



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

# REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

*DIREÇÃO E COORDENAÇÃO  
DA ESCOLA DA MAGISTRATURA  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*

*REPOSITÓRIO OFICIAL DE JURISPRUDÊNCIA DO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*

2005 – Nº 26





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

REVISTA DO TRIBUNAL  
REGIONAL DO TRABALHO  
DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO

DIREÇÃO E COORDENAÇÃO  
DA ESCOLA DA MAGISTRATURA  
DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

REPOSITÓRIO OFICIAL DE JURISPRUDÊNCIA DO  
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

#### FICHA CATALOGRÁFICA

---

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região -  
Direção e Coordenação da Escola da Magistratura - n. 26 -  
JAN/JUN 2005 - Campinas - São Paulo

1. Direito do Trabalho - 2. Direito Processual do Trabalho -  
3. Direito Internacional - 4. Jurisprudência (TRT da 15ª Região) -  
5. Atos Normativos (TRT da 15ª Região)

---

# ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901 - 14º andar - Campinas/SP - 13015-927 -  
Fone: (19) 3031-4183 - Fax (19) 3236-0585 - e-mail: ematra@trt15.gov.br

Juiz EDUARDO BENEDITO DE OLIVEIRA ZANELLA - Diretor  
Juiz FLAVIO ALLEGRETTI DE CAMPOS COOPER - Coordenador

## CONSELHO EDITORIAL

Juiz LORIVAL FERREIRA DOS SANTOS - Presidente  
Juiz FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI  
Juiz JORGE LUIZ SOUTO MAIOR  
Juiz JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA  
Juiza TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI

## CONSELHO TÉCNICO - SUBCOMISSÕES

### JURISPRUDÊNCIA

Juiza MARIANE KHAYAT - Presidente  
Juiz SAMUEL HUGO LIMA  
Juiz FLÁVIO LANDI

### DOCTRINA INTERNACIONAL

Juiza ANA MARIA DE VASCONCELLOS - Presidente  
Juiz GUILHERME GUMARÃES FELICIANO  
Juiza LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES

### TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

Juiz HENRIQUE DAMIANO - Presidente  
Juiza ELIANE DE CARVALHO COSTA RIBEIRO  
Juiza MARIA DA GRAÇA BONANÇA BARBOSA

### ESTUDO MULTIDISCIPLINAR-TEMÁTICO

Juiz GERSON LACERDA PISTORI - Presidente  
Juiz ANDRÉ AUGUSTO ULPIANO RIZZARDO  
Juiz LEO MINORU OZAWA

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

Rua Barão de Jaguara, 901 - Campinas/SP - 13015-927- PABX: (19) 3236-2100

Internet: <http://www.trf15.gov.br>

## **PRESIDENTE**

Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho

## **VICE-PRESIDENTE**

Juiz Antônio Miguel Pereira

## **CORREGEDOR-REGIONAL**

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

## **VICE-CORREGEDOR REGIONAL**

Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri

## **Juízes**

José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Eurico Cruz Neto

Ernesto da Luz Pinto Dória

Carlos Alberto Moreira Xavier

Irene Araiun Luz

Fany Fajerstein

Eliana Felipe Toledo

Luiz Carlos de Araújo

Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

Laurival Ribeiro da Silva Filho

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Carlos Roberto do Amaral Barros

Antônio Miguel Pereira

Samuel Corrêa Leite

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 Antônio Pancotti

Manuel Soares Ferreira Carradita

Fernando da Silva Borges

Vera Teresa Martins Crespo

Paulo de Tarso Salomão

Flávio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

### **1ª CÂMARA**

Juiz Luiz Roberto Nunes (Presidente da Turma e da 1ª Câmara)  
Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier  
Juiz Luiz Antonio Lazarim

### **2ª CÂMARA**

Juíza Eliana Felipe Toledo (Presidente)  
Juiz Antônio Miguel Pereira  
Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

### **3ª CÂMARA**

Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza (Presidente)  
Juiz Samuel Corrêa Leite  
Vaga

### **4ª CÂMARA**

Juíza Mariane Khayat (Presidente)  
Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva  
Juiz Paulo de Tarso Salomão

### **5ª CÂMARA**

Juiz Lorival Ferreira dos Santos (Presidente da Turma e da 5ª Câmara)  
Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória  
Juíza Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

### **6ª CÂMARA**

Juiz Henrique Damiano (Presidente)  
Juiz Luiz Carlos de Araújo  
Juíza Ana Maria de Vasconcellos

### **7ª CÂMARA**

Juiz L. Renato Buratto (Presidente)  
Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho  
Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita

### **8ª CÂMARA**

Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper (Presidente da Turma e da 8ª Câmara)  
Juíza Irene Araújo Luz  
Juíza Vera Teresa Martins Crespo

### **9ª CÂMARA**

Juiz Nildemar da Silva Ramos (Presidente)  
Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros  
Juiz Gerson Lacerda Pistori

### **10ª CÂMARA**

Juiz José Antônio Pancotti (Presidente da Turma e da 10ª Câmara)  
Juiz Fernando da Silva Borges  
Juíza Elency Pereira Neves

### **11ª CÂMARA**

Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite (Presidente da Turma e da 11ª Câmara)  
Juíza Fany Fajerstein  
Juiz Flávio Nunes Campos

### **12ª CÂMARA**

Juiz Eurico Cruz Neto (Presidente)  
Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri  
Juiz José Pitas

### **SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS**

Juiz Laurival Ribeiro da Silva Filho (Presidente)

Juiz Antônio Miguel Pereira (Substituto)

Juiz Henrique Damiano

Juiz Flávio Allegretti de Campos Cooper

Juiz Nildemar da Silva Ramos

Juiz Lorival Ferreira dos Santos

Juiz José Antônio Pancotti

Juiz Fernando da Silva Borges

Juíza Vera Teresa Martins Crespo

Juiz Paulo de Tarso Salomão

Juiz Flávio Nunes Campos

Juíza Elency Pereira Neves

### **1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS**

Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva (Presidente)

Juíza Eliana Felipe Toledo

Juiz Luiz Carlos de Araújo

Juiz Samuel Corrêa Leite

Juiz Luiz Antonio Lazarim

Juiz Luiz Roberto Nunes

Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita

Juiz Gerson Lacerda Pistori

Juíza Mariane Khayat

Juíza Ana Maria de Vasconcellos

Juíza Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

Vaga

### **2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS**

Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri (Presidente)

Juiz José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

Juiz Eurico Cruz Neto

Juiz Ernesto da Luz Pinto Dória

Juiz Carlos Alberto Moreira Xavier

Juíza Irene Araium Luz

Juíza Fany Fajerstein

Juíza Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Juiz Carlos Roberto do Amaral Barros

Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

Juiz I. Renato Buratto

Juiz José Pitas

## **Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região**

Diretor: Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

Coordenador: Juiz Flavio Allegretti de Campos Cooper

### **Conselho Consultivo e de Programas**

Juíza Vera Teresa Martins Crespo

Juiz José Otávio de Souza Ferreira

Juíza Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan

# JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Em 30/06/2005

NOME	VARA
GISELA RODRIGUES MAGALHÃES DE ARAÚJO E MORAES	SALTO
TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI	9º CAMPINAS
ANA AMARYLIS VIVACQUA DE OLIVEIRA GULLA	JACAREÍ
SUSANA GRACIELA SANTISO	7º CAMPINAS
MARIA CRISTINA MATTIOLI	4º BAURU
MARIA MADALENA DE OLIVEIRA	3º BAURU
NEISE VICENTINI	LENÇÓIS PAULISTA
THOMAS MALM	CRUZEIRO
ANA LÚCIA PEREIRA	SÃO SEBASTIÃO
SUZANA MONREAL RAMOS NOGUEIRA	AMPARO
VEVA FLORES	12º CAMPINAS
FÁBIO GRASSELLI	AVARÉ
SAMUEL HUGO LIMA	6º CAMPINAS
ERODITE RIBEIRO DOS SANTOS DE BIASI	CAPIVARI
VALDEVIR ROBERTO ZANARDI	VOTUPORANGA
DAGOBERTO NISHINA AZEVEDO	5º SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
THELMA HELENA MONTEIRO DE TOLEDO VIEIRA	SANTA BÁRBARA D'OESTE
MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO	10º CAMPINAS
ANTONIO FRANCISCO MONTANAGNA	LIMEIRA
RITA DE CÁSSIA PENKAL BERNARDINO DE SOUZA	TANABI
CARLOS AUGUSTO ESCANFELLA	4º SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
ÉDISON GIURNO	5º CAMPINAS
LUIZ JOSÉ DEZENA DA SILVA	INDAIATUBA
FRANCISCO ALBERTO DA MOTTA PEIXOTO GIORDANI	CAMPO LIMPO PAULISTA
WAGNER JOSÉ TRINDADE	BOTUCATU
JOÃO ALBERTO ALVES MACHADO	2º ARAÇATUBA
CLAUDINEI SAPATA MARQUES	PENÁPOLIS
FÁBIO ALLEGRETTI COOPER	3º RIBEIRÃO PRETO
LUCIANE STOREL DA SILVA	11º CAMPINAS
RICARDO ANTONIO DE PLATO	2º JUNDIAÍ
MARIA INÊS CORRÊA DE CERQUEIRA CÉSAR TARGA	2º PAULÍNIA
FÁBIO PRATES DA FONSECA	LORENA
PAULO AUGUSTO FERREIRA	BATATAIS
JOSÉ CARLOS ÁBILE	2º BAURU
ROSEMEIRE UEHARA TANAKA	4º JUNDIAÍ
MAURIZIO MARCHETTI	BRAGANÇA PAULISTA
JORGE LUIZ SOUTO MAIOR	3º JUNDIAÍ
JOÃO BATISTA DA SILVA	2º TAUBATÉ
LUIZ FELIPE PAIM DA LUZ BRUNO LOBO	4º CAMPINAS
JOSÉ OTÁVIO DE SOUZA FERREIRA	MOGI GUAÇU
ORLANDO AMÂNCIO TAVEIRA	CAÇAPAVA
KEILA NOGUEIRA SILVA	2º MARÍLIA
EDISON DOS SANTOS PELEGRINI	1º BAURU
LARISSA CAROTTA MARTINS DA SILVA SCARABELIM	1º JUNDIAÍ
NORA MAGNÓLIA COSTA ROTONDARO	TIETÉ
ANA PAULA PELLEGRINA LOCKMANN	8º CAMPINAS
MARI ANGELA PELEGRINI	RANCHARIA
MARIA DA GRAÇA BONANÇA BARBOSA	4º SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
RICARDO REGIS LARAIA	1º PAULÍNIA
ELIANE DE CARVALHO COSTA RIBEIRO	ITAPIRA
RENAN RAVEL RODRIGUES FAGUNDES	TATUÍ
WILTON BORBA CANICOBA	3º CAMPINAS
ANDREA GUELFJ CUNHA	1º AMERICANA
EDNA PEDROSO ROMANINI	MOJI MIRIM
REGINA DIRCE GAGO DE FARIA MONEGATTO	PIEDADE
SILNEI GARRIDO LAGE	OLÍMPIA
HÉLIO GRASSELLI	1º SÃO JOSÉ DO RIO PRETO
MARCELO GARCIA NUNES	2º SÃO JOSÉ DOS CAMPOS
MARCOS DA SILVA PÓRTO	5º RIBEIRÃO PRETO
RITA DE CÁSSIA SCAGLIUSI DO CARMO	LEME
ADRIENE SIDNEI DE MOURA DAVID	2º PIRACICABA

MARCELO MAGALHÃES RUFINO  
JORGE LUIZ COSTA  
MARGARETE APARECIDA GULMANELI  
ANTONIA SANT'ANA  
ANA CLÁUDIA TORRES VIANNA  
SCYNTHIA MARIA SISTI TRISTÃO  
CINTHIA MARIA DA FONSECA ESPADA  
MÔNICA ALEX  
RENATO HENRY SANT'ANNA  
ISABEL CRISTINA TORRIZELLA PÉRIGO  
CARLOS EDUARDO OLIVEIRA DIAS  
ADELINA MARIA DO PRADO FERREIRA  
REGIANE CECÍLIA LIZI  
MARIA DE FÁTIMA VIANNA COELHO  
CLÁUDIA CUNHA MARCHETTI  
OLGA REGIANE PILEGIS  
JÚLIO CÉSAR RODA  
JORGE ANTONIO DOS SANTOS COTA  
ELIANA FÉLIX BATISTA  
TÁRCIO JOSÉ VIDOTTI  
OSÉAS PEREIRA LOPES JUNIOR  
WALNEY QUADROS COSTA  
RONALDO OLIVEIRA SIANDELA  
WILSON POCIDÔNIO DA SILVA  
FLÁVIO GASPAS SALLES VIANNA  
ALBERTO CORDERO DONHA  
LEVI ROSA TOMÉ  
CLAUDIA GIGLIO VELTRI CORRÊA  
EDSON SILVA TRINDADE  
MARCO ANTONIO MACEDO ANDRÉ  
MARCO ANTONIO DE SOUZA BRANCO  
MAURÍCIO TAKAO FUZITA  
LUÍS FERNANDO LUPATO  
AMAURI VIEIRA BARBOSA  
ANDRÉ DA CRUZ E SOUZA WENZEL  
WELLINGTON CÉSAR PATERLINI  
SÉRGIO MILITO BARÊA  
ROBERTO NICÁCIO  
JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA  
SÉRGIO CARDOSO E SILVA  
MARCELO CARLOS FERREIRA  
RENÉ JEAN MARCHI FILHO  
JOSÉ ROBERTO THOMAZI  
HAMILTON LUIZ SCARABELIM  
WAGNER RAMOS DE QUADROS  
MARIA HELENA SALLES CABREIRA  
JAIDE SOUZA RIZZO  
ANDRÉ AUGUSTO ULPIANO RIZZARDO  
JOÃO VIEIRA DE MORAES  
LUIZ ANTONIO ZANQUETA  
LÚCIO SALGADO DE OLIVEIRA  
LUCIANA MORO LOUREIRO  
ROBERTA JACOPETTI BONEMER  
ROBSON ADILSON DE MORAES  
DORA ROSSIGÓES  
JOSÉ ANTONIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA  
FLAVIO LANDI  
MARINA DE SIQUEIRA FERREIRA ZERBINATTI  
RENATO DE CARVALHO GUEDES  
FIRMINO ALVES LIMA  
INEZ MARIA JANTÁLIA  
ELIANA DOS SANTOS ALVES NOGUEIRA  
SANDRA DE POLI  
GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO  
ROSANA FANTINI NICOLINI  
RENATA DOS REIS D'ÁVILLA CALIL

3º SÃO JOSÉ DO RIO PRETO  
1º FRANCA  
2º CATANDUVA  
3º SÃO JOSÉ DOS CAMPOS  
2º CAMPINAS  
FERNANDÓPOLIS  
GARÇA  
TUPÁ  
1º RIBEIRÃO PRETO  
SÃO JOSÉ RIO PARDO  
2º AMERICANA  
2º SÃO JOSÉ RIO PRETO  
2º JAÚ  
SÃO ROQUE  
SUMARÉ  
1º PIRACICABA  
ARARAS  
2º ARARAQUARA  
PRESIDENTE VENCESLAU  
4º RIBEIRÃO PRETO  
2º ASSIS  
2º RIBEIRÃO PRETO  
CAPÃO BONITO  
1º TAUBATÉ  
MATÃO  
2º FRANCA  
OURINHOS  
1º SÃO CARLOS  
2º SÃO CARLOS  
2º PRESIDENTE PRUDENTE  
1º ASSIS  
3º ARAÇATUBA  
REGISTRO  
CAJURU  
PINDAMONHANGABA  
2º SERTÃOZINHO  
1º ARARAQUARA  
DRACENA  
1º PRESIDENTE PRUDENTE  
1º ARAÇATUBA  
1º SOROCABA  
1º SERTÃOZINHO  
1º JAÚ  
2º SOROCABA  
ITÁPOLIS  
LINS  
BIRIGUI  
3º SOROCABA  
2º JABOTICABAL  
ADAMANTINA  
GUARATINGUETÁ  
SÃO JOÃO DA BOA VISTA  
SÃO JOAQUIM DA BARRA  
1º JABOTICABAL  
JALES  
BARRETOS  
1º LIMEIRA  
ITANHAÉM  
RIO CLARO  
PORTO FERREIRA  
BEBEDOURO  
TEODORO SAMPAIO  
CARAGUATATUBA  
ANDRADINA  
1º MARÍLIA  
ITAPEVA

# Juízes do Trabalho Substitutos

Em 30/06/2005

PAULO CÉSAR DOS SANTOS  
JOSÉ ADILSON DE BARROS  
MARCELO SCHMIDT SIMÕES  
LUCIANA NASR  
ÁLVARO DOS SANTOS  
MARIA ANGÉLICA MINETO PIRES  
ELIANE APARECIDA AGUADO MORENO GERALDI  
LUIZ ANTONIO DE CAMPOS GRAIN  
LUÍS MARTINS JUNIOR  
ANA CLÁUDIA PIRES FERREIRA DE LIMA  
ALEXANDRE VIEIRA DOS ANJOS  
GISELE PASOTTI FERNANDES FLORA PINTO  
ODAIR RODRIGUES DA ROCHA  
FERNANDA CAVALCANTI VARZIM GAETANO  
MARIA CRISTINA BRIZOTTI ZAMUNER  
MAURO CÉSAR ROSSI LUNA  
SANDRO VALÉRIO BODO  
WALTER GONÇALVES  
JOSÉ GUIDO TEIXEIRA JUNIOR  
JULIANA BENATTI  
LÚCIA ZIMMERNANN  
KÁTIA LIRIAM PASQUINI BRAIANI  
ANDRÉ LUIZ ALVES  
CRISTIANE MONTENEGRO RONDELLI MAZZINI  
ANGELA MARIA BERMUDES  
ISMAR CABRAL MENEZES  
LEANDRA DA SILVA GUIMARÃES  
JÚLIO CÉSAR MARIN DO CARMO  
PATRÍCIA GLUGOVSKIS PENNA MARTINS  
LUÍS RODRIGO FERNANDES BRAGA  
ADRIANA FONSECA PERIN  
LAURA BITTENCOURT FERREIRA RODRIGUES LEITE  
EVANDRO EDUARDO MAGLIO  
ANA PAULA ALVARENGA MARTINS  
JÚLIO CÉSAR TREVISAN RODRIGUES  
ALEXANDRE GARCIA MULLER  
ARILDA CRISTIANE SILVA DE PAULA CALIXTO  
CÁSSIA REGINA RAMOS FERNANDES  
JOSÉ EDUARDO BUENO DE ASSUMPTÃO  
LEO MINORU OZAWA  
DENISE FERREIRA BARTOLOMUCCI MULATO  
NELMA PEDROSA GODOY SANT'ANNA FERREIRA  
PEDRO MARCOS OLIVIER SANZOVO  
ANDRÉIA DE OLIVEIRA  
MARCUS MENEZES BARBERINO MENDES  
ANDRÉIA ALVES DE OLIVEIRA GOMIDE  
GISELE APARECIDA SANCHES  
FERNANDO LUCAS ULIANI MARTINS DOS SANTOS  
ADHEMAR PRISCO DA CUNHA NETO  
HENRIQUE MACEDO HINZ  
ALZENI APARECIDA DE OLIVEIRA FURLAN  
TÂNIA APARECIDA CLARO  
JOSÉ ANTÔNIO GOMES DE OLIVEIRA  
ALCIONE MARIA DOS SANTOS COSTA GONÇALVES  
PEDRO EDMILSON PILON  
VALDIR RINALDI SILVA  
ALESSANDRO TRISTÃO

DANIELA RENATA REZENDE FERREIRA BORGES  
ALAN CEZAR RUNHO  
WILSON CÂNDIDO DA SILVA  
VALDOMIRO RIBEIRO PAES LANDIM  
CONCEIÇÃO APARECIDA ROCHA DE PETRIBU FARIA  
ISABELA TÓFANO DE CAMPOS LEITE PEREIRA  
VALÉRIA CÂNDIDO PERES  
MÔNICA MUNIZ BARRETTO VOLASCO  
RENATO DA FONSECA JANON  
EUCYMARA MACIEL  
DÉCIO UMBERTO MATOSO RODOVALHO  
ANTONIA RITA BONARDO DE LIMA  
LUCIANA CAPLAN  
MARCOS ROBERTO WOLFGANG  
AZAEL MOURA JUNIOR  
MÁRCIA CRISTINA SAMPAIO MENDES  
CARLOS EDUARDO VIANNA MENDES  
DANIELLE BERTACHINI  
JOSEFINA REGINA DE MIRANDA GERALDI  
CLEBER ANTONIO GRAVA PINTO  
KATHLEEN MECCHI ZARINS STAMATO  
AFRÂNIO FLORA PINTO  
JOÃO BAPTISTA CILLI FILHO  
RENATO CÉSAR TREVISANI  
FERNANDA CRISTINA DE MORAES FONSECA  
DANIELA MACIA FERRAZ  
ROSANA ALVES SISCARI  
RODRIGO PENHA MACHADO  
MARCELO BUENO PALLONE  
MARCELO SIQUEIRA DE OLIVEIRA  
CANDY FLORENCIO THOME  
LUCINEIDE ALMEIDA DE LIMA MARQUES  
SANDRA MARIA ZIRONDI  
SANDRA DOS SANTOS BRASIL  
SIDNEY PONTES BRAGA  
ELEN ZORAIDE MÓDOLO JUCÁ  
ANA MARIA DA SILVA SANDEI  
CLÁUDIO ISSAO YONEMOTO  
REGINA RODRIGUES URBANO  
MANOEL LUIZ COSTA PENIDO  
PAULO BUENO CORDEIRO DE ALMEIDA PRADO BAUER  
MARIA SOCORRO DE SOUZA PEREIRA  
ANA PAULA SILVA CAMPOS  
DÉBORAH BEATRIZ ORTOLAN INOCÊNCIO NAGY  
TERESA CRISTINA PEDRASI  
DIOVANA BETHÂNIA ORTOLAN INOCÊNCIO FABRETI  
PRISCILA DE FREITAS CASSIANO NUNES  
ANA FLÁVIA DE MORAES GARCIA CUESTA  
ANA MARIA GARCIA  
JOSÉ ANTÔNIO DOSUALDO  
RODARTE RIBEIRO  
SUZELINE LONGHI NUNES DE OLIVEIRA  
ALEXANDRE CHEDID ROSSI  
ROBERTA LIMA CARVALHO  
LEONARDO SAGGESE FONSECA  
MAURÍCIO DE ALMEIDA  
FLÁVIO HENRIQUE GARCIA COELHO  
ANDRÉA MARIA PFRIMER FALCÃO  
DENISE DOS SANTOS SALES  
ANA LÚCIA COGO CASARI  
MARIA FLÁVIA RONCEL DE OLIVEIRA  
ALEXANDRE ALLIPRANDINO MEDEIROS  
ADRIANA DE JESUS PITA COLELLA

# SUMÁRIO

<b>I- APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>II- ESTUDO MULTIDISCIPLINAR-TEMÁTICO .....</b>	<b>17</b>
<b>JUSTIÇA DO TRABALHO: UM NOVO ROSTO À PROCURA DE UMA NOVA IDENTIDADE</b> <b>GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta .....</b>	<b>19</b>
<b>EM DEFESA DA AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO</b> <b>MAIOR, Jorge Luiz Souto .....</b>	<b>39</b>
<b>A NOVA JUSTIÇA DO TRABALHO E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DAS</b> <b>CADEIRAS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO PELAS FACULDA-</b> <b>DES DE DIREITO</b> <b>OLIVA, José Roberto Dantas .....</b>	<b>53</b>
<b>RELAÇÃO DE TRABALHO – EMBUSCA DE UM CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA A DEFINIÇÃO</b> <b>DAS RELAÇÕES DE TRABALHO ABRANGIDAS PELA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA</b> <b>ESPECIALIZADA</b> <b>SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira .....</b>	<b>63</b>
<b>DIREITO DO TRABALHO E JUSTIÇA DO TRABALHO: PANORAMA E PERSPECTIVAS EM</b> <b>FACE DAS ATUAIS REFORMAS</b> <b>NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves .....</b>	<b>87</b>
<b>OUTROS HORIZONTES (I) – SOBRE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA</b> <b>CAUSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR</b> <b>FELICIANO, Guilherme Guimarães .....</b>	<b>99</b>
<b>III - DOUTRINA NACIONAL</b>	
<b>LIBERDADE SINDICAL (UMA CONTRIBUIÇÃO À REFORMA SINDICAL)</b> <b>MENEZES, Cláudio Armando Couce de .....</b>	<b>119</b>
<b>PERFIL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA TRABALHISTA</b> <b>TOLEDO FILHO, Manoel Carlos .....</b>	<b>125</b>
<b>PENHORA DE SALÁRIO</b> <b>RIZZO, Jaide Souza .....</b>	<b>131</b>
<b>REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL DA PROPORCIONALIDADE</b> <b>FROTA, Hidemberg Alves da .....</b>	<b>151</b>
<b>A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NOS ACORDOS TRABALHISTAS</b> <b>QUEIROZ, Eduardo Garcia de e QUEIROZ FILHO, Eduardo Garcia de .....</b>	<b>163</b>

**A PENHORA *ONLINE*: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICCIONAL NAS EXECUÇÕES POR QUANTIA CERTA**

LIMA, Vanderlei Ferreira de ..... 171

**IV - DOCTRINA INTERNACIONAL**

**CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL ARTICULO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES**

MEDINA, David Montoya ..... 185

**A SENTENÇA COM RESERVA DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS INDIRECTAS DO DIREITO ITALIANO**

MACIEL JÚNIOR, João Bosco ..... 199

**LA INTERMEDIACIÓN LABORAL PERUANA: ALCANCES (NO TODOS APROPIADOS) Y RÉGIMEN JURÍDICO**

RÍOS, Alfredo Villavicencio ..... 221

**V - ATOS NORMATIVOS ..... 241**

**VI - JURISPRUDÊNCIA ..... 247**

1ª Seção de Dissídios Individuais ..... 249

2ª Seção de Dissídios Individuais ..... 253

Direito Material ..... 257

Direito Processual ..... 265

Direito Rural ..... 273

Execução ..... 275

Matéria Nova ..... 281

Seção de Dissídios Coletivos ..... 283

Tribunal Pleno ..... 285

Índice de Ementas ..... 287

Súmulas ..... 293

## **I - APRESENTAÇÃO**



Após um longo certame licitatório, está sendo lançado o número 26 da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, com formato diverso e algumas alterações, sempre com o intuito de continuar trazendo, de forma clara e objetiva, subsídios aos cultores do direito.

Ressalto que a Revista, editada sob responsabilidade da Escola da Magistratura da 15ª Região, é repositório oficial de jurisprudência deste Tribunal e deve publicar os acórdãos decorrentes dos incidentes de “Uniformização de Jurisprudência” que tenham resultado em súmulas, assim como os atos normativos expedidos pelos seus órgãos e os “registros dos fatos mais relevantes da Corte” (artigos 194, IV, 202, 203 e 208, do Regimento Interno).

A Escola Judicial, além de desempenhar as atribuições supramencionadas, tem procurado divulgar, ao longo dos anos, os artigos e trabalhos científicos não apenas dos seus magistrados, mas dos demais doutrinadores, inclusive internacionais, assim como acadêmicos, que resultaram nas 25 edições anteriores.

Por derradeiro, consigno, embora sem mencionar nomes para não incorrer em indevida omissão, os meus agradecimentos aos colegas que se dispuseram, mesmo com sacrifício pessoal e familiar, colaborar para que fosse possível esta edição.

EDUARDO BENEDITO DE OLIVEIRA ZANELLA

Juiz Diretor



## **II - ESTUDO MULTIDISCIPLINAR – TEMÁTICO**



# JUSTIÇA DO TRABALHO: UM NOVO ROSTO À PROCURA DE UMA NOVA IDENTIDADE

TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI\*

**Resumo:** O artigo analisa os efeitos da alteração estabelecida pela EC 45, em face do artigo 114 da CF/88, notadamente quanto à edificação de um novo padrão de normatividade. Enfoca particularmente o significado da expressão *relações de trabalho* e enfrenta questionamentos a respeito da relação de consumo.

**Sumário:** 1. Um século nos separa; 2. A velocidade da mudança; 3. As alterações mais significativas para o direito trabalhista; 4. A nova identidade não prescinde das características peculiares; 5. Principais características da relação de trabalho não empregatícia; 6. Diferenças entre a relação de trabalho e a relação de consumo; 7. Direito material aplicável numa relação de trabalho sem vínculo empregatício; 8. Direito processual aplicável numa relação de trabalho sem vínculo empregatício; 9. Os principais benefícios; 10. Conclusão; 11. Bibliografia.

**Palavras-chave:** Reforma constitucional trabalhista; Conceito de relação de trabalho; Relação de consumo.

**“O Direito é essencialmente uma coisa viva.  
Ele está destinado a reger homens, isto é, seres que se movem,  
pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não pode ser  
a imobilização, ou a cristalização da vida”.**

*Henri de Page*

**“Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas,  
que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos  
caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o  
tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado,  
para sempre, à margem de nós mesmo”.**

*Fernando Pessoa*

## 1. UM SÉCULO NOS SEPARA

No início do século XX nosso país era uma imensa fazenda, com pequenos

aglomerados urbanos. A vinda dos imigrantes, tangidos pela depressão que arrasou a Europa, varrida por duas grandes guerras, revolucionou as técnicas agrícolas até en-

\* Tereza Aparecida Asta Gemignani é juíza titular da 9ª Vara do Trabalho de Campinas – Doutora em Direito do Trabalho nível de pós-graduação pela USP- Universidade de São Paulo.

tão mantidas de maneira rudimentar, num ambiente farto de água, sol, e terra fértil que não exigia muito esforço, pois, afinal, "em se plantando tudo dá", confirmando o relato do navegador português a el rei, desde o descobrimento.

Embora tardio, o industrialismo trazido por Vargas, e impulsionado por Juscelino, encontrou na CLT um marco normativo apto a regular as relações trabalhistas, numa organização produtiva marcada pela grande fábrica, que concentrava um número expressivo de trabalhadores num mesmo local, operando sob o padrão fordista.

## 2. A VELOCIDADE DA MUDANÇA

O acelerado desenvolvimento tecnológico, desencadeado nas décadas finais do século XX, alterou de maneira radical a vida de cada um de nós, a economia, e o modo de trabalhar. No curto espaço dos últimos 50 anos tivemos mais mudanças do que nos 300 anos anteriores. Há intensa e acentuada exigência por velocidade e rapidez. As formas de produzir se tornam cada vez mais complexas e sofisticadas.

Não existem mais os critérios, que anteriormente assinalavam a divisão entre trabalho urbano e rural, que marcou o século XX. Hoje, tanto no campo como nas cidades, a divisão se opera entre o trabalho de concepção e o trabalho de execução. O primeiro reúne os melhores postos de serviço, os mais bem remunerados, em que o nível de exigência qualitativa vem crescendo de maneira significativa, provocando, em consequência, crescentes mudanças também em relação aos que atuam no trabalho de execução. Esses novos tipos de trabalhadores passam a ter vínculos de diversas naturezas, diferentes do padrão empregatício até então majoritário. Surgem novas espécies de relações de trabalho, diminui o número dos que são empregados sob o regime da CLT.

Ante esta nova realidade, a Justiça do Trabalho, cujo aparato organizacional, doutrinário e jurisprudencial foi todo centrado na perspectiva do trabalho empregatício / subordinado, passou a ocupar o centro das discussões, que por pouco não concluíram por sua extinção, por considerar sua reduzida área de abrangência, centrada num único tipo de vínculo contratual, cada vez menos usado, que não justificava a manutenção de sua grande estrutura.

Logo se percebeu, entretanto, que a extinção da Justiça do Trabalho redundaria num vácuo institucional difícil de ser preenchido, notadamente em face de sua experiência e sensibilidade social, num campo volátil e explosivo, como o que trata das relações entre o capital e o trabalho.

A Emenda Constitucional 45, recentemente editada, transformou o debate político e sociológico em questionamento jurídico / normativo, provocando três linhas básicas de reação.

A primeira, daqueles que defendem que sua promulgação não trouxe nenhuma novidade. Com dificuldade para processar o imenso volume de infor-

mações diárias, preferem refugiar-se no conforto do modelo antigo, velho conhecido, fácil de entender, sem maiores complicações. Consideram que o mundo do trabalho continua dividido entre camuflados empregados/ empregadores

Embora compreensível que haja dificuldade em relação ao novo, tal não pode levar ao conforto do comodismo. Como um dos poderes da república brasileira, detentor do monopólio da força, que impede o cidadão de fazer justiça com as próprias mãos, o Judiciário está institucionalmente obrigado a oferecer resposta adequada aos novos conflitos. Se isso passa a ser ignorado, com adoção de um comportamento autista, pautado por uma realidade fática que deixou de existir, tal resulta num proceder obsoleto, que

*"Com dificuldade para processar o imenso volume de informações diárias, preferem refugiar-se no conforto do modelo antigo, velho conhecido, fácil de entender, sem maiores complicações."*

não apresenta à sociedade as respostas necessárias, deixando de cumprir a Constituição, de fazer valer os princípios nela albergados quanto a proteção do trabalho humano, como um dos valores fundamentais da república brasileira.

Uma prestação jurisdicional defasada, aquém das necessidades de uma sociedade em constante e veloz mutação, descredita o Poder Judiciário e, o que é pior, o transforma em presa fácil de interesses outros. Um judiciário desatualizado, com os olhos fixos no passado, perdido no dilema hamletiano do ser / não ser, contribui para a paralisia que corrói os parâmetros balizadores do comportamento social. Ademais, embora involuntariamente, também atende aos interesses nem sempre reveláveis, dos que precisam de uma atuação frágil e ineficaz, para poder manipular com mais facilidade as teias de poder e de controle econômico da nação.

A verdade é que interessa, e muito, e a muitos, manter o juiz do trabalho preso a uma perspectiva de viés reducionista, dotada de pouca efetividade para garantir a real implementação dos direitos trabalhistas. Tanto isso é verdade que, após 60 anos de vigência da CLT, os doutrinadores são unânimes em apontar o reiterado descumprimento das normas basilares ali estabelecidas. Tal constatação, longe de respaldar a manutenção do *status quo*, aponta para a necessidade de mudanças, pois embora sirva de referência, o passado não pode mais ser adotado como diretriz.

A segunda, dos que estão no outro extremo, sustentam que a EC 45/2004 abriu todas as portas e a Justiça do Trabalho passou a ter competência ampla, geral e irrestrita, para conhecer todas as demandas relativas, ao mundo do trabalho. Tal interpretação pode levar a paralisia pelo excesso, tornando a

máquina judiciária inadmissível, comprometendo sua eficácia, o que também atende aos interesses dos que apostam no seu estrangulamento.

Como contraponto aos extremos, e adotando as reflexões de Aristóteles, a virtude está no meio. É evidente que, se houve a promulgação de uma emenda constitucional, a situação institucional não continuou a ser a mesma. E isto ocorreu para que o Poder Judiciário Trabalhista possa bem decidir, em consonância com a nova realidade dos fatos.

Portanto, longe de se pautar pela matriz doutrinária, que bebe apenas nas fontes sociológicas e filosóficas dos dilemas existenciais sartrianos, do niilismo de Camus e de Nietzsche, que permearam o século XX, levando à falta de atitude e aceitação apática da maioria, providencialmente estimulada por uma hábil minoria que, de forma sorrateira e discreta, mas não menos eficaz, procurou manter o controle de todas as situações sociológicas, econômicas, políticas e jurídicas relevantes. Assim, é preciso superar a postura conformista, ampliar o horizonte e considerar também a notável contribuição de outros pensadores, que prepararam o terreno para o

advento de uma nova perspectiva, abrindo os caminhos do século XXI como Heidegger<sup>1</sup> que, numa releitura de Kant, desvelou a relevância do contexto histórico, social e econômico na formação da realidade do ser-aí, sem desmerecer a importância do sujeito, destinatário do padrão normativo que rege a vida em sociedade, de modo que não há mais como desconsiderar toda a abrangência da veloz mudança ocorrida nos últimos anos no mundo do trabalho. Como bem observou Hans Georg Gadamer<sup>2</sup>, ver “o que é justo significa o contrário não do erro ou da ilusão, mas da cegueira”. A manutenção da cegueira impede a realização do justo e corrói a sociedade por dentro, transformando-a

*“A manutenção da cegueira impede a realização do justo e corrói a sociedade por dentro, transformando-a num triste espectro, que passa a vagar a procura de um rosto, de uma identidade.”*

<sup>1</sup>Heidegger, Martin - Ser e tempo - tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback - Editora Vozes 2002

<sup>2</sup>Gadamer, Hans Georg - O problema da consciência histórica - Edições Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro 1998 - p. 55

num triste espectro, que passa a vagar a procura de um rosto, de uma identidade.

Assim, a terceira posição caminha no sentido de **constitucionalizar** o direito do trabalho, priorizando a Constituição não apenas em sua diretriz formal como carta política. Reconhece, principalmente, sua natureza de matriz material "dirigente", na expressão do constitucionalista português Canotilho<sup>3</sup>, ao ressaltar que a interpretação da norma constitucional "é uma compreensão de sentido, um preenchimento de sentido juridicamente criador, em que o intérprete efectua uma actividade práctico-normativa, concretizando a norma para e a partir de uma situação histórica concreta", ponderação que encontrou terreno fértil no pensamento de Luís Roberto Barroso<sup>4</sup> e Paulo Bonavides<sup>5</sup>, além das judiciosas considerações de José Afonso da Silva<sup>6</sup>.

Se o escopo é concretizar os princípios constitucionais, é essencial não só a exegese axiológica, mas também uma conduta assertiva, que confira concretude aos valores ali albergados, o que torna necessária a atuação calcada num pensamento "orientado a valores", como explica Karl Larenz<sup>7</sup>, tendo como base de sustentação o princípio da supremacia da Constituição, como fundamento da legitimidade da atuação jurisdicional. Neste passo, resalta Konrad Hesse<sup>8</sup>, a interpretação jurídica de um texto constitucional e sua aplicação aos casos concretos se constitui num processo único, que não pode ser cindido.

Uma mudança na lei, torna obsoletas bibliotecas inteiras.

Se esta mudança não é só legal, mas constitucional, a inadequação da doutrina anterior deve ser prontamente reconhecida como tal, sob pena de se descumprir a Lei Maior, que rege a vida política e institucional

do país e das pessoas que habitam seu território.

É exatamente esse o risco maior que se corre.

Tenho visto com tristeza a análise reducionista de doutrinadores de expressão. Pessoas, que discorriam com proficiência sobre questões focadas no vínculo empregatício, estão revelando extrema dificuldade para entender os desafios postos pela nova realidade do mundo do trabalho, para a edificação de outros parâmetros normativos. Embora seja compreensível, que uma alteração deste porte não se opere de um dia para o outro sem rupturas, é absolutamente imprescindível reconhecer que a mudança tem que ser feita, sob pena de incorreremos num quadro perigoso de anomia.

Ora, não se pode admitir que um poder constituído, como o Judiciário Trabalhista, ignore que um número expressivo de trabalhadores deste país atuam em situações diferentes das descritas na CLT, que houve uma mudança radical da realidade no mundo do trabalho, e continue a decidir com base num padrão normativo **alterado por emenda constitucional**.

Por isso, não tenho dúvidas de que, embora respeitáveis os doutrinadores que contribuíram para a interpretação do marco regulatório que vigorou no século XX, este modo de pensar é insuficiente para entender a crescente complexidade da realidade do novo século que ora se inicia.

Não se trata de escolha ou preferência, mas de um dever.

O cidadão brasileiro tem direito a uma prestação jurisdicional justa e eficaz, que analise o conflito trabalhista **como ele é, como ele se apresenta na realidade, e**

<sup>3</sup>Canotilho, J.J. Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição - pág. 1086

<sup>4</sup>Barroso, Luis Roberto - O controle da constitucionalidade no direito brasileiro - Editora Saraiva -

<sup>5</sup>Bonavides, Paulo - Curso de Direito Constitucional - Malheiros Editores

<sup>6</sup>Silva, José Afonso da - Manual da Constituição de 1988 - Malheiros Editores

<sup>7</sup>Larenz, Karl - Metodologia da ciência do direito.

<sup>8</sup>Hesse, Konrad - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha - pág 55

não como os doutrinadores gostariam que se apresentasse.

**A aderência do padrão normativo à realidade, que deve ser disciplinada, é condição de legitimidade para o exercício da jurisdição.**

A decisão judicial se destina a resolver um problema concreto, de um homem de carne e osso, e as análises doutrinárias e jurisprudenciais tem que ter esse compromisso com a realidade, não podem se perder em divagações etéreas do passado, sob a perspectiva de um modelo organizacional e produtivo que deixou de existir.

Além disso, fica cada vez mais evidente que o novo modelo normativo conferiu ao juiz poder expressivo, não só para interpretar, mas também para complementar o enunciado da norma. A jurisprudência passa a ter importância fundamental, para promover a regulamentação inclusiva do trabalhador, assim considerado em sua acepção ampla, mesmo que não inserido numa relação empregatícia.

Em virtude disso, além de fundada na convicção, a decisão passa a ser pautada também pelo dever de responsabilidade, pelos efeitos que gera no comportamento não só das partes que integram um processo, mas em todo o meio social em que o trabalho se desenvolveu.

A ética da responsabilidade se soma à ética da convicção, e o julgador passa a ter cada vez mais consciência da repercussão de suas decisões.

Com efeito, a inexistência de uma legislação infraconstitucional, que regulamente de forma ampla as novas competências trazidas pela EC 45, torna necessária uma atuação jurisdicional mais efetiva, seja no diagnóstico preciso do cerne dos conflitos, seja no oferecimento de soluções. Trocando em miúdos, a alteração da norma trabalhista contará, cada vez mais, com a jurisprudência como importante fonte de direito,

para que o novo modelo de normatividade promova a inclusão, no ordenamento, também do trabalhador não assalariado, principalmente quando a realidade revela que há uma nova forma de trabalhar, marcada essencialmente pela fragmentação, pela multifuncionalidade, que não dispõe mais de espaço para a operação da grande fábrica.

### **3. AS ALTERAÇÕES MAIS SIGNIFICATIVAS PARA O DIREITO TRABALHISTA**

O primeiro dado relevante, a merecer destaque quando se analisa a EC 45, é que houve uma mudança estrutural no parâmetro de fixação da competência, que agora está focado na matéria. Liebman já explicava que<sup>9</sup> “a competência pela matéria é estabelecida segundo a natureza da causa”. Deste modo, a “prestação de trabalho” passa a ser considerada como a matéria que determina a competência de uma Justiça Especializada, pouco importando o tipo de vínculo jurídico estabelecido entre as partes.

E tal ocorre porque a alteração da realidade fática assim exige. A prestação de um trabalho pessoal, em benefício do outro, configura um cerceamento da liberdade do prestador. Ao alienar sua força de trabalho, o trabalhador aliena junto a sua própria pessoa, a sua própria liberdade, abdicando-se de um lapso temporal de sua vida, em benefício dos interesses de outrem.

O direito do trabalho não visa garantir apenas a igualdade dos que trabalham sob as mesmas condições. Trata também de preservar a liberdade de quem trabalha, ou seja, de fixar balizas para garantir que o desempenho de uma atividade, desenvolvida como necessária para possibilitar a subsistência, não restrinja a liberdade e a vida do trabalhador, além de determinadas balizas legais. Por isso, limite de jornada não pode ser entendido como direito restrito do empregado, devendo ser considerado de forma mais ampla em relação também a todo trabalhador. E isso porque, ao limitar a duração da

<sup>9</sup>Liebman, Enrico Túlio - Manual de Direito Processual Civil - volume I - pág 67

jornada a um determinado número de horas diárias, o direito do trabalho garante ao trabalhador o direito de viver sua própria vida, a liberdade para viver as demais horas como quiser, guiado pelos seus próprios interesses. Sob tal perspectiva, trata-se de preservar um direito fundamental, o direito à vida por inteiro, o direito de ir e vir.

Como ressalta Alice Monteiro de Barros<sup>10</sup> a “situação jurídica na qual o homem livre subordina-se a outro, deriva-se da relação que existe entre trabalho e propriedade. A propriedade atrai a força de trabalho e permite que seu titular a dirija, pois os frutos desta atividade lhe pertencem, como também os riscos do empreendimento econômico”.

Assim, no contrato de emprego a atividade laboral independe do resultado. Há a utilização de matéria-prima, e dos instrumentos de trabalho da empresa, que assume os riscos do negócio. O empregador controla as atribuições inerentes a função a ser realizada, e o modo de realizá-la, pois detém o controle total daquele que atua como parte integrante da organização empresarial.

Ante a nova realidade fática, que exige intenso investimento na concepção, e uma massa maior de atividade intelectual do trabalhador, este controle deixa de obedecer aos contornos supra referidos, e os elos de subordinação passam a ser substituídos pela coordenação, com diversas e diferentes variáveis. Não há subordinação como no contrato de emprego, mas diferentes modalidades de contratos, prestados com diferentes graus de liberdade negocial, a exigir diferentes graus de tutela, dependendo do nível de controle de uma parte sobre a outra. Alice lembra do conceito de trabalho parassubordinado, edificado na Itália, frisando que a “instituição do trabalho parassubordinado, ao lado do trabalho autônomo e do trabalho subordinado implica, sem dúvida, redimensionamento do Direito do Trabalho. Em primeiro porque, se esses trabalhadores estão fugindo da esfera tutelar do direito do Trabalho, o correto será estender-lhes o seu âmbito de aplicação e ‘per-

seguir os fugitivos’ como alerta Uriarte na hipótese de burla à subordinação jurídica. Afora dessa hipótese, é necessário definir, para as situações de trabalho humano parassubordinado, a extensão dessa disciplina, analisando quais institutos seriam devidos ao trabalhador”.

### 3.1 A priorização da matéria como critério definidor de competência

Ao instituir a matéria como principal critério definidor de competência, o novo artigo 114 da CF/88 quebra tradição secular no direito brasileiro, e confere unidade às instituições que detém atuação jurisdicional no mundo do trabalho.

Não obstante a questão referente à abrangência dos entes de direito público estar *sub judice*, pendente de julgamento no STF, todos os demais incisos apontam nesta direção. Não é por outra razão, que foram trazidos ao âmbito do judiciário trabalhista, os pleitos que envolvem direito de greve, as ações sobre representação sindical, mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, as relativas às penalidades administrativas impostas pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho, além da execução de ofício das contribuições sociais.

### 3.2 O direito como sistema

A alteração constitucional elimina a pulverização dos órgãos reguladores e consolida um **sistema**, que coloca a Justiça do Trabalho como órgão competente para julgar as questões referentes ao trabalho, independentemente do regime jurídico adotado, da natureza das pessoas, ou do tipo de regulamentação que rege os institutos e órgãos envolvidos.

Antes, a análise estava centrada num contrato de trabalho, celebrado sob um único tipo de vínculo, o empregatício/subordinado.

Agora, passa a abranger todo o tipo de contrato de trabalho, independentemente da natureza jurídica do vínculo que o formata e, mais do que isso, disciplina os efeitos des-

<sup>10</sup>Monteiro de Barros, Alice - Curso de Direito do Trabalho - Editora LTR - 2005 - págs 257 a 264.

ta contratação, no que se refere as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, as contribuições sociais dela decorrentes, a atuação sindical, os mandados de segurança, *habeas corpus e habeas data* que com este se interrelacionam.

Nesse passo, a contratação trabalhista não pode mais ser analisada como fenômeno isolado, que interessa apenas aos dois pólos de uma relação jurídica, pois gera efeitos em todo o sistema. Em decorrência de sua experiência em julgar conflitos de conotação coletiva, que envolvem macrolésões, a Justiça do Trabalho tem condições para aquilatar as reais dimensões de uma lide trabalhista em seu conceito amplo, superando o viés reducionista de uma decisão jurídica apenas centrada na análise de um determinado contrato, passando a considerar também os demais pontos de sustentação do sistema normativo, o que representa um avanço significativo para a efetividade das decisões.

Com efeito, a tendência anterior de conferir ao direito do trabalho apenas a natureza empregatícia leva um duro golpe, pois passam a ser consideradas novas modalidades contratuais, suas especificidades e repercussões também em questões de direito público, constitucional e administrativo, face ao reconhecimento da importância do trabalho como valor fundante da república (artigo 1º CF/88). Assim, logo se percebe que não adianta condenar reiteradamente determinada empresa, a pagar horas extras em vários processos individuais, se não for conferida efetividade às penalidades administrativas, impostas pela fiscalização trabalhista, pois é preciso desestimular a prática lesiva como um todo, e a reiteração do ilícito em relação a outros empregados, mesmo que não estejam configurados como autores de uma reclamação trabalhista. A cominação de multas, e sua efetiva cobrança, pode funcionar neste sentido.

É uma ampliação de perspectiva, que deixa de focar apenas a conduta ilícita já praticada e discutida nos autos de um processo judicial, passando a analisar a questão de maneira mais abrangente, visando à intensificação de cominações repressivas, que possam reduzir essa lesividade também em relação aos que não integram a lide judicial, como vacinas que vão conferir maior poder de imunidade ao tecido social, estimulando a formação de anticorpos gerados pelo próprio sistema.

Desse modo, passa a existir uma atuação coordenada e modernamente articulada em rede, entre os vários setores de um

mesmo sistema, fundado no trabalho como valor, o que contribui de maneira significativa para impedir que, aquele que dependa de seu trabalho para sobreviver, tenha que se sujeitar a um estado de submissão e menoridade como cidadão, independentemente da natureza jurídica do vínculo laboral existente.

Se à primeira vista o ângulo de abrangência parece assustar a muitos pela sua amplitude, logo se percebe que ela é necessária, notadamente se for sustentada por dois pilares importantes. Um deles consiste

*“Um deles consiste em reconhecer que a competência para processar e julgar um número maior de lides, cujas matérias são correlatas à questão trabalhista, confere ao ordenamento maior operabilidade, evitando os gargalos que provocam insegurança jurídica. O outro, em constatar que é imperioso reduzir o nível subjetivo e ideológico, priorizando os parâmetros científico-jurídicos no enfrentamento das matérias controvertidas.”*

em reconhecer que a competência para processar e julgar um número maior de lides, cujas matérias são correlatas à questão trabalhista, confere ao ordenamento maior operabilidade, evitando os gargalos que provocam insegurança jurídica. O outro, em constatar que é imperioso reduzir o nível subjetivo e ideológico, priorizando os parâmetros científico-jurídicos no enfrentamento das matérias controvertidas.

### 3.3 A Constitucionalização do Direito do Trabalho

Assim, para bem entender as alterações trazidas pela Emenda Constitucional 45 na seara trabalhista, é imprescindível trazer à colação o pensamento de Canotilho, já

anteriormente referido, quanto aos princípios reitores da interpretação da norma constitucional. Como lembra Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>11</sup>, o princípio é “por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”... por isso, violar “um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos”.

Entre os mais relevantes, podemos destacar:

- a - o princípio da unidade- A Constituição não é um amontoado de normas justapostas mas, sim, um conjunto centrado numa determinada concepção. No caso, está focada na idéia de que todo trabalho desenvolvido por uma pessoa física, que por ele recebe uma contraprestação, deve ser objeto de tutela por uma Justiça Especializada.
- b - o princípio do efeito integrador- as soluções devem ser buscadas com base em critérios, que favoreçam a integração das diversas esferas de regulação, de modo que a solução de um conflito não pode levar ao surgimento de outro questionamento, mas deve ser buscada de tal forma a impedir que surjam novos problemas.
- c - princípio da máxima efetividade- a norma constitucional deve ser interpretada no sentido de levar ao cumprimento mais eficaz das demais normas postas pelo sistema.

d - princípio da concordância prática ou harmonização- segundo o qual é preciso distinguir e coordenar a aplicação do sistema regulatório dos bens jurídicos em conflito, a fim de se evitar o sacrifício de uns em relação aos outros. Assim, se passarmos a atribuir à Justiça do trabalho a competência para julgar relações de consumo, como compatibilizar a proteção que a lei trabalhista confere ao trabalhador, com a proteção que a lei 8.078/90 (CDC) garante ao consumidor?

A análise de tais matérias leva à necessidade de atentar para o conceito de proporcionalidade, ao qual Willis Santiago<sup>12</sup> também se refere como o “mandamento da proibição de excesso”, bem como ao princípio da eficiência que, no magistério de José Afonso da Silva<sup>13</sup>, “consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação dos serviços públicos de qualidade”, o que implica em tratar também das regras definidoras de competência, pois “o bom desempenho das atribuições de cada órgão ou entidade pública é fator de eficiência em cada área da função governamental”.

