de que se trate, sin posibilidades de renovación.

Al igual que en el derecho comparado, el suministro es siempre transitorio: en Bélgica el contrato sólo puede tener una duración máxima de tres a seis meses, en Dinamarca no puede exceder de tres meses y no es renovable, en Alemania el plazo máximo es entre nueve meses y un año, y en el resto de los casos, como en Francia, si bien no se fija tiempo máximo, se le liga a que la tarea o

función a desempeñar sea transitoria.

5.3 - Situación legal de la empresa usuaria

Aunque la empresa usuaria no corresponde al empleador desde el punto de vista legal, la normativa vigente le exige que asuma determinadas responsabilidades:

a) La ley considera un régimen de responsabilidad subsidiaria de la empresa usuaria respecto de las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores suministrados, equiparando en esta materia a los trabajadores suministrados y los trabajadores en régimen de subcontratación.

Se trata de una norma fundamental, ya que hasta ahora las empresas usuarias no asumían ningún tipo de responsabilidad respecto de los trabajadores suministrados, encontrándose aquí una de las razones más evidentes de la situación de precariedad laboral de estos trabajadores.

b) El suministro de trabajadores se restringe en relación al tipo de actividad que puede desempeñar el trabajador cedido, prohibiendo la ley que se utilice esta figura en los casos que señala: para realizar tareas de alto directivo (gerentes y subgerentes que tengan poder de representación de la empresa), para ser cedidos a otras empresas usuarias y especialmente se prohíbe el suministro para el reemplazo de trabajadores en huelga dentro de una negociación colectiva¹⁰.

¹⁰Norma común en el derecho comparado: se prohíbe el suministro en situación de huelga de la empresa usuaria en España, Gran Bretaña, Italia, Francia.

c) Se establece una responsabilidad directa de la empresa usuaria en materia de higiene y seguridad: la ley señala que será de responsabilidad directa de la usuaria el cumplimiento de las normas referidas a la higiene y seguridad en el trabajo, incluidas las disposiciones legales y reglamentarias relativas al Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Ley N° 16.744, especialmente las medidas de prevención de riesgos que deba adoptar respecto de sus trabajadores permanentes.

d) La ley cierra el andamiaje normativo descrito con un sistema de sanciones en contra de la empresa usuaria en casos de infracción y de fraude a la ley:

En el primer caso, la usuaria responde por infracción a la ley laboral cuando contrate a un trabajador de servicios temporarios por intermedio de empresas no inscritas en el registro que para tales efectos llevará la Dirección del Trabajo. La sanción será, aparte de la multa que corresponda, que el trabajador respectivo se considerará como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común (art. 183 AA).

En el segundo caso, la usuaria responde por fraude a la ley laboral cuando ha celebrado contratos de trabajo en supuestos distintos a aquellos que justifican la contratación de servicios temporarios, o que tengan por objeto encubrir una relación de trabajo de carácter

permanente con la usuaria, se entenderán celebrados en fraude a la ley, considerándose el trabajador como dependiente de la usuaria, vínculo que se regirá por las normas de la legislación laboral común, sin perjuicio de las demás sanciones que correspondan (artículo 183 U).

6 ASPECTOS PENDIENTES: ¿Y LA IGUALDAD DE CON- DICIONES?

En ese sentido, para concluir, una propuesta como la descrita arriba, recoge las líneas más avanzadas de regulación del fenómeno del suministro en el derecho comparado, atendido que durante la década de los noventa se ha producido su legalización dentro de buena parte de los países del mundo, bajo las directrices del Convenio N° 181 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre agencias privadas de empleo.

A pesar del notable avance que la ley representa tanto para los trabajadores suministrados como los subcontratados en Chile, existen ciertos puntos pendientes que deberían ser objeto de debate en futuras reformas a la ley definitivamente aprobada.

Dichos puntos pendientes son fundamentalmente los siguientes:

En primer lugar, el denominado problema de la equiparación salarial, que es un problema común al trabajo en régimen de subcontratación como al suministro de trabajadores. Uno de los aspectos

más relevantes en el debate público del tema en Chile respecto de ambas figuras de trabajo triangular corresponde a las sensibles y discriminatorias condiciones de trabajo, especialmente salariales, en que se desempeñan los trabajadores subcontratados o suministrados respecto de los trabajadores directos de la empresa dueña de la obra o de las empresas usuarias que realizan el mismo trabajo.

En rigor, las propuestas del Gobierno no han buscado solucionar directamente este problema de las diferencias remuneracionales entre los tipos de trabajadores. La ley de subcontratación laboral no da respuesta a este problema: sigue siendo plenamente legal establecer condiciones de remuneraciones inferiores para trabajadores subcontratados o suministrados, a pesar de realizar el mismo trabajo que los directamente contratados por las empresas principales.

Una solución, políticamente muy interesante y novedosa, expresión de un derecho fundamental en lo laboral de no-discriminación arbitraria (“a igual trabajo, igual remuneración”), y que evita de paso que el negocio de la triangulación laboral se centre en la precariedad laboral, sería derechamente exigir en que se incorpore al proyecto de ley la denominada “equiparación salarial para igual trabajo”, de modo tal que, de realizar la misma tarea, el trabajador subcontratado o suministrado tenga derecho a recibir igual remuneraciones que el

trabajador directamente contratado por la empresa mandante o usuaria.

Esta regla legal ya existe en el derecho comparado. En España, la ley 29/1999, de 16 de julio de 1999, estableció la denominada “*equiparación salarial*” entre los trabajadores directo y los suministrados por vía de una empresa de trabajo temporal: *Los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho durante los períodos de prestación de servicios en las mismas a percibir, como mínimo, la retribución total establecida para el puesto de trabajo a desarrollar en el convenio colectivo aplicable a la empresa usuaria, calculada por unidad de tiempo*¹¹. Y en el mismo sentido, el artículo 79 de la Ley N° 50, que dispone: *los trabajadores en misión tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad, aplicando para el efecto las escalas de antigüedad vigentes en la empresa. Igualmente, tendrán derecho a gozar de los beneficios que el usuario tenga establecidos para sus trabajadores en el lugar de trabajo, en materia de transporte, alimentación y recreación.*

En segundo lugar, y para concluir, cabe señalar que un aspecto especialmente problemático, aunque menos urgente que el anterior, en el caso del suministro de trabajadores que este proyecto legaliza, corresponde al difícil escenario que enfrenta el ejercicio de derechos colectivos del trabajo, particularmente la sindicalización y la negociación colectiva.

¹¹En rigor, se trata de una norma habitual en el derecho comparado: existe equiparación salarial entre el trabajador suministrado y el trabajador directo en la misma función en Bélgica, Italia, Francia, Portugal y en Colombia.

Los trabajadores suministrados prestan servicios en diversas empresas usuarias, sin conexión entre ellas, y las condiciones de trabajo no están determinadas por su empleador común (la empresa suministradora), sino por las empresas usuarias donde prestan servicios, las que tienen sus propios sindicatos y regulaciones colectivas.

La ley no aborda este punto, y sería deseable en el futuro buscar una fórmula para facilitar el ejercicios de derechos constitucionales del trabajador, especialmente la libertad sindical, donde una fórmula interesante a explorar sería atribuir al sindicato de la empresa usuaria cuando exista la representación sindical de estos trabajadores, si ellos se lo solicitan, y en todas aquellas materias referidas a condiciones comunes de

trabajo que afecten a este tipo de trabajadores, aunque sin incluir la negociación colectiva con la usuaria, ya que en el esquema legal vigente, dicho derecho siempre debería ejercerse ante el empleador, esto es, ante la empresa de servicios transitorios.

Una fórmula, quizás, sería la adoptada en Estados Unidos, país tan admirado por los enemigos del Derecho del Trabajo, donde la Junta Nacional de Relaciones de Trabajo (NLRB), decidió que los trabajadores de la empresa central y los externos de empresas suministradoras (agencias de empleo) que prestaban servicios bajo su mando, constituían una sola unidad de negociación colectiva, aunque tuvieran empleadores distintos¹².

¹²M.B Sturgis, Inc. and Textile Processors, Service Trade, Health Care, Professional and Technical Employees International Union Local 108. National Labour Relations Board, vol 331, num. 173, 25.08.2000. El criterio central de esta decisión es lo que se denomina en la jurisprudencia de esa Oficina "la comunidad de intereses" presente en trabajadores que se desempeñan en el mismo proceso productivo.

O PAPEL DA CÂMARA SOCIAL: SUA JURISPRUDÊNCIA – INFLUÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO*

Evelyne Collomp**

Resumo: O trabalho pretende analisar o papel da Câmara Social da Corte de Cassação Francesa, à luz do direito internacional e comunitário, consideradas as reformas legislativas ocorridas na França e que alteraram o procedimento, visando imprimir maior celeridade e efetividade, preservada a segurança jurídica, das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Câmara Social; Corte de Cassação, Direito Internacional; Direito Comunitário.

Sumário: 1 A Câmara Social. Sua missão normativa. 2 O papel específico da Corte de Cassação em geral e a Câmara Social em particular na aplicação do direito comunitário e do direito internacional. A – As convenções de direito internacional puro que se impõem ao juiz do trabalho francês. B – O direito comunitário. C – A missão específica da Corte de Cassação é particularmente aquela de sua Câmara Social quando da aplicação do direito comunitário.

1 A CÂMARA SOCIAL. SUA MISSÃO NORMATIVA

A Câmara Social é uma das cinco câmaras cíveis da Corte de Cassação; sua vocação natural é, como pelas outras formações, de ter um papel normativo, o que quer dizer que sua missão essencial, como lembrava nosso Primeiro Presidente, há alguns anos, no discurso de inauguração, é de “dar uma interpretação da lei que preencha suas lacunas, tire suas ambigüida-

des, que precise o sentido ou o alcance ou ainda a adapte à evolução dos costumes, das técnicas, da vida social, da economia, das mentalidades ou da cultura”. É certo que suas especificidades tornam à Corte esta tarefa infinitamente difícil, uma vez que ela deve administrar um contencioso de massa sob um aspecto geralmente muito factual de produzir decisões normativas. Enquanto as outras câmaras cíveis produzem aproxima-

*Tradução de Luciana Caplan. Revisão da tradução por Danielle Bertachini Monteleone.

** Juíza Presidente da Câmara Social da Corte de Cassação Francesa

damente 2000 a 2500 decisões por ano, este número passa de 8000 pela Câmara Social com um efetivo de conselheiros pouco superior... e esta realidade, que nós tínhamos acreditado, por um momento, que deveria ter melhorado pela modificação dos procedimentos de representação em matéria social (estes, depois de janeiro de 2005, são, como nas outras matérias, submetidos à representação obrigatória, isto é, eles necessitam da intervenção de um advogado no conselho - sendo que podiam ser apresentados diretamente pelas partes) na realidade pouco evolui, sendo a melhora registrada em um primeiro momento devido ao efeito tardio relacionado ao procedimento prévio do auxílio jurisdicional; para enfrentar esta situação excepcional, a Câmara Social teve, pois, que se dotar de uma organização toda particular, adaptada na medida do possível a seu fluxo considerável de casos.

Aproveitando a introdução em nosso Código de Processo Civil, por uma lei orgânica de 25 de junho de 2001, que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, de um procedimento dito "de admissão de recursos", que existia já no Conselho de Estado a partir desde 1987, e que à Corte de Cassação permite também, a partir de então, a uma formação mais reduzida de apenas três magistrados de uma câmara, declarar pelo não conhecimento de um recurso inadmissível em sua forma ou desprovido de motivo urgente e relevante. A Câmara Social aparelhou-se de um núcleo de reflexão e de orientação dos recursos composto por cinco *conseillers référendaires*, além de mais outros dois, especialmente encarregados

das inadmissibilidades e dos recursos relativos às eleições profissionais, o qual tem particularmente por missão prever imediatamente, desde a chegada dos memoriais, seu adequado encaminhamento à seção competente respectiva e aos juízes relatores competentes especificamente incumbidos do contencioso a que se referem e de reagrupar os processos de mesmo tipo, de maneira a organizar audiências temáticas, e também de resolver de forma célere os processos que surgem à primeira vista, ou mesmo ao final de um estudo completo, manifestamente destinados a não serem admitidos, estando esta orientação naturalmente suscetível de ser, em seguida, revisada, se sustentado, por exemplo, à vista dos elementos desenvolvidos em seguida, nos memoriais de defesa, que o problema aventado é mais complexo que parecia de início... estes processos simples têm agora designada uma audiência - desde a expiração dos prazos dos quais dispõem as partes para entregar seus memoriais (sendo de cinco meses para o requerente, a contar do recurso, e três para o requerido, a contar da intimação dos memoriais em questão) onde é certamente sempre possível orientá-los novamente se algum tipo de dificuldade surgir; vêm assim, em princípio, diante das formações de seção e ordinárias, apenas os processos que mereçam uma resposta normativa, seja por se tratar uma questão nova, seja porque possam ensejar uma reviravolta na jurisprudência ou que o procedimento mereça uma resposta porque, por exemplo, a solução contida na decisão atacada encontra-se justificada, mas é mal motivada.

Estas medidas permitiram, ao custo de um esforço considerável de todos os membros da Câmara, uma sensível melhora na situação... mesmo se o fluxo atual de recursos é ainda bastante relevante para permitir à Câmara Social de se dedicar exclusivamente à sua função normativa (deste modo, se o estoque de processos em curso na Câmara Social é atualmente de 7610 e o de processos pendentes de decisão e conclusos com os juízes é de 667, o prazo de solução dos processos que era ainda de mais de 900 dias, há dez anos, se encontra hoje reduzido a apenas 582; certamente é ainda muito longo, mas demonstra assim mesmo uma evidente melhora).

Apesar de todas estas dificuldades, ela se esforça em exercer sua missão que é a de interpretar de maneira unificada e normativa a regra de direito, à custa de, às vezes, provocar revisão na jurisprudência - que não ocorre sem problematizar, porém, a questão a respeito da segurança jurídica; uma reflexão global sobre a questão fora argüida por um grupo de trabalho dirigido por professores... mas ainda se trata, sem dúvida, de uma dificuldade recorrente sobretudo em um período de mutação acelerada em todos os domínios e, uma vez que a jurisprudência é o reflexo da evolução das práticas sociais, econômicas, políticas, assim como das mentalidades, não é, portanto, surpreendente, que ela própria experimentalmente, também, modificações.

Não se deve, contudo, exagerar quanto ao impacto das modificações jurisprudenciais... primeiro,

raras são aquelas que são insuperáveis para o passado; em seguida, certas evoluções são amplamente previsíveis e intervêm sempre nos domínios mais controvertidos, onde se revela necessária a correção de certos excessos ou de se fixar uma linha diretiva mais coerente; em suma, se trata de melhorar, de adaptar, de se ater o mais próximo possível às realidades econômicas e sociais; enfim, não se deve perder de vista, por um lado, que em sua maioria, a jurisprudência mantém-se por um longo tempo e, por outro lado, que, de toda forma, a linha diretiva da Câmara Social é sempre de adotar uma posição "razoável", esforçando-se em levar em consideração os interesses legítimos dos trabalhadores, parte fraca do contrato de trabalho que se convém proteger, mas também aqueles (interesses) legítimos da empresa, sem contudo ocultar a necessidade de afirmar a perenidade dos princípios e dos valores fundamentais.

Tal como a liberdade de exercer uma atividade profissional (eu penso em toda jurisprudência que se desenvolveu sobre as cláusulas de não-concorrência), a proteção da vida privada (a Câmara Social afirmou com veemência que o trabalhador, mesmo ao tempo e no lugar do trabalho, tem direito ao respeito à intimidade de sua vida privada, onde o empresário vê recusado o direito de tomar conhecimento direto de uma mensagem privada constante do correio eletrônico de seu empregado) ou ainda a imperiosa necessidade de executar o contrato de trabalho de boa fé.

2 O PAPEL ESPECÍFICO DA CORTE DE CASSAÇÃO EM GERAL E A CÂMARA SOCIAL EM PARTICULAR NA APLICAÇÃO DO DIREITO COMUNITÁRIO E DO DIREITO INTERNACIONAL

O artigo 55 da Constituição de 1958 dispõe que “os tratados ou acordos internacionais regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior àquela das leis, com a reserva, para cada acordo ou tratado, de sua aplicação pela outra parte”; ademais, a condição de reciprocidade se refere apenas ao tratado bilateral; em compensação e qualquer que seja o tipo de convenção, suas disposições suficientemente precisas para fornecer resposta a uma questão de direito são diretamente aplicáveis na ordem interna; pertence, portanto, à toda jurisdição do Estado, a aplicação das disposições das convenções internacionais, solucionando, em favor destas, eventuais conflitos com as regras nacionais (este é o controle de convencionalidade das leis); esta autoridade do direito internacional é repleta de conseqüências levando-se em conta a importância das convenções que vinculam hoje a França, seja em se tratando de acordos bilaterais que afetam o regime de trabalho (relativos, por exemplo, à imigração) ou, sobretudo, de convenções multilaterais visando, ou a harmonizar e a coordenar os diferentes sistemas nacionais em matéria de trabalho e de proteção social (se trata, assim, da salvaguarda da concorrência, impondo-se obrigações equivalentes num contexto de mundialização de trocas), ou a universalizar o progresso social e certos valores da democracia ou, ainda, em facilitar o

processo de integração européia; dentre estas, se deve certamente fazer uma ressalva quanto ao direito comunitário.

A – As convenções de direito internacional puro que se impõem ao juiz francês do trabalho:

- as convenções da Organização Internacional do Trabalho às quais convém acrescentar o Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos e o Pacto Internacional relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais adotados em dezembro de 1966 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, e aplicáveis na França a partir de 1981; na França, estas convenções da OIT aplicam-se diretamente desde o momento em que são ratificadas; elas abrangem um vasto campo material indo desde as liberdades fundamentais às condições de trabalho e à seguridade social; elas visam sobretudo submeter a concorrência internacional às regras comuns, evitando a corrida a um leilão social;
- as convenções do Conselho da Europa (criado pelo Tratado de Londres, em 1948) a começar pela muito célebre Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, mas também pela Carta Social européia ou até mesmo as Cartas Sociais: a de 1961, a primeira, tardiamente ratificada pela França (ela apenas entrou em

vigor em 1974) cujas exigências eram modestas na medida em que os Estados a poderiam subscrever sem aceitar todos os deveres da parte obrigatória; depois, a de 3 de maio de 1996, chamada Carta Revisada, e que consagra 31 direitos aos quais correspondem igualmente deveres (mas uma aceitação parcial resta possível);

- a Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais interessa, em alguns de seus dispositivos, especificamente ao direito do trabalho; são aqueles que concernem à proibição do trabalho forçado (artigo 4), a liberdade sindical (artigo 11) e, deste ponto de vista, a Corte Européia de Direitos do Homem produziu importantes sentenças relativas à representatividade dos sindicatos de categorias, ao direito do sindicato de negociar, às cláusulas de segurança sindical... mas, além destas disposições específicas, fundamentando-se sobre o princípio da indivisibilidade dos direitos do Homem, a Corte Européia faz resultar dos direitos profissionais, disposições mais genéricas (como do direito ao respeito à vida privada ou da proibição dirigida aos Estados de ofender de forma excessiva o “direito de ganhar a vida por um trabalho livremente empreendido”); igualmente, esta convenção é frequentemente invocada

perante as jurisdições do trabalho e particularmente pelo artigo 6, que garante um direito a um processo equitativo, conduzido publicamente e dentro de um prazo razoável perante um tribunal imparcial e independente (a França foi condenada sob o fundamento deste texto em certos processos na primeira instância – logo, perante o *Conseil de Prud'Hommes* – em tendo desprezado esta exigência de celeridade), e é em referência a esta disposição que a Câmara Social procurou investigar, por exemplo, se a disposição de direito interno obrigando o juiz que julgara um despedimento desprovido de causa real e séria, relevante, de determinar, de ofício, ao empregador, de reembolsar às ASSEDIC (Associações pelo Emprego na Indústria e Comércio) as somas pagas ao trabalhador despedido, era compatível com as exigências internacionais (sentença de 18 de janeiro de 1989) ou ainda que ela questionou acerca da regularidade da organização ou do procedimento no Conselhos supracitados – por exemplo, a decisão da Câmara Social, em 19 de novembro de 2002, que cassara as sentenças que haviam estatuído sem haver prova que o réu tinha sido regularmente chamado ao processo, ou, ainda, a decisão de 19 de dezembro de 2003, tendo

respondido positivamente à questão de saber se a composição dos conselhos de primeira instância (*Conseils de Prud'Hommes*), jurisdições com competência exclusiva para os litígios nascidos do contrato de trabalho e que são constituídos em sistema paritário de representantes eleitos do mundo salarial e do mundo patronal, estaria conforme à exigência de imparcialidade; é ainda por referência ao mesmo princípio que ela considerou, acerca da lei chamada "Aubry II", de 19 de janeiro de 2000, que "o princípio de proeminência do direito e a noção de processo equitativo, que resultam do artigo 6-1 da Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais" se oporiam, "salvo prova de imperioso motivo de interesse geral, à ingerência do poder legislativo na administração da justiça a fim de influenciar sobre o desfecho de um litígio em curso" (Câmara Social, 24 de abril de 2001, Bol. n° 13-0, cuja posição, replicada depois pela Assembléia Plenária numa sentença de 24 de janeiro de 2003, veio a ser ratificada pela CEDH); outras disposições são ainda invocadas quando consagram um direito fundamental, mais precisamente se não o faz o direito nacional, ou que elas limitem as restrições que ele pode suportar; é assim que

a Câmara Social se apoiou no artigo 8 da Convenção que consagra o direito de toda pessoa ao respeito a seu domicílio, para cassar uma sentença que outorgou eficácia à uma cláusula de mobilidade impondo a um trabalhador de transferir seu domicílio, enquanto que esta restrição a uma liberdade garantida pela convenção "não era indispensável à proteção dos interesses legítimos da empresa e nem proporcional", ou por julgar que o empregador não poderia, sem afrontar o respeito à vida privada de seu trabalhador, o que inclui o sigilo de correspondência, tomar conhecimento das mensagens pessoais por aquelas emitidas ou recebidas, graças a um instrumento de informática colocado à sua disposição (sentença Nikon de 02 de outubro de 2001);

- A Carta: a Carta Social Européia foi revisada em 03 de maio de 1996 (ratificada pela França por uma lei de 10 de março de 1999 e publicada por decreto, em 4 de fevereiro de 2000); ela consagra 31 direitos, dentre os quais o direito à igualdade de oportunidade, à igualdade de tratamento em matéria de emprego e de profissão sem discriminação fundada no sexo, o direito à informação e à consulta, o direito à proteção em caso de despedida, o direito à dignidade no trabalho, à proteção contra a pobreza e a exclusão social, direito à

habitação... os novos procedimentos adotados vão, sem dúvida, dar a este instrumento, que por muito tempo fora desprezado, todo seu interesse. A partir de então, permite-se às organizações internacionais não-governamentais, organizações internacionais e nacionais representativas de empregadores e de trabalhadores, formular recursos contra um Estado que tenha ratificado a Carta Européia revisada, por sua violação, e um órgão de controle quase jurisdicional, denominado Comitê Europeu dos Direitos Sociais, é encarregado de velar pelo respeito a suas disposições. Depois de ter decidido pela admissibilidade da reclamação, o Comitê requisita ao Estado réu que submeta um relatório sobre o mérito da reclamação em um prazo determinado e depois convida a organização queixosa a produzir uma réplica ao relatório e, se for o caso, uma audiência pública pode ser organizada; ao final, o Comitê adota uma “decisão sobre o mérito” na reclamação, a qual é, em seguida, transmitida com a própria reclamação ao Conselho da Europa. Com base no relatório do Comitê, o Conselho adotará uma resolução. Relevante precisar que se trata de procedimentos autônomos em relação às ações judiciais internas que não são condicionadas ao esgo-

tamento dos recursos internos e que completam os demais controles da boa aplicação da Carta, resultante dos relatórios apresentados pelos Estados ao Conselho da Europa, mas é bem evidente que as posições adotadas por estas instâncias supranacionais não deixam de incidir na jurisprudência interna pois, pelas decisões que adota, o Comitê Europeu de Direitos Sociais “diz o direito”, e pela sua jurisprudência, desenvolve uma interpretação teleológica da Carta ligada a seu objetivo, que é de garantir as liberdades e direitos fundamentais da pessoa ao trabalho, e zelar pela sua plena eficácia. Suas decisões tem um caráter declaratório quanto à interpretação das disposições da Carta em comparação à legislação do Estado concernente; estas resoluções não criam, de fato, obrigações aos Estados que devem fazer evoluir suas legislações para lhes colocar em conformidade - à Carta -, se cabível, mas elas não são completamente despidas de repercussão na ordem interna, uma vez que elas podem fomentar o raciocínio do juiz interno quando ele deve interpretar as normas de mesma categoria, logo, internas. É assim que em duas resoluções adotadas em 04 de maio de 2005, o Conselho de Ministros do Conselho da Europa confirmou duas decisões

do Comitê que concluíam pela violação pela França da Carta com relação ao regime interno do tempo de trabalho proveniente da lei de 17 de janeiro de 2003, chamada "Fillon II", e de da sobreaviso; sobre o primeiro ponto, ele julgou que o regime jurídico da limitação do tempo de trabalho dos empregados qualificados sob forma de empreitada por dia, sem que qualquer limitação do tempo de trabalho hebdomadário seja fixada, não estava em conformidade com os imperativos de condições de trabalho eqüitativas da Carta; sobre o segundo, decidiu ainda que os períodos de sobreaviso durante os quais o assalariado deve ficar à disposição do empregador não podem ser assimilados, sem qualquer limitação, a tempo de descanso e, portanto, concluiu por uma violação à Carta pelo novo artigo L 212-4 bis do Código de Trabalho, relativo à definição dos ditos "sobreavisos" (que, todavia, ainda não fora modificado...); dito isso, esta interpretação se alia àquela da Corte de Cassação (segunda instância) que julga, igualmente, que o tempo livre apenas pode ser aquele livremente organizado pela pessoa, fora de imposição da empresa;

B – O direito comunitário:

O direito comunitário constitui, por sua vez, uma ordem jurídi-

ca original. Instituída pelo Tratado de Roma de 1957, a Comunidade Européia, que se tornou União Européia em 1992 (Tratado de Maastricht), é o contexto de uma integração regional sem equivalente no mundo; ela é dotada de instituições que exercem competências legislativas e executivas (o Conselho de Ministros, a Comissão Européia, o Parlamento) e jurisdicionais (a Corte das Comunidades Européias à qual é associado um tribunal de primeira instância), sendo, por excelência, fonte de um direito derivado; os regulamentos, diretivas e decisões impõem-se aos Estados-membro e, em grande parte, diretamente nas ordens jurídicas de cada um deles, prevalecendo sobre as regras nacionais contrárias; acrescido à autoridade dos Tratados fundadores, o conjunto constitui uma ordem jurídica comunitária que prepondera, insiste-se, sobre todo outro sistema jurídico, seja nacional ou mesmo internacional e se beneficia, por conseqüência, de uma supremacia absoluta.

No domínio social, foi necessário esperar 1.972 para que fosse empreendida uma política social nova e voluntarista com o recurso ao procedimento da Diretiva (que vincula todo Estado-membro destinatário quanto ao resultado a atingir, deixando às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios); tratou-se então de se aperfeiçoar os direitos dos trabalhadores dos países membros e de harmonizar os direitos nacionais sobre os pontos onde as diferenças pudessem manipular, intervir na concorrência, ou afetar a modernização das empresas; é assim que, entre 1974 e 1980, importantes

diretivas relacionadas às dispensas coletivas, à igualdade profissional entre homens e mulheres, à cessão da empresa, à proteção da saúde no trabalho, surgiram; mas é o Tratado de Maastricht, instituindo a União Européia em 1992, que marcou a etapa verdadeiramente importante, uma vez que ele fora acompanhado de um protocolo sobre a política social, o qual abriu caminho a uma harmonização social reforçada, principalmente em reconhecendo à negociação coletiva, a nível comunitário, a aptidão para produzir instrumentos de aproximação; esta faculdade conduziu à conclusão de alguns Acordos-padrão substituídos por Diretivas impondo aos membros de os empregar ao passo que paralelamente outras Diretivas continuavam a ser produzidas; esta dualidade de meios para conseguir a harmonização social encontra-se hoje consagrada pelo Tratado de Amsterdam que substituiu o Tratado de Maastricht em 1997, atualizando-o por admitir novos ingressantes; aquele, comporta um título consagrado à política social e faz também referência “aos direitos fundamentais garantidos pela Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, lançando uma ponte entre o direito comunitário e as convenções do Conselho da Europa.

Neste universo comunitário, é possível distinguir três frentes:

- uma, relativa ao “direito social único”, conjunto de regras inserido nos Tratados ou regulamentos, portanto uniformemente válidas sobre o território da União, e que organizam os procedimentos ou as instituições sociais comunitárias ou, ainda, que determinam sobre o futuro de certas categorias de pessoas (como quanto ao regime da livre circulação dos trabalhadores, por exemplo);
- uma frente relativa ao direito à harmonização social, que visa a alcançar uma equivalência de direitos dos Estados membros, e que compreende os compromissos assumidos pelos membros, às Diretivas e recomendações (é neste item se deve inserir o princípio da igualdade de remuneração entre mulheres e homens, as diretivas sociais notificadas aos Estados desde 1975 referentes às dispensas coletivas, a igualdade profissional, a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de sucessão de empresas, a proteção dos trabalhadores em caso de insolvência do empregador, as diretivas sobre a saúde e a segurança no trabalho, o direito à informação do trabalhador sobre as condições de seu contrato de trabalho, o planejamento do tempo de trabalho, sobre o ônus probatório em caso de discriminação fundada no sexo, a igualdade de tratamento...);
- uma última frente que intitularei o direito da coordenação dos direitos nacionais em matéria social,

reagrupando as normas relativas à seguridade social dos trabalhadores exercendo a liberdade de circulação no espaço comunitário, mas que não mais se refere diretamente à Câmara Social, uma vez que ela não está mais encarregada deste tipo de contencioso.

Este conjunto jurídico comunitário enriquecido pela contribuição jurisprudencial da Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE), ao ser provocada por ações por descumprimento propostas pela Comissão contra os Estados membros, ou por demandas de interpretação que lhe são endereçadas sob a forma de preliminar pelas jurisdições nacionais, é um terreno privilegiado de interações entre os juizes de Luxemburgo (da CJCE) e os juizes nacionais, à frente dos quais, quanto a estes, figuram naturalmente a Corte de Cassação e sua Câmara Social.

C – A missão específica da Corte de Cassação é particularmente aquela de sua Câmara Social quando da aplicação do direito comunitário:

*Uma missão específica:

É claro que o direito europeu exerceu, ou exerce, em várias direções e por diversos caminhos, uma influência sobre o direito social francês, e que as jurisdições nacionais, particularmente a Corte de Cassação, possuem um papel essencial neste aspecto; é que, de fato, fora dos casos onde a adaptação ao direito comunitário passa por mudanças legislativas ou regulamentares, tais como as relativas à igualdade de remuneração entre ho-

mens-mulheres em 1972, inscrita hoje no artigo L. 140-2 do Código do Trabalho, à saúde e à segurança no trabalho que figuram no livro II do mesmo Código, à igualdade profissional homens-mulheres (lei de 9 de maio de 2001 que culminou no novo artigo L. 213-1, lei de 16 de novembro de 2001 relativa à luta contra as discriminações), ou traduzindo-se pela interdição de reconsiderar as regras do direito nacional que conduziriam à uma regressão em relação às exigências comunitárias (assim, as regras relativas às dispensas coletivas), a maior parte dos outros casos de interferência implicam diretamente o juiz nacional, quer se trate:

- de isolar as regras nacionais contrárias às normas comunitárias: o juiz nacional, juiz de direito comum do direito comunitário, deve afastar toda disposição legislativa ou regulamentar contrária ao direito derivado ou aos Tratados conforme interpretados pela Corte de Justiça: assim, ao exemplo de uma disposição constante do artigo L. 213-1 do Código do Trabalho na sua redação anterior a 2001, proibindo o trabalho noturno das mulheres na indústria, e a qual a Corte de Justiça julgara contrária à Diretiva de 1976 sobre a igualdade profissional e que o juiz civil ou penal deveria ignorar;
- de substituir normas comunitárias às regras nacionais (assim, quanto à condição do trabalhador imigrante de outro Estado membro que difere totalmente daquela do

estrangeiro de direito, uma vez que é praticamente assimilado ao trabalhador francês sob o fundamento de regras substanciais do direito comunitário sobre a livre circulação);

- de interpretar as regras nacionais em conformidade às normas supra-nacionais, sendo a Câmara Social da Corte de Cassação particularmente sensível à esta obrigação de interpretação conforme, ainda que tenha algumas raras vezes interrogado a Corte de Justiça a respeito; uma das aplicações mais prestigiadas foi a adaptação de sua antiga interpretação do artigo L. 122-12, alínea 2, do Código do Trabalho àquela feita pela Corte de Justiça acerca da Diretiva de 14 de fevereiro de 1977 sobre a manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de sucessão de empresas (Assembleia Plenária de 16 de março de 1990, quando a Corte de cassação retomou uma fórmula da CJCE restabelecendo uma leitura, uma interpretação, que ela havia adotado cinco anos antes); no mesmo domínio ela teve que, pelo mesmo motivo, também retomar sua posição em caso de sucessão de empresa de uma entidade econômica de uma pessoa privada por uma pessoa pública (Corte de Cassação, 25 de junho de 2002); podemos ainda invocar a interpretação de certas disposições que parecem be-

neficiar apenas os trabalhadores de nacionalidade francesa, enquanto que o direito comunitário impõe o reconhecimento do benefício também aos estrangeiros comunitários que trabalham na França (por exemplo, convocados em seu país àquilo que equivale do serviço nacional, o estrangeiro da União Européia deve ser beneficiado de uma suspensão de seu contrato de trabalho em virtude do artigo L. 122-18, assim como com relação às possibilidades de se ausentar se é candidato ou eleito às assembleias correspondentes, em seu país, à Assembleia Nacional ou ao Senado); a influência comunitária se manifesta ainda na recepção pela Corte de Cassação da maneira inventada pela CJCE de detectar a discriminação e de fazer pesar sobre o empregador o ônus de convencer acerca das razões legítimas das diferenças praticadas;

Para exercer esta missão, a Corte de Cassação utiliza muitas técnicas:

* As técnicas:

1 Primeiramente, deve-se lembrar que o artigo 177 do tratado instituindo a Comunidade Européia (tornado artigo 234 depois de entrar em vigor o tratado de Amsterdã, em 1º de maio de 1989), obriga às Cortes Supremas dos Estados membros de apresentar à Corte de Justiça das Comunidades Europeias toda questão de direito comunitário necessária para trazer a solu-

ção ao litígio sobre os quais é provocada; mas além desta faculdade à qual a Câmara Social raramente tem a ocasião de recorrer, a Corte de Cassação contribui de diversas maneiras à construção comunitária:

a) a técnica da dilação prejudicial: prevista pelo artigo 234 alínea 3 do Tratado das Comunidades Europeias, dispondo que a provocação da CJCE é obrigatória perante as jurisdições cujas decisões não são suscetíveis de um recurso jurisdicional cada vez que uma nova questão de direito comunitário, e cuja solução não se apresenta evidente, é colocada; a prática das cortes supremas, e da Corte de Cassação em particular, revela que pouco se recorre a este procedimento (por exemplo, 3 vezes em 2000, 2 em 2001, 2002 e 2005, 1 em 2003, 4 em 2004); em realidade, a ele apenas se recorre nas hipóteses onde se verifica uma real dificuldade de interpretação da norma comunitária ou quando as respostas anteriores são incompletas ou insatisfatórias; é assim que a Câmara Social fez uso deste procedimento para decidir um recurso que levantava uma questão de competência internacional e da aplicação do regulamento de 22 de dezembro de 2000 relativo à competência judicial, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (o qual substituiu a convenção de Bruxelas de 27 de setembro de 1968); tratava-se na ocasião de saber de qual era a jurisdição competente para conhecer a ação de contestação de dispensa de um trabalhador tendo havido dois empregadores sucessivos pertencentes ao mesmo grupo mas domiciliados,

um na França e, o outro, no Reino Unido, e se a competência prevista no artigo 6-1 do regulamento (segundo o qual se há múltiplos réus, o autor pode chamar a todos perante o tribunal do domicílio de um deles se as demandas são conexas) seria aplicável uma vez que existe, ademais, textos organizando regras de competência específicas para os conflitos do trabalho (artigo 18);

b) ademais, a Corte de Cassação zela pelo respeito à regra comunitária, primeiro em aplicando corretamente esta regra nos recursos sobre os quais ela é acionada, em seguida, em verificando que aquela é igualmente implementada de forma adequada pelas jurisdições inferiores; neste sentido, ela contribui para assegurar a uniformidade da aplicação do direito comunitário; e é desta forma que ela aplica o princípio segundo o qual a resposta dada pela CJCE se impõe, uma vez que ela mesma se encontra na origem da questão (o que não ocorre sem a presença, por vezes, de dificuldades, a partir do momento em que a resposta fornecida apresente uma certa margem de manobra), é ainda desta forma que ela respeita certamente as soluções dadas pela CJCE por ocasião das arguições prejudiciais decididas por outras cortes supremas; um bom exemplo da influência da jurisprudência da CJCE sobre a análise dos textos produzidos pela Câmara Social refere-se à aplicação do artigo L. 122-12, alínea 2, do Código do Trabalho, já mencionado, e que, como já dito, é relativo à noção de transferência de uma entidade econômica e às conseqüências que resultam para a transferência correlata do contrato de traba-

lho: durante muito tempo, a Câmara Comercial tinha considerado que a retomada de uma atividade industrial e comercial sob a forma de um serviço administrativo diretamente explorado em administração estatal constituía uma modificação jurídica tal que ela ocasionava, não apenas a cessão, mas o desaparecimento completo da empresa de sorte que não poderia haver lugar para a aplicação do texto mencionado; esta jurisprudência fora revertida pela decisão *M ayeur* da CJCE de 26 de setembro de 2000 que, sobre arguição prejudicial de uma jurisdição de Metz, admitiu que os artigos da Diretiva de 1977 “não permitem excluir do campo de aplicação desta” a transferência de uma atividade dentro de determinadas condições; a Câmara Social assim concluiu em uma série de decisões de 25 de junho de 2002.

c) organiza o direito interno, ativando-se algumas vezes até a criar novas vias de direito para assegurar o benefício efetivo dos direitos e liberdades garantidos pelos tratados; pôde ser dito que deste ponto de vista, a Corte de Cassação era “criadora de direito” cada vez que, principalmente, a coordenação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional apresenta problema; assim, o é no domínio – que não interessa, é verdade, diretamente à Câmara Social – da responsabilidade do Estado pela violação do direito comunitário ou pela repetição do indevido resultado à declaração de incompatibilidade de taxas internas com os textos comunitários, onde a CJCE remeteu às regras procedimentais nacionais “sobre reserva que estas regras não são menos favoráveis

para os recursos fundados sobre o direito comunitário que para os recursos similares de natureza interna e que elas não são organizadas de maneira a tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito”; a Corte de Cassação se viu então investida da tarefa de organizar, e até a criar vias de direito próprias a satisfazer a esta exigência fundamental.

Nesta mesma linha, nós podemos ainda citar uma decisão pronunciada pela Câmara Social em 17 de junho de 2003 onde ela aplicou os princípios emitidos pela CJCE e pela Corte Européia de Direitos do Homem em matéria de discriminação indireta em razão da nacionalidade: um trabalhador da sociedade Alitalia contestou a decisão do grupo de reservar apenas aos empregados titulares de um contrato de trabalho italiano, certas vantagens, mas não tiveram êxito perante os juízes relatores *a quo*; a Câmara, entretanto, rejeitou o recurso mantendo que uma desigualdade de tratamento entre trabalhadores poderia ser justificada por diferenças de situação, o que era o caso;

d) ela coordena o direito interno, chegando, por vezes, até mesmo a criar novas condutas de direito para assegurar um efetivo proveito dos direitos e liberdades garantidos pelos tratados; pode ser dito que, deste ponto de vista, a Corte de Cassação era “criadora de direitos”, principalmente, nas vezes em que a coordenação entre a ordem jurídica comunitária e a ordem jurídica nacional fosse um problema. Assim o é no âmbito, ainda que em verdade não interesse diretamente à Câmara Social, da responsabilidade do Estado pela violação

do direito comunitário ou daquele da repetição do indébito decorrente da declaração de incompatibilidade de taxas internas com os textos comunitários, onde a CJCE remeteu às regras nacionais de procedimento (com a reserva de que essas regras não sejam menos favoráveis para os recursos fundados no direito comunitário, do que para os recursos similares de natureza interna, bem assim que elas não sejam dispostas de forma a tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito”; a Corte de Cassação se viu assim investida da tarefa de coordenar, por vezes até mesmo de criar, as vias de direito adequadas para a satisfação desta exigência fundamental;

e) enfim, às vezes assume na própria a veste da Corte de Justiça das Comunidades Européias e se torna, de certo modo, uma “jurisdição comunitária desconcentrada”, para declarar incompatível ou, ao contrário, compatível com o direito comunitário tal ou tal norma de direito interno.

Conclusão: nós observamos assim que o direito supranacional europeu desempenha um papel fundamental e por diversos meios na evolução da jurisprudência nacional, seja por que se trate, para ela, de aplicar diretamente as nor-

mas supranacionais, ou de controlar-lhes a aplicação, argüindo de ofício se necessário, o que ela sempre teve a oportunidade de fazer com a condição de respeitar a regra do contraditório, o que o fazem os juízes relatores *a quo*, seja ainda por que ela se disponha a verificar a conformidade do direito interno ou de inventar as vias de direito que permitem com ele que seja corretamente implementado; a Corte de Cassação tem a preocupação permanente de assegurar a harmonização do “corpus” resultante do direito comunitário ou europeu, com as normas do direito nacional; esta necessidade que se impõe a ela conduziu a uma redefinição do ofício do juiz, pois finalmente são justamente os próprios poderes jurisdicionais do juiz que podem se ver modificados pela exigência de se garantir a efetividade do direito comunitário e, mais particularmente, destas normas supranacionais. A relação do juiz face à lei se viu modificada; por outro lado, os meios postos à sua disposição na ordem interna para alcançar o objetivo pretendido nem sempre fora adaptados, adequados; houve a necessidade de, por vezes, se inventar novas vias de direito e tudo isso conduziu a “uma revalorização da função jurisdicional”.

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DOS TRABALHADORES: PERSPECTIVA COMUNITÁRIA EUROPEIA

Alvaro A. Sánchez Bravo*

Resumo: O presente trabalho pretende analisar as propostas formuladas na União Europeia no tocante à regulamentação do tratamento a ser dispensado aos dados pessoais do trabalhador na relação de trabalho.

Palavras-chave: dados pessoais do trabalhador; proteção; intimidade.

Sumário: Introdução; 1 Âmbito de aplicação; 2 Participação dos representantes dos trabalhadores; 3 Princípios gerais para o tratamento de dados no setor das relações laborais; 4 Categorias especiais de dados: os dados sensíveis; 5 Dados relativos à saúde; 6 Atividades de vigilância e controle

INTRODUÇÃO

“A União Europeia necessita de normas mais claras e simples para a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, que levem mais em conta a relação entre empregador e trabalhador. A existência de um marco claro e simples de princípios e normas, aplicável em toda a União Europeia, será positiva para os trabalhadores e empresas”. Desta maneira, expressava-se Anna Diamantopoulou, Comissária Europeia responsável por Emprego e Assuntos Sociais, evidenciando a preocupação comunitária com o estabelecimento de um marco adequado para a proteção dos dados no trabalho.

Prosseguindo a iniciativa iniciada em agosto de 2001, a Comissão iniciou uma segunda rodada de consultas com interlocutores sociais europeus, com vistas ao estabelecimento de uma série de princípios e normas que rejam o tratamento dos dados pessoais no trabalho a fim de proporcionar uma orientação, o mais geral possível e clara em seu conteúdo, aos trabalhadores e empregadores sobre seus direitos e obrigações em relação ao tratamento dos dados pessoais no âmbito das relações de trabalho.

A Comissão, a este respeito, não optou por um instrumento jurídico concreto para regular estas questões, mas, consciente da espe-

*Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha – Espanha. Professor de Teoria do Direito da Universidade de Sevilha. Professor de Política Criminal do Instituto Audaluz Inter-Universitário de Criminologia. Presidente da Associação Audaluz de Direito, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável.

cial sensibilidade dos interlocutores sociais, propôs uma dupla possibilidade alternativa:

- elaboração de uma Diretiva específica que estabeleça o marco comum europeu para assegurar a proteção dos dados pessoais no campo das relações laborais;

- que os interlocutores sociais elaborem uma proposta por si próprios, independentemente da Comissão, para o desenvolvimento de uma iniciativa harmonizadora neste campo.

O porquê desta iniciativa comunitária parte da constatação de que, em que pese o marco geral de proteção de dados estabelecido pelas Diretivas 95/46/CE e 2002/58/CE, evidenciou-se nos últimos tempos mutações de diversa etiologia que devem ser consideradas. Fenô-

menos como o progresso tecnológico (e-mail e tele-trabalho), a globalização; e inclusive, o 11-S (controle dos trabalhadores por motivos de segurança) propiciaram a necessidade de uma reflexão acerca da proteção adequada dos dados pessoais dos trabalhadores que, partindo das regulações gerais, acolha suas especificidades.

Os conteúdos fundamentais da iniciativa comunitária podem se agrupar em seis grandes blocos:

1 ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Dizendo respeito ao marco de proteção geral estabelecido nas já

citadas Diretivas, a iniciativa comunitária não pretende estabelecer o princípio da livre circulação dos dados laborais na Comunidade sem precisar e completar o marco jurídico existente, a fim de assegurar uma proteção complementar dos dados pessoais dos trabalhadores (entendendo por tal os trabalhadores na ativa, os já aposentados e os candidatos a um emprego).

Seu campo de aplicação deverá cobrir todos os dados, incluídos o som e a imagem, independentemente do suporte utilizado para o tratamento. Para tal efeito, a proteção in-

cluiria a vigilância dos trabalhadores mediante dispositivos técnicos de câmaras, computadores, telefones e qualquer outro equipamento de comunicação, identificação e localização.

Igualmente, deve proteger não só os dados pessoais gerados no transcurso

de uma relação de trabalho existente, mas também os recompilados durante o processo de seleção ou conservados depois da extinção da relação de trabalho.

O destinatário destas medidas não seria apenas o setor público, mas também o setor privado, incluindo-se, se estimado necessário, as agências de emprego, as ATT e as organizações que representam aos trabalhadores.

2 PARTICIPAÇÃO DOS REPRESENTANTES DOS TRABALHADORES

Dada a dimensão coletiva dos direitos dos trabalhadores, a par-

“Fenômenos como o progresso tecnológico (e-mail e tele-trabalho), a globalização; e inclusive, o 11-S (controle dos trabalhadores por motivos de segurança) propiciaram a necessidade de uma reflexão acerca da proteção adequada dos dados pessoais dos trabalhadores que, partindo das regulações gerais, acolha suas especificidades.”

ticipação de seus representantes evidencia-se como imprescindível, tanto na proteção de seus interesses, como na proteção dos dados pessoais.

É por isso que a iniciativa comunitária estabelece como princípio geral a obrigação de informar e consultar aos representantes dos trabalhadores, antes e sempre que se adotem medidas tendentes à introdução e modificação de sistemas de tratamento automatizado de dados, de dispositivos técnicos de controle e vigilância dos trabalhadores, assim como de questionários ou testes de qualquer formato utilizados durante a seleção ou o período de emprego.

3 PRINCÍPIOS GERAIS PARA O TRATAMENTO DE DADOS NO SETOR DAS RELAÇÕES LABORAIS

Tendo presente o prescrito pela Diretiva 95/46/CE em seu artigo 6º, devem ser estabelecidas algumas precisões no âmbito das relações trabalhistas:

- Os dados pessoais dos trabalhadores não serão objeto de qualquer processamento que não por motivos diretamente relacionados e necessários para o desenvolvimento da prestação laboral.
- Os dados dos trabalhadores não poderão ser utilizados para além dos fins previstos inicialmente, com interdição de processamentos posteriores incompatíveis com tais fins.
- Os dados pessoais serão objeto de um processamento leal. Isto supõe que sejam

obtidos diretamente do trabalhador afetado. Se procedem de terceiros, o trabalhador deverá ser informado e o seu consentimento deve ser obtido previamente ao processamento.

- Os trabalhadores têm o direito ao livre acesso a seus dados. Proíbe-se que os empregadores e empresários solicitem aos candidatos a um emprego ou aos trabalhadores ativos que exercitem seu direito de acesso com o objetivo de fornecê-los ao empregador ou empresário. Tenta-se, com isso, que os trabalhadores não se vejam submetidos a “chantagem” e forneçam dados que, em seguida, possam lhes prejudicar.
- A relevância que tem o consentimento do trabalhador nas relações trabalhistas, enquanto legitimador do tratamento de seus dados pessoais, deve variar. A relação de dependência e subordinação, assim como a precariedade laboral, faz que o consentimento expanda-se, amparando situações intrusivas nos direitos do trabalhadores, pois entende-se por muitos empregadores que tal consentimento ampara qualquer controle ou vigilância sobre seus empregados.
- É por isso que a iniciativa comunitária, com bom critério, não o estima como o único critério relevante para o processamento, mas o

vincula ao cumprimento de outros princípios como os da pertinência, necessidade e proporcionalidade.

- Os dados pessoais devem ser tratados de maneira lícita. No âmbito laboral, o tratamento de dados pessoais não deve ter como objetivo e/ou efeito prejudicar ilícitamente ao trabalhador.

4 CATEGORIAS ESPECIAIS DE DADOS: OS DADOS SENSÍVEIS

O art. 8.1 da Diretiva 95/46/CE proíbe o processamento dos dados pessoais que revelem a origem racial ou étnica, as opiniões políticas, as convicções religiosas ou filosóficas, o pertencimento a sindicatos, assim como o tratamento de dados relativos à saúde ou à sexualidade. Seu apartado 5 proíbe o processamento de dados relativos às condenações criminais.

O tratamento dos dados sensíveis, em sua sobreposição com os dados laborais, é suscetível de provocar situações de discriminação para os trabalhadores por referência a alguma das categorias de dados mencionadas.

É por isso que a iniciativa propõe algumas medidas específicas neste campo. O processamento dos dados sensíveis dos trabalhadores deverá estar proibido, exceto se, a título excepcional e prévia habilitação legal, estabeleçam-se garantias e salvaguardas adequadas. Neste caso, e levando em conta os princípios de determinação e limitação da finalidade, legitimidade e proporcionalidade, poder-se-á autorizar um tratamento de tais dados, se de acor-

do com as seguintes particularidades:

- Os dados relativos à vida sexual só poderão ser objeto de processamento quando seja necessário para determinação da responsabilidade dos empregadores na suposição de uma acusação de assédio sexual.
- Os dados relativos aos antecedentes penais só poderão ser processados se for necessário com respeito às funções particulares do emprego em questão. Nestes casos, prevê-se o necessário controle prévio por parte da autoridade nacional de controle, para evitar abusos e excessos, assim como verificar a pertinência do processamento.

Por outro lado, proíbe-se a solicitação de um empregador a um trabalhador da relação completa de seus antecedentes criminais, sem esclarecer previamente os que sejam relevantes para fins da prestação laboral. O consentimento do trabalhador torna-se irrelevante neste caso, não amparando estes tratamentos.

- Os dados relativos à origem social ou étnica e às convicções religiosas e filosóficas só serão objeto de processamento quando, com prévia habilitação legal, tenha por motivo uma determinada exigência profissional ou em caso de medidas de discriminação inversa positiva para favorecer a determinadas coletividades, precisamente em atenção a sua

origem racial, étnica ou cultural.

5 DADOS RELATIVOS À SAÚDE

Ainda que considerados igualmente como dados sensíveis, a teor do preceituado pelo art. 8.1. da Diretiva 95/46, a iniciativa dedica um apartado específico e concreto à problemática dos dados relativos à saúde. Igualmente, detém-se na consideração dos cada vez mais generalizados testes de consumo de drogas e álcool, assim como testes genéticos, no âmbito das relações laborais.

Partindo do princípio geral de proibição do tratamento de dados relativos à saúde, são previstos, entretanto, determinadas exceções justificadas pela proteção dos interesses de empregadores e trabalhadores na relação laboral que os une.

Pois bem, o processamento *excepcional* destes dados só poderá ser verificado se for necessário, seja para comprovar se o trabalhador é apto para o desenvolvimento das funções inerentes ao posto de trabalho, seja para adaptar seu trabalho às normas de segurança e higiene em seu lugar de trabalho; ou ainda para verificar se o trabalhador tem direito a perceber determinadas prestações sociais (aposentadorias, incapacidades, subsídios...).

Sobre as pessoas legitimadas para efetuar dito processamento, restringe-se aos profissionais da saúde ou pessoas submetidas ao sigilo médico equivalente ao dos profissionais sanitários, seguindo o assinalado pelo ponto 3 do art. 8 da Diretiva geral.

A iniciativa contempla igualmente que os dados relativos à saúde

de devem ser conservados independentemente de quaisquer outros dados pessoais. O motivo não é só a especial incidência destes sobre os direitos dos cidadãos, mas também o acesso indesejado de terceiros, alheios ao trabalho sanitário dentro ou fora da empresa.

Por último, restringe-se taxativamente o acesso do empregador ao resultado dos exames médicos, limitando-se seu conhecimento àqueles dados relevantes a respeito da adequação do trabalhador ao posto concreto de trabalho.

No tocante aos dados relativos aos testes de consumo de drogas e/ou álcool, a iniciativa constata a potencialidade lesiva de ditos testes, sobretudo quando são sistemáticos, generalizados ou impostos sistematicamente sem motivos concretos.

Pois bem, como assinala o próprio documento, deve se estabelecer uma nítida diferenciação entre teste de consumo de drogas e de álcool. Um resultado positivo neste último revela uma deficiência atual no trabalho; enquanto que o relativo a drogas não evidencia uma deficiência anterior ou atual ou um risco de dependência, mas unicamente que determinadas drogas foram consumidas anteriormente. Nada obstante, estas diferenças quanto à relevância dos testes, no tocante à carga da prova de determinados consumos, desde o ponto de vista técnico, a iniciativa exige que os mesmos sejam confiáveis, precisos e submetidos a rigorosos processos de controle de qualidade.

Da mesma forma que na hipótese das condenações penais, estima-se que apenas o consentimen-

to do trabalhador não pode servir como guarda-chuva habilitador para realizar o uso dos dados relativos ao consumo de drogas e/ou álcool.

As propostas neste campo podem ser resumidas nas seguintes propostas:

- Os dados relativos ao consumo de drogas e álcool só poderão ser recolhidos e manuseados com objetivo de determinar se um trabalhador é apto para desenvolver seu trabalho sem colocar em perigo sua segurança ou das outras pessoas.
- Os testes sistemáticos e generalizados estão proibidos. Excetuam-se os casos em que um controle de tal natureza esteja justificado pela natureza particular do emprego no qual a segurança é primordial.
- Os testes individuais são autorizados só se puderem determinar razoavelmente que um trabalhador consome drogas ou álcool colocando em perigo grave a segurança de seus companheiros ou do público (setor de transportes, operador de guindaste, obras públicas...).
- Os dados derivados dos testes de consumo de drogas e/ou álcool poderão ser utilizados para os tratamentos de desabitação de ditos consumos.
- Da mesma forma que os dados relativos à saúde, estes só poderão ser recolhidos e

processados por profissionais da saúde qualificados e submetidos ao sigilo profissional.

Por outra parte, a genética, e suas múltiplas aplicações, constituem hoje uma das manifestações mais contundentes da sociedade do Terceiro Milênio. Pois bem, diante de inegáveis ganhos, um uso torturoso e inadequado pode produzir graves lesões aos cidadãos em seus direitos e interesses mais íntimos.

É por isso que a iniciativa parte da premissa de que os dados genéticos que manifestem o estado de saúde de uma pessoa deveriam gozar de uma proteção reforçada acerca dos dados relativos à saúde. E isso é assim porque estes dados dizem respeito a temas importantes como o “direito a não saber” e o “direito a não dar a conhecer” dados tão íntimos da pessoa.

Novamente, o simples sentimento do afetado não deve ser considerado como elemento habilitador para o tratamento de ditos dados. É por isso que para o tratamento *excepcional* destes dados devem ser adotadas as garantias adequadas e que podem ser agrupadas nas seguintes:

- O tratamento de dados genéticos não deve ser autorizado senão a título excepcional, com fins de proteção da saúde e da segurança dos trabalhadores afetados ou de terceiros, e sempre na medida em que esteja autorizado por uma norma legal nacional que estabeleça as necessárias garantias.
- Respeito estrito ao princípio da proporcionalidade. O re-

sultado buscado não pode ser obtido por outro meio menos intrusivo.

- Deveria ser estabelecida uma assistência genética prévia (psicológica, médica...).
- Será necessária uma verificação prévia por parte da autoridade nacional de controle. Esta verificação deverá levar em conta especialmente, como detalha o texto da iniciativa, as particularidades de cada caso, a qualidade dos testes, a pertinência e confiabilidade dos resultados e a necessidade de buscar um equilíbrio entre os seguintes elementos: os direitos da pessoa afetada; os interesses manifestamente predominantes da sociedade; e o *direito de não saber*, em caso de doenças graves incuráveis.

“A possibilidade de estabelecer uma vigilância e controle sobre os trabalhadores no lugar de trabalho como uma das faculdades do empregador, vinculada a questões de eficiência e produtividade, constitui hoje objeto de uma viva controvérsia.”

6 ATIVIDADES DE VIGILÂNCIA E CONTROLE

A possibilidade de estabelecer uma vigilância e controle sobre os trabalhadores no lugar de trabalho como uma das faculdades do empregador, vinculada a questões de eficiência e produtividade, constitui hoje objeto de uma viva controvérsia.

Junto à disparidade das legislações nacionais (com ausência de

marco regulatório algum em muitos Estados), a existência de dispositivos técnicos avançados (que inclusive utilizam as ferramentas tecnológicas dos próprios trabalhadores, tais como e-mails, Internet, registro automático de dados, cookies, etc.) desenha um mapa de nebulosa indefinição, fonte de não poucos conflitos.

Retomando o assinalado no apartado 2 acerca da participação dos interlocutores sociais no desenho destas políticas, a iniciativa considera que deverão ser incluídos os seguintes princípios:

- Verificação prévia por parte da autoridade nacional de controle de toda atividade de controle e vigilância dos trabalhadores.
- A vigilância contínua e permanente não deve ser autorizada senão por motivos de saúde, segurança ou proteção dos bens da empresa.
- A vigilância secreta não deve ser autorizada salvo se cumpridas as garantias fixadas por legislações protetoras (e os países que não têm legislação interna?), ou se pode supor razoavelmente que se está desenvolvendo uma atividade criminosa ou qualquer outro ato digno de sanção (não seria mais correta a supervisão judicial, como sucede em outros âmbitos?)
- Os dados pessoais recolhidos com o fim de garantir a

segurança, o controle ou o bom funcionamento dos sistemas de tratamento não devem ser utilizados para controlar cada trabalhador, salvo o daqueles dos quais depende concretamente o funcionamento do sistema.

- A avaliação de rendimentos dos trabalhadores e a tomada de decisões baseadas neles não devem estar justificadas exclusivamente nos dados solicitados no curso da vigilância eletrônica.
- Salvo casos excepcionais, proíbe-se a vigilância sistemática da utilização do correio eletrônico ou de Internet por parte dos trabalhadores. Poder-se-á efetuar uma vigilância individualizada quando existam motivos suficientes para supor que se está cometendo um delito, qualquer outro ato repreensível ou uma infração grave, sempre que não exista outro meio menos lesivo para conseguir o resultado buscado.
- Independentemente da autorização ou não da utilização de ferramentas tecnológicas do trabalho com fins privados, o empregador não pode, como princípio, aceder ao e-mail de caráter privado e/ou outros arquivos privados, especialmente aqueles identificados como tal.
- O consentimento do trabalhador não habilita ao empregador derrogar o sigilo de e-mail e arquivos priva-

dos, especialmente durante a extinção do contrato.

Até aqui, a exposição dos principais pontos da iniciativa comunitária sobre a criação de um âmbito unificado de proteção dos dados pessoais no setor das relações laborais.

Previa-se, após a Consulta da Comissão, que se abrisse um prazo de seis semanas para que fossem feitos comentários sobre a proposta comunitária.

A resposta da UNICE não se fez esperar e pode ser considerada como francamente dura. Depois de se manifestar de maneira contundente de que não está disposta a iniciar negociações neste âmbito, opõe-se taxativamente a uma diretiva particular neste âmbito. Considera-se que a proteção dos dados pessoais no âmbito do trabalho está suficientemente garantida pela Diretiva geral, a 95/46/CE, e uma iniciativa concreta para o âmbito laboral seria *“contraproducente ao mesmo tempo para os trabalhadores e para as empresas”*.

É por isso que se advoga por um aperfeiçoamento dos elementos jurídicos existentes, sem iniciativa alguma concreta neste âmbito.

Assim se encontra a situação atual. Deveremos estar atentos aos posicionamentos restantes dos interlocutores sociais que ainda não se pronunciaram. A Comissão, à vista do manifestado, deverá voltar a propor uma nova proposta ou seguir, como parece concluir que sucederá, esta nova caminhada legislativa em matéria de proteção de dados. Estaremos atentos aos novos passos que vão se dando.

GRUPO DE EMPRESAS: ENFOQUE LABORAL

Alejandro Castello*

Resumo: La investigación de que resultó ese texto pretendió analizar a los grupos de empresas y, en especial, suya responsabilidad patrimonial por las deudas laborales contraídas por cualquiera de sus miembros. Parte, así, del análisis del concepto de grupo empresarial para, después, establecer conclusiones sobre la responsabilidad misma.

Palavras-chave: grupo de empresas; grupo económico.

Sumario: 1 Introducción. 2 Concepto de grupo de empresas. 2.1 Formas de control o dominación entre empresas. 2.2 Definiciones doctrinarias de grupo de empresas. 2.3 Elementos que identifican el grupo de empresas: control y dirección unitaria. 3 Formas de estructuración de los grupos de empresas. 3.1 Grupos por subordinación: centralizados y descentralizados. 3.2 Grupos por coordinación. 4 Otras clases de grupos. 5 Regulación en Uruguay. 6 Conclusiones.

1 INTRODUCCION

La concentración empresaria y una de sus formas más importantes, la conformación de *grupos de empresas*¹, son ante todo fenómenos económicos que se desarrollan en

el marco de una economía capitalista. En los albores de la sociedad capitalista el rol dominante de la economía recayó sobre el comerciante y el productor individuales, que fueron el motor de la

*Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Co-Director del Anuario de Jurisprudencia Laboral de Uruguay.

¹Si bien en el presente trabajo utilizaremos el término "grupo de empresas", que es el escogido por los Organizadores del seminario y el más usual en la literatura española, el fenómeno que aquí se estudia también es frecuentemente denominado "conjunto económico" (término usual en Uruguay), "grupo económico", "agrupación de empresas", "grupo de sociedades", "empresa de grupo", "agrupamiento societario", "unión de empresas", "conjunto social y económico único", "unidad económica y social", "unidad económica", "unidad de trabajo", "una sola empresa respecto del Derecho del Trabajo", "grupo laboral de empresas", entre otros.

producción y los negocios. En la economía clásica el modelo se estructuraba (al menos en teoría) sobre un régimen de competencia perfecta, con un mercado al que concurrían un sinnúmero de productores de bienes y prestadores de servicios que tendrían la calidad de oferentes y demandantes. Bajo ese enfoque el mercado operaría como regulador impersonal y automático de los intereses que concurrían al mismo, ninguno de los cuales tendría por sí solo el poder para influir sobre la dimensión de la oferta o la demanda, ni sobre el precio del producto o servicio.

El desarrollo y profundización del sistema capitalista de producción, el avance tecnológico y la competencia comercial interna e internacional trajeron consigo un nuevo fenómeno económico: la concentración empresarial, y ésta a su vez una nueva forma de organización de la actividad económica: los *grupos de empresas*. Según destacan Stolovich, Rodríguez y Bértola, la conformación del *grupo de empresas* presenta varias ventajas para quienes lo organizan o dirigen, entre la cuales se encuentra la de

disponer de un capital movilizable importante con la consiguiente capacidad de radicar el excedente donde sea más conveniente a los intereses del grupo y la de transferir los recursos de una empresa a otra, para concentrarlos en aquella que sea más beneficioso. Ello le confiere a la estructura empresarial grupal características de plasticidad y flexibilidad, lo que supone una superioridad con respecto a la empresa individual².

En efecto, por multiplicidad de razones y objetivos³, la actividad empresarial ya no suele ser realizada en forma separada e individual por cada unidad productiva, sino que ello ocurre a través de toda suerte de combinaciones societarias, contractuales o simplemente de hecho, que genera que el conjunto de empresas constituya una estructura global

y compleja. En tal sentido, Vardaro pone de relieve que el fenómeno de los *grupos de empresas* representa una forma de flexibilización del concepto mismo de empresa, que ofrece la ventaja fundamental de ser utilizable tanto para centralizar como para descentralizar los criterios de formación de las decisiones

"El desarrollo y profundización del sistema capitalista de producción, el avance tecnológico y la competencia comercial interna e internacional trajeron consigo un nuevo fenómeno económico: la concentración empresarial, y ésta a su vez una nueva forma de organización de la actividad económica: los *grupos de empresas*."

²STOLOVICH, Luis, RODRIGUEZ, Juan Manuel y BERTOLA, Luis, El poder económico en el Uruguay, Montevideo, 1990, pág. 34.

³Se mencionan como objetivos que impulsan la creación de *grupos de empresas* la búsqueda del punto óptimo de rentabilidad en función de una producción ampliada; el mejor aprovechamiento de los recursos que ofrece el conjunto de las unidades económicas concentradas; la posibilidad de satisfacer demandas masivas y crecientes del mercado, difícilmente abarcables por unidades pequeñas o fragmentadas; el incremento o mejora de la porción de mercado y la obtención de mayor poder en el mismo; la disminución del riesgo económico (y jurídico) producto del fraccionamiento de la actividad en multiplicidad de empresas formalmente autónomas entre sí.

al interior de la empresa⁴. Para Monereo el fenómeno de la concentración del poder económico constituye una de las principales características del capitalismo desarrollado, lo que se produce tanto a nivel interno como internacional⁵, mientras que los *grupos de empresas* representan una forma avanzada de la evolución organizativa del capital en la economía de mercado.

Las situaciones de concentración empresaria y la conformación de *grupos de empresas* interesan al Derecho en general, ya que su funcionamiento puede afectar tanto intereses generales como particulares o individuales, como sucede con la formación de monopolios y oligopolios que tienden a distorsionar la competencia y los precios en el mercado y a disminuir el poder político de los Estados. Como acertadamente señala María Luisa de Arriba Fernández, los *grupos de empresas* son fenómenos de reorganización empresarial que en si mismos no son ni buenos ni malos, pero debido a los efectos que genera su actuación y la complejidad jurídica de los problemas que se crean, resulta imprescindible estudiar y regular los mismos desde la perspectiva de un verdadero Derecho de grupos, necesariamente interdisciplinario⁶.

En ese orden, en el caso del Derecho comercial y societario

interesa la vinculación de este fenómeno con el derecho de la competencia y la protección del consumidor, la garantía de los acreedores, la tutela de los socios minoritarios y externos, el riesgo de insolvencia societaria, el funcionamiento orgánico del grupo, la protección del patrimonio de la empresa dependiente, los procedimientos concursales que afectan a una unidad del grupo y su posible extensión al resto de los componentes, entre otros aspectos. En el ámbito del Derecho tributario los grupos de empresas también han despertado interés y preocupación que ha derivado en regulaciones de diverso tipo. Por un lado, el interés se centra en los efectos distorsivos que puede tener el *grupo de empresas* en la configuración de los impuestos ya que pueden utilizarse como herramientas o vehículos para evadir tributos u obtener ventajas indebidas. Por otro lado, el agrupamiento de empresas puede tener como consecuencia la insolvencia de algunas de sus unidades, con la consiguiente pérdida de ingresos fiscales.

Desde el punto de vista laboral, varios son los conflictos, problemas y cuestiones jurídicas que genera la constitución de un *grupo de empresas*. Por una parte, la legislación, la doctrina y la jurisprudencia ponen su mirada sobre los aspectos vinculados a la

⁴VARDARO, Gaetano, "Prima e dopo la persona giuridica: sindacati, imprese di grupo e relazioni industriali" en *Giornale di Diritto del lavoro e di Relazioni industriali*, n° 38, anno X, 1988, 2, Milano, pág. 212.

⁵MONEREO PEREZ, José Luis, "Aspectos laborales de los grupos de empresas" en *Revista española de Derecho del Trabajo*, n° 21, 1985, Madrid, pág. 73.