### 3.4 Um caminho já delineado

Embora a Justiça do Trabalho tenha sido constituída para julgar predominantemente as relações empregatícias, antes da edição da EC 45 o ordenamento infraconstitucional já lhe atribuía competência para julgar conflitos de outra natureza, tais como os que se verificavam:

- a - entre trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços- artigo 643 *caput* da CLT
- b - entre trabalhadores portuários e o OGMO- parág. 3º do artigo 643 CLT
- c - resultantes de contratos de empreitada em que o empreiteiro seja operário ou artífice- artigo 652 III CLT
- d - trabalhadores rurais não inseridos no conceito de empregados- artigo 17- lei 5889/73.

<sup>11</sup>Bandeira de Mello, Celso Antonio - Elementos de Direito administrativo - RT, 1991, p.p. 299/300)

<sup>12</sup>Guerra Filho, Willis Santiago - Processo constitucional e direitos fundamentais - 2ª edição revista e ampliada - Celso Bastos Editor - São Paulo 2001 - pág 62

<sup>13</sup>Silva, José Afonso - Curso de Direito Constitucional

As intensas alterações culturais, sociais e econômicas, que se processaram com ritmo acelerado a partir da 2ª metade do século XX, foram reduzindo a um universo cada vez menor o trabalho assalariado com vínculo empregatício. A grande diferença é que não se trata apenas de uma mudança conjuntural, mas sim de uma alteração estrutural, que pouco tempo atrás provocou questionamento relevante, quanto a desnecessidade de manter uma justiça especializada com competência cada vez mais reduzida, quando um número considerável de trabalhadores estava fora de seu alcance jurisdicional.

Tal situação levou à constatação fática de um número cada vez mais elevado de trabalhadores, cujas relações laborais se situam numa zona *grise*, que por um lado revela a inexistência de subordinação nos moldes celetistas, e por outro lado demonstra a fragilidade do prestador de serviços, pessoa física em face do tomador, o que anteriormente só permitia a abordagem simplista maniqueísta, não tendo o juiz outra opção senão dar a integralidade do vínculo empregatício, ou não dar nada, julgando a ação improcedente.

O risco de sentenças antagônicas em relação a trabalhadores que se ativavam lado a lado, algumas concedendo, outras negando o vínculo, gerava insustentáveis situações de injustiça, que perigosamente comprometiam a legitimidade da atuação jurisdicional, reduzindo a eficácia do sistema, e comprometendo sua operabilidade, exigindo a ampliação da diretriz já sinalizada quanto à ampliação de competências, para que novas, e adequadas respostas, pudessem ser oferecidas às novas demandas.

#### **4. A NOVA IDENTIDADE NÃO PRESENTE DAS CARACTERÍSTICAS PECULIARES**

Assim, o escopo da reforma consistiu em assegurar as condições necessárias, para que a Justiça do Trabalho mantivesse suas características peculiares, possibilitando que os demais trabalhadores também

pudessem usufruir de um órgão jurisdicional comprometido com:

- A CELERIDADE
- REJEIÇÃO DOS FORMALISMOS INÚTEIS
- A PREOCUPAÇÃO DE EFETIVAMENTE RESOLVER O CONFLITO REFERIDO NA LIDE EM JULGAMENTO E NÃO APENAS O PROCESSO
- A INCONTESTE CAPACIDADE DE CONSIDERAR A EQUIDADE COMO FONTE DE DIREITO - NOTADAMENTE PARA SOLUÇÃO DE SITUAÇÕES-LIMITE
- A SENSIBILIDADE COM OS DESDOBRAMENTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA DECISÃO QUE DESBORDA OS ESTREITOS LIMITES DO PROCESSO.

O fato de ainda não existir regulamentação infra-constitucional quanto ao estabelecido nos novos incisos do artigo 114 da CLT, não pode levar a paralisante conclusão de que se trata apenas de norma programática como alegam alguns.

Pelo contrário. Concede ao juiz a possibilidade de participar ativamente da edificação de novos enunciados de normatividade. Assim, ao invés de impedir, estimula a ação jurisdicional, conferindo aos juízes o poder/dever de verdadeiramente complementar o comando normativo, e não apenas de interpretar uma norma que já está posta. E tal não ocorreu apenas em relação à área trabalhista. O novo Código Civil evidenciou de maneira clara que esta nova diretriz veio para ficar, abrangendo todo o ordenamento, como demonstra por exemplo o artigo 421, ao estabelecer que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, cabendo ao juiz, ante as especificidades do caso concreto, apurar quais são esses limites, e em que consiste essa função social, alçada legalmente como condição de validade do próprio contrato

## 5. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DA RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO EMPREGATÍCIA

Como ressalta Lopes de Andrade<sup>14</sup>, as alterações trazidas pela EC 45/2004 representam um passo importante na construção de um novo marco regulatório do mundo do trabalho, objetivando dar um sentido e uma prioridade à liberdade do trabalho humano, contrapondo-se ao viés tradicional e exclusivista que anteriormente restringia tal aplicação apenas ao trabalho subordinado.

Com efeito, se antes a expressão “relação de trabalho” era entendida no sentido de *locatio operis* (direito civil), como matriz contraposta ao do *locatio operarum* (previsto na CLT), a nova redação, imposta pela EC 45 ao inciso I do artigo 114 da CF/88, estabelece uma nova conceituação, que agrupa ambas.

Assim, nesta fase em que estamos tentando fixar rumos e caminhos, que propiciem a correta conceituação da expressão “contrato de trabalho”, é necessário fixar parâmetros pautados por critérios científico-jurídicos, entre os quais podem ser destacados:

- a - a necessidade de ocorrer prestação de serviços por uma **pessoa física**, que destes participa **diretamente**, ainda que conte com a ajuda de terceiros, elemento que a doutrina já considerava ao tratar da pequena empreitada. (artigo 652-III CLT).

Sob tal perspectiva estão **excluídos** o fabricante, fornecedor, *entes despersonalizados* que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção e transformação artigo 3º- lei 8.078/90

Importante destacar a necessidade de considerar o princípio da primazia da realidade no que se refere a certas situações, como a dos representantes comerciais entre outras,

em que a constituição de uma pessoa jurídica se dá por imposição da entidade contratante, ou para auferir benefícios fiscais, mas ocorre de forma fictícia, pois a prestação de serviços na realidade é feita apenas pela pessoa física.

### b - onerosidade

Ao disciplinar o contrato de prestação de serviços, o artigo 594 do Código Civil assim considera toda espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, contratado “mediante retribuição”. Portanto, estabelece que um dos requisitos necessários para sua configuração consiste na existência de uma retribuição feita ao prestador. Deste modo, se houver gratuidade e não ocorrer retribuição, não haverá contrato de trabalho.

### c - profissionalidade

Embora alguns doutrinadores façam menção à profissionalidade como requisito, não comungo deste entendimento. Numa realidade que exige um trabalhador cada vez mais multifuncional, a prestação pode ocorrer mesmo por quem não detém uma determinada profissionalidade, de modo que sua inexistência, quando comprovada a prestação laboral onerosa, não afasta a configuração de um contrato de trabalho

### d - O objeto preponderante é a própria atividade

O contrato de trabalho é essencialmente um contrato de atividade. Entretanto, como acontece com toda regra, há exceções como a empreitada, que consiste num contrato de trabalho de resultado. Porém, constitui exceção que apenas confirma a regra.

<sup>14</sup>Lopes de Andrade Everaldo Gaspar - Direito do trabalho e pós-modernidade - Fundamentos para uma teoria geral Editora LTR - 2005 - pag 356

#### e - A continuidade

Não se pode confundir atividade com continuidade. Se a continuidade é exigível para configurar o vínculo de emprego, tal não ocorre quando se trata de um contrato de trabalho, cuja existência se revela mesmo quando inexistente a continuidade.

Grupo de juízes que participaram de recente debate promovido pela Escola da Magistratura do TRT 15, num encontro realizado em Campinas, considerou a pessoalidade física e a contraprestação (que tenha ou não expressão econômica), como os principais requisitos que caracterizam as relações de trabalho submetidas à competência desta Justiça Especializada, tendo a maioria rejeitado a continuidade.

#### f - A não-eventualidade

O mesmo ocorre com a não eventualidade. Diferentemente do que ocorre com o vínculo de emprego (artigo 3º da CLT), ela não é necessária para configuração de um contrato de trabalho, que pode ocorrer mesmo quando há prestação de trabalho eventual.

## 6. AS DIFERENÇAS ENTRE RELAÇÃO DE TRABALHO E RELAÇÃO DE CONSUMO

6.1 O conceito da relação de trabalho é diferente do conceito de relação de consumo

Ao fixar a competência da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar relações de trabalho, a EC 45 aí incluiu as relações de consumo?

Inicialmente, é preciso considerar que a lei 8.078/90 foi editada com o escopo de estabelecer normas de proteção e defesa do

consumidor, excluindo expressamente as “relações de caráter trabalhista”, de sorte que este balizamento não pode ser desconsiderado, colocando no lugar do consumidor o prestador de serviços, pois tal se constituiria numa aberração jurídica, que logo se revelaria insustentável, sob pena de tornar letra morta os princípios da unidade e de efeito integrador do sistema.

A relação consumerista continua sob a competência da Justiça Comum, e ocorre quando estiverem presentes os seguintes elementos:

De um lado o **fornecedor.**

**Pessoa física, jurídica, ou entes despersonalizados** que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços - artigo 3º - lei 8.078/90.

De outro lado, o **consumidor, protegido** pela lei 8078/90 “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final**, sendo que nos termos do artigo 2º, do parágrafo único - “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Como bem explica Dallegrave Neto<sup>15</sup>, o grande critério definidor consiste em apurar a seguinte distinção: se o trabalhador é contratado para possibilitar a viabilização econômica de certo empreendimento, há uma relação de trabalho. Se o trabalhador oferece seus serviços ao público em geral, e o tomador beneficiado for o usuário final (consumidor), não há uma relação de trabalho, mas uma relação de consumo, pois este se constitui em seu objetivo final. Otávio Amaral Calvet<sup>16</sup> também defende essa diretriz, explicando que “a relação de trabalho não ocorre entre o trabalhador e o usuário final do serviço”.

<sup>15</sup>Dallegrave Neto, José Affonso - Primeiras linhas sobre a competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do Judiciário - in Nova Competência da Justiça do Trabalho - coordenadores Grijalbo F. Coutinho e Marcos Neves Fava - Editora LTr - 2005.

<sup>16</sup>Calvet, Otávio Amaral - “A nova competência da Justiça do Trabalho: relação de trabalho x relação de consumo” - Revista LTRjaneiro de 2005 - págs 55/57

Assim, haverá relação de trabalho quando houver:

De um lado o trabalhador. Prestador de serviços, pessoa física.

De outro lado o fornecedor, fabricante, pessoa física, Jurídica, ou entes despersonalizados que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção e transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços - não é o destinatário final.

#### Inclui

- 1 - advogado e escritório de advocacia
- 2 - médico e hospital
- 3 - motorista de táxi e empresa que explora essa atividade econômica
- 4 - corretor de imóveis e empresa de corretagem
- 5 - corretor de seguros e seguradora
- 6 - representante comercial e tomador de serviços
- 7 - transportador autônomo e empresa de transporte
- 8 - parceiro ou arrendatário rural e proprietário

Inclui também - como exceção à regra geral

- diarista-residência
- pequena empreitada - artigo 652 CLT

#### Exclui

- 1 - advogado / cliente
- 2 - médico / paciente
- 3 - motorista de táxi e cliente
- 4 - corretor de imóveis e cliente
- 5 - corretor de seguros e cliente

## 7. DIREITO MATERIAL APLICÁVEL NUMA RELAÇÃO DE TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Quanto ao direito material, resulta inequívoca a aplicação das leis específicas que regem diferentes tipos contratuais, o Código Civil quanto ao disposto nos artigos 593 a 609, mais os que estabelecem regramento genérico como o artigo 477 do NCC quanto ao *exceptio non adimpleti contractus*, em caso de descumprimento da obrigação por um dos contratantes, e o constante do artigo 478 que disciplina a onerosidade excessiva.

Os contratos de trabalho regidos pelo Código Civil deverão observar os princípios estabelecidos quanto à boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, bem como que a "liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato", sendo os contratantes obrigados a guardar assim na conclusão do contrato, como em sua execução, a probidade e boa-fé. Ressalta Fabrício Zamprogná Matiello<sup>17</sup> que, além das sanções específicas, contidas na legislação para o caso de transgressão a estes últimos requisitos, pode-se afirmar que ao julgador é facultado interpretar as cláusulas contratuais nos limites impostos pelo ordenamento, com viés mais favorável "a quem agiu com bom espírito, em detrimento daquele que se portou inadequadamente, sob o prisma da lisura procedimental exigida dos contraentes".

Por outro lado, é crescente o questionamento quanto à aplicação do artigo 7º CF/88, notadamente em relação aos direitos assegurados aos "trabalhadores", que por isso não poderiam mais ser entendidos como privativos dos empregados, tais como:

- 1 - Salário (valor mínimo, irredutibilidade, proteção, piso profissional)
- 2 - Pagamento do trabalho noturno superior a do diurno.
- 3 - Limite diário e semanal de duração da jornada contratada

<sup>17</sup>Matiello, Fabrício Zamprogná - Código Civil comentado - Editora LTR - São Paulo-2003

- 4 - Observância das normas referentes a segurança e saúde na prestação do trabalho.

Diferentemente ocorre em relação a férias (artigo 129 CLT), 13º salário (lei 4090), DSR (lei 605) e FGTS (lei 8.036/90), pois estabelecidos como direitos inerentes a um vínculo de emprego. Porém, nada impede que, de *lege ferenda*, possam ser considerados na edificação de um novo modelo protetivo, que venha beneficiar aos trabalhadores não empregados, com observância das especificidades de cada tipo de contrato.

Há projeto de lei no Congresso Nacional (PL 6.671/02) que visa alterar o artigo 652 da CLT. No entanto, como sua tramitação teve início antes da promulgação da EC 45, que trouxe alterações significativas para a questão, penso que o debate deve ser ampliado, para abranger a discussão também quanto aos direitos trabalhistas referentes às relações não empregatícias, ante as normas constitucionais e o deslocamento de competência para esta Justiça Especializada.

## 8. DIREITO PROCESSUAL APLICÁVEL NUMA RELAÇÃO DE TRABALHO SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

Ao discorrer com propriedade sobre direito processual, Cândido Dinamarco<sup>18</sup> ressalta que, apesar do direito processual ostentar autonomia reconhecida, e ter sua “localização em plano distinto daquele ocupado pelo direito material, não significa que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques,” não só porque o processo é uma “das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da justiça em casos concretos” mas, também, porque há “faixas de estrangulamento, ou momentos de intersecção, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico”, pois na verdade “todo o sistema

processual constitui reflexo da ordem jurídico-material, à qual é instrumentalmente conexo”. Deste modo, ficaria sem sentido o deslocamento de competência da Justiça Comum para a Trabalhista, sem a adoção do rito que lhe é próprio.

Nesse passo, em relação às regras processuais parece haver certa consonância, no sentido de que deve ser priorizada a trabalhista, exceto quando incompatível, por se considerar que a técnica, os procedimentos e os fundamentos do direito processual trabalhista são distintos, e mais adequados para disciplinar o trâmite do conflito trabalhista, assegurando certos particularismos de vanguarda, como já assinalava Américo Plá Rodrigues<sup>19</sup>. Com efeito, o valor de certas regras procedimentais próprias, que desde a origem distinguiram o processo trabalhista, passou a ser cada vez mais reconhecido pelo direito processual comum, com a adoção de certos institutos, que antes lhe eram exclusivos. Ademais, radicalmente comprometido com a priorização da celeridade, simplicidade, gratuidade e impulso de ofício, também oferece instrumentos que possibilitam o processamento jurisdicional mais eficaz, dos conflitos coletivos e das macro-lesões, cada vez mais freqüentes no mundo do trabalho, mesmo naquele não pautado pelo vínculo empregatício.

## 9. OS PRINCIPAIS BENEFÍCIOS

Embora se denote uma certa resistência no meio jurídico, o que é natural num momento de mudanças, é preciso ressaltar a grande contribuição trazida pela EC 45/2004 na seara trabalhista, principalmente por propiciar os seguintes benefícios:

- 1 - unidade de jurisdição;
- 2 - sistematização científica;
- 3 - maior eficácia do Direito como balizador de conduta no mundo do trabalho;

<sup>18</sup>Dinamarco Cândido Rangel - Instituições de Direito Processual Civil - Malheiros Editores - 2005 - págs 61/62/65/66 Editora LTR - SP - 1992.

<sup>19</sup>Plá Rodrigues, Américo - Visión Crítica del Derecho Procesal del Trabajo in Proceso do trabalho na América Latina

- 4 - efetividade da decisão do conflito trabalhista, analisado sob uma perspectiva mais abrangente (repressão das condutas lesivas- multas administrativas);
- 5 - garantia de acesso a uma Justiça Especializada, o que possibilita a adoção de regras específicas e adequadas para cada situação;
- 6 - ampliação do nível de proteção no mundo do trabalho como um todo e, portanto, um passo a mais para o cumprimento do escopo constitucional, quanto ao reconhecimento do trabalho como valor indispensável para a vida em sociedade;
- 7 - Otimização da função do direito para:
  - fixar critérios balizadores da conduta humana
  - promover a efetiva decidibilidade dos conflitos.

Num momento em que a sociedade brasileira passa por um período de turbulência em seu padrão normativo, marcado pela fragilidade dos parâmetros comportamentais e das regras de conduta, ao reconhecer o trabalho como critério definidor de competência e razão de ser de uma justiça especializada, a EC 45 é clarão de lucidez, que acentua o caminho rumo a uma sistematização científica do direito do trabalho. Nascido como contraponto ao direito civil, em relação ao qual delineou seus limites de aplicação, o direito do trabalho ultrapassa essa relação dual e amplia sua área de abrangência, passando a manter inter-relação mais estreita com outros ramos do direito, assim alargando o âmbito de sua autonomia científica.

Tal representa um avanço institucional de peso.

*“Num momento em que a sociedade brasileira passa por um período de turbulência em seu padrão normativo, marcado pela fragilidade dos parâmetros comportamentais e das regras de conduta, ao reconhecer o trabalho como critério definidor de competência, e razão de ser de uma justiça especializada, a EC 45 é clarão de lucidez, que acentua o caminho rumo a uma sistematização científica do direito do trabalho.”*

Com efeito, numa sociedade em que a malandragem, a esperteza e o compadrio sempre desempenharam um papel relevante, em que os interesses políticos e de ordem pública reiteradamente mantiveram uma relação incestuosa com os laços pessoais e familiares, erigir o trabalho como valor de sustentação representa um salto significativo, dando concretude a princípios fundantes da república. Com efeito, se antes era possível dizer que o “bom” profissional do direito era aquele que conhecia as “brechas”, que abriam caminho para o descumprimento da lei dentro da “legalidade”, hoje cada vez mais isso soa como heresia jurídica. O Direito passa a ser visto com mais seriedade, encarado como instrumento a ser efetivado para a construção de uma sociedade decente. Não porque o homem se tornou um anjo cândido e imaculado, mas porque do jeito que está não dá para viver. O caminho da decadência pessoal e social será irreversível.

Como resposta, para debelar o ambiente institucional de caos, como o que estamos vivendo, o Direito rompe com a tradição, e não só reconhece a moralidade como valor jurídico, mas também lhe confere

a condição de sustentação da própria legalidade, como alternativa de solução para a sociedade que deseja superar a permissividade corrosiva, que deteriora o ser humano e compromete o futuro da nação. A velha idéia de que o círculo de abrangência do direito é diferente do delineado pela moral, até hoje exaustivamente ensinada em faculdades de direito, se torna claramente ultrapassada e superada, porque rejeitada pela realidade da vida. Impossível sustentar a existência de uma lei despartada da moralidade que lhe é subjacente, que a identifica com os valores da sociedade, cujas relações visa regular.

Ao atribuir a Justiça do Trabalho com-

petência para processar e julgar relações de trabalho em sentido amplo, e não apenas as de vínculo empregatício, o artigo 114 se atrela ao disposto no artigo 1º da CF/88, erigindo uma sistematização jurisdicional para tratar da questão do trabalho, por reconhecer o seu valor como um dos pilares de sustentação do Estado brasileiro.

Ampliando a competência da Justiça Especializada, a EC 45 recompõe normativamente a fragmentação, que o capitalismo impôs aos diversos tipos de prestação do trabalho humano, guiado apenas por interesses econômicos. Abre a possibilidade do Direito retomar seu norte, priorizando a lógica jurídica em detrimento da lógica econômica, que insidiosamente tentava assumir o controle, pouco se importando com o valor institucional do trabalho humano, para a constituição e manutenção de uma sociedade decente.

Neste universo, a mudança de mentalidade dos juizes se revela fundamental, pois "o direito só será num determinado país, num determinado momento histórico, o que os juizes forem como homens". Como bem ressalta Sálvio de Figueiredo Teixeira<sup>20</sup> "ao juiz cabe dar a solução mais justa possível, integrando valorações pertencentes a legalidade positiva, com as valorações oriundas de crenças e convicções sociais, usos e costumes", seguindo a senda aberta por Recaséns Siches<sup>21</sup>, ao propor a "lógica do razoável" como método de interpretação, pautado não só pela lógica mas, também, por critérios de valorização das condicionantes históricas, sociais e econômicas da realidade fática que visa regular, considerando os textos legais não mais como comandos, que estabelecem uma única e determinada solução, mas como "guias na descoberta da solução justa".

Ao discorrer sobre o papel do juiz na aplicação da lei, Alípio Silveira traz à colação o pensamento de Kohler, para quem "a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Supor que há somente uma

interpretação exata, desde que a lei é publicada até os seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas um instrumento para se alcançar os fins humanos, para fomentar a cultura, para conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação", com o objetivo de erradicar a violência, estabelecer a estabilidade e a paz social, imprescindíveis para o aprimoramento do homem e o desenvolvimento da sociedade, de modo que a ação do juiz é essencialmente criadora.

Realmente, como bem ponderava Hauriou, "reduzir o direito a uma técnica é rebaixá-lo". Assim, é preciso entender a essência da Emenda Constitucional 45, particularmente quanto à necessidade do juiz do trabalho interpretar a lei, em conformidade com os desafios lançados por uma realidade fática cada vez mais complexa e cambiante, em que o mundo do trabalho amplia sua área de abrangência, e passa a impregnar as demais atividades humanas.

Diversamente do que ocorreu no século passado, no mundo de hoje o "tempo de trabalhar" não é mais um compartimento estanque, que tem hora para começar e hora para terminar. Sem perceber, estamos trabalhando todo o tempo e, por isso, o velho modelo do "vínculo empregatício celetista" se apresenta cada vez mais restrito a determinados segmentos. Ademais, em alguns destes novos modos de trabalhar houve significativa redução do espaço, anteriormente ocupado pelo modelo tradicional de subordinação, ocorrendo uma "coordenação dirigida", marcada por diferentes níveis de condicionamentos balizadores da atividade do novo trabalhador, o que impede a adoção de uma resposta unívoca, um *tamanho único*, que não se amolda aos diferentes tipos de relações contratuais.

Daí ser preciso reconhecer que a atuação do juiz não se restringe mais a interpretar a norma posta. É chamado a completar o próprio enunciado da norma, na cons-

<sup>20</sup>Teixeira, Sálvio de Figueiredo - O juiz- seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo - Li varia Del Rey Editora Ltda - Belo Horizonte - 1999 - pág 157 a 182

<sup>21</sup>Siches, Recaséns - Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable - México - 1971.

trução jurisprudencial de um novo modelo de direitos trabalhistas, garantidos com observância de diferentes especificidades também aos trabalhadores não empregados, que atuam em diferentes níveis e graus de dependência/coordenação.

E assim é porque, como bem destaca Sálvio de Figueiredo Teixeira, o “estado democrático de direito não se contenta mais com uma ação passiva. O Judiciário não é mais visto como mero poder equidistante, mas como efetivo participante dos destinos da nação responsável pelo bem comum. Os direitos fundamentais sociais, ao contrário dos direitos fundamentais clássicos, exigem a atuação do Estado, proibindo-lhe a omissão. Essa nova postura repudia as normas constitucionais como meros preceitos programáticos, vendo-as sempre dotada de eficácia em temas como dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, valorização do trabalho e da livre iniciativa, defesa do meio-ambiente e construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Foi-se o tempo do Judiciário dependente, encastelado e inerte. O povo, espoliado e desencantado, está a nele confiar e a reclamar sua efetiva atuação através dessa garantia democrática que é o processo, instrumento de jurisdição”, reflexão que se reveste de incrível importância e atualidade nos dias de hoje.

Caetano Lagrasta Neto<sup>22</sup> também caminha neste sentido, ao salientar que “não bastam leis onde faltem inteligências capazes de bem aplicá-las e de instrumentalizar o processo”, explicando que “mudar mentalidades é interpretar leis novas ou códigos antigos, de acordo com os direitos dos cidadãos e da sociedade”.

Kazuo Watanabe<sup>23</sup> lembra que, para a consolidação e aprofundamento dos avanços já alcançados, é preciso que o mundo jurídico brasileiro, através dos juízes, considere que houve “profunda mudança na re-

alidade sócio-política do país e nas leis processuais e materiais que procuram se adequar a essa nova realidade”. Chama atenção para a necessidade do Judiciário tomar consciência das novas funções que deve assumir, sob pena de criar obstáculo à atuação estabilizadora do direito, abrindo caminho para um perigoso vazio institucional, o que colide com o princípio constitucional da eficiência. Explica que fazer do jurídico, o justo, é o grande desafio da jurisdição. Para obtê-lo, é preciso priorizar a vontade normativa da nação sobre a atuação estatal, pois as normas e os valores da nação, albergados na Carta Constitucional, devem reger e balizar a interpretação das leis postas pelo Estado. Como ressalta Reginaldo Melhado, a “ampliação da competência da Justiça do trabalho poderá levar um pouco de seus princípios, para que todos os trabalhadores possam receber pelo menos parte dos direitos sociais garantidos pela Constituição Federal”.

Nesse passo também segue Márcio Túlio Viana<sup>24</sup>, explicando que “se a realidade hoje tem múltiplas faces, o Direito do Trabalho terá de refleti-las, para que possa, em seguida, refletir-se nelas, corrigindo suas maiores distorções. Nesse sentido, terá mesmo que ser flexível, tal como a nova empresa tem sido; mas mantendo firme seu princípio protetor, tal como ela faz com sua lógica de acumulação”. Por isso, reconhecer essa nova realidade “não significa, naturalmente, conformar-se mas interagir com ela, corrigindo-a na medida do possível e neutralizando os seus efeitos quando não houver outra saída. Assim o papel do direito do trabalho terá que ser bem maior do que já jamais foi. Ele servirá de costura a esses recortes de vida, com proteção variada e variável, mas sempre presente, e muito mais efetivo do que hoje”, pois o “foco da Justiça e do próprio Direito do Trabalho não é (ou não deve ser) a relação de emprego e, sim, qualquer forma de trabalho humano”.

<sup>22</sup>Lagrasta Neto, Caetano - Cidadania e Magistratura - in Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- nº 1- set/dez 1996 - Apamagis págs 177 a 182)

<sup>23</sup>Watanabe, Kazuo - Novas Atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade - in “Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- set/dez 1996 - págs 149 a 151

<sup>24</sup>Viana, Márcio Túlio - Relações de Trabalho e competência - esboço de alguns critérios - Revista LTR 69 - 06 - págs683 a 693

## 10. CONCLUSÃO

Se é verdade que até o advento da Constituição de 1988 o Judiciário era tido como um poder "menor", "recolhido e acanhado", a nova Carta veio ampliar sua área de abrangência. Abriu espaço para sua atuação mais efetiva e institucional, como o terceiro poder da república brasileira, responsável pela garantia dos direitos do cidadão, tornando cada vez mais insustentável o desprezo e o desdém, tão bem sintetizados na máxima varguista da "a lei, ora, a lei" que marcou todo um período de menoridade da cidadania.

Com efeito, apesar dos paradoxos que a marcaram, não se pode deixar de reconhecer que a Constituição Federal de 1988 foi a que mais valorizou o exercício da jurisdição. E não apenas isso. Criou novos direitos e sinalizou caminhos, para que o juiz pudesse sair da tradicional inércia, assumindo uma atuação propositiva na edificação de um Judiciário mais eficiente, descomplicado, preocupado em construir uma nova identidade, mais próxima da satisfação dos anseios da nação.

A Emenda Constitucional 45 exponenciou esta circunstância em relação ao Judiciário trabalhista, ao garantir o exercício do trabalho como uma atividade marcada pelos valores da igualdade e da liberdade, independentemente do regime jurídico adotado, fazendo valer a diretriz estabelecida no inciso IV do artigo 1º da Carta de 1988. Assim, a superação do trabalho empregatício, como único tipo contratual passível de tutela por uma Justiça Especializada, não significa a redução da proteção mas, pelo contrário, a possibilidade de edificação de um sistema mais eficaz, que assegure o exercício de qualquer modalidade de trabalho como valor constitutivo do conceito de dignidade pessoal e, também, como instrumento de edificação de uma sociedade mais decente. Tal tarefa assume proporção considerável por se tratar de um país continental, que congrega várias e diferentes realidades, num mundo do trabalho em que a relação contratual deixou de ser unívoca, passando a ser caracterizada por crescente complexidade e pluralidade, marcada por diferentes níveis de desigual-

dade e de subordinação, desde as mais acentuadas como no vínculo de emprego, até as mais tênues, em que muitas vezes as partes partilham ombro a ombro as mesmas tarefas, atuando em verdadeira parceria, sem subordinação, inexistindo ascendência de um sobre o outro.

Neste contexto é muito importante que a edificação de um novo marco normativo, comprometido com o princípio da proteção, deixe de se pautar por um discurso meramente acadêmico e verborrágico, dito e repetido de forma monocórdica e autista, sempre na mesma toada, ignorando as radicais transformações das últimas décadas, e reassuma seu compromisso com a realidade da vida, atento às diferentes e múltiplas condições em que o trabalho é efetivamente prestado, não fugindo ao enfrentamento das peculiaridades da questão a ser examinada, processada e decidida. Se por um lado é forte o apelo para manutenção do padrão doutrinário anterior, pois o conhecido é muito mais confortável do que o novo, cujos parâmetros precisam ser construídos, etapa por etapa, por outro lado é absolutamente necessário que se resista a esta tentação, pois ela poderá desencadear uma séria crise de legitimidade, além da perda de oportunidade ímpar para o aprimoramento da justiça trabalhista, como um dos pilares institucionais de sustentação da república brasileira.

E isso,convenhamos, é muito difícil.

Requer do julgador conhecimento histórico, econômico e sociológico dos valores postos pela nação. Requer, também, grandeza de espírito para reconhecer que, sobre suas paixões e ideologias pessoais, prevalece o padrão axiológico posto pela Constituição Federal para nortear a formação da convicção, no reexame de conceitos até então tidos como indiscutíveis, que insistem em manter a atenção presa ao passado, enquanto a sociedade deste país jovem, em que tudo está para ser construído, clama por uma atuação mais eficaz no presente, com os olhos postos no futuro, especialmente quanto à necessidade de garantir segurança jurídica, afastando um relativismo cada vez mais exacerbado, que fragmenta os alicerces do Direito e retira sua força normativa,

notadamente quando pretende reduzi-lo a um amontoado de "achismos" subjetivos, que se não for debelado pode levar o cidadão do século XXI a uma posição mais fragilizada do que qualquer súdito medieval.

Neste sentido, lembra Teubner<sup>25</sup>, que um dos problemas mais candentes da pós-modernidade é a autonomia do sistema jurídico. Não se trata de desconhecer a notória interconexão entre o "sistema jurídico e os restantes subsistemas sociais", mas de ressaltar que as "normas *extrajurídicas* só adquirem validade jurídica após a sua seleção pelo código interno próprio do sistema jurídico, e que, por outra banda, sempre que as normas jurídicas entram no cálculo de outros subsistemas, apenas o fazem porque as mesmas foram tidas como importantes à luz de critérios de relevância extra-jurídicos próprios do sistema em causa". Assim, embora o julgador deva se manter permeável às condicionantes históricas, sociológicas e económicas de seu tempo, não pode permitir que estas atuem como determinantes da decisão, que é sua atribuição específica, e deve ser pautada por um balizamento jurídico.

Admitir, que a falta de regras claras que definam os parâmetros desta seleção, e a dificuldade para distinguir o que é importante, do que se apresenta como urgente, possam levar todo o processo decisório a depender dos "humores subjetivos" de quem analisa, provoca uma instabilidade social nefasta, cada vez mais inaceitável, que pode erodir não só o direito como ciência mas, principalmente, sua função de sustentação da vida numa sociedade decente.

Ao procurar uma solução para um problema concreto, o jurisdicionado fica perplexo ao se defrontar com o juiz-filósofo, o juiz-sociólogo, o juiz-sindicalista, o juiz-economista, entre outros, que paradoxalmente deixa de reconhecer o valor normativo da

regra jurídica estabelecida pela nação, e passa a priorizar como balizamento de conduta as extrajurídicas, fixadas por outros subsistemas sociais, que deveriam apenas atuar como coadjuvantes do processo decisório, o que leva a insegurança e instabilidade.

O que o jurisdicionado quer, e tem direito de exigir, porque assim está posto na Carta Constitucional, é que seja preservado o lugar que o juiz tem de ocupar numa sociedade fundada no Estado de Direito, evitando que fique vazio, e possa ser ocupado por qualquer usurpador que estiver à espreita, muitas vezes travestido de pseudo legitimidade, o que na maior parte dos casos só fica evidente quando já houve um estrago institucional de grande monta.

O cidadão quer menos sofismas e menos adjetivos.

Quer mais substantivo.  
Quer o juiz.

A alteração promovida pela EC 45, em relação ao artigo 114 da CF/88, abre um caminho que liberta o ordenamento jurídico trabalhista de um passado que deixou de existir, embora alguns doutrinadores teimem em manter inalterado por medo de enfrentar o novo. Confere à jurisdição trabalhista um choque de realidade, colocando em suas mãos novas ferramentas, capazes de garantir a *humanitas*, contra a barbárie, no mundo do trabalho.

É preciso impedir que as vaidades pessoais, os interesses setoriais, e os pré-conceitos já estereotipados, abortem o nascimento de uma nova identidade, recortem e desfigurem o novo rosto, transformando-o numa caricatura.

Aceitaremos o desafio?

<sup>25</sup>Teubner, Gunther - O Direito como sistema autopoietico - tradução de José Engrácia Antunes - Fundação Calouste Gulbenkian - Lisboa

## 11. BIBLIOGRAFIA

- HEIDEGGER, Martin - Ser e tempo - tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback - Editora Vozes 2002.
- GADAMER, Hans Greorg -- O problema da consciência histórica - Edições Fundação Getúlio Vargas - Rio de Janeiro 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes - Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Livraria Almedina - Coimbra - Portugal - 5ª edição
- BARROSO, Luis Roberto - O controle da constitucionalidade no direito brasileiro - Editora Saraiva.
- BONAVIDES, Paulo - Curso de Direito Constitucional - Malheiros Editores.
- SILVA, José Afonso da - Manual da Constituição de 1988 - Malheiros Editores
- LARENZ, Karl - Metodologia da ciência do direito.
- HESSE, Konrad - Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.
- LIEBMAN, Enrico Túlio - Manual de Direito Processual Civil - volume I. - Forence - Rio
- MONTEIRO DE BARROS, Alice - Curso de Direito do Trabalho - Editora LTR - 2005
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio - Elementos de Direito administrativo - RT, 1991.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago - Processo constitucional e direitos fundamentais — 2ª edição revista e ampliada - Celso Bastos Editor - São Paulo 2001
- SILVA, José Afonso - Curso de Direito Constitucional - Malheiros Editores
- LOPES DE ANDRADE, Everaldo Gaspar - Direito do trabalho e pós-modernidade Fundamentos para uma teoria geral - Editora LTR - 2005.
- DALLEGRAVENETO, José Affonso - Primeiras linhas sobre a competência da Justiça do Trabalho fixada pela reforma do Judiciário - in Nova Competência da Justiça do Trabalho - cordenadores Grijalbo F. Coutinho e Marcos Neves Fava - Editora LTR -2005.
- CALVET, Otávio Amaral - "A nova competência da Justiça do Trabalho: relação de trabalho relação de consumo - Revista LTR janeiro de 2005 - págs 55/57
- MATIELLO, Fabrício Zamprogna - Código Civil Comentado - Editora LTR - São Paulo - 2003.
- DINAMARCO CÂNDIDO RANGEL - Instituições de Direito Processual Civil - Malheiros Editores - 2005.
- PLÁ RODRIGUES, Américo - Visión Crítica del Derecho Procesal del Trabajo in Proceso do trabalho na América Latina - Editora LTR - 1992.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - O juiz-seleção e formação do magistrado no mundo contemporâneo - Livraria Del Rey Editora Ltda - Belo Horizonte - 1999.
- SICHES, Recaséns - Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable-México - 1971.
- LAGRASTA NETO, Caetano - Cidadania e Magistratura - in Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- nº 1- set/dez 1996- Apamagis.
- WATANABE, Kazuo - Novas Atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e de reformulação da mentalidade - in "Revista da Escola Paulista da Magistratura - ano 1- set/dez 1996.
- VIANA, Márcio Túlio - Relações de Trabalho e competência - esboço de alguns critérios - Revista LTR 69 - 06.
- TEUBNER, Gunther - O Direito como sistema autopoietico - tradução de José Engrácia Antunes - Fundação Caloures Gulkenkian - Lisboa.



# EM DEFESA DA AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

JORGE LUIZ SOUTO MAIOR\*

“Que não é o que não pode ser que  
Não é o que não pode  
Ser que não é  
O que não pode ser que não  
É o que não  
Pode ser  
Que não  
É”.  
(O que – Titãs)

**Resumo:** Para a defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho formou-se uma enorme fileira de doutrinadores e juízes do trabalho, que basearam seus argumentos na idéia de que a Justiça do Trabalho possui uma vocação natural para a proteção do valor social do trabalho e da dignidade humana. Este texto pretende avaliar a autenticidade dessa idéia, instigando a sua concretização no que tange à nossa velha conhecida relação de emprego, apresentando 25 situações, nas quais, pelo menos até o momento, a jurisprudência trabalhista não levou a sério esta sua vocação, buscando verificar se na onda do realce da vocação protetiva da dignidade humana pode vir a ocorrer uma mudança radical nos rumos da jurisprudência a respeito dessas questões. Em suma, propõe-se uma “prova dos 25”, para saber se, efetivamente, esta vocação pode ser levada a efeito, ou se a alegação da proteção da dignidade humana, como forma de justificar a ampliação da competência, não passa de mera figura de retórica. O texto, portanto, deve ser entendido dentro de seu contexto desafiador e não, simplesmente, como uma tomada de posição, inconsequente, em defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho.

**Palavras-chave:** Competência; Justiça do Trabalho; Dignidade Humana; Ampliação da Competência; Valor Social do Trabalho.

\*Juiz do Trabalho, titular da 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí-SP. Professor da Faculdade de Direito da USP.

A ampliação da competência da Justiça do Trabalho, ditada pela EC Nº 45 de 2004, no que diz respeito à expressão “relação de trabalho”, tem suscitado muitas dúvidas e, por consequência, muitos debates. Das manifestações até aqui expostas podem ser divididas as posições adotadas em quatro correntes.

Para a primeira corrente, tudo que envolva trabalho, independe da natureza das pessoas envolvidas (natural ou jurídica) ou da forma da prestação do serviço, está, agora, sob a competência da Justiça do Trabalho.

A segunda corrente vai na mesma linha, apenas excluindo a tutela para os prestadores de serviços pessoas jurídicas. Admite, portanto, o processamento na Justiça de Trabalho de conflitos envolvendo relação de consumo, mesmo sem o critério da hipossuficiência do prestador ou da continuidade na relação.

A terceira, mais restritiva, além de exigir a personalidade na prestação de serviço, ainda estabelece como pressuposto da competência da Justiça do Trabalho, que o prestador de serviço esteja sob dependência econômica do tomador dos seus serviços ou que haja, pelo menos, uma continuidade nesta prestação.

A quarta corrente recusa à expressão “relação de trabalho”, trazida no inciso I, qualquer caráter inovador com relação ao que já constava do mesmo artigo 114 antes da edição da EC 45, ou seja, que continuariam na competência da Justiça do Trabalho apenas os conflitos decorrentes da relação de emprego.

Posicionei-me, inicialmente, nos moldes da terceira corrente, também chamada de restritiva, mas queria neste texto, publi-

camente, rever minha posição. Considerava que a melhor interpretação que se poderia dar à expressão “relação de trabalho”, para fins de determinar a competência da Justiça do Trabalho, seria uma interpretação restritiva, para atender a sua característica de ser uma justiça especializada, voltada a um conflito com peculiaridades próprias. Entretanto, lendo ou ouvindo as manifestações da primeira e da segunda correntes pude perceber que aqueles que, como eu, se recusavam a dar um sentido amplo à expressão passaram a ser considerados conservadores ou “reacionários”<sup>1</sup> e que estariam negando o princípio da dignidade humana aos profissionais liberais<sup>2</sup>; estariam deixando sem proteção jurídica e sem acesso à justiça várias pessoas que estão alijadas do mercado formal de trabalho<sup>3</sup>; e, por consequência, estariam impedindo que a Justiça do Trabalho, diante dos “novos paradigmas” da produção moderna, pudesse cumprir seu papel de dar plena efetividade ao princípio do valor social do trabalho, distribuindo a verdadeira justiça social<sup>4</sup>.

Por considerar que não devemos transformar esse debate em questão pessoal, como se buscássemos o mérito de estar com a razão, fechando-se para outros argumentos, à semelhança de um embate fundamentalista, que recusa avanços na perspectiva dialética, e, sobretudo, porque não quero, de maneira nenhuma, passar para a história como alguém que, de alguma forma, posicionou-se contra a efetivação do princípio da dignidade humana, não tenho nenhum tipo de constrangimento em dizer que os argumentos da corrente ampliadora convenceram-me. Revejo, assim, minha manifestação inicial.

Aliás, faço esta reconsideração com imensa alegria, primeiro, porque a partir de

<sup>1</sup> Cf. Hugo Cavalcanti Melo Filho, “Nova competência da Justiça do Trabalho: Contra a interpretação reacionária da Emenda n. 45-2004”, in *Justiça do Trabalho: competência ampliada*, coordenadores, Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo, LTr, 2005, p. 170-186.

<sup>2</sup> Cf. Arion Sayão Romita, in palestra proferida no 13º Congresso Goiano de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, realizado pelo IGT, nos dias 16 a 18 de junho de 2005.

<sup>3</sup> Cf. Gustavo Tadeu Alkimim, “Nova competência da Justiça do Trabalho – perspectivas de um juiz especial para uma Justiça Especial”, in *Justiça do Trabalho: competência ampliada*, coordenadores, Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo, LTr, 2005, p. 154.

<sup>4</sup> Cf. Grijalbo Fernandes Coutinho, “Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho: mudança que contraria o perfil conservador da reforma do Judiciário”, in *Justiça do Trabalho: competência ampliada*, coordenadores, Grijalbo Fernandes Coutinho e Marcos Neves Fava, São Paulo, LTr, 2005, p. 107.

agora não serei mais retrógrado, conservador ou reacionário e sim moderno e avançado, e, segundo, porque deixarei de encabeçar uma corrente, para ser um seguidor, engrossando a enorme fileira de doutrinadores e juizes do trabalho, que, com suas manifestações, deixaram clara a noção de que a Justiça do Trabalho possui uma vocação natural, que se reverte em autêntica missão, qual seja: a proteção do valor social do trabalho e da dignidade humana.

É claro que eu não poderia ficar de fora dessa, pois a partir de agora passa a ser justo antever um grande e motivador movimento de redenção da Justiça do Trabalho, com a difusão do compromisso que se está assumindo com o cumprimento da missão mencionada.

Este autêntico espírito altruísta, voltado à proteção do ser humano e do valor social do trabalho, certamente, fará com que a Justiça do Trabalho doravante:

a) proteja a dignidade humana dos profissionais liberais, conferindo-lhes acesso à célere prestação jurisdicional trabalhista, para cobrar seus honorários de empresas, clientes ou pacientes (mesmo em relações de consumo);

b) preserve, igualmente, a dignidade humana de empresas, clientes ou pacientes frente aos atos "repressores" dos profissionais liberais;

c) confira direitos trabalhistas (embora não todos, como se diz) a trabalhadores parassubordinados ou independentes, que se encontram no mercado informal.

Mas, pessoalmente, confesso, minha alegria de participar desse movimento é maior pela convicção de que esta vocação protecionista do valor social do trabalho e da dignidade humana, com realce ao princípio de que o homem não é mercadoria de comércio, certamente não se restringirá às novas relações de trabalho que agora vêm para a competência da Justiça do Trabalho,

repercutindo, igualmente, pelas mesmíssimas razões, na nossa velha conhecida: a relação de emprego.

Prenuncia-se, assim, um futuro bastante auspicioso da Justiça do Trabalho, também no que tange às relações de emprego, que terá como efeito:

a) a preservação do interesse público no reconhecimento da relação de emprego em relações de trabalho em que apenas se busca mascarar a exploração do capital sobre o trabalho. Esta nova Justiça, certamente, não se deixará impressionar pelas aparências enganosas dos ditos "novos paradigmas" do processo produtivo, pois sua vocação protecionista verá antes de tudo a necessidade da proteção do ser humano e não as "exigências do mercado". Ao cabo, declarará fraudulentas, reconhecendo a existência da relação de emprego (para a aplicação do modelo jurídico protetor do trabalho na sua potencialidade máxima e não parcialmente como se anuncia no que tange às relações parassubordinadas) nas hipóteses de mascaramento da exploração, tais como: cooperativas de trabalho; trabalhadores travestidos de pessoas jurídicas...

b) a necessária identificação da responsabilidade entre empresas nas produções realizadas com "cooperação" empresarial de forma horizontal, pois estas fórmulas muitas vezes se institucionalizam apenas para deixar o capital longe do trabalho, com o fim de dificultar a identificação da exploração. O capital se vale do trabalho, mas sem se mostrar às claras e, assim, acaba não tendo qualquer responsabilidade social. Mas, a Justiça do Trabalho, vocacionada, não se restringirá, por exemplo, a dizer que a pessoa que costura meias ou calçados em sua casa para uma outra pessoa, igualmente, miserável, tem direitos. Perseguirá a responsabilização da empresa que ostenta o capital e para quem, efetivamente, essas meias ou calçados são costurados. Aliás, conferirá proteção social,

*"Prenuncia-se, assim,  
um futuro bastante  
auspicioso da Justiça do  
Trabalho, também  
no que tange às  
relações de emprego."*

frente à grande empresa que está por detrás daquela atividade econômica, igualmente, àquele que apenas aparentemente detém a condição de "empresário"...

c) a revisão de vários de seus posicionamentos referentes a situações comuns nas relações de emprego, até porque se não se conseguisse efetivar a proteção do ser humano nas relações de emprego não seria possível supor que se o conseguiria realizar em outros tipos de relações de trabalho. Mas, como a ampliação da competência se baseia na adoção de uma nova postura protetiva, isto implicará mudanças na jurisprudência, especialmente, quanto a alguns aspectos, como os abaixo enumerados, de forma exemplificativa:

1. terceirização: claro esta nova Justiça vocacionada para a proteção do ser humano, saberá reconhecer o equívoco do enunciado 331, do TST, que transforma o empregado em coisa ("coisificação" do ser humano). Declarará nula qualquer tipo de intermediação de mão-de-obra, afirmando o vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços seja em atividade-fim, seja em atividade-meio, pois o ser humano não pode ser mercantilizado. A terceirização, assim, será restrita a prestações de serviços especializados, de caráter transitório, desvinculados das necessidades permanentes da empresa, mantendo-se, de todo modo, a responsabilidade solidária entre as duas empresas;

2. acumulação de adicionais: como o princípio é o da proteção do ser humano, consubstanciado, por exemplo, na diminuição dos riscos inerentes ao trabalho, não há o menor sentido continuar-se dizendo que o pagamento de um adicional "quita" a obrigação quanto ao pagamento de outro adicional. Se um trabalhador trabalha em condição insalubre, por exemplo, ruído, a obrigação do empregador de pagar o respectivo adicional de insalubridade não se elimina pelo fato de já ter este mesmo empregador pago ao empregado adicional de periculosidade pelo risco de vida que o impôs. Da mesma forma, o pagamento pelo dano à saúde, por exemplo, perda auditiva, nada tem a ver com o dano provocado, por exemplo, pela radiação. Em suma, para cada elemento insalu-

bre é devido um adicional, que, por óbvio, acumula-se com o adicional de periculosidade, eventualmente devido. Assim, dispõe, aliás, a Convenção 155, da OIT, ratificada pelo Brasil;

3. adicional de insalubridade sobre a remuneração: a eliminação dos riscos à saúde é um bem jurídico protegido constitucionalmente. O ideal é que por ações inibitórias se eliminem os riscos, mas não tendo ocorrido, a repercussão econômica deve ser a mais ampla possível, para justificar os investimentos que uma empresa teria que fazer para eliminar os riscos e não uma paga simbólica ao trabalhador pelo risco a que foi exposto. A Constituição, ademais, é clara neste sentido, fixando o direito ao adicional de remuneração pela insalubridade;

4. adicional de penosidade: até hoje doutrina e jurisprudência consideram o direito em questão como de norma constitucional de eficácia limitada. Na nova postura adotada pela doutrina e jurisprudência, de proteção da dignidade humana, tal entendimento não mais se justifica, pois, se pode a jurisprudência conferir direitos trabalhistas a quem não é empregado, com muito mais razão poderá ela conferir eficácia plena aos direitos já consagrados aos empregados, até porque não é difícil definir o que seja um trabalho penoso. Penoso é um trabalho que não apresenta riscos à saúde física, mas que, pelas suas condições adversas ao psíquico, acaba minando as forças e a alta estima do trabalhador, mais ou menos na linha do assédio moral. Aliás, o próprio assédio moral não é definido em lei e ninguém hoje dirá que não cabe ao trabalhador uma indenização por assédio moral. O trabalho penoso é uma espécie de assédio moral determinado pelas própria estrutura empresarial e não por ato pessoal de um superior hierárquico. Um exemplo, talvez, permita melhor a compreensão da idéia: outro dia fui a uma fábrica. As trabalhadoras faziam um serviço repetitivo durante oito horas por dia, sem previsão de rotatividade de tarefas, sem possibilidade de descanso e sem que tivessem sequer a visão da trabalhadora ao lado, porque envolvidas por um biombo trilateral. Se avaliada a situação sob a ótica da insalubridade e da periculosidade nada estava, pelo menos aparentemente, errado, mas o traba-

lho exercido daquela forma minava a trabalhadora por dentro, tanto que na própria avaliação do gerente de recursos humanos, só pessoas com baixíssima formação cultural se submetiam ao exercício daquele serviço...

5. horas extras ordinárias: as horas extraordinárias, prestadas de forma ordinária, trata-se de uma esdrúxula prática que interfere, obviamente, na saúde dos trabalhadores<sup>5</sup> e mesmo na ampliação do mercado de trabalho. Aliás, trata-se de uma grande contradição: no país do desemprego as empresas utilizarem-se, de forma habitual, da prática do trabalho em horas extras e pior, na maioria das vezes, sem o pagamento do adicional respectivo<sup>6</sup>.

O ato de uma empresa que exige horas extras, sem o respectivo pagamento, aos seus empregados, em princípio é apenas uma agressão aos direitos individuais desses empregados, cuja satisfação, portanto, deve ser buscada pelas vias normais da ação individual, ainda que em litisconsórcio ativo (dissídio plúrimo). Mas, se vista por outro lado, considerando a repercussão do custo da produção e a concorrência desleal que essa atitude provoca com relação a outras empresas do mesmo setor, que não se utilizam de tal prática, a prática em questão revela-se uma autêntica agressão consciente da ordem jurídica, surgindo o interesse social em inibi-la.

A inibição de tal prática tanto pode se dar por intervenção do Ministério Público do Trabalho, que pleitearia a sua paralisação por meio de ação civil pública, quanto pode ser imaginada pela interposição de ações com caráter indenizatório, movidas pelos empregados, para fins de desestimulá-la.