⁶de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, *Derecho de grupos de sociedades*, Ed. Thomson - Civitas, Madrid, 2004, pág. 32 y sigs.

insolvencia de los integrantes del grupo y las consecuencias económicas negativas que ello puede generar para el trabajador. Es así que, frecuentemente, con finalidad de tutela se buscan mecanismos e instrumentos para involucrar patrimonialmente a todo el grupo por las deudas laborales de uno de sus miembros. Por otra parte, los *grupos de empresas* generan un dislocamiento sobre el concepto tradicional de empresa y empleador. Difícilmente la relación laboral se trabe formalmente con todas las empresas que lo integran; lo usual es que el contrato laboral se perfeccione con una sola de las unidades económicas. Sin embargo, en los *grupos de empresas* el verdadero centro de decisión y dirección normalmente se ubica fuera del empleador formal, lo que provoca que muchas decisiones que puedan perjudicar al trabajador sean sustancialmente atribuibles a un tercero, ajeno formalmente a la relación laboral y que por ende se discuta si el verdadero empleador (real y sustancial) es el propio grupo.

“Difícilmente la relación laboral se trabe formalmente con todas las empresas que lo integran; lo usual es que el contrato laboral se perfeccione con una sola de las unidades económicas. Sin embargo, en los *grupos de empresas* el verdadero centro de decisión y dirección normalmente se ubica fuera del empleador formal, lo que provoca que muchas decisiones que puedan perjudicar al trabajador sean sustancialmente atribuibles a un tercero, ajeno formalmente a la relación laboral y que por ende se discuta si el verdadero empleador (real y sustancial) es el propio grupo.”

transferido en el seno del grupo, las condiciones laborales, que pueden ser distintas en cada unidad pero sin que exista motivo fundado para ello, siendo más bien una estrategia para eludir la aplicación de beneficios laborales. Pero también puede significar un impedimento para el ejercicio de derechos colectivos como la libertad sindical, la participación, negociación colectiva y huelga, especialmente en aquellos países que impiden o dificultan el ejercicio de tales derechos a nivel superior al de la empresa.

Debido a la extensión que se ha fijado para la confección de las ponencias, en el presente trabajo vamos a centrarnos en el estudio en la temática referida a la **responsabilidad patrimonial del grupo de empresas** por las deudas laborales contraídas por cualquiera de sus miembros. Para ello, analizaremos los modelos teóricos de responsabilidad del grupo y las soluciones jurídicas que rigen en el Río de la Plata. Pero antes, haremos un breve análisis sobre qué es un *grupo de empresas* y las formas que puede adoptar.

2 CONCEPTO DE GRUPO DE EMPRESAS

2.1 Formas de control o dominación entre empresas

A los problemas jurídicos laborales antes mencionados hay que sumar que aún en el caso de que el grupo se constituya con fines legítimos, su accionar puede ocasionar perjuicios a los trabajadores en aspectos del Derecho individual como su antigüedad, en caso de que sea sucesivamente

Eduarne Terradillos señala que en términos económicos se entiende por concentración empresaria

Toda operación por la cual una o más empresas pierden su independencia económica (a veces incluso su personalidad jurídica) quedando sometidas a la dirección unitaria de otra ya existente o de una nueva, bien mediante una fusión completa, bien en virtud de una participación financiera dominante o a través de directivos comunes o bien, finalmente, por contrato de traspaso o transferencia de la gestión efectiva del negocio⁷.

La concentración empresaria ha sido históricamente el resultado de dos grandes instrumentos: por un lado, la *fusión y absorción* de empresas, mecanismo clásico de concentración a través del cual las empresas se agrupan jurídicamente perdiendo su identidad (en todo o en parte), a favor de otra empresa nueva o ya existente (**concentración primaria**); por otro lado, la creación de *grupos de empresas*, instrumento más moderno que adquiere formas, estructuras y mecanismos sumamente diversos y complejos y supone necesariamente la existencia de una pluralidad de empresas, formalmente autónomas entre sí (**concentración secundaria**).

En los casos de fusión o absorción, la determinación del empleador y con ello del respon-

sable de las prestaciones laborales resulta clara, ya que existe formalmente una única empresa⁸. En cambio, en el caso de los *grupos de empresas* el proceso de concentración económica supone una centralización de la capacidad resolutoria de las empresas, pero simultáneamente una diversificación o fragmentación de la actividad en una pluralidad de personas jurídicas que arroja como resultado un empleador formal o contractual y otro, el grupo, de unidad de carácter sustancial o real.

Como lo hace notar Camps Ruiz, en la actualidad los *grupos de empresas* constituyen un fenómeno cada vez más extendido y extremadamente complejo, por la variedad de sus formas de presentación⁹. Tradicionalmente la constitución de un *grupo de empresas* se lograba mediante la adquisición de las participaciones, acciones o cuotas de otra empresa, en cantidad suficiente para asegurar el control de la voluntad decisoria de la misma (**dominación orgánica o interna**). Otras formas menos habituales de control han sido los contratos de dominación societaria (modalidad frecuente en Alemania), la estipulación de disposiciones estatutarias¹⁰ o los llamados *interlocking*

⁷TERRADILLOS, Edurne, La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas. Modernas fórmulas de regulación. Colección Estudios, Consejo Económico y Social, Madrid, 2000, pág. 64.

⁸SENRA BIEDMA, Rafael, "Grupos de empresas y Derecho del trabajo. Análisis introductorio de la técnica jurídica de atribución de la condición de sujeto patronal" en Grupos de empresas y Derecho del trabajo, Antonio Baylos y Luis Collado (Editores), AAVV, Ed. Trotta, Madrid, 1994, pág. 166.

⁹CAMPS RUIZ, Luis Miguel, "Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos" en Grupos de empresas y Derecho del trabajo, Antonio Baylos y Luis Collado (Editores), AAVV, Ed. Trotta, Madrid, 1994, pág. 87.

¹⁰El dominio a través de disposiciones estatutarias se produce cuando decisiones trascendentes se trasladan al exterior de la empresa por disposición expresa del contrato social. Así, por ejemplo, cuando el derecho a elegir directores le es concedido a terceros, lo que asegura el control de la empresa.

directorates o directorios entrecruzados, que consisten en acuerdos no formales, por los cuales quienes controlan diversas empresas se ponen de acuerdo en que representantes de todas y cada una de ellas participarán en los directorios de las demás¹¹. De esta forma, las decisiones que adoptarán los órganos directivos de cada empresa responderán a una unidad de criterio que se repetirá en las resoluciones de las restantes sociedades.

Sin embargo, en los últimos años las formas de creación de *grupos de empresas* se han vuelto más sutiles y complejas, principalmente como consecuencia de los mecanismos de descentralización empresarial. En tal sentido, cada vez es más frecuente que la dominación de una empresa sobre otra sea más bien de tipo **económico, externo e inorgánico**. Ello sucede cuando una empresa impone a otra los datos económicos que la someten a una cierta conducta en su actividad empresarial. En este tipo de control el dominio es ajeno a la mecánica de la formación de la voluntad social. Una modalidad de control económico puede configurarse, en ciertos casos, mediante los contratos comerciales de exclusividad en el suministro, comercialización (franchising) o distribución, los grupos de interés económico (GIE), los

consorcios y figuras asociativas similares. Según Martorell, este tipo de contrato puede dar lugar a una situación de *influencia dominante* cuando detrás de una fachada de aparente igualdad jurídica entre las partes, se oculta una relación hegemónica de una de ellas¹², lo que hace que estas modalidades de contratación se alejen de la noción de colaboración o cooperación.

2.2 Definiciones doctrinarias de grupo de empresas

Uno de los aspectos centrales en la temática de los *grupos de empresas* es la delimitación de su concepto, ya que de ello normalmente depende la aplicación de las regulaciones y principios jurídicos que se refieren a ese supuesto. En algunos casos las legislaciones dan una definición o al menos establecen ciertas pautas para su conceptualización¹³. Pero la mayoría de las veces (como sucede en el caso de Uruguay) corresponde a la doctrina y la jurisprudencia elaborar la noción de grupo. Por tratarse de un fenómeno intrínsecamente económico empresarial y que en sus orígenes se estudió en el Derecho Mercantil, es común que el concepto laboral de *grupo de empresas* se apoye en las regulaciones legales y nociones doctrinarias emanadas de la legislación mercantil, lo cual,

¹¹MANÓVIL, Rafael M., Grupo de sociedades en Derecho comparado, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 145.

¹²MARTORELL, Ernesto Eduardo, Los contratos de dominación empresarial y la solidaridad laboral, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996,, pág. 73.

¹³Por citar algunos ejemplos de nociones contenidas en leyes, en el caso de Brasil la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) establece en su artículo 2º numeral 2º que "siempre que una o más empresas, teniendo incluso, cada una de ellas, personalidad jurídica propia, se encuentren bajo la dirección, control o administración de otra" constituyen grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica.

como señala Terradillos¹⁴, puede constituir un método desacertado en tanto la traslación mecánica de conceptos económico-mercantiles al Derecho laboral, no siempre puede responder adecuadamente a la función de la legislación laboral y a los principios que guían a la misma.

A nivel de la doctrina (especialmente la europea) puede encontrarse una infinidad de definiciones, pero indudablemente, en el país que más se ha tratado esta temática es en España. Así, por citar algunos autores, Embid Irujo entiende por *grupo de empresas* «aquella forma de unión de empresas en la que, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, quedan todas ellas sometidas a una **dirección económica única** ejercitada por la sociedad dominante del mismo¹⁵. Según Embid Irujo, la *dirección unitaria* es la nota que distingue al grupo frente a otras formas de uniones de empresas y consistiría en la atribución a la sociedad dominante del grupo de la competencia para decidir y planificar sobre los elementos que caracterizan la ordenación fundamental de una empresa (aspectos financieros, comerciales y laborales).

María Luisa de Arriba Fernández define al *grupo de empresas* como la integración de varias so-

iedades jurídicamente independientes bajo una dirección unitaria, expresando que los elementos claves del grupo son la independencia jurídica de sus integrantes y la **dirección unitaria** a la que se ven sometidos¹⁶. Otra autora española, Pilar Juárez Pérez, señala que bajo la denominación de *grupo de empresas* se incluye toda forma organizativa empresarial, con independencia de las entidades vinculadas—si son empresas o sociedades— y del modo en que se articule su interrelación—subordinación o coordinación¹⁷. Define al grupo como aquella forma de unión de empresas donde, sin perjuicio del mantenimiento de la personalidad jurídica de las sociedades integradas en él, todas quedan sujetas a una dirección económica única, agregando que la existencia de una **dirección económica única** supone que las empresas agrupadas actúan de forma coordinada, obedeciendo a una planificación común de recursos y a una política empresarial conjunta, diseñada por la sociedad dominante o sociedad matriz.

En opinión de Camps Ruíz, el rasgo definitorio de los *grupos de empresas* radica en la circunstancia de que la empresa dominante ejerce una **dirección unitaria**, entendiéndose por tal la competencia para decidir sobre financiación y sobre la política de personal, así como sobre el apro-

¹⁴TERRADILLOS, Eduarne, Los grupos de empresas ob. cit. pág. 28.

¹⁵EMBID IRUJO, José Miguel, "Caracterización jurídica del Grupo de sociedades y su significado en Derecho del trabajo" en Revista Laboral, n° 7, Madrid, 1985, pág. 566 y sigs.

¹⁶de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de grupos de sociedades, ob. cit., pág. 84.

¹⁷JUAREZ PEREZ, Pilar, Las relaciones laborales en los grupos internacionales de sociedades, Ed. Comares, Granada, 2000, pág. 1.

visionamiento, producción o ventas de la empresa¹⁸. Por eso, las empresas que integran el grupo aún siendo independientes entre sí desde una perspectiva jurídico-formal, actúan sin embargo con arreglo a criterios de subordinación que permiten identificar, más allá de la pluralidad, una cierta unidad económica. Por su parte, el reconocido autor brasileño Bueno Magano define al grupo como conjunto de empresas o sociedades jurídicamente independientes, sometidas a la unidad de dirección. Influenciado por la legislación vigente en Brasil, el autor manifiesta que el *grupo de empresas* se compone de cuatro elementos: **a)** la empresa, en tanto realidad económica; **b)** la sociedad comercial, como agente de control; **c)** la autonomía de las unidades componentes del grupo, dotadas de personalidad jurídica y **d)** el control, consistente en la posibilidad de ejercer una sociedad sobre otra influencia dominante¹⁹.

En la doctrina uruguaya, Américo Plá Rodríguez fue de los primeros autores en abordar esta temática, habiendo dedicado varias obras a su estudio. En el año 1981, en un trabajo publicado en España, el prestigioso autor definía al *grupo de empresas* como el *conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única*²⁰. Otro

prestigioso autor uruguayo, Ermida Uriarte, incursionó en la noción de *grupo de empresas* al estudiar las empresas multinacionales, definiendo al primero como el conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están sin embargo, recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aún cuando los derechos y obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente²¹.

2.3 Elementos que identifican el grupo de empresas: control y dirección unitaria

Lo expuesto hasta el momento permite afirmar que a nivel de la doctrina existen dos elementos que habitualmente se manejan para definir el *grupo de empresas*: el control o dominación entre empresas y la presencia de una dirección económica unitaria o unificada, aunque corresponde anotar que en el ámbito laboral se pone el acento en el último elemento. En cierta forma, estas opiniones coinciden con el panorama legislativo comparado,

¹⁸CAMPS RUIZ, Luis Miguel, "Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos, ob. cit., pág. 87.

¹⁹BUENO MAGANO, Octavio, "Los grupos de empresa en el Derecho del Trabajo", en Civitas, Revista española de Derecho del Trabajo, n° 6, abril-junio 1981, Madrid, 1981, pág. 185.

²⁰PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Los grupos de empresas" en Revista Civitas, n° 6, abril-junio 1981, Madrid, pág. 187.

²¹ERMIDA URIARTE, Oscar, Empresas multinacionales y Derecho laboral, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1981, pág. 73.

ya que según señala Terradillos el estudio empírico de los textos jurídicos de los países que regulan los *grupos de empresas* demuestra que la **dependencia** y la **dirección unitaria** son las notas más comúnmente requeridas para definir al mismo²².

Corresponde advertir que, la posición que se asuma en cuanto al requerimiento de la presencia de uno o ambos elementos puede derivar en la ampliación o restricción del campo de supuestos calificables como *grupo de empresas*. En efecto, si solamente se exige la presencia del elemento **dirección económica unitaria** se consideraría como *grupo de empresas* tanto a aquel que se agrupa en torno a la subordinación o control en cualquiera de sus formas (*grupos por subordinación*), como a los que se agrupan de forma voluntaria por razones de coordinación y colaboración empresarial (*grupos por coordinación*). En cambio, si se define el *grupo de empresas* en base a los dos elementos (control y dirección unificada) sólo los *grupos subordinados* caen bajo dicha calificación.

La exigencia del elemento **dirección económica unitaria** para identificar al *grupo de empresas* suele presentar dificultades teóricas y prácticas. Las primeras refieren fundamentalmente a la determinación de su noción. La opinión predominante se inclina por incluir en el concepto de **dirección económica unificada** la posibilidad de incidir sobre las actividades de planificación, ejecución y control de las

políticas de la empresa en sus diversos campos (financiero, comercial, laboral, etc.). Las dificultades prácticas refieren a los inconvenientes para detectar en el caso concreto la unidad de decisión entre empresas. Como generalmente el grupo no admite o reconoce su propia condición, la presencia de la dirección unificada se suele buscar mediante el recurso a la técnica de los indicios: existencia de planificación común en materia económica, financiera, comercial, tecnológica, laboral; trasiego de personal entre empresas; utilización común de maquinaria, locales, personal, asesores; existencia de directores o administradores comunes; préstamos o subvenciones entre las empresas; garantías cruzadas, etc.

Para tratar de superar las dificultades antes mencionadas, una importante corriente de opinión (fundamentalmente de origen doctrinario) ha sostenido el abandono del elemento dirección unitaria para definir al *grupo de empresas*, optando por exigir únicamente la presencia del **control o dominación**. Así, a vía de ejemplo, el *Forum Europaeu* Derecho de grupos que constituye un equipo de expertos europeos cuyo propósito es la elaboración de un proyecto de regulación comunitario de los *grupos de empresas*, ha propuesto prescindir del elemento dirección unitaria y delimitar el grupo únicamente en base al elemento **control societario**. Según la propuesta elaborada por el *Forum Europaeum*, la existencia del grupo quedaría de-

²²TERRADILLOS, Edurne, La representación colectiva de los trabajadores en los grupos de empresas, ob. cit., pág. 70.

finida por el hecho de que una sociedad posea la mayoría de los derechos de voto de otra empresa, haya suscrito con ella un contrato de dominio o disponga del derecho a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de dirección o vigilancia. De esta forma, se evitaría recurrir al concepto de dirección unitaria, que genera inseguridades e incertidumbres ya que obliga a realizar averiguaciones no siempre fáciles²³.

Por nuestra parte, entendemos que la delimitación de la noción de *grupo de empresas* debe hacerse en base a los dos elementos ya comentados: a) el binomio **dominación-dependencia** y b) la **dirección económica unificada**. Por lo que refiere al **elemento control o dominio**, su existencia supone que una empresa pueda tener injerencia e intervención determinante sobre las competencias relevantes de otra empresa, al punto de poder sustituir su voluntad por la de la empresa dominada (subsidiaria o filial). Si bien algunos autores dejan de lado este elemento para hacer hincapié en la unidad de decisión o gestión, consideramos que sólo puede hablarse de la configuración de un *grupo de empresas* si se identifican lazos de dominación entre ellas (control directo) o en relación a un mismo centro de po-

der externo a las mismas (control indirecto). El control implica identidad de titulares de las empresas pero además concentración de poder. En cuanto al **elemento dirección unitaria**, nos inclinamos por exigir su presencia porque consideramos que es la nota que le da coherencia interna al grupo. Lo que hace que una pluralidad de empresas se convierta en una unidad o grupo, es que además de estar relacionadas por vínculos de control las mismas actúan bajo criterios de conducción unitaria, lo que les confiere la calidad de empresa policorporativa.

“Lo que hace que una pluralidad de empresas se convierta en una unidad o grupo, es que además de estar relacionadas por vínculos de control las mismas actúan bajo criterios de conducción unitaria, lo que les confiere la calidad de empresa policorporativa.”

Sin embargo, debe precisarse que es opinión generalmente admitida que cuando existe una **relación de dominación-dependencia** de una empresa sobre otra, **se presume que existe una dirección unificada**, debido a que quien

domina siempre puede imponer y ejercer una conducción sobre el sujeto subordinado. Si existe dominación casi siempre existirá dirección unitaria. Por lo general, ambos elementos son dos caras de una misma moneda. Por ello, como acertadamente señala Embid Irujo, la existencia de control constituye una presunción *iuris tantum* del *grupo de empresas*; el mismo existirá salvo que la empresa dominante demuestre que no ha ejercido el poder derivado del control²⁴.

²³El contenido y alcance de esta propuesta puede verse más ampliamente en: EMBID IRUJO, José Miguel, Introducción al derecho de los grupos de sociedades, ob. cit., pág. 211 y sigs.

²⁴EMBID IRUJO, José Miguel, Introducción al derecho de los grupos de sociedades, ob. cit., pág. 228.

En función de todo lo anterior, definimos al *grupo de empresas* como aquel que se constituye cuando dos o más empresas se relacionan por vínculos estables de dominación o control, sea éste directo o indirecto, interno o externo, o se encuentran bajo la influencia dominante de una o más personas físicas o jurídicas, con independencia de la forma jurídica u organizativa que adopten (centralizada o descentralizada) y actúen bajo una dirección económica unificada.

La definición por la que optamos, supone excluir de la noción de *grupo de empresas* una serie de elementos que son accesorios o contingentes, como por ejemplo:

a) el **tipo de actividad** que desarrollan las empresas (puede tratarse de actividad industrial, comercial, agropecuaria, financiera o de cualquier otra índole económica). Además, no necesariamente tiene que existir conexión, complementariedad o sucesividad entre los giros de las empresas.

b) tampoco interesa la **naturaleza jurídica de la empresa**. Si bien normalmente el grupo se integra con sociedades comerciales, podrían formar parte de él cooperativas, asociaciones civiles, entidades públicas, fideicomisos, empresas unipersonales, etc.

c) el **tipo de control** que se ejerce sobre las empresas, que puede ser interno (u orgánico), externo (o económico) o personal, salvo que la legislación excluya expresamente alguno de ellos.

d) la **forma en que se organizan las empresas** del grupo.

No es indispensable que exista una sociedad madre o matriz, podrían existir formas de organización descentralizada e inclusive centros de poder múltiples.

e) la existencia de **fraude, abuso de derecho, conducción temeraria o desviada**. El comportamiento del grupo puede tener relevancia en ciertas legislaciones para justificar la comunicación de responsabilidad en el grupo, pero no para delimitar su concepto.

f) el **motivo o causa por la cual se creó el grupo**. Es perfectamente lícito que la fragmentación de la empresa en múltiples sujetos de derecho obedezca a la intención de limitar la responsabilidad, diversificar los riesgos, obtener un mejor posicionamiento en el mercado, optimizar los recursos, etc.;

g) la **mera coincidencia de algún director o administrador** entre distintas empresas. La colocación de personas en los órganos de dirección de una empresa constituye una forma de control o dominación de tipo personal, solo si permite asegurar el resultado de las decisiones que se adopten.

h) la existencia de **contratos comerciales estables** entre empresas. Es frecuente que se entablen relaciones comerciales de diverso tipo entre empresas, que inclusive pueden dar lugar a fenómenos de alianzas estratégicas en el mercado o de subcontratación e intermediación laboral. Sin embargo, ello no puede confundirse con la existencia de un *grupo de empresas*, salvo que se verifique un régimen de control y dirección económica unitaria.

3 FORMAS DE ESTRUCTURACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

La observación de la realidad demuestra que la fenomenología de los grupos es sumamente compleja y variada, encontrándose en constante evolución, al punto de haberse afirmado que existen tantos tipos de grupos como grupos existen en la realidad²⁵. Con esa prevención, a continuación expondremos las clasificaciones más usuales.

3.1 Grupos por subordinación: centralizados y descentralizados

Los *grupos de empresas jerárquicos o por subordinación* han sido definidos por Manóvil como aquellos en que una o varias sociedades se hallan bajo el control directo o indirecto de otra u otras personas con actividad o intereses empresarios propios, que ejercen en forma directa o indirecta la dirección total o parcial de los negocios sociales de aquéllas²⁶, en tanto que María Luisa de Arriba Fernández los prefiere definir como aquellos en los que las sociedades agrupadas se ordenan entre sí en torno a una relación jerárquica de dependencia, siendo la sociedad matriz simultáneamente sociedad dominante, directa o indirectamente, y vértice de la estructura

grupal. En los grupos verticales la dirección unitaria (en definitiva, la política empresarial de las diferentes sociedades del grupo) viene marcada unilateralmente por la sociedad matriz²⁷.

A causa de la descentralización productiva (y del proceso conocido como filialización²⁸) la doctrina ha comenzado a hablar de *grupos de empresas centralizados*, que serían los grupos tradicionalmente constituidos sobre una base claramente jerarquizada y vertical a cuya cabeza se encuentra una empresa madre que ejerce la dominación del resto, y de *grupos de empresas descentralizados* en los que sus integrantes están dotados de un mayor grado de autonomía productiva, organizativa y de gestión pero se encuentran vinculados por lazos de dominación formal. En ambas formas de organización del grupo existen lazos de dependencia, pero la diferencia radica en el margen de autonomía funcional que existe en uno y otro caso.

3.2 Grupos por coordinación

Cuando las unidades del grupo carecen de poder para imponer sus propios objetivos y el poder recae en una sola de las empresas, se configura una **relación de control-dependencia** que se tradu-

²⁵de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de grupo de sociedades, ob. cit., pág. 93.

²⁶MANÓVIL, Rafael M., Grupos de sociedades (...) ob. cit., pág. 180.

²⁷de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de grupos de sociedades, ob. cit., pág. 97.

²⁸La filialización, como estrategia de descentralización, supone la transferencia parcial de una empresa a otra que se crea expresamente como filial para contratar con ella la realización de obras o servicios. Ha sido definida como "una estrategia de descomposición programada y sistemática, tendiente a convertir a las otrora grandes empresas, en una serie de entidades de menor dimensión, con grados de autonomía variables en función de cada circunstancia particular": GARMENDIA, Mario, "Filialización" en Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial, Ed. FCU, Montevideo, 2000, pág. 201.

ce en la constitución de un *grupo por subordinación*. En cambio, cuando el poder de negociación de las unidades del grupo es suficiente para imponer, o al menos influir, sobre los objetivos y las estrategias globales del conjunto, se instituye una relación horizontal, paritaria o de igualdad, que en ciertos casos puede derivar en la constitución de un *grupo por coordinación*²⁹. En los *grupos por coordinación* las empresas se encuentran situadas (al menos teóricamente) en un plano de igualdad, con equivalentes poderes de influencia sobre la dirección del conjunto, por lo que no existe dependencia o control de ninguna clase. En todo caso, la estrategia común que sigue el grupo, que podría identificarse con la noción ya comentada de *dirección económica unificada*, no es consecuencia del ejercicio de un poder de control o dominación, sino de la voluntad propia de cada empresa que ha resuelto libremente trasladar parte de su poder decisorio empresarial a favor de la estructura grupal.

Ejemplos de *grupos por coordinación* son los Grupos de Interés Económico (también denominados Agrupaciones de Interés Económico), los Consorcios (también llamados Uniones Temporales de Empresas), las sociedades accidentales y los joint ventures.

También ingresarían en esa categoría, las vinculaciones entre empresas que son consecuencias de acuerdos comerciales que implican formas de cooperación e interconexión más o menos estables, como el franchising, el suministro, el know how, la asistencia financiera y otras modalidades de colaboración. En interesante estudio Antonio Ojeda Avilés hace referencia al fenómeno de las **redes de empresas**, a las cuales define como coordinación empresarial estable de medios instrumentales con repercusión laboral para impulsar los objetivos propios de cada empresa miembro³⁰. El autor señala que los puntos distintivos de las **redes de empresas** en relación a los *grupos de empresas* son la plena independencia de objetivos mercantiles que tiene cada empresa integrante de la red y la inexistencia de unidad de titulares, dirección económica y/o caja³¹. Ojeda Avilés anota que en muchos casos las **redes de empresas** significan inseguridad, desinformación y falta de instrumentos jurídicos para la defensa del trabajador y muestran los males del empresario difuso, desvaído y de trazos desenfocados, lo que deriva en cierta facilidad de las empresas para eludir las responsabilidades laborales, especialmente a través de la cesión de trabajadores o la sucesión de empresas³².

²⁹ARCE ORTIZ, Elmer, La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, Sevilla, 2003, pág. 61.

³⁰El autor señala que uno de los elementos que identifican a las redes de empresas es el geográfico: coinciden en el mismo lugar de trabajo. Ejemplos de redes de empresas serían los parques tecnológicos, los distritos industriales, los polígonos industriales, las lonjas, los mercados de abasto, las superficies de asentamiento de mayoristas, los centros comerciales, los viveros de empresas, los puertos de mar y aeropuertos.

³¹OJEDA AVILES, Antonio, "Aspectos laborales de las redes de empresas" en Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 125, enero-marzo 2005, Madrid, pág. 797 y sigs.

³²OJEDA AVILES, Antonio, "Aspectos laborales de las redes de empresas" ob. cit., pág. 806.

En algunos casos los *grupos por coordinación* pueden deformarse y evolucionar hacia formas de **dominación externa (económica) o interna (orgánica)**, en las cuales una sola de las empresas pasa a tener injerencia determinante en el proceso de toma de decisiones de las demás empresas integrantes del grupo. En estos casos el grupo en cuestión dejará de considerarse como de *coordinación* para pasar a ser de *subordinación*. Así, a vía de ejemplo, refiriéndose a los supuestos de descentralización de la producción Dieste ha puesto de manifiesto la relevancia jurídica que tiene la constatación de que la empresa comitente ejerza su conducción sobre las demás empresas proveedoras de servicios, señalando que si mediara una injerencia claramente invasora del poder organizativo, directivo y disciplinario de la principal sobre el ámbito de actuación de la tercera, de tal forma que el personal de ésta responda indistintamente a las directivas de una u otra, se está en presencia de una empresa dominante, de empleador múltiple o de grupo económico, que justificaría una hipótesis de responsabilidad solidaria³³.

De igual modo, Raso Delgue establece una serie de pautas o indicadores que servirían para detectar la existencia de **dominación económica** entre dos o más empresas³⁴, lo que implicaría dejar de lado

la noción de colaboración o coordinación entre empresas: **a)** expresiones de control y dirección por parte de la empresa principal sobre el establecimiento que ocupa la dependiente; **b)** la organización por parte de la empresa dominante de cursos de formación y capacitación de trabajadores de la dominada; **c)** la posibilidad por parte de la empresa principal de intervenir en las decisiones relativas a la contratación, suspensión, despido, modificaciones de las condiciones de trabajo de los empleados de la dependiente; **d)** la duración y permanencia de la relación contractual; **e)** la elección por parte de la empresa controlante del lugar de trabajo de la empresa subordinada; **f)** el hecho que la empresa principal provea transporte, hospedaje, herramientas, equipos y/o recursos humanos a la empresa auxiliar; **g)** el uso de logos o marcas de la empresa principal en vehículos o uniformes de la empresa dependiente; **h)** la realización en forma continua y permanente por parte de la empresa dominada de las operaciones de carga y descarga de los productos de la empresa principal; **i)** profesionales comunes, administrador contable común, pago de la franquicia a través de ganancias compartidas.

Para una importante corriente de opinión, los *grupos horizontales, paritarios o por coordinación* deben situarse en el terreno de la

³³DIESTE, Juan Francisco, "Responsabilidad laboral derivada de las distintas formas de tercerización" Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial, Ed. FCU, Montevideo, 2000. pág. 326.

³⁴RASO DELGUE, Juan, "Las nuevas formas de organización empresarial y la determinación del empleador" en XV Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo, Ed. FCU, Salto, 2004, pág. 163 y sigs.

cooperación interempresarial y no en el de los *grupos económicos*. La inexistencia de subordinación o dependencia en cualquiera de sus formas excluiría a los *grupos por coordinación* de la calificación de *grupos de empresa*, constituyendo únicamente una forma de colaboración empresarial. Para otros autores como Elmer Arce, debe descartarse que actualmente los *grupos de coordinación* sean siempre simples uniones de naturaleza frágil entre empresas competidoras, de carácter temporal y sin pretensiones de crear vínculos de dominación. Por lo general, los *grupos de coordinación* generan un entramado de relaciones duraderas e institucionalizadas de cooperación que condicionan, en mayor o menor grado, su estrategia empresarial³⁵.

Bajo el criterio tradicional de definición del *grupo de empresas* por el que hemos optado en este trabajo, que exige la presencia de dependencia o control y de dirección económica unitaria, resulta evidente que los auténticos *grupos horizontales, paritarios o por coordinación* no quedan comprendidos en la noción. En este tipo de grupo existe un interés empresarial y una gestión compartidos entre todos los integrantes, pero **no existe dependencia o control**. Si bien en los *grupos paritarios* existe **dirección unitaria**, al igual que sucede en los *grupos jerárquicos o por subordinación*, en los primeros es el resultado del acuerdo libre de las sociedades que deciden agruparse,

mientras que en los segundos es consecuencia del control o dominación.

3.4 Otras clases de grupos

Otra clasificación de los grupos frecuentemente mencionada por la doctrina es la de *grupos de derecho* o contractuales y *grupos de hecho* o fácticos. Los grupos de derecho son aquellos constituidos de acuerdo con los instrumentos jurídicos que el ordenamiento establece a esos efectos (generalmente el contrato), mientras que los grupos de hecho o fácticos son aquellos que no se crean conforme a un instrumento predeterminado por la ley³⁶. Esta clasificación tiene especial aplicación y relevancia en el Derecho alemán, donde la legislación prevé la constitución de *grupos de empresas* a partir de un contrato de dominación, lo que ha dado lugar a que ante la ausencia de contrato la doctrina y jurisprudencia hablen de grupos de hecho o fácticos.

En función de la fuente que da origen a la dirección unitaria, María Luisa de Arriba Fernández clasifica a los grupos en *grupos de base societaria*, que serían aquellos en los que aquella nace de la propiedad de participaciones o acciones en el capital las filiales o subsidiarias por parte de una empresa matriz; *grupos contractuales*, en los cuales el poder de dirección deriva de un contrato y *grupos personales*, en los que la dirección unitaria se fundamenta en la

³⁵ARCE ORTIZ, Elmer, La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, ob. cit., pág. 64.

³⁶EMBID IRUJO, José Miguel, Introducción al derecho de los grupos de sociedades, ob. cit., pág. 17 y sigs.

coincidencia de las personas que ocupan el cargo de administradores en las diferentes sociedades agrupadas (generalmente la identidad radica en los lazos familiares)³⁷.

Otra clasificación que menciona dicha autora es la de *grupos de actividad homogénea* y *grupos de actividad heterogénea*. Los primeros son aquellos en los que todos los integrantes se dedican a la misma actividad, en tanto que los segundos son aquellos en que los miembros realizan actividades diferentes. Emparentada con esta clasificación se suele hacer otra que divide a los grupos en *industriales* y *financieros*. En este caso no se toma en cuenta el conjunto de actividades realizadas por las sociedades agrupadas sino exclusivamente la ejercida por la sociedad matriz. El *grupo es industrial* cuando la empresa madre realiza su propia actividad productiva, sea industrial, comercial o de servicios, en tanto que el *grupo es financiero* cuando la sociedad matriz tiene como único objeto la gestión y administración de las participaciones que posee en el resto de las empresas del grupo. En estos casos la cabeza del grupo es generalmente un holding, cuya única finalidad es dominar a otras sociedades.

En atención a los fines que se persiguen por los grupos, la doctrina laboralista española e italiana han clasificado a éstos en *patológicos* y *fisiológicos*³⁸. Los *patoló-*

gicos serían aquellos grupos que se crean con la finalidad de evitar el control jurídico y repartir el riesgo económico, mientras que los *fisiológicos* serían los que la pluralidad jurídica se justificaría en razones de competitividad, eficiencia organizativa, etc. Consecuencias jurídicas como la extensión de responsabilidad en el seno del grupo, solo se admitiría en el ámbito de los grupos *patológicos*, los cuales son tratados con disvalor por la doctrina. Sin embargo, la clasificación mencionada es criticada porque no es fácil establecer una línea fronteriza entre ambas modalidades de agrupación. Por lo general, la constitución de un *grupo de empresas* responde a más de una razón y persigue más de una finalidad. Por otra parte, la distinción entre *grupos de empresas patológicos* y *fisiológicos* no tiene consecuencia jurídica en ningún país; se trata de una mera diferenciación teórica, académica o expositiva, sin recepción legislativa a nivel comparado.