Importante explicar que a limitação ao adicional de 50%, para o pagamento das horas extras, somente tem sentido quando as horas extras são, efetivamente, horas extras, isto é, horas além da jornada normal, prestadas de forma extraordinária. Quando as horas extras se tornam ordinárias, deixa-se o campo da normalidade normativa para se adentrar o campo da ilegalidade e, neste

sentido, apenas o pagamento do adicional não é suficiente para corrigir o desrespeito à ordem jurídica.

6. gerentes e altos empregados (direito a horas extras): não se justifica a exclusão dos altos empregados dos direitos ao limite da jornada de trabalho, aos períodos de descanso (inter e entrejornadas), ao descanso semanal remunerado e ao adicional noturno, por previsão do artigo 62, II, da CLT. O problema é que este tipo de empregado (pressupondo, então, para fins de nossa investigação as situações fáticas e jurídicas em que o alto empregado se apresente como um autêntico empregado, isto é, um trabalhador subordinado) tem sido vítima, pelo mundo afora, de jornadas de trabalho excessivas. Eles estão, freqüentemente, conectados ao trabalho 24 horas por dia, 07 dias na semana, mediante a utilização dos meios modernos de comunicação: celular; pager; notebook; fax etc... Os altos empregados estão sujeitos a jornadas de trabalho extremamente elevadas, interferindo, negativamente em sua vida privada. Além disso, em função da constante ameaça do desemprego, são forçados a lutar contra a "desprofissionalização", o que lhes exige constante preparação e qualificação, pois que o desemprego desses trabalhadores representa muito mais que uma desocupação temporária, representa interrupção de uma trajetória de carreira, vista como um plano de vida, implicando crise de identidade, humilhação, sentimento de culpa e deslocamento social. Em suma, a sua subordinação ao processo produtivo é intensa, corroendo sua saúde e desagregando sua família. Veja-se, por exemplo, que muitos sequer têm tido tempo para tirar férias, pois que, diante do quase inesgotável acesso a fontes de informações e por conta das constantes mutações das complexidades empresariais, ficar muitos dias desligado do trabalho representa, até mesmo, um risco para a manutenção do próprio emprego. Um primeiro e importante passo a ser dado na direção da humanização das relações de trabalho dos altos emprega-

<sup>5</sup>Estudos revelam que o maior número de acidentes do trabalho se dá no momento em que o trabalhador está cumprindo horas extras.

<sup>6</sup>Repare-se, a propósito, que a maioria das reclamações trabalhistas versa sobre trabalho em hora extra não remunerado.

dos é reconhecer que, mesmo tendo alto padrão de conhecimento técnico e sendo portadores de uma cultura mais elevada que o padrão médio dos demais empregados, não deixam de depender economicamente do emprego (aliás, há uma dependência até moral ao emprego, dada a necessidade natural de manutenção do seu status social) e que, por conta disso, submetem-se às regras do jogo capitalista para não perderem sua inserção no mercado. Sua sujeição às condições de trabalho que lhe são impostas pela lógica da produção é inevitável.

O direito do trabalho, sendo um centro de positivação da garantia dos direitos humanos, evidentemente, não deve encarar este fato como normal e estar alheio a ele, ou, pior, fixar normas que o legitime, pois o resultado é que uma geração inteira de pessoas qualificadas e que muito bem poderiam servir à sociedade de outro modo está sendo consumida no incessante ritmo alucinado do trabalho direcionado pelos comandos da produção moderna.

Juridicamente falando, a forma essencial de se reverter este quadro é integrar estes trabalhadores à proteção do limite da jornada de trabalho, consagrada, vale lembrar, desde o Tratado de Versalhes, 1919, com reforço que lhe fora dado pela Declaração dos Direitos do Homem, em 1948. Além disso, os incisos XIII e XV do artigo 7º, da CF/88, conferiram, respectivamente, a todos os trabalhadores, indistintamente, os direitos ao repouso semanal remunerado e à limitação da jornada de trabalho.

7. horas extras (trabalho externo): diz-se, comumente, que os empregados que exercem trabalho externo não estão sujeitos ao limite de jornada de trabalho. No entanto, sobressai o direito da sociedade de que esses trabalhadores tenham sua jornada de trabalho limitada, sendo esta uma obrigação primária que se impõe ao empregador, por ser ele quem exige ou permite a execução de serviços por parte de seu empregado. Independente do que dispõe o inciso I, do artigo 62, é importante atribuir ao empregador a obrigação de limitar a jornada de seus

empregados, mesmo que trabalhem fora de seu estabelecimento. Recentemente, em uma reclamação trabalhista<sup>7</sup>, um trabalhador, motorista de ônibus intermunicipal, pleiteou o recebimento de horas extras, declinando uma jornada de trabalho de cerca de 12 horas. A reclamada, em defesa, simplesmente disse que o reclamante exercia trabalho externo e que, portanto, sequer sabia apontar a quantidade de horas que o reclamante trabalhava, diariamente. Pense-se a questão, no entanto, sob o prisma da responsabilidade social: aquele trabalhador transportava vidas humanas a mando do empregador e segundo a versão do trabalhador seu trabalho era exercido além do limite que razoavelmente se poderia entender como necessário para a segurança de todos e o empregador sequer tinha o cuidado de se dar conta da quantidade de horas trabalhadas, apenas para demonstrar a inexistência de controle e, portanto, valer-se da previsão do inciso I, do artigo 62, da CLT, com o fito de evitar o pagamento de horas extras. No entanto, o fato concreto é que aquele empregador não só poderia controlar a jornada trabalhada por seu motorista como tinha o dever social de fazê-lo. Este controle, aliás, é sempre possível (basta lembrar dos caminhões que trazem a inscrição, "veículo rastreado por radar") e sendo esta sua obrigação, recai sobre si o encargo da prova das horas de trabalho, em eventual discussão em juízo a seu respeito.

8. banco de horas: o banco de horas, em absoluto, pode ser considerado constitucional, na medida em que permite que uma dívida trabalhista (o pagamento da hora extra) se pague com prazo de um ano e sem o respectivo adicional, quando se compensa uma hora extra com uma hora normal, sem falar nos efeitos perversos que esta incerteza de horários provoca no cotidiano dos trabalhadores. É evidente que o propósito da lei, de preservar os empregos em épocas sazonais, só poderia se concretizar com a fixação da regra de que primeiro se concedessem as folgas, para que depois estas se compensassem com horas extras, preservando-se sempre a diferença quantitativa entre a hora normal e a hora extra<sup>8</sup>.

<sup>7</sup>Movida perante a 3ª Vara do Trabalho de Jundiaí/SP.

<sup>8</sup>Para maiores argumentos neste sentido, vide, Jorge Luiz Souto Maior, ob. cit., "O direito do trabalho como instrumento de justiça social", pp. 329-330

9. revezamento 12x36: o revezamento 12x36 fere, frontalmente, a Constituição e a lei. A lei não permite trabalho em horas extras de forma ordinária, como dito acima. E, se houver trabalho em hora extra, a jornada não pode ultrapassar a 10 horas. No regime de 12x36 há trabalho freqüente além de oito horas diárias, portanto, horas extras (o fato de ser remunerado como tal, ou não, não afeta a realidade, pois hora extra é a hora que ultrapassa o limite máximo da jornada normal) e há trabalho com jornada superior a 10 horas. O descanso a mais que se dá, com a folga no dia seguinte, primeiro não retira a ilegalidade e segundo, sob o aspecto fisiológico, não repõem a perda sofrida pelo organismo, ainda mais sabendo-se, como se sabe, que no dia seguinte o trabalhador não descansa, ocupando-se de outras atividades e mesmo vinculando-se a outro emprego. Uma jornada de 12 horas vai contra a todos os preceitos internacionais de direitos humanos.

10. agressões reincidentes do direito do trabalho: várias empresas são reincidentes na prática de agressões aos direitos dos trabalhadores, agindo assim de forma deliberada e equacionando os lucros que obtêm com tal atitude. A Justiça do Trabalho, ao contrário do que deveria, acaba adotando com relação a estas empresas uma postura complacente e às vezes, diante do fato de estarem seus representantes ou advogados, em contato mais freqüente com a Justiça, acabam tendo um tratamento extremamente amistoso. São empresas-clientes da Justiça do Trabalho. Umás até "clientes preferenciais", que em breve vão acabar reivindicando que seus "cartões" sejam pontuados em função do número de reclamações, para trocarem esses pontos por milhagens... Claro isto é apenas uma caricatura, mas que reflete, de certo modo, o que se passa no dia-a-dia da Justiça do Trabalho (Justiça e certas empresas "parceiras" no descumprimento do direito do trabalho). Mas, agora, fruto da revitalização do princípio protetor, a nova Justiça do Trabalho fará o que já devia estar fazendo, tratar essas empresas como inimigas, não para ser contra o capital, mas para estar do lado das empresas que não comparecem na Justiça do Trabalho, exatamente, pelo fato de serem

cumpridoras dos direitos trabalhistas. A nova Justiça do Trabalho, então, conferirá uma espécie de selo "Amiga da Justiça do Trabalho" a todas as empresas que não tiverem reclamações trabalhistas e às suas "clientes" dará um tratamento repressivo, condenando-as, pela reincidência, ao pagamento de indenizações por dano social, fixadas a partir dos parâmetros jurídicos criados pelos artigos 186, 187, 927 e 404, parágrafo único, do Código Civil, e, no aspecto processual, inverterá o ônus da prova, para que tais empresas provem que na situação posta em julgamento os fatos foram diversos daqueles tantos outros que o juiz já instruiu e julgou.

Nesta perspectiva de penalização pela utilização da Justiça do Trabalho como forma de incrementar o negócio a partir do não pagamento das dívidas trabalhistas, deve-se reconhecer que ao inadimplente contumaz não basta a determinação de reparar o dano com juros de 1% ao mês, não capitalizados. Para estes, na perspectiva do dano social, a pena deve ser maior. Com base na previsão contida no artigo 404, parágrafo único, do Código Civil, os juros devem ser calculados pela taxa SELIC e no que tange às instituições financeiras, que emprestam a juros altíssimos (os maiores do mundo) o dinheiro que deixam de repassar aos trabalhadores, o índice deve ser, por aplicação do princípio da isonomia, o mesmo, qual seja, o do cheque especial.

11. proteção contra dispensa arbitrária: sob a nova perspectiva protetiva da dignidade humana, é crucial que se passe a considerar que a dispensa imotivada de trabalhadores não foi recepcionada pela atual Constituição Federal, visto que esta conferiu, no inciso I, do seu artigo 7º, aos empregados a garantia da "proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos". Ora, da previsão constitucional não se pode entender que a proibição de dispensa arbitrária ou sem justa causa dependa de lei complementar para ter eficácia jurídica, pois que o preceito não suscita qualquer dúvida de que a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa trata-se de uma garantia

constitucional dos trabalhadores. Está-se diante, inegavelmente, de uma norma de eficácia plena. A complementação necessária a esta norma diz respeito aos efeitos do descumprimento da garantia constitucional. Mesmo que assim não fosse, é evidente que a inércia do legislador infraconstitucional (já contumaz no descumprimento do comando constitucional) não pode negar efeitos concretos a um preceito posto na Constituição para corroborar o princípio fundamental da República da proteção da dignidade humana (inciso III, do artigo 1º), especialmente quando a dispensa de empregados se configure como abuso de direito, o que, facilmente, se vislumbra quando um empregado é dispensado, sem qualquer motivação, estando ele acometido de problemas de saúde provenientes de doenças profissionais, ou, simplesmente, quando a dispensa é utilizada para permitir a contratação de outro trabalhador, para exercer a mesma função com menor salário, ou vinculado a contratos precários ou a falsas cooperativas, ou seja, quando o pretense direito potestativo de resilição contratual se utiliza para simplesmente diminuir a condição social do trabalhador, ao contrário do que promete todo o aparato constitucional.

Neste sentido, vale lembrar das lições de Karl Larenz<sup>9</sup>, há muito manifestadas, analisando as relações jurídicas sob o aspecto da teoria geral do direito, no sentido de que: a) a vinculação em uma dada relação jurídica não retira da parte o seu direito subjetivo fundamental, que é o direito da personalidade, que se insere no contexto da proteção da dignidade humana, e que pode ser exercido em face de qualquer pessoa; b) o exercício do direito potestativo, nas relações jurídicas que o prevêm, encontra, naturalmente, seus limites na noção do abuso de direito e no princípio da boa fé.

Ora, logicamente, os direitos de personalidade são garantidos ao empregado na relação jurídica trabalhista e estes direitos se exercem em face do empregador, sendo

agressões nítidas a esses direitos o trabalho em condições desumanas e sobretudo a cessação abrupta e imotivada da relação jurídica, na medida em que perde o meio de sua subsistência, sem sequer saber o motivo para tanto.

Evidentemente, como explica o mesmo autor, não há a necessidade de uma regra específica para que direito subjetivo da personalidade seja exercido.

A noção de abuso do direito encerra o princípio de que o exercício de um direito subjetivo é ilícito quando não tiver outro objetivo que o de causar prejuízo a outrem<sup>10</sup> e mesmo quando exercido de forma imoral<sup>11</sup>.

No tocante à boa fé, esclarece Larenz que: "sempre que exista entre pessoas determinadas um nexó jurídico, estas estão obrigadas a não fraudar a confiança natural do outro"<sup>12</sup>.

Lembre-se, ademais, que nos termos do atual Código Civil, artigo 187, comete ato ilícito aquele que, independentemente de culpa, titular de um direito, "ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes".

12. doença profissional: diz o artigo 118, da Lei Nº 8.213/91, que será conferida estabilidade no emprego ao empregado acidentado no trabalho, desde o retorno à atividade, com a cessação do recebimento do benefício previdenciário do auxílio-doença acidentário, até um ano após esta data. Em situações de doença profissional, no entanto, o trabalhador mesmo acometido de algum mal pode continuar prestando serviços, até o momento em que, agravando-se o seu estado de saúde, o empregador o dispensa. Este trabalhador acaba, concretamente, não obtendo o benefício previdenciário, mas isto não o pode impedir de adquirir o direito à estabilidade, uma vez comprovado em juízo o nexó causal entre a sua doença e o trabalho exercido. A reintegração ao emprego,

<sup>9</sup>Derecho Civil - parte general. Tradução e notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picaveva. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas.

<sup>10</sup>Larenz, ob. cit., p. 297.

<sup>11</sup>Larenz, ob. cit., p. 298.

<sup>12</sup>Larenz, ob. cit., p. 300.

decorrente da aplicação deste direito se impõe e não meramente a condenação em indenização compensatória, equivalente ao valor dos salários de 12 (doze) meses. Em primeiro lugar, porque o direito previsto no artigo 118 da Lei Nº 8.213/91 não é, propriamente, uma garantia de salários, mas uma garantia de emprego, o que torna nulo o ato da dispensa. Em segundo lugar, porque os efeitos da doença do trabalho e da doença profissional na saúde do trabalhador podem se alastrar por tempo superior a 12 (doze) meses e, desse modo, uma tal indenização não representaria a reparação do efetivo prejuízo suportado pelo trabalhador, que no período da perda da capacidade laborativa, certamente, não conseguirá novo emprego.

Pode ocorrer, até, que a redução da capacidade laborativa seja irreversível e isto representa uma diminuição sensível da possibilidade de se adquirir novo emprego, sem que tal circunstância confira a tal pessoa o direito a uma prestação previdenciária, notadamente, uma aposentadoria por invalidez, já que para tanto requer-se uma perda total da capacidade de trabalhar, nos termos do artigo 42, da Lei Nº 8.213/91.

Lembre-se, ainda, que esta pessoa, desempregada, que não recebe benefício previdenciário e que não tem muita perspectiva de novo emprego, no prazo máximo de 36 (trinta e seis) meses<sup>13</sup>, contados da data da cessação do vínculo empregatício, perde a sua condição de segurado da previdência social, nos termos do § 2º, do artigo 13, do Decreto Nº 3.048, de 06 de maio de 1999, que regulamenta as leis previdenciárias.

E acrescente-se, com especial relevo, que o artigo 118, da Lei Nº 8.213/91, menciona que o prazo de manutenção do contrato de trabalho do acidentado será de, **no mínimo**, 12 (doze) meses, exatamente para dar efetiva guarida aos casos de doença profissional e doença do trabalho, para que, em suma, a estabilidade dure enquanto perdurar a perda da capacidade laborativa.

Este entendimento ainda mais se justifica quando se lembra que nos termos da

mesma Lei Nº 8.213/91, as empresas devem reservar aos deficientes, após reabilitação, um percentual de suas vagas que varia de 2 a 5%: a) 2%, para as empresas com 100 a 200 empregados; b) 3%, de 201 a 500; c) 4%, de 501 a 1.000; d) 5%, acima de 1.000.

Destaque-se que esta estabilidade do trabalhador acidentado é devida tanto nos contratos a prazo indeterminado quanto nos contratos a prazo<sup>14</sup>;

13. intimidade-privacidade: as Cortes européias vêm dando preferência à preservação da intimidade do empregado, negando a possibilidade do empregador ter acesso às correspondências eletrônicas emitidas e recebidas pelo empregado no local de trabalho, a ponto de negar a possibilidade de dispensa do empregado por tal motivo (vide, neste sentido, decisão proferida pela Corte de Cassação francesa, em 02/10/01, Nº W 99-42.942, que se baseou no artigo 8º da Convenção Européia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais).

Sob o prisma do direito nacional, encontra-se fundamento para a proteção do sigilo da comunicação realizada por e-mail no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal.

Quando o empregado executa seus serviços em estabelecimento do empregador, que, obviamente, tem a sua organização, e utiliza os instrumentos de trabalho fornecidos pelo empregador, não é razoável que possa este empregado exercer a sua vida privada até o ponto de negar a existência de seu próprio estado de subordinação à ordem produtiva e mesmo a propriedade do empregador com relação aos meios de produção que lhe são postos à disposição.

Isto não quer dizer, no entanto, que o empregador possa, por vontade própria e ato unilateral (ou mesmo por disposição contratual), praticar ato que fira a intimidade do empregado, nem lhe furtar a possibilidade de se comunicar com o mundo externo, com intimidade, proibindo-lhe o acesso a

<sup>13</sup> Isso quando já tenha 120 (cento e vinte) meses de contribuição.

<sup>14</sup> Vide, neste sentido, também, Denise Maria Schellenberger, "A estabilidade provisória do acidentado no trabalho e os contratos de experiência", in *Síntese Trabalhista*, n.112, out/98, pp. 19-26.

telefone ou e-mail e mesmo monitorando suas ligações ou mensagens.

Ao se permitir que uma pessoa tenha acesso a mensagens de outra pessoa, emitidas em mecanismos que, naturalmente, trazem aspectos de intimidade, mesmo que o meio utilizado para a comunicação seja de propriedade daquele que monitora, abre-se uma porta muito perigosa em termos de direitos fundamentais, pois, na confrontação de valores, diz-se que o direito de propriedade sobressai sobre o direito à intimidade.

O problema, portanto, é o da flexibilização de um direito fundamental, o que, por certo, quando aceito, não se limita à hipótese concreta posta em discussão. Fixa-se um pressuposto jurídico perigoso que serve tanto para aquele caso em exame como para vários outros, extrapolando mesmo a mera relação de emprego, isto é, podendo atingir a todos os cidadãos em qualquer situação (pois o contrário seria discriminação: considerar que apenas a privacidade do empregado, porque subordinado, está sujeita a restrições). E, lembre-se: "onde passa um boi, passa uma boiada".

O mundo caminha para um novo arranjo social muito perigoso, em que certos valores (segurança, defesa da propriedade, disciplina vigiada) têm sido utilizados como justificativas para se flexibilizar o direito à privacidade e à intimidade. Há mesmo quem sustente, nesta linha de idéias, que até a tortura se justifica quando se tem a "suspeita" de que algo grave possa acontecer (os efeitos do poder de tortura todos conhecem, e os temos visto nos jornais).

Abrindo-se esta porta no mundo jurídico, legitima-se o monitoramento de toda a sociedade (o tempo todo, em qualquer lugar). Viveremos (e talvez estejamos caminhando para isto) em um grande "Big Brother" (com o perdão da repetição): "Sorria você está sendo filmado!"

Não se pode, em hipótese alguma, abrir esta porta. O ser humano precisa de sua intimidade e de sua privacidade e se isto é essencial ao ser humano é essencial para a sociedade, pois esta é composta de seres humanos.

Nunca é demais lembrar que a boa-fé

é o pressuposto das relações contratuais, assim como das próprias relações humanas. Ao se perder o vínculo de boa-fé, perde-se o amálgama que justifica a convivência harmônica. Quando todos são delinquentes (terroristas, transgressores etc) em potencial, não há sociedade possível. Não sou adepto da teoria da "guerra de todos contra todos", prefiro acreditar no homem bom, que se corrompe pelo meio. Ao se criar o pressuposto de que todos podem, para defender seus interesses (que serão sempre "maiores"), invadir a privacidade de outro, permitimos que o homem se corrompa neste sentido, passando a achar isto natural.

Ser, ou não, o meio de comunicação, ferramenta de trabalho altera a situação. O e-mail é ferramenta de trabalho, mas ao mesmo tempo serve ao indivíduo. Não é porque o empregador forneceu o equipamento que pode, por isto, invadir a privacidade do empregado que se manifesta por tal meio, naturalmente. Grotescamente falando: não é porque o empregador fornece o uniforme que pode pedir ao empregado que o tire imediatamente...

Todos desejam que a sua privacidade e a sua intimidade sejam preservadas de toda e qualquer invasão. Este princípio, por óbvio, serve, também, ao empregado. O empregador que ache outros meios de controlar a produção e preservar seu patrimônio. Nas decisões dessa Justiça do Trabalho, impulsionada pelo princípio da proteção da dignidade humana, ele não encontrará nenhuma brecha para atingir a privacidade e a intimidade de quem quer que seja.

Ainda sob o aspecto da proteção da intimidade, sobreleva a questão pertinente à vigilância por vídeos no local de trabalho. No ambiente do trabalho, evidentemente, esta situação só se justifica nos restritos limites da manutenção da segurança. Fora deste limite, as câmeras servem apenas para manter sob extremo controle o empregado, o que, evidentemente, não se insere dentro do poder de direção do empregador, ferindo, por consequência, o direito à intimidade do empregado.

14. estágios: os contratos de estágio podem até ter uma função social importante, que é a da inserção de estudantes ao mer-

cado de trabalho. O problema que esta inserção se faz, conforme prevê a lei, com negação de direitos fundamentais, quais sejam, os direitos trabalhistas. A lei, portanto, na perspectiva da prevalência da dignidade humana e da proteção social do trabalho, é, notoriamente, inconstitucional, até porque, em verdade, seus propósitos há muito foram desviados. No fundo, os contratos de estágio, empiricamente, servem unicamente como alternativa para as empresas para utilização de mão-de-obra mais barata, o que se tem feito sem qualquer limite (havendo empresas que tem mais estagiários que empregados) e sem qualquer vinculação à formação profissional.

15. trabalho infantil: o trabalho infantil, mais precisamente da pessoa com idade inferior a 16 anos não tem recebido um tratamento adequado da Justiça do Trabalho, mas isto, agora, está prestes a mudar. Diz-se que o contrato é nulo e que não há direitos. Outros dizem que é nulo, mas gerando apenas os direitos trabalhistas. Mesmo se reconhecermos a nulidade (o que no meu modo de ver não nega direitos, especialmente o do registro em Carteira) há de se condenar o explorador a pagar uma indenização, pois no caso o dano não é só financeiro, é de agressão à infância, que é um bem constitucionalmente preservado.

16. trabalho doméstico: na ótica da proteção social do trabalho, além de se garantir à diarista todos os direitos pertinentes à empregada doméstica, finalmente, se conferirá a esta, a integralidade os seguintes direitos: a) salário mínimo que for fixado por lei para todos os demais trabalhadores; b) irredutibilidade salarial; c) 13º salário, integral e proporcional, na totalidade dos termos previstos na Lei Nº 4.090, de 13 de julho de 1962; d) repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, sendo, necessariamente, pelo menos um domingo por mês e com pagamento em dobro no descumprimento, na totalidade dos termos da Lei Nº 605, de 05 de janeiro de 1949, que faz incidir também para os domésticos o direito a não trabalhar em dias feriados; e) férias de 30 (trinta) dias, integrais e proporcionais, com adicional de 1/3, incluindo a dobra no descumprimento, na totalidade dos termos dos artigos que integram o Capítulo IV da

CLT; f) licença-gestante de 120 (cento e vinte) dias, sendo que esta licença é paga diretamente pelo INSS, nos termos da Lei Nº 8.213/91, mas de responsabilidade do empregador quando por ato unilateral obste a aquisição deste direito; g) licença-paternidade de 05 (cinco) dias; h) aviso prévio de 30 (trinta) dias, incluindo o aviso prévio indenizado, no caso de seu descumprimento; i) aposentadoria, nos termos da Lei Nº 8.213/91; j) multa do artigo 477, parágrafo 8º, da CLT; l) pena do artigo 467, da CLT; m) estabilidade gestante desde a concepção até cinco meses após o parto (letra "b", inciso II, do artigo 10, do ADCT).

17. prescrição: a prescrição de direitos trabalhistas, enquanto vigente a relação de emprego, é algo que, efetivamente, não se justifica dentro de uma ordem jurídica que estabeleça como princípio fundamental a proteção da dignidade humana.

Como dizem os clássicos doutrinadores civilistas, a prescrição não é um prêmio para o devedor, não é uma proteção do devedor, mas um limite que se impõe à ação do credor na busca de seu direito. Um limite do qual o direito se utiliza "para evitar que o credor possa negligenciar na cobrança da dívida, criando, assim, uma permanente situação de mal-estar para a sociedade" (Mozart Victor Russomano, Comentários à CLT, Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 53).

Ora, se assim é, não pode a prescrição trabalhista, igualmente, representar um prêmio para o empregador e, em concreto, aplicar-se um lapso prescricional durante a vigência de uma relação de emprego, ainda mais dentro de um quadro jurídico que, da forma como vem sendo aplicado, não garante o emprego. Uma tal situação significa conferir um benefício para o empregador que não cumpre direitos trabalhistas (sem beneficiar aos que cumprem), pois o exercício do direito de ação, por parte do empregado, para pleitear seus direitos, implica pôr em risco o seu bem maior que é o emprego. Daí porque a Justiça do Trabalho já foi apelidada da justiça do ex-empregado, na medida em que, verdadeiramente, somente após o término da relação de emprego é que os empregados (ou melhor, ex-empregados) buscam defender, em juízo, os seus direitos.

Assim, o lapso prescricional de 05 anos, previsto constitucionalmente, embora tenha, em tese, aplicação imediata, somente pode se aplicado efetivamente após cumprida a promessa constitucional da proteção do emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (artigo 7º I, da CF) – seja pela criação da lei complementar, seja pela consagração na doutrina e na jurisprudência da idéia de que a inércia do legislador não é capaz de impedir a eficácia de tal dispositivo, conforme sustentado acima – pois, do contrário, estar-se-ia ferindo, na realidade, o princípio da proteção da dignidade humana, jogando-se no lixo as garantias fundamentais do direito social.

Pode-se pensar que uma tal interpretação estaria fazendo letra morta do texto constitucional, mas parece-me que o contrário é que o faz. Ora, se foi o Constituinte quem quis e delimitou a prescrição dos direitos trabalhistas e esta sua vontade não pode ser desprezada, não se pode negar que esta sua vontade foi externada dentro de um contexto normativo que previa, igualmente, a proteção do emprego contra a dispensa arbitrária. Estas duas vontades do constituinte devem ser respeitadas e aplicadas conjuntamente visto que possuem relação de causa e efeito: os direitos prescrevem durante o curso da relação de emprego porque a relação de emprego é protegida, possibilitando, em concreto, ao empregado pleitear os seus direitos. Se ausente uma das condições, a outra não pode ser aplicada, sob pena de se criar um mero benefício ao descumpridor da ordem jurídica, sob o pretexto, falacioso e ilusionista, de que é o empregado que permite que seus direitos sejam descumpridos ao não ingressar com ação judicial para defendê-los.

18. negociação “in pejus”: na ótica da preservação dos princípios da proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho, os direitos trabalhistas são direitos fundamentais, não se subordinando, pois, à vontade das partes, mesmo quando representadas por entidades sindicais. A autonomia privada coletiva, por conseguinte, só tem campo de atuação para melhorar as condi-

ções de trabalho fixadas na lei, jamais para reduzir o seu alcance;

19. acidente do trabalho: a obrigação de indenizar por ocorrência de acidente do trabalho não depende de prova da culpa. A responsabilidade é objetiva, conforme prevê o artigo 927, do Código Civil. A previsão constitucional, por óbvio, não limita este direito do acidentado, na medida em que a norma constitucional é de caráter mínimo, podendo, portanto, ser ampliada pela lei infraconstitucional, como se dá na presente situação.

Quanto à prescrição do dano moral decorrente do acidente do trabalho, importante destacar que o bem jurídico protegido é um direito da personalidade. O direito à personalidade decorre da relação jurídica básica que cada cidadão possui com todos os outros, independente da existência de uma relação jurídica específica. A pessoa não perde esse direito quando se integra a uma relação jurídica específica. O empregador é responsável por reparar o dano moral não por ser o empregador, juridicamente qualificado, mas por ser responsável pela reparação, na medida em que o empregado está sob sua subordinação. Não se trata, portanto, de um crédito trabalhista, mas de um bem jurídico a que todos os cidadãos têm direito, inclusive o empregado. A reparação deste bem não é uma reparação civil, pois seu fundamento é constitucional (artigo 5º). Basta avaliar as hipóteses mencionadas no § 3º, do artigo 206, do CC, para verificar que não se autoriza vincular os danos ali mencionados ao dano decorrente de acidente do trabalho, cuja reparação está na própria origem do Estado Social e dos direitos humanos. No aspecto do benefício previdenciário, aliás, a idéia é a da imprescritibilidade do benefício, prescrevendo em cinco anos apenas as parcelas, mas jamais o direito de pleitear o benefício (auxílio-doença). Não cabe, portanto, a tese de que a prescrição, no direito civil, é de 03 anos, para os acidentes do trabalho e que, por isto, a trabalhista, quinquenal, é mais benéfica. A reparação do dano pessoal, decorrente de agressão a direito da personalidade, é, portanto, imprescritível. E, não se querendo ver isto, a prescrição, na pior das hipóteses, é a

vintenária, para os casos anteriores à edição do novo Código Civil, ou decenária, para as posteriores.

20. greve: a greve é fruto de um direito fundamental e sendo assim, na perspectiva da proteção da dignidade humana, não se permite à Justiça do Trabalho delimitar o alcance das reivindicações que por meio da greve pretendam fazer os trabalhadores;

21. servidores públicos: no que tange às relações de trabalho com o ente público, independe de se perquirir sobre os servidores estatutários, isto é, falando apenas das relações que já se encontram sob a competência da Justiça do Trabalho, a visão protecionista da dignidade humana, implica: a) a supressão do Enunciado 363, TST (contratação sem concurso público); b) a supressão da OJ 247, TST (dispensa imotivada de empregados públicos); c) a declaração de inconstitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei Nº 8.666-93, que nega responsabilidade ao Estado pelas dívidas trabalhistas em contratações por licitação, mesmo em se tratando de obras específicas ("dono da obra"); d) a negação de validade aos contratos de terceirização, para prestação de serviços, no setor público, por aplicação dos artigos 39, 37, XXI e artigo 247 da Constituição Federal; e) a consideração de que a greve é legítimo direito do servidor público, independe de uma lei que o regule; f) a consideração de que é possível o dissídio coletivo de natureza econômica para os servidores públicos, inclusive para reposição salarial; g) a declaração da nulidade pelos abusos cometidos nas contratações temporárias por excepcional interesse público;

22. tutela antecipada: a tutela antecipada integra a concepção do processo como instrumento ético, buscando a pacificação, com justiça, dos conflitos sociais. A antecipação da tutela integra este contexto, visando a equacionar o antigo dilema entre necessidade de celeridade do provimento jurisdicional e necessidade de assegurar ao demandado as conquistas já tradicionais do devido processo legal. Entretanto, o "standard" legal merece aplicação razoável, para que não se torne letra morta o pretendido avanço do direito processual, em prol da efetivação do direito material. Na Justi-

ça do Trabalho, a tutela antecipada deve ser uma constante, sobretudo quando se está diante de verbas trabalhistas não pagas e quanto às quais não se tenham uma razoável controvérsia. O tempo do processo, para permitir o devido processo legal, nestes casos, não deve penalizar o reclamante que, por avaliação de evidência, tem razão. Pela tutela antecipa-se o efeito da prestação jurisdicional, conferindo-se ao reclamante, de uma vez, o bem da vida perseguido, mediante imposição de multa ("astreinte") ao devedor. Quando a tutela for de evidência e se configurar atitude meramente protelatória do réu, tentando valer-se da morosidade processual para negar o cumprimento de obrigação alimentar, como é a trabalhista (sobretudo as verbas rescisórias), a concessão da tutela pode ser concedida "ex officio";

23. acordos: na nova visão, está prestes a ser banida da realidade das Varas do Trabalho os acordos que representam autêntica renúncia a direitos, o que se demonstra, facilmente, quando não há controvérsia razoável de natureza fática ou jurídica a respeito do objeto da lide. Em suma, estão com os dias contados as conhecidas lides simuladas, ou "casadinhas", pelas quais maus empregadores fazem da Justiça do Trabalho um apêndice de seu Departamento de Pessoal, com um quê, de Departamento Financeiro. Esta nova Justiça do Trabalho, certamente, não se submeterá a estes desvios de função e com a utilização da tutela antecipada "ex officio" saberá coibir tal prática, sem deixar sem resposta o interesse emergencial do reclamante. Assim, todo acordo será fruto de autêntica transação, não importando em renúncia a direitos ou desconsideração de normas de ordem pública, além de não mais trazerem a imoral e anti-jurídica cláusula da "quitação pelo extinto contrato de trabalho";

24. honorários advocatícios: como não se prevê que a Justiça do Trabalho não faça uma ordem de classificação entre as ações, que ponha em segundo plano a relação de emprego, por óbvio, em todas as ações terá aplicabilidade o princípio da sucumbência, advindo daí, finalmente, a eliminação do inconcebível entendimento de que nas reclamações trabalhistas, em que se discutam

direitos decorrentes de uma relação de emprego, não cabe a condenação em honorários advocatícios.

25. não-discriminação: o princípio da não-discriminação, consagrado nas obras de direito do trabalho, nos Tratados internacionais de direitos humanos e na Constituição brasileira, será aplicado efetivamente nas relações de emprego, com a fixação de um postulado jurídico processual importantíssimo, qual seja, o da inversão do ônus da prova em situações em que notoriamente a discriminação se presume. O ato que representa, presumidamente, uma conduta discriminatória deve ter, portanto, uma motivação específica, para que a discriminação não seja declarada e esta motivação deve ser provada, inequivocamente, pelo autor do ato.

## CONCLUSÃO

Como se pode ver, mesmo tendo que reconsiderar posição anterior, tenho pelo menos 25 razões para externar que minha alegria não poderia ser maior. Afinal, com o advento do espírito de proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho que se instaurou na esfera jurídica trabalhista a partir da publicação da Emenda Constitucional Nº 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, todos os efeitos acima preconizados

serão, certamente, produzidos em curto espaço de tempo. Não é mesmo? Ou será que os argumentos da proteção da dignidade humana e da valoração social do trabalho são apenas figuras de retórica para justificar a defesa da ampliação da competência que, no fundo, tem outros propósitos ou propósito nenhum...

Mas, não posso ter essa recaída agora, na medida em que é enorme a quantidade de juristas e juízes a garantir que a defesa da ampliação da competência da Justiça do Trabalho parte dos postulados em questão e é claro que como defensores da dignidade e, conseqüentemente, da ética, naturalmente, não trairão as suas idéias e farão com que tais princípios tenham incidência imediata e concreta nas relações de emprego.

Portanto, no embalo da presunção de veracidade das concretas mudanças de mentalidade e de postura da Justiça do Trabalho frente aos conflitos trabalhistas, com imensa alegria, vou à luta ecoando o coro:

A gente não quer só poder

A gente quer poder prá aliviar a dor!

São Paulo, 25 de junho de 2005.

*"Com o advento do espírito de proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho que se instaurou na esfera jurídica trabalhista a partir da publicação da Emenda Constitucional Nº 45, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, todos os efeitos acima preconizados serão, certamente, produzidos em curto espaço de tempo."*

# A NOVA JUSTIÇA DO TRABALHO E A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DAS CADEIRAS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO PELAS FACULDADES DE DIREITO\*

JOSÉ ROBERTO DANTAS OLIVA\*\*

**Resumo:** O presente artigo trata da extraordinária ampliação de competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional 45/2004, apresentando proposição de redimensionamento e merecida valorização das cadeiras de Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pelas Faculdades de Direito, que, se assim o fizerem, cumprirão o seu papel profissionalizante.

**Sumário:** Introdução. 1. A necessidade de reformulação do direito material e processual do trabalho nas faculdades de direito. 2. Considerações Finais. 3. Bibliografia.

**Palavras-chave:** Direito do Trabalho; Direito Processual do Trabalho; Ensino Jurídico; Matriz Curricular; Justiça do Trabalho; Competência; Ampliação.

## INTRODUÇÃO

Profundas alterações ocorreram com a Reforma do Judiciário, consumada – ainda que não integralmente – pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de

2004, publicada no último dia daquele mesmo ano.

Adstringir-nos-emos, nesta breve exposição, aos efeitos que referida Emenda produziu sobre a Justiça do Trabalho, que já não são poucos, tentando demonstrar, como

---

\*O presente artigo foi elaborado a partir de exposição feita no 4º Painel (A visão do Magistrado) do XXXV Encontro Brasileiro de Faculdades de Direito, promovido pelo Colégio Brasileiro de Faculdades de Direito, de 11 a 14 de setembro de 2005, na UNIMEP de Piracicaba, cujo tema foi "O Ensino Jurídico para o Novo Judiciário", no qual o autor representou a Escola da Magistratura do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

\*\*Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Presidente Prudente – SP, Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito de Presidente Prudente-SP (Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo"), Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil, Membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região.

parece claro, que as mudanças implementadas exigem respostas efetivas e imediatas das Instituições de Ensino Superior do País, que passam também, na atualidade, por consideráveis transformações.

A Justiça do Trabalho não é a mesma depois da Reforma do Judiciário. Teve suas fronteiras consideravelmente ampliadas. Não é simplesmente a Justiça do emprego, da CLT ou dos desempregados. Faz jus, agora na plenitude, à denominação que carrega desde a sua instituição pela Carta de 1934 – então com natureza administrativa<sup>1</sup> – para dirimir questões entre empregadores e empregados. Passou a ser, agora sim de fato e de direito, verdadeiramente a Justiça do Trabalho, considerado o vocábulo que a qualifica – Trabalho – na sua mais ampla acepção.

Este aumento no seu perímetro de competência representa enorme conquista político-institucional, resultado de um trabalho intenso das associações de magistrados trabalhistas do País, sob a coordenação da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho – Anamatra. É um marco histórico sem precedentes<sup>2</sup>, comparável apenas à sua transformação em órgão do Poder Judiciário, pela Constituição de 1946<sup>3</sup>, e à extinção da representação classista, o que se deu pela Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999.

À nova Justiça do Trabalho compete, como estipula o atual inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, processar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, entendida a expressão no seu sentido lato, e não mais como sinônimo de relação de emprego ou vínculo empregatício, como ocor-

ria a partir da exegese do texto anterior do artigo 114, que atribuía competência a este ramo especializado do Poder Judiciário apenas para conciliar e julgar dissídios entre trabalhadores e empregadores, restringindo o último vocábulo seu campo de atuação.

Verdade que, como contido na antiga redação, além dos litígios que tivessem origem nas suas próprias sentenças, podia o Judiciário Trabalhista julgar também, na forma da lei (ou seja, dependia de lei infraconstitucional que previsse a possibilidade), outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. A partir deste permissivo constitucional, estavam afetas à jurisdição trabalhista, por exemplo, as ações entre trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviço ou sindicatos e, quanto aos portuários, entre estes e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra (OGMO), consoante artigo 643 da CLT.

Igualmente sob a órbita da Justiça do Trabalho encontravam-se as ações envolvendo contratos de empreitada, caso o empreiteiro fosse operário ou artífice (artigo 652, III, da CLT); aquelas movidas contra o empreiteiro principal, quando do inadimplemento das obrigações do subempreiteiro em relação aos seus empregados (artigo 455 da CLT); as ações que tivessem origem no cumprimento de Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, mesmo quando envolvessem sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregadores (Lei 8984/95); além de outras.

Firmada restou ainda, pelo Supremo Tribunal Federal, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar danos morais de-

*“A Justiça do Trabalho não é a mesma depois da Reforma do Judiciário. Teve suas fronteiras consideravelmente ampliadas. Não é simplesmente a Justiça do emprego, da CLT ou dos desempregados. Faz jus, agora na plenitude, à denominação que carrega desde a sua instituição pela Carta de 1934 [...]. Passou a ser, agora sim de fato e de direito, verdadeiramente a Justiça do Trabalho, considerado o vocábulo que a qualifica – Trabalho – na sua mais ampla acepção.”*

<sup>1</sup> Foi excluída expressamente do âmbito do Capítulo IV do Título I (art. 122 da CF/1934), que tratava do Poder Judiciário (POLETTI, 2001, p. 164).

<sup>2</sup> Em sentido semelhante, Guilherme Guimarães Feliciano (2005, p. 117) diz que a conquista foi histórica: “Não sem polêmicas, não sem dissensões; e, acima de tudo, não sem imensas dificuldades operacionais”.

<sup>3</sup> Pronunciada em 18 de setembro, a Constituição de 1946, a quarta republicana, transformou a Justiça do Trabalho em órgão do Poder Judiciário (art. 94, V), com organização disposta na Seção VI – Dos Juízes e Tribunais do Trabalho (arts. 122 e 123), do Capítulo IV – Do Poder Judiciário, do Título I – Da Organização Federal.

correntes da relação de emprego, asseverando o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, em histórico julgamento proferido em 1998<sup>4</sup> (BRASIL, STF, 2001, *online*), não importar que devesse ser solvido o dissídio à luz de normas do Direito Civil. Por votação unânime, os Ministros da Primeira Turma, acataram o entendimento, que, não obstante algum dissenso doutrinário e jurisprudencial acabou sendo pacificado também pelo C. Tribunal Superior do Trabalho.

Por fim, as execuções das contribuições previdenciárias devidas em virtude das sentenças proferidas por Juízes do Trabalho passaram a ser igualmente atribuição da Justiça Especializada, a partir do advento da Emenda Constitucional 20/98. Entretanto, a par desses apêndices, ocupava-se preponderantemente a Justiça do Trabalho com os litígios derivados do trabalho subordinado, ou seja, aqueles que envolviam empregados e empregadores e/ou tomadores de serviço.

Agora, toda relação jurídica que abarcar trabalho humano, prestado com alguma carga de pessoalidade, por pessoa física, independentemente da existência ou não de subordinação, estará afeta à competência da Justiça do Trabalho. O trabalho autônomo de um modo em geral, e não apenas o proveniente de pequenas empreitadas, se sujeita, assim, à jurisdição trabalhista.

Do mesmo modo aquele realizado por representante comercial autônomo (Lei 4.886/65), por motorista autônomo (ainda que com utilização de veículo próprio) para transportadoras, por corretores de seguros e imóveis, enfim, toda relação que implique contratação direta e desprendimento de energia humana, abrangendo, inclusive, relação de consumo – desde que o prestador de serviços seja pessoa física –, não se subtrai da esfera de competência da Justiça do Trabalho, embora, a respeito da última hipótese (relação de consumo), remanesça séria controvérsia.

Os exemplos dados servem para ilustrar a idéia de que a relação de trabalho de que cogita o novo texto constitucional é gênero, do qual a relação de emprego consti-

tui-se apenas uma das suas variadas e múltiplas espécies. Poderíamos descer a casuísmos, mas, por certo, de tão ampla a gama de probabilidades, a narração se tornaria extremamente enfadonha. Convém lembrar apenas, a propósito da genérica competência estabelecida no inciso I do artigo 114, que ela abrange também os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Malgrado sob a nossa ótica, da forma como resultou a Reforma, sem quaisquer ressalvas, os servidores públicos estatutários também estariam sujeitos à jurisdição trabalhista, o Ministro Nelson Jobim, a despeito de não ter reconhecido a inconstitucionalidade formal argüida pela Associação dos Juizes Federais (AJUFE) justamente pelo fato de ter sido suprimida pelo Senado Federal e sem retorno à Câmara dos Deputados a ressalva que subtraía da competência da Justiça do Trabalho as lides estatutárias, concedeu liminar na ADIn nº 3.395 suspendendo quaisquer interpretações ao inciso I do artigo 114 da Constituição Federal que incluam, na competência da Justiça do Trabalho, a apreciação de causas instauradas entre o Poder Público e seus servidores, “a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo”.

A decisão, na hipótese, vincula as instâncias inferiores, mas não é definitiva, pois ainda há de ser apreciada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. De ser lembrado que a matéria deve ser reapreciada também na Câmara dos Deputados. De toda maneira, da forma como está, à Justiça do Trabalho cabe, como era antes, processar e julgar, no particular, apenas lides entre o Poder Público e seus servidores regidos pela CLT. Ainda que nada mude, entretanto, a ampliação de competência foi imensa. Dos demais – e são nove ao todo – incisos do artigo 114 da Carta Maior, extraem-se especificações que merecem também breve consideração.

<sup>4</sup> STF RE 238.737- 4 - SP - Ac. 1ª T, v.u., em 17.11.98. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. D. J. 05.02.99.

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 45, todas as ações que envolvam o exercício do direito de greve estão afetas à competência da Justiça do Trabalho. De igual modo aquelas sobre representação sindical (não importando se o sindicato é ou não representante de categoria de servidor público estatutário), entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores.

Os mandados de segurança, que antes, em regra, só cabiam nos Tribunais, contra atos – judiciais ou administrativos – dos próprios Juízes trabalhistas, agora podem ser ajuizados também na primeira instância, contra atos de autoridades em geral, quando envolverem matéria trabalhista, como tem ocorrido freqüentemente, por exemplo, em face de Subdelegados do Trabalho para questionar autuações e procedimentos adotados por auditores fiscais.

Não há mais dúvida também de que o habeas corpus, quando o ato praticado envolva matéria pertinente à nova jurisdição trabalhista, deve ser julgado pela Justiça do Trabalho. O inciso IV do artigo 114 da Constituição Federal é claro neste sentido, afastando de vez entendimento – equivocado a nosso sentir – de que alguém que tivesse coartada a sua liberdade de locomoção por Juiz do Trabalho, por exemplo, devesse dirigir-se à Justiça Federal. Não! A jurisdição é trabalhista e nela deve circunscrever-se a resolução da questão. Também assim o habeas data.

Acerca das ações de indenização por danos, materiais e morais, a acanhada – mas respeitável – insurgência que ainda havia, agora forçosamente curvar-se-á à definição clara dada pelo inciso VI do artigo 114, que não apenas confirmou o entendimento jurisprudencial anteriormente existente, como estendeu a competência da Justiça do Trabalho para apreciar todas aquelas causas em que os danos alegados decorrerem da relação de trabalho (e não só de emprego).

Após ter se posicionado contrariamente, no julgamento de Conflito de Competên-

cia (CC 7204) realizado dia 29 de junho último, em sessão plenária, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, mudou seu anterior entendimento para fixar que também as ações de indenização por dano moral decorrentes de acidente do trabalho deverão ser julgadas pela Justiça do Trabalho, restando excepcionadas apenas aquelas movidas contra a Previdência Social, que continuam afetas à Justiça comum dos Estados e do Distrito Federal, como se infere das exceções previstas no artigo 109, I, da CF/88, que trata da competência da Justiça Federal.

Ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho, antes da competência da Justiça Federal, são agora também do Judiciário trabalhista, conforme inciso VII do artigo 114 da CF. O inciso seguinte, o VIII, manteve a competência para execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no artigo 195, I, “a” e II, da Constituição Federal, e seus acréscimos legais, e o inciso IX ainda acrescentou que, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho poderão ser trazidas para o âmbito de competência da Justiça do Trabalho.

Para alguns, a última hipótese representa redundância. Entendemos, com a devida vênia, que não. Com base neste preceito e sem necessidade de qualquer alteração constitucional, poderiam ser transferidas para a Justiça do Trabalho, por exemplo, questões sobre contratos de representação comercial ou agência que envolvessem pessoas jurídicas. O que seria muito razoável, porquanto aqueles em que o representante ou agente são pessoas físicas, já se encontram sob a égide do judiciário trabalhista, e a matéria tratada é absolutamente idêntica.

Como se vê, a Justiça do Trabalho, historicamente comprometida com a Justiça social e a valorização da pessoa humana<sup>5</sup>, passou a julgar, desde o advento da Emenda Constitucional nº. 45, a maioria dos litígios que envolvem discussões sobre o valor-trabalho. Saiu fortalecida. Conscios da grande responsabilidade que pesa sobre

<sup>5</sup>Para FELICIANO (2005, p. 119), “Do ponto de vista da racionalidade judiciária, a Reforma devolveu as questões do trabalho a uma classe de magistrados historicamente comprometida com a Justiça Social e a valorização da pessoa humana”.

seus ombros, os juízes trabalhistas se empenharão para dar concreção, máxima efetividade e entrelaçamento a dois fundamentos da própria República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (artigo 1º, III e IV da CF/88).

E o trabalho, não tenham dúvida, é expressão de dignidade humana, merecendo, por isto, a atenção especial de todos nós. As novas atribuições têm exigido, entretanto, de juízes e servidores da Justiça do Trabalho, assim como de Procuradores do Ministério Público do Trabalho e advogados que atuam na área, profunda e constante reciclagem profissional.

Toda esta modernização, que antecedeu as próprias reformas trabalhistas e sindical, que também estão em curso no Congresso Nacional, reclama adaptação. São novos tempos. É chegada a hora então de perguntar: E as faculdades de Direito, estão preparadas e prepararão seus alunos para esta nova realidade? – Não temos dúvida que, apesar de não ter ainda havido tempo hábil para qualquer alteração, certamente assumirão as Instituições do Ensino Superior a parte que lhes cabe neste processo de transformação, promovendo as necessárias adequações, cientes de que o ensino jurídico, no modelo atual, é profissionalizante.

*“É chegada a hora então de perguntar: E as faculdades de Direito, estão preparadas e prepararão seus alunos para esta nova realidade? – Não temos dúvida que, apesar de não ter ainda havido tempo hábil para qualquer alteração, certamente assumirão as Instituições do Ensino Superior a parte que lhes cabe neste processo de transformação, promovendo as necessárias adequações, cientes de que o ensino jurídico, no modelo atual, é profissionalizante.”*

## 1. A NECESSIDADE DE REFORMULAÇÃO DO DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO NAS FACULDADES DE DIREITO

Conveniente aqui lembrar que mesmo antes da criação dos dois primeiros Cursos jurídicos no Brasil, por ato do Império de 11 de agosto de 1827, um na cidade de São Paulo e outro na de Olinda, em projeto de regulamento ou estatutos para referidos cursos, manifestava o Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira a sua preocupação com a formação de “[...] homens hábeis para serem um dia sábios Magistrados, e peritos Advogados, de que tanto se carece”. E indagava: “De que serviriam Bacharéis formados, dizendo-se homens juriconsultos na extensão da

palavra, se o fossem só no nome” (ACTOS DO PODER..., p. 8).

Os resultados dos exames da Ordem dos Advogados do Brasil e dos concursos para as carreiras jurídicas, notadamente os da Magistratura e do Ministério Público, dado o seu grau de dificuldade, mas também em razão de problemas na formação desde o ensino fundamental e médio (e, portanto, não se pode atribuir responsabilidade exclusiva ao ensino superior), parecem atestar que palavras escritas em 1825 profetizavam o que ocorreria nos dias de hoje. Ei-las:

[...] haveria em grande abundância homens habilitados com a carta somente, sem o serem pelo merecimento, que pretenderiam os empregos para os servirem mal, e com prejuízo público, e particular, tornando-se uma classe improductiva com damno de outros misteres, a que se poderiam aplicar com mais proveito da sociedade, e verificar-se-hia deste modo o que receiava um sábio da França, da nimia facilidade, e gratuito estabelecimento de muitos lyceus naquelle paiz. (ACTOS DO PODER..., p. 8).