4 MODELOS DE REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS

Atendiendo a la forma en que se posiciona el Derecho del trabajo positivo ante los *grupos de empresas*, grosso modo podría afirmarse que se observan **tres grandes modelos** de regulación laboral:

a) un primer modelo, que es cuantitativamente el más reducido, está constituido por aquellos países

³⁷de ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa, Derecho de los grupos de sociedades, ob. cit, pág. 95 y sigs.

³⁸TERRADILLOS, Eudurne, Los grupos de empresa ante la jurisprudencia social española, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pág. 14.

que regulan legalmente la figura de los *grupos de empresas*, en especial en cuanto a su régimen de responsabilidad. En esa categoría se incluyen Alemania, Portugal, Brasil y Argentina.

b) en el lado opuesto, podemos ubicar a aquellos ordenamientos jurídicos nacionales (los más numerosos) cuya legislación laboral guarda completo silencio sobre los *grupos de empresas*. Ejemplos de este modelo son Chile, Perú y Uruguay.

c) en medio de estos modelos opuestos, podría ubicarse aquellas legislaciones comparadas que contienen algunas regulaciones puntuales, sectoriales y parciales sobre los *grupos de empresas*. A vía de ejemplo, allí se ubica España, en donde existen referencias normativas a los *grupos de empresas* en materia de participación de los trabajadores en ese ámbito, pero no hay regulación sobre su régimen de responsabilidad patrimonial u otras consecuencias jurídicas laborales.

A su vez, en lo que refiere estrictamente al régimen de responsabilidad patrimonial del *grupo de empresas* por deudas contraídas por sus integrantes con terceros, en grandes líneas también existirían **tres modelos de comunicación de responsabilidad**³⁹:

a) el tradicional (también llamado *entity law approach*), que

parte de la base de la autonomía de cada integrante del grupo y solo acepta la responsabilidad en caso de dolo o fraude, en especial del agente controlante (a través del *disregard* y figuras similares), es decir, admite solamente casos de responsabilidad subjetiva.

b) el sistema de la unidad del grupo (*enterprise approach*), que atribuye responsabilidad solidaria o subsidiaria a la sociedad madre cuando existe dominación total, lo que constituye un modelo de responsabilidad objetiva. Este sistema ha sido recogido en varios proyectos legislativos⁴⁰, pero no fue sancionado por ningún país.

c) el sistema dual germánico (llamado *dualist approach*), que prevé regímenes de responsabilidad diferenciados según se trata de grupos de derecho o de hecho. Cuando el grupo es fruto de un contrato (*grupo de derecho o contractual*) por el cual una filial se somete contractualmente a la dirección de una matriz, el reverso de tal sujeción es el establecimiento de una responsabilidad de la dominante por las pérdidas que tuviera la filial. En cambio, tratándose de *grupos fácticos o de hecho* (ausencia de contrato de dominación) la sociedad matriz debe compensar a los terceros por los perjuicios causados como consecuencia de las directrices desventajosas emitidas.

³⁹GIRGADO, Pablo, La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002., pág. 32 y sigs.

⁴⁰Por ejemplo en dos proyectos franceses promovidos por el diputado Cousté y en el Anteproyecto español de Ley de Sociedad Anónima de 1979.

En la actualidad, la posición predominante es admitir algún grado y forma de responsabilidad patrimonial en el marco del *grupo de empresas*. Cuando no existe legislación expresa sobre el punto, son la doctrina y la jurisprudencia de cada país las que se han encargado de establecer los andariveles por los cuales transita alguna forma de atribución de responsabilidad, aunque más no sea en caso de fraude, dolo o abuso de derecho. Por ese motivo, puede afirmarse que la postura que sostenía la irresponsabilidad total en el seno del grupo ha sido superada en casi todos los ordenamientos jurídicos. En efecto, si bien la mayoría de los autores y las legislaciones aceptan que la configuración y actuación del *grupo de empresas* no es ilícito sino que se trata de una forma legítima que tiene el operador económico de organizar su actividad, en la actualidad también se admite que el principio de limitación de responsabilidad no es sagrado e impenetrable, y que en determinados supuestos se puede extender la responsabilidad a los sujetos que integran el grupo por

“En la actualidad, la posición predominante es admitir algún grado y forma de responsabilidad patrimonial en el marco del *grupo de empresas*. Cuando no existe legislación expresa sobre el punto, son la doctrina y la jurisprudencia de cada país las que se han encargado de establecer los andariveles por los cuales transita alguna forma de atribución de responsabilidad, aunque más no sea en caso de fraude, dolo o abuso de derecho.”

deudas contraídas por alguno de ellos.

5 REGULACION DE LOS GRUPOS EN URUGUAY

En Uruguay no existe regulación legal el *grupo de empresas* en el ámbito del Derecho del trabajo⁴¹, sin embargo, la atonía legislativa no ha sido obstáculo para que la doctrina y jurisprudencia hayan recogido la figura desde hace varios años, existiendo ciertos criterios asentados en cuanto al mismo, en especial en lo que refiere a su responsabilidad patrimonial. La Suprema Corte de Justicia ha señalado que cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas por un todo complejo, pero integral, entonces nos encontramos frente a una realidad económica, que seguramente es más económica que jurídica, la que ha sido recepcionada, aunque inorgánicamente por el derecho patrio⁴².

La noción de *grupo de empresas* se ha edificado en Uruguay fundándose en la **autonomía de la disciplina y en la aplicación de**

⁴¹Tampoco existe regulación del conjunto económico en otras disciplinas, salvo algunas menciones aisladas y específicas, como es el caso de la Ley N° 13.426 referida a la materia jubilatoria que prevé la posibilidad de reclamar adeudos previsionales cuando se crea un conjunto económico por desdoblamiento de capitales que elimine o disminuya la solvencia de una empresa; la Ley N° 17.292 en materia concursal, que inhibe que una empresa que integre un grupo económico sea acreedor informante en el concurso de otra empresa del grupo; la Ley N° 17.613 sobre fortalecimiento del sistema bancario, atribuye al Banco Central importantes facultades de controlar sobre los conjuntos económicos y la Recopilación de Normas Bancocentralistas, que define a los grupos de empresas en forma muy amplia, con motivo de regular los créditos otorgados entre sus miembros.

⁴²Anuario de Jurisprudencia Laboral (AJL) 1996/1997 c. 227.

sus principios propios. En tal sentido, María Josefina Plá Regules ha señalado que el Derecho del trabajo tiene la suficiente autonomía como para otorgar personería laboral a determinadas realidades, sin que esto importe otorgársela a todos los efectos jurídicos, y puede también descartar dentro del campo laboral, privándola de efectos, la personería derivada de otras ramas jurídicas que, trasladada al Derecho del trabajo, originaría serios perjuicios al trabajador⁴³. Como consecuencia de ello, la doctrina y jurisprudencia uruguayas suelen considerar y tratar al grupo de empresas como **empleador**. Indudablemente, la personificación del grupo a los efectos laborales supone romper con las reglas clásicas que provienen del Derecho civil y societario, en donde excepcionalmente el grupo adquiere tal calidad, manteniéndose intacta la autonomía formal de las empresas que lo forman.

Sin embargo, conservar esa ficción en el ámbito laboral generaría enormes perjuicios para el trabajador y desmerecería principios muy arraigados en el Derecho del trabajo, como el principio de primacía de la realidad. Así, PLA RODRÍGUEZ sostiene que la calidad de empleador deber ser atribuida al grupo como tal, que constituye a su juicio una unidad subyacente pese a la multiplicidad de manifestaciones externas lo que genera que el grupo sea la ver-

dadera y única empresa subyacente⁴⁴. A la misma conclusión arriba Ermida Uriarte, para quien el *conjunto económico* debe ser considerado como una unidad y un único deudor, lo que hace innecesario hablar de solidaridad. El autor manifiesta que la idea de empleador único responde a la de empleador real por oposición a la de empleador aparente. Si prevaleciera esta última, determinaría que la existencia del grupo quedara encubierta por el velo de la personalidad jurídica atribuida a cada una de las empresas que lo integran. Pero al levantarse el velo de esas personerías resurge la realidad subyacente: única empresa, único empleador, único deudor⁴⁵.

A nuestro modo de ver, entender al *grupo de empresas* de modo distinto implicaría quedarse en la mera superficie formal del factor constitutivo de la empresa, desconociendo la realidad subyacente. A tales efectos, se entiende que el Derecho del trabajo tiene suficiente autonomía científica como para atribuir la calidad de sujeto de derecho laboral, a situaciones o supuestos que no necesariamente coinciden con las categorías formales derivadas del Derecho civil. Considerar al *grupo de empresas* como empleador tiene dos consecuencias inmediatas. En primer lugar, en el plano jurídico existiría un único deudor de las obligaciones contraídas con los

⁴³PLA REGULES, María Josefina, "La personería laboral del empleador" en revista Derecho Laboral, tomo XIX, n° 101, enero-marzo 1976, Montevideo, pág. 131.

⁴⁴PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, "Los grupos de empresas" ob. cit., pág. 192.

⁴⁵ERMIDA URIARTE, Oscar, Empresas multinacionales y Derecho laboral, ob. cit., pág. 148.

trabajadores de cualquier unidad del grupo, por lo que resultaría innecesario hablar de responsabilidad mancomunada, solidaria, indivisible, etc., porque sencillamente existiría un solo sujeto de derecho laboral deudor. Como lo hace notar Elmer Arce con gran acierto, recurrir al mecanismo de la responsabilidad solidaria entre las empresas agrupadas resulta engañoso o al menos falso, toda vez que no exista verdadera pluralidad empresarial, sino una única empresa a la que le corresponde un tratamiento jurídico también unitario⁴⁶.

En segundo lugar, la personificación laboral del grupo tiene repercusión directa sobre el régimen de responsabilidad patrimonial: si el *grupo de empresas* tiene la calidad de empleador (y por ende deudor y acreedor único laboral), carece de sentido analizar el comportamiento de sus unidades para determinar si es procedente la comunicación de responsabilidad. Por el contrario, la **responsabilidad del grupo** pasa a ser **objetiva**, por el solo hecho de constituirse. Al respecto, interesa señalar que una cuestión que se ha debatido en Uruguay es si la sanción de la Ley n° 16.060 sobre Sociedades Comerciales, que prevé el instituto de la inoponibilidad de la personería jurídica basada en la noción de fraude o abuso de

derecho (art. 189 y sigs.), modificó o dejó sin efecto las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre conjunto económico en materia laboral.

Luego de algunas vacilaciones iniciales, tanto la doctrina como la jurisprudencia laboral⁴⁷ entendieron que aplicar el instituto del disregard of legal entity en el ámbito laboral implicaría un grave retroceso en la protección de los créditos laborales, ya que habría que probar que la personalidad jurídica fue utilizada con fraude o abuso de derecho para extender la responsabilidad en el seno del grupo. Se invocó además que el Derecho del trabajo es autónomo y posee fines y principios propios, no existiendo además razones para dejar de lado una teoría que se había creado muchos años antes de la sanción de la ley societaria⁴⁸. Por ello, en Uruguay se acepta que la responsabilidad del *grupo de empresas* es objetiva, por el solo hecho de constituirse, considerándose a todas las unidades del grupo como contrayente **originario** de los derechos y obligaciones laborales emergentes de las relaciones de trabajo.

6 CONCLUSIONES

Los vigorosos procesos de acumulación de capital y concentración económica desarrollados desde fines del siglo XIX hasta

⁴⁶ARCE ORTIZ, Elmer, La circulación de trabajadores en el grupo de empresas, ob. cit., pág. 65.

⁴⁷La posición de la justicia laboral puede consultarse en: AJL 2001 c. 129. AJL 1993 c. 707. AJL 1999 c. 142. Idem: AJL 1996-1997 c. 992. AJL 1994-1995, c. 190. AJL 1991, c. 193 y 209.

⁴⁸Véase al respecto: ABELLA DE ARTECONA, Martha, "La personalidad jurídica de las sociedades comerciales. Sus implicancias desde el punto de vista del Derecho comercial" en Jornadas interdisciplinarias laboral-comercial, Ed. FCU, Montevideo, 1992, pág. 53; MANTERO DE SAN VICENTE, Osvaldo, "La teoría del conjunto económico en el Derecho del trabajo" misma obra que la anterior, pág. 39. PLA RODRÍGUEZ, Américo, "Sobre la noción de conjunto económico" en Revista Judicatura n° 36, noviembre 1993, Montevideo, pág. 14 y sigs.

nuestros días, se han visto potenciados con las nuevas formas de producción descentralizadas (tercerización), la revolución tecnológica, la apertura de los mercados, la permisividad de las legislaciones (en ciertos casos directamente el fomento y promoción de la concentración). Las ventajas económicas, comerciales, financieras, técnicas, laborales y fiscales que reportan para el capital las estructuras empresariales multiformes en relación a la mega empresa, unitaria y vertical, augura que el *grupo de empresas* se constituirá en el arquetipo de organización empresarial flexible en el tiempo venidero.

En términos generales, existe acuerdo en que los *grupos de empresas* son manifestaciones válidas de organización del capital, que salvo norma legal expresa que disponga lo contrario su configuración y funcionamiento deben reputarse lícitos, lo que no implica que bajo determinadas reglas y criterios pueda atribuírseles determinados efectos jurídicos y adjudicárseles ciertos niveles de responsabilidad patrimonial⁴⁹. En efecto, la necesidad de compatibilizar la libertad de empresa con la protección de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, ha llevado a que las legislaciones laborales busquen soluciones *sui generis* para problemas como el riesgo de insolvencia de las unidades del grupo, la conserva-

ción y respeto de los derechos individuales (antigüedad, nivel de retribución, etc.) y el ejercicio efectivo de los derechos colectivos (negociación colectiva, participación, libertad sindical y huelga).

Si bien no existe una opinión unívoca sobre qué es el *grupo de empresas*, los datos más comúnmente citados por la doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones son la presencia de una **relación de dominio o control** entre las empresas, que puede ser interna (orgánica) o externa (económica), y de una **dirección económica unificada del conjunto**, que se traduce en la gestión y conducción unitaria del agrupamiento en sus aspectos financieros, comerciales, económicos y laborales. Desde la perspectiva del Derecho del trabajo, que una empresa pueda tener injerencia determinante en otra y que a su vez exista una transferencia de poder hacia un centro, que conducirá a todas las unidades con criterio global, implica que en la realidad haya una única empresa policorporativa y un único sujeto de imputación de derechos y obligaciones laborales.

Como lo señala Antonio Baylos Grau con gran agudeza, la fragmentación de la actividad empresaria en diferentes personalidades jurídicas supone una forma o intento de cortocircuitar la responsabilidad de la empresa en su conjunto respecto del proyecto glo-

⁴⁹Como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de Italia, la política de agrupación de empresas es uno de los tantos métodos lícitos y ordinarios que tienen éstas para afrontar las vicisitudes del mercado. Sin embargo, debe reconocerse que en las estructuras grupales el centro de decisión se traslada al exterior de la empresa, lo que genera una importante cantidad de problemas en el ámbito laboral, que obligan al jurista a buscar la línea de compatibilidad entre los instrumentos utilizados para dar forma y estructura a la actividad económica y los derechos de los trabajadores: DE SIMONE, Gisella, "La forma grupo nel diritto del lavoro" ob. cit., pág. 78.

bal de actuación de la misma⁵⁰. Sin embargo, la tesis de la irresponsabilidad laboral del grupo y de la separación patrimonial absoluta es un criterio que tiende a perimir. En efecto, a diferencia del Derecho comercial en el cual la comunicación de responsabilidad en el seno del *grupo de empresas* aún hoy encuentra detractores, en el campo del Derecho del trabajo la situación parece ser más abierta y flexible ya

que tal posibilidad es aceptada desde hace varios años, aún cuando no existe una solución unívoca sobre el tipo o régimen de responsabilidad que corresponde atribuirle. En la actualidad no parece aventurado afirmar que en esta disciplina la configuración de un *grupo de empresas* no es neutra o intrascendente, aún cuando no exista regulación legal.

⁵⁰BAYLOS GRAU, Antonio, "Los acuerdos – marco de empresas globales: una nueva manifestación de la dimensión transnacional de la autonomía colectiva" en Revista de Derecho Social n° 28 (2004), Madrid, pág. 194.



TRABALHO DO MEIO CIENTÍFICO

O PRINCÍPIO PROTETOR DO EMPREGADO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA*

Cinthia Maria da Fonseca Espada**

Resumo: A compreensão do princípio protetor do empregado somente é possível quando se extrai o conteúdo em dignidade da pessoa humana que ele possui. O presente estudo procura analisar a correlação entre o princípio de proteção e a dignidade da pessoa humana, além de fundamentar, com base nessa vinculação, o “status” de Norma de Direito Fundamental do princípio protetor. A questão da possibilidade de relativização do mesmo princípio também será objeto de ponderação neste artigo.

Palavras-chave: Princípio; Proteção; Dignidade.

Sumário: Introdução; 1 O Princípio Protetor do Empregado; 2 A Dignidade da Pessoa Humana; 3 O Princípio Protetor do Empregado como Norma de Direito Fundamental; 4 Relativização do Princípio Protetor do Empregado; Conclusão; Notas Bibliográficas; Referências.

INTRODUÇÃO

O princípio protetor do empregado e a dignidade da pessoa humana serão analisados, neste artigo, com base em uma Teoria Jurídica específica, que aborda, de modo enfático, os princípios jurídicos.

Alguns esclarecimentos devem ser feitos nesse ponto. Existem

várias teorias a respeito dos princípios jurídicos, devendo-se elucidar que o presente trabalho tem, como referencial teórico central, Robert Alexy, embora obras de diferentes autores também tenham sido pesquisadas e utilizadas.

A riqueza das obras investigadas igualmente impõe a necessidade de ressaltar a brevidade

*O presente artigo corresponde a uma parte da dissertação de mestrado da autora, cujo título é **O Princípio Protetor do Empregado e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana – Análise sob o Prisma da Teoria dos Princípios**. A defesa pública da dissertação ocorreu no dia 24 de novembro de 2006, no Centro Universitário “Eurípedes de Marília” – UNIVEM mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, sendo orientadora a Prof. Norma Sueli Padilha.

**Juíza Titular da Vara do Trabalho de Garça (15ª Região) é mestre em Direito pelo Centro Universitário “Eurípedes de Marília” – UNIVEM.

de deste estudo e remeter o leitor ao exame mais detalhado das obras relacionadas na bibliografia encontrada no final do artigo.

De qualquer forma, pequenas explicações são necessárias. Conforme a aludida Teoria, os princípios são vistos como fundamentos de toda a ordem jurídica, adquirindo a dignidade de normas vigentes, válidas e eficazes, o que tem implicação no tocante à efetividade do Direito, em razão do reconhecimento de força normativa ao texto constitucional em sua íntegra, inclusive aos dispositivos de “textura aberta”.

Inicia-se um novo modo de interpretação do Direito e, com ele, a necessidade de análise dos diversos ramos do Direito sob o enfoque dos princípios especiais que os regem, sem esquecer-se, é claro, dos princípios gerais de Direito e dos princípios constitucionais. Até porque, consoante essa mesma Teoria, todas as normas infraconstitucionais devem ser “lidas” sob o prisma da Lei Fundamental.

Nesse contexto, em relação ao Direito do Trabalho, o princípio protetor do empregado torna-se a peça mais importante para a realização desta “leitura”, em razão de sua grande importância no âmbito do mencionado ramo jurídico.

Observe-se, nesse ponto, que a compreensão do princípio protetor do empregado não é possível sem o estudo da dignidade da pessoa humana. Ambos possuem es-

treita vinculação, pois a efetividade da dignidade humana do trabalhador depende da tutela dos direitos fundamentais e da realização, no maior grau possível, do princípio de proteção.

Destarte, analisar-se-á superficialmente, neste artigo, a correlação entre o princípio protetor do empregado e a dignidade da pessoa humana, tendo, como “pano de fundo”, a Teoria dos Princípios. O estudo levará a duas questões fundamentais: o “status” de norma de direito fundamental do princípio da proteção e a possibilidade de relativização desse mesmo princípio.

1 O PRINCÍPIO PROTETOR DO EMPREGADO

Sob o ponto de vista das modernas Teorias que abordam a questão dos princípios jurídicos, pode-se dizer que o princípio protetor do empregado possui estrutura de norma, o que lhe agrega grande força no âmbito do Direito do Trabalho.

Essas Teorias, inclusive a de Alexy, reconhecem a normatividade dos princípios, tanto dos expressos na ordem jurídica, quanto dos implícitos, descobertos por ocasião da aplicação do direito. Os princípios e as regras são vistos como espécies do gênero norma, ou seja, as normas tanto podem ser princípios quanto regras.

Ao discorrer acerca do assunto, Ruy Samuel Espíndola (3) assim se posiciona:

“...os princípios são vistos como fundamentos de toda a ordem jurídica, adquirindo a dignidade de normas vigentes, válidas e eficazes, o que tem implicação no tocante à efetividade do Direito, em razão do reconhecimento de força normativa ao texto constitucional em sua íntegra, inclusive aos dispositivos de “textura aberta”.”

Hoje, no pensamento jurídico contem porâneo, existe unanimidade em se reconhecer aos princípios jurídicos o status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica. Para este núcleo de pensamento, os princípios têm positividade, vinculatividade, são normas, obrigam, têm eficácia positiva e negativa sobre comportamentos públicos ou privados, bem como sobre a interpretação e a aplicação de outras normas, como as regras e outros princípios derivados de princípios de generalizações mais abstratas. E esse caráter normativo não é predicado somente dos "princípios positivos de Direito", mas também, como já acentuado, dos "princípios gerais de Direito". Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmbito da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.

Norberto Bobbio (4) também defende a normatividade dos princípios, com base nos seguintes argumentos:

Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sem pre animais, e não flo-

res ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.

Para Robert Alexy (5) as regras e os princípios são normas porque ambos dizem o que "deve ser" e podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas básicas do mandamento, da permissão e da proibição. Além disso, os princípios, tanto quanto as regras, são razões para juízos concretos de "dever ser".

Princípios e regras pertencem ao campo do "dever ser" e não do "ser", o que não suscita dúvidas. Ambos podem conter um mandamento, uma permissão ou uma proibição. Conforme o inciso II do art. 5º da CF/88 ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer, senão em virtude de lei (princípio da legalidade), o que estabelece a **permissão** de fazer tudo que a lei não proíba. A regra contida no art. 228 do Código Civil Brasileiro contém uma **proibição**, visto que dispõe não serem admitidos como testemunhas os menores de 16 (dezesseis) anos. Por fim, como exemplo de **mandamento**, cita-se o inciso II do art. 14 do CPC, que ordena às partes e seus procuradores agirem com lealdade e boa-fé no curso do processo, expressando os mencionados princípios.

Regras e princípios também são razões para juízos concretos de "dever ser", ou seja, ambos podem ser utilizados na solução dos casos concretos. Em relação às regras, esta é uma questão de fácil visualização, porque elas são

comumente utilizadas para a solução de casos, por serem sempre escritas e mais concretas que os princípios. As regras referentes a horas extras e trabalho noturno, por exemplo, são diuturnamente utilizadas nos julgamentos dos processos em trâmite na Justiça do Trabalho.

Por outro lado, é bem mais difícil vislumbrar a solução de um caso concreto com a utilização de um princípio, embora isso seja possível. O aplicador da lei pode invocar princípios como os da dignidade humana, liberdade, igualdade e legalidade como meio de interpretação da legislação em vigor para decidir quais as regras efetivamente aplicáveis em um caso específico. O princípio estaria sendo utilizado como razão para um juízo concreto de “dever ser”.

No concernente ao princípio protetor, pode-se afirmar que ele possui estrutura de norma, porque não é apenas utilizado como baliza na interpretação de normas (função interpretativa) e na integração do direito (função supletiva), mas também possui a *função fundamendadora da Ordem Jurídica*, porquanto serve de fundamento e de elemento essencial à compreensão sistêmica do Direito do Trabalho.

Assim como Paulo Bonavides (6), Godinho Delgado (7) também entende que *tal função normativa específica aos princípios seria resultante de sua dimensão fundamendadora de toda a ordem jurídica*.

O princípio sob exame está vinculado à própria razão de ser do Direito do Trabalho, que, conforme Américo Plá Rodrigues (8) respon-

de fundamentalmente ao propósito de nivelar desigualdades.

Para Maurício Godinho Delgado (9) o princípio protetor do empregado informa que:

[...] o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Enquanto Plá Rodrigues (10) entende que este princípio se manifesta em três dimensões – “in dubio pro operario”, norma mais favorável e condição mais benéfica (11) – Delgado (12) o compreende de forma mais abrangente:

A noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (idéia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à cotinuidade da relação de emprego? Ou da noção genérica de despersionalização da figura do empregador (e suas inúmeras conseqüên-

cias protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação em pregaticia.

Desse modo, o princípio tutelar não se desdobraria em apenas três outros, mas seria inspirador amplo de todo o complexo de regras, princípios e institutos que compõem esse ramo jurídico especializado.

Considerando-se que o Direito do Trabalho, e principalmente o Direito Individual do Trabalho, constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação sócio-econômica e de poder substantivas entre os dois sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico – empregador e empregado (13) não há dúvida de que ele possui muitos outros desdobramentos, além dos mencionados por Plá Rodrigues (14), visto que todos os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho dele decorrem ou com ele possuem conexão, como, por exemplo, os princípios da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da imperatividade das normas trabalhistas, da continuidade da relação de emprego, etc. (15)

Nessa linha de raciocínio, o princípio da proteção possui estrutura de norma, em decorrência de sua função fundamentadora da ordem jurídica trabalhista.

Apesar disto, deve-se ressaltar que não existem princípios absolutos em nosso sistema jurídico (16), o que se aplica também ao princípio protetor do empregado, a despeito de sua imensa importância dentro da ordem jurídica trabalhista.

Delgado (17) afirma que o princípio da proteção:

“...em face da teoria dos princípios, o valor da proteção do empregado pode ser visto e entendido como “mandato de otimização”.”

[...] não vai se aplicar sempre, em qualquer situação ou contexto. Há relações, situações ou circunstâncias que afastam sua incidência e força direcional, em respeito a princípios externos ao Direito do Trabalho que tendencialmente ou circunstancialmente tenham preponderância. É o que repetidas vezes tem feito a jurisprudência, a propósito, no tocante ao contraponto entre o princípio tutelar (e outros trabalhistas) e o princípio geral do não enriquecimento sem causa ou o princípio constitucional (e também geral) da proporcionalidade e seu corolário (ou equivalente, se for o caso), da razoabilidade.

Por fim, esclareça-se que, em face da teoria dos princípios, o valor da proteção do empregado pode ser visto e entendido como “mandato de otimização”.

Robert Alexy (18) entende os princípios como “mandatos de

otimização”, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, e podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo certo que a medida devida do seu cumprimento depende das possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

À medida que os princípios têm o caráter de “mandatos de otimização”, não trazem direitos definitivos, mas apenas direitos *prima facie*, que podem ser restringidos, quando entram em colisão com outros direitos. Só os direitos com caráter de regras são definitivos. (19)

Não é possível a constituição de uma hierarquia rígida de valores ou princípios. Contudo, ordens brandas de preferências *prima facie* podem ser estabelecidas pela jurisprudência ou legislação. Estas duas maneiras de construção de prioridades *prima facie* estão ligadas ao conceito de ponderação, como assevera Alexy (20) e demonstram o peso relativo dos princípios, como afirma Norma Sueli Padilha (21).

Assim sendo, colocar o princípio protetor do empregado como “mandato de otimização” significa afirmar que ele possui um peso relativo e traz um direito *prima facie*, que não é definitivo, e pode ser restringido, embora preceda a muitos outros em caso de colisão, em razão do grande peso que possui no âmbito do Direito do Trabalho. (22)

Princípios são valores e quando conflitam devem ser ponderados. A concepção de princípios absolutos leva a resultados absurdos na prática e, nesse aspecto, o princípio protetor do empregado não constitui exceção. Dessa forma, se ele fosse erigido à categoria de

absoluto, o intérprete e aplicador da lei ver-se-ia na obrigação de dar razão ao empregado sob quaisquer circunstâncias, mesmo àquelas que demonstrassem a existência de má-fé e enriquecimento sem causa, por exemplo.

Todavia, dada à sua grande importância, até mesmo em razão de sua estreita relação com os direitos fundamentais do trabalhador, inclusive o da dignidade da pessoa humana, o princípio protetor não pode sofrer restrição sem um motivo justo, o que deve ser entendido de forma adequada. A questão atinente à relativização do mencionado princípio será objeto de análise posterior.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A compreensão do princípio protetor do empregado somente é possível quando se extrai o conteúdo em dignidade da pessoa humana que ele possui.

Destarte, afigura-se necessária, em um primeiro momento, a busca do significado dessa dignidade, o que constitui tarefa difícil, por se tratar de termo de contornos vagos.

A idéia da existência de um valor intrínseco da pessoa não é recente, e certamente Kant é um de seus mais bem sucedidos expositores. Ele concebe a dignidade da pessoa como parte da autonomia ética e da natureza racional do ser humano. Para ele, o homem existe como um fim em si mesmo e, portanto, não pode ser tratado como objeto. (23)

Na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, ele afirma: A ge

de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa quanto na pessoa de qualquer outro, sempre e sim ultaneamente com o fim e nunca simplesmente com o um meio. (24)

Embora a dignidade esteja relacionada à *capacidade de nos conduzirmos pela nossa razão e não nos deixarmos arrastar pelas nossas paixões*, não é apenas a razão que nos torna merecedores de dignidade. A idéia de que o homem tem um valor que lhe é intrínseco é uma construção de natureza moral, considerando-se que esse valor lhe é artificialmente conferido. (25)

Conforme
Vieira (26):

O papel fundamental da razão é habilitar o ser humano a construir parâmetros morais, com o a concepção de que as pessoas devem ser tratadas com dignidade pelo simples fato de serem pessoas; de que não podem ser tratadas com o meios ou meros instrumentos na realização de nossos desejos, mas que têm desejos e anseios próprios, que devem ser respeitados.

Sarlet (27) também entende que a capacidade de autodeterminação, que constitui o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana, é apenas potencial, porque mesmo o absolutamente incapaz possui dignidade, como, por exemplo, a pessoa portadora de grave deficiência mental.

Por conseguinte, a dignidade independe de circunstâncias concretas e do comportamento das pessoas. Mesmo pessoas que cometem ações indignas e infames têm dignidade. (28)

Com isso fica claro que o significado de dignidade da pessoa humana está relacionado a uma construção de natureza moral, na qual se insere a idéia de que todo homem, independentemente de quaisquer circunstâncias (como capacidade mental, raça, credo, sexo, ou até mesmo a efetiva conduta digna que a pessoa possa ter) tem um valor intrínseco que lhe é próprio e não pode ser quantificado, nem ser objeto de renúncia.

“...o significado de dignidade da pessoa humana está relacionado a uma construção de natureza moral, na qual se insere a idéia de que todo homem, independentemente de quaisquer circunstâncias (como capacidade mental, raça, credo, sexo, ou até mesmo a efetiva conduta digna que a pessoa possa ter) tem um valor intrínseco que lhe é próprio e não pode ser quantificado, nem ser objeto de renúncia.”

Nessa linha de raciocínio, a dignidade da pessoa humana não pode ser concebida **apenas** como prestação, mas deve

ser entendida **também** nesse sentido. Sarlet (29) concebe a dignidade simultaneamente como limite e tarefa dos poderes estatais, da comunidade em geral, de todos e de cada um.

A dignidade da pessoa humana tem, portanto, uma dupla dimensão. Por um lado, constitui expressão da autonomia da pessoa, ou seja, é vista como algo inerente ao ser humano, que não pode ser alienado ou perdido, representando um limite à atuação do Estado e da comunidade (**dimensão defensiva**). De outra parte, também é algo que necessita da proteção por parte da comunidade e do Estado

(dimensão protetiva, assistencial, prestacional). (30)

Assim, se a pessoa tem de-
mência, a dimensão assistencial e
protetiva da dignidade prevalece
sobre a dimensão autonômica. (31)

Portanto, pode-se afirmar
que o Estado não apenas deve res-
peitar a dignidade da pessoa huma-
na, que serve de limite à sua atua-
ção, mas também tem o dever de
promover essa dignidade e, para
isso, deve gerar inclusão social. (32)

Nesse contexto, a dignidade
só faz sentido no âmbito da
intersubjetividade, devendo ser
compreendida sob esta perspectiva.
(33)

Conforme Vieira (34), ela é:

*[...] um princípio derivado das
relações entre as pessoas; e o di-
reito à dignidade está associado
à proteção daquelas condições
indispensáveis para a realização
de um a existência que faça sen-
tido para cada pessoa.*

Ainda que exista uma dimen-
são social da dignidade, consideran-
do-se o fato de ser uma construção
moral do homem que vive em soci-
edade, não se deve confundir dig-
nidade da pessoa humana com dig-
nidade humana. Conforme Sarlet
(35), a primeira diz respeito a um
atributo da pessoa individualmen-
te considerada, e não de um ser ide-
al ou abstrato; a segunda concerne
à humanidade como um todo.

De qualquer forma, além da
dimensão social, existe também
uma cultural, decorrente do fato de
ser a dignidade fruto do trabalho de
diversas gerações e da humanidade
como um todo. (36)

Parece difícil saber até que
ponto a dignidade está acima das
especificidades culturais, pois de-
terminadas comunidades possuem
prática social e jurídica que seriam
consideradas, pela maior parte da
humanidade, atentatórias à dig-
nidade da pessoa humana, como
ocorre, por exemplo, com a pena de
morte. (37)

Mesmo se houvesse um con-
ceito universal de dignidade, isso
não evitaria conflitos na prática,
quando da avaliação de um caso
concreto. Portanto, a necessidade
de segurança jurídica impõe a bus-
ca de uma definição aberta e, mini-
mamente objetiva, de dignidade da
pessoa humana. (38)

Não se perca de vista que
qualquer definição de dignidade da
pessoa constitui um processo em
andamento, não apenas por se tra-
tar de um termo polissêmico, de
contornos imprecisos, mas também
pelo fato de que todo contexto so-
cial e histórico sempre condiciona
o conhecimento.

Sarlet (39) sugere, como pon-
to de partida para essa definição, a
concepção de Dürig (40) no senti-
do de que a dignidade restaria atin-
gida sempre que a pessoa fosse re-
baixada a objeto/instrumento,
quando viesse a ser descaracterizada
e desconsiderada como sujeito de di-
reitos.

O autor (41) define dignida-
de da pessoa humana como sendo:

*[...] a qualidade intrínseca e dis-
tintiva de cada ser humano que
o faz merecedor do mesmo res-
peito e consideração por parte
do Estado e da comunidade, im-
plicando, neste sentido, um com-*

plexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como o venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ressalte-se a completude da definição de Sarlet (42) que põe em relevo a capacidade de autodeterminação da pessoa como elemento nuclear do significado de dignidade, mas não deixa de mencionar as suas duas dimensões – defensiva e assistencial, demonstrando que a sua concepção se prende a uma construção moral.

Com base nessa definição pode-se afirmar que a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do trabalho implica a necessidade de se proteger o trabalhador contra qualquer ato atentatório à sua dignidade, de lhe garantir condições de labor saudáveis e dignas, e também de propiciar e promover a inclusão social.

Constata-se, desta forma, que o núcleo do princípio protetor do empregado encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se que a principal finalidade da pro-

teção ao trabalhador é promover a sua dignidade.

Nesse passo, embora o propósito do princípio protetor do empregado também seja o de tratar desigualmente os desiguais para promover a igualdade real/substancial entre partes que se encontram em desigualdade de fato (princípio isonômico) em seu núcleo, a principal finalidade do princípio é promover a dignidade do trabalhador. Assim, promover a igualdade real constitui um dos meios de promoção da dignidade do obreiro.

“...a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito do trabalho implica a necessidade de se proteger o trabalhador contra qualquer ato atentatório à sua dignidade, de lhe garantir condições de labor saudáveis e dignas, e também de propiciar e promover a inclusão social.”

Ressalve-se que o princípio protetor do empregado não se relaciona somente com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Apenas não faz parte do objetivo da presente pesquisa explorar essa hipótese.

3 O PRINCÍPIO PROTETOR DO EMPREGADO COMO NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL

Com a finalidade de verificar se o princípio protetor do empregado é uma norma de direito fundamental, torna-se necessário estabelecer o significado de “direitos fundamentais” na sistemática da Constituição Federal de 1988.

A expressão “direitos fundamentais” é comumente utilizada pelos constitucionalistas para designar “o conjunto de direitos da pessoa humana expressa ou implicitamente reconhecidos por uma determinada ordem constitucional”.

Conseqüentemente, a sua principal característica é a *positividade*, ou seja, o reconhecimento por um a ordem constitucional em vigor. – grifo nosso. (43)

A Carta de Direitos de 1988 consagrou a idéia da *abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais*. Portanto, os direitos fundamentais não são apenas os assim reconhecidos pelo constituinte, mas também outros, em outras partes da Constituição, e também em tratados e convenções internacionais conforme os parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição. (44)

O desafio é identificar os critérios para a localização dos direitos fundamentais que não foram, expressamente, assim designados pelo constituinte, tarefa que *passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais*. (45)

A Constituição de 1988 pode ser considerada *como sendo uma Constituição da pessoa humana e*, nesse sentido, o seu sistema de direitos fundamentais *repousa na dignidade da pessoa humana*. (46)

Sarlet (47) afirma que:

[...] os direitos e garantias fundamentais podem, com efeito, ainda que de modo e intensidade variáveis, ser reconduzidos de alguma forma à noção de dignidade da pessoa humana, já que todos remontam à idéia de proteção e desenvolvimento das pessoas, de todas as pessoas.

O mesmo autor (48) ressalva a necessidade de cautela, pois tudo o que consta do texto da Constituição pode ser reconduzido ao prin-

cípio/valor da dignidade da pessoa com algum esforço argumentativo. Contudo, não é assim que o princípio deve ser visto e interpretado, porque, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia ser guindada à condição de direito fundamental, o que viria a esvaziar a própria noção de dignidade da pessoa.

De qualquer forma, é inegável a posição de destaque ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana nesta tarefa, pois atua como diretriz material para a identificação de direitos fundamentais, constituindo, para tanto, um critério basilar, embora não exclusivo. Outros princípios, como os relacionados à vida e à liberdade, por exemplo, também são critérios que podem ser utilizados na mencionada empreita. (49)

Segundo o critério proposto por Sarlet (50) para a identificação dos direitos fundamentais, sempre que uma posição jurídica tiver por base e fundamento direto a dignidade da pessoa, será uma norma de direito fundamental, devendo-se ressaltar a necessidade de exame em cada caso concreto.

No que diz respeito ao mencionado critério, algumas considerações devem ser feitas. Primeiro, a posição jurídica que constitui norma de direito fundamental não apenas deve se relacionar com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas sim tê-lo por base e fundamento direto. Segundo, o sucesso da aplicação do critério proposto por Sarlet (51) depende da utilização, pelo intérprete, de todos os recursos disponibilizados pela

teoria dos princípios. Terceiro, é imprescindível que o intérprete mantenha sempre uma postura crítica, para que não haja uma desvalorização dos direitos fundamentais e do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Embora seja conveniente em um caso concreto buscar-se primeiro a existência de ofensa a um determinado direito fundamental consagrado pelo constituinte, para reduzir a margem de arbítrio do intérprete e aplicador da lei, nada impede que se busque fundamento direto na dignidade da pessoa humana para a proteção de um direito não consagrado expressamente como fundamental pelo constituinte. (52)

Diante disso, é possível a classificação, como norma de direito fundamental, de qualquer posição jurídica que tiver por base e fundamento direto a dignidade da pessoa, mesmo se ela não tiver sido assim classificada pelo legislador constituinte.

Nesse contexto, o princípio protetor do empregado não pode mais deixar de ser visto como norma de direito fundamental, pois em seu núcleo encerra-se a proteção da dignidade do trabalhador.

4 RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO PROTETOR DO EMPREGADO

Já foi tomada posição, neste trabalho, no sentido de que não existem princípios absolutos e, portanto, mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana e o protetor do empregado podem ser restringidos. No entanto, ainda não foi

analisada a questão da justificação da restrição da proteção do obreiro hipossuficiente.

Com o objetivo de aprofundamento desse delicado assunto, haverá necessidade de retomar também o tema no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Existe consenso no sentido de que *nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional e/ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição*. (53)

Isso quer dizer que para a restrição existe um limite dos limites e, nesse contexto,

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado com o constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa humana em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições. (54)

Nessa mesma linha, alguns entendem que o conteúdo em dignidade da pessoa, quando violado, importa em desproporcionalidade. (55)

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa constitui o fundamento da proteção do núcleo de todos os direitos fundamentais, impondo a última barreira contra a restrição desses direitos.

Nesse passo, o princípio protetor do empregado pode sofrer

relativização quando, num conflito de normas, a restrição não afetar a dignidade do trabalhador, que constitui o núcleo do princípio de proteção sob análise, como anteriormente mencionado.

Considerando-se o fato, também já ressaltado, de que o princípio da dignidade da pessoa humana tem contornos vagos e imprecisos, sempre haverá dúvida a respeito de qual é o conteúdo em dignidade humana que existe no princípio protetor do empregado e também em outros direitos fundamentais, sendo que uma solução constitucionalmente adequada somente é possível em cada caso concreto. (56)

Na prática, surgirão resultados muito diferentes, dependendo da visão de mundo do intérprete, formada a partir do contexto social, histórica e territorialmente localizado, em que se insere.

Por conseguinte, mesmo os critérios previamente estabelecidos constituem o resultado de *uma avaliação subjetiva e, nesse sentido, de uma opção axiológica*. (57)

Sarlet (58) sustenta que:

Por mais que se tenha a dignidade com o bem jurídico absoluto, o que é absoluto (e nesta linha de raciocínio, até mesmo o que é a própria dignidade) encontra-se de certa forma em aberto e, em certo sentido – com o já demonstrado – irá depender da vontade do intérprete e de

uma construção de sentido cultural e socialmente vinculada.

A própria dignidade da pessoa, com o norma jurídica fundamental, possui um núcleo essencial e, portanto, apenas este (na hipótese de uma necessária harmonização da dignidade de diversas pessoas), por via de consequência, será intangível.

O mesmo autor afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a vedação de qualquer conduta que importe em coisificação e instrumentalização do ser humano (que é fim, e não meio)(59). Este, portanto, o núcleo do princípio.

Como consequência, sempre que o trabalhador não for tratado como ser humano (que é fim), mas sim como coisa (meio) o núcleo do princípio protetor do empregado estará sendo afetado, e nes-

sas ocasiões ele não poderá sofrer qualquer relativização.

CONCLUSÃO

O princípio protetor do empregado possui estrutura de norma pelo fato de servir de fundamento e de elemento essencial à compreensão sistêmica da ordem jurídica trabalhista. Ressalve-se que ele também possui as funções supletiva e interpretativa.

Esse princípio também deve ser entendido como “mandato de otimização”, à medida que não traz direitos definitivos, mas apenas direitos *prima facie*, que podem

“...sempre que o trabalhador não for tratado como ser humano (que é fim), mas sim como coisa (meio) o núcleo do princípio protetor do empregado estará sendo afetado, e nessas ocasiões ele não poderá sofrer qualquer relativização.”

ser restringidos, quando entram em colisão com outros direitos.

De qualquer forma, isto não diminui a sua importância no âmbito do Direito do Trabalho, que ganhará maior efetividade com a sua aplicação à luz da teoria dos princípios.

Portanto, a concretização das normas de Direito do Trabalho depende da realização, no maior grau possível, do princípio de proteção do empregado que possui estreita vinculação com o da dignidade humana, além de outros princípios que constituem direitos fundamentais. O próprio princípio protetor é norma de direito fundamental.

Apesar da possibilidade de relativização do princípio protetor do empregado, sempre que o trabalhador não for tratado como ser humano (que é fim), mas sim como coisa (meio) o núcleo do princípio estará sendo afetado, e nessas ocasiões ele não poderá sofrer qualquer relativização.

A despeito da importância do direito processual para a tutela dos direitos fundamentais, sem que se dê a devida importância ao direito material não é possível alcançar a almejada efetividade de direitos.

É inegável que as mudanças da legislação trabalhista dependem de escolhas políticas e quando estas se baseiam no pensamento intelectual que prega a existência de crise estrutural a respeito do trabalho e do emprego na sociedade contemporânea, as alterações normativas são prejudiciais ao trabalhador.

Todavia, independentemente de qualquer política pública, há

necessidade de tutelar e, mais do que isto, dar efetividade ao direito de dignidade do trabalhador por meio da teoria dos princípios, como iniciativa do Poder Judiciário e dos juristas em geral, o que implica a promoção, no maior grau possível, do princípio protetor do empregado. Com este objetivo, a postura crítica do intérprete também é de suma importância.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) O presente artigo corresponde a uma parte da dissertação de mestrado da autora, cujo título é **O Princípio Protetor do Empregado e a Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana – Análise sob o Prisma da Teoria dos Princípios**. A defesa pública da dissertação ocorreu no dia 24 de novembro de 2006, no Centro Universitário “Eurípedes de Marília” – UNIVEM mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, sendo orientadora a Prof. Dra. Norma Sueli Padilha.

(2) **Cynthia Maria da Fonseca Espada**, Juíza Titular da Vara do Trabalho de Garça (15ª Região) é mestre em Direito pelo Centro Universitário “Eurípedes de Marília” – UNIVEM mantido pela Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”.

(3) ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60-61.

(4) BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 158-159.

- (5) ALEXY, Robert. **Teoría De Los Derechos Fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83.
- (6) BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005, p. 283-284.
- (7) DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006b, p. 189.
- (8) RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1978, p. 29.
- (9) _____. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2006b, p. 197-198.
- (10) RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1978, p. 41-42.
- (11) Para Alice Monteiro de Barros (2005, p. 169), o princípio protetor “é consubstanciado na norma e na condição mais favorável”. Conforme Sérgio Pinto Martins (2000, p. 76), o princípio da proteção pode ser desmembrado em três dimensões - “in dubio pro operário”, norma mais favorável e condição mais benéfica – embora este autor tenha restrições com relação à aplicação do princípio “in dubio pro operário” no processo do trabalho.
- (12) DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução**. São Paulo: LTr, 2006a, p. 198-199.
- (13) _____. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 82.
- (14) RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1978
- (15) Não será possível discorrer melhor sobre esse assunto no presente artigo, porquanto tal análise demandaria a utilização de muitas páginas.
- (16) A existência de princípios absolutos ocasionaria dificuldades práticas e injustiças. Se, por exemplo, o princípio da liberdade fosse erigido à categoria de absoluto, a simples menção aos valores que ele encerra seria suficiente para restringir qualquer outro princípio que com ele colidisse. Isso ocasionaria resultados absurdos na prática, pois, até onde chegasse o direito à liberdade, não existiriam quaisquer outros direitos fundamentais.
- Em nosso sistema jurídico não existem princípios absolutos. O princípio do direito à vida constitui um bom exemplo disso. O art. 128, inciso II, do Código Penal, permite o aborto em caso de estupro – na colisão do direito à vida de que goza o feto com o também direito fundamental da mãe à sua dignidade como pessoa e à sua liberdade, o legislador ponderou e optou pela precedência do direito à dignidade e à liberdade da mãe, em detrimento do direito à vida do feto.

Não se discute aqui a respeito do acerto, ou não, do legislador, com relação à opção efetuada. Apenas se exemplifica o fato de que nenhum princípio pode ser considerado absoluto em nosso sistema jurídico. A ilustração é adequada, visto que o direito à vida constitui princípio qualificado por muitos como supremo.

(17) DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2004, p. 84.

(18) ALEXY, Robert. **Teoría De Los Derechos Fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p.86-87.

(19) _____. **El Concepto Y La Validez Del Derecho**. Traducción: Jorge M. Seña. Ilustración de cubierta: Juan Santana. 2. ed. Barcelona: Editorial Gedisa, S.A., 2004^a, p. 185.

(20) _____. **Teoría De Los Derechos Fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

(21) PADILHA, Norma Sueli. **Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p.123.

(22) O peso do princípio protetor do empregado está sendo considerado, aqui, em abstrato.

(23) KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 32-33.

(24) KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004, p. 59.

(25) VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais. Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 64-67.

(26) Idem, p. 67.

(27) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 45.

(28) Idem, p. 43-44.

(29) Ibidem, p. 46-50.

(30) Ibidem.

(31) Ibidem, p.50.

(32) Aqui emerge a questão da dignidade do ser humano que trabalha, considerando-se que em nossa sociedade a maioria das pessoas depende do labor para sobreviver e ter uma existência digna. Constitui tarefa do Estado promovê-la.

(33) Ibidem, p. 56.

(34) VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais. Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 66.

(35) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 53.

(36) Idem, p. 46.

(37) Ibidem, p. 58.

(38) Ibidem, p. 57-59.

(39) Ibidem, p. 59.

(40) Ibidem.

(41) Ibidem, apud, p. 62.

(42) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

(43) VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais. Uma Leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006, p. 36.

(44) SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 99-100.

(45) Idem, p. 100-101.

(46) Ibidem, p. 81-82.

(47) Ibidem, p. 84.

(48) Ibidem, p. 102.

(49) Ibidem, p. 103.

(50) Ibidem, p. 103-104.

(51) Ibidem.

(52) Ibidem, p. 106-107.

(53) Ibidem, p. 120.

(54) Ibidem, p. 119-121.

(55) Ibidem, p. 121.

(56) Ibidem, p. 124.

(57) Ibidem, p. 132-133.

(58) Ibidem, p. 137-138.

(59) Ibidem, p. 141-142.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Epílogo A La Teoría De Los Derechos Fundamentales. Presentación de Francisco Rubio Llorente. Traducción de Carlos Bernal Pulido. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles Y Bienes Muebles de España. Madrid: Fundacion Beneficentia et Peritia Iuris, 2004b

_____. La Institucionalización De La Justicia. Edición e Presentación de José Antonio Seoane. Traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez. Editorial COMARES. Granada, 2005a

_____. Teoria da Argumentação Jurídica. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. Revisão Técnica da Tradução e Introdução à Edição Brasileira: Cláudia Toledo. São Paulo: Landy Livraria e Editora Ltda., 2005b

_____. Teoría De Los Derechos Fundamentales. Título original: Theorie Der Grundrechte. Versión Castellana: Ernesto Garzón Valdés. Revisión: Ruth Zimmerling. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002

- _____. Teoría Del Discurso Y Derechos Humanos. Traducción e Introducción: Luis Villar Borba. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1995
- ATIENZA, Manoel. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa*, n. 24, 2001. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/01372719768028837422802/index.htm> Acesso em 04 set. 2006
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2005
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica. 5. reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989
- BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005
- BARROSO, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2005
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1999
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998
- DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego: Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução. São Paulo: LTr, 2006a
- _____. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2006b
- _____. Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2004
- DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sérios. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Juízo Jurídico e a Falsa Solução dos Princípios e Regras. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, Outubro-Dezembro/2003 – Ano 40, n.º 160, p. 49-64
- MAGANO, Octavio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1991

- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000
- _____. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2003
- _____. *Estudos de Direito*. São Paulo: LTr, 1998
- MORAES FILHO, Evaristo de; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1991
- _____. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1992
- PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006
- _____. *Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999
- RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr: Ed. da Universidade de São Paulo, 1978
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. Curitiba: Juruá Editora, 1993
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1992
- SIMÕES, Carlos Jorge Martins. *Direito do Trabalho e Modo de Produção Capitalista*. São Paulo: Símbolo, 1979
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma Exploração Hermenêutica da Construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2003
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais. Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Assento Regimental n.13, de 26 out. 2006 – DOE 31 out. 2006, p.1
Altera o § 3º do art. 56 do Regimento Interno.

Assento Regimental n.14, de 26 out. 2006 – DOE 31 out. 2006, p.1
Altera o 6º do Regimento Interno.

Comunicado GP-CR n.100, de 30 out. 2006 – DOE 6 nov. 2006, p.1
Comunica, nos termos do art. 5º do Capítulo “NOT”, da CNC, que as Secretarias das Varas do Trabalho deixarão de notificar as partes e seus procuradores, no período de 5 a 19 de dezembro de cada ano, sem prejuízo da preparação das diligências necessárias à realização das notificações após o término do recesso.

Portaria GP n.36, de 7 nov. 2006 – DOE 8 nov. 2006, p.1
Cria o Serviço de Comunicação Social, subordinado à Secretaria-Geral da Presidência do TRT da 15ª Região.

Provimento GP-CR n.05, de 9 out. 2006 – DOE 10 nov. 2006, p.1
Altera o Capítulo “UNI”, da Consolidação das Normas da Correge-

doria, renomeando-o para Capítulo “PROT”, a fim de disciplinar os sistemas de protocolo e encaminhamento de petições.

Resolução GP-EM n.02, de 8 nov. 2006 – DOE 10 nov. 2006, p.2
Dispõe sobre o Curso de Formação Inicial de Juízes.

Provimento GP-CR n. 06, de 1º nov. 2006 – DOE 10 nov. 2006, p.1
Altera os artigos 17-A e 17-B do Capítulo “ORD” da Consolidação das Normas da Corregedoria, com relação à técnica de redação e, também, com relação aos atos ordinatórios que não dependam do despacho do juiz.

Comunicado da Presidência n.98, de 6 nov. 2006 – DOE 16 nov. 2006, p.1
Comunica que durante o período de 20.12 a 06.01, referente ao recesso do Tribunal, o plantão judiciário de juízes e servidores ocorrerá normalmente, todos os dias (inclusos 25.12 e 01.01), de acordo com os procedimentos e horários de atendimento (9 às 12 horas) estabelecidos na Resolução Administrativa 07.

Comunicado da Presidência n.103, de 14 nov. 2006 – DOE 16 nov. 2006, p.1

Comunica a alteração na escala de juízes e servidores de 2ª Instância, relativa ao plantão judiciário do Tribunal, em 15 nov. 2006 conforme Resolução Administrativa 07/2006.

Comunicado GP n.105, de 17 nov. 2006 – DOE 22 nov. 2006, p.1

Comunica que as secretarias do Tribunal, Judiciária e das Turmas deixarão de notificar as partes e seus procuradores, no período de 5 a 19 de dezembro do corrente ano, sem prejuízo das notificações relativas às medidas urgentes.

Comunicação CR n. 06 de 17 nov. 2006 – DOE 23 nov. 2006, p.1

Comunica e transcreve, para conhecimento, o teor do Provimento n. 03, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, publicado no DJ de 8 nov. 2006.

Portaria GP n.37, de 23 nov. 2006 – DOE 24 nov. 2006, p.1

Autoriza o funcionamento dos órgãos do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no dia 8 de dezembro de 2006 (Dia Nacional da Conciliação).

Portaria GP n.40, de 5 dez. 2006 – DOE 6 dez. 2006, p.60

Fixa os valores, em reais, das diárias a serem pagas aos magistrados e servidores, e os valores das diárias nos deslocamentos para o exterior.

Portaria GP n.39, de 5 dez. 2006 – DOE 6 dez. 2006, p.60

Fixa os valores, em reais, das diárias a serem pagas aos magistrados e servidores, e os valores das diárias nos deslocamentos para o exterior.

Resolução Administrativa n.10, de 5 dez. 2006 – DOE 6 dez. 2006, p.59

Regulamenta a concessão e o pagamento de diárias e passagens aéreas e rodoviárias no âmbito do TRT da 15ª Região. Revoga as Resoluções Administrativas ns.03/2000 e 05/2002; e as Portarias GDG ns.01/2000, 17/2000, e GP n.02/2004.

Provimento GP-CR n. 07, de 4 dez. 2006 – DOE 11 dez. 2006, p.1

Altera o artigo 3º do Capítulo “PET” da Consolidação das Normas da Corregedoria, a fim de estabelecer critérios objetivos para o seu cumprimento.

Provimento GP-CR n.08, de 7 dez. 2006 – DOE 11 dez. 2006, p.1

Prorroga a “vacatio legis” do art. 3º do Capítulo PROT da Consolidação das Normas da Corregedoria.

Comunicado da Presidência n.114, de 6 dez. 2006 – DOE 11 dez. 2006, p.1

Antecipação de horário das Audiências Públicas de distribuição de processos.

Portaria GP-CR n.42, de 7 dez. 2006 – DOE 11 dez. 2006, p.1

Prorroga a distribuição dos processos baixados do 2º grau e na fase de conhecimento somente para a 2ª Vara do Trabalho de Lençóis Paulista até 31 de janeiro de 2007.

Ato Regulamentar EM n.01, de 7 dez. 2006 – DOE 12 dez. 2006, p.1

- **Republicação DOE 15 dez. 2006, p.1**
Regulamenta o Programa de Estágio no TRT da 15ª Região.

Portaria GPJ n.228, de 12 dez. 2006 – DOE 13 dez. 2006, p.1

Convoca o juiz José Antônio Pancotti para, no período de 11 de dezembro de 6 a 10 de junho de 07, exercer a função de Juiz Corregedor Auxiliar desta Corte.

**Portaria GPJ n.229, de 12 dez. 2006 – DOE 13 dez. 2006, p.1-
Replicação DOE 14 dez. 2006.**

Convoca os juízes auxiliares do TRT da 15ª Região para 2006-2008.

- Juiz Auxiliar da Presidência: Wilson Pocidonio da Silva;
- Juiz Auxiliar da Vice-Presidência Administrativa: Renan Ravel Rodrigues Fagundes;
- Juiz Auxiliar da Vice-Presidência Judicial: Andrea Guelfi Cunha;
- Juiz Auxiliar da Corregedoria: Luiz José Dezena da Silva.

Comunicado da Presidência n.118, de 14 dez. 2006 – DOE 19 dez. 2006, p.1

Comunica a escala de juízes e servidores que estarão de plantão nas sedes das circunscrições (Fóruns de Campinas, Sorocaba, São José dos Campos, Ribeirão Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, São José do Rio Preto e Bauru) no período de recesso, entre os dias 20 e 31 de dezembro de 2006.

Comunicado da Presidência n.119, de 14 dez. 2006 – DOE 19 dez. 2006, p.2

Comunica a escala de juízes e servidores que estarão de plantão na 2ª Instância do Tribunal, no período de recesso, entre os dias 20 e 31 de dezembro de 2006.

Portaria GP-CR n.44, de 15 dez. 2006 – DOE 19 dez. 2006, p.2

Regulamenta os dias em que não haverá expediente nos órgãos da Justiça do Trabalho da 15ª Região no ano de 2007.

Comunicado da Presidência n.124, de 19 dez. 2006 – DOE 22 dez. 2006, p.4

Comunica a escala de juízes e servidores que estarão de plantão na 2ª Instância do Tribunal, no período de 1º de janeiro a 31 de março de 2007.

Comunicado da Presidência n.123, de 19 dez. 2006 – DOE 22 dez. 2006, p.1

Comunica a escala de juízes e servidores que estarão de plantão nas sedes das Circunscrições (Fóruns de Campinas, Sorocaba, São José dos Campos, Ribeirão Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, São José do Rio Preto e Bauru), durante o recesso, feriados e finais de semana, no período de 1º de janeiro a 31 de março de 2007.

Portaria SPV n.975, de 19 dez. 2006 – DOE 22 dez. 2006, p.4

Designa servidores para comporem a Comissão Permanente de Disciplina pelo prazo de 1 ano a partir da publicação. (19 dez. 2006 - 18 dez. 2007).

Portaria GP-CR n.45, de 19 dez. 2006 – DOE 3 jan. 2007, p.23

Prorroga a distribuição dos processos baixados do 2º grau somente para a 3ª Vara do Trabalho de Araraquara até atingir o número de 1.354 feitos, independentemente de data.

Comunicado da Presidência n.01, de 5 jan. 2007 – DOE 8 jan. 2007, p.1

Comunica a constituição das Turmas e das Seções Especializadas do Tribunal.

Comunicado da Presidência n.02, de 10 jan. 2007 – DOE 11 jan. 2007, p.1

Comunica a alteração na escala de juízes e servidores que estarão de plantão na 2ª Instância do Tribunal, nos dias 13 e 14 de janeiro de 2007.

Portaria GP n.01, de 10 jan. 2007 – DOE 12 jan. 2007, p.1

Torna público os valores do subsídio mensal dos magistrados e da remuneração dos cargos dos servidores do Tribunal.

Comunicado da Presidência n.04, de 19 jan. 2007 – DOE 23 jan. 2007, p.1

Comunica a escala de juízes e servidores do Plantão Judiciário na 2ª Instância, nos meses de fevereiro e março de 2007.

Provimento GP-CR n.01, de 24 jan. 2007 – DOE 29 jan. 2007, p.1-Republicação DOE 31 jan. 2007

Altera a redação e a vigência do art. 3º. do Capítulo PROT da Consolidação das Normas da Corregedoria.

Portaria SPV n.84, de 17 jan. 2007 – DOE 30 jan. 2007, p.1

Designa servidores para integrarem a Comissão de Recebimento de Materiais Permanentes e de Expediente. Revoga a Portaria SPV n. 1284, de 16 nov. 2005.

Portaria SPV n.85, de 17 jan. 2007 – DOE 30 jan. 2007, p.1

Designa servidores para integrarem a Comissão de Exame de Material Permanente. Revoga a Portaria SPV n. 1283, de 16 nov. 2005.

Portaria SPV n.86, de 17 jan. 2007 – DOE 30 jan. 2007, p.1

Designa servidores para integrarem a Comissão Especial de Recebimento de Equipamentos de Informática: Revoga a Portaria SPV n.498, de 26 jun. 2006.

Portaria GP-CR n.03, de 30 jan. 2007 – DOE 1º fev. 2007, p.3

Prorroga a distribuição dos processos baixados do 2º grau somente para a 2ª Vara do Trabalho de Jacareí por mais um ano e seis meses, até que se atinja o número de 7.444 feitos.

Comunicado da Presidência n. 06 de 30 jan. 2007 – DOE 1º fev. 2007, p.1

Comunica a efetiva escala de juízes que atuaram no Plantão Judiciário, nas sedes das Circunscrições (Fórums de Campinas, Sorocaba, São José dos Campos, Ribeirão Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, São José do Rio Preto Bauru) nos finais de semana e feriados, no período de 1º de outubro a 17 de dezembro de 2006, durante o recesso entre os dias 20 de dezembro de 2006 e 6 de janeiro de 2007, e no dia 7 de janeiro de 2007.

Portaria GP-VPJ n.02 , de 9 fev. 2007 – DOE 14 fev. 2007, p.1

Disciplina serviço de autenticação de traslado.

Portaria GP n.04 , de 14 fev. 2007 – DOE 23 fev. 2007, p.1

Regulamenta a divulgação e afixação de cartazes.

Portaria GP n.05, de 5 mar. 2007 – DOE 7 mar. 2007, p.2

Designa servidores para atuarem como PREGOEIROS nesta Corte, bem como para comporem equipes de apoio nos processos licitatórios na modalidade Pregão.

Assento Regimental n.01, de 13 mar. 2007 – DOE 19 mar. 2007, p.1

Altera artigos do Regimento Interno.

Portaria GP-VPJ n.03, de 20 mar. 2007 – DOE 26 mar. 2007, p.1

Regulamenta os procedimentos de Eliminação de Autos Findos e Documentos Administrativos no âmbito deste Tribunal.

Portaria GP n. 06 de 20 mar. 2007 – DOE 26 mar. 2007, p.1

Altera a constituição da Comissão Permanente de Avaliação de Documentos do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que passará a ser composta por um membro de cada uma das seguintes unidades: Secretaria-Geral da Presidência; Corregedoria-Regional; Diretoria-Geral de Coordenação Administrativa; Diretoria Administrativa; Diretoria de Informática; Secretaria Judiciária; Centro de Memória, Arquivo e Cultura; Setor de Arquivo.

Comunicado PR n.19, de 22 mar. 2007 – DOE 28 mar. 2007, p.1

Comunica a escala de Juízes e

Servidores que estarão de plantão na 2ª Instância deste E. Tribunal, no período de 1º de abril a 30 de junho de 2007, conforme Resolução Administrativa n.07, publicada no DOE-PJ de 04.08. 2006 observando que podem ocorrer modificações de acordo com a necessidade.

Comunicado PR n.20, de 22 mar. 2007 – DOE 28 mar. 2007, p.1

Comunica a escala de Juízes e Servidores que estarão de plantão nas sedes das Circunscrições (Fóruns de Campinas, Sorocaba, São José dos Campos, Ribeirão Preto, Araçatuba, Presidente Prudente, São José do Rio Preto e Bauru), no período de 1º de abril a 30 de junho de 2007, conforme Resolução Administrativa n. 07, publicada no DOE-PJ de 04.08.2006 observando que podem ocorrer modificações de acordo com a necessidade de cada localidade.

Portaria GP-VPJ n.04, de 26 mar. 2007 – DOE 30 mar. 2007, p.1

A transmissão de petições e documentos dirigidos ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região poderá ser feita por meio de fac-símile, utilizando-se, exclusivamente, as linhas telefônicas números (19) 3232-5491, para os relativos a precatórios, (19) 3233-7144, para os processos de competência recursal, (19) 3234-8709, para os de competência originária deste Tribunal, e (19) 3236-2100 - ramal: 1069, para as reclamações correicionais. Revoga a Portaria GP 26/2004.



JURISPRUDÊNCIA

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DE PENALIDADE DISCIPLINAR

Aplicação de penalidade disciplinar, por superintendente de autarquia estadual, não configura ato de autoridade e exige ampla

dilação probatória para elucidação dos fatos controvertidos. Mandado de segurança incabível. TRT/SP 15ª Região 2492-2005-067-15-00-7 - Ac. 1ªSDI 98/07-PDI1. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 16 fev. 2007, p. 3.

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - AÇÃO RESCISÓRIA. CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO. VERIFICAÇÃO DE ERROS

Em face da extrema importância dos dados fornecidos pela certidão de trânsito em julgado, a verificação de erros insanáveis (inclusive com relação a datas) neste documento impõe ao julgador o envio de ofício à Vara do Trabalho, dando ciência do descuido e recomendando maior zelo em sua confecção. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. CARACTERIZAÇÃO. Na acepção do inciso VII do art. 485 do CPC, documento novo apto a ensejar a desconstituição do julgado é o cronologicamente velho, ou seja, que já existia ao tempo do processo originário, mas que o autor ignorava sua existência ou dele não pôde fazer uso em tempo oportuno, sendo primordial, ainda, que tal documento, por si só, seja capaz de lhe assegurar pronunciamento favorável. AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. REQUISITOS: AUSÊNCIA DE CULPA PELA NÃO UTILIZAÇÃO OPORTUNA,

PERTINÊNCIA COM OS FATOS ALEGADOS E CAPACIDADE DESTE DOCUMENTO DE ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL.- Além de haver necessidade de que a parte que lança mão do "documento novo" em ação rescisória não haver apresentado culpa por sua não utilização oportuna, impõe-se a pertinência com os fatos alegados e a característica de que tal documento "seja capaz, por si só, de assegurar um pronunciamento favorável ao autor". É o que esclarece com propriedade Manoel Antônio Teixeira Filho: "A exigência é lógica: se se tratar de documento destituído de aptidão para modificar o resultado do julgamento, tornando-o favorável ao autor, é elementar que nenhuma importância ele possuirá, daí porque a pretensão rescisória deverá ser repelida. (...) o que se deve considerar é a possibilidade de o documento acarretar a modificação do julgado quanto a um ou alguns dos pedidos formulados perante o juízo emissor da sentença rescindenda". AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. O erro de fato apto a ensejar

a rescisão de um julgado consiste em a sentença admitir um fato inexistente ou considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido, havendo necessidade de que o erro incida sobre o fato em si, sobre a ocorrência ou não de determinado acontecimento. Em outras palavras, para que eventual erro de fato dê causa à rescisão pretendida, faz-se necessário que a sentença nele se escorre e que o erro se demonstre patente mediante o simples exame dos documentos e demais peças constantes dos autos, não se admitindo, de modo algum, a produção de quaisquer outras provas. AÇÃO RESCISÓRIA. INTEGRAÇÃO AO FEITO DE TODOS AQUELES QUE

COMPUSERAM A RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL DE ORIGEM. IMPRESCINDIBILIDADE. Considerando-se que o juízo rescindendo decide acerca da manutenção da decisão condenatória no mundo jurídico, não se cindindo o ato apenas para alguns dos participantes da relação jurídica processual de origem, é primordial que todos aqueles que a compuseram sejam chamados a integrar o feito, sob pena de se fulminar a validade da constituição regular da ação rescisória e sua eficácia decisória. TRT/SP 15ª Região 1486-2003-000-15-00-2 - Ac. 2ªSDI 36/07-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 26 jan. 2007, p. 8.