O projeto em questão (p. 8-9) reporta também problemas vividos em Portugal:

Houve demasiados Bacharéis, que nada sabiam, e iam depois nos diversos empregos aprender rotinas cegas e uma jurisprudência casuística de arestos, sem jamais possuírem os princípios, e luzes desta sciencia. Foi então necessário reformar de todo a antiga Universidade de Coimbra.

Mais adiante, ainda na exposição de motivos do projeto para a criação do estatuto dos dois novos cursos de Direito (p. 12), preconizava-se à época:

[...] por que não aproveitaremos estas lições do saber, e da experiência, para abraçarmos um novo methodo mais regular, simples, e far-

to dos conhecimentos necessários e úteis, e que despido de erudições sobejas, abranja o que é mais philosophico e justo? Deve-se, portanto, sem perder de vista o que há de grande, e sábio em tão famigerados estatutos, cortar o que for desnecessário, instituir novas cadeiras para as matérias de que nelles se não fez menção, as quaes são enlaçadas pelos mais fortes vínculos com a jurisprudência em geral, e de nimia utilidade para o perfeito conhecimento della, e dirigirmo-nos ao fim de crear juriconsultos brasileiros, enriquecidos de doutrinas luminosas, e ao mesmo tempo úteis, e que pelo menos obtenham neste Curso bastantes, e sólidos princípios, que lhes sirvam de guias nos estudos maiores, e mais profundos, que depois fizerem; o que é o mais que se pode esperar que obtenham estudantes de um curso acadêmico.

Ora, e por que não trasladar aquellas lições do passado para o presente, na incessante busca de que o Curso de Direito capacite, efetivamente, aquele que nele se bacharelar, a iniciar o desempenho da profissão abraçada, sem descurar, obviamente, da necessidade de educação continuada?

Com a finalidade de emprestar-lhe caráter propositivo, mas sem perder de vista os estreitos limites desta exposição, como primeiras impressões que se sujeitam a críticas e reformulação, é possível sugerir que repensemos as Cadeiras de Direito e Processo do Trabalho, redimensionando-as para que atendam os anseios e necessidades daqueles que desejarem se preparar para a advocacia trabalhista, para o Ministério Público

do Trabalho e para a Magistratura do Trabalho, além de outras carreiras que exijam conhecimentos específicos.

Não nos esqueçamos que os cursos de Direito no Brasil passaram por diferentes momentos estruturais, sendo identificadas algumas mudanças relevantes. Desde 1827, quando foi criado, durante o Império e no período republicano até 1962, regiam-se por um "currículo único" rígido e invariável, a ser cumprido em cinco anos, com algumas poucas e incipientes mudanças ao longo do período.

Após o advento da LDB 4.024/61, houve, em 1962, a mudança de "currículo único" para "currículo mínimo" nacional, ao lado de um "currículo pleno", por instituição de ensino, com flexibilização regional que permitia certa autonomia às instituições de ensino superior, desde que respeitada a grade curricular mínima estabelecida. Somente a partir do ano letivo de 1963, após parecer aprovado pelo Conselho Federal de Educação, foi introduzida como uma das catorze matérias integrantes do currículo mínimo de Direito, o Direito do Trabalho.

O Curso de Direito chegou a ter duração de quatro anos, e pela Resolução CFE 3, de 25/2/72, o currículo mínimo nacional de graduação em Direito, bacharelado, compreendia matérias consideradas básicas e as profissionais. Entre as últimas, incluía-se o Direito do Trabalho, que englobava também o Processo Trabalhista. Houve o retorno da duração para cinco anos, mas a situação curricular perdurou até 1996, prorrogada para 1998, quando foram implantadas as diretrizes curriculares e, em aparente contraposição, o conteúdo mínimo do curso jurídico.<sup>6</sup>

Pois bem! Atualmente, conforme artigo 53 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de

*"[...] é possível sugerir que repensemos as Cadeiras de Direito e Processo do Trabalho, redimensionando-as para que atendam os anseios e necessidades daqueles que desejarem se preparar para a advocacia trabalhista, para o Ministério Público do Trabalho e para a Magistratura do Trabalho, além de outras carreiras que exijam conhecimentos específicos."*

<sup>6</sup>As referências históricas foram extraídas do Parecer nº. CNE/CES 0055/2004.

1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, no exercício de sua autonomia, às universidades cabe fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes (artigo 53, II, da LDB). A Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação baixou, em 29 de setembro de 2004, a Resolução CNE/CES nº. 9, publicada no DOU de 1º de outubro de 2004, traçando as diretrizes em questão.

A partir das Diretrizes Curriculares do Curso de Graduação em Direito, Bacharelado, a serem observadas pelas Instituições de Educação Superior em sua organização curricular, restou estabelecido que o Projeto Pedagógico e a Organização Curricular das Faculdades de Direito deverão contemplar conteúdos e atividades que atendam três eixos de Formação: Fundamental, Profissional e Prática. O Direito do Trabalho situa-se, necessariamente, no Eixo de formação Profissional, conforme artigo 5º da referida Resolução.

No mesmo eixo, sem menção a ramos específicos, encontra-se também o Direito Processual. Conforme ainda o artigo 11 da mesma resolução, a duração e carga horária dos cursos de graduação serão estabelecidos em Resolução da Câmara de Educação Superior. E o Parecer CNE/CES nº. 329/2004, aprovado em 11.11.2004, considerando a ampliação da duração do ano letivo regular para duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, conforme artigo 47 da LDB vigente, aponta que, em debates dos quais participaram a Associação Brasileira de Ensino de Direito (ABEDI) e a OAB, foi sugerida uma carga horária total para os cursos de Direito de 3.700 horas, duração mínima de cinco anos (com tempo máximo de integralização equivalente ao tempo mínimo acrescido de 50%) e atividades complementares e estágio que deveriam responder, em conjunto, por até 20% da carga horária total.

Os Conselheiros votaram favoravelmente à aprovação da carga horária mínima dos cursos de graduação, Bacharelados, na modalidade presencial, que para o direito prevê carga horária mínima de 3.700 horas (já incluídos os estágios e atividades curriculares, que não deverão exceder a 20% do total), mas optaram por atribuir às Instituições de Educação Superior, a partir dos referidos parâmetros, o direito de fixar os tempos mínimos e máximos de integralização curricular por curso. Ao que se tem notícia, o Projeto de Resolução submetido à apreciação da Câmara de Educação Superior ainda não foi aprovado e publicado.

Dentro deste contexto, ousamos sugerir que as Faculdades de Direito, na elaboração de suas matrizes curriculares, confirmem maior e merecida importância ao Direito Material e Processual do Trabalho. Em relação ao Direito material do Trabalho, constatamos que, invariavelmente, pelo menos um ano letivo tem-lhe sido dedicado nos cursos de Direito. Há casos, porém, de ministrar-se conjuntamente o Direito Processual do Trabalho. Se antes isto era difícil, com a ampliação de competência da Justiça do Trabalho, a necessária adequação dos seus ramos correlatos nos planos material e processual tornou tal missão impossível.

Em outras universidades a situação é mais favorável. O Direito do Trabalho é ministrado em um ano (ou dois semestres), normalmente com quatro horas-aula semanais, e o Direito Processual também em um ano, mas com carga horária reduzida pela metade (duas horas-aula semanais). Ainda assim, a carga horária já se revelava insuficiente para abranger todo o conteúdo necessário. Agora, não há dúvida que, diante da necessidade de reformulação das duas cadeiras, trazendo para o âmbito das referidas disciplinas temas que não compõem os atuais conteúdos curriculares, afigura-se im-

*"Dentro deste contexto, ousamos sugerir que as Faculdades de Direito, na elaboração de suas matrizes curriculares, confirmem maior e merecida importância ao Direito Material e Processual do Trabalho."*

prescindível a ampliação do tempo destinado a estes dois importantes componentes curriculares do eixo de formação profissional.

Parece-nos que é mesmo o caso de transplantar do Direito Civil para o Direito do Trabalho, naquilo que entenderem com a prestação de trabalho humano por pessoa física, várias espécies de contrato, como da prestação de serviços (artigos 593 a 609 do novo Código Civil), da empreitada (artigos 610 a 626), da comissão (artigos 693 a 709), da Agência e Distribuição (artigos 710 a 721), da corretagem (artigos 722 a 729), do transporte (artigos 730 a 756) e do seguro (artigos 757 a 802), além dos contratos de representação comercial autônoma (Lei 4886/65) e outros.

Também no Direito do Trabalho, precisa haver espaço para noções de Direito Previdenciário, se cadeira própria não houver, além de campo reservado à Infortunística, que contemple desde conceitos de Acidente do Trabalho típico e de Doenças Profissionais e/ou do Trabalho a ele equiparadas, até as suas conseqüências em face do tomador de serviços, avaliando se sua responsabilidade é objetiva, se deriva de dolo ou culpa, perquirindo sobre a necessidade de reparação na esfera material e moral, enfim, familiarizando o acadêmico com temas que lhe serão fatalmente colocados para enfrentar no exercício de sua atividade profissional.

Ideal mesmo seria um Código do Trabalho que reunisse, além do Direito Individual, do Direito Coletivo e do Direito Administrativo do Trabalho, todas as modalidades mencionadas e outras, tratando, num só corpo, de trabalho humano subordinado e não subordinado.

Enquanto o legislador assim não o fizer, cuidemos nós, porém, da tarefa que nos cabe: Juízes, procuradores, advogados e operadores do Direito em geral, aplicando os institutos que têm à mão na solução de casos concretos. E as faculdades de Direito, possibilitando a intensificação dos estudos pertinentes.

Em relação ao Processo do Trabalho, embora não desconhecamos haver quem advogue tese diametralmente oposta,

filiamo-nos aos adeptos da teoria dualista, que sustenta a sua autonomia perante o processo comum. E o Direito Processual do Trabalho tem nuances que precisam ser convenientemente analisadas ainda nos bancos escolares. É inconcebível, apenas para exemplificar, que um Bacharel em Direito não saiba que, de decisões interlocutórias no Processo do Trabalho, não cabe agravo de instrumento (artigo 893, § 1º, da CLT).

Ora, o Direito Processual do Trabalho possui autonomia científica, legislativa e didática em relação aos demais ramos do Processo, embora não possa isolar-se deste. Assim, mormente agora que o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho baixou a Resolução nº. 126/2005, dispondo sobre normas procedimentais aplicáveis ao processo do trabalho em decorrência da ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, urge que cadeira específica seja conferida, por todas as Faculdades de Direito, ao Processo do Trabalho.

Conforme o TST, excepcionadas aquelas que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Ação Rescisória, Ação Cautelar e Ação de Consignação em Páramento, as demais tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo trabalhista, observando-se inclusive a sistemática recursal da Consolidação das Leis do Trabalho, mesmo no que respeita à nomenclatura, alçada, prazos e competências. Assim, melhor seria também que existisse um Código de Processo do Trabalho. Enquanto isto não ocorre, façamos também a nossa parte a respeito.

## 2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, a título de sugestão, é possível consolidar uma proposta de alteração da matriz curricular das Faculdades de Direito nos seguintes termos:

1) No que respeita ao Direito do Trabalho:

1.1) Que as Faculdades de Direito estudem e efetivamente implantem, se possível,

vel já a partir do próximo ano letivo, a ampliação da carga horária, de modo a que o componente curricular seja ministrado em dois anos (ou quatro semestres), preferencialmente a partir da 3ª série, com quatro horas-aula semanais que, excepcionalmente, na impossibilidade de adequação à grade curricular, poderiam ser reduzidas a duas horas-aula no segundo ano;

1.2) Que no primeiro ano sejam, por exemplo, ministrados Teoria Geral do Direito do Trabalho, Direito Internacional do Trabalho, Direito Individual do Trabalho e Direito Tutelar;

1.3) Que no segundo ano sejam, por exemplo, ministrados Direito Administrativo do Trabalho, Direito Coletivo do Trabalho, Noções de Direito Previdenciário, Infortunistica, Danos Materiais e Morais e contratos atinentes a trabalho não subordinado, conforme alhures exposto.

2) No que respeita ao Direito Processual do Trabalho:

2.1) Que as Faculdades de Direito que ainda não possuem cadeira específica, implantem-na, se possível já a partir do próximo ano letivo;

2.2) Que o conteúdo programático abranja, além do que tradicionalmente é dado, as novas ações derivadas da ampliação de competência da Justiça do Trabalho;

2.3) Que preferencialmente a disciplina seja ministrada na 5ª série (ou nos dois últimos semestres), com quatro horas-aula semanais, mesclando necessariamente teoria e prática.

Se isto for feito, as Faculdades de Direito darão enorme contribuição para o aprimoramento do ensino jurídico brasileiro, uma vez que a significativa ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Reforma do Judiciário clama, como já dito, por uma readequação curricular destas duas imprescindíveis disciplinas. Obviamente que estas são apenas considerações iniciais, que

reclamam maior amadurecimento, mas podem servir de ponto de partida para o debate.

### 3. BIBLIOGRAFIA

ACTOS DO PODER LEGISLATIVO. **Collecção das leis do Império do Brazil de 1827. PARTE PRIMEIRA.** Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1878, p. 5-39. (A obra pode ser encontrada no Arquivo Histórico do Senado Federal – Subsecretaria do Arquivo, com cópia na Biblioteca do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região).

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras:** 1946. 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção, Constituições Brasileiras; v. 5).

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível (inteiro teor, em 9 páginas) em: <<http://dorado.stf.gov.br/teor/it.asp?classe=RE&processo=238737>>. Acesso em: 4 abr. 2001.

CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Parecer nº CNE/CES 0055/2004.** Disponível em: <<http://www.mec.gov.br>>. Acesso em: 8 set. 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Justiça do Trabalho – Nada Mais, Nada Menos.** In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (Coord.). **Justiça do Trabalho: Competência Ampliada.** São Paulo: LTr, 2005.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras:** 1934, 2. ed., Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. (Coleção, Constituições Brasileiras; v. 3).



# RELAÇÃO DE TRABALHO – EM BUSCA DE UM CRITÉRIO CIENTÍFICO PARA A DEFINIÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO ABRANGIDAS PELA NOVA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESPECIALIZADA

JOSÉ ANTÔNIO RIBEIRO DE OLIVEIRA SILVA\*

**Resumo:** Dada a alteração na competência material da Justiça do Trabalho, o autor analisa as diferenças entre contratos instantâneos e de prestação continuada e os requisitos da relação de emprego para distinguir relação de trabalho e relação de consumo. Conclui que os servidores públicos estatutários não se incluem em tal inovação e que o critério definidor da competência é o da continuidade da prestação de serviços. Assim, presente tal requisito, incluem-se nesta modificação as lides decorrentes dos contratos de empreitada, representação comercial, corretagem, transporte, parceria e de prestação de serviços, mesmo em regime de cooperativa, sendo de aplicação o direito civil.

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Servidores públicos estatutários. 2.1. Constitucionalidade do inciso I do artigo 114 da CF. 2.2. Relação de trabalho ou relação de direito administrativo. 3. Relação de emprego, relação de trabalho ou relação de consumo. 3.1. Requisitos das mencionadas relações jurídicas. 3.1.1. Pessoa natural. 3.1.2. Pessoa jurídica. 3.1.3. Onerosidade. 3.1.4. Subordinação. 3.1.5. Não-eventualidade. 4. Relação de trabalho ou relação de consumo. 4.1. Contratos de empreitada e de prestação de serviços. 4.2. Contratos afins. 5. Direito material aplicável. 6. Conclusão.

**Palavras-chave:** Competência; Relação de trabalho; Relação de emprego; Relação de consumo; Servidor público; Contrato de prestação continuada; Pessoa natural; Pessoa jurídica; Pessoa física; Pessoa jurídica; Onerosidade; Não-eventualidade; Subordinação; Habitualidade; Continuidade da prestação de serviços; Relação de trato sucessivo; Autônomo; Representante comercial; Profissionais liberais; Trabalho voluntário; Corretor; Transportador; Empreiteiro; Parceiro; Cooperativas de trabalho; Destinatário final; Princípio protetivo; Consumidor; Dono da obra; Direito civil.

---

\*José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva é Juiz do Trabalho, Titular da Vara do Trabalho de Barretos (SP) e Professor do CAMAT - Curso Avançado para a Magistratura do Trabalho, em Ribeirão Preto (SP).

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De todos sabido que foi promulgada em dezembro último a Emenda Constitucional nº 45<sup>1</sup>, publicada no Diário Oficial da União em 30 de dezembro, com retificação no dia imediatamente seguinte. E que a maior novidade para nós da Justiça Especializada do Trabalho foi a introdução do tema *relação de trabalho* para a definição da competência material dessa Justiça no inciso I do artigo 114 da Carta Fundamental. Eis a redação do citado dispositivo constitucional:

“Artigo 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar<sup>2</sup>:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

Pois bem, a primeira indagação a ser feita é a concernente à competência da Justiça do Trabalho para processar as causas envolvendo os servidores públicos de quaisquer dos entes da Federação. E, feito esse exame, mister definir com clareza quais as

relações de trabalho que estão abrangidas pela nova competência da Justiça especializada, através dos critérios lógico e sistemático de interpretação, sem perder de vista o elemento histórico, tão importante nessa investigação que se pretende científica. Nessa definição temos de distinguir a relação de trabalho da relação de emprego e da relação de consumo<sup>3</sup>, através da análise dos requisitos que identificam cada uma dessas relações jurídicas<sup>4</sup>. Pensamos que somente assim encontraremos um critério, senão científico, ao menos objetivo e aplicável à grande generalidade dos casos.

## 2. SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUÁRIOS

De se ter em mente que o artigo 114 da Constituição Federal, desde 5-10-88, já preconizava a competência material justralhista para a solução dos conflitos de interesses entre os trabalhadores e os entes de direito público da administração direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União. Entrementes, a interpretação que prevaleceu foi a de que a Justiça do Trabalho tinha competência para as questões trabalhistas dos empregados

<sup>1</sup>A EC/45 foi promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no dia 8-12-2004, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, contendo 15 artigos. Embora traga em seu bojo várias normas que nos interessam de perto, neste pequeno trabalho vamos nos debruçar somente sobre aquela que nos parece a mais importante e, sem dúvida, a que maior celeuma tem encontrado nas inúmeras interpretações possíveis por parte dos estudiosos do direito: o inciso I do art. 114 da Constituição da República.

<sup>2</sup>Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho, embora não haja previsão expressa quanto à competência para conciliar, pela interpretação histórica conclui-se que houve, no caso, simples inadvertência técnica do legislador e não sua manifestação volitiva, “motivo por que a Justiça do Trabalho continuará dotada de competência para conciliar as partes”. *A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional n. 45/2004*. Artigo publicado na Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 13.

<sup>3</sup>Conforme observa Francisco Rossal de Araújo, a matéria bem demonstra a relatividade da dicotomia do direito em direito material e direito formal. “A conexão entre a definição jurídica de relação de trabalho – tema de direito material – e a atribuição de competência da Justiça do Trabalho – tema de direito processual – é muito importante e serve para demonstrar como um ramo da ciência jurídica pode influenciar em outro, apesar da pretendida separação teórica entre direito material e direito processual”, que “só tem sentido no plano metodológico, e não deve servir como um fim em si mesma”. *A Natureza Jurídica da Relação de Trabalho (Novas Competências da Justiça do Trabalho – Emenda Constitucional n. 45/04)*. Artigo publicado na obra *Nova competência da justiça do trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 82.

<sup>4</sup>Segundo Jorge Luiz Souto Maior, incorreu “em grave erro o legislador ao remeter para a justiça especial do trabalho certos conflitos, sem a especificação precisa quanto a quais conflitos se refere. Há uma impropriedade de ordem lógica na proposição ao se atribuir a uma justiça especializada uma competência baseada em termos genéricos”. E adverte: “esqueceu-se o legislador, ou não quis lembrar, que um dos principais motivos de retardo das lides é, precisamente, a discussão que se trava em torno de algumas divergências de ordem processual (os tais incidentes processuais) e a controvérsia em termos de competência que se trava entre os diversos seguimentos da Justiça representa um grave dano para a celeridade processual”. *Justiça do Trabalho: A Justiça do Trabalhador?*. Artigo publicado na obra *Nova competência da justiça do trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 180-182.

públicos e não dos servidores estatutários<sup>5</sup>. De tal sorte que a Justiça especializada não tinha, até 2004, competência material para conciliar, instruir e julgar controvérsias entre servidores públicos estatutários e qualquer dos entes das três esferas de Governo (União, Estados e Municípios). Isso porque o artigo 114 disciplinou, em sua redação original, que tal competência se restringia às relações de emprego, ainda que no pólo passivo estivesse qualquer dos entes já referidos, ou seja, atribuiu competência material à Justiça do Trabalho para resolver todas as causas trabalhistas dos servidores públicos celetistas, mesmo que ajuizadas em face da União, causas que antes eram da competência da Justiça Federal.

A única novidade neste passo, portanto, é a de que o novo texto faz menção a *relação de trabalho*. Antes de investigarmos se esta expressão abrange os servidores públicos estatutários ou se a relação destes com as pessoas jurídicas de direito público é de natureza administrativa, convém analisar a constitucionalidade da norma inculpada no inciso I já referido, objeto de ação direta de inconstitucionalidade pela AJUFE – Associação dos Juizes Federais do Brasil<sup>6</sup>.

## 2.1 Constitucionalidade do inciso I do artigo 114 da CF

É muito discutível a constitucionalidade do multicitado inciso I do artigo 114, tendo em vista que na redação aprovada pela Câmara dos Deputados não constava nenhuma ressalva ao texto do dispositivo em comento, o que certamente geraria dúvidas de interpretação quanto ao alcance da norma. Para esclarecer a questão o Senado Federal, nos trâmites finais do processo legislativo, promoveu um acréscimo ao texto que recebera, para excluir da competência da Justiça do Trabalho *“os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação”*. Ocorre que na redação final do texto para promulgação esta ressalva foi suprimida, tendo a publicação trazido à sociedade apenas o texto originário da Câmara dos Deputados.

A primeira impressão é a de que o texto do inciso I nem deveria ter sido promulgado e publicado, já que tendo havido emenda ao texto mencionado não poderia vir a público antes de apreciada pela Casa originária a tal emenda (artigo 65, parágrafo único, da Constituição)<sup>7</sup>. Há, pois, nessa pressa toda<sup>8</sup> de promulgação e publicação uma inconstitucionalidade formal<sup>9</sup>, tanto que

<sup>5</sup> Para sintetizar o entendimento transcrevemos parte do v. acórdão prolatado pelo Pleno do E. STF, da lavra do eminente Ministro Octávio Gallotti, publicado no DJ de 14 de abril de 1989, Seção I, p. 5457, nos autos CJ 6.829-8/SP: “Mas, no tocante ao ponto que interessa à solução da espécie dos autos e vem destacado no parecer, isto é, à enumeração dos entes sujeitos à competência da Justiça Especializada, a novidade do art. 114, em vigor, resume-se à inclusão dos dissídios com pessoas de direito público externo e com a União Federal, antes submetidos à Justiça Federal. Tal sucede, todavia, somente em relação aos feitos trabalhistas, tanto da União, como do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios. Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente. No concernente aos citados servidores estaduais ou municipais, sob regime estatutário regular ou administrativo especial, as relações funcionais estavam e continuam a ser submetidas à competência da Justiça comum estadual”.

<sup>6</sup> A AJUFE ajuizou ADIn perante o STF, nº 3.395-6, contra o inciso I do art. 114 da CF, porque no processo legislativo, quando da promulgação da EC nº 45/2004, houve supressão de parte do texto aprovado pelo Senado, com pedido de concessão de liminar para sustar os efeitos do mencionado inciso I, com eficácia ex tunc.

<sup>7</sup> As emendas parlamentares no processo legislativo podem ser supressivas, aditivas, modificativas, substitutivas ou ainda de redação (Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*. 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2002, p. 537). Pensamos, pois, que se não houve emenda aditiva, houve pelo menos emenda de redação, para corrigir lapso manifesto quanto à exclusão dos servidores públicos sob regime administrativo, evitando-se, assim, toda a celeuma sobre a extensão da nova competência da Justiça do Trabalho.

<sup>8</sup> Com a ressalva de que a Reforma do Judiciário teve início ainda em 1992, com a PEC nº 96/92 da Câmara dos Deputados, chegando ao Senado em 2000 (PEC nº 29/2000). E agora retorna à Câmara parte do texto (PEC nº 358/2005).

<sup>9</sup> João Orreste Dalazen, embora admita que tenha havido emenda de mérito introduzida no Senado, entende que não houve inconstitucionalidade formal, tendo em vista que “não se poderia promulgar a redação integral aprovada no Senado, porque não aprovada na Câmara a exclusão da competência da Justiça do Trabalho para os estatutários”. *A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil*. Artigo publicado na obra *Nova competência da justiça do trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 157.

a Câmara dos Deputados entendeu ter havido emenda de mérito e por isso o texto retornou àquela Casa, para apreciação da exceção feita aos servidores ocupantes de cargos públicos, os chamados estatutários.

Quanto à inconstitucionalidade formal questionada pela AJUFE, mencionada em nota anterior, entendeu o Exmo. Sr. Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, que não ocorreu inconstitucionalidade formal porque não houve modificação de sentido na proposição jurídica do inciso I, mas mera explicitação de que não estavam abrangidos os servidores públicos estatutários<sup>10</sup>. Embora o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha ainda de apreciar a matéria, não cremos que vá haver mudança de entendimento, já que citados na decisão do Min. Nelson Jobim precedentes jurisprudenciais daquela Corte.

## 2.2 Relação de trabalho ou relação de direito administrativo

Por outro lado, o argumento utilizado pelo Presidente do STF na concessão da medida liminar é que nos preocupa, dada a interpretação demasiadamente restritiva que deflui dos fundamentos da decisão. Em síntese, o Ministro Nelson Jobim concedeu a medida liminar com o argumento de que a Justiça do Trabalho tem sua competência atrelada aos contratos de trabalho regidos pela CLT<sup>11</sup>, suspendendo, *ad referendum* do Plenário, “toda e qualquer interpretação

dada ao inciso I do artigo 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclui, na competência da Justiça do Trabalho, a ‘...apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo’”.

Ora, a inovação da Emenda Constitucional consiste exatamente na atribuição de competência à Justiça especializada para a solução de lides decorrentes da *relação de trabalho*, distinta e mais abrangente do que a relação de emprego, espécie daquele gênero e, esta sim, regulada pelo Estatuto Consolidado. Os conflitos das relações de trabalho terão de ser dirimidos à luz do direito civil e não do direito do trabalho cuja fonte clássica é a CLT. De modo que restringir a competência da Justiça do Trabalho às lides decorrentes dos contratos de trabalho disciplinados pela CLT é, *data venia*, um grave equívoco. A se pensar dessa forma, nenhuma novidade terá sido apresentada pela Reforma do Judiciário, no particular.

Feita a devida reparação nesse tópico da decisão tomada, resta-nos verificar a conveniência<sup>12</sup> da exclusão do naco de competência correspondente à apreciação das causas que envolvem os servidores públicos estatutários ou sujeitos a vínculos administrativo especial de um lado e os entes federativos de outro<sup>13</sup>. Isso porque desde 1989

<sup>10</sup>Transcrevemos parte da decisão, em sede de liminar, do Min. Jobim: “A não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra. Mesmo que se entendesse a ocorrência de inconstitucionalidade formal, remanesceria vigente a redação do caput do art. 114, na parte que atribui à Justiça trabalhista a competência para ‘as relações de trabalho’ não incluídas as relações de direito administrativo. Sem entrar na questão da duplicidade de entendimentos levantada, insisto no fato de que o acréscimo não implica alteração de sentido da regra”.

<sup>11</sup>Trecho da decisão já mencionada: “Não há que se entender que (a) justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidas que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT”.

<sup>12</sup>De acordo com Ives Gandra da Silva Martins Filho seria imprudente insistir nessa competência para tê-la apenas por alguns meses, já que é bastante provável que a Câmara dos Deputados ou o STF venham a confirmar o entendimento do Senado Federal, no sentido de que a relação de trabalho não abrange a relação dos servidores estatutários. A Reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho. Artigo publicado na Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 39. Outrossim, a decisão tomada em sede de ADIn tem eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99).

<sup>13</sup>Não que sejamos favoráveis a essa exclusão. Muito pelo contrário, não entendemos porque a Justiça do Trabalho passa a ser competente para inúmeras relações de trabalho e não ganha competência para a solução dos conflitos entre os servidores públicos e as pessoas jurídicas de direito público, se as relações trabalhistas nesse campo, ainda que de ordem administrativa, são muito mais próximas das relações de emprego do direito do trabalho. Veja-se, a propósito, que o rol de direitos trabalhistas constitucionais para as duas categorias é praticamente o mesmo: arts. 7º e 39, § 3º, da Magna Carta.

a jurisprudência da Corte Suprema tem se dado no sentido de excluir da competência da Justiça especializada as lides dos servidores públicos, como já vimos. Acrescenta-se que, julgando ADIn ajuizada contra o artigo 240, alíneas "d" e "e", da Lei nº 8.112/90 o E. STF declarou a inconstitucionalidade de tais dispositivos legais<sup>14</sup>, com o entendimento de que os servidores públicos civis da União têm regime estatutário e por isso não têm direito de ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho. E nos níveis estadual e municipal há súmulas do E. STJ no sentido de que a competência para o processamento de ações de servidores públicos é da Justiça Comum Estadual<sup>15</sup>.

Agora, não se pode olvidar que a Emenda Constitucional nº 19, de 5-6-98, alterou o artigo 39, *caput*, da Carta Fundamental, não havendo mais obrigatoriedade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios terem regime jurídico único para os seus servidores. Podem, pois, os entes referidos contratar tanto servidores estatutários quanto empregados sob o regime celetista, sendo que a competência para conhecer ações trabalhistas destes últimos será da Justiça do Trabalho. E podem, outrossim, contratar trabalhadores em caráter temporário, para atender a necessidade extraordinária de excepcional interesse público, na forma do artigo 37, inciso IX, da Constituição, regulamentado pela Lei nº 8.745, de 9-12-93. Também estes, porque submetidos a

*"Ainda que se trate de uma relação de trabalho em sentido lato, não foram todas as relações de trabalho, todas as formas de trabalho humano que passaram à competência material da Justiça Trabalhista."*

regime administrativo especial, não podem reclamar perante a Justiça especializada.

A ilação é, pois, de que os servidores públicos submetidos a regime estatutário regular ou a regime administrativo especial, aqui incluídos os servidores públicos temporários, mantêm com o poder público relação jurídica institucional ou de caráter administrativo, não tendo relação de trabalho *stricto sensu* com os entes da Federação<sup>16</sup>. Ainda que se trate de uma relação de trabalho em sentido lato, não foram todas as relações de trabalho, todas as formas de trabalho humano que passaram à competência material da Justiça Trabalhista.

De tal sorte que apenas as relações de trabalho formadas entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias e fundações públicas, e pessoas naturais que lhes prestem algum serviço determinado mediante contrato específico, é que se compreendem no rol de competências trabalhistas, por exemplo: contrato de um pintor para a pintura da sede da Prefeitura, de um trabalhador para entrega de material de publicidade de determinado departamento ou secretaria, de agente comunitário de saúde (artigo 4º da Lei nº 10.507/2002). Desde que não estejam submetidos ao regime estatutário comum, nem sejam contratados por tempo determinado para atendimento de necessidade extraordinária, nem mesmo para o regime celetista, os trabalhadores manterão com

<sup>14</sup>Em 13 de novembro de 1992 o STF julgou o mérito da ADIn nº 492-1, declarando a inconstitucionalidade das alíneas "d" e "e" do art. 240 da Lei nº 8.112/90 (DJU, 12-3-93). Estes dispositivos asseguravam aos servidores públicos civis a negociação coletiva e o ajuizamento de ação, individual ou coletiva, perante a Justiça do Trabalho, respectivamente.

<sup>15</sup>Súmula 137 do STJ: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar ação de servidor público municipal, pleiteando direitos relativos ao vínculo estatutário". Súmula 218 do Superior Tribunal de Justiça: "Compete à Justiça dos Estados processar e julgar ação de servidor estadual decorrente de direitos e vantagens estatutários no exercício de cargo em comissão".

<sup>16</sup>Em contrário, João Oreste Dalazen, que, embora entenda que a relação entre o servidor público estatutário e a Administração Pública seja de Direito Público, assevera que não pode pairar mais dúvida acerca da competência da Justiça do Trabalho para a lide entre ente público e servidor estatutário ou contratado por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. Artigo citado, p. 159.

o órgão público *relação de trabalho* cujos conflitos, especialmente por falta de pagamento do valor avençado, serão dirimidos pela Justiça Federal especializada.

Daí a necessidade de se ter uma noção precisa, objetivamente aferível, do que é relação de trabalho, tal como considerada na redação do inciso I do artigo 114 da *Lex Legum*. É o passo seguinte.

### 3. RELAÇÃO DE EMPREGO, RELAÇÃO DE TRABALHO OU RELAÇÃO DE CONSUMO

Temos visto definições de *relação de trabalho* com uma largueza que nos impressiona. Até parece que a noção clássica de relação de emprego, que sempre foi encontrada a partir do contraponto com a relação de trabalho, feito por todos os doutrinadores consagrados do direito laboral<sup>17</sup>, de um dia para o outro foi sepultada e sem velório.

Nem todo labor humano ensejará uma relação de trabalho, porque esta pressupõe uma *relação jurídica*, isto é, um vínculo estabelecido entre sujeitos de direito, formado a partir de um fato, ao qual o sistema jurídi-

co atribui a produção de determinados efeitos<sup>18</sup> (na área de contratos: direitos e obrigações, em regra). Várias são as fontes da relação jurídica, mas aqui nos interessa a fonte contratual, até porque o contrato é a fonte principal das obrigações tanto no direito civil quanto no direito do trabalho. Destarte, de um contrato, escrito, verbal ou tácito entre pessoas determinadas exsurge uma relação jurídica. Mas cediço que os contratos, em uma das várias classificações possíveis, podem ser *instantâneos ou de prestação continuada*<sup>19</sup>. Aqueles se exauram quando cumpridas as prestações que demandam pouco tempo para se realizarem, ex.: uma compra e venda. Os contratos de prestação continuada ou, como chamamos no direito do trabalho, *de trato sucessivo, realizam-se na continuidade da prestação e contraprestação ajustadas*, no decorrer mesmo da relação jurídica, que se torna, assim, mais importante do que o próprio contrato<sup>20</sup>. Essa continuidade da prestação laboral é qualificativa não somente da relação de emprego, mas também da relação de trabalho que se quer contraposta àquela<sup>21</sup>,

<sup>17</sup>Por todos, Mauricio Godinho Delgado: "A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego". E aduz que a primeira expressão se refere "a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como contrato de estágio, etc.)". Isso porque a relação de emprego é uma espécie do gênero relação de trabalho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2002, p. 279-280. E até mesmo no campo do processo laboral sempre foi importante a distinção entre relação de emprego e relação de trabalho para a definição da competência da Justiça especializada. Por todos: Wagner Giglio, *Direito processual do trabalho*. 12ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2002, p. 44-47. Definia o mestre que apenas os trabalhadores eventuais e autônomos, por falta de disciplina

<sup>18</sup>Caio Mário leciona que a relação jurídica é um dos três elementos fundamentais do direito subjetivo, ao lado do sujeito e do objeto. E explica que a relação jurídica é o vínculo que impõe a submissão do objeto ao sujeito, embora não haja relação jurídica entre sujeito e objeto, mas somente entre pessoas. *Instituições de direito civil. V. I. Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992, p. 27-33.

<sup>19</sup>Orlando Gomes assevera que os contratos instantâneos ou de execução única podem ser de execução imediata ou de execução diferida, como os contratos a termo (mas de prestação única), ao passo que os contratos de duração são de execução continuada, "seja porque as prestações se repetem periodicamente, se dividem necessariamente no tempo, ou se executam continuamente", por tempo determinado ou indeterminado. *Contratos*. 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 85-88.

<sup>20</sup>Daí as expressões contrato-realidade, princípio da primazia da realidade.

<sup>21</sup>Conforme Reginaldo Melhado, a relação de trabalho referida pelo inciso I do art. 114 da CF deve ser entendida como "uma relação obrigacional continuada", dilatada no tempo, alongada. Não são, pois, relações de trabalho em sentido estrito as relações jurídicas de execução instantânea, que ocorre em "muitos serviços que não se desenvolvem continuamente e se plasmam como relação de consumo imediato", como a relação jurídica entre médico e paciente, seja numa consulta, numa cirurgia ou num exame; a consulta ao advogado ou dentista, o trabalho do taxista, o serviço do electricista que faz um pequeno reparo, incluindo-se aí os serviços ocasionais do arquiteto, encanador, publicitário e jornalista *freelancer*. Nesses casos não há relação de trato sucessivo, de modo que a competência para dirimir conflitos derivados dessas relações que se esgotam de imediato não é da Justiça do Trabalho. *Da Dicotomia ao Conceito Aberto: As Novas Competências da Justiça do Trabalho*. Artigo publicado na obra *Nova competência da justiça do trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava - coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 319.

ainda que haja exceções à regra, porquanto é máxima antiga de hermenêutica a de que a exceção confirma a regra<sup>22</sup>.

Pois bem, se para a definição de relação de emprego são importantes os requisitos clássicos: pessoa natural<sup>23</sup>, pessoalidade, onerosidade, não-eventualidade e subordinação (artigos 2º e 3º da CLT), aferidos na contraposição da relação de emprego com a relação de trabalho<sup>24</sup>, tais requisitos não podem ser ignorados na identificação do que seja essa relação de trabalho.

Ao longo de dois séculos o direito do trabalho se consolidou como um ramo autônomo, moderno e singular do direito partindo da diferenciação clássica entre empregado e trabalhador autônomo, eventual ou avulso. E praticamente todos apontam a subordinação jurídica como o traço marcante que distingue o empregado do trabalhador autônomo. Mas isso não significa que o não-subordinado ou autônomo mantenha sempre uma relação de trabalho com o tomador de seus serviços. Os outros requisitos também devem ser analisados, especialmente o requisito da *habitualidade ou continuidade da prestação de serviços*, porque na falta deste requisito teremos uma relação de consumo de serviço e não uma relação de trabalho. É a análise que nos propomos a fazer daqui por diante, em busca de um critério científico para a identificação da relação de trabalho cometida à apreciação da Justiça especializada.

### 3.1 Requisitos das mencionadas relações jurídicas

Para reclamar a satisfação de direitos perante a Justiça do Trabalho o trabalhador deve ser pessoa natural? Tem de demonstrar pessoalidade e onerosidade na forma da prestação dos serviços? Bastam estes requisitos para a configuração da *relação de trabalho*?

Segundo Francisco Rossal de Araújo, além da distinção entre trabalho subordinado e trabalho autônomo, devem ser analisadas também “as dicotomias continuidade/eventualidade, pessoa física/pessoa jurídica como prestadora de trabalho e, por último, onerosidade/gratuidade”. E conclui que “a relação de trabalho sempre será onerosa e *intuitu personae* em relação ao prestador do trabalho, quer o trabalho seja autônomo ou subordinado, contínuo ou eventual”<sup>25</sup>.

Jorge Luiz Souto Maior entende que “não prevalecendo a negativa da ampliação da competência, há de se reconhecer, pelo menos, que a competência da Justiça do Trabalho limita-se, natural e logicamente, às relações de trabalho que sejam próximas de uma relação de emprego”, observados os seguintes critérios determinantes dessa limitação: “a pessoalidade na prestação de serviços (ainda que sob a forma de pessoa jurídica); a precariedade empresarial do prestador de serviços; e a exploração da mão-de-obra para a satisfação dos interesses empresariais ou econômicos de outrem”<sup>26</sup>.

<sup>22</sup>Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 245.

<sup>23</sup>Preferimos a expressão *pessoa natural* à comumente utilizada *pessoa física*, porque a pessoa humana tem sua personalidade adquirida num fato natural: o nascimento com vida (art. 2º do CC/2002), em contraposição ao termo *pessoa jurídica*, ente abstrato idealizado pelo ser humano, cuja personalidade tem início com a inscrição de seu ato constitutivo no respectivo registro (art. 45 do CC/2002).

<sup>24</sup>Observa José Affonso Dallegrave Neto que, antes da Reforma do Judiciário, a Justiça do Trabalho tinha competência para julgar, excepcionalmente, controvérsias decorrentes da relação de trabalho, como os contratos de pequena empreitada (art. 652, III, da CLT), litígios entre trabalhadores avulsos portuários e o OGMO (art. 643, § 3º, da CLT), bem como dissídios originados no cumprimento de convenções ou acordos coletivos (art. 1º da Lei nº 8.984/95). E acrescenta que, agora, após a EC nº 45/2004 “ganha relevo a velha distinção doutrinária entre relação de trabalho como gênero, do qual a relação de emprego é espécie que abrange tão-somente o trabalho subordinado. Dessa vez a baliza não se prestará para restringir a alçada da Justiça do Trabalho, mas para delimitar de forma abrangente o que se entende por relação de trabalho, prevista na primeira parte do inciso I do art. 114 da CF, em sua nova redação”. *Primeiras Linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho Fixada pela Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004)*. Artigo publicado na obra *Nova competência da justiça do trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 157.

<sup>25</sup>Artigo citado, p. 96-110.

<sup>26</sup>Artigo citado, p. 187.

Amauri Mascaro Nascimento considera que “toda relação de trabalho para a qual a competência agora é da Justiça do Trabalho, deve preencher requisitos básicos”, elencando os seguintes: a) profissionalidade, “o que significa que se trata de um serviço prestado profissionalmente e não com outra intenção ou finalidade, pressupondo, portanto, remuneração”; b) pessoalidade, “para significar que o trabalho deve ser prestado por pessoa física diretamente, sem auxiliares ou empregados”; c) a própria atividade do prestador do serviço como objeto do contrato, “ou, no caso de resultados contratados pelos serviços, a preponderância destes aspectos, dos serviços, sobre outros”<sup>27</sup>.

Vários outros autores que escreveram sobre o tema também expõem os seus critérios, sendo que encontramos referência aos critérios do contrato de atividade e principalmente da pessoalidade na prestação dos serviços em praticamente todos os artigos doutrinários até agora publicados, havendo ainda referência isolada ao critério epistemológico<sup>28</sup>.

Vamos, pois, à análise dos requisitos clássicos da relação de emprego, para aferir se também identificam a relação de trabalho e se é possível, através deles, distinguir relação de trabalho de relação de consumo.

### 3.1.1 Pessoa natural

É praticamente unânime a proclamação de que tão-somente o trabalhador pes-

soa natural pode ajuizar ação nas Varas do Trabalho para reivindicar direitos sonogados no curso da relação de trabalho.

Não dissentimos, em regra, dessa assertiva, mas advertimos que não raro aparecem para apreciação do juiz do trabalho casos de trabalhadores pedindo o reconhecimento de vínculo empregatício com a empresa tomadora dos seus serviços, mas sendo aqueles titulares de firmas individuais ou sócios de sociedades limitadas, fato que é noticiado na defesa e, em alguns casos, já na peça de ingresso. Daí uma primeira observação: não é o simples fato de ser o trabalhador sócio de uma empresa ou titular de uma firma que inviabiliza o ajuizamento de ação no foro trabalhista, mas sim a *qualificação jurídica* que ele próprio se atribui. Explicamos: se o autor da ação argumenta que houve vício de vontade na constituição da empresa, por ter sido exigência do tomador na contratação dos serviços, e reclama a declaração de vínculo de emprego ou, sucessivamente, o pagamento do preço ajustado, ou ainda se faz apenas este último pleito, *pela causa de pedir e pelo pedido*<sup>29</sup> a definição da competência identifica a apreciação da Justiça Laboral.

Outrossim, ninguém ousaria negar que os representantes comerciais agora têm direito de ação perante a Justiça do Trabalho. Pois bem, praticamente todas as empresas exigem, no ato da contratação de representantes comerciais, que estes tenham uma empresa constituída e inscrição no órgão de classe<sup>30</sup>. De tal sorte que a mais típica relação de trabalho, a mais próxima da relação

<sup>27</sup>A *Competência da Justiça do Trabalho para a Relação de Trabalho*. Artigo publicado na obra *Nova competência da justiça do trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 26.

<sup>28</sup>Este critério apresentado por Francisco Rossal de Araújo se nos apresenta falho, porque não é todo trabalho humano que caracteriza uma relação de trabalho, como temos insistido, porque há trabalho humano até mesmo nas sociedades, entre os sócios, para o desenvolvimento da atividade empresarial. Assim, o contraponto entre a pessoa natural e a pessoa jurídica não é suficiente, nem determinante, além do que o próprio autor admite que a pessoa jurídica pode ser desviada de sua finalidade e mascarar uma relação de trabalho ou uma relação de emprego. Artigo citado, p. 106-107.

<sup>29</sup>A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a causa de pedir e o pedido delimitam a natureza da tutela pretendida, definindo a competência material, quando do julgamento de conflitos de competência.

<sup>30</sup>José Affonso Dallegrave Neto também excepciona o caso das firmas individuais e de alguns representantes comerciais autônomos, “cuja relação de trabalho é ostensivamente identificada com a pessoa física do contratado ou do representante e não propriamente com a empresa de representação comercial”, acrescentando que estas pequenas corporações unipessoais não são empresas em seu sentido técnico e teleológico (as que articulam os quatro fatores de produção de bens e serviços: capital, insumos, tecnologia e mão-de-obra), podendo, quando muito, serem chamadas de *paraempresas*, ou seja, *quase-empresas*. Artigo citado, p. 198-201.

de emprego no âmbito privado, estaria fora da nova competência se se interpretar de maneira rigorosa o requisito *pessoa natural na conceituação de relação de trabalho*.

Pensamos, assim, que, em regra, o trabalhador deve ser pessoa natural, salvo os casos de representantes comerciais e outros análogos, desde que se trate de uma pequena organização empresarial, sem empregados próprios, atuando sozinho o representante comercial na área de trabalho que lhe foi submetida<sup>31</sup>.

Mas o requisito pessoa natural pode estar presente também nas relações de consumo de serviço, e na grande maioria está, razão pela qual não é o requisito que pode levar à distinção precisa de nenhuma das relações, porquanto presente nas relações de emprego, de trabalho e de consumo.

### 3.1.2 Pessoaalidade

Se na relação de emprego a prestação pessoal dos serviços é característica fundamental (artigo 2º da CLT), em vista do caráter *intuitu personae* em relação à pessoa do empregado que deve se subordinar às diretrizes de seu empregador, na relação de trabalho este requisito não precisa estar, necessariamente, presente<sup>32</sup>. De modo que a diarista ou a faxineira que comparece uma ou duas vezes por semana em determinada residência ou empresa, mesmo se fazendo substituir por outra pessoa em alguns dias<sup>32</sup>, poderá reclamar o pagamento do serviço contratado e direitos outros que entender de-

vidos perante a Justiça do Trabalho.

Entrementes, conquanto não seja requisito imprescindível para a caracterização da relação de trabalho, poderá estar presente se assim for pactuado, e normalmente o será. Todavia, uma vez mais somos levados a observar que também este requisito (pessoalidade) pode estar presente tanto nas relações de emprego ou de trabalho quanto nas relações de consumo. Aliás, quando se contrata profissionais qualificados para a prestação de serviços nas relações consumeristas, como advogados, médicos, engenheiros e outros, diuturnamente se exige a prestação pessoal, infungível, dos serviços. Daí porque não entendemos como pode a personalidade ser a característica significativa da relação de trabalho (ainda que entendida como pessoa natural), como têm manifestado de forma praticamente unânime todos os que escreveram sobre a matéria objeto de nosso estudo.

### 3.1.3 Onerosidade

Já a onerosidade da prestação de serviços pode parecer imprescindível numa análise menos aprofundada<sup>33</sup>. Ora, se o trabalhador nada exigiu em contrapartida quando da prestação de labor, que direito poderia reclamar da relação de trabalho?

Contudo, essa idéia está arraigada no conceito de empregado, cuja prestação deve ser necessariamente onerosa, já que faltando este caráter, relação de emprego não haverá<sup>34</sup>. Imaginemos ainda uma relação de

<sup>31</sup> Júlio César Beber também admite que o serviço possa ser prestado por pessoa natural ou jurídica, para outra pessoa natural ou jurídica, mediante ou sem remuneração. *A Competência da Justiça do Trabalho e a Nova Ordem Constitucional*. Artigo publicado na obra Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 254. Reginaldo Melhado admite que o trabalho pode ser prestado por firma individual. Artigo citado, p. 323.

<sup>32</sup> Aqui estamos falando da personalidade tal como era entendida pela doutrina do direito do trabalho, na análise do art. 2º da CLT (prestação pessoal de serviços). Segundo Godinho, a personalidade significa infungibilidade na prestação do trabalho pela pessoa natural, de modo que o prestador dos serviços não poderá se fazer “substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados”. Op. cit., p. 285-286.

<sup>33</sup> Reginaldo Melhado lembra que no caso do contrato de prestação de serviços, por exemplo, o trabalhador pode fazer-se substituir por terceiro, desde que assim consinta a outra parte, de acordo com o art. 605 do novo Código Civil. Artigo citado, p. 323.

<sup>34</sup> Francisco Rossal de Araújo entende que “o trabalho que é o fundamento da disciplina do Direito do Trabalho e das relações de trabalho em geral (sentido lato ou sentido estrito), é o trabalho oneroso”, aduzindo que “o trabalho altruístico, o lazer e os jogos são exemplos de possibilidade de esforço sem onerosidade”. E conclui que a Justiça do Trabalho terá competência para dirimir apenas os litígios decorrentes de relações de trabalho onerosas. Artigo citado, p. 109.

trabalho derivada de um *serviço voluntário*, por exemplo, das pessoas que, por filantropia, caridade, prestam serviços em hospitais, escolas, no denominado *trabalho voluntário*<sup>35</sup>. Além do ressarcimento das despesas que o prestador de serviço voluntário tiver ou do auxílio financeiro a que pode ter direito, pode ter sido a ele prometido que, um dia doente, seria atendido gratuitamente na instituição, ou que completada determinada idade, seu filho poderia estudar de forma gratuita na escola, por exemplo. Não se trata de uma contraprestação ao serviço prestado, até porque nos últimos exemplos subordinada a contrapartida a uma condição suspensiva, fato inadmissível na onerosidade em sentido estrito<sup>36</sup>. Pois, não atendida a promessa por parte do tomador dos serviços, tendo havido uma autêntica relação de trabalho<sup>37</sup>, o foro competente para a apreciação da controvérsia será a Justiça especializada.

Além do mais, pode esse trabalhador sofrer um atentado aos seus direitos de personalidade no desempenho dos serviços, podendo reclamar indenização por dano moral, e se se trata de uma relação de trabalho, a competência é da Justiça Laboral, na interpretação sistemática do artigo 114, incisos I e VI, da CF. O dano pode ser ainda de ordem patrimonial, por exemplo, quebra de equipamento de propriedade do trabalhador e utilizado na instituição.

Mas, em regra, o trabalho será oneroso na relação de trabalho. Entretanto, será

necessariamente oneroso não somente na relação de emprego, mas também na relação de consumo, onde não se admite o trabalho gratuito, *ex vi* do artigo 3º, § 2º, da Lei nº 8.078/90, segundo o qual o serviço consumido é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*. Destarte, a onerosidade não se presta à distinção entre a relação de emprego e a relação de trabalho, tampouco desta em contraposição à relação de consumo.

### 3.1.4 Subordinação<sup>38</sup>

Sem dúvida alguma, a subordinação é o traço marcante da relação de emprego, tanto que Adilson Bassallo Pereira a considera como uma das características tipificadoras do contrato de emprego, visto que "o empregador enxerga o ato da contratação de um empregado como operação destinada a obter não só prestação de trabalho, mas também subordinação. Ou seja: trabalho e subordinação constituem as duas expectativas básicas do empregador, ao contratar um empregado"<sup>39</sup>. Assim, é a soma da quantidade de ordens de serviço que revelará a presença ou não da subordinação, já que, "quanto maior o número e a irrefutabilidade jurídica das ordens de serviço, mais clara estará a subordinação", ao passo que, "quanto menor o número de ordens, mais obscura será", não sendo raro ocorrer "uma zona cinzenta de difícil diagnóstico"<sup>40</sup>, mormente quando se tratam de

<sup>35</sup>De se notar que no contrato de estágio o estagiário recebe apenas bolsa de estudos, nos moldes do art. 4º da Lei nº 6.494/77, não havendo onerosidade em sentido estrito, portanto. Mas, a relação jurídica hávida entre o estagiário e o tomador de seus serviços é, indubitavelmente, uma relação de trabalho.