DIREITO MATERIAL

01 - ACORDO. PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. QUITAÇÃO GERAL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VALIDADE

Não havendo prova da existência de qualquer vício que possa ter maculado a manifestação de vontade exarada por pessoa absolutamente capaz para a prática dos atos da vida civil, deve ser considerada plenamente válida a quitação geral conferida, perante a Comissão de Conciliação Prévia, ao extinto contrato de trabalho, inclusive em relação a verbas não pleiteadas, especialmente em se considerando que foi o próprio trabalhador quem procurou a referida entidade. Entendimento em sentido contrário tornaria letra morta o disposto no art. 625-E, parágrafo único, da CLT, e demais dispositivos pertinentes às Comissões de Conciliação Prévia. TRT/SP 15ª Região 1904-2004-043-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 57.349/06-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 1º dez. 2006, p. 29.

02 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO A PARTIR DA CF/1988. REMUNERAÇÃO

A CF, em seu art. 7º, inciso IV, veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, enquanto seu inciso XXIII, para qualificar o adicional que deve ser pago pelo salário prestado em condições penosas, insalubres ou perigosas, utiliza a expressão "remuneração" em vez de "salário". A intenção do legislador constituinte, ao elevar a base de cálculo do adicional de insalubridade, determinando sua incidência sobre a remuneração, acabou por atender à própria finalidade social da norma, que é a de estimular o empregador a investir em máquinas e equipamentos, com o objetivo de neutralizar ao máximo os agentes insalubres existentes no ambiente de trabalho. Assim, a partir do advento da CF/88, encontra-se derogada a regra do art. 192 da CLT, na parte atinente à base de cálculo do adicional de insalubridade.

de, por absoluta incompatibilidade com as disposições citadas. Aliás, nesse sentido já decidiu o E. STF (RE 236396/MG, DJ de 20 nov. 1998, 2.140). Portanto, o percentual respectivo deve incidir sobre a remuneração auferida pelo empregado. TRT/SP 15ª Região 1789-2004-010-15-00-3 - Ac. 10ª Câmara 7.316/07-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 23 fev. 2007, p. 56.

03 - ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. MUDANÇA DE DOMICÍLIO CUMULADA COM TRANSFERÊNCIA PROVISÓRIA

Toda "pessoa natural" pode ter mais de 1 (uma) residência. Mas só terá 1 (um) domicílio, assim considerado o lugar onde se estabelecer com "ânimo definitivo" (art. 31 CCB-16), devendo o "ânimo definitivo" ser, no âmbito do Direito do Trabalho, judicialmente avaliado em função do contrato de trabalho, o gerador de direitos e obrigações entre as partes. E não em relação a eventos ocorridos após o término da relação de emprego, mormente mudança domiciliar do ex-empregado para local diverso do da antiga prestação de serviços, alheios que são ao pacto laboral anteriormente findo, para que só assim haja, em face das exigências aparentemente contraditórias feitas pelo art. 469 CLT, compatibilização entre "mudança" de domicílio e, ao mesmo tempo, transferência provisória. TRT/SP 15ª Região 2694-2002-014-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 11.802/07-PATR. Rel. Veva Flores. DOE 23 mar. 2007, p. 71.

04 - APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. REFLEXO NO CONTRATO DE TRABALHO. ART. 453, §

2º, DA CLT. INDENIZAÇÃO DE 40% DO FGTS. ADIN N. 1.721-3

A decisão do STF proferida na ADIn n. 1.721-3 culminou com a inconstitucionalidade do § 2º do art. 453 da CLT, o que implica o reconhecimento de que a aposentadoria espontânea não constitui justa causa para a extinção do contrato de trabalho e torna devida, nas hipóteses de continuidade da relação de emprego e posterior dispensa por iniciativa do empregador, a indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS de todo o período contratual. TRT/SP 15ª Região 169-2006-114-15-00-2 - Ac. 2ª Câmara 1634/07-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 19 jan. 2007, p. 22.

05 - ATLETA PROFISSIONAL. EMPRÉSTIMO. CO-RESPONSABILIDADE. ENTIDADE DESPORTIVA CEDENTE E CESSIONÁRIA. DECRETO N. 2.574/98. IMPOSSIBILIDADE

O Decreto regulamentador n. 2.574/78, em seu art. 38, § 4º, ao considerar a entidade cedente obrigada ao pagamento dos valores convencionados entre a entidade desportiva cessionária e o jogador anuente, no período de empréstimo, extrapolou os limites de sua atuação, visto que a norma originária (Lei n. 9.615/98), de tal responsabilidade não cogitou. Por corolário, sendo incontestável que a sua origem se deu no executivo (art. 84, IV, da CF), em evidente dissonância como a norma originária do Legislativo, naquilo que concede à sua competência, por óbvio, não obriga, pelo que não subsiste a condenação solidária da entidade

que figurou na condição de cedente do atleta profissional, no período em que este atuou, por empréstimo, junto ao cessionário. TRT/SP 15ª Região 1424-2004-008-15-00-2 - Ac. 10ª Câmara 52.887/06-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 10 nov. 2006, p. 69.

06 - CONTRATO DE TRABALHO. ATIVIDADE ILÍCITA. CASA DE JOGOS (CARTEADO). EFEITOS DA NULIDADE TRABALHISTA. INDENIZAÇÃO PELO EQUIVALENTE. A SE EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO CONTRAVENTOR MAIOR. O EXPLORADOR DO NEGÓCIO ILÍCITO

Inconteste que o contrato de trabalho para sua validade requer a licitude do objeto, logo em atividade ilícita não há que se falar em relação de emprego. É certo também que a nulidade do contrato de trabalho gera efeitos *ex nunc*, haja vista a natureza infungível do labor, que uma vez despendido não tem como ser restituído ao agente. Daí comportar indenização pelo equivalente da prestação dos serviços, mesmo em atividade ilícita. Como forma de contribuir para coibir os negócios escusos, impondo ao contraventor maior uma indenização pecuniária, de modo a evitar o seu enriquecimento ilícito à custa do trabalhador, com a complacência do Judiciário Trabalhista. Os princípios da proteção, da primazia da realidade, do enriquecimento sem causa, da irretroatividade das nulidades e a impossibilidade da volta ao *status quo ante*, dão sustentação a tal modalidade reparatória. Afinal a Justiça é cega, mas o juiz não. A decisão deve ser mais justa

e equânime possível, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum. Recurso do reclamante provido para conceder uma indenização contraprestacional de R\$ 5.000,00. TRT/SP 15ª Região 1532-2005-113-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 8.179/07-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 2 mar. 2007, p. 10.

07 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Os empregados aposentados do Banco Nossa Caixa S/A, contratados antes da Lei n. 10.430/71, não podem sofrer o desconto de contribuição previdenciária criada pela EC n. 41. O trabalhador aposentado não pode ficar ao sabor da vontade do agente político controlador, notadamente porque a suposta transferência de folha de pagamento para Fazenda Estadual teve o óbvio intuito de legitimar a cobrança da contribuição previdenciária dos inativos. TRT/SP 15ª Região 717-2006-073-15-00-3 - Ac. 7ª Câmara 12.137/07-PATR. Rel. Renato Henry Sant'Anna. DOE 23 mar. 2007, p. 89.

08 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. PATRONAL. COBRANÇA

Não exigência da certidão de dívida prevista no art. 606 da CLT. O art. 606 da CLT, que previa a expedição de certidão de dívida para viabilizar a cobrança de contribuição sindical, não foi recepcionado pela CF/88, que em seu art. 8º, inciso I, expressamente vedou a ingerência estatal em entidades sindicais. TRT/SP 15ª Região 0155-2006-028-15-00-3 - Ac. 2ª Câmara 10.500/07-PATR. Rel. Fábio Grasselli. DOE 16 mar. 2007, p. 12.

09 - CONVENÇÃO COLETIVA. OBRIGATORIEDADE. FUNDAÇÃO PÚBLICA

As fundações públicas são regidas pelo princípio da legalidade, de que trata o *caput*, do art. 37, da CF. Não podem ser obrigadas por normas estabelecidas entre entidades sindicais signatárias de convenções coletivas, que não as representam. Ao Poder Público não é dado reunir-se em associações de natureza privada, como os sindicatos. Ademais, eventuais acréscimos de despesas resultantes da aplicação de tais instrumentos normativos viola o inciso II, do art. 167, bem como os incisos I e II, do art. 1º, do art. 169, da CF. TRT/SP 15ª Região 1206-2001-057-15-00-5 - Ac. 3ª Câmara 57.370/06-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 1º dez. 2006, p. 30.

10 - DANO MORAL

O dano à moral deve ser compreendido como aquele causado a outrem que não tenha natureza patrimonial. É o sofrimento humano provocado por determinado ato ilícito de terceiro que molesta bens imateriais ou magoa valores íntimos da pessoa. Trata-se da dor oriunda da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Por conseguinte, em virtude de um ato ilícito, sobrevindo perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, perfeitamente passível de indenização. Destarte, merece acolhida a tese que busca fixação do *quantum* relevante para pagamento de indenização face à necessidade de reparação da lesão sofrida com eficácia na punição para o agente causa-

dor. Recurso do reclamante que se dá provimento para majorar a indenização arbitrada. TRT/SP 15ª Região 1353-2003-042-15-00-8 - Ac. 6ª Câmara 6.801/07-PATR. Rel. Marcelo Garcia Nunes. DOE 16 fev. 2007, p. 28.

11 - DANO MORAL. PROVA NECESSÁRIA. PEDIDO DE DEMISSÃO *VERSUS* RESCISÃO INDIRETA

O deferimento de indenização por dano moral, consistente em alegada agressão e ofensa verbal, exige prova robusta, sendo necessária em vista de que mesmo diante de provado desentendimento não se presume. Por presunção não se condena a indenizar. Outrossim, mesmo que provada a agressão e ofensa verbal nem por isso nulo seria o pedido de dispensa formulado pelo empregado, visto que todo trabalhador tem à sua disposição a rescisão indireta do contrato de trabalho prevista no art. 483, alínea "b" da CLT. Recurso ordinário conhecido e de provimento negado. TRT/SP 15ª Região 847-2004-021-15-00-5 - Ac. 12ª Câmara 2.809/07-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 19 jan. 2007, p. 48.

12 - DANO MORAL. VIOLAÇÃO À INTIMIDADE E PRIVACIDADE. CARACTERIZAÇÃO

A indenização por dano moral encontra fundamento legal nas disposições contidas no art. 5º, incisos V e X, da CF/88, de cuja leitura chega-se à conclusão de que o dever de reparar decorre da violação dos direitos individuais de cada cidadão relativamente à sua intimidade, privacidade, honra e imagem. Ora, admitido como fato incontroverso

nos autos a existência de câmera instalada no banheiro feminino do estabelecimento, direcionada ao local onde se encontra o vaso sanitário e captando imagens que eram exibidas na sala do sócio-proprietário da empresa, a alegação de desconhecimento da existência do referido equipamento, evidentemente, não encontra qualquer sustentação no conjunto probatório. Assim, flagrante o desrespeito por parte do empregador à intimidade da trabalhadora, restando configurado o dano moral, em face da violação aos direitos protegidos pelos dispositivos constitucionais supramencionados. TRT/SP 15ª Região 1090-2005-032-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 5.796/07-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 9 fev. 2007, p. 80.

13 - DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE DOENÇA PROFISSIONAL. PRESCRIÇÃO. AÇÃO AJUIZADA JUNTO À JUSTIÇA COMUM ANTES DA EC N. 45/04. APLICAÇÃO DO INCISO XXIX DO ART. 7º DA LEI MAIOR. IMPOSSIBILIDADE

O Legislador, sabiamente, positivou a função social da aplicação das normas através do art. 5º da LICC (Decreto-lei n. 4.657/42), que por cuidar-se de norma de sobredireito, também é plenamente aplicável no bojo da solução de controvérsias trabalhistas. Assim, compete ao Juiz buscar atender aos fins sociais imanentes à lei, bem como às exigências do bem comum, quando da efetiva aplicação da norma expressa para a solução dos conflitos intersubjetivos que lhe são trazidos pelos jurisdicionados. *In casu*, o trabalhador ajuizou a presente ação em 21 jun. 2002 (fl. 02) perante a Justiça Comum, quando es-

tava vigente o Código Civil passado, em que se garantia a exigibilidade dos direitos às reparações pecuniárias por danos morais e materiais decorrentes do acidente do trabalho pelo prazo de 20 (vinte) anos, consoante dispunha o art. 177 daquele mesmo Código. Não se enxerga, até aí, nenhum lapso grosseiro imputável ao reclamante, desde que se reconheça, para tanto, que ainda hoje pende controvérsia judicial acerca da competência para o julgamento das ações que envolvam empregado e empregador através de pedido de reparação civil por lesões morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho. Consigne-se que, se o escopo do Direito Processual contemporâneo é mesmo o de sublimar a instrumentalidade do processo, como veículo da prestação jurisdicional e efetivação de justiça pelo Estado, *data venia* dos respeitáveis, doutos e possíveis entendimentos contrários ao que ora se adota, conclui-se que a aplicação do dispositivo legal trabalhista (inciso XXIX do art. 7º) *in casu*, por mais paradoxal que possa parecer, viola o princípio da proteção do trabalhador, com o que, entre o princípio e a lei, fica-se com o primeiro. TRT/SP 15ª Região 0781-2005-051-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 11.052/07-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 16 mar. 2007, p. 52

14 - DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO. PRAZO. INCIDÊNCIA, NA HIPÓTESE DOS AUTOS, DO ART. 7º, XXIX, DA CF, E NÃO DO CC/1916. PREVALÊNCIA DA NORMA ESPECIAL SOBRE A GENÉRICA. DISPOSITIVO QUE ABRANGE TODOS OS CRÉDITOS RESULTANTES DAS RELAÇÕES

DE TRABALHO, INCLUSIVE A INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MARCO INICIAL: VIGÊNCIA DA EC N. 45/04 PARA OS CASOS OCORRIDOS ANTERIORMENTE E A DATA DO FATO PARA OS POSTERIORES

O prazo prescricional para postular indenização por danos morais resultantes das relações de trabalho é o previsto no art. 7º, XXIX, da CF, na medida em que a norma, por que específica, deve prevalecer sobre a genérica inserta no Código Civil. A expressão "créditos resultantes das relações de trabalho", usada pelo referido dispositivo, abrange não só os de natureza salarial e indenizatória, mas também quaisquer outros decorrentes da relação trabalhista, inclusive o representado pela indenização por danos morais. O pedido deve ser formulado no lapso de 5 anos da data do fato, se persistir o contrato, limitado a 2 anos a contar do seu rompimento. Considerando que os prazos aplicáveis nesta Justiça são inferiores aos do CC/1916, o marco de fluência da prescrição, relativamente aos fatos ocorridos antes da vigência da EC n. 45/04, é a data em que esse diploma entrou em vigor, sob pena de o direito já nascer extinto, o que, por óbvio, não se pode admitir. TRT/SP 15ª Região 208-2003-041-15-00-3 - Ac. 8ª Câmara 2.245/07-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 12 jan. 2007, p. 92.

15 - DANOS MORAIS. REUNIÃO DE PASTORES. OFENSAS PESSOAIS. CONFIGURAÇÃO

Restando comprovado nos autos que, durante uma reunião, o reclamante foi vítima de diversos epítetos

ofensivos à sua pessoa, como "preguiçoso", "endemoniado", "perturbado", "malandro", tem-se por evidenciada a ofensa à sua honra e imagem pessoal, máxime considerando-se que os fatos ocorreram diante de centenas de pastores, e, inclusive, de sua esposa. Abstração feita à questão relativa aos fins da entidade recorrente - se econômicos ou religiosos -, é certo que pessoa alguma, no exercício de seu poder hierárquico, está autorizada a ofender a outrem, sendo imperativo o respeito mútuo nas relações humanas. O poder de direção e fiscalização do empregador não o autoriza a avançar por sobre a honra e a imagem das pessoas, causando-lhes constrangimentos e vulnerando a dignidade humana. A indenização por danos morais é medida de rigor, como forma de compensação pela dor e sofrimento íntimos causados ao reclamante. TRT/SP 15ª Região 1745-2005-051-15-00-0 - Ac. 6ª Câmara 10.247/07-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 16 mar. 2007, p. 26.

16 - DEFICIENTE FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE. POSSIBILIDADE DE DISPENSA. DIREITO DIFUSO

Não há vedação legal à demissão do deficiente físico, excepcionada a hipótese de explícito ato discriminatório, caso em que incide o disposto na Lei n. 9.029/95. A Constituição da República permite a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, inciso I), impondo apenas o pagamento de uma indenização compensatória. Tem o empregador, portanto, o direito de proceder à dispensa arbitrária de

seu empregado portador de deficiência (cegueira), salvo quando esta tiver decorrido de acidente do trabalho. Nos termos do art. 93 da Lei n. 8.213/91, empresas com mais de 100 empregados devem preencher certos percentuais de seus cargos (que variam de 2 a 5%) com beneficiários reabilitados pelo INSS ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas. O § 1º do citado artigo, no entanto, não prevê a estabilidade desses empregados, exigindo apenas a prévia contratação de substituto em condição semelhante. Tal garantia não consiste em direito individual do empregado, mas sim em dever jurídico imposto à empresa de contratar previamente o substituto, configurando direito difuso que, como tal, não se amolda à postulação em caráter individual. Devem os legitimados coletivamente (como sindicato e Ministério Público do Trabalho) valer-se de ação de caráter coletivo ou ação civil pública para que eventual lesão seja reparada. TRT/SP 15ª Região 1159-2005-096-15-00-6 - Ac. 1ª Câmara 3.199/07-PATR. Rel. Wilton Borba Canicoba. DOE 26 jan. 2007, p. 12.

17 - DESCONTO SALARIAL. PERDA DE NUMERÁRIO EM ASSALTO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA DA EMPRESA. INADMISSIBILIDADE

Ainda que a reclamada tenha juntado declaração escrita autorizando o desconto, há de se destacar que o risco da atividade econômica pertence ao empregador, consoante regra inserta no art. 2º da CLT, não sendo admissível sua transferência ao empregado. Portanto, mesmo que se pudesse argumentar

que o reclamante havia descumprido regras contratuais quanto ao recolhimento do dinheiro no cofre, o que culminou na "perda" do numerário em assalto, caberia ao empregador, que detém o *jus variandi*, aplicar penalidade ao trabalhador pela falta cometida, a qual, dependendo da gravidade, poderia constituir até mesmo em despedida por justa causa. Contudo, em hipótese alguma, é admitida a efetivação de descontos em seu salário a tal título, porquanto este é intangível, conforme expressa disposição do art. 462 da CLT. Recurso ordinário não-provido. TRT/SP 15ª Região 652-2006-088-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 11.901/07-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 23 mar. 2007, p. 74.

18 - DIREITO CIVIL. DANO MORAL. REVISTA DE EMPREGADOS EM RAZÃO DE FURTO INEXISTENTE

A situação vexatória consistente na revista efetuada aos empregados em face de suposto furto de numerário, que, depois, percebeu-se inexistente, evidencia o grau de constrangimento a que foram submetidos os trabalhadores, que acabaram por consentir permanecerem nus diante de um fiscal da empresa, tornando-se alvo de gozações numa cidade de pequeno porte, em que prevalece o trabalho rural. Além de constrangedor, tal fato representa gravame à honra dos empregados. Configurada a conduta comissiva adotada pelo empregador, caracterizado está o dano, afigurando-se devida a indenização. Aplicação dos arts. 186 e 927, CC. Recurso improvido. TRT/SP 15ª Região 1657-2005-052-15-

00-4 - Ac. 3ª Câmara 300/07-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 12 jan. 2007, p. 54.

19 - DIREITO CIVIL. DIREITO DO TRABALHO. DANO MORAL. ANOTAÇÃO ILEGAL NA CTPS

O empregador é responsável pela imagem do empregado junto à sociedade, devendo prover condições justas e favoráveis ao trabalho. Anotações ilegais realizadas na CTPS em cumprimento ao acordo judicial prejudicam a imagem do trabalhador frente ao mercado de trabalho, pois entre dois trabalhadores, em iguais condições de trabalho, tendo somente um deles provocado esta Especializada, optaria-se pela contratação do outro. Havendo dano à imagem ou ao conceito que a sociedade possui de determinada postura, decorrente do ato inquinado das anotações procedidas pelo empregador, não há como afastar a ocorrência do dano moral. Conforma-se, igualmente, inegável prejuízo decorrente de dano material na modalidade de lucros cessantes. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 386-2006-070-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 51.873/06-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 10 nov. 2006, p. 33.

20 - DOENÇA PROFISSIONAL. EMPREGADO APOSENTADO POR TEMPO DE SERVIÇO POSTERIORMENTE DISPENSADO. DIREITO À GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO

O empregado aposentado por tempo de serviço que continua trabalhando na empresa não perde o direito à garantia provisória de emprego prevista no art. 118 da Lei n.

8.213/91, bastando que tenha sofrido acidente de trabalho típico ou que seja portador de doença profissional ou do trabalho, nos termos da lei, e que tenha se afastado por mais de quinze dias. A questão da impossibilidade de cumulação de benefícios, prevista no art. 124 da referida lei, é exclusivamente previdenciária, de interesse do segurado e da autarquia, não afetando as obrigações do empregador em face do empregado. TRT/SP 15ª Região 1038-2003-085-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 6.933/07-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 23 fev. 2007, p. 25.

21 - EMPREGADO PORTADOR DE LEUCEMIA. REINTEGRAÇÃO INDEVIDA. MANUTENÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO

A preocupação social de salvaguardar o direito à vida do trabalhador portador de doença sabidamente grave, leucemia mielóide crônica, garantindo-lhe os meios de prover seu sustento e custear seu tratamento de saúde, pode ser resolvida por outro caminho, não menos efetivo do que a reintegração no emprego, e com lastro jurídico e social. Todo empregado, enquanto tal, é segurado obrigatório da Previdência Social e, mesmo após sua dispensa, permanece como segurado, durante, no mínimo, 12 meses após o rompimento do contrato de trabalho, prazo este que pode ser elástico, como enuncia o art. 15 da Lei n. 8.213/91. Se durante esse intervalo o segurado valer-se de algum benefício previdenciário, preservá-lo, sem limite de prazo. Assim é que antes de invocar a função social da propriedade, de inegável peso his-

tórico e social, é necessário perquirir, se não é ao Estado, no exercício de seus projetos assistenciais, que cabe proteger o empregado dispensado. TRT/SP 15ª Região 399-2005-002-15-00-2 - Ac. 4ª Câmara 12.348/07-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 23 mar. 2007, p. 64.

22 - EMPREGADO PÚBLICO. DISPENSA COM MOTIVAÇÃO APÓS CONCLUÍDO O ESTÁGIO PROBATÓRIO. REINTEGRAÇÃO INCABÍVEL

Não é devida a reintegração do servidor submetido a concurso público e admitido sob a égide da CLT quando dispensado, com motivação, após a instauração de regular processo administrativo, com o direito à ampla defesa. TRT/SP 15ª Região 1021-2002-109-15-00-6 - Ac. 2ª Câmara 11.591/07-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 23 mar. 2007, p. 57.

23 - HORAS EXTRAS. COMISSIONISTA PURO. LABOR EXTRAORDINÁRIO EM ATIVIDADE ALHEIA A VENDAS. DEVIDAS, NESTE CASO, AS HORAS LABORADAS MAIS O ADICIONAL

O empregado comissionista puro, além do adicional sobre as horas laboradas como vendedor, faz jus, também, às horas extraordinárias acrescidas do adicional quanto ao período trabalhado nas tarefas alheias à atividade de vendas, pois, nestas tarefas, a hora normal não foi remunerada pelas comissões, já que o empregado não estava realizando vendas. TRT/SP 15ª Região 0949-2005-033-15-00-1 - Ac. 8ª Câmara 56.013/06-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 1º dez. 2006, p. 53.

24 - INSS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI N. 10.666/03. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. POSSIBILIDADE

A norma constante no *caput* do art. 4º da Lei n. 10.666/03, há de ter plena efetividade naqueles casos em que trabalhador e empresário reconhecem, em juízo, uma extinta prestação de serviços com natureza autônoma, sem relação de emprego. Afinal, essa é a inteligência que se extrai da aplicação cominada dos arts. 21, 22 e 30, § 4º, da Lei n. 8.212/91. Ou seja, além daqueles 20% previstos no art. 22 da Lei n. 8.212/1991, o tomador dos serviços também deve recolher mais 11% a título de contribuição previdenciária sobre o valor total ajustado em acordo, qualquer que tenha sido o modo da extinta prestação de serviços, agora em função da Lei n. 10.666/03. Recurso do INSS que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 126-2005-086-15-00-1 - Ac. 9ª Câmara 6.666/07-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 16 fev. 2007, p. 41.

25 - INTERVALO ENTRE JORNADAS. CLT, ART. 66. PETROLEIROS. APLICABILIDADE

A Lei n. 5.811/72 não cuida do intervalo entre jornadas, de sorte que o art. 66 da CLT também se aplica aos trabalhadores por ela abrangidos. O pagamento pela extrapolação do limite legal, decorrente de dobrar de turnos (horas extraordinárias *stricto sensu*) não exclui a obrigação de quitar, simultaneamente, as horas trabalhadas no período de descanso, conforme

a Súmula n. 110, do TST (horas extras fictas). TRT/SP 15ª Região 1148-2004-126-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 54.417/06-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 24 nov. 2006, p. 32.

26 - JORNADA MÓVEL E VARIÁVEL. EMPREGADO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR 44 HORAS POR SEMANA. NULIDADE DA CLÁUSULA

A cláusula contratual que estipula jornada "móvel e variável", mediante o pagamento por hora trabalhada, quando o empregado permanece à disposição do empregador quarenta e quatro horas por semana, afronta o princípio de proteção ao trabalhador. A nulidade da estipulação gera o direito a diferenças entre as horas pagas e as contratadas (à disposição). TRT/SP 15ª Região 2197-2005-131-15-00-9 - Ac. 2ª Câmara 56.937/06-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 4 dez. 2006, p. 19.

27 - JORNAL. VENDA DE ASSINATURAS ATRAVÉS DE TELEMARKETING. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Prestação de serviços consistente na venda de assinaturas novas de jornal, através de *telemarketing*, se caracteriza como espécie de terceirização, atraindo a responsabilidade subsidiária da empresa jornalística. Mormente quando há forte interveniência do Jornal no *modus operandi* dos serviços contratados, fixando preço, forma de pagamento, tipo de assinatura, metas de vendas e premiação; fornecen-

do material promocional, formulários e sistemas de comercialização; além de orientação e supervisão dos serviços prestados pela contratada; afora a exclusividade e a confidencialidade exigidas. Recurso ordinário da reclamante provido no ponto. TRT/SP 15ª Região 383-2005-113-15-00-1 - Ac. 12ª Câmara 12.680/07-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 23 mar. 2007, p. 100.

28 - JUROS DE MORA. SERVIDOR PÚBLICO. PARCELAS VINCENDAS

Não há de se falar em mora do devedor antes do vencimento da obrigação. Os juros de mora devem incidir a partir do ajuizamento, mas, em relação às parcelas vincendas, somente a partir do momento em que configurada a mora do ente público, ou seja, a partir do vencimento de cada parcela mensal. JUROS DE MORA. ENTE PÚBLICO. PERCENTUAL DE 0,5% AO MÊS. ACOLHIMENTO. A lei, em sentido amplo, goza de presunção de legitimidade e a ela deve ser aplicada ao caso concreto, ressalvada a hipótese de inconstitucionalidade, que deve ser suscitada pela parte interessada. Em se tratando de ente público, os juros de mora devem ser calculadas no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês, como já proclamada pelo C. TST (TST RXOFROAG 4573 - TP - Min. Ives Gandra Martins Filho - DJU 20 jun. 2003). TRT/SP 15ª Região 751-2005-059-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 9.134/07-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 9 mar. 2007, p. 59.

29 - JUSTA CAUSA. MOTORISTA DE ÔNIBUS ENVOLVIDO EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. DESÍDIA. OBRIGATORIEDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE QUE A MÉDIA DE ACIDENTES OCORRIDOS COM O RECLAMANTE É SUPERIOR À DOS DEMAIS COLEGAS DE TRABALHO. DESPROPORÇÃO ENTRE A FALTA E A PUNIÇÃO

Para que se reconheça que um motorista de ônibus assumiu comportamento desidioso porque se envolveu em dois pequenos acidentes com ônibus que dirigia, ao longo do período de 19 meses de vigência do contrato de trabalho, principalmente daquele que conduz veículos em cidades como São Paulo, com seu trânsito caótico e muitas vezes de alta velocidade, especialmente nas marginais, local em que ocorreu o incidente que resultou na dispensa motivada do obreiro, apresenta-se essencial a demonstração de que, no universo dos motoristas que prestam serviços à empregadora, a média de acidentes envolvendo o reclamante tenha sido bem superior à dos demais motoristas, fato que comprovaria seu menosprezo pelas regras de segurança do trânsito. Inexistente essa demonstração nos autos, deve ser afastada a tese de desídia, pois todo e qualquer motorista de ônibus com horário a cumprir, submetido ao tráfego das grandes cidades, está sujeito a se envolver em acidentes. De outro lado, a reduzida gravidade daquele ocorrido com o obreiro demonstra que este não foi totalmente imprudente a ponto de justificar a pecha de desidioso no cumprimento de suas obrigações. Evidente, pois, a desproporcionalidade entre a falta

e a punição. Decisão de primeiro grau confirmada. TRT/SP 15ª Região 0657-2005-021-15-00-9 - Ac. 11ª Câmara 11.060/07-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 16 mar. 2007, p. 53.

30 - PERICULOSIDADE. MOTORISTA. ABASTECIMENTO. CONTATO EVENTUAL. ADICIONAL INDEVIDO

O contato intermitente com inflamável é aquele que se repete por diversas vezes numa mesma jornada de trabalho e a "intermitência" é "a interrupção momentânea" (Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira), enquanto "intermitir" significa "parar por intervalos" (*Grande Dicionário Larousse Cultura da Língua Portuguesa*). Nas normas técnicas, a intermitência está regulada na Portaria MTb n. 3.311, de 29/11/89, e nela exige-se a repetição do mesmo acontecimento por diversas vezes, numa mesma jornada de trabalho, para a sua caracterização. O motorista, que cuida de abastecer o veículo por ele dirigido ou acompanha o abastecimento pelo frentista, por apenas alguns minutos, ingressa em área de risco de modo meramente eventual, não fazendo jus ao adicional de periculosidade. Além disso, a atividade não está relacionada no Quadro 03 do Anexo 02 da Norma Regulamentar n. 16, do MTb. INTERVALO. SUPRESSÃO PARCIAL. REMUNERAÇÃO. PERÍODO EFETIVAMENTE SUPRIMIDO. A supressão parcial do intervalo destinado à alimentação e descanso implica a remuneração do período efetivamente suprimido (§ 4º do art. 71, da CLT), até porque a sua remuneração integral contraria o princípio que veda o enriqueci-

mento sem causa e não estimula o empregador a conceder intervalo em maior extensão ao trabalhador. Se a remuneração deverá corresponder a uma hora, em qualquer caso, que interesse teria o empregador em conceder 30, 40, 50 ou 55 minutos de intervalo? TRT/SP 15ª Região 1356-2004-029-15-00-2 - Ac. 4ª Câmara 6.413/07-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 16 fev. 2007, p. 24.

31 - PRESCRIÇÃO DO DIREITO DE AÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNIAL. INTERRUPTÃO. AÇÃO ARQUIVADA

Conforme entendimento sumulado (n. 268 do C. TST), a ação anterior arquivada interrompe a prescrição do direito de ação, em relação a pedido idênticos. Observe-se que a mencionada Súmula não discute a prescrição quinquenal, mas apenas a prescrição do direito de ação. Não decorrido lapso de prazo superior a dois anos entre o arquivamento da reclamação anterior e o ajuizamento da nova ação, não se consumou a prescrição do direito de ação. Quanto à prescrição quinquenal, o marco para contagem é a data da propositura da nova reclamação, retroagindo cinco anos a partir daí. TRT/SP 15ª Região 2150-2003-018-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 916/07-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 12 jan. 2007, p. 65.

32 - RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. ACIDENTE DE TRABALHO

Não obstante o novo CC/2002 e seu art. 927, do art. 2º da CLT dimana ser do empregador o risco

da atividade econômica e de sua responsabilidade a direção na prestação pessoal de serviços. Neste sentido está obrigado a dar conhecimento de todos os riscos que envolvem o desempenho das tarefas, fornecer EPIs adequados e em número suficiente, bem como orientar e fiscalizar a correta utilização (Súmula n. 289 do C. TST). Acidente ocorrido quando despido o laborista de EPI que fora entregue em regime de partilha e em circunstâncias tais que evidenciam a falta de fiscalização do uso é classicamente de culpa do empregador. Recurso Ordinário a que se dá provimento parcial para, reformando a sentença de 1º grau, deferir indenização por danos morais decorrentes de acidente de trabalho. TRT/SP 15ª Região 1384-2002-091-15-00-8 - Ac. 12ª Câmara 5.587/07-PATR. Rel. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo. DOE 9 fev. 2007, p. 85.

33 - RESPONSABILIDADE IN VIGILANDO DO ENTE PÚBLICO

O ente público, quando estabelece relação jurídica com o prestador de serviços, segue aos ditames do certame licitatório, e não age com culpa *in eligendo*. Não lhe é lícito escolher, de forma discricionária, com quem irá contratar. Todavia, *ad cautelam*, haveria meios legais e jurídicos de inserir cláusulas contratuais autorizadas de rescisão (via unilateral) da relação jurídica nas hipóteses em que se constatasse inadimplência do contratado concernente a obrigações trabalhistas. O contrato poderia ser imediatamente rescindido, com multas pesadas impostas. Cabe aos administradores aprimorarem os contratos, inviabilizando os desvios que

freqüentemente são constatados pelo Judiciário. Responsabilidade subsidiária mantida. TRT/SP 15ª Região 2227-2005-132-15-00-3 - Ac. 12ª Câmara 9.892/07-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 9 mar. 2007, p. 101.