<sup>36</sup>Cf. a Lei nº 9.608/98, que dispõe sobre o serviço voluntário, disciplinando que o prestador do serviço voluntário poderá ser ressarcido pelas despesas que comprovadamente realizar no desempenho das atividades voluntárias (art. 3º). E o art. 4º dessa lei ainda trata do auxílio financeiro a prestador integrante de família pobre.

<sup>37</sup>Nesses casos de trabalho voluntário muitas vezes falta apenas a onerosidade para a caracterização da relação de emprego, já que a pessoa se subordina às regras, horários e diretrizes da entidade para a prestação de serviços.

<sup>38</sup>Segundo Júlio César Beber, a prestação de serviços que caracteriza a relação de trabalho pode ocorrer mediante ou sem remuneração, "porque da prestação de serviço gratuito também podem surgir conflitos que devem ser solucionados". Artigo citado, p. 255. Reginaldo Melhado destaca a possibilidade de o trabalho não-oneroso ser objeto da relação de trabalho, como no caso do serviço voluntário prestado na forma da Lei nº 9.608/98, que pode ensejar direitos e deveres a ambas as partes. Artigo citado, p. 322.

<sup>39</sup>Propositamente deixamos para o fim o requisito não-eventualidade, dada sua estreita relação com a continuidade, que entendemos ser o critério objetivo para as distinções que se fazem necessárias.

<sup>40</sup>A subordinação como objeto do contrato de emprego. São Paulo, LTr, 1991, p. 63.

gerentes, sócios, altos empregados, ou trabalhadores que se ativam em serviços externos, como motoristas, vendedores, representantes.

Parece-nos óbvio, portanto, que se a nota singular da diferenciação entre relação de emprego e relação de trabalho é a subordinação jurídica do empregado ao empregador, não pode estar presente tal requisito na definição da nova competência juristrabalhista. O autônomo é, por assim dizer, o dono de seu trabalho, porquanto o tomador não pode empregar essa força produtiva de bens ou de serviços como um dos fatores da sua atividade econômica, razão pela qual não pode aproveitar tal força de trabalho como lhe aprouver, porque ela está inserida no empreendimento a que se propôs o prestador dos serviços, que então assume os riscos de sua atividade. Em resumo, trabalhador autônomo é quem exerce uma atividade econômica, por mais rudimentar que seja, assumindo os riscos da mesma e sendo o proprietário dos instrumentos de trabalho (não-alteridade).

Relembramos essa noção clássica apenas para advertir que, partindo dessa premissa, o intérprete mais apressado poderá concluir que todo e qualquer trabalhador autônomo poderá doravante trazer seus reclamos à Justiça do Trabalho, quando isto não é, absolutamente, verdade. Em diversas atividades autônomas o tomador dos serviços terá uma identificação própria, não como empregador, mas como consumidor. Aí teremos, portanto, uma *relação jurídica de consumo* e não uma mera relação de trabalho. É justamente essa diferenciação que ainda não foi o centro das atenções dos estudiosos do direito laboral, mas que agora

precisa ser alçada à categoria principal. Se sempre distinguimos relação de emprego a partir da dicotomia empregado x autônomo, ou empregado x eventual, agora surge a necessidade de identificar a relação de trabalho, também e principalmente, pela *dicotomia relação de trabalho x relação de consumo*.

Isso porque o requisito subordinação, sempre que presente, configurará uma relação de emprego. E, assim, não estará presente nem na relação de trabalho nem mesmo na relação de consumo. Mas, a falta de subordinação não permite se estabeleça uma distinção objetiva entre relação de trabalho e relação de consumo de serviço.

### 3.1.5 Não-eventualidade

O requisito não-eventualidade é, sem dúvida, o de mais difícil compreensão na definição da relação de emprego. Tanto que, como de todos sabido, existem quatro teorias para explicar o fenômeno não-eventualidade. Em breve síntese, são estas: a) teoria do evento – eventual é o trabalhador que é contratado para se ativar em determinado evento (acontecimento, obra, serviço específico)<sup>41</sup>; b) teoria dos fins da empresa – eventual é o trabalhador que é contratado para desempenhar uma atividade que não coincide com os fins normais do estabelecimento do tomador dos serviços<sup>42</sup>; c) teoria da descontinuidade – eventual é o trabalhador ocasional, esporádico, ao contrário do empregado, que é um trabalhador permanente<sup>43</sup>; d) teoria da fixação jurídica na empresa – eventual é o trabalhador que não se fixa a um tomador de serviços, a uma fonte de trabalho<sup>44</sup>.

<sup>41</sup>Amauri Mascaro Nascimento. *Iniciação ao direito do trabalho*, 15ª ed. rev. e atual. de acordo com a nova Constituição, São Paulo, LTr, 1990, p. 104-105.

<sup>42</sup>Ex.: pessoa que é contratada para trabalhar numa exposição de curta duração; pintor que é contratado para a pintura do estabelecimento; mecânico que é contratado para conserto de uma máquina.

<sup>43</sup>Ex.: pessoa que é contratada para entretenimento no intervalo para refeição; pessoas contratadas para a chamada atividade-meio, como serviços de alimentação, limpeza etc., embora normalmente se contrate empresas de prestação de serviços nesses casos.

<sup>44</sup>Ex.: o "bóia-fria" ou volante rural, que em cada dia trabalha numa fazenda diferente, como diarista; o "chapa" que faz carga e descarga de mercadorias para motoristas distintos ou estabelecimentos diferentes, recebendo pelo serviço prestado, que é de curta duração.

Sem nos aprofundar no assunto, que refoge ao tema de nossa investigação, pensamos que a melhor teoria é a dos fins normais da empresa ou empreendimento, porque trabalhador eventual é o que presta serviços que não se inserem na atividade econômica *normal* do empregador. A atividade *normal* do empregador é permanente, duradoura, sem a qual o estabelecimento não cumpre a finalidade a que se destina. Délio Maranhão afirma que no nosso ordenamento jurídico trabalhador eventual “corresponde ao adventício do direito italiano, fora do quadro, admitido em caráter provisório, por breve tempo e por circunstâncias excepcionais ou transitórias da empresa”<sup>45</sup>. E esta teoria afasta o falso problema da antítese eventualidade x continuidade, porque também no serviço eventual deve haver continuidade<sup>46</sup>, no sentido de habitualidade da prestação de serviços, já que se trata de uma *relação jurídica de trabalho*, relação esta de *trato sucessivo*.

Ainda que se pense de forma diferente, no estudo das várias teorias que explicam essa característica da relação de emprego podemos identificar o requisito *continuidade* na prestação de serviços<sup>47</sup>, também exigível para a relação de trabalho, que é de *trato sucessivo* ou *continuado*<sup>48</sup>.

Dessarte, o trabalhador de feiras e exposições, o pintor, o vendedor, o garçom, o “avulso” rural, a diarista, enfim, todos os trabalhadores eventuais, desde que os serviços prestados tenham esta continuidade, esta duração ainda que breve no tempo, podem reclamar seus direitos (trabalhistas ou civis) na Justiça do Trabalho.

Por isso adverte José Affonso Dallegrave que, “a fim de que a delimitação do conceito de relação de trabalho não fique apenas a cargo da doutrina e da jurisprudência, impende aprovar o Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional”<sup>49</sup>, que altera o artigo 652 da CLT, nele introduzindo um parágrafo com o seguinte teor:

“Artigo 652. (...)

§ 1º. Compete ainda ao juiz do trabalho processar e julgar os litígios decorrentes de relações de trabalho que, não configurando vínculo de emprego, envolvam:

I – representante comercial autônomo e tomador de serviços;

II – corretor e tomador de serviços;

<sup>45</sup>Ex.: trabalhador rural que presta serviços na fazenda em um ou dois dias por semana, continuamente, dependendo da necessidade de tais serviços; vendedor ou garçom que é contratado para trabalhar somente nos fins de semana.

<sup>46</sup>*Instituições de direito do trabalho*. 16ª ed. atual. por Amaldo Süsskind e João de Lima Teixeira Filho, São Paulo, LTr, 1996, p. 306.

<sup>47</sup>Não no sentido de ininterruptividade, intermitência, como é exigido do empregado doméstico na sua conceituação (art. 1º da Lei nº 5.859/72). Segundo os léxicos, contínuo é acontecimento seguido, sucessivo. Pensamos, pois, que deve haver dois contrapontos: 1º) entre não-eventualidade e eventualidade, entendendo-se como serviço eventual aquele que não se insere na chamada atividade-fim do tomador dos serviços; 2º) entre continuidade e descontinuidade, entendendo-se como descontínuo o serviço ocasional, esporádico, casual, sem qualquer habitualidade.

<sup>48</sup>Na teoria do evento o trabalhador normalmente trabalha até o fim do evento, sendo que as feiras e exposições, por exemplo, duram uma semana, quinze dias, alguns fins de semana sucessivos. Na da finalidade em regra o serviço da atividade-meio é contínuo. Na da fixação, embora o trabalhador não se fixe a um só tomador, trabalha de forma contínua para diversos tomadores de serviços, em dias determinados, como a faxineira, o volante ou “avulso” rural, o garçom que trabalha nos fins de semana. Portanto, somente a teoria da descontinuidade, por óbvio, não requer a continuidade de que estamos falando. E se os serviços forem descontínuos, no sentido de ocasionais, casuais, como os reparos de eletricitas, pedreiros, encanadores e outros, pensamos que não haverá nem relação de trabalho, mas relação de consumo.

<sup>49</sup>Reginaldo Melhado pondera que a não-eventualidade também é traço característico do contrato de prestação de serviços, conforme arts. 597 a 599 do Código Civil de 2002, estando presente em outros contratos típicos regulados no Código Civil, como o contrato de agência, pelo qual uma pessoa assume, “em caráter não eventual e sem vínculos de dependência”, a obrigação de realizar negócios, em zona determinada, como a distribuição de mercadorias ou a celebração de contratos (art. 710). Artigo citado, p. 323. Em sentido contrário, Francisco Rossal de Araújo, para quem “a relação de trabalho não tem como elemento essencial a continuidade. Pode perfeitamente haver uma relação de trabalho que ocorra apenas em um só dia ou num único final de semana, como, por exemplo, o trabalho em um evento, festa ou feira de exposição”. Artigo citado, p. 101.

III – transportador autônomo e empresa de transporte ou usuário de serviços;

IV – empreiteiro e subempreiteiro, ou qualquer destes e o dono da obra, nos contratos de pequena empreitada, sempre que os primeiros concorrerem pessoalmente com seu trabalho para a execução dos serviços, ainda que mediante o concurso de terceiros;

V – parceiro ou arrendatário rural e proprietário;

VI – cooperativas de trabalho e seus associados;

VII – cooperativas de trabalho ou seus associados e os respectivos tomadores de serviços”.

Pois bem, em todas estas relações de trabalho que servirão de paradigma para a definição do que é *relação de trabalho stricto sensu*, na nova competência atribuída à Justiça Trabalhista, está presente de forma insofismável o requisito *continuidade* da prestação de serviços.

Para melhor demonstrar que este é o requisito mais importante, objetivo, para a definição da relação de trabalho, em contraposição à relação de consumo que escapa à nossa competência, vamos criar um tópico próprio, que segue.

#### 4. RELAÇÃO DE TRABALHO OU RELAÇÃO DE CONSUMO

Há uma interpretação singela, *data venia*, de que não existe diferença alguma entre relação de trabalho e relação de consumo de serviço. Mas a relação de trabalho é um gênero tão amplo que não é possível que o legislador constituinte derivado tenha

cometido o desatino de remeter à apreciação de uma justiça especializada todo o gênero do trabalho humano. Isso simplesmente seria o fim da Justiça do Trabalho, de sua função social, que acabaria entulhada de tantos processos que sua maior virtude, a celeridade, estaria comprometida a ponto de justificar sua extinção.

Parece-nos que essa exegese parte do pressuposto de que o § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.078/90, quando ressalva, na caracterização da relação de consumo, as relações de caráter trabalhista, ressaltou apenas a relação de emprego<sup>50</sup>. Ora, desde 5 de outubro de 1988 o legislador constituinte originário deu competência à Justiça do Trabalho para solucionar, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho (redação antiga do *caput* do artigo 114). De modo que o legislador tinha pleno conhecimento de que a Justiça Trabalhista possuía competência excepcional para a *relação de trabalho* quando elaborou a Lei nº 8.078/90 e por isso mesmo não se referiu a relação de emprego na ressalva mencionada, mas às *relações de caráter trabalhista*, que abrangem a relação empregatícia e a relação de trabalho em sentido estrito.

De tal sorte que relação de trabalho em sentido lato haverá em toda prestação de serviços precedida de um contrato formal ou de um simples ajuste entre as partes, seja o trabalhador servidor público, empregado, autônomo, eventual ou prestador de serviços no mercado de consumo. Somente quando da contratação entre pessoas jurídicas é que os serviços prestados não consubstanciarão uma relação de trabalho entre as empresas, primeiro, porque ausente o requisito pessoal natural<sup>51</sup>; segundo, porque a relação jurídica do trabalhador se dará com a empresa que o contratou e não com a beneficiária dos serviços, à semelhança

<sup>50</sup>Artigo citado, p. 202. Trata-se do PL nº 288 do Senado Federal, em trâmite na Câmara dos Deputados.

<sup>51</sup>Para Reginaldo Melhado, “é irrelevante a distinção entre relação de consumo e relação de trabalho”, salientando que o CDC excetua de seu campo de incidência a relação de “caráter trabalhista”, mas não a relação de trabalho enquanto gênero. E explica que “a todas as relações de trabalho não-reguladas pela legislação trabalhista – isto é, todas as que não se expressam como *relação de emprego* – aplicam-se o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil (a menos que se entenda que este último, por ser norma posterior, prevalece sobre o primeiro, o que seria um equívoco)”. Artigo citado, p. 324-326. Aí está o equívoco de Melhado, no melhor artigo escrito sobre a matéria, tendo em vista que não é o direito aplicável que define a competência, mas a causa de pedir e o pedido formulados, como já explicitado neste ensaio.

dó que ocorre no contrato de trabalho temporário, em que o vínculo de emprego se forma com a empresa prestadora e não com a tomadora. Daí porque pensamos correto identificar na relação jurídica formada entre as pessoas jurídicas uma *relação de serviço*, em regra de consumo e precedida de um contrato escrito ou verbal de prestação de serviços.

Além do mais, se os serviços forem oferecidos no mercado de consumo e o tomador puder ser identificado como um consumidor<sup>52</sup>, não haverá, por mais que se queira, uma relação estrita de trabalho, mas uma *relação de consumo*.

No entendimento de José Affonso Dallegráve Neto, “a grande distinção está em saber se o contratante do trabalho contrata o prestador de serviço para viabilizar sua empresa (relação de trabalho) ou o contrata para usufruir exclusivamente de seu serviço na qualidade de destinatário final (contrato de consumo)”. E adita que o fornecedor é aquele que oferece serviço ao público em geral, no mercado de consumidores<sup>53</sup>.

Todos os doutrinadores que admitem a distinção entre relação de trabalho e relação de consumo de serviço recorrem ao teor dos artigos 2º e 3º do Código de Proteção ao Consumidor (Lei nº 8.078/90), definindo que os serviços oferecidos no mercado de consumo e usufruídos por um destinatário final ensejam uma relação de consumo, não se tratando de relação de caráter trabalhista *stricto sensu*.

Dispõe o artigo 2º referido que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, ao passo que “serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (§ 2º do artigo 3º). Daí temos dois requisitos fundamentais da relação de consumo, no que pertine aos serviços: a) o serviço deve ser ofertado pelo prestador no mercado de consumo e mediante remuneração (onerosidade); b) o serviço deve ser prestado a um consumidor, que é o beneficiário direto do tal serviço.

Investigando esses requisitos de logo afastamos a possibilidade de a diarista, o limpador de piscinas, a faxineira de escritório, o “bóia-fria” estarem compreendidos na relação consumerista, já que esta se dá no âmbito do mercado de consumo. Ou seja, os serviços de tal relação devem ser ofertados por um profissional devidamente qualificado<sup>54</sup>, não necessariamente por um profissional liberal, mas por uma pessoa que tenha condições mínimas de conhecimento sobre uma arte, ofício ou profissão para atuar no mercado, ajustando condições e preço pela prestação de serviços, como se dá com os eletricitistas, encanadores, técnicos em eletrônica etc., cuja prestação de serviço nem é contínua, exaurindo-se normalmente em um dia ou até em poucas horas.

E o serviço deve ser prestado ao usuário dele, o seu destinatário final, quem usa

<sup>52</sup>Ives Gandra entende que o divisor de águas entre a relação de trabalho e a relação de consumo de serviço está no *inuitu personae* da relação de trabalho, “onde não se busca apenas o serviço prestado, mas que seja realizado pelo profissional contratado”. Artigo citado, p. 34. Não vemos como a personalidade, aqui sim entendida como *infungibilidade*, possa ser o critério diferencial entre ambas as relações, como já exposto, porquanto também na relação de consumo de serviço se pode convencionar que o serviço seja prestado pelo profissional contratado (médico, advogado, engenheiro, pedreiro, pintor). Aliás, é isso que ocorre na maioria dos casos, na contratação de profissionais qualificados.

<sup>53</sup>Esse o critério utilizado por Otávio Amaral Calvet para distinguir relação de trabalho da relação de consumo, ou seja, a identificação da relação de consumo pela presença do consumidor, o destinatário final do serviço. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de Trabalho x Relação de Consumo*. Artigo publicado na Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 55-57.

<sup>54</sup>Artigo citado, p. 203.

<sup>55</sup>Aqui devemos registrar a imprecisão do requisito profissionalidade, que alguns têm entendido como a grande característica da relação de trabalho. O que é trabalhar com profissionalidade? É exercer habitualmente uma profissão? Somente uma profissão regulamentada ou também um ofício? O ofício deve ser profissional? Aquele que iniciou no mercado de trabalho ainda não trabalha com profissionalidade? É necessária a expectativa de remuneração? De qualquer modo, a tal profissionalidade e a onerosidade estão presentes tanto na relação de emprego quanto na relação de consumo, não distinguindo, pois, estas da relação de trabalho.

efetivamente o serviço. Não pode haver, portanto, utilização do serviço na produção de bens ou serviços para o consumo de outrem<sup>55</sup>. De tal modo que o fornecedor dos serviços, seja pessoa física ou jurídica (artigo 3º da Lei nº 8.078/90), é quem contrata o seu préstimo e não necessariamente a pessoa que os executa<sup>56</sup>. Mesmo que o serviço seja prestado pelo profissional liberal que atua sozinho, ou associado a outros, mas como pessoa natural, a relação entre ele e o cliente será de consumo porque quem contrata os serviços utiliza-os em benefício próprio<sup>57</sup>. Assim se dá, pois, em todos esses serviços técnicos especializados: de médicos, dentistas, advogados<sup>58</sup>, engenheiros, arquitetos, contadores, corretores etc.<sup>59</sup>. É, destarte, um equí-

voco pensar que, somente pelo fato de ser o prestador pessoa natural, haverá uma relação de trabalho<sup>60</sup>, porque esta somente estará configurada se não se tratar de uma relação de consumo.

*“... temos de definir que, na identificação da nova competência trabalhista, à qual somente interessa o trabalho humano, o critério mais importante é o da continuidade dos serviços prestados pelo trabalhador, porque presente a continuidade haverá relação de trabalho; faltando este caráter, ter-se-á uma relação de consumo de serviço.”*

Entrementes, não bastam estes requisitos específicos da relação de consumo de serviço (a oferta de serviço no mercado de consumo, mediante remuneração, ao consumidor, que é o beneficiário direto do serviço)<sup>61</sup>, porque além destes vimos que também há na relação consumerista a presença dos requisitos pessoa natural (embora os serviços também possam ser prestados por pessoa jurídica), personalidade e onerosidade. Partindo dessas premissas, temos de definir que, na identificação da nova competência trabalhista, à qual

<sup>55</sup>Na contratação de uma empresa prestadora de serviços haverá relação de consumo entre ela e seus clientes, mas haverá relação de emprego ou de trabalho entre ela e os trabalhadores contratados a fim de executarem o serviço.

<sup>56</sup>Numa clínica médica, num escritório de advocacia, de engenharia etc. o contrato se dá entre a pessoa jurídica, ainda que representada pelo profissional qualificado, e o cliente. A relação entre o profissional contratado e a clínica ou o escritório será de trabalho, mas a relação destes com o cliente será de consumo. Explicamos: haverá relação de consumo entre a pessoa jurídica e seus clientes, ao passo que haverá relação de trabalho, ou de emprego, entre a pessoa jurídica e os profissionais por ela contratados (médicos, advogados, engenheiros).

<sup>57</sup>Segundo José Geraldo Brito Filomeno, o consumidor “age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade especial”, in *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover... (et al.). 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 27.

<sup>58</sup>Tem sido freqüentemente citados entendimentos jurisprudenciais de que não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados. Mário Vitor Suarez Lojo (in *Plenitude da Justiça do Trabalho*. Artigo publicado na Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 103) cita que inclusive o STJ assim tem entendido, transcrevendo julgado da 4ª Turma daquele Corte, no qual se definiu não haver relação consumerista nos serviços prestados por advogados, “seja por incidência de norma específica, no caso a Lei n. 8.906/94, seja por não ser a atividade fornecida no mercado de consumo. As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados – como, v. g., a necessidade de manter independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31/§ 1º e 34/III e IV, da Lei n. 8.906/94) – evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo”. Mas a questão não é pacífica, como admite o próprio autor, citando julgado em sentido contrário da 3ª Turma do STJ. Pensamos que, na linha de raciocínio aqui desenvolvida, se o advogado presta serviços de forma contínua, habitual, a uma pessoa natural ou jurídica, prestando-lhe o serviço toda semana, em audiências, defesas, pareceres etc., haverá uma relação de trabalho para com o tomador dos seus serviços. Caso contrário, se os serviços forem esporádicos, em regra numa única causa patrocinada pelo advogado, não haverá, por mais que se queira, uma relação de trabalho em sentido estrito com o cliente, podendo ser de consumo ou até mesmo de trabalho *lato sensu*, não se prestando a Justiça do Trabalho para a cobrança de honorários de serviços casuais.

<sup>60</sup>Aliás, a responsabilidade civil dos profissionais liberais foi expressamente tratada no Código de Defesa do Consumidor, mais precisamente no seu art. 14, § 4º, revelando, assim, que se tratam de fornecedores de serviços e não trabalhadores em sentido estrito.

<sup>61</sup>Foi o equívoco cometido por Júlio Bernardo do Carmo, para quem quando “o profissional liberal atua como pessoa física, obrigando-se a prestar serviços a determinada pessoa física ou jurídica, em típico contrato de atividade, o litígio daí oriundo é da Justiça Laboral, eis que estamos diante de uma relação de trabalho”. *Da ampliação da Competência da Justiça do Trabalho e da adequação de ritos procedimentais (Exegese tópica e simplista da Emenda Constitucional n. 45/04 que cuida da reforma do Poder Judiciário)*. Artigo publicado na Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 52. De se notar que por isso o requisito contrato de atividade também não soluciona a questão, haja vista que existe contrato de atividade também no mercado de consumo.

somente interessa o trabalho humano, o critério mais importante é o da continuidade dos serviços prestados pelo trabalhador<sup>62</sup>, porque *presente a continuidade haverá relação de trabalho*<sup>63</sup>; faltando este caráter, ter-se-á uma relação de consumo de serviço<sup>64</sup>.

Demais, seria um contra-senso admitir que os profissionais liberais, em quaisquer casos, pudessem reclamar o pagamento de seus honorários, comissões ou possíveis indenizações na Justiça obreira, haja vista que na seara trabalhista lidamos com relações jurídicas em que uma das partes é tida como hipossuficiente e, em razão disso, merece toda uma sorte de medidas protetivas por parte do Estado, inclusive no âmbito do processo, ao passo que nas relações de consumo quem merece toda essa proteção é o consumidor<sup>65</sup>. A quem o juiz aplicaria o princípio protetivo, ao advogado que reclama seus honorários ou ao cliente que muitas vezes sequer compreende o conteúdo das cláusulas contratuais, a elas simplesmente

aderindo? Se se tratar de uma relação de trabalho quem merece proteção é o trabalhador e não a parte que com ele contrata<sup>66</sup>. Também por esta razão, para não deturpar o escopo da ordem jurídica, é que se deve entender as relações nas quais falta a continuidade como de consumo e não de trabalho.

Como se não bastasse, se o juiz do trabalho for competente para as ações de cobrança dos profissionais liberais terá de ser também para as *ações conexas*. Terá, por isso, de apreciar ação ou reconvenção de clientes postulando indenizações por erro médico, falha no serviço do dentista, imperícia do advogado na condução do processo, defeito do projeto elaborado pelo engenheiro ou pelo arquiteto, negligência dos contadores ou corretores, e assim por diante<sup>67</sup>.

De duas uma: ou se admite que as relações de consumo de serviço nada têm em comum com o segmento especializado

<sup>62</sup>Registramos, pois, a falha do critério destinatário final do serviço para a caracterização da relação consumerista, tendo em vista que o advogado, por exemplo, presta serviços ao seu destinatário final. Resta saber se o faz de forma contínua ou não. O dono da obra também *consume* os serviços prestados, que podem ser contínuos ou esporádicos. No contrato de transporte não há diferença essencial na prestação de serviços contratada pela escola (ex.: motorista de van para o transporte de alunos) ou pelos pais diretamente, sendo que apenas estes *consomem* os serviços.

<sup>63</sup>Nem se objete que a continuidade também pode estar presente na relação de consumo de serviço prestado por pessoa jurídica, primeiro, porque a Justiça do Trabalho não cuida de relações entre pessoas jurídicas, daí porque preferimos denominar tais relações de relações de serviço; segundo, porque este requisito também pode se verificar em inúmeras outras relações jurídicas de direito civil, nos contratos de prestação continuada ou de trato sucessivo, mas na diferenciação da relação de trabalho da relação consumerista assume especial relevância, aliás, como sempre se deu na distinção entre a relação de emprego e a relação de trabalho, no requisito não-eventualidade, como já vimos.

<sup>64</sup>Com efeito, a relação de trabalho não se configura como fenômeno ocasional. É uma relação de trato sucessivo, que se estende por algum tempo. Como foi dito, não há relação de trabalho no vínculo jurídico pontual do médico que atende o cliente numa consulta, mas haverá essa relação se o profissional presta serviços a hospitais, cooperativas de *trabalho* – inclusive como seu associado –, empresas de medicina de grupo ou operadoras de planos de saúde”. Reginaldo Melhado acrescenta que a mesma situação se dá com o advogado que presta serviços de assessoria ou assistência a determinada empresa, em caráter continuado, percebendo sua remuneração “periodicamente, por unidade de tempo trabalho ou ato processual realizado”. Artigo citado, p.320.

<sup>65</sup>Consideramos, pois, que o entendimento de se tratar de uma relação jurídica de natureza *bifronte*, ou seja, “do ângulo do consumidor/destinatário do serviço, relação de consumo, regida e protegida pelo CDC; do ângulo do prestador do serviço (fornecedor), regulada pelas normas gerais de Direito Civil” (João Oreste Dalazen, artigo citado, p. 156), *data venia*, não é o melhor critério; haja vista que dessa maneira não há como distinguir a relação de trabalho da relação de consumo, vale dizer, corresponde à falta de critério. Demais, se o juiz é competente para a ação o é também para a reconvenção que tenha a mesma causa de pedir (art. 319 do CPC) e, considerando-se essa natureza bifronte, o tomador dos serviços não poderia apresentar reconvenção para postular indenização pela má qualidade dos serviços prestados.

<sup>66</sup>O art. 1º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor já enuncia que a proteção ao consumidor é mandamento constitucional, tanto que editado para estabelecer normas de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, regulamentando a vontade constituinte estampada nos arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V, da CF/88 e no art. 48 do ADCT.

<sup>67</sup>Também não se objete que, havendo continuidade, o advogado, médico, dentista e outros também mereceriam proteção, porquanto presente a continuidade da prestação de serviços, a uma pessoa natural ou jurídica, não haverá relação de consumo, mas de trabalho.

da Justiça, ou se deve reconhecer o fim da especialização da Justiça do Trabalho, caso em que talvez fosse prudente a criação de Varas específicas para a apreciação das relações de emprego, a fim de que os hipossuficientes trabalhadores possam receber em tempo útil seus haveres trabalhistas<sup>68</sup>, de caráter alimentar.

#### 4.1 Contratos de empreitada e de prestação de serviços

Vimos, pois, que os serviços objeto das relações de consumo são aqueles colocados pelo fornecedor, pessoa física ou jurídica, no mercado de consumo, ou seja, são os colocados *à venda* a quem quer que se interesse por eles, para uso próprio ou de sua família, aí estando compreendidos também os serviços de consumo imediato, como dos cabeleireiros, alfaiates, consertadores em geral e outros<sup>69</sup>. Todavia, o § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.078/90 enuncia que os serviços não podem ser atividades decorrentes das relações de caráter trabalhista. Isso significa dizer que o serviço não pode estar compreendido nem nas relações de emprego e nem nas relações de trabalho em sentido estrito, dos autônomos, eventuais, avulsos que prestam seus serviços fora do mercado de consumo ou para uma organização empresarial que vende bens ou serviços a terceiros<sup>70</sup>.

Neste passo, precisamos identificar se a relação jurídica derivada dos contratos de empreitada e de prestação de serviços se

trata de relação de trabalho ou de relação de consumo de serviço. À primeira vista parece que a primeira opção é a correta, já que é evidente a prestação de serviços diretamente pelo empregado<sup>71</sup>, mediante uma remuneração ajustada, *contínua* até a entrega da obra ou do serviço, faltando apenas o requisito da subordinação jurídica para a qualificação do trabalhador como empregado<sup>72</sup>. Ocorre que o dono da obra é o destinatário final do serviço prestado e, assim, poderia ser tido como consumidor. Daí porque parte da doutrina excepciona das relações de trabalho *stricto sensu* as derivadas dos contratos de empreitada. A propósito, José Geraldo Brito Filomeno diz que no tratamento das relações de caráter trabalhista se faz exceção “às empreitadas de mão-de-obra ou empreitadas mistas (mãos-de-obra – *sic* – mais materiais), exceção tal presente nos diplomas legais de todos os países que dispõem de leis ou Códigos de Defesa do Consumidor, como, por exemplo, Portugal, Espanha, México, Venezuela e outros”<sup>73</sup>. E conclui que os contratos de empreitada de mão-de-obra são objeto das relações de consumo, na classe de serviços.

De se lembrar que no direito comum a prestação de trabalho ainda hoje é objeto dos contratos de empreitada (artigos 610 a 626 do novo Código Civil) e de prestação de serviços (artigos 593 a 609 do mesmo diploma legal)<sup>74</sup>. Quer num quer no outro contrato o prestador de serviços ou empregado tem autonomia, não se subordinando a

<sup>68</sup>Terá de fazê-lo quando se tratar de ações conexas derivadas da matéria relação de trabalho, mas em quantidade infinitamente menor do que se daria no caso de admitirmos na nova competência trabalhista também a relação de consumo de serviço, enfim, praticamente todo o gênero de trabalho humano.

<sup>69</sup>Observa Jorge Luiz Souto Maior que “o pior dessa situação é que quem morre é o verdadeiro ‘paciente’ da Justiça do Trabalho, o ex-empregado, que teve sua força de trabalho explorada no contexto empresarial de outrem e que não recebeu seus direitos trabalhistas, com caráter alimentar”. Artigo citado, p. 184.

<sup>70</sup>Para José Antonio Pancotti os serviços de alfaiate, modista, cabeleireiro, manicura, pedicura, do podólogo, fotógrafo, bem como os prestados na execução de tarefas de transporte, como do taxista, do caminhoneiro etc. são prestados numa relação de consumo. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho*. Artigo publicado na Revista LTr, São Paulo, ano 69, nº 01, jan. 2005, p. 82-83.

<sup>71</sup>Estes sim, os consumidores, mas que nesse caso não se relacionam diretamente com o trabalhador que despende sua energia de trabalho.

<sup>72</sup>Estamos tratando das empreitadas de pessoas naturais, pois se ajustadas por pessoa jurídica obviamente não haverá relação de trabalho, mas relação de serviço ou de consumo.

<sup>73</sup>Embora entendamos que o dono da obra não desenvolve atividade de produção de bens ou de serviços e por isso não pode ser considerado empregador.

<sup>74</sup>*Op. cit.*, p. 56. Veja-se a falha do critério destinatário final.

uma organização empresarial do tomador dos serviços<sup>75</sup>.

Entretanto, desde há muito a Justiça do Trabalho tem competência material para solucionar as lides dos pequenos empreiteiros, assim entendidos aqueles que prestam serviços através de uma pequena organização empresarial, sozinhos ou com o auxílio de alguns poucos ajudantes, prestando serviços juntamente com seus subordinados<sup>76</sup>. Estamos falando da hipótese prevista no artigo 652, alínea "a", inciso III, da CLT, que disciplina a competência das Varas do Trabalho para processar e julgar "os dissídios resultantes de contratos de empreitadas em que o empreiteiro seja operário ou artífice"<sup>77</sup>. Tratando-se de pequeno empreiteiro, como, por exemplo, o pintor, o pedreiro, sempre pôde ajuizar ação perante a Justiça do Trabalho<sup>78</sup> para reivindicar os direitos não satisfeitos pelo dono da obra.

Mas estamos nos referindo a pequenos empreiteiros e não pequenas empreitadas, porquanto estas podem ser ajustadas por grandes empreiteiras. De tal modo que não é o vulto da empreitada que retira a con-

dição de pequeno empreiteiro, haja vista que pode um pedreiro, por exemplo, contratar a construção de uma residência de grandes dimensões e nela atuar sozinho ou com o auxílio de um servente por mais de ano. Pensamos, pois, que o dispositivo celetista se referiu a pequeno empreiteiro, que pode contratar pequenas empreitadas ou obras de maior dimensão, obrigando-se ao resultado, já que o contrato de empreitada é, em regra, de resultado<sup>79</sup>.

Portanto, seguindo nossa linha de pensamento, desde que haja *continuidade* na prestação de serviços<sup>80</sup>, seja por operário ou artífice no mister da empreitada, seja por prestador de serviços, como o faxineiro, o jardineiro, o limpador de piscinas, a competência para a solução das lides porventura decorrentes da relação de trabalho será da Justiça especializada.

#### 4.2 Contratos afins

Temos de investigar, por último, as relações jurídicas derivadas de alguns contratos que têm estreita ligação com os de empreitada ou de prestação de serviços, nos

<sup>75</sup> São as antigas figuras da *locatio operis faciendi* – na qual o que importa é o resultado do trabalho, a obra que deve ser confeccionada e entregue ao locatário, correndo geralmente por conta do locador (empreiteiro) os riscos da atividade (exceto no caso do art. 612 do novo Código Civil), ex.: pintura de um quadro, construção de um muro ou de uma casa; e da *locatio operarum* – na qual importa mais a própria força de trabalho do que o resultado dela, sendo que aqui os riscos da atividade geralmente correm por conta do tomador dos serviços, ex.: serviços de faxina, de jardinagem.

<sup>76</sup> E por isso não há falar em relação de emprego nesses casos.

<sup>77</sup> Giglio. *Op. cit.*, p. 39-40.

<sup>78</sup> "Se o artífice possuir firma devidamente organizada, trata-se de atividade empresarial, mesmo modesta, que escapa à previsão legislativa mencionada". Valentin Carrion. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 20ª ed. atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 488.

<sup>79</sup> Amauri Mascaro Nascimento destaca que "passou, já no regime anterior, a ser da competência da Justiça do Trabalho decidir pequenas empreitadas, consoante o disposto na CLT, art. 652, a, III, ao definir como de sua competência julgar as questões entre o empreiteiro operário ou artífice e os tomadores dos seus serviços, no que nenhuma inconstitucionalidade configurou-se diante da ressalva constitucional acima citada" (parte final do *caput* do art. 114 da CF, na redação de 1988). Artigo citado, p. 35. Também Márcio Túlio Viana observa que "a própria CLT já incluía a pequena empreitada na competência da Justiça do Trabalho. E se o fez, foi exatamente por considerar que se tratava de uma relação de trabalho. Não fosse isso, a norma seria inconstitucional". *As Relações de Trabalho sem Vínculo de Emprego e as Novas Regras de Competência*. Artigo publicado na obra *Nova competência da justiça do trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005, p. 267.

<sup>80</sup> Orlando Gomes ressalva que o contrato de empreitada pode ter como objeto determinado serviço, desde que seja "executado em prestações repetidas". Obra citada, p. 330. Por isso não há como entender que os pequenos serviços sejam enquadrados na figura da empreitada, como os pequenos reparos feitos por eletricitistas, encanadores e até mesmo pedreiros. Tratam-se de contratos de prestação de serviços e não de empreitada, até porque a exigência de resultado não é objeto apenas dos contratos de empreitada. Tanto que o exemplo clássico desse objeto está no contrato de cirurgia plástica e ninguém diz que o cirurgião é empreiteiro.

quais o trabalho humano assume especial relevo. Tratam-se dos contratos de representação comercial, de corretagem, de transporte, de parceria e de prestação de serviços em regime de cooperativa<sup>81</sup>.

O primeiro deles, como já afirmamos, é o que mais se aproxima do contrato de emprego no setor privado. Daí porque *institutos são comuns às relações jurídicas oriundas de ambos os contratos*, como contrato a prazo determinado ou indeterminado, exclusividade de zona de trabalho e de representação, indenização pela rescisão do contrato, prorrogação do contrato por prazo determinado, prestação de contas, pagamento de comissões, aviso prévio para rescisão do contrato sem prazo determinado, justa causa para rescisão do contrato e *até preferência dos créditos em caso de falência, ex vi* dos artigos 27, 28, 31, 32, 34, 35, 36 e 44<sup>82</sup> da Lei nº 4.886/65, alguns com a redação que lhes foi dada pela Lei nº 8.420/92. Por isso a zona grise que turva a vista do juiz do trabalho em quase todas as ações ajuizadas por representante postulando a declaração de vínculo empregatício com o representado.

A proximidade das relações de trabalho do representante comercial e do empregado não podem deixar dúvidas de que as relações do representante com o representado são de *trabalho stricto sensu*. Porém, o artigo 39 da Lei nº 4.886/65, que regula as atividades dos representantes comerciais autônomos, disciplina que é competente para o *juizamento das controvérsias*

*que surgirem entre representante e representado a Justiça Comum e o Foro do domicílio do representante, aplicando-se o procedimento sumaríssimo previsto no artigo 275 do CPC, ressalvada a competência dos Juizados Especiais.*

De se entender, pois, que o citado artigo 39 somente se aplica, doravante, aos casos de representante pessoa jurídica, com uma organização empresarial para atuação mais destacada, inclusive com empregados próprios para o desenvolvimento de sua atividade. Isso porque, como já dissemos, o representante comercial, ainda que devidamente inscrito no Conselho Regional dos Representantes Comerciais (o que é obrigatório, nos termos do artigo 2º da indigitada lei), e mesmo que preste seus serviços por intermédio de firma de representação ou até sociedade limitada tendo como sócio pessoa que nem sequer desenvolve a atividade (normalmente o cônjuge)<sup>83</sup>, terá o direito de reclamar seus haveres perante a Justiça do Trabalho, por força do contido no inciso I do artigo 114 da Carta Fundamental.

O critério para definição da competência, como temos insistido, é o da *continuidade* da prestação de serviços. Aliás, este critério se encontra presente no próprio conceito de representante comercial, dado pelo artigo 1º da Lei nº 4.886/65, transcrito: "Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais

<sup>81</sup> É óbvio que no caso de empreitada pode haver relação de trabalho de curta duração, de uma semana ou até menos, como se dá nas pequenas reformas, em que se contratam pedreiros, serventes, pintores e auxiliares por pequeno período. Entretanto, como já afirmamos, a exceção somente confirma a regra.

<sup>82</sup> De se notar que todos esses contratos, incluindo os de empreitada e de prestação de serviços, serão os paradigmas das relações de trabalho na definição da nova competência da Justiça do Trabalho, de acordo com o projeto de lei que tramita no Congresso Nacional e já mencionado neste ensaio, em nota anterior.

<sup>83</sup> "Na lei anterior não havia preferência dos créditos dos representantes comerciais, sendo simples créditos quirografários", mas a Lei nº 8.420/92, que acrescentou à Lei nº 4.886/65 os arts. 41 a 47, "agaldou os créditos provenientes da falência, considerando-os da mesma natureza dos créditos trabalhistas". Rubens Requião. *Do representante comercial: comentários à Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 246.

<sup>84</sup> Para José Affonso Dallegrave Neto a Justiça do Trabalho passa a ter competência material para instruir e julgar casos como "das pequenas firmas ou (para)empresas de representação comercial ou prestadores de serviço constituídos formalmente em sociedades de quotas limitadas, mas que na prática a sede da empresa é a sua própria residência, o sócio é a sua própria irmã ou esposa", destinando-se a constituição de pessoa jurídica ou empresa a satisfazer uma exigência do contratante ou "mesmo para ocupar brechas (desvirtuadas) da legislação". Artigo citado, p. 201.

peças, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-las aos representantes, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios” (grifo nosso)<sup>84</sup>. A não-eventualidade corresponde à continuidade de que estamos falando<sup>85</sup>, imprescindível, pois, à caracterização da relação de trabalho em sentido estrito.

O contrato de corretagem é regulado pelos artigos 722 a 729 do novo Código Civil. Como observa Amauri Mascaro Nascimento, a corretagem não é um contrato de atividade, mas um contrato de resultado, pois só haverá pagamento da comissão se for concluído o negócio<sup>86</sup>. Pois bem, havendo continuidade na prestação de serviços do corretor de imóveis (Lei nº 6.530/78), por exemplo, que trabalha em dias ou horários determinados, cumprindo plantões ou não, para determinada imobiliária, haverá relação de trabalho entre as partes (na falta de subordinação), que terão seus conflitos dirimidos pela Justiça do Trabalho.

Quanto ao contrato de transporte, ganhou uma roupagem totalmente nova sob a égide do novo Código Civil, que o disciplina nos artigos 730 *usque* 756, tratando em separado do transporte de pessoas e do transporte de coisas. As normas de maior destaque são aquelas que cuidam da responsabilidade civil objetiva do transportador pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior (artigo 734), responsabilidade esta que não é elidida nem por culpa de terceiros (artigo 735), sendo que o transportador responde também objetivamente pelo cumprimento dos horários e itinerários previstos (artigo 737). São disposições legais da maior envergadura para uma ação de reparação de danos ajuizada pelas pessoas transportadas.

Agora, o contrato, escrito ou verbal, de transportes pode ser instantâneo ou de prestação continuada. Para sermos coerentes, apenas os últimos podem ensejar uma relação de trabalho entre o transportador e as pessoas que o contrataram, porque no primeiro caso teremos consumidores e não tomadores de trabalho, como já visto.

Assim sendo, não é o critério do destinatário final que distingue a relação de trabalho da relação de consumo de serviço, porque quer o motorista de transporte coletivo de alunos seja contratado diretamente pelos pais<sup>87</sup>, quer seja contratado pela escola, haverá relação de trabalho, já que não há diferença substancial no modo da prestação dos serviços, bastando a *continuidade* do serviço de transporte para que o motorista possa ajuizar ação perante a Justiça especializada a fim de reclamar os direitos decorrentes da relação jurídica trabalhista havida entre as partes.

Relativamente ao contrato de parceria, o novo Código Civil não tratou da matéria, que era disciplinada nos artigos 1.410 a 1.415 (parceria agrícola) e 1.416 a 1.423 (parceria pecuária) do Código revogado. Pelo que sabemos ainda remanesce no mundo jurídico a figura da parceria ou arrendamento, peculiar do meio rural, dela decorrendo uma autêntica relação de trabalho, com todas as características já investigadas, porquanto em momento algum se poderá afirmar a existência de relação de consumo no caso em comento. Se assim é, da Justiça especializada será a competência para o conhecimento e solução das lides que surgirem entre os parceiros.

Resta-nos, por fim, uma análise rápida do contrato de prestação de serviços em

<sup>84</sup> A mesma consideração pode ser feita para os contratos de agência ou distribuição, regulados pelos arts. 710 a 721 do novo Código Civil. Aliás, o art. 710 faz a mesma referência à não-eventualidade.

<sup>85</sup> De se notar que a relação de trabalho se dá entre o representante e o representado, não havendo qualquer relação jurídica de trabalho entre o representante e os clientes do representado.

<sup>86</sup> Artigo citado, p. 32. Registramos novamente o equívoco de se pensar que somente os contratos de atividade podem configurar uma relação de trabalho.

<sup>87</sup> Os pais seriam consumidores, sob a ótica do critério destinatário final.

regime de cooperativa<sup>88</sup>. Na cooperativa de médicos, por exemplo, a relação dada entre a cooperativa e os contratantes de serviços, ou ainda a relação do próprio médico com seu cliente, por certo que é de consumo e nada tem a ver com a relação de trabalho de que estamos a cuidar. Todavia, a relação entre o médico e a cooperativa<sup>89</sup>, ou entre ele e determinado hospital onde os serviços são prestados, será uma relação de trabalho, presente a continuidade na prestação do labor, e a ilação é de que direitos seus poderão ser postulados na Justiça do Trabalho. E, nas cooperativas de trabalho, em boa parte dos casos há uma relação direta entre os cooperados e o tomador dos serviços<sup>90</sup>, que somente poderá ser de trabalho, se não for de emprego.

## 5. DIREITO MATERIAL APLICÁVEL

Cedição que o direito material aplicável é o civil<sup>91</sup>, como já ocorria no exame das ações ajuizadas pelo pequeno empreiteiro para receber

mento do preço ou de indenizações de danos ocorridos por ocasião da prestação dos serviços. O Estatuto Consolidado, portanto, é destinado ao trabalhador empregado, tanto que se ocupa já nas suas disposições gerais de conceituar as figuras jurídicas do empregado e do empregador (artigos 3º e 2º da CLT, respectivamente).

*"Na falta de dispositivos legais aplicáveis o juiz do trabalho poderá se valer da analogia iuris ou da analogia legis, assim como aplicar os princípios gerais de direito, os costumes (artigo 4º da LICC), os princípios contratuais estampados no novo Código e a teoria geral dos contratos."*

Especial destaque merecem as relações dos empreiteiros e prestadores de serviços, disciplinadas pelos artigos 593 a 626 do novo Código Civil, dos representantes comerciais, reguladas pela Lei nº 4.886/65, com as alterações dadas pela Lei nº 8.420/92, e dos transportadores (artigos 730 a 756 do CC/02). Na falta de dispositivos legais aplicáveis o juiz do trabalho poderá se valer da analogia iuris ou da analogia legis, assim como aplicar os princípios gerais de direito, os costumes (artigo 4º da LICC), os princípios contratuais estampados no novo Código<sup>92</sup> e a teoria geral dos contratos.

<sup>88</sup> Estamos aqui a tratar das autênticas cooperativas e não das famigeradas fraudoperativas que, infelizmente, ainda existem no meio rural, principalmente na colheita de laranjas no interior do Estado de São Paulo, onde uma das maiores indústrias de suco concentrado do mundo continua teimando em contratar cooperativas para a intermediação ilícita de mão-de-obra em seus pomares. Interessa-nos nessa análise o exame das cooperativas constituídas na forma da lei, sendo o maior exemplo delas as cooperativas de serviços médicos.

Sobre a constituição das cooperativas, conforme previsto na Lei nº 5.764/71, as sociedades cooperativas são formadas por pessoas que se obrigam a envidar esforços para a consecução de uma atividade econômica que a todas aproveitem, mas sem que tais pessoas objetivem auferir lucro. A adesão deve ser voluntária e não pode haver limite para as associações. E não é correto que somente possam prestar serviços aos seus associados, pois que existe a possibilidade de fornecimento de serviços a terceiros, desde que isso faça parte dos objetivos sociais da própria cooperativa. Demais, a cooperativa somente será constituída por deliberação da Assembléia Geral dos fundadores, o que deve constar da ata respectiva. Deve possuir um Estatuto Social, com indicação de todos os requisitos legais (arts. 4º e 21 da Lei nº 5.764/71). É obrigada a constituir os fundos descritos no art. 28. Enfim, todos os preceitos contidos na lei já referida devem ser observados, para que se possa concluir pela regularidade da cooperativa.

<sup>89</sup> De se observar que os médicos cooperados, conquanto sócios (arts. 1.093 a 1.096 do CC/2002), têm de cumprir escalas, plantões, horários determinados etc., sendo que, quanto mais freqüente a prestação de serviços mais notória será a relação de trabalho. Conforme o caso pode se configurar até mesmo uma relação de emprego, tudo dependendo da análise do grau de subordinação do médico.

<sup>90</sup> Márcio Túlio Viana observa que "entre a cooperativa e os seus membros, a relação é societária — mas implica, ou pode implicar, uma prestação de serviços. Na verdade, quase sempre, a cooperativa é mera intermediária entre o trabalhador e a empresa em rede". Artigo citado, p. 273.

<sup>91</sup> Jorge Luiz Souto Maior afirma que o direito discutido nas relações alheias às relações de emprego é o direito civil, o que não representa nenhum problema, pois o juiz do trabalho está mais acostumado com a interdisciplinaridade, estando apto a lidar com o direito civil, mormente em face de seus novos princípios "(sobretudo boa-fé, abuso de direito e debilidade presumida da parte economicamente mais frágil)". Artigo citado, p. 188.

<sup>92</sup> José Affonso defende a aplicação do princípio da proteção ao prestador de serviço hipossuficiente, bem como do princípio da primazia da realidade na análise dos contratos de natureza civil. Artigo citado, p. 204.

## 6. CONCLUSÃO

Chegada ao fim nossa investigação podemos sustentar que, salvo melhor juízo, o critério objetivo para a identificação da relação de trabalho submetida à jurisdição trabalhista é a *continuidade da prestação de serviços*. Tanto que em outros países nos quais a jurisdição trabalhista abrange as relações de trabalho, como na Itália, este critério é fundamental. Vejam-se os comentários do mestre Amauri Mascaro Nascimento: "Na Itália, o Código de Processo Civil (artigo 409) atribui competência aos juízes que solucionam os dissídios individuais não só em questões de trabalho subordinado, mas, também, nas 'relações de agência, de representação comercial e outras relações de colaboração que se concretizem através de uma prestação de trabalho *continuado* e coordenado, prevalentemente pessoal, ainda que não subordinado'"<sup>93</sup> (destacamos).

De tal modo que, se aprovado o PL nº 288 do Senado Federal, que tramita na Câmara dos Deputados, os contratos de representação comercial, corretagem, transporte, empreitada, parceria e de trabalho em regime de cooperativas serão as fontes dos *paradigmas* de relações de trabalho abrangidas pela nova competência da Justiça especializada. E em todas essas relações de trabalho está presente, em regra generalíssima, a *continuidade* da prestação de serviços, pois não envolvem serviços ocasionais, esporádicos, como os verificados nas relações de consumo de serviço prestado por médicos, dentistas, cabeleireiros, manicuras e tantos outros profissionais que atuam no mercado de consumo.

Em breve síntese, podemos concluir que:

1º) Os servidores públicos estatutários mantêm com o Poder Público relação de trabalho de caráter administrativo, razão pela qual continuarão tendo suas relações trabalhistas apreciadas pela Justiça Comum, Federal ou Estadual, conforme o caso;

2º) Os requisitos da pessoa natural,

da pessoalidade e da onerosidade, presentes em toda relação de emprego, podem estar (e normalmente estão) presentes também na relação de consumo de serviço, razão pela qual não servem como critérios objetivos para a definição da relação de trabalho mencionada no inciso I do artigo 114, com a redação dada pela EC nº 45/2004;

3º) Nem toda relação de trabalho poderá ser tida como da competência da Justiça especializada, porquanto mister distinguir a relação de trabalho em sentido estrito da relação de consumo de serviço;

4º) Se a diferença clássica entre relação de emprego e relação de trabalho se dá com base no caráter de subordinação encontrado na primeira, o critério científico para a distinção entre a relação de trabalho e a relação de consumo é a *continuidade ou habitualidade* da prestação de serviços, que é encontrada nos contratos de representação comercial, corretagem, transporte, empreitada, prestação de serviços e outros contratos afins;

5º) O critério da *continuidade* nos ajuda resolver falhas no critério do destinatário final do serviço, utilizado para identificar a relação consumerista, porquanto normalmente a relação de consumo de serviço é ocasional, esporádica, como se dá na relação médico/paciente, cabeleireiro/cliente, mecânico/cliente e tantas outras.

6º) O direito material aplicável para a solução das controvérsias envolvendo as relações de trabalho é o direito civil, mas se deve atentar para os novos princípios do Código Civil em vigor.

## BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Francisco Rossal de. *A Natureza Jurídica da Relação de Trabalho (Novas Competências da Justiça do Trabalho – Emenda Constitucional Nº 45/04)*. Obra coletiva Nova competência da justiça

<sup>93</sup> Artigo citado, p. 27. Registramos que o critério não foi analisado pelo Prof. Amauri, que entende necessários outros requisitos, conforme nota anterior.

- do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.
- BEBBER, Júlio César. *A Competência da Justiça do Trabalho e a Nova Ordem Constitucional*. Obra coletiva Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.
- CALVET, Otavio Amaral. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho: Relação de Trabalho x Relação de Consumo*. São Paulo, Revista LTr, ano 69, nº 01, jan. 2005.
- CARMO, Júlio Bernardo do. *Da ampliação da Competência da Justiça do Trabalho e da adequação de ritos procedimentais (Exegese tópica e simplista da Emenda Constitucional Nº 45/04 que cuida da reforma do Poder Judiciário)*. São Paulo, Revista LTr, ano 69, nº 01, jan. 2005.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 20ª ed. atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 1995.
- DALAZEN, João Oreste. *A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil*. Obra coletiva Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.
- DALLEGRAVENETO, José Affonso. *Primeiras Linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho Fixada pela Reforma do Judiciário (EC Nº 45/2004)*. Obra coletiva Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo, LTr, 2002.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover... (et al.). 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004.
- GIGLIO, Wagner D. *Direito processual do trabalho*. 12ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo, Saraiva, 2002.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- LOJO, Mário Vitor Suarez. *Plenitude da Justiça do Trabalho*. São Paulo, Revista LTr, ano 69, nº 01, jan. 2005.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Justiça do Trabalho: A Justiça do Trabalhador?* Obra coletiva Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.
- MARANHÃO, Délio et al. *Instituições de direito do trabalho*. 16ª ed. atual. por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho, São Paulo, LTr, 1996.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *A Reforma do Poder Judiciário e seus desdobramentos na Justiça do Trabalho*. São Paulo, Revista LTr, ano 69, nº 01, jan. 2005.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- MELHADO, Reginaldo. *Da Dicotomia ao Conceito Aberto: As Novas Competências da Justiça do Trabalho*. Obra coletiva Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2002.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho para a Relação de Trabalho*. Obra coletiva Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.

\_\_\_\_\_. *Iniciação ao direito do trabalho*. 15ª ed. rev. e atual. de acordo com a nova Constituição. São Paulo, LTr, 1990.

PANCOTTI, José Antonio. *A Nova Competência da Justiça do Trabalho*. São Paulo, Revista LTr, ano 69, nº 01, jan. 2005.

PEREIRA, Adilson Bassalho. *A subordinação como objeto do contrato de emprego*. São Paulo, LTr, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil. V. 1. Introdução ao direito civil; teoria geral de direito civil*. 13ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

REQUIÃO, Rubens. *Do representante comercial: comentários à Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *A Justiça do Trabalho e a Emenda Constitucional Nº 45/2004*. São Paulo, Revista LTr, ano 69, nº 01, jan. 2005.

VIANA, Márcio Túlio. *As Relações de Trabalho sem Vínculo de Emprego e as Novas Regras de Competência*. Obra coletiva Nova competência da justiça do trabalho. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava – coordenadores. São Paulo, LTr, 2005.

# DIREITO DO TRABALHO E JUSTIÇA DO TRABALHO: PANORAMA E PERSPECTIVAS EM FACE DAS ATUAIS REFORMAS\*

Prof<sup>a</sup>. ELIANA DOS SANTOS ALVES NOGUEIRA\*\*

**Resumo:** Numa primeira etapa a autora apresenta um breve panorama do mundo do trabalho, com enfoque na reestruturação produtiva, mola propulsora do desmantelamento das relações trabalhistas pautadas pelo emprego típico. Aborda também a queda do nível de renda da população brasileira e, dentre a população economicamente ativa no Brasil, qual o percentual de trabalhadores regidos pela CLT.

Numa segunda etapa, dá um breve panorama da reforma do Judiciário, da reforma sindical e da reforma trabalhista.

E, por fim, analisa as perspectivas da legislação laboral, do direito sindical e do Judiciário Trabalhista a partir do panorama traçado.

**Sumário:** 1. Breve panorama do mundo do trabalho; 2. Breve panorama das reformas; 2.1 Reforma do Judiciário Trabalhista; 2.2 Reforma sindical; 2.3 Reforma trabalhista; 3. Perspectivas do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho em face das atuais reformas.

**Palavras-chave:** Competência; Reforma trabalhista; Reforma sindical; Reforma Judiciário; Legislação trabalhista; Dados IBGE; Salário mínimo; Negociação coletiva.

---

\*O presente artigo refere-se à temática abordada em palestra proferida no dia 20/05/2005, no encerramento da XII Jornada de Direito do Trabalho, realizada pela Universidade de Franca - UNIFRAN, em Franca/SP.

\*\*Mestre em Direito pela UNESP - Franca/SP; Professora Assistente junto ao Departamento de Direito Privado da Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP - Franca/SP; Professora convidada do Curso de Especialização em Direito do Trabalho - UNIFRAN - Franca/SP; Juíza Titular da Vara do Trabalho de Teodoro Sampaio/SP - TRT 15<sup>a</sup>. Região.

## INTRODUÇÃO

Falar em panorama e perspectivas do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho em face das atuais reformas não importará numa abordagem "visionária", mas na tentativa de, a partir de estudos realizados pautados pela observância de dados estatísticos, da recentemente implementada primeira parte da Reforma do Judiciário e das diretrizes do Fórum Nacional do Trabalho, expor qual é o caminho que a legislação brasileira tem seguido para a regulamentação da complexa realidade na qual se encontra a sociedade brasileira, notadamente, na expressão de Ricardo Antunes, da "classe-que-vive-do-trabalho".<sup>1</sup>

É necessário, em primeiro lugar, observar a importância do mundo do trabalho para a sociedade: meio de manutenção e sobrevivência da grande maioria dos seres humanos e única fonte de renda da sua quase totalidade.

### 1. BREVE PANORAMA DO MUNDO DO TRABALHO

Em primeiro lugar é preciso lembrar que a Consolidação das Leis Trabalhistas, nossa velha e conhecida CLT, não foi dádiva de nenhum governo populista, mas foi fruto de lutas operárias e o direito do trabalho, a nível mundial, nasceu para proteger o empregado da atividade predatória do capital. Basta lembrarmos nossas lições primárias que abordavam a situação precária dos trabalhadores na época da Revolução Industrial.

A globalização econômica, entendida como a forma encontrada pelo capital

para expandir-se, reduzindo as barreiras alfandegárias e possibilitando um comércio mundial de bens e serviços, gera como efeito quase que imediato, a flexibilização dos modos de produção e, por consequência, prega a flexibilização das normas protetivas do trabalhador.

No que tange à flexibilização produtiva, verificamos a alteração do paradigma fordista – centrado na produção em série – para o paradigma toyotista – centrado na produção flexível, maleável, pautada pelo *just in time*.

Temos, por consequência, a ausência de fixação do capital e das empresas: há uma grande mobilidade internacional em busca de custos menores da produção. Neste sentido é importante verificar que na ótica empresarial o trabalho é colocado como custo durante o processo produtivo e, como tal, precisa ser reduzido.

Neste cenário, o princípio protetor é reinterpretado e, na visão de Dorothee Susanne Rüdiger:

"observamos o fenômeno da *deslegitimação*, do fim das *grandes narrativas* na decomposição do

fundamento axiológico do direito do trabalho. Até agora, não se ousa por em xeque o princípio protetor, base do direito do trabalho moderno. Mas, pela análise que se faz da defesa de flexibilização do direito do trabalho, chega-se à conclusão que o princípio protetor está sendo pervertido, no sentido literal da palavra. Em nome da competitividade, a regra da norma mais favorável ao trabalhador é abandonada com o discurso de que a produtividade e o lucro in-

*"...é preciso lembrar  
que a Consolidação  
das Leis  
Trabalhistas, nossa  
velha e conhecida CLT,  
não foi dádiva de  
nenhum governo populista,  
mas foi fruto de lutas  
operárias"*

<sup>1</sup> Expressão utilizada na obra de ANTUNES, Ricardo. Adeus ao Trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 6ª. ed., São Paulo: Cortez: Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.

teressam também ao trabalhador, ameaçado constantemente pelo desemprego. (...)<sup>2</sup>

Assim, cria-se a idéia segundo a qual a flexibilização protege o empregado na medida em que o mantém trabalhando, pouco importando em que condições e ainda criaria novos postos de trabalho, ainda que precários.

A economia mundial, num contexto globalizado, precisa expandir-se, o que exige competitividade e deve atender também aos anseios arrecadatórios do Estado.

Esta competitividade mundial, se vista sob o ponto de vista da qualidade do trabalho humano, se mostra absolutamente predatória, já que a mão de obra é vista como custo e daí se justifica a migração das empresas para locais onde há pouca ou nenhuma proteção legal do trabalhador. Por outro lado, a exigência do consumo em larga escala, para a população economicamente frágil, exige produtos de baixo preço de compra, o que fragiliza a remuneração do trabalhador que labora no processo produtivo.

Citemos, como exemplo, a grande expansão das lojas nas quais é possível a aquisição de uma gama imensa de produtos com valor único, geralmente denominadas "LOJAS DE R\$ 1,99". A análise da origem dos produtos comercializados em tais estabelecimentos indica que quase todos são "made in China" ou "made in Taiwan". Façamos a seguinte digressão: o proprietário da loja no Brasil, que vende o produto a R\$1,99, precisa, além de arcar com todas as suas despesas fixas (aluguel, impostos, manutenção do estabelecimento), remunerar seus empregados, comprar a mercadoria e retirar seu lucro. Esse produto normalmente é adquirido, pelo proprietário da loja, de um atacadista

que, por sua vez, arca com mais ou menos as mesmas despesas que o comerciante retro e também vai inserir no preço sua retirada a título de lucros. Referido produto chegou ao País através de processo de importação e, o comerciante que efetuou o transporte do produto também, além de pagar suas despesas, deve embutir no valor de venda sua margem de lucro. O mesmo produto precisou sair de seu país de origem (China ou Taiwan), através de processo de exportação, observando o mesmo raciocínio supra no tocante ao comerciante e, chegando na origem, de modo até simplório, estamos agora na indústria produtora do bem, que possui gastos com matéria prima, gastos fixos com produção, arca com impostos e, agora, é a vez do trabalhador que labora na linha de produção. Assim, se o produto que passa por todo este processo de produção, compras e vendas, chega no Brasil e é vendido ao valor de R\$1,99, dá para imaginar quanto ganhou o empregado que trabalhou na linha de produção?

O raciocínio supra pode, em maior ou menor escala, ser aplicado a praticamente todos os bens de consumo produzidos mundo afora.

A busca pelo lucro e pelo excedente para o capital ou para o Estado, na forma de impostos diretos e indiretos, justifica a baixa remuneração, afinal a economia é vista como mola propulsora do desenvolvimento social. Aqui ganha corpo físico a idéia do *dumping social*.

A flexibilização dos modos de produção, por sua vez, ocasiona um grandioso processo de reestruturação produtiva que pode ser plenamente perceptível em nosso dia-a-dia.

Dados do DIEESE (Departamento

*"A busca pelo lucro e pelo excedente para o capital ou para o Estado, na forma de impostos diretos e indiretos, justifica a baixa remuneração, afinal a economia é vista como mola propulsora do desenvolvimento social. Aqui ganha corpo físico a idéia do dumping social"*

<sup>2</sup>LINDGREN ALVES, J. A. Direito e cidadania na pós-modernidade, por J. A. Lindgren Alves, Gunther Teubner, Joaquim L. de R. Alvim e Dorothee Susanne Rüdiger, Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002, p. 205.

Intersindical de Estatística e Estudos Sócio Econômicos), analisando três situações de reestruturação produtiva indicam que:

- no caso dos bancários, entre 1989 e 1996 os bancos reduziram 40% de suas vagas<sup>3</sup>;
- no setor de comércio em Santa Catarina, entre 1987 e 1997, a automação diminuiu vagas e, por outro lado, aumentou a exigência quanto aos níveis de escolaridade<sup>4</sup>;
- no setor da construção civil, no ano de 1999, evidenciava-se que a precarização predominava nas amplas redes de terceirização – dos 4.700.000 ocupados no setor, apenas 954 mil possuíam carteira assinada<sup>5</sup>.

Estas três pesquisas evidenciam, mais ou menos na mesma medida, um panorama geral no mundo do trabalho na atualidade, no sentido de que as inovações trazidas para o processo produtivo extinguíram uma grande quantidade de postos de trabalho e, onde ainda existe trabalho, houve uma sensível alteração dos parâmetros de contratação, onde são exigidos trabalhadores mais qualificados. A terceirização ganha ênfase em quase todos os ramos produtivos, observando-se, contudo, que normalmente não encontramos a observância da legislação laboral e boa parte dos trabalhadores não são abran-

gidos pela legislação celetista, contratados de forma precária e irregular.

Quanto ao nível de renda, o IBGE detectou, no ano de 2003, que houve aumento da população ocupada, mas houve redução no nível de rendimento em todas as categorias de ocupação.

Além da queda observa-se uma absoluta dissonância entre o valor necessário para sobrevivência do trabalhador e o valor do salário mínimo, fixado pelo governo federal.

Dados do DIEESE indicam a diferença entre o salário mínimo nominal e o salário mínimo necessário para abril de 2005<sup>6</sup>:

- mínimo nominal: R\$260,00;
- mínimo necessário: R\$1.538,64<sup>7</sup> - cerca de 6 salários mínimos nominais.

Dados do IBGE indicam que em 2003 apenas 6,1% das pessoas ocupadas no país receberam entre 5 e 10 salários mínimos mensais<sup>8</sup> (mínimo nominal em dezembro de 2003 era de R\$240,00 / mínimo necessário R\$1.420,61 segundo o DIEESE)

No tocante ao nível de ocupação da população brasileira, bem como da qualidade desta ocupação, no sentido de haver efetiva proteção da legislação trabalhista, verifique-se, abaixo, o quadro elaborado conforme estatísticas do IBGE<sup>9</sup> dos dados de 2003, em milhares de pessoas:

<sup>3</sup>DIEESE. *Reestruturação produtiva reduz emprego nos bancos*. 1997. In: <http://dieese.org.br> em 18/05/2005.

<sup>4</sup>DIEESE. *Reestruturação produtiva reduz emprego no comércio em Santa Catarina*. 1998. In: <http://dieese.org.br/esp/reestsc.xml>, em 16/05/2005.

<sup>5</sup>DIEESE. *Resenha Dieese – Estudos Setoriais n. 12. Os trabalhadores e a reestruturação produtiva na construção civil brasileira*. 1999. In: <http://dieese.org.br>, em 18/05/2005.

<sup>6</sup>In <http://www.dieese.org.br/re/rac/salminmai05.xml>, em 15/05/2005.

<sup>7</sup>Segundo o DIEESE, salário mínimo nominal é o valor do salário mínimo vigente. Salário mínimo necessário é o salário mínimo de acordo com o preceito constitucional “salário fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, reajustado periodicamente, de modo a preservar o poder aquisitivo, vedada sua vinculação para qualquer fim”. Na metodologia utilizada considera-se dois adultos e duas crianças, sendo que estas consomem o equivalente a um adulto.

<sup>8</sup>In [http://www.ibge.gov.br/brasil\\_em\\_sintese/tabelas/trabalho\\_tabela02.htm](http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/trabalho_tabela02.htm), em 15/05/2005.

<sup>9</sup>In [http://www.ibge.gov.br/brasil\\_em\\_sintese/tabelas/trabalho.htm](http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/trabalho.htm), em 16/05/2005.

## ➤Dados do IBGE em 2003:

População economicamente ativa: 87.787.660	
Pessoas ocupadas: 79.250.928	
Empregados / Contribuintes INSS 43.089.179	/ mais ou menos 50%
Não remunerados: 5.610.112	
Conta própria: 17.709.344	Domésticos: 5.081.879

Isso significa que apenas cerca de 30% dos trabalhadores brasileiros possuem anotação em CTPS, considerando-se empregados regularmente contratados apenas os que contribuem para o INSS. Dessa forma, cerca de 70% da mão de obra ocupada refere-se a trabalhadores que não estão regidos pela CLT e não possuem a proteção da legislação laboral. Ainda que parte deste percentual seja de empregados autônomos verdadeiros (cerca de 17 milhões), não há como deixar de observar que a grande maioria da mão de obra ocupada refere-se a empregados típicos contratados irregularmente.

Segundo o IBGE, em 2003 o Brasil contava com 10 milhões de empresas "informais", assim consideradas aquelas que não possuem qualquer regularização para atuar como empresas jurídicas formalmente constituídas, ocupando ¼ dos trabalhadores não agrícolas.<sup>10</sup> Isso sinaliza, conseqüentemente, para não observância da legislação protetiva do empregado, já que, não possuindo regularização cadastral, não há, logicamente, anotação de contrato de trabalho em CTPS dos empregados e, conseqüentemente, observância integral dos direitos trabalhistas assegurados pela CLT e legislação ordinária.

A título de exemplo comparativo, verifique-se que na França e na Alemanha o índice de mão de obra não empregada ou servidores públicos é de cerca de 15% e há indicação estatística de que mais ou menos 80% da PEA (População Economicamente Ativa) está no mercado laborativo, com as proteções inerentes ao Direito do Trabalho.<sup>11</sup>

Um outro dado relevante é que, conforme estudo realizado pelo Departamento de Estatísticas do Trabalho dos EUA há indicação de que o custo do trabalho no Brasil, de US\$ 1,40 por hora, é um dos mais baixos do mundo, atrás apenas do pago no Sri Lanka (US\$ 0,32). Na Europa e nos EUA, esse valor varia de US\$ 8 a US\$ 14.<sup>12</sup>

No Brasil, infelizmente, a promessa oriunda da legislação protetiva não se concretiza no plano real, já que a esmagadora maioria da população ocupada (cerca de 70% dos trabalhadores), conforme dados estatísticos, está fora de qualquer proteção legal de sua atividade laboral.

No mais, o panorama de desemprego estrutural e de baixo nível salarial torna ainda mais difícil a sobrevivência digna do trabalhador.

O que até agora colocamos apresenta-se como o panorama geral do nosso mundo do trabalho atual e realidade a partir da qual deveríamos pensar em reformas.

Vejam, doravante, qual é o panorama atual das reformas propostas, parte já implementada pela parcial Reforma do Judiciário, bem como as propostas oriundas do Fórum Nacional do Trabalho visando a alteração da estrutura e legislação sindical, bem como da reforma trabalhista.

*"Dessa forma, cerca de 70% da mão de obra ocupada refere-se a trabalhadores que não estão regidos pela CLT e não possuem a proteção da legislação laboral!"*

<sup>10</sup>In <http://www.ibge.gov.br/brasil>, em 18/05/2005.

<sup>11</sup>DELGADO, Mauricio Godinho. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. In *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves, coord., São Paulo: LTr, 2005, p. 297.

<sup>12</sup>Notícia veiculada em 17/05/2005, no site <http://andes.org.br>

## 2. BREVE PANORAMA DAS REFORMAS

### 2.1 Reforma do Judiciário Trabalhista

Vários estudos têm sido apresentados a respeito das alterações oriundas da Emenda Constitucional 45/2004, que, no tocante ao Judiciário Trabalhista, trouxe profunda alteração no que diz respeito à competência material da Justiça do Trabalho.

Frise-se, ainda que pontualmente, quais foram as alterações de maior relevo:

1. ampliação da competência para abranger todas as relações de trabalho, independentemente da existência do vínculo empregatício, o que trouxe para o Judiciário Trabalhista a solução das questões antes afetas à Justiça Comum no tocante às relações entre trabalhadores autônomos e seus tomadores de serviços<sup>13</sup>;

1. a competência para apreciar as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;

2. a competência para apreciar os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;

3. competência para apreciar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho<sup>14</sup>;

4. competência para as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho.

Esta reforma, contudo, possui, a nosso ver, alguns aspectos positivos e outros ne-

gativos.

Quanto aos aspectos positivos, era chegada a hora de centralizar no Judiciário Trabalhista as questões envolvendo matérias afetas à relação capital x trabalho, do ponto de vista do trabalhador e do empregador, notadamente as disputas intersindicais, as questões envolvendo todos os trabalhadores – sejam celetistas ou estatutários, bem como eventuais outras controvérsias, dentre as quais a que envolve ação indenizatória do empregado face seu empregador reclamando danos morais ou materiais, inclusive quando a discussão envolver acidente do trabalho.

Não obstante existir ADIN impedindo a apreciação de ações propostas pelos estatutários e a controvérsia jurisprudencial no tocante ao acidente de trabalho, cremos que as alterações propostas são, neste ponto, extremamente positivas.

No tocante aos aspectos negativos, a ampliação da competência para apreciação de toda e qualquer relação de trabalho traz a iminente possibilidade de “desespecialização” deste ramo do Judiciário, retirando-se de seu cerne o ideário de proteção do trabalhador que, antes da reforma, pautava-se pelo paradigma do trabalhador empregado que, sujeito à subordinação por parte de seu empregador, possuía, à luz da legislação laboral, proteção específica, pautada pelo princípio protetor e, como tal, buscava-se resguardar seus direitos e a visualização da relação empregatícia sempre foi realizada a partir desta ótica.

A ampliação desta competência, contudo, não pode deixar de vir acompanhada, de breve relato a respeito do processo histórico que lhe é antecedente. O Projeto de Lei que culminou nesta primeira parte da reforma, tendo tramitado no Congresso Nacional por aproximadamente treze longos

<sup>13</sup>Note-se que, no tocante aos servidores estatutários, a interpretação fica vinculada à Liminar concedida na ADIN apresentada pela AJUFE, que suspendeu qualquer interpretação que entencesse elasticidade a competência para apreciação das demandas envolvendo servidores estatutários, ante a existência de proposta de alteração do art. 114, I da CF, novamente em estudo na Câmara, para constar expressa exclusão das lides a eles afetas da competência da Justiça do Trabalho.

<sup>14</sup>Não obstante o texto constitucional, há controvérsia a respeito da competência da Justiça do Trabalho para apreciar as ações de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho, em ações ajuizadas em desfavor dos empregadores. Tal se verifica a partir das recentes decisões do STF e do TST, após a EC 45/2004, rechaçando esta competência.

anos, foi, durante este período, inúmeras vezes alterado e “remendado”. Há alguns anos atrás houve severa pressão governamental, capitaneada pelo Senador Antônio Carlos Magalhães, no sentido de extinguir-se o Judiciário Trabalhista, com o argumento de que o mesmo era dispendioso e não se justificava sua presença no cenário nacional. Argumento este falacioso que não vingou. Contudo, a própria magistratura trabalhista empenhou-se em garantir a manutenção deste ramo do Judiciário e, como tal, aprovou a alteração do projeto visando a ampliação da competência, para o fim de garantir-se a magnitude de suas funções e sua imprescindibilidade, trazendo para seu seio todas as controvérsias envolvendo as relações de trabalho e não mais apenas as relações empregatícias.

Nosso panorama atual aponta para a alteração do modo de visualizar a relação entre os litigantes. Se para a relação empregado-empregador temos a ótica protecionista do direito do trabalho e com as conseqüentes normas processuais que criam desigualdades jurídicas para compensar as desigualdades econômicas, para o trabalhador-tomador de serviços, prega-se a visão igualitária do Direito Civil, segundo a qual, já que regidos por contrato de Direito Civil, são os litigantes iguais e não há justificativa para interpretação da lei de modo a prestigiar o princípio protetor. Neste sentido, recente Provimento do C. TST entendendo que, nestes casos, far-se-á a aplicação do Processo Laboral, mas com existência do ônus da sucumbência para o trabalhador vencido na ação.

Um outro aspecto de grande relevância na alteração da competência da Justiça do Trabalho foi a redução drástica do poder normativo dos Tribunais, sinalizando para o necessário entendimento entre os atores coletivos, ou seja, entre os sindicatos repre-

sentantes das categorias econômicas e profissionais. A necessidade de “comum acordo”, prevista no §1º. do artigo 114 da Constituição Federal já evidencia a tônica do prestígio às negociações coletivas, tônica esta que vamos ver, adiante, reforçada no projeto de reforma sindical e nas primeiras discussões atinentes à reforma trabalhista.

Por fim, um outro aspecto relevante da reforma do Judiciário foi, em nome da “segurança jurídica” criar-se a súmula vinculante, a cargo do STF, e a previsão da súmula impeditiva de recursos (a cargo do STJ e do TST), esta na segunda parte da Reforma do Judiciário. É importante ressaltar que a criação destas

duas medidas – a primeira já aprovada e a segunda em sede de debates, possui como horizonte a redução do número infindo de ações e ou recursos versando a respeito de questões já decididas e segundo as quais já há posicionamento uniforme da jurisprudência dominante. Contudo, a utilização de tais medidas jamais pode ser utilizada para “patrulhamento” das decisões judiciais, no sentido de limitar-se a autonomia dos órgãos de primeira e segunda instância do Judiciário, sob pena de ferir-se de morte a democracia, ainda

engatinhante no nosso país.

Outro aspecto que merece destaque foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, com atribuição de efetuar o controle externo do Judiciário, sob a ótica da administração do Judiciário. Conquanto existir para esta finalidade, com certeza contará com o apoio incondicional da magistratura.

## 2.2 Reforma Sindical

Recentemente encaminhada à Câmara, a proposta do Fórum Nacional do Trabalho prevê a alteração do artigo 8º. da CLT e o projeto de nova Lei Sindical.<sup>15</sup>

*“Outro aspecto que merece destaque foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, com atribuição de efetuar o controle externo do Judiciário, sob a ótica da administração do Judiciário. Conquanto existir para esta finalidade, com certeza contará com o apoio incondicional da magistratura”*

<sup>15</sup>Projeto disponível em <http://www.fnt.mte.gov.br>

O Fórum Nacional do Trabalho foi criado pelo Governo Federal, em meados de 2003. Trata-se de organismo tripartite, contando com representantes dos empregados, dos empregados e do governo, com a incumbência de discutir e sistematizar projetos de reformas na legislação sindical e trabalhista, utilizando, para tanto, de subsídios destes três setores sociais.

Abordaremos, em breve síntese, os aspectos que nos parecem relevantes para a nossa atual discussão.

O projeto de emenda constitucional para alteração do artigo 8º da Constituição Federal, prevê o fim da unicidade sindical e criação do sistema de pluralidade sindical, com sindicato mais representativo. O projeto de Lei Sindical prevê que caberá ao Estado atribuir personalidade sindical àqueles sindicatos que atenderem requisitos de representatividade, falando a lei no percentual de 20% dos trabalhadores no âmbito da representação. Assim, podem ser criados tantos quantos sindicatos pretendem os atores sociais (trabalhadores e empregadores), mas apenas aquele que contar com percentual de 20% dos trabalhadores no âmbito de sua representação, poderá adquirir a personalidade sindical e poderá entabular negociações coletivas em nome dos representados.

O Projeto de Lei Sindical, embora em alguns momentos use a expressão "trabalhadores", deixa claro em vários momentos que a criação das entidades sindicais apenas existirá para os empregados, afastando, por conseguinte, aqueles trabalhadores autônomos, "informais - irregulares" e tantos outros que prestam serviços não contratados como empregados típicos.

O Projeto prevê ainda a possibilidade de exclusividade de representação, inclusive para os sindicatos já existentes, desde que tal seja deliberado pelos sindicalizados e não filiados, assegurando, nos estatutos respectivos, ampla participação de todos os representados.

O Projeto de Lei, dentre outras novidades, cria contribuição de negociação coletiva, no lugar da contribuição sindical - 1% sobre a remuneração anual. Ao substituir a contribuição sindical, percebe-se que haverá um grande aumento do valor, já que a

contribuição sindical corresponde a um dia de salário. Vejamos, por exemplo, um trabalhador que receba R\$300,00 mensais.

Hoje:

-salário de R\$300,00, dividido por 30 dias, temos um dia de salário correspondendo a R\$10,00;

Com a contribuição de negociação coletiva:

- salário anual de R\$3.600,00, onde 1% equivale a R\$36,00.

O projeto de lei sindical prevê a implementação da representação de trabalhadores na empresa, mas restrita a uma única representação por empresa. Dá à esta representação o poder de efetuar negociação coletiva diretamente com a empresa, mas deve comunicar a iniciativa ao sindicato que possua personalidade jurídica pertinente, o qual poderá avocar para si o processo de negociação coletiva.

Cria, por fim, o projeto de Lei, a possibilidade de negociação direta pela entidade de nível superior ao sindicato (centrais sindicais - agora com personalidade jurídica e judiciária, bem como a confederação e federação) com fixação de cláusulas não negociáveis pelos entes inferiores. O Projeto de Lei, contudo, não sinaliza para negociações inferiores mais benéficas, o que, sem sombra de dúvida, parece engessar o processo de negociação coletiva setorial ou específica para situações determinadas, quando, por exemplo, em algumas situações existir empresa com condições de melhores negociações do que no todo da categoria econômica.

### 2.3 Reforma Trabalhista

A reforma trabalhista está em fase inicial, e os estudos preliminares já foram realizados em algumas reuniões, nas quais estabeleceram-se as premissas e as diretrizes da reforma trabalhista.

Eis as premissas estabelecidas pelo Fórum Nacional do Trabalho:

*"1 - A legislação do trabalho brasileira necessita de uma ampla adequação de seus dispositivos às condições de trabalho, de*

*produção e de relacionamento entre trabalhadores e empregadores e seus respectivos representantes coletivos, sem prejuízo dos princípios e valores universais e fundamentais do Direito do Trabalho e da cidadania.*

- 2 - *A reforma das Relações de Trabalho deve ter como objetivo um sistema coerente e harmônico em todas as suas vertentes normativas (Relações Sindicais, Legislação do Trabalho (direitos individuais e tutelares do trabalho, saúde e segurança do trabalho e legislações especiais do trabalho), Administração do Trabalho e Legislação Processual do Trabalho).*
- 3 - *A legislação do trabalho deverá guardar correspondência lógico-sistêmica com as relações sindicais.*
- 4 - *A legislação do trabalho é o paradigma das relações de trabalho no país e deve refletir um padrão de inclusão, de proteção social e de desenvolvimento sócio-econômico.*
- 5 - *Para alcançar o padrão desejado de inclusão, proteção social e desenvolvimento sócio-econômico, com segurança jurídica, a legislação do trabalho precisa ser clara, objetiva, não burocrática e compatível com a negociação coletiva nos termos do ordenamento jurídico. Nesse sentido, alguns aspectos da legislação atual devem ser excluídos, outros atualizados, inseridos ou modificados para possibilitar o relacionamento com a negociação coletiva.*
- 6 - *A legislação do trabalho deve*

*contemplar espaços definidos de relacionamento com a negociação coletiva".<sup>16</sup>*

Eis, agora, as diretrizes da Reforma Trabalhista:

- 1 - *Manter a visão sistêmica das relações de trabalho com os princípios do direito do trabalho e os princípios gerais do direito como norteadores de aplicação, interpretação e integração da legislação do trabalho*
- 2 - *Atualizar os dispositivos ainda pertinentes, mas com referência em outra realidade trabalhista, com as condições políticas e sócio-econômicas.*
- 3 - *Revogar os dispositivos incompatíveis com o novo sistema de relações de trabalho.*
- 4 - *Introduzir dispositivos pertinentes à Declaração dos Direitos Fundamentais da OIT*
- 5 - *Acrescer novas disposições legislativas coerentes com o sistema de relações de trabalho e com as premissas da Reforma Trabalhista".<sup>17</sup> (grifo nosso)*

A OIT, em sua Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais, estabelece como fundamentais os seguintes direitos:

1. *Liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;*
2. *Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;*
3. *Abolição efetiva do trabalho infantil;*
4. *Eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação".*

<sup>16</sup> Atas das reuniões do FNT, grupo temático 4, que trata da reforma trabalhista, disponível em <http://funky.macbbs.com.br/wwwroot/fnt/>

<sup>17</sup> *ibidem*

Verifica-se, assim, a partir das premissas e das diretrizes já estabelecidas pelo Fórum Nacional do Trabalho, que quando se fala em adequar a legislação trabalhista à atual realidade sócio-econômica brasileira, declara-se, expressamente, que alguns *aspectos da legislação atual devem ser excluídos, outros atualizados, inseridos ou modificados para possibilitar o relacionamento com a negociação coletiva.*

Há clara indicação de entendimento segundo o qual a legislação protetiva do empregado, constante na CLT e na legislação esparsa, deve ser adequada para possibilitar seu relacionamento com a negociação coletiva.

A nosso ver, este relacionamento implicará a ampla possibilidade de substituição da norma legislada pela norma negociada.

Passemos, desde já, à análise das perspectivas.

### 3. PERSPECTIVAS DO DIREITO DO TRABALHO E DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM FACE DAS ATUAIS REFORMAS

Verifica-se, de modo claro, que o Estado não deseja mais *intervir* na relação capital-trabalho e busca uma legislação laboral com ênfase na adequação das leis à realidade política e sócio-econômica.

Propõe-se, assim, um esvaziamento da legislação protetiva dos empregados, esquecendo-se que esta legislação teve origem em grandes e graves lutas operárias, não só no Brasil, mas mundo afora. Legislação esta obtida em busca de um patamar mínimo de proteção do trabalho humano, já que necessária a garantia de um mínimo de dignidade ao trabalhador, que, do fruto de seu trabalho, busca sua manutenção e à de sua família.

Há, desta forma, a partir da análise das premissas e diretrizes do FNT, um claro enfoque voltado para a manutenção da economia.

Não há e não transparece existir a

preocupação central com a dignidade do trabalhador.

Relembrando a teoria tridimensional do Direito (fato – valor – norma), onde o fato é o trabalho humano, temos o valor voltado para a economia que, assim, rege a elaboração da norma e, por este motivo, há a criação de um sistema sindical voltado para a negociação coletiva (capital e trabalho se auto-regulam).

Nesta perspectiva, corre-se o risco do Judiciário Trabalhista, ao perder seu eixo central, perdendo seu caráter especializado nas relações empregatícias, passar a efetuar a análise da relação capital x trabalho a partir da ótica do trabalho “autônomo”, não

empregado, na perspectiva civilista no qual a contratação se faz entre iguais e não merece o trabalhador qualquer proteção especial que vise compensar sua desigualdade econômica no campo da contratação individual.

A perspectiva de grande alteração da legislação laboral surge do “senso comum” segundo o qual a legislação protetiva do obreiro é culpada pelo “engessamento” das relações laborais, tendo em vista o tão propalado “custo Brasil”. Aqui ganha relevância a troca do parâmetro estatutário no

estabelecimento de normas pelo parâmetro negociado. Algo, neste ponto, nos relembra o projeto de lei que visava alterar o artigo 618 da CLT. Será mera coincidência ou vemos agora a história se repetir, mas numa roupagem bem mais sofisticada e amparada pelo Fórum Nacional do Trabalho que, sendo órgão tripartite, conta, agora, com a “aprovação” dos três setores sociais envolvidos – empregados / empregadores / Governo Federal?

Retornemos, neste ponto, à primeira etapa de nossa exposição.

A realidade do trabalhador brasileiro demonstra que cerca de 70% dos que são “ocupados” estão longe de proteção legislativa e não são regidos pela CLT. Des-

“Não há e não

transparece

existir a preocupação

central com a

dignidade do

trabalhador.”

sa forma, qualquer reforma que observasse a nossa efetiva realidade sócio econômica, deveria pautar-se pela inclusão destes 70% de trabalhadores num patamar mínimo de proteção legal, e não na exclusão geral da minoria que, ainda precariamente, está abrangida por tal proteção.

O projeto de reforma sindical apresentado não vê esta realidade, já que continua se pautando pela criação de entidades sindicais apenas por empregados e não por trabalhadores de um modo geral. Neste sentido, referida reforma sindical deveria ter em mente essa grande parte dos trabalhadores brasileiros que, sindicalizando-se, poderiam estabelecer direitos mínimos, em contratos coletivos, para a grande rede de trabalhadores individuais, pessoais, que laboram como "autônomos" ou se perdem nas imensas redes de terceirização precária.

Além disso, o panorama da pluralidade sindical, sinaliza para uma ausência de identidade entre os empregados e as entidades sindicais que surgirão, com grande pulverização e pouca representatividade, até porque o número de empregados vinculados a tais entidades é muito inferior àqueles que, normalmente, efetivamente trabalham na cadeia produtiva, levando-se em consideração os subcontratados, autônomos e terceirizados.

Para fechar a equação, parece-nos que a ampliação da competência da Justiça do Trabalho e o esvaziamento de sua especialização e a eventual alteração da ótica protetiva para a ótica igualitária das relações de trabalho não empregatícias, acabará por dar legitimidade à reforma trabalhista para o fim de, num futuro próximo, termos absolutamente desfeita a teia de proteção ao trabalhador para legitimação, definitiva, da grave e triste realidade social brasileira, na qual apenas cerca de 6,1 % (seis vírgula um por cento) da totalidade dos trabalhadores (empregados ou não) recebem o mínimo necessário para manutenção própria e de suas famílias, mantendo-se a grande maioria lon-

ge do alcance de um mínimo de dignidade e dos direitos básicos de todo ser humano, a observar-se apenas a questão da remuneração, deixando de lado tantos outros direitos básicos que deveriam ser garantidos a todos os trabalhadores.

Não nos parece, pelo panorama retro demonstrado, que a reforma que se quer instalar nas relações laborais possa ser solução para qualquer crise econômica ou para melhoria das relações entre o capital e o trabalho. Ouso pensar que nem se retornássemos à época da escravatura teríamos alterado o atual panorama já que, a nosso ver, não é a legislação laboral que "engessa" o crescimento dos postos de trabalho, mas sim a escorchante carga tributária que pesa sobre as empresas.

Reforma Tributária?  
Bom, essa não é prioridade.

Investimento digno dos recursos públicos arrecadados pelo poder público em saúde, escola e itens necessários para manter vida digna a todos os brasileiros? Bom, a rede de corrupção não deixa que tal aconteça...

Se a realidade demonstra que a esmagadora maioria dos trabalhadores não "onera" as empresas

porque estes não trabalham como empregados regidos pela CLT, e, ainda assim, quando o fazem, possuem remuneração muito abaixo do mínimo necessário, segundo dados do DIEESE, será que é a minoria empregada que prejudica tanto assim a economia e justifica reforma de tal envergadura?

Novamente, parece-nos que não.

Parece-me que seria absolutamente necessária a implementação de uma grande e profunda reforma tributária, para o fim de, desonerando as empresas da carga tributária absurda que sobre elas pesa, assumindo o poder público a parcela de responsabilidade no tocante a investimentos em infraestrutura básica, e, com a honesta e séria aplicação dos recursos públicos, buscarmos a

*"Não nos parece, pelo panorama retro apotado, que a reforma que se quer instalar nas relações laborais possa ser a solução para qualquer crise econômica ou para a melhoria das relações entre capital e trabalho".*

efetiva melhora do quadro sócio econômico que se nos apresenta.

Creio que é imprescindível pensar em reforma no campo trabalhista. Mas, contudo, tal reforma tem que ser pensada de modo a criar uma rede mínima de proteção para toda a mão de obra ocupada, empregados ou não, garantindo-se remuneração mínima necessária capaz de proporcionar ao trabalhador vida digna, tal qual manda nossa carta constitucional, dentre outros direitos básicos.

Além disso, a reforma sindical deve-ria atentar para esta nova realidade e proporcionar, aos trabalhadores não-empregados, a possibilidade real de organização para defesa de seus interesses comuns, dentre eles o estabelecimento de contratos coletivos objetivando garantias mínimas de trabalho dignamente remunerado, evitando-se assim uma ainda maior precarização das condições de trabalho.

Por fim, incumbe ao Judiciário Trabalhista, neste turbilhão que se demonstra a ampliação da competência, zelar pela manutenção de seu eixo central, exercendo, com a relevância histórica que lhe é peculiar, o papel de, na interpretação do direito, buscar a norma que vise resguardar a pessoa do trabalhador com maior amplitude possível, mantendo-se os princípios basilares do processo laboral para todos os trabalhadores, dentre os quais o da gratuidade e o da interpretação da lei à luz da norma mais favorável, implementando, por via ainda que transversa, a efetividade do direito social às relações laborais de um modo geral.

Creio que, a partir das reflexões que pretendemos lançar, é possível imaginar uma outra solução possível para a grave crise que vivenciamos no mundo do trabalho e pensarmos em outra alternativa no plano das reformas. O trabalhador e sua dignidade devem estar no centro das discussões e, a partir desta ótica é que deveríamos reformular nosso sistema legislativo laboral, seja no que diz respeito às entidades sindicais, na legislação laboral e no Judiciário Trabalhista.

É hora de restabelecer as premissas básicas da legislação laboral, pautadas pela garantia de direitos básicos aos trabalhadores brasileiros, sob pena de, ao negar-se o direito ao trabalho digno, negar-se a própria ideia humanidade ao trabalhador.

Era, em breve síntese, a contribuição que pretendíamos trazer à discussão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. Adeus ao Trabalho?: Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. 6ª. ed., São Paulo: Cortez: Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. In *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, COUTINHO, Grijalbo Fernandes e FAVA, Marcos Neves, coord., São Paulo: LTr, 2005, p. 297.

LINDGREN ALVES, J.A. Direito e cidadania na pós-modernidade, por J.A. Lindgren Alves, Gunther Teubner, Joaquim L. de R. Alvim e Dorothee Susanne Rüdiger, Piracicaba: Editora UNIMEP, 2002, p. 205.

### Sites na internet:

ANDES - Site:<http://andes.org.br>, em 17/05/2005.

DIEESE. *Reestruturação produtiva reduz emprego nos bancos*. 1997. In: <http://dieese.org.br> em 18/05/2005

\_\_\_\_\_. *Reestruturação produtiva reduz emprego no comércio em Santa Catarina*. 1998. In: <http://dieese.org.br/esp/reestsc.xml>, em 16/05/2005.

\_\_\_\_\_. *Resenha Dieese – Estudos Setoriais Nº 12. Os trabalhadores e a reestruturação produtiva na construção civil brasileira*. 1999. In: <http://dieese.org.br>, em 18/05/2005.

\_\_\_\_\_. *Tabelas salário mínimo nominal e salário mínimo necessário - In* <http://www.dieese.org.br/rel/rac/salminmai05.xml>, em 15/05/2005.

GOVERNO FEDERAL. *Atas do Fórum Nacional do Trabalho*. In: <http://funky.macbbs.com.br/wwwroot/fnt/>

\_\_\_\_\_. *Fórum Nacional do Trabalho*. In: <http://www.fnt.mte.gov.br>

IBGE -In [http://www.ibge.gov.br/brasil\\_em\\_sintese/tabelas/trabalho.htm](http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/tabelas/trabalho.htm), em 16/05/2005.

\_\_\_\_\_. In <http://www.ibge.gov.br/brasil>, em 18/05/2005.

# OUTROS HORIZONTES

## SOBRE A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA CAUSAS DE DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO\*

**Resumo:** 1. Introdução; 2. A interpretação do artigo 114, VII, da CRFB: breves considerações; 3. O Direito Administrativo sancionador. Princípios retores; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

**Sumário:** O artigo discute os aspectos mais polêmicos do novel inciso VII do artigo 114 da CRFB, introduzido pela ECNº 45/2004, que atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para o processo e o julgamento das “ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”. Além disso, ensaia a construção dogmática do Direito Administrativo sancionador no âmbito das relações de trabalho.

**Palavras-chave:** Penalidades administrativas; Direito Administrativo sancionador; Fiscalização do trabalho; Segurança do trabalho; Competência da Justiça do Trabalho.

---

\* GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO, juiz do Trabalho (15ª Região – Campinas/SP), é Bacharel e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor concursado no Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Diretor Cultural da AMATRA-XV (Associação dos Magistrados do Trabalho da Décima Quinta Região), gestão 2005-2007. Diretor Científico do Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro (NELB), anexo à Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa. 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 monografias jurídicas (*Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, LTr, 2000; *Informática e Criminalidade*, Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, LTr, 2001). Palestrante e articulista em Direito Penal e Direito e Processo do Trabalho. Membro da Academia Taubateana de Letras (cadeira n. 18).

## 1. INTRODUÇÃO

Com a publicação da Emenda Constitucional Nº 45/2004 em 31 de dezembro de 2004, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para o processo e o julgamento das “ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (artigo 114, VII, da CRFB). Com isso, toda a matéria correspondente, que antes estava afeita à competência da Justiça Federal comum (uma vez que a fiscalização das relações do trabalho é realizada pelos auditores-fiscais do Ministério do Trabalho, donde o iminente interesse da União Federal), passa à competência da Justiça do Trabalho, independentemente de qualquer alteração no artigo 109, I, da CRFB (haja vista a ressalva no final do inciso<sup>1</sup>).

Essa novidade aparentemente singela traz consigo um arcabouço temático es-

plêndido, que a Magistratura do Trabalho deverá redescobrir e realinhar nos anos vindouros, carreando-lhe as suas idiossincrasias e reconstruindo-o à sua imagem. Com toda certeza, a sua construção prudencial da matéria não será a mesma esboçada pelos juízes federais, até mesmo porque a nova especialidade tende a expandir, no primeiro momento, a litigiosidade imanente ao setor. Deve-se esperar, por isso, uma demanda crescente de jurisdicionados questionando a legalidade e/ou a legitimidade de sanções administrativas impostas pela autoridade fiscal do trabalho, que provavelmente se estabilizará em alguns anos.

A esse arcabouço positivo e juscientífico a doutrina estrangeira tem denominado “Direito Administrativo sancionador”<sup>2</sup> (expressão que preferimos), ou “Direito Administrativo Penal”<sup>3</sup>, ou ainda “Direito de Mera Ordenação Social”<sup>4</sup>. Trata-se de uma especialidade do Direito Ad-

<sup>1</sup> “Aos juízes federais compete processar e julgar [...] as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (g.n.).

<sup>2</sup> Assim, e.g., no Direito espanhol. Cfr., por todos, Alejandro Garcia Nieto, *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid, Tecnos, 2002, *passim*.

<sup>3</sup> Assim, e.g., no Direito francês. Cfr., por todos, S. De Backer-Coche, *Le droit administratif pénal en France*, Paris, Min. Intérieur/Police générale du Royaume, 1998, *passim*. Para a referência cruzada dos sistemas jurídicos francês e belga no âmbito comunal (municipal), cfr. ALAIN COENEN, secretário comunal de Beyne-Heusay e *Maître de Conférences na Université de Liège*: “Même s’il vient seulement d’être concédé aux communes, ce qu’on appelle en France le droit administratif pénal et, en Belgique, le système punitif administratif, n’est pas chose nouvelle” (“*Les sanctions administratives dans les communes*”, in <http://www.uvcw.be/police/poladmin/sec4-02.cfm>, acesso em 23.04.2005). Da expressão francesa, servir-nos-á, no texto, apenas o adjetivo (“*administratif-pénal*”), por mera brevidade lingüística. Não se confunda, ademais, Direito Administrativo penal com Direito Penal administrativo, que é o Direito Penal voltado à tutela da regularidade de atividade administrativa (como, e.g., nos crimes contra a Administração Pública) e à proteção de outros bens jurídicos de índole administrativa (como na criminalidade econômico-financeira) — embora, na origem, GOLDSCHMIDT empregasse essa expressão para designar mesmo o sistema legal de ilícitos administrativos.

<sup>4</sup> Assim, e.g., no Direito português, inspirado pelo Direito alemão das *Ordnungswidrigkeiten* (contra-ordenações). Cfr., por todos, João Soares Ribeiro, *Contra-Ordenações Laborais: Regime Jurídico Anotado contido no Código do Trabalho*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, *passim*. A predileção portuguesa pela expressão aparece já na nota à 2ª edição (p.09): “Quanto ao mais, na senda da 1ª edição, procurou-se manter o cariz prático do trabalho, privilegiando o conhecimento e análise das normas que à Administração do Trabalho cumpre interpretar e aplicar, bem como dos princípios que dela se extraem, sem prejuízo de se assinalar num ou noutro ponto uma opinião de carácter mais reflexivo, na almejada procura do Direito de Mera Ordenação Social Laboral” (g.n.). O próprio autor, todavia, distingue o processo de contra-ordenação do “Processo Administrativo de Tipo Sancionador”, tal como o processo disciplinar dos servidores públicos e os processos de transgressões que dão origem a penas policiais, de modo que a aproximação ao Direito e ao Processo Penal ver-se-ia apenas no primeiro caso (pp.140-143). Para dizê-lo, fia-se em escólio de MARCELLO CAETANO (*Manual de Direito Administrativo*, 9ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp.834-835). Não nos parece que, à luz da Constituição da República de 1976, a distinção seja assim tão clara, já que o seu artigo 32º, 10, não distingue entre “processos de contra-ordenação” e “processos sancionatórios”, atribuindo-lhes mesmas garantias (cfr., *infra*, tópico 2). E, no Brasil, cremos que a distinção é seguramente descabida, senão pelo fato de que os processos disciplinares têm em mira a organização e a regularidade dos serviços públicos e os processos de infrações administrativas de particulares visam a acautelar interesses da coletividade; apenas por esse diverso objeto imediato, admitem-se distinções legais, no que for estritamente necessário. Quanto ao mais, o artigo 5º, LV, da CRFB não faz qualquer distinção entre um e outro processo administrativo.

ministrativo particularmente próxima ao Direito Penal, a ponto de importar-lhe alguns elementos, como também ao Direito Processual Penal e, já por isso, merece cuidados mais atentos de seu operador como de seu intérprete.

Mas disso trataremos em seguida, após situarmos a questão constitucional e a sua melhor exegese. *Voilà*.

## 2. A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 114, VII, DA CRFB: BREVES CONSIDERAÇÕES

Dentre os autores nacionais que discorreram a propósito da novel competência para a matéria administrativo-penal, talvez o melhor escólio seja ainda o de JOÃO ORESTE DALAZEN (que outrora desbastara o tema da competência material da Justiça do Trabalho em obra-referência da literatura nacional<sup>5</sup>). Para o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, trata-se de uma das mais importantes inovações introduzidas pela ECN<sup>o</sup> 45/2004, pois atraiu para o âmbito competencial da Justiça do Trabalho um conjunto importante de **lides conexas às derivadas da relação de emprego**, que advêm do desrespeito à legislação trabalhista, sob cuja ótica precipuamente será solucionada. Assim, não havia mesmo razão alguma para escapar à órbita da jurisdição especializada trabalhista.

O mandamento constitucional em foco rompe com tradicional entendimento sufragado pela jurisprudência consistente em atribuir tais causas à esfera da Justiça Fe-

deral<sup>6</sup>. Doravante, malgrado figura a União em um dos pólos da relação processual, a lide é da competência material da Justiça do Trabalho<sup>7</sup>.

Também DALLEGRAVE NETO enalteceu a mudança, já que a competência da Justiça Federal comum para essas questões era incompreensível, sendo mais razoável atrair essa matéria para a esfera da Justiça do Trabalho, sobretudo porque tais penalidades estão previstas na CLT e se manifestam no descumprimento de normas cogentes incidentes sobre a relação de emprego. Não se pode negar que **o juiz federal do trabalho (justiça especializada) se encontra mais habilitado a examinar a correta atuação e aplicação de multas trabalhistas por parte do MTE, se comparado com o juiz federal ordinário.** [...] Haverá salutar e necessária **uniformização hermenêutica** da norma trabalhista descumprida tanto para os efeitos da sentença condenatória em prol do trabalhador, quanto para os efeitos de incidência de multas administrativas<sup>8</sup>.

Para DALAZEN, a competência em questão existe para *qualquer ação*, seja ela a execução de título extrajudicial proposta pela Fazenda Pública federal, seja ela a demanda ajuizada pelo empregador para invalidar a sanção administrativa que lhe haja infligido a fiscalização das Delegacias Regionais do Trabalho. Ao mais, não havendo norma expressa que atribua aos Tribunais Regionais do Trabalho a competência origi-

<sup>5</sup> *Competência Material Trabalhista*, São Paulo, LTr, 1994, *passim*.

<sup>6</sup> E que, diga-se, perfilháramos antes da promulgação da EC n. 45/2004, dados os termos indúvidos do artigo 109, I, da CRFB até aquele momento.