34 - SOCIEDADE POR QUOTAS. SÓCIO MINORITÁRIO. RELAÇÃO DE EMPREGO COM A SOCIEDADE. POSSIBILIDADE

O direito do trabalho não infenso à promiscuidade contratual de modo que é perfeitamente possível a convivência do contrato de trabalho com outros tipos de contrato privado, como o de sócio de sociedade comercial. Assim, nada há empecilho legal para que o sócio minoritário, com apenas 5% de quotas do capital social, tenha reconhecida sua condição também de empregado da sociedade, quando lhe presta serviços com requisitos de pessoalidade, subordinação, não eventualidade e mediante salários, presentes, portanto, os requisitos do art. 3º da CLT. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0927-2005-009-15-00-8 - Ac. 10ª Câmara 56.319/06-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 1º dez. 2006, p. 58.

35 - TAXA NEGOCIAL A SER PAGA POR EMPREGADOR. NULIDADE DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA

Todas as receitas sindicais são, em relação aos sindicatos profissionais, suportadas pelos trabalhadores, beneficiários das atividades institucionais e negociais das entidades sindicais. E isso acontece justamente como forma de garantir a ampla e livre atuação das entida-

des sindicais, que dessa forma não estão submetidas ao poderio econômico das empresas. TRT/SP 15ª Região 1006-2005-126-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 7.017/07-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 23 fev. 2007, p. 33.

36 - TERCEIRIZAÇÃO.

A terceirização há que ser adotada com um mínimo de garantias para o trabalhador, como, aliás, exige toda a legislação protetora ao trabalho e trabalhador, que por sua feita dá vazão aos princípios fundamentais estampados no art. 1º, incisos III e IV, da CF: "a dignidade da pessoa humana" e "os valores sociais do trabalho...". Não pode o Poder Público constituído ser o primeiro a, por meio da alegação de ausência de responsabilidade, tornar precários ou mesmo negar os direitos trabalhistas mínimos conquistados pelos trabalhadores. E tampouco pode a Lei n. 8.666/93 ser analisada de forma isolada, mas sim interpretada em consonância com os dispositivos constitucionais e legais que regem a matéria, tais como o art. 37, § 6º da CF, os arts. 9º e 444 da CLT, e os arts. 43 e 186 do CC. TRT/SP 15ª Região 1581-2003-082-15-00-7 - Ac. 5ª Câmara 3.478/07-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 26 jan. 2007, p. 32.

37 - TRANSAÇÃO PERANTE COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA - CCP. QUITAÇÃO COM EFEITO LIBERATÓRIO GERAL, SEM RESSALVA DE NENHUMA VERBA. TRABALHADOR ASSISTIDO PELA ENTIDADE SINDICAL DE SUA CATEGORIA PRO-

FISSIONAL NO MOMENTO DA COMPOSIÇÃO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 625-E DA CLT. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS EM FACE DO RECONHECIMENTO DA QUITAÇÃO DELES

A quitação outorgada por ex-empregado em demanda submetida à Comissão de Conciliação Prévia - CCP, sem ressalva, tem efeito liberatório geral em relação a toda e qualquer parcela oriunda do extinto contrato de trabalho, conforme expressamente previsto no parágrafo único do art. 625-E da CLT. Essa eficácia liberatória geral deve ser especialmente admitida quando a pretensão submetida à referida comissão não envolvia verbas rescisórias, as quais foram anteriormente pagas ao trabalhador, que contou com a devida assistência sindical nesse ato. Outrossim, essa mesma entidade sindical também o assistiu por ocasião da celebração da avença perante a referi-

da comissão, da qual não restou ressalvada nenhuma parcela decorrente do extinto pacto laboral. Logo, a reclamatória que postula pedidos relativos a esse contrato de trabalho deve ser julgada improcedente. TRT/SP 15ª Região 1873-2004-096-15-00-3 - Ac. 4ª Câmara 12.252/07-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 23 mar. 2007, p. 61.

38 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. MOTORISTA TRANSPORTADOR

Considera-se transportador autônomo de bens, na forma da Lei n. 7.290, de 19 dez. 1984, o motorista proprietário de veículo que executa fretes, ainda que em caráter continuado, diretamente a usuário deste serviço, se inexistir prova de subordinação, como, por exemplo, a obrigatoriedade do cumprimento de horário. TRT/SP 15ª Região 217-2006-071-15-00-9 - Ac. 12ª Câmara 2.715/07-PATR. Rel. José Pitas. DOE 19 jan. 2007, p. 45.

DIREITO PROCESSUAL

01 - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO ADMINISTRATIVO E DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO. PENALIDADE ADMINISTRATIVA IMPOSTA AO EMPREGADOR PELOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO (MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE TERMO DE COMPROMISSO FIRMADO PERANTE O MINISTÉRIO PÚBLICO). COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. CF, ART. 114, INCISO VII, COM REDAÇÃO DADA PELA EC N. 45/04

Após o advento da EC n. 45, de 8 dez. 2004, que modificou a redação do art. 114 da CF, ampliando a competência material desta Justiça Especializada, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para conhecer e julgar ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (CF, art. 114, inciso VII). COMPETÊNCIA MATERIAL. MODIFICAÇÃO. AÇÕES JULGADAS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA

PELA JUSTIÇA COMUM. CONFLITO DE COMPETÊNCIA NEGATIVO. PRECEDENTES DO EXCELSO PRETÓRIO. NATUREZA CONSTITUCIONAL DA MATÉRIA.- De fato, o ordenamento jurídico processual determina a remessa imediata dos autos ao Juízo competente quando há alteração de competência de ordem absoluta. Assim, não se aplicaria, a princípio, a perpetuação da jurisdição consagrada no art. 87 do CPC, *in fine*, por conta das alterações na competência material da Justiça do Trabalho advindas da EC n. 45/04, visto que se trata de ampliação/modificação de competência de natureza absoluta. Todavia, o aplicador do direito busca sempre a finalidade social da norma e o atendimento do bem comum (art. 5º da LICC) e não pode se dar por satisfeito com a letra fria da lei. Com esse desiderato, há que se reconhecer que a remessa imediata a este Juízo especializado das ações já julgadas pela Justiça Comum antes do advento da EC n. 45/04, certamente, atenta contra uma série de princípios caros ao ordenamento jurídico posto, em

especial, os da segurança jurídica, da paz social e da busca por estabilidade das relações jurídicas, inclusive processuais. Nessa linha, aliás, manifestou-se o Plenário do Excelso Pretório, firmando posicionamento no sentido de que a existência ou não de sentença nos autos é o marco divisório para aferição do Juízo competente, ante as modificações de competência absoluta instituídas através a EC n. 45/04, (conforme CC 7204/MG - Minas Gerais - Conflito de Competência – Rel. Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 29 jun. 2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno - Publicação: DJ 9 dez. 2005, p. 5. Ement. Vol. 2217-2, p. 303) - (Site do STF - entrada em 2 fev. 2006). Logo, sopesando o *status* constitucional da questão em voga, o entendimento do C. STF acerca da matéria, bem como não perdendo de vista os princípios acima mencionados, faz-se imperioso suscitar o conflito negativo de competência perante o Eg. STJ, na forma do art. 105, I, "d" da Lei Maior, em todos os casos em que, como no ora apreciado, tenha havido a remessa a este Juízo Especializado quando já existe nos autos sentença proferida pela Justiça Comum antes do advento da EC n. 45/04. TRT/SP 15ª Região 1463-2005-090-15-00-5 - Ac. 11ª Câmara 11.035/07-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 16 mar. 2007, p. 52.

02 - AÇÃO CAUTELAR. COMPETÊNCIA

Antes da interposição do recurso não tem o relator competência para apreciar medida cautelar inominada objetivando suspender os efeitos da sentença, consoante se infere do parágrafo único do art. 800

do CPC e do art. 210 do Regimento Interno deste Tribunal, mesmo porque não se pode dar efeito suspensivo a recurso ainda não interposto. TRT/SP 15ª Região 1532-2006-000-15-00-6 - Ac. 2ª Câmara 4.879/07-PATR. Rel. Fábio Grasselli. DOE 2 fev. 2007, p. 70.

03 - AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO EM RECURSO ORDINÁRIO. IMPROVIMENTO

O recurso ordinário não possui por regra efeito suspensivo, justamente para que se agilizem medidas emergenciais, como àquela deferida na ação principal, que por meio de acolhida de pedido de tutela antecipada, busca a reparação de dano físico, quando pretende-se de forma célere a restituição de condições básicas para a continuidade da vida de um ser humano que no âmbito do trabalho, perdeu parte do membro superior direito, sendo o mesmo essencial para desenvolver atividades cotidianas, tanto laborais, quanto pessoais. O bem maior a ser preservado é o da urgência, e, não, da aceitação da morosidade, que, infelizmente, permeia o Poder Judiciário face à burocracia existente, principalmente em medidas recursais e de cunho executório. Ação cautelar a qual se julga improcedente. TRT/SP 15ª Região 6-2005-108-15-00-3 - Ac. 6ª Câmara 8.934/07-PATR. Rel. Marcelo Garcia Nunes. DOE 9 mar. 2007, p. 72.

04 - AÇÃO MONITÓRIA. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. NÃO CABIMENTO

A ação monitória, como um atalho processual, se vale da prova pré-

constituída, que equivaleria à prova ou forte probabilidade do direito e da relação jurídica de crédito e débito, para conferir ao credor o célere adimplemento de uma determinada obrigação. Aliás, esse é o argumento fundamental para que se negue a possibilidade da utilização do procedimento monitorio para a cobrança da contribuição sindical. Quando um Sindicato alega que a empresa a ele vinculada não recolheu as contribuições sindicais respectivas, não há prova pré-constituída a ser produzida nos autos que possa gerar no espírito do julgador o juízo de plausibilidade exigido pela ação monitoria. A apresentação de uma guia de recolhimento ou mesmo de uma notificação para pagamento de dívida não são documentos hábeis para criar uma hipótese de verossimilhança da existência de um crédito entre a entidade sindical e a empresa notificada, na qualidade de credor e devedor, respectivamente. Afinal, trata-se de documentos confeccionados unilateralmente pelo credor e não contêm nenhuma fumaça de direito capaz de fundamentar o procedimento injuntivo. TRT/SP 15ª Região 510-2006-109-15-00-4 - Ac. 4ª Câmara 4.656/07-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 2 fev. 2007, p. 84.

05 - ACORDO ENTABULADO PERANTE A CÂMARA ARBITRAL LABORAL DO ESTADO DE SÃO PAULO. ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA QUE SE AFASTA

A possibilidade de apreciação pelo judiciário da validade do acordo extrajudicial firmado entre as partes encontra fundamento no art. 5º da Constituição da República.

Quanto ao termo de transação no qual foi pactuada a quitação geral ao extinto contrato de trabalho, não haveria como lhe conferir validade. Com efeito, inviável dar-se quitação pelo que não foi discriminado, sob pena de reconhecer-se renúncia a direitos trabalhistas, além do que, na seara do Direito do Trabalho os títulos devem ser pagos sob rubrica própria. TRT/SP 15ª Região 693-2005-109-15-00-7 - Ac. 1ª Câmara 3.162/07-PATR. Rel. Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. DOE 26 jan. 2007, p. 11.

06 - ACORDO JUDICIAL. QUITAÇÃO GERAL DAS VERBAS RELATIVAS AO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. DANO MORAL E MATERIAL DECORRENTE DE DOENÇA PROFISSIONAL. COISA JULGADA. IMPOSSIBILIDADE

A indenização por danos morais decorrente da relação de trabalho é instituto típico do Direito Civil, que, através da Emenda n. 45/04, foi definitivamente alçada à competência desta Justiça Especializada, mas que, de forma alguma, se confunde com as verbas trabalhistas. A questão fica ainda mais clara ao notarmos que todo arcabouço jurídico que embasa a reparação do dano causado ao empregado, na prestação de serviço laboral, advém do Direito Civil, e.g., art. 186 do CC/02. Portanto, acordo judicial firmado em processo anterior não tem o condão de fulminar pela coisa julgada a pretensão do trabalhador, pois as indenizações por dano moral e material, derivadas de doença ocupacional, não fazem parte das "verbas relativas ao extinto

contrato de trabalho", apenas decorrem da relação empregatícia (art. 114, VI, da CF), mantendo a sua índole do direito comum. Por outro lado, considerando que a transação interpreta-se restritivamente (art. 1027 do CC de 1916 e art. 843 do atual), não há como reconhecer a quitação do dano moral objeto da presente ação. As causas de pedir e os pedidos dos processos comparados são diferentes e a única alegação que os une reside na relação empregatícia existente entre as partes. No processo originário, é evidente a reclamação de perda econômica, enquanto neste, a questão reside na lesão moral. Ausentes, então, as condições expressas no art. 301, §§ 2º e 3º, do CPC, não há que se falar em coisa julgada. TRT/SP 15ª Região 9167-2005-146-15-00-2 - Ac. 11ª Câmara 1.368/07-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 12 jan. 2007, p. 125.

07 - ACORDO JUDICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO. INSS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Não há óbice legal para a celebração de acordo judicial pelas partes, mesmo após o trânsito em julgado da sentença da fase de conhecimento, mas seus efeitos devem ser limitados às partes acordantes. O INSS, como um terceiro interessado, não pode sofrer os prejuízos decorrentes da transação pactuada, devendo a execução prosseguir em relação a contribuição previdenciária, a ser calculada de forma proporcional aos títulos objeto de condenação. TRT/SP 15ª Região 183-2003-093-15-00-7 - Ac. 10ª Câmara 9.637/07-PATR. Rel. Elency

Pereira Neves. DOE 9 mar. 2007, p. 93.

08 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PROVA TÉCNICA. IMPOSSIBILIDADE. SUPRIMENTO E ÔNUS DA PROVA

A despeito da exigência legal de que o acolhimento de pedido de adicional de insalubridade tenha que ser precedido de prova técnica, a impossibilidade de verificação das condições reais de trabalho do reclamante, em face da modificação do ambiente, permite ao juiz que supra essa deficiência com outros meios probatórios, como a prova testemunhal ou laudo pericial de situação similar produzido em outros feitos. Demais disso, com fundamento no princípio da aptidão para a prova, é do reclamado o ônus de provar, em casos de modificação do ambiente de trabalho, a sua salubridade antes dessa mudança, sem o que prevalecerá a assertiva do reclamante de que as condições eram insalubres. JUSTIÇA GRATUITA. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO. - A Lei n. 10.537/02 inseriu novas disposições na CLT no que diz respeito à cobrança de custas processuais e passou a disciplinar, no art. 790, § 3º, os requisitos para a concessão da Justiça Gratuita. E tal dispositivo apenas menciona que o trabalhador deve declarar sua condição, sob as penas da lei, sem exigir qualquer formalidade para tanto. E mesmo os requisitos objetivos fixados na norma são passíveis de flexibilização, visto que a norma permite ao juiz que conceda esse benefício de ofício que, a propósito, é garantia constitucional de acesso à justiça. TRT/SP 15ª Região 2178-1998-023-15-00-0 - Ac.

6ª Câmara 12.912/07-PATR. Rel. Carlos Eduardo Oliveira Dias. DOE 23 mar. 2007, p. 79.

09 - AGRAVO DE PETIÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. DESCABIMENTO

A despeito da genérica estipulação do art. 897, da CLT, relativamente ao cabimento do agravo de petição, sua interpretação deve levar em conta o sistema recursal no qual ele está inserido. E, nesse sentido, o § 1º do art. 893, da CLT, prevê que os incidentes no processo não estão sujeitos a recurso imediato, somente sendo atacáveis por ocasião do recurso da decisão principal. Essa disposição consagra o princípio da irrecorribilidade interlocutória, que é de aplicação geral para os recursos trabalhistas, inclusive para o agravo de petição, manejado em função de decisões judiciais proferidas em execução. Assim, a exegese sistemática do tema leva à conclusão de que os incidentes na execução trabalhista não comportam recurso imediato, mas somente podem ser discutidos, por agravo de petição, quando houver decisão definitiva ou terminativa da execução. TRT/SP 15ª Região 1254-1992-013-15-00-7 - Ac. 6ª Câmara 55.823/06-PATR. Rel. Carlos Eduardo Oliveira Dias. DOE 1º dez. 2006, p. 50.

10 - CERCEAMENTO PROBATÓRIO. INDEFERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHAS

Os arts. 765 da CLT e 130 do CPC conferem ao magistrado ampla liberdade na direção do processo, permitindo-lhe indeferir a produção de provas inúteis, desnecessárias e meramente protelatórias quando já houver formado seu con-

vencimento. Seguindo essa diretriz normativa, o MM. Juiz *a quo* firmou sua convicção em face do depoimento pessoal prestado pelo autor, entendendo desnecessária a dilação probatória. Os pontos controvertidos restaram elucidados por meio do referido depoimento, assim como não apontou o autor, em sua peça recursal, quais seriam as outras questões que exigiriam produção de prova. Injustificável a conversão do julgamento em diligência. HORAS EXTRAS. ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO PREVISTA NO INCISO I DO ART. 62 DA CLT. A realização de trabalho externo por si só não tem o condão de afastar o reconhecimento do labor extraordinário desde que seja possível a mensuração e o controle da jornada. TRT/SP 15ª Região 1380-2005-113-15-00-5 - Ac. 2ª Câmara 1.632/07-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 19 jan. 2007, p. 22.

11 - COISA JULGADA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. CONFIGURAÇÃO

Quando o reclamante ajuíza ação trabalhista com idênticos pedidos àqueles que já foram objeto de ação, já transitada em julgada, por parte do órgão sindical, na qualidade de substituto processual, figurando, inclusive, no rol dos substituídos, não há como afastar os efeitos da coisa julgada. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCARACTERIZAÇÃO.- Não se deve confundir exercício regular de um direito com má-fé. A garantia do duplo grau de jurisdição, a qual permite à parte que se sentiu prejudicada recorrer para uma instância hierarquicamente superior a fim de obter uma

segunda análise sobre a matéria em que restou vencida não pode ser genericamente considerada medida protelatória e passível de aplicação de sanção. TRT/SP 15ª Região 28-2006-037-15-00-5 - Ac. 2ª Câmara 1.725/07-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 19 jan. 2007, p. 26.

12 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. MORTE EM SERVIÇO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. AÇÃO AJUIZADA PELA MÃE DA VÍTIMA

O art. 114 da CF confere à jurisdição trabalhista competência para processar e julgar não apenas as ações relativas à relação de emprego, açambarcando a orientação preconizada em seu inciso I, a um só tempo, tanto a competência em razão da matéria, quanto a competência em razão da pessoa. Nesse sentido, não estando presente no pólo ativo da demanda o trabalhador, mas sua herdeira, que visa o ressarcimento de suposta lesão moral e material sofrida em seu patrimônio, cujos danos se caracterizam como indiretos e personalíssimos, não sendo objeto do conflito, portanto, direitos decorrentes do contrato de trabalho, flagrante se revela a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciá-la. TRT/SP 15ª Região 1359-2005-041-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 1.183/07-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 12 jan. 2007, p. 120.

13 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO DE TRABALHO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. PESSOA JURÍDICA. PRIMAZIA DA REALIDADE

A Justiça do Trabalho é competente para apreciar litígio envolvendo prestação de serviço que, embora contratada junto a pessoa jurídica, seja desenvolvida por pessoa física. À esta Especializada interessa a realidade fática e não a roupagem com que os fatos se apresentam a juízo. TRT/SP 15ª Região 1078-2005-014-15-00-5 - Ac. 8ª Câmara 53.428/06-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 24 nov. 2006, p. 52.

14 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. RECEPÇÃO DO ART. 606/CLT PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA/88. AUSÊNCIA DE INTERFERÊNCIA OU INTERVENÇÃO NA ORGANIZAÇÃO SINDICAL. AÇÃO MONITÓRIA. CARÊNCIA DA AÇÃO. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

A contribuição sindical prevista nos arts. 578 a 610 da CLT tem natureza tributária (art. 8º, IV, *in fine*, c/c art. 149 da Constituição da República), estando sujeita à atividade vinculada de lançamento (art. 142/CTN), sendo parte legítima para cobrá-la a entidade sindical correspondente, mediante ação de execução, instruindo a petição inicial com prova da publicação dos editais de que trata o art. 605/CLT e com certidão expedida pelas autoridades regionais do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual valerá como título executivo extrajudicial, na forma do art. 605/CLT, que foi recepcionado pela Constituição da República/88, não se caracterizando interferência ou intervenção na

organização sindical. Em havendo título executivo extrajudicial, falta interesse processual à entidade sindical para promover a cobrança mediante ação de conhecimento, devendo o processo ser extinto sem resolução do mérito (art. 267, VI, do CPC). TRT/SP 15ª Região 1610-2005-004-15-00-7 - Ac. 7ª Câmara 12.145/07-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 23 mar. 2007, p. 89.

15 - DIRIGENTE SINDICAL VERSUS SINDICATO

Questiúnculas internas devem ser resolvidas pela Justiça Comum. A EC n. 45 não confere a matéria à Justiça do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 2176-2005-007-15-00-1 - Ac. 12ª Câmara 12.653/07-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 23 mar. 2007, p. 99.

16 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO QUE REPETEM MEDIDA IDÊNTICA ANTES JÁ AVIADA. AUSÊNCIA DE INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL

Ausente qualquer possibilidade de conhecimento dos Embargos de Declaração, mormente porque medida idêntica já havia sido aviada, operando-se a preclusão consumativa, não há interrupção do prazo recursal. Admissão de outra hipótese implicaria em jamais se operar o trânsito em julgado da decisão, com a mera interposição de embargos de declaração, mesmo reprisando medida idêntica já apresentada, hipótese que encontra obstáculo nos arts. 14 e 538, ambos do CPC e no princípio que assegura a devida duração do processo, inserido no art. 5º, LXXVIII, da CF. TRT/SP 15ª Região 2304-2005-131-15-00-9 - Ac. 3ª Câmara 56.163/06-

PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 1º dez. 2006, p. 25.

17 - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. REGIME JURÍDICO PRÓPRIO DAS EMPRESAS PRIVADAS

Cuidando de empresa pública que explora atividade econômica, a reclamada está submetida ao "regime jurídico" próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias consoante artigo 173, § 1º, da CF, não merecendo qualquer tratamento diferenciado das empresas privadas, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia. Neste aspecto, os privilégios anteriormente havidos não foram recepcionados pela CF de 05/10/98. Não há, portanto, privilégio quanto ao depósito recursal e recolhimento de custas processuais. Recurso não conhecido. TRT/SP 15ª Região 148-2004-099-15-00-7 - Ac. 5ª Câmara 2.422/07-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 12 jan. 2007, p. 73.

18 - ENTIDADE DE DIREITO. INTERNACIONAL PÚBLICO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. PROCESSO TRABALHISTA. FASE DE CONHECIMENTO

A imunidade de jurisdição assegurada às Entidades de Direito Internacional Público, tais como a Organização das Nações Unidas, não alcança as causas de natureza trabalhista, pois fica restrita aos atos de império, não abarcando os de mera gestão, estando entre estes últimos a contratação de trabalhadores. A prerrogativa de imunidade de execução não impede que a Justiça Trabalhista Brasileira exer-

ça sua jurisdição nos processos de conhecimento ajuizados contra tais entidades. TRT/SP 15ª Região 234-2004-093-15-00-1 - Ac. 1ª Câmara 54.173/06-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 24 nov. 2006, p. 18.

19 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE ACORDO COM O CC. MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA

Com a edição do novo CC, em vigor a partir de janeiro de 2003, por meio do seu art. 389, estabeleceu-se que os honorários advocatícios não mais decorreriam somente da sucumbência, mas, agora, do inadimplemento da obrigação. Assim, seria violar os princípios elementares de direito, concluir que, para as dívidas civis o devedor deveria pagar honorários advocatícios, ao passo que para as verbas trabalhistas não, ainda que seja inegável sua natureza alimentar. Considerando-se que o reclamante deve ser reparado pelo gasto que teve com a contratação de advogado para receber seus direitos trabalhistas, inadimplidos pela reclamada, com base nos arts. 389 e 404, entendo cabíveis os honorários advocatícios. TRT/SP 15ª Região 1189-2005-136-15-00-7 - Ac. 6ª Câmara 57.102/06-PATR. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 4 dez. 2006, p. 37.

20 - JUSTIÇA DO TRABALHO. AGRAVO DE INSTRUMENTO VISANDO ATACAR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INADMISSIBILIDADE

Mesmo nos processos oriundos da Justiça Comum, não se conhece de Agravo de Instrumento interposto nos moldes da legislação processu-

al civil. Nesta Justiça Especializada os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva. Recurso que não se conhece sob pena de afronta ao art. 893 consolidado e violação aos princípios fundamentais da economia e da celeridade processuais. TRT/SP 15ª Região 3527-2005-135-15-01-1 - Ac. 7ª Câmara 776/07-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 12 jan. 2007, p. 82.

21 - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CARACTERIZAÇÃO

A mera circunstância de não provar a parte a veracidade do que alega em juízo, não leva, inexoravelmente, que se a tenha como não apresentado a verdade, a litigância de má-fé, para sua caracterização exige mais, a vontade de enganar, de embair, conduta envolta em malícia. TRT/SP 15ª Região 592-2005-030-15-00-2 - Ac. 6ª Câmara 10.165/07-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 9 mar. 2007, p. 83.

22 - LITISCONSÓRCIO ATIVO. DEPÓSITO RECURSAL. LIMITE LEGAL OU VALOR DA CONDENAÇÃO. DESERÇÃO

É notório que o depósito recursal tem por finalidade a garantia da execução da sentença. Seria ilógico, então, a multiplicidade de trabalhadores, em litisconsórcio ativo, não ver assegurados os seus direitos em eventual execução, respeitado o limite legal ou o valor da condenação, eis que o depósito único somente cobriria parcialmente os débitos porventura existentes.

Ressalte-se, outrossim, que, matematicamente falando, no ajuizamento em separado de ações trabalhistas haveria, necessariamente, o depósito recursal para cada um dos reclamantes. É certo, também, que o limite legal para o depósito recursal é aquele individualizado para cada autor, pois, caso contrário, a questão cairia no vazio. TRT/SP 15ª Região 0673-2004-013-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 11.092/07-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DOE 16 mar. 2007, p. 54.

23 - PETIÇÃO INICIAL. EMENDA. PRAZO FINAL

No processo civil, a petição inicial deve ser emendada antes da citação (arts. 264 e 294 do CPC), inclusive porque a citação só é determinada pelo Juiz após a prévia constatação de que preenche os requisitos legais (art. 285 do CPC). Tal norma deve ser aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho, mas com a devida adaptação ao rito trabalhista (art. 769 da CLT), onde a citação independe da determinação do Juiz (art. 841, *caput*, CLT), que somente examina a petição inicial após a tentativa de conciliação (art. 847 da CLT). Da conjugação dessas normas, conclui-se que até esse momento o Juiz poderá determinar que o reclamante emende a petição inicial, sendo também esse o termo final para o reclamante requerer eventual emenda à exordial. Cerceamento de defesa decretado, por maioria de votos, a fim de que o reclamante emende a sua petição inicial, conforme requerido na abertura da audiência. TRT/SP 15ª Região 0339-2005-056-15-00-1 - Ac. 5ª Câmara 57.647/06-

PATR. Rel. Desig. Samuel Hugo Lima. DOE 4 dez. 2006, p. 35.

24 - PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. CONTAGEM

Na forma do art. 219 do CPC, segundo parte, *caput*, dá-se a interrupção da prescrição. Para efeito da contagem bienal, basta verificar a fluência dos dois anos desta interrupção. Para efeito da contagem quinquenal, deve-se considerar os cinco anos anteriores ao primeiro ajuizamento, pois em sentido contrário, o trabalhador não teria a garantia de discutir o seu direito a todas as verbas. TRT/SP 15ª Região 842-2005-042-15-00-4 - Ac. 12ª Câmara 5.529/07-PATR. Rel. José Pitas. DOE 9 fev. 2007, p. 82.

25 - PROCESSO ENVOLVENDO TRABALHADOR MENOR DE IDADE. AUSÊNCIA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. NULIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO

Não se declara a nulidade do feito que envolve trabalhador menor de idade apenas em face ausência de intervenção do Ministério Público no primeiro grau de jurisdição, mormente quando o reclamante foi devidamente representado no feito, havendo a regular outorga de poderes a advogado. Se a própria parte não se insurge contra a homologação do acordo celebrado em Juízo, não se pode presumir que a ausência de atuação do *Parquet* como *custos legis* tenha acarretado efetivos prejuízos ao trabalhador, justificando a declaração de nulidade, a teor do art. 794 da CLT. O art. 112 da LC n. 75/93 prevê a

necessária intervenção do Ministério Público do Trabalho nas causas que envolvam interesse de menores, no segundo grau, ou seja, nos Tribunais Regionais do Trabalho. A norma não faz referência expressa à intervenção do *Parquet* em primeiro grau de jurisdição. TRT/SP 15ª Região 0157-2006-084-15-01-3 - Ac. 1ª Câmara 56.881/06-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 4 dez. 2006, p. 16.

26 - RECONVENÇÃO. RECURSO ADESIVO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA

De acordo com o art. 317 do CPC, existindo plena autonomia entre a ação principal e a reconvenção, a interposição de recurso adesivo, por força desta mesma autonomia, somente pode ocorrer quando o requisito da sucumbência recíproca estiver presente em cada uma das ações, principal e reconvenção. A existência de sucumbência recíproca apenas no âmbito da Ação Principal não autoriza, portanto, a interposição de recurso adesivo tendo por objeto apenas a Reconvenção julgada totalmente improcedente, para discutir direitos nela vindicados. TRT/SP 15ª Região 148-2004-046-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 12.537/07-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 23 mar. 2007, p. 95.

27 - RECURSO DO INSS. CONTRA DECISÕES HOMOLOGATÓRIAS DE ACORDOS POSTERIORES À SENTENÇA

A homologação de acordo posterior ao trânsito em julgado da sentença que pôs fim à demanda não prejudica a incidência de recolhimentos fiscais e previdenciários so-

bre o valor total da condenação, eis que já definidos os títulos que compõem o salário de contribuição. TRT/SP 15ª Região 2159-2001-093-15-00-0 - Ac. 9ª Câmara 11.336/07-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 16 mar. 2007, p. 43.

28 - REVELIA. EFEITOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. POSSIBILIDADE DE CONTRAPROVA

A revelia tem como efeito apenas a desoneração do autor quanto à prova dos fatos por ele alegados, visto que presumidos verdadeiros. No entanto, porque relativa essa presunção e em razão da garantia de intervenção do revel no processo "no estado em que se encontrar" (art. 322, parágrafo único, CPC), permite-se a este que traga aos autos contraprova aos fatos narrados na petição inicial, no intuito de desconstituir aquela presunção de veracidade. TRT/SP 15ª Região 1233-2005-110-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 9.437/07-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 16 mar. 2007, p. 49.

29 - VALE-TRANSPORTE. ÔNUS DA PROVA. APTIDÃO DA PROVA

O ônus da prova quanto ao vale-transporte pertence à empregadora, atento a que se deve presumir a necessidade de receber o benefício, em razão da condição - igualmente presumida - de hipossuficiência do trabalhador. Exigir do obreiro a produção da prova da negativa do empregador, no processo, ao pedido de concessão do respeitante benefício seria onerar-lhe muito, além de se poder questionar a razoabilidade de tal exigência. Aliás, o dador de serviço é quem detém os

documentos relativos ao contrato de trabalho, sendo, portanto, a parte mais apta à produção da prova da recusa e/ou desinteresse do empregado, deixando de assim proceder, deve ser responsabilizado pelo pagamento da aludida verba. TRT/SP 15ª Região 910-2004-004-15-00-8 - Ac. 6ª Câmara 1.124/07-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 12 jan. 2007, p. 77.

30 - VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIDO PELO TRIBUNAL.

RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE

O TRT não pode novamente se manifestar acerca da existência ou não de liame empregatício quando a matéria já foi por ele solucionada, encontrando-se, portanto, preclusa a questão. TRT/SP 15ª Região 2323-2005-142-15-00-9 - Ac. 7ª Câmara 6.535/07-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 16 fev. 2007, p. 32.

DIREITO RURAL

01 - TRABALHADOR RURAL. ART. 71, § 4º, DA CLT. APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AOS TRABALHADORES RURAIS

O debate mais aprofundado da matéria, sobretudo no âmbito desta 5ª Turma, conduziu este Relator a reconsiderar o entendimento até então adotado quanto ao tema. Ocorre que o art. 7º, *caput*, da Constituição da República, além de equiparar os direitos sociais dos trabalhadores urbanos e rurais, deixou explícita a possibilidade da aquisição e incorporação ao seu patrimônio jurídico de "outros que visem a melhoria de sua condição social", dentre os quais podem perfeitamente ser incluídas as horas extras fictas criadas pela Lei n. 8.923, de 27 jul. 1994, que acresceu ao art. 71 da CLT o seu § 4º. Mais do que isto, é de se observar que o pagamento de indenização pela supressão total ou parcial dos intervalos intrajornada em nada colide com os arts. 5º e 6º da Lei n. 5.889/73, e 5º do Decreto n. 73.626/74, que

apenas disciplinam uma dinâmica diferente de concessão dos repouso para os empregados nas atividades agropecuárias. Na verdade, estes dois Diplomas legais, tal como a CLT, não regulavam qualquer consequência jurídica para a violação do repouso entre dois turnos de trabalho, sendo justo e equânime que a sepultura da antiga concepção de que esta lesão de direito implicava apenas infração de índole administrativa (antiga Súmula n. 88 do C. TST), imposta pelo novel art. 71, § 4º, da CLT, opere efeitos tanto para trabalhadores urbanos quanto rurais. Assim, considerando que a redação do art. 4º do Decreto n. 73.626/74 é anterior à modificação da disciplina operada na CLT, e que esta sempre foi fonte supletiva de direito para as relações de trabalho no campo, conluo pela aplicabilidade, aos rurícolas, da regra do art. 71, § 4º, da CLT. TRT/SP 15ª Região 708-2006-146-15-00-8 - Ac. 10ª Câmara 7.282/07-PATR. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DOE 23 fev. 2007, p. 55.