<sup>7</sup> João Oreste Dalazen, "A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil", in *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.), São Paulo, LTr, 2005, pp.170-171.

<sup>8</sup> José Afonso Dallegre Neto, "Primeiras linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho Fixada pela Reforma do Judiciário (EC n. 45/2004)", in *Nova Competência da Justiça do Trabalho*, cit., p.217 (g.n.). O autor ainda procurou demonstrar que, não raro, as decisões da Justiça Federal em matéria fiscal-trabalhista *contrariavam* a jurisprudência assente da Justiça do Trabalho, causando incertezas e insegurança jurídica; para tanto, referiu a Apelação Cível n. 199901000284230, da 3ª Turma Suplementar do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que invalidou multa administrativa aplicada pelo não-pagamento de FGTS sobre a remuneração de intervalos fracionados durante o dia de trabalho. Deve-se ter em conta, porém, que nesse caso o TRF não contrariou a tese do Enunciado 118 do C.TST (expressamente citado na ementa), mas apenas entendeu que o fracionamento do intervalo *não se subsumia* à hipótese do enunciado, porque não se tratava de "intervalo não previsto em lei", mas de intervalo legal (artigo 71, *caput*, da CLT) regularmente fracionado. A tese de DALLEGRAVE provavelmente ficaria melhor demonstrada em outras matérias (como, e.g., no que diz respeito ao caráter salarial ou indenitário de certas verbas legais de ambígua natureza jurídica) e, nessa ensançada, a "uniformização hermenêutica" a que se refere será de fundamental importância.

nária para o processo e julgamento de *mandados de segurança*, também eles, quando impetrados contra ato de autoridade fiscal do trabalho, sujeitam-se agora às regras gerais de competência funcional e devem correr perante as *Varas do Trabalho*<sup>9</sup>, nos termos do artigo 114, VII, da CRFB c.c. artigo 2º da Lei 1.533/51, cabendo recurso inclusive de ofício (reexame obrigatório), se concedido o *writ* para os Tribunais Regionais (artigo 12, *caput* e par. único, da Lei 1.533/51).

À mercê dessas ilações, convém desde logo desenvolver duas idéias e pontuar uma crítica.

A uma, convém observar que a nova competência faz soçobrar por inteiro a tese, há pouco dominante, da incompetência das Varas do Trabalho para o conhecimento de ações de mandado de segurança em primeira instância (ao argumento de que os atos perpetrados por empregadores públicos em detrimento de direitos líquidos e certos de seus empregados seriam *atos de gestão*, baseados no contrato, e não *atos de império*, baseados na potestade pública). Sem ferir o mérito da tese *a se* (à qual nunca acedemos<sup>10</sup>), o fato é que a ECNº 45/2004 trouxe para a Justiça do Trabalho uma casuística diversa, rica e multiforme, apta a desafiar episodicamente a impetração de mandado de segurança contra ato de autoridade de

fiscalização laboral (auditores-fiscais do trabalho e, no limite, a própria Delegacia ou Subdelegacia Regional do Trabalho). Tal será, por exemplo, o caso de uma interdição administrativa de estabelecimento por suposto risco grave e iminente aos trabalhadores do local (artigo 161, *caput*, da CLT), levada a cabo pelo delegado regional do trabalho à míngua de laudo técnico do serviço competente: à vista do que dispõem os artigos 5º, XXII e 170, *caput* e inciso II, da CRFB, e em face dos condicionamentos do próprio artigo 161 da CLT, a aparente lesão atual a direitos líquidos e certos do empregador (o direito de propriedade e o direito de empresa), com ferimento da legalidade, autorizará a impetração da segurança, cabendo ao juiz do Trabalho decidir *in concreto*, na perspectiva do princípio da proporcionalidade<sup>11</sup>. Diga-se que, em tais casos, o réu (= legitimado passivo) será a UNIÃO, pessoa jurídica de direito público interno, e não a autoridade coatora a quem incumbirá prestar as informações e cumprir o *mandamus*<sup>12</sup>. O rito, por outro lado, será o sumaríssimo da Lei 1.533, de 31.12.1951, com remissão subsidiária ao Código de Processo Civil (interpretação extensiva do artigo 18 da Lei 1.533/51) e não à Consolidação das Leis do Trabalho. Ao mais, nos termos do artigo 17, *caput*, os processos de mandado de segurança terão prioridade sobre todos os outros atos judiciais, exceto *habeas corpus* (ou,

<sup>9</sup> "A Reforma...", p.171.

<sup>10</sup> E, nesse sentido (referenciando o nosso pensamento), cfr. José Roberto Dantas Oliva, *Tutela de urgência no processo do trabalho*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2002, p.123. O autor admitia, conosco, uma interpretação construtiva baseada nos artigos 1º, *caput*, da Lei 1.533/51, 652, "a", I, e 653, "f", da CLT.

<sup>11</sup> Assim, *verbi gratia*, se concretamente colidem os direitos de propriedade e de livre iniciativa, por um lado, e os direitos à vida e à integridade física, por outro (aqueles tñados pela ilegalidade, como se viu, e esses sob efetiva ameaça contextual). A esse respeito, confira-se, para uma visão abrangente, Nicolas Gonzales-Cuellar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, pp.36-48 (trata-se do capítulo 3: "El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo"). *In verbis*: "Tras la consagración del principio de legalidad en el Derecho administrativo y el sometimiento de la actividad de la Administración al control jurisdiccional - con la excepción de contadas actuaciones de carácter «político» -, era necesario contar con instrumentos que permitiesen en todo momento impedir que los órganos encardinados en el Poder Ejecutivo se desviasen de la actuación conforme a los fines de la ley o que el ejercicio de sus funciones, aun siendo adecuado en relación con dichos fines, resultara excesivamente gravoso para los derechos de los ciudadanos, y ello incluso cuando la Administración se encontrara autorizada para desplegar potestades excepcionales" (p.37). Parece-nos que a recíproca é por tudo verdadeira: apegar-se irracionalmente à lei significará, às vezes, perpetrar injustiças e deixar perecer direitos.

<sup>12</sup> O entendimento de que o sujeito passivo é a própria autoridade coatora "deve ser afastado quando se observa que a fase recursal fica a cargo da pessoa jurídica e não do impetrado e que os efeitos decorrentes do mandado são suportados pela pessoa jurídica e não pela autoridade coatora" (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 12ª ed., São Paulo, Atlas, 2000, p.621).

em primeira instância, alvarás de soltura), cabendo observar o prazo de vinte e quatro horas para a conclusão do processo, com vistas ao disposto no artigo 7º (notificação do indigitado coator e concessão liminar do *writ*), a contar da distribuição do feito (artigo 17, par. único).

A duas, assiste inteira razão a DALAZEN quando ressalta a competência da Justiça do Trabalho para a execução dos *títulos extrajudiciais* derivados da atividade fiscal do Ministério do Trabalho. Com efeito, as execuções têm indiscutível natureza de ação, à luz da teoria geral do processo; logo, nada justifica que sejam alijadas do conceito complessivo encerrado na expressão “ações relativas às penalidades administrativas”. Entre as penalidades previstas na legislação brasileira, as multas aplicadas pelos delegados regionais do trabalho (artigos 48 e 634, *caput*, da CLT) são as mais recorrentes, disseminando-se por toda a Consolidação das Leis do Trabalho, desde o artigo 47 até os artigos 626 a 642, que disciplinam o processo das multas administrativas. Nos termos do artigo 642 da CLT, a cobrança judicial dessas multas obedecerá ao disposto na legislação aplicável à cobrança da dívida ativa da União (i.e., Lei 6.830/80), “sendo promovida, no Distrito Federal e nas capitais dos Estados em que funcionarem Tribunais Regionais do Trabalho, pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, e, nas demais localidades, pelo Ministério Público Estadual, nos termos do Dec.-lei 960, de 17 de dezembro de 1938”. Ocorre, porém, que os órgãos do Ministério Público do Trabalho e tanto menos os dos Ministérios Públicos Estaduais já não exercem, no dia-a-dia, essa função executiva, até mesmo porque a atividade fiscal estava absolutamente dissociada de seus ambientes de atuação (respectivamente, a Justiça do Trabalho e as Justiças estaduais). A execução ocorria

na Justiça Federal e, por conseguinte, era promovida pela Procuradoria da Fazenda Nacional<sup>13</sup>. Agora, a questão reaviva-se: tratando-se de débito inscrito na dívida ativa da União, é inegável a legitimidade ativa da Procuradoria da Fazenda Nacional; mas, à mercê do teor do artigo 642 da CLT (ainda em vigor), tampouco se pode negar legitimidade ao Ministério Público do Trabalho e aos próprios Ministérios Públicos estaduais. A nosso ver, há uma **legitimidade concorrente** (que, na verdade, sempre existiu, já que a Procuradoria da Fazenda Nacional foi criada em 1850, pelo Decreto nº 736, e depois reorganizada em 1934, pelo Decreto nº 24.036), que se resolverá bem, caso as Procuradorias Regionais do Trabalho exerçam, por seus procuradores, a “competência” dada pelo artigo 746, “g”, da CLT<sup>14</sup>, nas sedes de Tribunais Regionais do Trabalho, e a Procuradoria da Fazenda Nacional continue a fazê-lo nas demais localidades, onde o Ministério Público do Trabalho não está instalado e os Ministérios Públicos Estaduais são tendencialmente refratários.

Quanto à crítica, de fundo sistemático, diz respeito ao fato de que a nova competência cinge-se às penalidades oriundas do desrespeito à legislação trabalhista *stricto sensu*<sup>15</sup>, i.e., às penalidades impostas ao empregador. Não cabe discutir essa tese, porque insista-se não é sequer tese, mas fato: a ECNº 45/2004 não deixou margem a dúvidas quando outorgou à Justiça do Trabalho competência para as causas relativas às sanções administrativas impostas ao empregador, e tão-só a ele, pelos órgãos de fiscalização laboral.

Nada obstante, e em inexplicável dissonância, o novel artigo 114, I, da CRFB fia-se em uma acepção ampla de “relação de trabalho”, que a doutrina unânime reconhece não se ater à relação de trabalho subordinado. Antes, alcança o trabalho even-

<sup>13</sup>Donde a referência de DALAZEN à “Fazenda Pública federal”, sem cogitar do Ministério Público (“A Reforma...”, p.171).

<sup>14</sup>“Compete à Procuradoria-Geral da Justiça do Trabalho [...] promover, perante o juízo competente, a cobrança executiva das multas impostas pelas autoridades administrativas e judiciárias do trabalho”.

<sup>15</sup>Cfr., e.g., João Oreste Dalazen, “A Reforma...”, p.170. Na verdade, até mesmo a legislação trabalhista *stricto sensu* por vezes se aplica a trabalhadores não-empregados; veja-se, e.g., o caso do artigo 17 da Lei 5.889/73. Imaginem-se os casos do meeiro, do parceiro e do avulso rural. Nada obstante, as ações relativas às penalidades aplicadas ao proprietário rural não serão, nessas hipóteses, da competência da Justiça do Trabalho...

tual, o trabalho autônomo, o trabalho liberal e o trabalho gracioso, desde que presentes certos pressupostos<sup>16</sup>. Ora, também essas formas de trabalho sujeitam-se à fiscalização, uma vez que o Sistema Federal de Inspeção do Trabalho tem por finalidade assegurar, em todo território nacional, a aplicação das disposições legais, internacionais (ratificadas), administrativas e convencionais (convenções, acordos e contratos coletivos) relativas à *proteção dos trabalhadores no exercício da atividade laboral* (artigo 1º do Regulamento da Inspeção do Trabalho<sup>17</sup>), sem distinções. Evidentemente, finalidade tão ambiciosa, que diz com a própria dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CRFB), não se reduz à hipótese do trabalho subordinado. Assim, *e.g.*, certo hospital poderá ser autuado pela fiscalização do trabalho se não garantir aos profissionais liberais que ali atuam condições mínimas de higiene e salubridade (a par da fiscalização sanitária, que haverá de ser igualmente acionada); da mesma forma, uma empresa tomadora de serviços pode ser autuada pelas péssimas condições de trabalho proporcionadas aos prestadores de serviço que se ativam no local sem vínculo de subordinação (*e.g.*, trabalhadores temporários ou prestadores-cooperadores sem prejuízo da multa que porventura se aplique ao fornecedor de mão-de-obra). E não é outra a conclusão derivada da interpretação sistemática do Regulamento da Inspeção do Trabalho. Se não, vejamos:

(a) o artigo 9º estabelece que a inspeção do trabalho será promovida em *todas as empresas, estabelecimentos e locais de trabalho*, públicos ou privados, *estendendo-se aos profissionais liberais e instituições sem fins lucrativos*, bem como às embarcações estrangeiras em águas territoriais brasileiras;

(b) o artigo 14 sujeita à fiscalização

não apenas os empregadores, mas também os *tomadores e intermediadores de serviços*, empresas, instituições, associações, órgãos e *entidades de qualquer natureza ou finalidade*, estando todos obrigados a franquear, ao auditor-fiscal do trabalho, o acesso aos respectivos estabelecimentos, dependências e locais de trabalho, bem como a exibir os documentos e materiais requisitados para fins de inspeção;

(c) o artigo 18, I, diz competir aos auditores-fiscais do trabalho, em todo o território nacional, verificar o cumprimento das disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à saúde no trabalho, “no âmbito das relações de trabalho e de emprego”.

Ora, é por isso inapelável, mormente à vista da menção dicotômica do artigo 18, I, do Regulamento, que para haver inspeção do trabalho basta ocorrer **trabalho humano**, *i.e.*, **atividade produtiva valorizada a se**<sup>18</sup>. Nem poderia ser diferente: do ponto de vista substancial, dizer o contrário seria restringir a tutela pública da integridade humana (física e moral) aos trabalhadores subordinados sob regência celetária; e, do ponto de vista operacional, seria deixar em suspenso a legitimidade *in tesse* da inspeção laboral até que houvesse manifestação do Poder Judiciário acerca da natureza empregatícia de relações jurídico-laborais sob controvérsia ontológica.

Tudo isso entendido, conclui-se que conquanto mais raramente, em face da acentuada vulnerabilidade ínsita aos regimes de subordinação direta – poderão resultar, da fiscalização ordinária, penalidades administrativas a *terceiros não-empregadores*: ao tomador de serviços, ao intermediador de serviços, às associações (*e.g.*, as genuínas

<sup>16</sup> Que, para nós, são a prestação de trabalho humano (*elemento objetivo ou fenomênico*), o fundo consensual (*elemento volitivo*), a pessoalidade mínima (*elemento tendencial*) e o caráter continuativo ou coordenado da atividade (*elemento funcional ou operacional*). Cfr. nosso artigo “Justiça do Trabalho — nada mais, nada menos”, disponibilizado à ANAMATRA/LTr para obra monográfica coletiva (ainda no prelo).

<sup>17</sup> Aprovado pelo Decreto 4.552, de 27.12.2002.

<sup>18</sup> Cfr. Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho: Dogmática Geral*, Coimbra, Almedina, 2005, p. I, pp.16-17.

cooperativas<sup>19</sup>) e, para mais, a “órgãos ou entidades de qualquer natureza ou finalidade” (artigo 14). Seria de se esperar que a expressão “relações de trabalho”, inscrita no inciso VII do artigo 114, tivesse os mesmos sentido e alcance adquiridos no inciso I, de molde a atrair para a Justiça do Trabalho as ações relativas a todas aquelas penalidades. Mas não foi assim. Em todos esses casos (terceiros não-empregadores), conquanto se trate de fiscalização do cumprimento de disposições internacionais, legais, regulamentares e/ou convencionais de proteção de trabalhadores, as ações relativas às sanções administrativo-laborais continuarão a ser da competência da Justiça Federal. No caso do inciso I, vale a máxima latina “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”. Já nesta espécie (inciso VII), houve clara e irretorquível distinção.

### 3. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. PRINCÍPIOS RETORES

Quanto se cuida de litígios relativos às penalidades (sanções) impostas pelo Estado-Administração a pessoas físicas ou jurídicas, cuida-se de *Direito Administrativo sancionador*.

O Direito Administrativo sancionador pode ser definitivo como o sub-ramo do Direito Administrativo que enfoca, regula e estuda o exercício da *potestade*

*sancionatória administrativa* pelo Estado-Administração, e bem assim os seus princípios, institutos e procedimentos. Como antecipado (tópico 1), não tem autonomia, inserindo-se nos quadros do Direito Administrativo; nesse âmbito, todavia, aproxima-se sobremodo do Direito Penal, com o qual faz divisas não raro tênues (como, e.g., em matéria de responsabilidade penal [?] de pessoas jurídicas<sup>20</sup>). Neste, porém, é o Estado-Juiz quem exerce a *potestade sancionatória penal*.

Nessas bases, doutrina e jurisprudência alienígenas buscaram discrepar, com alguma segurança, o Direito Penal do Direito Administrativo sancionador. Entre tantos

*“O Direito Administrativo sancionador pode ser definitivo como o sub-ramo do Direito Administrativo que enfoca, regula e estuda o exercício da potestade sancionatória administrativa pelo Estado-Administração, e bem assim os seus princípios, institutos e procedimentos.”*

escólios nesse sentido, convém reproduzir, pela importância institucional, pela relativa identidade geopolítica e também pela concisão científica, julgado célebre do *Tribunal Supremo de Justicia* da Venezuela, dado em março de 2001 (já sob a égide da *Constitución* de 1999), que naquelas plagas resolveu em definitivo o dilema. Na oportunidade, decidiu o Tribunal que el criterio sostenido por la jurisprudencia patria asume la tesis de la dualidad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, estableciendo como elemento diferenciador el *telos* perseguido

por una u otra manifestación de la potestad punitiva.

<sup>19</sup> Associações *lato sensu*, porque a rigor as cooperativas são, nos termos do artigo 982, par. único, do Novo Código Civil, sociedades simples. Em Portugal, sustentou-se já a sua natureza estrita de associação, uma vez que a não repartição de lucros impede a subsunção à *fattispecie societária* (artigo 980º do Código Civil português). E contudo indiscutível – apesar do romantismo da lei brasileira – que idealmente são empresas, porque em geral se destinam ao exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Daí reputá-las, em boa doutrina, uma síntese de associação e empresa (cfr., por todos, Georges Fauquet, *Le secteur coopératif*, 4e. ed., Bale/Paris/Bruxelles, L’Union Suisse des Coopératives de Consommation *et al.*, 1942, pp.19-25).

<sup>20</sup> Que, para nós, tem natureza estritamente penal, desde que disposta em lei ordinária segundo o paradigma constitucional (artigos 173, §5º, e 225, §3º, da CRFB), como é o caso do artigo 3º da Lei 9.605/98. A matéria, porém, é ainda absolutamente controversa, havendo não poucos autores que entendem se tratar de responsabilidade meramente *administrativa*, ante os princípios da personalidade e da culpabilidade penal que, nas brumas da História, engendraram a máxima “*societas delinquere non potest*”. Para uma visão panorâmica do dissídio doutrinário seguida pela afirmação juscientífica da hipótese, cfr., de nossa lavra, *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, Tese de Doutorado, São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, v. II, pp.188-225 (no prelo).

Assí las cosas, observa esta Sala que según el criterio establecido, la potestad punitiva del Estado corresponde al campo de estudio y aplicación del **Derecho Penal**, cuando la **conducta antijurídica haya sido catalogada como tal**, siendo necesario castigar dichas conductas a los efectos de **mantener la paz social**, como única herramienta para la consecución del bien común. Es justamente por esta razón que el castigo tradicionalmente y generalmente aplicado es la **pena de privación de libertad**.

De otra parte, el objeto de estudio y aplicación del Derecho Administrativo Sancionador, es el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en **función administrativa**, requerida a los fines de **hacer ejecutables sus competencias de índole administrativo**, que le han sido conferidas para **garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública**<sup>21</sup>.

Com isso, a Corte suprema venezuelana filiou-se à tese da **distinção qualitativa** entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais. A construção dessa tese deve-se ao alemão EBERHARD SCHMIDT que, baseado nos estudos de GOLDSCHMIDT, procurou harmonizar, no pós-guerra, a intervenção conformadora do Estado (indispensável para a tarefa de reconstrução nacional da Alemanha ocidental) e o respeito pelo cidadão e pelos direitos

humanos (à mercê do estigma impingido pelos horrores do nazismo)<sup>22</sup>. Nesse diapasão, identificaram-se quatro diferenças qualitativas, duas de primeira ordem (as primeiras na sequência) e outras duas secundárias. Quanto ao **bem jurídico**, ponderou-se que os ilícitos penais lesam ou põem em perigo bens jurídicos fundamentais de dignidade constitucional, enquanto os ilícitos administrativos constituem pura desobediência a comandos da Administração e, quando muito, são infrações de perigo abstrato (daí a crítica aos crimes de perigo abstrato e a paulatina despenalização das contravenções penais, passando a ilícitos de mera ordenação social, como se viu na Alemanha com a *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*<sup>23</sup> -, em Portugal Decreto-lei Nº 232/79 e, depois, Decreto-lei Nº 433/82<sup>24</sup> e também em outros países<sup>25</sup>)<sup>26</sup>. Quanto à **ressonância ética**, o ilícito penal é eticamente desvalorado (= desvalor da ação), enquanto o ilícito contra-ordenacional ou administrativo é eticamente neutro ou indiferente (o que converge, na doutrina brasileira, para o pensamento de que a mera omissão negligente de anotar a CTPS - que é infração administrativa, *ut* artigo 47 da CLT - não faz do empregador um criminoso<sup>27</sup>). Quanto à **culpabilidade**, ela se dirige, no ilícito penal, ao íntimo de cada agente, para ali encontrar a **consciência da ilicitude** (atual ou potencial), assumindo foros estigmatizantes; já no ilícito administrativo, há tão-só um juízo de mera censura social, presumindo-se consabida a ilicitude da conduta. Enfim,

<sup>21</sup> STJ, *Cervecería Polar del Centro vs. Ordenanza sobre Patente de Industria y Comercio del Municipio San Joaquín del Estado Carabobo*, Sala Constitucional, 06.03.2001.

<sup>22</sup> João Soares Ribeiro, *op.cit.*, p.26.

<sup>23</sup> "Lei de Contra-ordenações". Na verdade, foram duas (1952 e 1987). Já em 1975, haviam desaparecido do ordenamento alemão todas as contravenções penais.

<sup>24</sup> O Decreto-lei n. 232/79 suscitou uma série de dúvidas sobre a sua constitucionalidade, sobrevindo o Decreto-lei n. 433/82, considerado a "lei-quadro" das contra-ordenações portuguesas. Nada obstante, contravenções e contra-ordenações ainda convivem no ordenamento português, notadamente em tema de ilícitos rodoviários. A isso, SOARES RIBEIRO chamou de "coabitação espúria" (*op.cit.*, p.46).

<sup>25</sup> Na Espanha, *e.g.*, confira-se atualmente a *Ley n.30/1992*.

<sup>26</sup> Convém dizer, nessa altura, que o Brasil (ainda) não passou por essa fase legislativa de "enxugamento" da legislação penal, nem tampouco desenvolveu a contento, no âmbito legislativo ou doutrinário, o Direito Administrativo sancionador e seus institutos. No campo laboral, as infrações administrativas a que correspondem as "contra-ordenações laborais" do sistema português *historicamente surgiram* com essa qualidade, sem jamais terem tido dignidade penal.

<sup>27</sup> Para uma posição ainda mais veemente, compreendendo que mesmo a omissão dolosa de anotar a CTPS não configura crime, *cfr.* Damásio E. de Jesus, "*Deixar de registrar empregado não é crime*", in RT 799/483-488 (recorrendo aos pressupostos lógicos da teoria da imputação objetiva).

quanto à **sanção**, entre os ilícitos penais trata-se de uma *pena*, que tem sentido expiatório e ressocializador; no ilícito administrativo, não há pena *stricto sensu*, mas ato de coerção administrativa sem função ressocializadora<sup>28</sup>.

De outra parte, há os que sustentam que a diferença entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais é de mera intensidade (**distinção quantitativa**), assim como, entre os ilícitos penais, discrepam em intensidade o *crime* e a *contravenção penal* (que NELSON HUNGRIA chamava de “crime-anão”). Nesse sentido, HANS WELZEL sustentava haver uma linha contínua de ilicitude material que é mais forte no âmbito do Direito Penal e vai se tornando progressivamente mais fraca fora dele; mas é ainda no curso dessa linha que se situa o Direito Administrativo sancionador. Na mesma ensancha, HELMUTH MAYER e LANG HINRICHSEN sustentaram, em crítica à tese anterior, que há realmente infrações administrativas ético-socialmente neutras, como outras existem que são providas de claro desvalor ético-social (imagine-se, *e.g.*, o descumprimento patronal contumaz das normas de segurança do trabalho<sup>29</sup>), de modo que, à mercê de uma tal heterogeneidade, a distinção não poderia ser de substância, mas de intensidade<sup>30</sup>.

Filiamo-nos a essa segunda orientação. Não raro, distinguir ontologicamente entre uma infração penal e uma infração administrativa é obra fictícia, porque as opções legislativas são feitas em contextos históricos e socioeconômicos diversos. Assim, en-

quanto a contratação de empregados menores de dezesseis anos é mera infração administrativa (artigo 403 c.c. artigo 434 da CLT), distribuir ornamento que utilize a cruz gamada para fins de divulgação do nazismo é crime inafiançável punido com reclusão de dois a cinco anos (artigo 20, §1º, da 7.716/89, na redação da Lei 9.459/97) - e, no entanto, queremos crer que o desvalor ético-social da primeira conduta supere em boa medida o dessa última<sup>31</sup>. Ademais, em matéria de contra-ordenações laborais o certo é que, em regra, a infração administrativa traz consigo forte carga de desvalor ético, já que afeta direta ou indiretamente a dignidade da pessoa humana trabalhadora. Logo, a diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal decerto não é, sobretudo em matéria juslaboral, de substância ou ontológica; mas de mera intensidade (“quantidade”), variando ao sabor da consciência coletiva e dos arroubos políticos.

E, já por isso, torna-se fácil apreender aquela proximidade básica entre o Direito Administrativo sancionador - especialmente o laboral - e o Direito Penal. Aproximação que, por sua vez, tem conseqüências inevitáveis, no plano substancial e no plano procedimental. Para percebê-las, porém, importa encontrar o que afinal deriva daquela diferença meramente “quantitativa” entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

Como bem obtempera SABBAD GUEDES, o Direito Administrativo sancionador distingue-se do Direito Penal, em termos práticos, por três aspectos: (a) a culpa é de rigor, e não o dolo (*i.e.*, a culpa

<sup>28</sup> Para uma abordagem geral da tese de distinção qualitativa, *cf.* João Soares Ribeiro, *op.cit.*, pp.26-27 (atentando, porém, para as adaptações do nosso texto, em face da posição dominante da teoria final da ação na doutrina penal brasileira).

<sup>29</sup> Que, no limite do artigo 161 da CLT, configurará amiúde o crime do artigo 133 do Código Penal brasileiro (*perigo para a vida ou saúde de outrem*).

<sup>30</sup> *Cfr.* João Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp.142-145; João Soares Ribeiro, *op.cit.*, pp.25-26.

<sup>31</sup> E, não por outra razão, há dois anos sugeríamos, em trabalho coletivo para a AMATRA-XV (“*Sugestões para reforma trabalhista e processual trabalhista da AMATRA XV*”, Campinas, AMATRA-XV, 2003), a criminalização da dação de trabalho produtivo a menor de catorze anos e da dação de trabalho degradante a menor de dezoito anos, na esteira da norma do artigo 7º, XXXIII, da CRFB. Da redação final constou o seguinte: “Tipificar o crime de exploração ilícita do trabalho infanto-juvenil, introduzindo o artigo 244-B da Lei 8.069/90, com a seguinte definição: «Submeter, favorecer, ou constranger criança ou adolescente a trabalho noturno, insalubre, penoso ou perigoso, ou a qualquer trabalho, se menor de 14 anos. Pena: 1 a 6 anos e multa. Parágrafo 1º: Se o trabalho infanto-juvenil for desenvolvido por estrita necessidade de subsistência da unidade familiar, no âmbito desta, o Juiz poderá deixar de aplicar a pena ou reduzi-la de um sexto a um terço»”.

não precisa vir expressa no tipo, diversamente do que ocorre no Direito Penal, *ut* artigo 18, par. único, do CP); (b) o Direito Administrativo sancionador é um Direito sumamente *preventivo* e não *preventivo-repressivo*, como é o Direito Penal; e (c) prevalece, no campo de ação do Direito Administrativo sancionador, os ilícitos de perigo abstrato e - acresça-se - os de mera desobediência<sup>33</sup>. A par disso, aduza-se ainda que os **tipos administrativos** são, de regra, mais *abertos* que os tipos penais estritos, que vazam normas penais incriminadoras (e, no entanto, ainda assim são - ou devem ser - *tipos*). Quanto ao mais, porém, o Direito Administrativo sancionador segue as linhas gerais do Direito Penal, mesmo porque, a rigor, a polícia administrativa tanto pode agir **preventivamente** (como, por exemplo, proibindo o porte de arma ou a direção de veículos automotores), como pode agir **repressivamente** (a exemplo do que ocorre quando apreende a arma usada indevidamente ou a licença do motorista infrator). No entanto, pode-se dizer que, nas duas hipóteses, ela está tentando impedir que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade; nesse sentido, é certo dizer que a polícia administrativa é *preventiva*<sup>33</sup>.

Daí que, ao cabo e ao fim, a diferença fundamental é de caráter *funcional* (a polícia administrativa é exercida por meio de atos administrativos dotados de auto-executoriedade, enquanto a repressão penal pressupõe a movimentação da máquina judiciária<sup>34</sup>) e se percebe mais vivamente no que diz com os respectivos *âmbitos de incidência*: a primeira se rege pelo Direito Administrativo e incide sobre *bens, direitos ou atividades*, enquanto a segunda sujeita-

se ao regramento do Direito Processual Penal e incide diretamente sobre *pessoas*<sup>35</sup>.

Nada obstante, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, qualquer privação ou constrangimento, num e noutro caso, pressupõe garantias mínimas em favor do cidadão. Com efeito, o inciso LIV do artigo 5º da CRFB dispõe que "ninguém será privado da liberdade [pessoas] ou de seus bens [bens, direitos, atividades] sem o devido processo legal", enquanto o inciso LV do mesmo preceito estabelece que "aos litigantes, em processo judicial ou **administrativo**, e aos **acusados em geral** são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (*g.n.*). Da leitura conjunta dos dois dispositivos extrai-se que há, também na órbita administrativa, o direito fundamental ao **devido processo administrativo**. Note-se que, na perspectiva do Direito anglo-saxônico (de onde é originária), a expressão "*due process of law*" não abrange apenas as garantias processuais do cidadão, mas também os pressupostos materiais que conferem legitimidade à atividade potestativa do Estado<sup>36</sup>. Com essa visão, haveremos de tratar indiscriminadamente, doravante, os princípios de Direito e de Processo Penal que são importados pelo Direito Administrativo penal.

A exigência do **devido processo administrativo (substantivo e adjetivo)** é tanto mais verdadeira quando se trate de Direito Administrativo sancionador ("acusados em geral"), a ponto de, p. ex., a Constituição portuguesa ter *equiparado* esse subramo do Direito Administrativo, para certos efeitos processuais, ao próprio processo penal (artigo 32º, 10, da Constituição da República Portuguesa). Veja-se:

<sup>32</sup> Cfr. Glênio Sabbad Guedes, "O Direito Administrativo Sancionador e as infrações de perigo abstrata - breves considerações", p.01, in <http://www.bcb.gov.br/cefsn/doutrina/Artigo%20-%20Infra%20C3%A7%C3%B5es%20de%20perigo%20abstrato.pdf> (acesso em 24.04.2005). O autor é procurador da Fazenda Nacional com assento no C.R.S.F.N.

<sup>33</sup> Di Pietro, *op.cit.*, p.111 (grifos no original).

<sup>34</sup> Já por isso, DELMAS-MARTY MIREILLE lançou monografia em França, no ano de 1998, explorando precisamente esse aspecto (sob os pontos de vista histórico e constitucional, entre outros). Cfr. Delmas-Marty Mireille. *Punir sans juger: de la repression administrative au Droit administratif penal*, Paris, Economica, 1998, *passim*.

<sup>35</sup> Di Pietro, *op.cit.*, p.111.

<sup>36</sup> Logo, nessa perspectiva, condenar o réu por fato à época não definido como crime fere tão mortalmente o *due process of law* como feriria condená-lo sem direito à defesa ou ao contraditório.

Nos processo de contra-ordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa<sup>37</sup>.

Dada essa premissa constitucional, que não é menos verdadeira no Brasil (se bem que menos explícita e muito menos explorada), compreende-se, em boa doutrina, que existe uma [relativa] identidade de princípios do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador. Como corolário dessa identidade de princípios deriva a exigência de um elemento subjectivo na infracção administrativa, o que implica que a reprovação que a sanção representa só será procedente quando a conduta tipificada possa

ser atribuída ao autor, a título de dolo ou culpa<sup>38</sup>.

Essa é a primeira ilação relevante para a nossa abordagem: o **princípio da responsabilidade subjectiva** - chamado "princípio da culpabilidade" nas construções fiéis à teoria causal-naturalista da ação<sup>39</sup> - tem aplicação mitigada no âmbito do Direito Administrativo sancionador. Ainda que não se exija, em matéria administrativo-penal, que a Administração *prove* o dolo ou a culpa do cidadão, é fato que o *elemento subjectivo* é imprescindível para a punibilidade da conduta, porque não há consagração legal, nessa espécie, da responsabilidade ob-

<sup>37</sup> O artigo 32º trata das "garantias do processo criminal" e a melhor doutrina entende que, em geral, as garantias previstas nos demais itens também se aplicam ao processo contra-ordenacional e aos processos sancionatórios em geral (e.g., presunção de inocência até o trânsito em julgado administrativo, direito de intervir no processo e nulidades das provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações - itens 1, 7 e 8 do artigo 32º). Especificamente em matéria de contra-ordenações, o artigo 41º do Decreto-lei n. 491/85 manda que se apliquem ao processo contra-ordenacional, em caráter subsidiário, os preceitos reguladores do processo criminal.

<sup>38</sup> Álvaro Lopes-Cardoso, *Estatuto dos Magistrados Judiciais Anotado*, Coimbra, Almedina, 2000, p.77. No mesmo sentido, na doutrina brasileira, Glênio Sabbad Guedes, "Da responsabilidade subjectiva nos domínios do Direito Administrativo punitivo", in [http://www.suiegeneris.pro.br/direito\\_dadun\\_glenio.htm](http://www.suiegeneris.pro.br/direito_dadun_glenio.htm) (acesso em 24.04.2005), *in verbis*: "Se afirmamos, logo no início, estarem os princípios do Direito Penal sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Punitivo, de plano nos indagamos: não há responsabilidade objetiva no Direito Administrativo Punitivo? Ou, por outra, só se lhe deve falar de responsabilidade subjectiva? [...] A resposta a essas perguntas há de ser categórica: sim, não há responsabilidade objetiva nesta área. Em outras palavras: culpa e dolo não de integram o tipo administrativo punitivo, em consonância, portanto, com nossa CF/88 e CP vigentes (o princípio da culpabilidade foi à evidência insculpido em nosso Código Supremo em sede de infrações comportamentais). Mas, repita-se, o que a nosso pensar vem sendo objeto de confusões conceituais ou doutrinárias é o aspecto do ônus da prova. Que a culpa e o dolo sejam elementos ínsitos ao tipo administrativo, disso não há duvidar. Mas, a quem pertence ônus de provar-lhes a existência? [...] Perfilha-se, nessa questão, o seguinte ponto de vista: comprovadas materialidade e autoria, por parte do agente fiscalizador (ex.: Bacen, CVM e Agências Reguladoras), há presumir-se o dolo - como também o entende a Justiça Criminal e, "a fortiori", há de entender a Administração Pública - , e por igual a culpa, nas modalidades "in vigilando, in omittendo aut in eligendo". E assim entendemos pelos motivos a seguir expostos : a. o combate ao ilícito administrativo tem por objetivo proteger os interesses da Administração Pública, punindo-se aqueles atos consistentes em embaraços ao desenvolvimento regular da ação administrativa, causadores de prejuízos à causa pública. Portanto, a pauta axiológica, continente dos bens maiores da Sociedade dá legitimidade ao entendimento suso exposto ; b. o próprio sistema legal, muitas vezes, veda a que a Administração Pública obtenha provas importantes para a prova do fato, como, v.g., o sigilo bancário ou fiscal, ou a proteção a intimidade. Daí a necessidade de inverter-se o ônus da prova, desde que satisfeitos os requisitos supra-expostos (materialidade e autoria); c. poderá o indiciado ou condenado continuar com o direito de provar não ser culpado, com a diferença de que, dessa vez, o ônus é seu, o dever de desincumbir-se da prova de inocência é seu, não da autoridade indiciante" (g.n.). Para uma perspectiva haurida dos quadros do Poder Judiciário, cfr. Edilson Pereira Nobre Júnior, "Sanções administrativas e princípios de Direito Penal", in <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina94.doc> (acesso em 24.04.2005); o autor é juiz Federal e docente da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Enfim, para uma abordagem monográfica do tema, confira-se, na Espanha (onde os princípios retores do Direito Administrativo sancionador constam do título IX da Ley n. 30/1992, já referida *supra*), a obra de Angeles de Palma del Teso, *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1996, *passim*. O autor inverte o raciocínio aqui perfilhado e sustenta que o princípio constitucional da presunção de inocência (artigo 24, 2, da Constitución espanhola) alcançaria também a prova do caráter doloso ou culposo dos fatos imputados no plano administrativo-penal.

<sup>39</sup> Teoria penal que situa o dolo e a culpa na esfera da *culpabilidade* (= culpabilidade psicológica). Com o advento da teoria final da ação, firmou-se o entendimento de que o dolo e a culpa são *parte integrante* da própria conduta humana, porque toda ação genuinamente humana é final (i.e., tem um planejamento e um objetivo consciente). Logo, o elemento subjectivo - inclusive a *consciência* e a *vontade* da conduta - radicou-se no fato típico, restando ao plano da culpabilidade a imputabilidade penal, a consciência da ilicitude e a exigibilidade da conduta diversa (= culpabilidade normativa).

jetiva do indigitado infrator (sendo *ab ovo* inaplicável a regra do artigo 927, par. único, do NCC, porque não se trata de responsabilidade civil *stricto sensu*, mas de responsabilidade administrativa<sup>40</sup>). Isso significa que a atuação administrativa gera uma *praesumptio juris tantum* de culpa lata, à vista do princípio da presunção de veracidade e de legitimidade dos atos administrativos<sup>41</sup>. Nada obstante, é dado ao indigitado infrator, em ação desconstitutiva (anulatória) ou declaratória de nulidade, fazer a prova de que os atos ou omissões deveram-se ao caso fortuito, à força maior, à culpa da "vítima" ou à culpa de terceiro (assim, *e.g.*, o empregador rural poderá demonstrar, para os fins do artigo 18, *caput*, da Lei 5.889/73, que não conservou em funcionamento a escola primária a que se refere o artigo 16 porque todos os professores se recusaram ao comparecimento, em face das dificuldades de acesso agravadas pelas chuvas torrenciais). Note-se, porém, que a presunção de culpa alcança as diversas modalidades da culpa (inclusive a culpa *in omittendo*, *in vigilando* e *in eligendo*), de modo que não bastará provar que a infração foi materialmente praticada por um empregado ou preposto, à revelia do empregador; ter-se-á de demonstrar, igualmente, que a conduta desatinada contrariou qualquer expectativa razoável e se esquivou sintomaticamente das ações ordinárias de fiscalização do proprietário (como, *e.g.*, nos casos em que o gerente ou administrador age com a intenção deliberada de *prejudicar* o empregador).

No Brasil, a legislação dá indícios veementes da *subjetivação* da responsabilidade administrativa na matéria laboral, no sentido psicológico (atitude íntima) e no sentido social (reprovabilidade social *in concre-*

*to* - que é, a rigor, o sentido da *culpabilidade normativa* no Direito Penal). O artigo 5º da Lei 7.855/89, que "altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho, e dá outras providências", já o revela: as multas previstas na legislação trabalhista serão agravadas até o *grau máximo* nos casos de artifício, ardil, simulação, desacato, embaraço ou resistência à ação fiscal (= comportamentos indiciários da consciência atual do ilícito e da predisposição em infringir a lei) e, por outro lado, levar-se-á em conta, "além das circunstâncias atenuantes ou agravantes", a situação econômico-financeira do infrator e os meios a seu alcance para cumprir a lei (*i.e.*, o índice objetivo e subjetivo da exigibilidade da conduta diversa). Da mesma forma, o artigo 3º, *caput*, prevê a dobra da multa em caso de reincidência, que é igualmente indiciária de maior culpabilidade. É o que se vê, enfim, no artigo 2º da Portaria Nº 290, de 11.04.1997, do Ministério do Trabalho ("*Aprova normas para a imposição de multas administrativas previstas na legislação trabalhista*"), que estabelece a graduação das multas por intermédio de vários critérios **individualizadores** da responsabilidade, entre os quais a "intenção do infrator" (inciso II), *ut* artigos 75, *caput*, e 351, *caput*, da CLT.

Diante das constatações do parágrafo anterior, termina-se por concluir que, para além do princípio da responsabilidade subjetiva, o Direito Administrativo sancionador brasileiro ainda incorporou, em matéria laboral - se bem que de forma mitigada -, o **princípio da individualização da pena e**

<sup>40</sup> Donde o interesse de se legislar sobre a matéria, estabelecendo um programa de princípios e regras para a disciplina geral do Direito Administrativo sancionador, em todas as esferas (laboral, econômica, sanitária, viária, biogenética, consumerista, do serviço público etc.), como já se fez na Alemanha ou em Portugal (*supra*). Quanto à aplicação de princípios de Direito e Processo Penal aos processos disciplinares no serviço público (contrariando a tese de SOARES RIBEIRO apresentada *supra*, na nota n. 4), *cf.* por todos, em Portugal, Álvaro Lopes-Cardoso (*op.cit.*, pp.77-100), que é Juiz-Desembargador naquele país.

<sup>41</sup> *Cfr.*, por todos, Di Pietro, *op.cit.*, pp.182-183: "A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. [...] A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública". Acresça-se, aos atos administrativos citados (certidões, atestados etc.), os autos de infração.

o próprio princípio da culpabilidade, no que diz com a pessoa física infratora. Esses são princípios penais que a doutrina usualmente deriva dos incisos XLV e XLVI da CRFB<sup>42</sup>.

No caso de pessoas jurídicas, a responsabilidade subjetiva afere-se "*par ricochet*", consoante a construção francesa para o artigo 121-2 do *Code pénal*<sup>43</sup>. Nessa esteira, tal responsabilidade pressupõe que a infração seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu preposto, ou do seu órgão colegiado, em nome da entidade, no seu interesse e/ou em seu benefício (aplicação analógica e extensiva do artigo 3º, *caput*, da Lei 9.605/98). Dando-se o fortuito, a força maior ou a culpa da "vítima" ou de terceiros (excluídos desse conceito os representantes, os prepostos e os órgãos de gestão, que são "parte" da pessoa jurídica), exime-se a pessoa jurídica de responsabilidade administrativa; mas o ônus da prova é sempre da pessoa jurídica. Em suma, tudo o que se disse até aqui apura-se em relação aos braços humanos da empresa (exceto no que for objetivo, como p. ex. a reincidência, que pode ser apurada objetivamente, independentemente da persecução do dado subjetivo-psicológico). Nada obsta, outrossim, que a lei ordinária crie hipóteses

de responsabilidade objetiva da empresa em matéria administrativo-penal. Para tanto, contudo, deverá dizê-lo expressamente.

Mas não é apenas o princípio da responsabilidade subjetiva que é atraído para a seara do Direito Administrativo sancionador. Outros também o são vários oriundos do Direito Processual Penal e outros tantos do Direito Penal. Passemos à menção daqueles mais relevantes (referindo, quando o caso, a legislação das inspeções laborais).

O princípio da oficialidade é certamente aplicável. O processo administrativo inicia-se oficiosamente, com a participação das autoridades policiais ou de fiscalização, de ofício ou mediante denúncia particular, que sequer necessita ser identificada. Não há, portanto, qualquer vício na atuação fundada em "denúncia anônima", visto como a autoridade pode agir de ofício<sup>44</sup>. Em Portugal, essa característica decorre do teor dos artigos 33º e 54º do Decreto-lei 433/85. No Brasil, em matéria de inspeção laboral (à falta de uma legislação geral que planifique o Direito Administrativo sancionador), a oficialidade deflui da interpretação conjugada dos artigos 628, *caput*, da CLT<sup>45</sup> e 15 do Regulamento da Inspeção do Trabalho<sup>46</sup>, entre outros.

*"... para além do princípio da responsabilidade subjetiva, o Direito Administrativo sancionador brasileiro ainda incorporou, em matéria laboral — se bem que de forma mitigada —, o princípio da individualização da pena e o próprio princípio da culpabilidade, no que diz com a pessoa física infratora."*

<sup>42</sup>Cfr., por todos, Luiz Vicente Cernicchiaro, Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal na Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pp.139-140 (escólio de Cernicchiaro).

<sup>43</sup>Loi 92-683, 22 juill. 92.

<sup>44</sup>*Mutatis mutandi*, foi essa precisa característica que "institucionalizou", na Polícia Judiciária brasileira (à qual este Autor pertenceu por alguns anos), a figura do informante (o *al caguete* — ou, na versão portuguesa, "alcagüete").

<sup>45</sup>Salvo o disposto nos arts. 627 e 627-A, a toda verificação em que o Auditor-Fiscal do Trabalho concluir pela existência de violação de preceito legal deve corresponder, sob pena de responsabilidade administrativa, a lavratura do auto de infração". Trata-se, pois, de poder-dever que, se não exercido, sujeita os auditores a penas disciplinares e, mais, à própria responsabilidade criminal (como, v.g., no caso de prevaricação).

<sup>46</sup>As inspeções, sempre que necessário, serão efetuadas de forma imprevista, cercadas de todas as cautelas, na época e horários mais apropriados a sua eficácia". Veja-se que, se por um lado o preceito consagra o princípio da oficialidade (as inspeções são incertas e, por consequência, independentem de provocação), por outro positiva um mandado de surpresa que não se concebe na órbita penal e processual penal, senão excepcionalmente (e.g., nos contextos de criminalidade organizada e no chamado "Direito Penal do Inimigo") e também nos supostos da repressão penal extrajudicial (com as sutis distinções que a acompanham, como a diferença entre "flagrante esperado" e "flagrante preparado").

O princípio da oficialidade ainda se particulariza, no curso do procedimento, como **princípio do impulso obrigatório**, tal qual se lê no artigo 629, §2º, da CLT:

Lavrado o auto de infração, não poderá ele ser inutilizado, nem susgado o curso do respectivo processo, devendo o agente da inspeção apresentá-lo à autoridade competente, mesmo se incidir em erro.

Com amparo nesse preceito, o Ministério Público do Trabalho poderá questionar, em juízo, a abrupta interrupção de um processo administrativo infracional instaurado em face de certo empregador, colimando instar a autoridade fiscal a prosseguir com a apuração administrativa (provimento mandamental) e apurar responsabilidades funcionais na esfera civil (provimento condenatório). Fá-lo-á mediante *ação civil pública*, nos termos dos artigos 1º, IV, e 11 da Lei 7.347/85; e, para ambas as pretensões, será competente a Justiça do Trabalho, *ex vi* do artigo 114, VII, da CRFB.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa também aparece no imo do Direito Administrativo sancionador - entre nós, quicá com maior visibilidade que todos os outros, em face da norma disposta no artigo 5º, LV, da CRFB. Corresponde ao mais elementar direito que assiste a qualquer arguido, que é o de confrontar a acusação com a posição que ele assume relativamente a cada facto, a possibilidade de questionar toda e qualquer diligência que possa pôr em causa a presunção de inocência de que

beneficia até à condenação transitada em julgado<sup>47</sup>.

O exercício desse direito pressupõe, em bom Direito, os corolários da **audiência** e da **defesa**. Como vimos, a Constituição portuguesa os garante - inclusive o *direito de audiência* - mesmo em matéria administrativo-penal. E é o que se passa entre nós, no campo das infrações administrativo-laborais, embora de modo menos categórico: o **direito de defesa** consta do artigo 629, §3º, da CLT<sup>48</sup>, precedendo a imposição da penalidade (como é de rigor<sup>49</sup>), enquanto o **direito de audiência** decorre do artigo 632 da CLT, o qual garante que poderá o atuado requerer a audiência de testemunhas e as diligências que lhe parecerem necessárias à elucidação do processo, cabendo, porém, à autoridade julgar da necessidade de tais provas.

Admitir o direito de realizar provas orais significa admitir *a fortiori* o direito de audiência, porque é nela que as provas orais serão produzidas. E, é claro, de tudo lavrar-se-á ata circunstanciada, não sendo lícito deixar de consignar a tese e a versão do indigitado infrator, caso acresçam àquilo que já constou da peça de defesa. É importante observar que a prerrogativa de "julgar da necessidade" das provas não é **discricionária**, mas **vinculada**: a autoridade administrativa deve *motivar* o indeferimento (e.g., propósito protelatório ou chicana) e, em o fazendo, condiciona a legalidade do ato administrativo à veracidade dos motivos (*teoria dos motivos determinantes*<sup>50</sup>).

<sup>47</sup> João Soares Ribeiro, *op.cit.*, p.156.

<sup>48</sup> "O infrator terá, para apresentar defesa, o prazo de 10 (dez) dias contados do recebimento do auto".

<sup>49</sup> É importante dizê-lo porque, na esfera do Direito viário, o Código de Trânsito brasileiro (Lei 9.503/97) prevê apenas um recurso para o condutor ou proprietário do veículo (ou para o pedestre), sem que anteriormente à aplicação da penalidade se admita por expresse o exercício do direito de defesa ("defesa prévia", tal como se dava sob a égide do código anterior). Tal procedimento fere de morte a norma do artigo 5º, LV, da CRFB e, não por outra razão, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "a autoridade de trânsito, qualquer que seja a penalidade, antes do julgamento da consistência do auto de infração e da aplicação da penalidade, deverá notificar o ainda suposto infrator da existência do auto, para que ele ofereça a defesa" (STJ, Recurso Especial n. 466836, rel. Min. José Delgado, in [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br)). Com efeito, as autoridades de fiscalização usualmente *multam* (i.e., *penalizam*) para depois notificar o infrator com vistas à "defesa". Absurdos como esse seriam coibidos se o Direito Administrativo sancionador fosse objeto de uma lei-quadro de princípios e regras gerais, como já pontuamos *supra* (nota n. 40).

<sup>50</sup> "Ainda relacionada com o motivo, há a *teoria dos motivos determinantes*, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros". Ou seja: "quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência" (Di Pietro, *op.cit.*, pp. 196 e 202).

Nesse diapasão, imposta a penalidade sem que ao indigitado infrator se tenha o exercício adequado do direito de defesa (se, e.g., por culpa alheia não lhe chegar às mãos o auto de infração, quando enviado por meio postal - artigo 629, *caput, in fine*, da CLT), ou sem que lhe tenha sido concedido o direito de audiência (se, e.g., as provas testemunhais não eram protelatórias, mas a autoridade as indeferiu por esse motivo), o ato administrativo punitivo é nulo de pleno direito, por afrontar norma constitucional (artigo 5º, LV, da CRFB) e conseqüentemente violar regra fundamental atinente à forma do procedimento, que é de obediência indispensável pela sua natureza e pelo interesse público que a inspira<sup>51</sup>. A ação declaratória da nulidade, que se julgará procedente, tramitará pela Justiça do Trabalho (artigo 114, VII, da CRFB).

É esse mesmo artigo 632 da CLT que demonstra se aplicar ao Direito Administrativo sancionador, em seara laboral, o princípio da investigação ou da verdade material. Daí se autorizar ao indigitado infrator a produção de provas que seriam impensáveis numa concepção arcaica de processo administrativo infracional. É evidente que à autoridade administrativa não compete produzir provas da inocência do indigitado; não pode, porém, negar-se às diligências que efetivamente contribuam à elucidação dos fatos, sob pena de comprometer a legalidade e a legitimidade de um futuro ato administrativo punitivo. Na dicção de SOARES RIBEIRO, que parece servir para o Direito nacional,

*"Enfim, do Direito Penal proviria, ainda, o princípio da tipicidade, de modo a não permitir o exercício absolutamente discricionário da potestade sancionatória administrativa."*

Naturalmente que é o princípio da verdade material o que tem aplicação no campo do direito de mera ordenação como, de resto, no direito processual penal, onde de nada valerá uma rigorosa e impecável interpretação e aplicação dos preceitos legais se previamente não tiverem sido devidamente apurados os factos materiais a que elas têm de se subsumir<sup>52</sup>.