02 - TRABALHADOR RURAL. CONTRATAÇÃO ATRAVÉS DE EMPREITEIRO. PLANTIO DE CAFÉ. VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIRETO COM O PROPRIETÁRIO RURAL. PERTINÊNCIA

A contratação de trabalhadores pelo proprietário rural, através de "empreiteiro" de mão-de-obra, para o plantio de café em sua propriedade, conforme a Súmula n. 331, I e III do C. TST, configura terceirização ilícita de prestação de serviços. Isto porque, tratando-se de empresa agrícola cafeeira, os serviços de plantação de cafezais é uma das etapas da produção agrícola essencial para que a atividade empresarial alcance a finalidade a que se propôs, constituindo portanto a atividade fim do empreendimento rural, jamais podendo ser considerada como atividade - meio a permitir a terceirização. O vínculo empregatício deve ser reconhecido diretamente o tomador de serviços, no caso o proprietário rural. Recurso ordinário a que se nega provimento, no particular. CONTRATO DE SAFRA. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO ESCRITA. RECONHECIMENTO. VIABILIDADE.- O contrato de trabalhadores rurais para a safra é modalidade de contrato a prazo certo. O contrato individual de trabalho pode ser acordado tácita ou expressamente (CLT,

art. 443), tanto que o Juiz deve reconhecê-lo quando o conjunto de fatos provados fizerem emergir a sua configuração, com base na doutrina do chamado "contrato realidade". Assim, em se tratando de atividade agrícola típica, em que o trabalhador foi admitido para prestação de serviços especificados, cujo período trabalhado se restringiu exatamente enquanto perdurou a necessidade dos serviços, não impede que se reconheça o contrato de safra, ainda que a respeito não exista pactuação expressa. Com efeito, sendo a reclamante contratada para o plantio de café, prestação de serviços cuja duração depende exclusivamente de variações estacionais da atividade agrária e o contrato tendo a duração precisamente desses serviços na propriedade rural, não há dúvida que a intenção real dos contratantes foi celebrar contrato para a safra, tal como definida no art. 19 do Decreto n. 73.623/74, que regulamenta o art. 14 da Lei n. 5.889/73, ainda que haja contrato escrito. Nestas circunstâncias, devidas as parcelas rescisórias exclusivamente desta modalidade de contratação. Recurso ordinário a que se dá parcial provimento no particular. TRT/SP 15ª Região 570-2006-035-15-00-5 - Ac. 10ª Câmara 54.430/06-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 24 nov. 2006, p. 57.

EXECUÇÃO

01 - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Não há como incluir na nova competência da Justiça do Trabalho, os litígios decorrentes dos serviços, objeto dos contratos firmados entre fornecedores e consumidores, ou seja, as relações de consumo, previstas no art. 1º do CDC (Lei n. 8.078/96). O § 2º do art. 3º da Lei n. 8.078/90 não deixa margem à dúvida quando delimita que o serviço, objeto do contrato de consumo, é aquele que não decorre de relações de caráter trabalhista. Assim, tratando-se de atividade executada pelo advogado a um cliente, materializa-se a relação de consumo, já que o consumidor utiliza os serviços do fornecedor para satisfazer a uma necessidade própria e não uma atividade produtiva. Embora possa conter prestação de serviços, a relação é de consumo, não configurando a relação de trabalho nos moldes do art. 114 da CF, mormente ante a total independência das partes. A relação de traba-

lho, mencionada no art.114-I da CF/88, existirá sempre que, na prestação de serviços, excluir-se a relação de consumo. Esta última refere-se às relações não permanentes, sem continuidade ou habitualidade na prestação de serviços. E isto conforme definição do art. 2º do CDC. Portanto, se a lide trata de relação de consumo, impõe-se o reconhecimento da incompetência material desta Especializada, para apreciar a presente demanda, com a remessa dos autos, à Justiça Comum. TRT/SP 15ª Região 51-2006-016-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 57.851/06-PATR. Rel. Claudinei Sapata Marques. DOE 12 jan. 2007, p. 41.

02 - ACORDO. DISCRIMINAÇÃO DE VERBAS PARA FINS DE INSS. DESVINCULAÇÃO DOS TERMOS DA PETIÇÃO INICIAL. CONCESSÃO DE PRAZO

Conquanto o Juiz do Trabalho deva velar pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, a conciliação é atividade jurisdicional mais relevante e não está vinculada aos termos da lide processual, muitas

vezes inferior à lide sociológica, competindo à justiça resolvê-la integralmente. Válida a conciliação, portanto, na forma do art. 475-N, III, do CPC, "...ainda que verse sobre matéria não posta em juízo". Nesta esteira de raciocínio, muito menos há que se argumentar que caracteriza lesão ao INSS, ou mesmo fraude à legislação previdenciária, acordo entabulado pelas partes que englobe verbas devidamente requeridas pelo obreiro e valores condizentes com os pleitos efetivados, ainda que todos os títulos transacionados, ou a maior parte deles, possua natureza indenizatória. Finalmente, nos termos do art. 765, da CLT, nada impede a concessão de prazo para discriminação das verbas inseridas no acordo realizado, sem que isso implique inobservância do parágrafo único do art. 43, da Lei n. 8.212/91. TRT/SP 15ª Região 2001-2004-064-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 4.890/07-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 2 fev. 2007, p. 71.

03 - AGRAVO DE PETIÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO. CÔNJUGE. PENHORA DE IMÓVEL. PRAZO LEGAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. INAPLICABILIDADE DOS EXATOS TERMOS DO ART. 1.048 DO CPC. INTEMPESTIVIDADE. IMPROVIMENTO

A doutrina mais autorizada admite que à redação dada pelo legislador ao art. 1.048 do CPC tenha faltado clareza. Inequívoco, de todo modo, que foi utilizado o critério subjetivo do conhecimento do ato pelo terceiro. Ou seja, o mencionado artigo apenas é aplicado quando o terceiro, por qualquer motivo,

não tenha tomado conhecimento da apreensão judicial. O legislador se preocupou com o terceiro que, por não figurar na relação jurídico-processual, pudesse vir a ter conhecimento da penhora e consequente expropriação do bem apenas após efetivada a arrematação, adjudicação ou remição. Tratando-se de cônjuge que teve ciência da penhora de imóvel tão logo fora esta efetivada, consoante norma do art. 669, parágrafo único, do CPC, o prazo para o ajuizamento dos embargos é de cinco dias a contar daquele ato e não até a arrematação, adjudicação ou remição. Agravo improvido. TRT/SP 15ª Região 584-2004-063-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 441/07-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 12 jan. 2007, p. 59.

04 - AGRAVO DE PETIÇÃO. RAZÕES. CÓPIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. INVIÁVEL O CONHECIMENTO DO RECURSO

A mera reprodução, no agravo de petição, das razões dos embargos à execução não viabiliza o conhecimento do recurso, pois cabe à parte demonstrar e especificar as razões de seu inconformismo. A autorização à interposição do recurso por simples petição (art. 897, § 1º, da CLT) não autoriza tal conduta, pois é indispensável que a parte apresente à instância *ad quem* as razões de sua irresignação. Admitir tal conduta autorizaria, em última análise, o mesmo procedimento pelo Tribunal, o que, evidentemente, levaria ao descrédito a ordem processual e o próprio Poder Judiciário. TRT/SP 15ª Região 2306-1997-003-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 346/07-PATR. Rel.

Edmundo Fraga Lopes. DOE 12 jan. 2007, p. 55.

05 - ARREMATACÃO. PELO EXEQUENTE. POSSIBILIDADE

Inexiste óbice legal do credor arrematar os bens penhorados, mesmo que por preço inferior ao da avaliação, tendo em vista que pode competir *vis a vis* com outros pretendentes, donde a venda se faz a quem der mais. Único quesito a ser observado e perseguido pelo Juiz da execução é o repúdio ao preço vil. Aplicação subsidiária do art. 690 do CPC. TRT/SP 15ª Região 780-1996-016-15-00-2 - Ac. 6ª Câmara 3.736/07-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 26 jan. 2007, p. 34.

06 - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade constitui ferramenta processual adequada para reconhecer a inexigibilidade do título judicial, quando fundado em lei revogada, e lastreado em interpretação incompatível com a CF em vigor, o que torna desnecessário o ajuizamento de ação rescisória para tanto (inteligência dos incisos XXXVI e LXXVIII do art. 5º da CF/88, em face do princípio da supremacia da Constituição). TRT/SP 15ª Região 191-1998-124-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 57.034/06-PATR. Rel. Desig. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 4 dez. 2006, p. 18.

07 - EXECUÇÃO. SÓCIO GERENTE DE SOCIEDADE ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE

Nos termos do art. 158, II, da Lei n. 6.404/74, o sócio administrador de Sociedade Anônima pode ser res-

ponsabilizado pelos débitos trabalhistas inadimplidos pela sociedade. Aplicação da *disregard of the legal entity*, consubstanciada nos arts. 50 do CC e 135 do CTN e do princípio da eficácia do provimento jurisdicional. Por se tratar de sociedade de capital fechado originada de sociedade limitada, cuja administração nunca mudou, presume-se que os administradores tinham liberdade de ação e autonomia; havia imediatidade entre seus atos e seus efeitos e possível comunhão de fato entre seus haveres próprios e os da sociedade. Recurso do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 736-2003-091-15-00-9 - Ac. 7ª Câmara 770/07-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 12 jan. 2007, p. 82.

08 - EXECUÇÃO TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Ainda que o entendimento jurisprudencial sedimentado na Súmula n. 114 do C. TST seja no sentido de ser inaplicável a prescrição intercorrente, na Justiça do Trabalho, entendemos que a mesma foi expressamente contemplada pelo legislador no § 1º do art. 884 da CLT, ao dispor que a *matéria de defesa será restrita às alegações de cumprimento da decisão ou do acordo, quitação ou prescrição da dívida* (grifo nosso). Ora, o dispositivo legal em referência somente pode reportar-se à prescrição intercorrente, haja vista que a ordinária apenas pode ser argüida na fase de conhecimento, inadmissível que é a modificação ou inovação da sentença exequenda, na fase de liquidação do julgado, *ex vi* do § 1º do art. 879 da CLT. De outra parte, porém, em se tratando de matéria prescricional,

a mesma não pode ser declarada de ofício, como ocorreu na hipótese, e somente tem aplicação quando a paralisação vincula-se à prática de atos de incumbência exclusiva do credor, o que não se verifica dos autos. Agravo de petição do exequente a que se dá provimento para afastar a prescrição intercorrente. TRT/SP 15ª Região 773-2005-148-15-00-5 - Ac. 6ª Câmara 10.249/07-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 16 mar. 2007, p. 26.

09 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. INCABÍVEIS. FASE DE LIQUIDAÇÃO/EXECUÇÃO

Em sede de incidente da liquidação/execução não se pode falar em condenação por honorários advocatícios previstos para processos de cognição, mesmo porque, segundo a nova regra do art. 162, § 1º, do CPC, a execução não mais se constitui em processo autônomo. E no Processo do Trabalho (art. 878 da CLT) jamais o fora. TRT/SP 15ª Região 411-2002-085-15-00-3 - Ac. 5ª Câmara 11.885/07-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 23 mar. 2007, p. 73.

10 - HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO OU DEDUÇÃO. FORMA DE APURAÇÃO. SÚMULA N. 347 DO TST

Realmente, para fins de observância ao princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, convém ao julgador autorizar a dedução da-

quelas horas extras que já haviam sido pagas ao reclamante, desde que estejam efetivamente comprovadas nos autos. Contudo, esse mesmo princípio permite concluir que dita compensação ou dedução não pode ter como base os valores pagos sob iguais rubricas, mas sim a 'quantidade de horas extras quitadas'. Trata-se, afinal, de critério que não só exclui a possibilidade de equívocos quanto aos efeitos inflacionários sobre o direito, como também parece ser o modo de cálculo que mais se aproxima da justa realidade vivida pelo trabalhador. Aplicável à questão, aliás, a inteligência da Súmula n. 347 do TST. TRT/SP 15ª Região 1034-2003-029-15-00-2 - Ac. 9ª Câmara 53.119/06-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 10 nov. 2006, p. 63.

11 - RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS. EXECUÇÃO

A não observância dos preceitos trabalhistas, de ordem pública pelas sociedades anônimas atrai a incidência do disposto no inciso II, do art. 158, da Lei n. 6.404/76, art. 927, do CC e art. 592, II, do CPC. Portanto, seus administradores devem ser responsabilizados pelos atos praticados com violação da lei e responder pela execução, inclusive com seus bens particulares. TRT/SP 15ª Região 558-2003-091-15-00-6 - Ac. 1ª Câmara 1.603/07-PATR. Rel. Edna Pedroso Romanini. DOE 19 jan. 2007, p. 12.

MATÉRIA NOVA

01 - DOENÇA OCUPACIONAL. PPRA E PCMSO. AUSÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO E. STF

O art. 200 da CLT, ao delegar para o Ministério do Trabalho a edição de disposições complementares às normas de segurança, estabeleceu delegação normativa com força de lei, não havendo assim como se falar em usurpação de competência legislativa. Logo, as normas que estabeleceram o PPRA e PCMSO não feriram o princípio constitucional da legalidade, previsto no inciso II do art. 5º da CF. Aliás, o E. STF, na ADI-MC n. 1.347-5, Min. Celso de Mello (DJU 1º dez. 1995), já pacificou que tais Normas Regulamentares sequer estão sujeitas ao controle de constitucionalidade em abstrato. DESRESPEITO ÀS NRs. CULPA DO EMPREGADOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.- Age com culpa, em decorrência da inobservância do dever legal de cautela, o empregador que não cumpre as NRs relacionadas às normas de prevenção de acidentes do

trabalho e doenças ocupacionais. Por via de conseqüência, por conta presunção da culpa, cabe ao empregador a prova da ausência donexo causal. TRT/SP 15ª Região 487-2004-123-15-00-2 - Ac. 5ª Câmara 855/07-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 12 jan. 2007, p. 63.

02 - ELEIÇÕES SINDICAIS. FORMAÇÃO DA COMISSÃO ELEITORAL. INÉRCIA DA CHAPACONCORRENTE. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. POSSIBILIDADE

O sindicato profissional, como agrupamento de pessoas, com objetivos comuns, deve primar nos seus atos, sejam eles negociais, administrativos, jurídicos, etc, pelos princípios basilares que norteiam a sistemática jurídica adotada pelo nosso País. No caso proposto, entendeu o MM. Juízo *a quo* que na formação da Comissão Eleitoral houve a ausência de proporcionalidade entre as chapas concor-

rentes, com clara falta de democratização no processo de escolha dos seus representantes. Ora, ficou evidenciado que a chapa intitulada "Renovação-CUT", encabeçada pelo recorrido, se manteve totalmente inerte na AGE convocada para aquele fim, ou seja, apresentação de nomes para a formação da comissão eleitoral. Ato contínuo, os nomes restantes colocados em votação foram aprovados pela maioria absoluta dos presentes, reforçando o seu caráter soberano sobre a questão em debate. Portanto, litiga de má-fé o recorrido, pois pretende que o Poder Judiciário socorra as suas aspirações, quando, sem qualquer motivo plausível e no momento correto, se mantém totalmente inerte, talvez, quem sabe, antevendo a derrota eleitoral e uma solução judicial para a sua situação. Sem dúvida alguma, o recorrido deve suportar o resultado da sua

incúria, sob pena desta Justiça Especializada cometer a maior ilegalidade no âmbito sindical, qual seja: não respeitar a vontade do trabalhador. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 67-2006-084-15-00-0 - Ac. SDC 7/07-PADC. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 12 jan. 2007, p. 37.

03 - EMPRESA OPTANTE PELO "SIMPLES" CONTRIBUIÇÃO SINDICAL PATRONAL. INDEVIDA

A contribuição sindical patronal já está embutida na contribuição ao SIMPLES - exegese do art. 3º, § 6º, da IN n. 9, de 10 fev. 1999, que veio complementar (tão-somente, não legislando, como se pode querer entender) a legislação ordinária (Lei n. 9.317/96). TRT/SP 15ª Região 625-2006-088-15-0 - Ac. 6ª Câmara 10.051/07-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 9 mar. 2007, p. 80.

TRIBUNAL PLENO

01 - AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. DEFERIMENTO DE JUNTADA, POR LINHA, DA DEFESA ESCRITA. CONTESTAÇÃO E DOCUMENTOS. PROCEDIMENTO DE CARÁTER EXCEPCIONAL QUE TRAZ INSEGURANÇA ÀS PARTES E AO JULGAMENTO DA LIDE. NECESSIDADE DE ENCADERNAÇÃO ADEQUADA DOS PAPÉIS PARA SUA PRESERVAÇÃO FUTURA, INCLUSIVE PARA CONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS SUPERIORES. ATO QUE, POR SI SÓ, NÃO IMPLICA ACEITAÇÃO DA PROVA OU PRESUNÇÃO DE REGULARIDADE DA DEFESA. ERRO DE PROCEDIMENTO. RECURSO PROVIDO

Nos termos do art. 35 do Regimento Interno do TRT da 15ª Região, a reclamação correicional somente é cabível para corrigir erros, abusos e atos atentatórios à boa ordem processual, ação ou omissão que importe erro de procedimento. Vale dizer, não compete à Corregedoria intervir administrativamente para corrigir eventuais erros de julga-

mento, que devem ser atacados, pelas partes, por meio dos recursos processuais próprios. A decisão que decreta a revelia e encerra sumariamente a fase instrutória por irregularidade da representação do empregador constitui ato de natureza jurisdicional, escapando, assim, dos limites de competência da Corregedoria. Entretanto, se a Autoridade *a quo*, nessas condições, deferir a juntada da defesa escrita (contestação e documentos), deverá fazê-lo de forma regular, não se justificando sua encadernação por linha. Tal procedimento reveste-se de indiscutível excepcionalidade e traz insegurança às partes e ao julgamento da lide, porquanto não preserva adequadamente aqueles papéis, inclusive para eventual e futuro conhecimento pelas Instâncias Superiores. A juntada daqueles documentos não implica, por si só, aceitação da prova ou presunção de regularidade da defesa, cabendo ao Julgador apreciar livremente a ocorrência da revelia ou da confissão ficta segundo as peculiaridades do caso concreto. TRT/SP 15ª Região 1012-2006-131-15-00-0

- Ac. TP 40/07-PPLJ. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 12 jan. 2007, p. 34.

02 - AGRAVO REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO DA DECISÃO QUE CONSIDEROU INCABÍVEL RECLAMAÇÃO CORREICIONAL

O agravo regimental é o recurso apropriado para impugnar decisão proferida pelo Corregedor Regional (RITRT, arts. 39 e 281, I, "d") em reclamação correicional. RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. LIBERAÇÃO DE DINHEIRO E ALIENAÇÃO DE PROPRIEDADE. POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO DO DISPOSTO NO CPC (ART. 475-O, § 2º, I e II).- Sensível à natureza alimentar dos créditos trabalhistas - reconhecida, inclusive, na CF (art. 100, § 1º) - a Consolidação (art. 899) prescreve que, no processo do trabalho, os recursos têm efeito meramente devolutivo, salvo as exceções expressamente previstas, negando ao recurso ordinário (art. 895), ao recurso de revista (§ 1º do art. 896) e ao recurso extraordinário (§ 2º do art. 893; STF, Súmula n. 228), de modo particularmente específico, a concessão de efeito suspensivo (art. 895 e § 1º do art. 896). É possível perceber acentuada semelhança no tratamento legislativo em ordem a negar efeito suspensivo aos recursos interpostos nas ações de alimentos (CPC, arts. 520, II; 497 e 542, § 2º) e nas reclamações trabalhistas (CLT, arts. 899 e 895; § 1º do art. 896 e § 2º do art. 893), por evidente a natureza ali-

mentar dos créditos nelas postulados, a reclamar atividade jurisdicional célere, efetiva e de resultados concretos, mediante sentença ou acórdão com eficácia imediata. A execução provisória, tanto no processo civil quanto no processo do trabalho, ainda mantém semelhanças inquestionáveis. Com efeito. No processo civil, a execução provisória está submetida a diversos parâmetros, entre os quais, especificamente, se destaca a impossibilidade de levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade (CPC, art. 475-O, inciso III). Contudo, existem hipóteses expressamente previstas na lei em que aqueles atos podem ser praticados na execução provisória instaurada: a) se oferecida a necessária caução (CPC, art. 475-O, inciso III); b) independentemente de caução, em se tratando de crédito de natureza alimentar, até o valor correspondente a sessenta (60) salários mínimos, quando o credor estiver em situação de necessidade (CPC, art. 475-O, § 2º, I), ou, então, nos casos de execução provisória em que penda agravo de instrumento junto ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça (CPC, art. 544). Isto é, no processo civil, a execução de crédito de natureza alimentar é completa, a despeito de marcada pelo signo da provisoriedade (CPC, art. 475-O, inciso II), porque a sentença ou o acórdão ainda estão sujeitos a recursos recebidos exclusivamente no efeito devolutivo. Na CLT há referência genérica no sentido da permissão da execução provisória até a penhora (CLT, art. 899), e não restritiva, como seria o

caso se houvesse no dispositivo citado a expressão "permitida a execução provisória somente ou exclusivamente até a penhora". Daí resulta que a Consolidação, a rigor, não estabelece proibição ou restrição à continuidade da execução provisória após a realização do ato construtivo. Percebe-se que, com respeito ao levantamento de depósito em dinheiro e à prática de atos que importem alienação da propriedade, a Consolidação é particularmente omissa, razão pela qual deve ser aplicado o disposto no CPC (art. 475-O), por verificada, na espécie, plena compatibilidade entre a CLT e o CPC.

RECLAMAÇÃO CORREICIONAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO RECURSAL. POSSIBILIDADE.- Não se alegue que a CLT (§ 1º do art. 899) condiciona o levantamento do depósito recursal exclusivamente ao trânsito em julgado da sentença ou acórdão sob execução. Efetivamente, não. Com efeito. Primeiro, porque o citado dispositivo não trata de execução provisória. Segundo, porque a CLT somente expressou o óbvio, isto é, o levantamento do depósito recursal (cujo valor se destina à satisfação do crédito reconhecido judicialmente) quando a sentença ou

o acórdão tiver transitado em julgado (aliás, não teria sentido realizar atos processuais construtivos para satisfação do montante integral do débito, quando existente depósito recursal passível de utilização como pagamento de parte da dívida). Terceiro, porque a CLT não proíbe o levantamento do depósito recursal quando se executa provisoriamente a sentença ou o acórdão, sobretudo quando a impugnação é excepcional, como é o caso da interposição de recurso de revista (não dotado de efeito suspensivo) para o TST. Quarto, porque, se, na execução provisória de crédito de natureza alimentar, o credor pode levantar dinheiro depositado como garantia integral da execução (isto é, numerário objeto de penhora), como acima demonstrado, fica absolutamente claro que esse mesmo credor pode levantar depósitos recursais realizados, ainda que não haja numerário penhorado garantindo integralmente a execução (afinal, quem pode o mais também pode o menos). Deve ser mantida a decisão que considerou incabível a reclamação correicional. Agravo regimental a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1340-2004-126-15-00-9 - Ac. TP 43/07-PPLJ. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 12 jan. 2007, p. 34.

ÍNDICE DAS EMENTAS

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

- Mandado de Segurança. Aplicação de penalidade disciplinar 213

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

- Ação rescisória. Certidão de trânsito em julgado. Verificação de erros. 215
- Ação rescisória. Documento novo. Caracterização 215
- Ação rescisória. Documento novo. Requisitos: ausência de culpa pela não utilização oportuna, pertinência com os fatos alegados e capacidade deste documento de assegurar pronunciamento favorável 215
- Ação rescisória. Erro de fato ... 215
- Ação rescisória. Integração ao feito de todos aqueles que compuseram a relação jurídico-processual de origem. Imprescindibilidade..... 216

DIREITO MATERIAL

- Acordo perante a Comissão de Conciliação Prévia. Quitação geral. Inexistência de vício de consentimento. Validade..... 217
- Adicional de insalubridade. Base de cálculo a partir da CF/1988. Remuneração..... 217
- Adicional de transferência. Mudança de domicílio cumulada com transferência provisória 218
- Aposentadoria espontânea. Reflexo no contrato de trabalho. Art. 453, § 2º, da CLT. Indenização de 40% do FGTS. ADIn n. 1.721-3.... 218
- Atleta profissional. Empréstimo. Co-responsabilidade. Entidade desportiva cedente e cessionária. Decreto n. 2.574/98. Impossibilidade.... 218
- Contrato de trabalho. Atividade ilícita. Casa de jogos (carteado). Efeitos da nuli-

- dade trabalhista. Indenização pelo equivalente. A se evitar o enriquecimento ilícito do contraventor maior. O explorador do negócio ilícito..... 219
- Contribuição previdenciária... 219
- Contribuição sindical. Patronal. Cobrança..... 219
- Convenção coletiva. Obrigatoriedade. Fundação pública..... 220
- Dano moral..... 220
- Dano moral. Prova necessária. Pedido de demissão *versus* rescisão indireta 220
- Dano moral. Violação à intimidade e privacidade. Caracterização..... 220
- Danos morais e materiais decorrentes de doença profissional. Prescrição. Ação ajuizada junto à Justiça Comum antes da EC n. 45/04. Aplicação do inciso XXIX do art. 7º da Lei Maior. Impossibilidade 221
- Danos morais. Prescrição. Prazo. Incidência, na hipótese dos autos, do art. 7º, XXIX, da CF, e não do CC/1916. Prevalência da norma especial sobre a genérica. Dispositivo que abrange todos os créditos resultantes das relações de trabalho, inclusive a indenização por danos morais. Marco inicial: vigência da EC n. 45/04 para os casos ocorridos anteriormente e a data do fato para os posteriores..... 221
- Danos morais. Reunião de pastores. Ofensas pessoais. Configuração..... 222
- Deficiente físico. Inexistência de estabilidade. Possibilidade de dispensa. Direito difuso..... 222
- Desconto salarial. Perda de numerário em assalto. Descumprimento de norma da empresa. Inadmissibilidade ... 223
- Direito Civil. Dano moral. Revista de empregados em razão de furto inexistente..... 223
- Direito Civil. Direito do Trabalho. Dano moral. Anotação ilegal na CTPS..... 224
- Doença profissional. Empregado aposentado por tempo de serviço posteriormente dispensado. Direito à garantia provisória de emprego..... 224
- Empregado. Portador de leucemia. Reintegração indevida. Manutenção da qualidade de segurado..... 224
- Empregado público. Dispensa com motivação após concluído o estágio probatório. Reintegração incabível..... 225
- Horas extras. Comissionista puro. Labor extraordinário em atividade alheia a vendas. Devidas, neste caso, as horas laboradas mais o adicional..... 225

- INSS. Contribuição previdenciária. Lei n. 10.666/03. Prestação de serviços sem reconhecimento de vínculo empregatício. Possibilidade.... 225
 - Intervalo entre jornadas. CLT, art. 66. Petroleiros. Aplicabilidade..... 225
 - Intervalo. Supressão parcial. Remuneração. Período efetivamente suprimido..... 227
 - Jornada móvel e variável. Empregado à disposição do empregador 44 horas por semana. Nulidade da cláusula..... 226
 - Jornal. Venda de assinaturas através de *telem arketing*. Terceirização. Responsabilidade subsidiária..... 226
 - Juros de mora. Ente público. Percentual de 0,5% ao mês. Acolhimento..... 226
 - Juros de mora. Servidor público. Parcelas vincendas..... 226
 - Justa causa. Motorista de ônibus envolvido em acidente de trânsito. Desídia. Obrigatoriedade de demonstração de que a média de acidentes ocorridos com o reclamante é superior à dos demais colegas de trabalho. Desproporção entre a falta e a punição..... 227
 - Periculosidade. Motorista. Abastecimento. Contato eventual. Adicional indevido..... 227
 - Prescrição do direito de ação. Prescrição quinquenal. Interrupção. Ação arquivada..... 228
 - Responsabilidade do empregador. Acidente de trabalho... 228
 - Responsabilidade *in vigilando* do ente público..... 228
 - Sociedade por quotas. Sócio minoritário. Relação de emprego com a sociedade. Possibilidade..... 229
 - Taxa negocial a ser paga por empregador. Nulidade de previsão em norma coletiva.... 229
 - Terceirização 229
 - Transação perante comissão de conciliação prévia - CCP. Quitação com efeito liberatório geral, sem ressalva de nenhuma verba. Trabalhador assistido pela entidade sindical de sua categoria profissional no momento da composição. Parágrafo único do art. 625-e da CLT. Improcedência dos pedidos formulados em face do reconhecimento da quitação deles 229
 - Vínculo empregatício. Motorista transportador 230
- DIREITO PROCESSUAL**
- Ação anulatória de débito administrativo e declaratória de nulidade de ato jurídico. Penalidade administrativa imposta ao empregador pelos órgãos de fis-

- calização das relações de trabalho (multa pelo descumprimento de termo de compromisso firmado perante o ministério público). Competência da Justiça do Trabalho. CF, art. 114, inciso VII, com redação dada pela EC n. 45/04..... 231
- Ação cautelar. Competência.....232
 - Ação cautelar. Efeito suspensivo em recurso ordinário. Improvimento..... 232
 - Ação monitória. Cobrança de contribuição sindical. Não cabimento.....232
 - Acordo entabulado perante a Câmara Arbitral Laboral do Estado de São Paulo. Alegação de coisa julgada que se afasta..... 233
 - Acordo judicial. Quitação geral das verbas relativas ao extinto Contrato de Trabalho. Dano moral e material decorrente de doença profissional. Coisa julgada. Impossibilidade..... 233
 - Acordo judicial. Trânsito em julgado. INSS. Contribuição Previdenciária..... 234
 - Adicional de insalubridade. Prova técnica. Impossibilidade. Suprimento e ônus da prova..... 234
 - Agravo de petição. Decisão interlocutória. Descabimento235
 - Cerceamento probatório. Indeferimento de oitiva de testemunhas..... 235
 - Coisa julgada. Substituição processual. Configuração..... 235
 - Competência da Justiça do Trabalho. Morte em serviço. Danos morais e materiais. Ação ajuizada pela mãe da vítima..... 236
 - Competência da Justiça do Trabalho. Relação de trabalho. Representação comercial. Pessoa jurídica. Primazia da realidade..... 236
 - Competência material. Modificação. Ações julgadas em Primeira Instância pela Justiça Comum. Conflito de Competência negativo. Precedentes do excelso pretório. Natureza constitucional da matéria.....231
 - Contribuição sindical. Natureza tributária. Título executivo extrajudicial. Recepção do art. 606/CLT pela Constituição da República/88. Ausência de interferência ou intervenção na organização sindical. Ação monitória. Carência da ação. Falta de interesse processual. Extinção do processo sem resolução do mérito 236
 - Dirigente sindical *versus* Sindicato..... 237
 - Embargos de declaração que repetem medida idêntica

- antes já aviada. Ausência de interrupção do prazo recursal..... 237
- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Regime jurídico próprio das empresas privadas 237
 - Entidade de Direito Internacional Público. Imunidade de jurisdição. Processo trabalhista. Fase de conhecimento 237
 - Honorários advocatícios de acordo com o CC. Manutenção da r. sentença 238
 - Horas extras. Enquadramento na exceção prevista no inciso I do art. 62 da CLT 235
 - Justiça do Trabalho. Agravo de instrumento visando atacar decisão interlocutória. Inadmissibilidade 238
 - Justiça gratuita. Requisitos para a concessão 234
 - Litigância de má-fé. Caracterização 238
 - Litigância de má-fé. Descaracterização 235
 - Litisconsórcio ativo. Depósito recursal. Limite legal ou valor da condenação. Deserção 238
 - Petição inicial. Emenda. Prazo final 239
 - Prescrição. Interrupção. Contagem 239
 - Processo envolvendo trabalhador menor de idade. Ausência de intervenção do Ministério Público em primeiro grau de jurisdição. Nulidade. Não configuração..... 239
 - Reconvenção. Recurso adesivo. Sucumbência recíproca 240
 - Recurso do INSS. Contra decisões homologatórias de acordos posteriores à sentença..... 240
 - Revelia. Efeitos. Presunção de veracidade. Possibilidade de contraprova 240
 - Vale-transporte. Ônus da prova. Aptidão da prova..... 240
 - Vínculo de emprego reconhecido pelo Tribunal. Retorno dos autos à origem. Reapreciação da matéria. Impossibilidade..... 241
- DIREITO RURAL**
- Contrato de safra. Ausência de pactuação escrita. Reconhecimento. Viabilidade 244
 - Trabalhador rural. Art. 71, § 4º, da CLT. Aplicabilidade em relação aos trabalhadores rurais 243
 - Trabalhador rural. Contratação através de empregatário. Plantio de café. Vínculo empregatício direto com o proprietário rural. Pertinência 244
- EXECUÇÃO**
- Ação de execução de honorários advocatícios. Incom-

petência da Justiça do Trabalho.....	245	MATÉRIA NOVA	
- Acordo. Discriminação de verbas para fins de INSS. Desvinculação dos termos da petição inicial. Concessão de prazo.....	245	- Desrespeito às NRs. Culpa do empregador. Inversão do ônus da prova.....	249
- Agravo de petição em embargos de terceiro. Cômputo. Penhora de imóvel. Prazo legal. Ciência inequívoca. Inaplicabilidade dos exatos termos do art. 1048 do CPC. Intempestividade. Improvimento.....	246	- Doença ocupacional. PPRA e PCMSO. Ausência de inconstitucionalidade. Precedentes do e. STF.....	249
- Agravo de petição. Razões. Cópia dos embargos à execução. Inviável o conhecimento do recurso.....	246	- Eleições sindicais. Formação da comissão eleitoral. Inércia da chapa concorrente. Indeferimento da pretensão. Litigância de má-fé. Possibilidade.....	249
- Arrematação pelo exequente. Possibilidade.....	247	- Empresa optante pelo "SIMPLES" Contribuição sindical patronal. Indevida...	250
- Exceção de pré-executividade.....	247	TRIBUNAL PLENO	
- Execução. Sócio gerente de sociedade anônima. Admissibilidade.....	247	- Agravo regimental em reclamação correicional. Diferimento de juntada, por linha, da defesa escrita. Contestação e documentos. Procedimento de caráter excepcional que traz insegurança às partes e ao julgamento da lide. Necessidade de encadernação adequada dos papéis para sua preservação futura, inclusive para conhecimento pelas instâncias superiores. Ato que, por si só, não implica aceitação da prova ou presunção de regularidade da defesa. Erro de procedimento. Recurso provido.....	251
- Execução trabalhista. Prescrição intercorrente.....	247	- Agravo regimental. Impugnação da decisão que considerou incabível reclamação correicional.....	252
- Honorários advocatícios sucumbenciais. Incabíveis. Fase de liquidação/execução.....	248		
- Horas extras. Compensação ou dedução. Forma de apuração. Súmula n. 347 do TST.....	248		
- Responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas. Execução.....	248		

- Reclamação correicional
Execução provisória de
Acórdão do Tribunal Re-
gional do Trabalho. Crédi-
to de natureza alimentar.
Liberação de dinheiro e ali-
enação de propriedade.
Possibilidade. Aplicabili-
dade ao Processo do trabalho
do disposto no CPC (art.
475-O, § 2º, I e II)..... 252
- Reclamação correicional
Execução provisória de
Acórdão do Tribunal Regio-
nal do Trabalho. Levanta-
mento do depósito recursal.
Possibilidade 253