Enfim, do Direito Penal proviria, ainda, o princípio da tipicidade, de modo a não permitir o exercício absolutamente discricionário da potestade sancionatória administrativa. Trata-se, porém, de um princípio de tipicidade relativa, já que não se justifica, pelo âmbito de incidência do Direito Ad-

ministrativo sancionador (bens, direitos e atividades), aplicar à hipótese o princípio da fragmentariedade, tão caro ao Direito Penal. Ademais, a existência desse princípio é contestada em alguns nichos, como p. ex. no Direito Administrativo disciplinar (em cujos lindes DI PIETRO advoga, ao contrário, um "princípio da atipicidade"<sup>53</sup>). Isso não nos parece verdadeiro, notadamente quanto à penalidade em si mesma: não pode a autoridade administrativa criar uma penalidade, ao alvedrio da lei, e tanto menos poderá fazê-lo em matéria disciplinar (e.g., trans-

ferir um juiz não-vitalício como efeito de punição, conquanto a Lei Orgânica da Magistratura Nacional não preveja, entre as sanções aplicáveis, a penalidade de transferência<sup>54</sup>). Isso significa que viceja, *in casu*, o princípio "nulla poena sine lege". Deixamos, porém, essa discussão para outro estudo, face às restrições de espaço.

<sup>51</sup> Miguel Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, São Paulo, Saraiva, 1984, pp.42-47.

<sup>52</sup> *Op.cit.*, p.158.

<sup>53</sup> *Op.cit.*, p.492: "é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como 'falta grave', 'procedimento irregular', 'ineficiência no serviço', 'incontinência pública', ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária".

<sup>54</sup> Ao contrário, e.g., do caso português, em que há a pena de transferência, consoante artigos 88º e 93º da Lei n. 21/85 de 30 de julho (Estatuto dos Magistrados Judiciais), para o caso de "quebra do prestígio exigível ao magistrado para que possa manter-se no meio em que exerce funções".

#### 4. CONCLUSÕES

Ao fim, diante dos elementos até aqui coligidos, alinhavam-se, à guisa de conclusão, as ilações que se seguem.

1. A Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu à Justiça do Trabalho a competência material para o processo e o julgamento das ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho (artigo 114, VII, da CRFB), o que atrai para o seu universo litígios de cariz administrativo-penal, próprios do chamado Direito Administrativo sancionador.

2. A nova competência lança pá-decal sobre a tese do não-cabimento da impetração de mandados de segurança em primeira instância: são agora indelevelmente cabíveis, perante as Varas do Trabalho, contra atos de autoridade dos órgãos da fiscalização laboral que malfirmam direito líquido e certo do cidadão.

3. O artigo 114, VII, da CRFB também atribui à Justiça do Trabalho competência para as ações desconstitutivas (anulatórias) e declaratórias (de nulidade) que tenham por objeto ato administrativo punitivo derivado da fiscalização do trabalho e, bem assim, a execução dos títulos extrajudiciais derivados da atividade fiscal do Ministério do Trabalho. A propósito dessa execução que se aproxima, por um lado, daquelas do artigo 876, *caput*, 2ª parte, da CLT (títulos extrajudiciais) e, por outro, daquelas do parágrafo único do mesmo preceito (artigo 114, VIII, da CRFB), convém que as Procuradorias Regionais do Trabalho exerçam, por seus procuradores, a "competência" dada pelo artigo 746, "g", da CLT, nas sedes de Tribunais Regionais do Trabalho, e a Procuradoria da Fazenda Nacional continue a fazê-lo nas demais localidades.

4. A nova competência cinge-se às penalidades oriundas do desrespeito à legislação trabalhista *stricto sensu* e às penalidades impostas ao empregador, muito embora possam se dar penalidades administrativas aplicadas a terceiros não-empregadores (tomador de serviços, intermediador de serviços, associações e, em geral, "órgãos ou entidades de qualquer natureza ou fina-

lidade", *ex vi* do artigo 14 do Regulamento da Inspeção do Trabalho), que continuarão a ser da competência da Justiça Federal.

5. A diferença entre os ilícitos administrativos e os ilícitos penais é de mera intensidade (*distinção quantitativa*), com reflexos de caráter basicamente *funcional* (a polícia administrativa é exercida por meio de atos administrativos dotados de auto-executoriedade, enquanto a repressão penal pressupõe a movimentação da máquina judiciária), percebendo-se-a mais vivamente na comparação dos respectivos *âmbitos de incidência* (o Direito Administrativo sancionador incide prevalentemente sobre *bens, direitos e/ou atividades*, enquanto o Direito Penal e o Direito Processual Penal direta e prevalentemente sobre *pessoas*).

6. A Constituição da República Federativa do Brasil garante, por força dos incisos LIV e LV do artigo 5º, o **devido processo administrativo** (*substantivo e adjetivo*).

7. Nessa ensanchar, o **princípio da responsabilidade subjetiva** tem aplicação no âmbito do Direito Administrativo sancionador, mas com conteúdo mitigado, uma vez que atuação administrativa gera uma *praesumptio juris tantum* de culpa lata, à vista do princípio da presunção de veracidade e de legitimidade dos atos administrativos.

8. A legislação brasileira sinaliza claramente a *subjetivação* da responsabilidade administrativa na matéria laboral, no sentido psicológico (atitude íntima) e no sentido social (reprovabilidade social *in concreto*), consoante artigos 3º e 5º da Lei 7.855/89, artigo 2º da Portaria Nº 290, de 11.04.1997, e artigos 75, *caput*, e 351, *caput*, da CLT, entre outros.

9. O Direito Administrativo sancionador brasileiro ainda incorporou, em matéria laboral, o **princípio da individualização da pena** e o **próprio princípio da culpabilidade** (artigo 5º, XLV e XLVI, da CRFB), com conteúdos mitigados.

10. No caso de pessoas jurídicas, a responsabilidade subjetiva afere-se, para fins de punição administrativa, consoante a cons-

trução francesa para o artigo 121-2 do *Code penal* (responsabilidade reflexa ou "*par ricochet*"), o que pressupõe que a infração seja cometida por decisão do seu representante legal ou contratual, ou de seu preposto, ou do seu órgão colegiado, em nome da entidade, no seu interesse e/ou em seu benefício (aplicação analógica e extensiva do artigo 3º, *caput*, da Lei 9.605/98). Assim é porque, no silêncio da lei, presume-se, como regra, a responsabilidade subjetiva (que assume, *in casu*, os contornos da "*vacarious liability*" dos sistemas jurídicos de raiz anglo-saxônica). Nada obsta, porém, que a lei ordinária crie hipóteses de *responsabilidade objetiva* da empresa em matéria administrativo-penal ("*strict liability*").

11. Aplica-se ao Direito Administrativo sancionador brasileiro, em matéria laboral, o **princípio da oficialidade**, consoante artigo 628, *caput*, da CLT e artigo 15 do Regulamento da Inspeção do Trabalho, entre outros. Esse princípio particulariza-se no curso do procedimento administrativo, impondo-se aí como **princípio do impulso obrigatório**, *ut* artigo 629, §2º, da CLT.

12. Aplicam-se ao Direito Administrativo sancionador brasileiro, em matéria laboral, os **princípios do contraditório** e da **ampla defesa**, com projeções concretas nos artigos 629, §3º, e 632 da CLT. Nesse último caso, a prerrogativa administrativa de "julgar da necessidade" das provas não é discricionária, mas *vinculada e motivada*, desafiando a aplicação da teoria dos motivos determinantes.

13. O desrespeito aos princípios referenciados induzirá à **nulidade** e/ou à **anulabilidade** dos atos administrativos consequentes, desafiando impugnação judicial na Justiça do Trabalho (artigo 114, VII, da CRFB). Essas demandas *virão*, inexoravelmente. Da Magistratura do Trabalho espera-se, para agora e o futuro, que

saiba ver além dos seus horizontes de outrora, canhestros para a sua capacidade de (re)produzir Justiça social. Há diante de si horizontes outros - novos, ignotos, ambiciosos. Há, ainda, espaço e oportunidade para produzir jurisprudência valiosa no campo do Direito Administrativo sancionador, que entre nós ainda não se produzira. Para fazê-lo, porém, impende não se amesquinhar.

## 5. BIBLIOGRAFIA

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 9ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1980.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

COENEN, Alain. *Les sanctions administratives dans les communes*. In: <http://www.uvcw.be/police/poladmin/sec4-02.cfm> (acesso em 23.04.2005).

DALAZEN, João Oreste. "A Reforma do Judiciário e os Novos Marcos da Competência Material da Justiça do Trabalho no Brasil". In: *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. Grijalbo Fernandes COUTINHO, Marcos Neves Fava (coord.). São Paulo: LTr, 2005. pp.148-178.

\_\_\_\_\_. *Competência Material Trabalhista*. São Paulo: LTr, 1994.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. "Primeiras linhas sobre a Nova Competência da Justiça do Trabalho Fixada pela Reforma do Judiciário (ECNº 45/2004)". In: *Nova Competência da Justiça do Trabalho*. Grijalbo Fernandes Coutinho, Marcos Neves Fava (coord.). São Paulo: LTr, 2005. pp.191-219.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- FAUQUET, Georges. *Le secteur coopératif*. 4e. ed. Bale/Paris/Bruxelles: L'Union Suisse des Coopératives de Consommation et al., 1942.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003. v. II.
- GARCIA NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2002.
- GONZALES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- GUEDES, Glênio Sabbad. "Da responsabilidade subjetiva nos domínios do Direito Administrativo punitivo". In: [http://www.suigeneris.pro.br/direito\\_dadm\\_glenio.htm](http://www.suigeneris.pro.br/direito_dadm_glenio.htm) (acesso em 24.04.2005).
- \_\_\_\_\_. "O Direito Administrativo Sancionador e as infrações de perigo abstrata - breves considerações". In: <http://www.bcb.gov.br/crsfn/doutrina/Artigo%20%20Infra%C3%A7%C3%B5es%20de%20perigo%20abstrato.pdf> (acesso em 24.04.2005).
- JESUS, Damásio Evangelista de. "Deixar de registrar empregado não é crime". In: RT 799/483-488.
- LOPES-CARDOSO, Álvaro. *Estatuto dos Magistrados Judiciais Anotado*. Coimbra: Almedina, 2000.
- MIREILLE, Delmas-Marty. *Punir sans juger: de la repression administrative au Droit administratif penal*. Paris: Economica, 1998.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. "Sanções administrativas e princípios de Direito Penal". In: <http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina94.doc> (acesso em 24.04.2005).
- OLIVA, José Roberto Dantas. *Tutela de urgência no processo do trabalho*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- PALMA DEL TESO, Ángeles de. *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1996.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: Dogmática Geral*. Coimbra: Almedina, 2005. p. I.
- RIBEIRO, João Soares. *Contra-Ordenações Laborais: Regime Jurídico Anotado contido no Código do Trabalho*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- SOUSA, João Castro e. *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado "Direito de Mera Ordenação Social"*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.

### **III - DOCTRINA NACIONAL**



# LIBERDADE SINDICAL

## (UMA CONTRIBUIÇÃO À REFORMA SINDICAL)

CLÁUDIO ARMANDO COUCE DE MENEZES\*

**Sumário:** 1. Conceito e natureza jurídica; 2. Alcance jurídico da liberdade sindical; 3. Fontes; 4. Aspecto individual e coletivo; 4.1 Liberdade sindical individual; 4.2 Liberdade sindical coletiva; 5. Conclusão.

### 1. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A liberdade sindical compreende o direito de fundar e filiar-se ao sindicato ou organização de predileção do indivíduo. Sua idéia abraça ainda a liberdade de funcionamento, autonomia e independência, ação judicial em favor dos trabalhadores e representação efetiva (inclusive dentro da empresa). Por fim, esse princípio gera o direito de greve e da livre negociação coletiva.<sup>1</sup>

Essa concepção ampliativa da liberdade sindical põe em xeque restrições como a unicidade sindical (vigente no Brasil, arti-

go 8º, II, da CF) e limitação ao direito de greve<sup>2</sup>.

A natureza jurídica da liberdade sindical não é de fácil definição. A doutrina brasileira em geral a inclui na esfera dos princípios.<sup>3</sup> Outros a têm como autêntico direito subjetivo, gerador de pretensões múltiplas que correspondem a deveres jurídicos do Estado e daqueles que devem observá-los<sup>4</sup>. Por fim, há os que o consideram sob o prisma do interesse.<sup>5</sup>

### 2. ALCANCE JURÍDICO DA LIBERDADE SINDICAL

Para JEAN-CLAUDE JAVILLIER<sup>6</sup>,

\*Cláudio Armando Couce de Menezes é Juiz Presidente do TRT da 17ª Região

<sup>1</sup> Aspectos destacados por LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL, GABRIEL GARCIA BECEDAS e IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN in "Instituciones del Derecho", Edit. Cema, Madri, 1983, p.213 e JEAN-CLAUDE JAVILLIER ("Manuel de Droit du Travail", 5ª ed, L.G.D.J., ps.383/4).

<sup>2</sup> A criação de formalidades que dificultem ou tornem inviável a deflagração da greve e sua continuidade, importa igualmente em ofensa à liberdade sindical.

<sup>3</sup> Nesse sentido: MAURICIO GODINHO DELGADO ("Curso de Direito de Trabalho", Edit. Ltr, p. 1281/4, 1ª ed.) e ARNALDO SÜSSEKIND (Edit. Saraiva, p 841, 17ª ed.).

<sup>4</sup> Passa a ser o ponto de vista de JAVILLIER (ob. cit., ps. 383/6).

<sup>5</sup> "La libertad sindical, por consiguiente, no se presenta como un derecho sino como un interés, como un lugar de encuentro de poderes jurídicos distintos pero unitarios, todos ellos confluentes a la realización de fin que en la idea de libertad sindical y que no es outro que la defensa y promoción de los intereses sociopolíticos de los trabajadores en tanto clase social subordinada" (LA VILLA, GARCIA BECEDAS, GARCIA-PERROTE, ob. cit., p. 211).

<sup>6</sup> (ob. cit., p. 385)

a liberdade sindical concerne a todos aqueles envolvidos pelo direito coletivo, o que se torna claro quando se constata que certas regras de direito sindical se destinam não apenas aos empregados e trabalhadores, mas também ao empregador e aos tomadores de serviços.

Essa não é, todavia, a posição de LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL, GABRIEL GARCÍA BECEDAS e IGNÁCIO GARCÍA-PERROTE ESCARTIN<sup>7</sup> que concebem a liberdade sindical como um reconhecimento normativo da existência de um bloco social subalterno, portador de interesses coletivos contrapostos aos de outro bloco hegemônico e dominante, daí porque só os entes sindicais obreiros e os trabalhadores em geral seriam sujeitos do interesse coletivo resguardado pela liberdade sindical<sup>8</sup>.

De toda sorte, cabe ressaltar, como o faz JAVILLIER<sup>9</sup>, que a liberdade sindical constitui elemento indispensável de todo o sistema de relações trabalhistas e, mais ainda, de toda democracia política. Nessa liberdade sindical há aspectos coletivos e individuais, positivos e negativos, que hão de estar presentes no direito de cada país para que não fique no mero plano das solenes proclamações jurídicas e políticas tão a gosto de certos países...

### 3. FONTES

A principal fonte da liberdade sindical consiste nas convenções da OIT n° 87 e

98. A primeira enuncia o princípio (ou regra) de que trabalhadores e empregadores, sem distinção e independente de autorização prévia e estatal, podem constituir organizações sindicais de sua escolha e a elas se filiar segundo a sua vontade, à condição apenas de se conformar aos seus estatutos. A segunda, assegura proteção adequada contra todos os atos de discriminação, tendentes a atentar contra a liberdade sindical em matéria de emprego.

Mais detalhadamente, podemos dizer que a Convenção n° 87 garante: o direito de sindicalização a cada trabalhador (artigo 2°), e de cada sindicato promover e defender seus interesses e dos seus associados ou trabalhadores por ele representados ou substituídos (processualmente falando); a independência do sindicato em relação ao Estado (artigos 2°, 3°, 4° e 7°); o direito dos sindicatos de criar livremente suas estruturas jurídicas e de aderir aos agrupamentos de sua escolha.

A Convenção n° 98 persegue a proteção dos trabalhadores contra todos os atos discriminatórios, especialmente em matéria de emprego, garantindo também a autonomia sindical, vedando todos os atos de ingerência na criação, funcionamento e administração dos sindicatos.

A Constituição Federal de 1988 assumiu a liberdade sindical (artigo 8°, I, III e VIII), de forma mitigada. Com efeito, nos incisos II e IV, do seu artigo 8°, impõe a

*“...a liberdade  
sindical constitui  
elemento indispensável de  
todo o sistema de  
relações trabalhistas  
e, mais ainda, de  
toda democracia  
política.”*

<sup>7</sup>(ob. cit., p. 214/5)

<sup>8</sup>Desenvolvendo seu raciocínio, os autores escrevem que várias são as razões que fundamentam aquilo que denominam “liberdade sindical unilateral”. A mais importante seria o interesse que define as organizações empresariais como um puro interesse econômico, uma variante do interesse ao máximo benefício que corresponde ao modelo de livre mercado, cujo centro de gravidade histórico sempre foi o mesmo: menores custos de produção e da força de trabalho. Aliás, em tempos de pós-modernidade, onde o enfraquecimento das organizações obreiras é uma realidade incontestável, a posição dos mestres da Universidade Autónoma de Madri é bastante razoável. O grande óbice que lhe pode ser oposto reside na Convenção n° 87 da O.I.T., que assegura aos trabalhadores e empregadores, sem distinção, o direito de constituir as organizações de sua escolha e a elas se filiar conforme a sua vontade. Parece claro, ao menos para nós, que essa liberdade sindical é bilateral, via de mão-dupla.

<sup>9</sup>(ob. cit., p.385)

unicidade sindical e a contribuição compulsória para o sindicato reconhecido como único representante dos trabalhadores em dada base territorial.

Convenções, acordos coletivos e sentenças normativas igualmente estão autorizados a dispor sobre regras, direitos e demais desdobramentos da liberdade sindical, desde que não violem as normas constitucionais e as aludidas convenções da OIT nº 87 e 98.

A legislação ordinária, fonte da liberdade sindical, deve, também por isso, respeitar os limites assinalados no parágrafo anterior.

#### 4. ASPECTO INDIVIDUAL E COLETIVO

A liberdade sindical, em suas múltiplas facetas, possui conotações individuais e coletivas, positivas e negativas.

##### 4.1 Liberdade sindical individual

Sob o prisma da liberdade sindical individual, podemos mencionar a proibição de discriminação na contratação do trabalhador e na duração do contrato e o direito de não aderir ou de se retirar da entidade sindical. Vejamos os contornos de cada componente dessa liberdade individual:

A admissão do empregado não pode estar condicionada à sua sindicalização. De modo que ilícito será tanto o procedimento de subordinar à contratação o *status* de associado ao sindicato ou, o que é mais comum, pressões para que o obreiro se retire da atividade gremista ou dela não participe.

Constituem ato discriminatório todas essas práticas, além das listas negras de sin-

dicalizados, de dirigentes sindicais e de ex-dirigentes. Também discriminatória e ilícita é a utilização, no ato da contratação, ou da seleção, de questionários indagando se o candidato é sindicalizado ou se já o foi.

No curso do contrato, atos como o "congelamento" funcional, rebaixamento<sup>10</sup>, recusa de aumento de salários e isolamento do(s) sindicalizado(s), trazem clara afronta à liberdade sindical, não devendo, por isso, encontrar qualquer beneplácito das autoridades administrativas e judiciais, dos sindicatos e Ministério Público.<sup>11</sup>

A despedida do empregado por conta de sua condição de sindicalizado, ou por suas atividades sindicais e reivindicativas, importa igualmente em proceder ilegítimo, atentatório da liberdade sindical que, por igual, encontra amplo repúdio na doutrina, na lei e na jurisprudência estrangeira<sup>12</sup>, gerando a nulidade do ato com a imediata reintegração do obreiro, além de sanções diversas.

No caso do despedimento discriminatório do trabalhador sindicalizado, ou daquele que manifesta sua intenção de filiar-se a um sindicato ou, ainda, realiza atividades sindicais e reivindicativas, é inteiramente aplicável a Lei 9.029/95, que veda e sanciona os atos discriminatórios, inclusive com a condenação do empregador a reintegrar o obreiro. Esta conclusão está em total harmonia com as Convenções nº 87 e 98, da OIT e com o artigo 8º, incisos II e VIII, da Constituição Federal.

A prática discriminatória, em razão das dificuldades que acarreta a sua demonstração, inverte a carga probatória que passa a ser do empregador ou tomador dos serviços<sup>13</sup>. Não custa recordar que, na seara pro-

<sup>10</sup> Não será razão para reversão ao cargo anterior (art. 468, parágrafo único, da CLT) o fato do obreiro ser sindicalizado ou dirigente sindical.

<sup>11</sup> O direito francês, o espanhol e o italiano são claros nesses aspectos. Conferir: GERÁRD LYON-CAEN, JEAN PÉLISSIER e ALAIN SUPLOT, "Droit du Travail", 17ª ed., DALLOZ, pgs.569/70; DELLA VILLA, GARCÍA BECEDAS e GARCÍA-PERROTE, ob. cit. pgs. 219/20; GIGNO GIUGNI, "Direito Sindical", p.50, edit. Ltr.

<sup>12</sup> "Em todo caso, un despido en tales circunstancias está afectado de nulidad radical, y comporta necesariamente la readmisión del trabajador sancionado (STC 23 nov. 81)" (VILLA, GARCÍA BECEDAS, GARCÍA-PERROTE, ob. cit., p.219). "Le licenciement discriminatoire est maintenant sanctionné par une réintégration (remise en état consécutive à la nullité) et non plus seulement par des dommages - intérêts". (LYON-CAEN, PÉLISSIER, SUPLOT, ob. cit., p.569).

<sup>13</sup> "Cualesquiera sanción, despido o perjuicio irrogado al trabajador en razón al ejercicio de su derecho de libertad sindical individual, será así tachado de discriminatório por atentar contra este y acarreará, como consecuencia inmediata, que haya de ser el empleador quien pruebe que el despido o sanción responden a "motivos razonables", ajenos a todo propósito atentatório contra la libertad sindical".(VILLA, GARCÍA BECEDAS e GARCÍA-PERROTE).

cessual trabalhista, a inversão do *onus probandi* é elevada à categoria de autêntico princípio, sendo aplicável sempre que difícil, quando não impossível, a produção de prova pelo hipossuficiente trabalhador<sup>14</sup>.

No contexto dos atos discriminatórios no curso do contrato de emprego, vale aqui lembrar que a discriminação de caráter sindical advém da parte do patrão ou do beneficiário dos serviços, não só da privação de alguns benefícios ou de atos danosos, mas também, de modo mais sutil, da atribuição de alguns benefícios aos trabalhadores que adotem determinado comportamento (ex: prêmios anti-greve, licenças para não-sindicalizados e vantagens e benefícios para os empregados mais cordatos e menos participativos da vida sindical e da luta obreira).<sup>15</sup>

De resto, fica sempre aberta a porta da pretensão reparatória pelos danos econômicos e morais<sup>16</sup> consequentes das práticas contrárias à liberdade sindical.

Como já mencionamos, o trabalhador não pode ser obrigado a se filiar a um sindicato, tampouco impedido de fazê-lo. Outrossim, assegura-se ao obreiro o direito de se retirar da associação sindical no momento que considerar oportuno.

Nesse quadro são absolutamente vedadas as cláusulas, constantes de instrumentos coletivos ou de qualquer norma autônoma ou heterônoma, que contrariem, direta ou indiretamente, a liberdade sindical no plano individual. As mais freqüentes são:

a) "CLOSED SHOP" ou "TALLER CERRADO"

Por essa cláusula o empregador se compromete a não contratar trabalhadores que não estejam filiados ao sindicato.

b) "UNION SHOP" ou "TALLER SINDICADO"

Variação da primeira, impõe a adesão ao sindicato para efeitos de admissão ou a fim de evitar a despedida em determinado prazo.

c) "CLAUSE DE RESERVE" ou "VENTAJAS RESERVADAS"

As vantagens obtidas na negociação coletiva são aplicáveis apenas aos filiados. Assim, o convênio apenas rege a situação de alguns integrantes do convênio.

#### 4.2 Liberdade sindical coletiva

No campo da liberdade coletiva, analisa-se o sindicato e sua relação com o Estado, e a garantia da atuação livre dos sindicatos frente ao Estado e aos empregadores.

Assim, assegura-se a livre constituição e funcionamento da entidade sindical, autonomia administrativa, proibição de "sindicatos amarelos", acesso e exercício do direito sindical na empresa e ação sindical na Justiça.

a) Livre constituição e funcionamento

Os sindicatos podem se constituir livremente, sem autorização prévia governamental. A liberdade de constituição, funcionamento e atividade permite a realização de todas as ações e procedimentos ligados aos interesses coletivos e sindicais.

Desse primado resulta a faculdade, ou direito, dos sindicatos constituírem-se pelo mesmo ramo ou empresa, sem limitações setoriais, espaciais ou de número. É o que se conhece por pluralismo sindical, negado por nossa Constituição Federal ao exigir sindicato único, com base territorial mínima de um município (artigo 8º, II).

<sup>14</sup> Em havendo dúvida acerca da incidência desse princípio no processo do trabalho, consulte-se, com proveito, AMAURI MASCARO NASCIMENTO ("Curso de Direito Processual do Trabalho", Saraiva, p. 59 e MANOEL ANTÔNIO TEIXEIRA FILHO ("A Prova no Processo do trabalho", Edit. Ltr, p.86/89, 4ª ed.).

<sup>15</sup> GINO GIUGNI (Ob. cit., pg.50/51)

<sup>16</sup> Vide nosso "Direito Processual do trabalho", Edit. Ltr.

O registro no órgão competente não afronta, contudo, o princípio da liberdade sindical, desde que não se evidencie uma autORIZAÇÃO administrativa para o funcionamento da entidade.

#### b) Autonomia

A entidade classista há de gozar de independência frente ao Estado<sup>17</sup> e aos empregadores<sup>18</sup>, bem como ter garantido o seu autogoverno, com capacidade para redigir seus estatutos e regulamento, bem como eleger seus diretores e organizar sua administração<sup>19</sup>.

A dissolução do sindicato não pode ser levada a efeito por autoridade administrativa ou governamental. De outro lado, a liberdade sindical implica ainda na possibilidade de criação ou de reagrupamento dos sindicatos em uniões, centrais, frentes ou confederações, conforme os interesses dos trabalhadores<sup>20</sup>.

#### c) Livre exercício do direito sindical na empresa

Na empresa a liberdade sindical não deve ser apenas uma retórica vazia. Ao sindicato há de ser permitido o acesso aos trabalhadores para fins de sindicalização, organização e reivindicação. Seções do sindicato, representantes dos empregados e da entidade sindical, têm não só o direito de existir, mas também de atuação, inclusive de forma combinada com outros órgãos e comissões (órgãos de direção da empresa, CIPA, comissão interna de conciliação, etc.).

#### d) Ação sindical na justiça

Ao sindicato é atribuída a capacidade

de para ser parte, assim que constituído validamente. Mas, há de ter ainda capacidade processual plena, que advém, não só do seu registro, mas de representação regular em juízo. A questão mais relevante, talvez, resida na sua legitimidade *ad causam* para atuar em prol dos interesses dos seus membros e, mais, dos integrantes da categoria profissional.

O sindicato, além de atuar em causas em que estejam em jogo o seu interesse, inclusive institucional, deve estar habilitado a demandar como parte em prol dos interesses coletivos e individuais da categoria (artigo 8º, III, da CF), independente de outorga de mandato por parte dos beneficiários de sua atuação. É o que ocorre nos dissídios coletivos, na ação civil pública, nas reclamações trabalhistas em que o sindicato substitui empregados para fazer valer seus direitos a aumentos e correções salariais, vantagens e benefícios estabelecidos em acordo e convenção coletiva, insalubridade, periculosidade e outros direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos dos integrantes da categoria.

### 5. CONCLUSÃO

A reforma institucional e jurídica no âmbito coletivo, que se avizinha, deve observar a liberdade sindical em sua plenitude, atendendo aos seus aspectos individuais e coletivos, bem como às suas fontes materiais e formais, sob pena de perpetuar a deficiente organização das entidades obreiras e a sua ineficácia, cada vez mais claras em tempos de precarização e flexibilização do trabalho.

<sup>17</sup> Esse direito é, em parte, reconhecido no inciso I, do art. 8º, da CF, segundo o qual: "a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical".

<sup>18</sup> Isso não é uma realidade no nosso país. Não há meios legais eficazes contra a prática do sindicalismo "amarelo", concretizado por sindicatos de fachada (syndicats "maison"), criados por empregadores ou pessoas próximas aos patrões para dividir, enfraquecer e esvaziar a atuação dos sindicatos mais combativos (metalúrgicos, bancários e ferroviários). Aliás, o Judiciário, com frequência, não presta a devida atenção a esse ilícito proceder quando reconhece determinadas entidades como aptas a representar categorias que de há muito têm sindicato próprio e atuante. O quadro só não é pior, somos obrigados a reconhecer, por causa da unicidade sindical, que impede a criação de vários sindicatos para a mesma categoria ou base territorial. A propósito dos sindicatos de fachada, escreve GUIGNI: "A existência destes sindicatos constitui, de fato, meio indireto de restringir a liberdade sindical, limitando o espaço de organização genuína e efetivamente representativa" (ob.cit., p.51). Não é por outra razão que manifestamos nossas reservas com a idéia de sindicatos por empresas, que termina por ser facilmente cooptado pelo empregador.

<sup>19</sup> Isso não quer dizer que os sindicatos possam, em flagrante abuso de direito, criar inúmeros cargos e funções para licenciar seus dirigentes ou obter, para estes, estabilidade no emprego.

<sup>20</sup> No Brasil, muito há que se avançar nesse campo.



# PERFIL DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA TRABALHISTA

MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO\*

**Resumo:** O presente artigo realiza uma breve análise do regramento geral que disciplina a execução de títulos judiciais trabalhistas.

Através do desenvolvimento dos conceitos de execução provisória completa e incompleta, o autor procura investigar as hipóteses em que a decisão, ainda que pendente de recurso, possa ensejar a prática de atos de alienação judicial.

**Palavras-chave:** Execução de títulos judiciais trabalhistas; Execução provisória completa e incompleta.

O objetivo do presente artigo é proceder a uma breve análise sistemática do regramento legal que disciplina a execução de títulos judiciais trabalhistas, em ordem a estabelecer quais seriam as hipóteses em que a atividade do órgão estatal, encarregado de fazê-la cumprir, estaria impedida de atingir sua inteira plenitude, vale dizer, realizar-se-ia de modo meramente *provisório*.

O primeiro dispositivo a ser analisado é o caput do artigo 899 da CLT, a seguir transcrito:

**Artigo 899. Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora.**

---

\* Juiz Titular da 10ª Vara do Trabalho de Campinas. Bacharel, mestre e doutor em direito do trabalho pela USP. professor de direito do trabalho e processo do trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUCAMP).

Como se observa, o legislador consolidado claramente explicitou que a regra geral, quando de processo trabalhista se trate, é a possibilidade de execução desde logo, ainda que exista recurso pendente de apreciação por instância superior àquela em que a execução haverá de processar-se.

Isto significa que, a rigor, toda sentença trabalhista detém a potencialidade imediata de produzir efeitos no mundo dos fatos, transformando a realidade da vida que se encontre subjacente ao processo.

Ao revés assim do quanto ordinariamente se passa na órbita do processo civil, o título judicial laboral já nasce com o atributo da *efetividade*, circunstância esta que se explica e se justifica pela índole alimentar quase sempre agregada aos créditos que ele objetiva resguardar. Colocando a questão em outros termos, poder-se-ia dizer que, na Justiça do Trabalho, haveria uma *vulgarização* da regra inserida no inciso II, do artigo 520 do CPC, de sorte que a *exceção* do processo civil seria a *regra* do processo trabalhista. O que é perfeitamente natural, uma vez que o processo do trabalho, historicamente, sempre foi um processo *urgente* para causas *urgentes*.<sup>2</sup>

Todavia, esclarece igualmente o legislador que a efetividade acima referida não será *integral*. Ela terá um limite, que é a consumação da constrição judicial representada pela penhora. Aqui, no perene embate, vivenciado pelos sistemas judiciários de todos os tempos, entre os valores segurança e rapidez, fez-se uma concessão à seguran-

ça: a atividade estatal desenvolver-se-á sem delongas, mas apenas atingirá seu ápice posteriormente à confirmação do conteúdo do título que a desencadeou.<sup>3</sup>

Mas a disciplina da atividade executória provisória não se esgota neste dispositivo. Para se entendê-la por inteiro, mister se faz analisar o conteúdo de dois outros artigos da CLT, quais sejam: o parágrafo 2º do artigo 893, e o parágrafo 2º, do artigo 897. Assim, vejamos:

### Artigo 893. Das decisões são admissíveis os seguintes recursos:

...

#### § 2º A interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal não prejudicará a execução do julgado.

Ao dizer o legislador que a interposição de recurso para a Suprema Corte não pode prejudicar a execução do julgado, estará ele a significar que, na pendência desta modalidade de apelo, a execução trabalhista assumirá índole definitiva?

Em sentido afirmativo podem ser citados os escólios de Amaro Barreto<sup>4</sup> e Valentin Carrion.<sup>5</sup> Já para Eduardo Gabriel Saad<sup>6</sup> e Mozart Victor Russomano<sup>7</sup> a execução iria apenas até a penhora, nos termos do artigo 899 da CLT.

Queremos modestamente crer que, aqui, exista um equívoco de ordem conceitual que necessita ser afastado, em ordem a clarificar este ponto.

<sup>2</sup> Na doutrina de Amaro Barreto, o legislador, ao mesmo tempo em que atribuiu efeito suspensivo aos recursos cuja possibilidade de êxito fosse maior, aboliu-o naquelas demandas "urgentes por natureza" (*Execução cível e trabalhista*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S. A., 1975, p. 46).

<sup>3</sup> Esta opção restritiva do legislador é uma consequência inevitável dentro de um mecanismo judicante onde se admita a existência de recursos. Logo, o questionável aqui não é o limite que se impõe à atividade executória do Juiz, mas sim a possibilidade que se confere à parte de recorrer. Na nossa opinião, no âmbito da Justiça do Trabalho, deveria existir um sistema de instância única, à semelhança do que ocorre, por exemplo, no México (LFT, art. 848), e em algumas províncias argentinas, tais como as de Buenos Aires (Lei 11653/95, art. 2, letra "a") e Rio Negro (Lei 1504/81, art. 52).

<sup>4</sup> Op. cit., p. 46.

<sup>5</sup> *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 727.

<sup>6</sup> *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 36ª edição, São Paulo: LTr, 2003, p. 648.

<sup>7</sup> *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990, p. 984.

Com efeito: sempre que permaneça um recurso pendente, haverá a natural possibilidade de o título, em que a execução se sedimenta, ser tornado sem efeito, ser declarado ineficaz, quicá mesmo ser considerado inexistente. Existirá, enfim, a *virtualidade* de desfazimento de tudo quanto até então neste sentido se procedera.

Assim, parece claro que, havendo apelo ainda sujeito a apreciação judicial, não se poderá dizer que os atos expropriatórios vinculados à execução se revistam de natureza definitiva, pois que a sua própria validade poderá, em tese, ser objeto de plena revisão.

Logo, a conclusão que se apresenta é que, se ainda existe recurso, a execução judicial a que o processo respectivo se vincule, a rigor, será forçosamente, e sempre, de natureza provisória.

Isto, contudo, não quer dizer que esteja por completo vedada a prática de atos de alienação judicial.

A contradição que se vislumbra do conteúdo dos parágrafos acima é meramente aparente; ela resulta justamente do equívoco conceitual a que dantes fizemos alusão. E a resposta para o impasse pode ser encontrada na sempre abalizada doutrina de Cândido Rangel Dinamarco.

Discorrendo, na esfera do processo civil, acerca da execução na pendência de apelação interposta ante sentença que tenha rejeitado liminarmente embargos à execução, ou os haja julgado improcedentes (CPC, artigo 520, inciso V), o festejado mestre das Arcadas assinala que se trata de

uma execução *completa*, mas que nem por isto deixa de ser *provisória*.<sup>8</sup> E isto porque “provisória é a execução quando os atos que a compõem são realizados com a consciência de que seus efeitos podem ser desconstituídos em caso de vir a faltar o título executivo inicialmente existente”.<sup>9</sup>

Eis aí, destarte, a “chave” do enigma, que tem confundido a doutrina e a jurisprudência das cortes trabalhistas. Execução provisória não é sinônimo de execução incompleta. A execução pode ser provisória e, ainda assim, percorrer todo o itinerário procedimental, entregando o bem da vida nas mãos do credor.

De modo que, detectando o legislador situações nas quais, a despeito da existência de recurso pendente, a presunção de legitimidade da pretensão do credor se demonstre *grandiosa*,<sup>10</sup> ele pode autorizar a prática de atos de expropriação, a despeito da possibilidade de, ao depois, esta revelar-se indevida, pelo desaparecimento da base que a sustentava. Trata-se, aqui, de uma opção política, cuja validade atualmente encontra-se exacerbada pelo teor do inciso LXXVIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade da “razoável duração do processo”, bem como de meios que garantam “a celeridade de sua tramitação”.

E, mercê desta dimensão, é possível com segurança concluir que, na pendência de recurso extraordinário, a execução trabalhista é provisória, mas completa. Deve desenvolver-se em sua inteireza. Até porque, ademais, na seara laboral, o recurso extraordinário pode ser reputado uma genuína *anomalia*.

*“Eis aí, destarte, a “chave” do enigma, que tem confundido a doutrina e a jurisprudência das cortes trabalhistas. Execução provisória não é sinônimo de execução incompleta. A execução pode ser provisória e, ainda assim, percorrer todo o itinerário procedimental, entregando o bem da vida nas mãos do credor.”*

<sup>8</sup> *Instituições de direito processual civil*, volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 766.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 768.

<sup>10</sup> Na lição de Cândido Rangel Dinamarco, apóia-se o legislador “no fato de ser extremamente provável a existência do crédito exequendo...” (op. cit. p. 765).

De fato: da análise conjugada dos artigos 102, inciso III, e 896 da CLT, bem como do precedente galvanizado na Súmula 505, do Supremo Tribunal Federal, infere-se que uma causa trabalhista, para chegar a este sodalício, terá de antes passar pelo crivo do Tribunal Superior do Trabalho.<sup>11</sup> Vale dizer: o STF acaba funcionando, na generalidade dos casos, como uma verdadeira *quarta instância*. Não é só: como o recurso de revista consubstancia um apelo que igualmente se reveste de cunho extraordinário – tanto assim que esta era a sua antiga denominação – a ilação final que disto transborda é que, para a demanda laboral, o recurso dirigido à Suprema Corte assume a condição de uma insurgência de caráter extraordinário elevada à segunda potência. É pois um recurso extraordinário *ao quadrado*, uma verdadeira *aberração*, quando se considera o contexto em que o mesmo se insere, todo ele voltado à satisfação de créditos alimentares.<sup>12</sup>

Por fim, cabe agora examinar o parágrafo segundo do artigo 897 da CLT:

**Artigo 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias:**

...

**§ 2º O agravo de instrumento interposto contra o despacho que não receber agravo de petição não suspende a execução da sentença.**

Este preceito se reporta ao recurso de agravo de instrumento que esteja vinculado a um agravo de petição. Trata-se, assim, de apelo aforado no bojo de um proces-

so que já se deverá encontrar em sede de execução definitiva. A interpretação que se extrai é que, se o agravo de petição for admitido, a execução, no atinente à matéria nele versada, ficará paralisada até a solução da controvérsia pela instância superior. Ou seja: a execução definitiva transmutar-se-á em execução *provisória incompleta*; já se o agravo de petição não for aceito, a interposição de agravo de instrumento fará com que a execução assumira o *status* de *provisória completa*, permitindo-se por conseguinte o seu prosseguimento integral, sem restrições de qualquer ordem. Igual solução deverá adotar-se caso o agravo de petição seja desprovido, ocorra interposição de recurso de revista, este tenha seu processamento denegado, e o devedor interponha então agravo de instrumento para o TST.<sup>13</sup>

## CONCLUSÕES

1) No processo trabalhista, a possibilidade de execução provisória é a regra geral a ser seguida, ao revés do que ocorre no processo civil.

2) A execução provisória trabalhista poderá ter caráter completo ou incompleto.<sup>14</sup> Neste último caso, seu desenvolvimento será *parcial*, prosseguindo até o ato da penhora, e seguindo adiante somente quando a validade desta já tenha sido consolidada em sede de agravo de petição; no primeiro, terá desenvolvimento *total*, autorizando-se inclusive a plena prática de atos de expropriação de bens do devedor.

<sup>11</sup> Quiçá a única hipótese de interposição de recurso extraordinário diretamente ao STF, de decisão proferida por TRT, seja aquela referida no acórdão Nº 2004029607, da SDI do TRT da 2ª Região, Rel. Juiz Delvío Buffulin: a suposta violação de norma constitucional por decisão proferida em sede de agravo de instrumento (In: Ementário de jurisprudência *Equilíbrio*, Nº 02/2005, p. 144).

<sup>12</sup> É comum que, na dúvida entre os valores efetividade e segurança, o aplicador do direito opte por esta última. Este paradigma deve ser repensado, máxime na esfera da Justiça do Trabalho, onde optar pela segurança do resultado significa, não raro, privar o empregado do essencial, enquanto o empregador investe o supérfluo no mercado financeiro.

<sup>13</sup> Este raciocínio se justifica pela circunstância de se presumir ser consideravelmente menor a possibilidade de êxito no agravo de instrumento dirigido ao TST do que naquele dirigido ao TRT. Logo, se no segundo caso a execução é completa, com maior razão deverá sê-lo no primeiro.

<sup>14</sup> No campo terminológico, talvez se pudesse cogitar ainda de execução provisória perfeita – no sentido de acabada – ou imperfeita.

3) No processo do trabalho, será sempre provisória e parcial a execução, exceto nas hipóteses de pendência de recurso extraordinário – ou de agravo de instrumento a este correlato – de agravo de instrumento contra despacho que impeça o processamento de agravo de petição, e de agravo de instrumento contra despacho denegatório de recurso de revista em sede de execução.<sup>15</sup>

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Ísis de. *Manual de direito processual do trabalho*. 2º volume, 9ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: LTr, 1998.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de processo civil*. Volume VI: artigos 566 a 645. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BARRETO, Amaro. *Execução cível e trabalhista*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S. A., 1975.

BRASIL. Poder Judiciário. Justiça do Trabalho. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Equilíbrio*. Ementário de jurisprudência, Nº 02/2005, São Paulo: Colorsystem, jan./mar. 2005.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 25ª edição, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2000.

CESARINO JUNIOR, Antonio Ferreira. *Consolidação das Leis do Trabalho anotada*. Volume II, 2ª edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro / São Paulo: Freitas Bastos, 1945.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Volume IV. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 21ª edição atualizada, São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 24ª edição, São Paulo: Atlas, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Volume II, 1ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. 36ª edição, São Paulo: LTr, 2003.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 5ª edição, revista e atualizada, São Paulo: LTr, 1995.

<sup>15</sup> Completa, outrossim, será a execução que esteja sedimentada na hipótese prevista pelo parágrafo segundo do art. 588 do CPC.



# PENHORA DE SALÁRIO

JAIDE SOUZA RIZZO\*

“Subi aos vossos navios! O que necessitamos é de uma nova Justiça! E de uma nova libertação. E de novos filósofos! A terra moral é redonda, também. E a terra moral possui os seus antípodas. E os antípodas também têm seu direito à existência! Há um mundo novo ainda por descobrir, e até mais de um! Aos vossos navios, todos a bordo, filósofos”.

Nietzsche, “Gaya Scientia”<sup>1</sup>

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Da proteção contra os credores do empregado. 3. Da execução do crédito trabalhista. 4. Do empregador que não cumpre suas obrigações. 5. Da analogia entre o crédito alimentar trabalhista e os alimentos. 6. Dos créditos trabalhistas que podem ensejar a penhora de salário. 7. Da fixação da parcela penhorável do salário do executado. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

**Resumo:** Em relação à questão da penhora de salários, os operadores do direito há muito se encontram, como dizia o homenzinho de Koenisberg, em um “sono dogmático”. Nas universidades, a regra do artigo 649 do CPC, por sua própria redação, é transmitida sem maiores questionamentos, como se a norma fosse daquelas inscritas nas tábuas de Moisés. O presente artigo busca, justamente, despertar o leitor desse torpor, desse estado de aceitação irreflexiva diante do signo do “absoluto”. Muitas das idéias aqui expostas, foram, intencionalmente, levadas a seu extremo, porquanto não é possível acordar alguém que dorme profunda e deliciosamente com cantiga de ninar, é preciso uma música mais vibrante.

**Palavras-chave:** Penhora de salário; Impenhorabilidade do salário; Crédito trabalhista; Exploração do trabalho alheio; Conflito de valores de igual magnitude.

---

\*Juíza Titular da Vara do Trabalho de Birigui – SP / 15ª Região

<sup>1</sup>Nietzsche, Friedrich Wilhelm, in Vontade de Potência. Editora Tecnoprint S.A, pág. 7.

## 1. INTRODUÇÃO

Quando me foi requerida, em uma execução de crédito trabalhista, a penhora do salário do executado, a princípio, considereei completamente absurda a pretensão.

Passado, contudo, esse primeiro momento de negação automática, e, buscando os seus pressupostos, constatei que meu raciocínio estava fundado principalmente num ato de fé. Acreditava que o salário, em qualquer caso, era impenhorável não porque havia feito uma interpretação acerca do sentido e alcance da norma aplicável, mas em razão de me terem ensinado que a lei havia estabelecido o princípio de forma absoluta e também porque nunca vira alguém ousar questionar o mandamento — O salário é impenhorável — Amém!

Desconfiada, contudo, do caráter inquestionável emprestado à norma, e por não acreditar na fé como critério confiável de verdade no campo da ciência jurídica, decidi promover acurada análise da questão posta.

Foi assim que, numa primeira leitura do disposto no artigo 649 do CPC, vi a natureza absoluta da impenhorabilidade ruir.

Investigando outros critérios de penhorabilidade do salário, logo se me revelou inadequado aquele adotado no mencionado artigo.

Perquirindo sobre a natureza alimentar do crédito trabalhista e do salário do executado, a impenhorabilidade me pareceu injusta.

Por fim, examinando a questão nos seus mais variados aspectos, a impenhorabilidade, aplicada de forma absoluta na execução trabalhista, já se me apresentava equivocada.

Surpreendi-me, não posso negar, com minhas próprias conclusões. Como algo que era certo, inquestionável, logo se torna duvi-

doso, para pouco depois se revelar um erro?

O filósofo, em sua delirante genialidade, tinha razão: no mundo ético nada segue em linha reta.

Na ordem universal do dever-ser, as tendências inerciais são sempre vencidas pela inexorável força dos valores e pelos obstáculos interpostos pela infinita multiplicidade dos fenômenos.

## 2. DA PROTEÇÃO CONTRA OS CREDITORES DO EMPREGADO

Com vistas a oferecer a mais ampla proteção ao trabalhador em face de seus credores, o legislador da era Vargas, seguindo as disposições contidas no Decreto 737, de 25/11/1850<sup>2</sup>, estabeleceu no artigo 942 do Código de Processo Civil (Decreto-Lei nº 1.608, de 18/09/1939) a impenhorabilidade do salário.

A reforma processual levada a efeito através da edição da Lei nº 5.869, de 11/01/1973, em seu artigo 649, com pequenas mudanças de redação, não fez senão repetir o quanto disposto no vetusto código. A doutrina é unânime em afirmar que não foi reforma, mas promulgação de novo código. Aliás, neste sentido a

exposição de motivos do CPC/73.

Nesses termos, diferentemente do que ocorre na Argentina e na França onde, segundo um sistema progressivo, quanto maior o salário, maior sua parcela penhorável, o Brasil adotou a regra geral da impenhorabilidade absoluta<sup>3</sup>.

Exceção apenas se fez em relação à possibilidade de penhora no caso de pensão alimentícia.

É certo que, até os primeiros trinta anos do século XX, época em que a sociedade brasileira era predominantemente agrá-

*"Acreditava que o salário, em qualquer caso, era impenhorável não porque havia feito uma interpretação acerca do sentido e alcance da norma aplicável, mas em razão de me terem ensinado que a lei havia estabelecido o princípio de forma absoluta e também porque nunca vira alguém ousar questionar o mandamento — O salário é impenhorável — Amém!"*

<sup>2</sup> artigo 429, §§ 2º, 3º e 4º.

<sup>3</sup> Arnaldo Süssekind, in Instituição de Direito do Trabalho, 20ª Edição, Vol. I, página 445.

ria, tendo a maioria da população representada por trabalhadores rurais, cujos salários, em regra, respondiam tão-somente ao estritamente necessário à sua sobrevivência, não havia motivos para se adotar um sistema de penhora parcial ou progressivo, muito mais complexo e que exige constante revisão.

Contudo, entre 1937 e 1940, o Estado, abandonando a política liberal (*laissez-faire*, *laissez-passer*) predominante no século XIX, passou a intervir diretamente na economia, com o claro objetivo de incentivar a atividade econômica. A partir de 1940, com altos investimentos estatais na indústria pesada (siderurgia, indústria química, mecânica pesada, metalúrgica, etc), o Estado passou a ser o principal investidor do setor industrial. Com isso, deu-se grande impulso ao processo de industrialização que faria com que o Brasil deixasse de ser um país voltado exclusivamente para a agro-exportação e passasse a ter uma indústria diversificada.

Paralelamente à industrialização, deu-se o crescimento acelerado de algumas cidades, bem como o desenvolvimento das atividades bancárias, comerciais, de transporte e de serviços urbanos em geral, o que levou ao fortalecimento da classe média, que, nessa época, passou a ser formada, além da já tradicional elite agrária, pelos profissionais liberais, gerentes de empresas privadas, altos funcionários, técnicos industriais, empregados do comércio, funcionários públicos, artesãos, militares etc.

Assim, embora em reduzido número, já podemos encontrar na sociedade brasileira do final da década de trinta, trabalhadores assalariados que recebiam remuneração que suplantava o estritamente necessário à sua sobrevivência, ou seja, parte do que auferiam podia estar sendo destinada para outras necessidades como lazer, educação e formação de reservas financeiras.

A partir desse momento, a regra da impenhorabilidade de salários possibilitou a ocorrência de situações em que um empregado rural ou operário, que recebiam remuneração de subsistência, ficassem impossibilitados de, mediante penhora de salários,

haver eventuais créditos (de natureza alimentar ou não) que possuíam em face daqueles que auferiam, assim considerados à época, altos salários.

Não por outro motivo, a adoção do sistema da impenhorabilidade, há mais de cinquenta anos, vem sendo criticada pela doutrina, conforme podemos constatar na obra fac-similada (1951), do ilustre professor José Martins Catharino, denominada *Tratado Jurídico do Salário*.

Vejamos o que nos diz o emérito jurista:

“O princípio, tal como foi consagrado, é passível de crítica. Não é justo, de forma alguma, que a lei não distinga o pequeno salário do polpudo ao defender sua integridade das investidas dos credores do assalariado. Não é jurídica a ausência dessa distinção. Pelo artigo transcrito têm igual tratamento tanto o salário do alto empregado como o do simples servente, de nada valendo a circunstância do último ter nítido caráter alimentar em flagrante contraste com o primeiro que não tem, ou o possui muito atenuado. Não é mister comentar o erro do legislador. Ele salta aos olhos, até dos leigos”. (grifo nosso)<sup>4</sup>

Note-se que o comentário acima teve em vista apenas a proteção do salário considerado em si mesmo. A crítica é feita partindo-se apenas da distinção feita entre um salário de pequena monta, que é eminentemente alimentar, daquele outro que, por seu vulto, traz em si possibilidades bem variadas (lazer, educação, investimentos, etc).

O texto não faz qualquer referência a aspectos qualitativos do crédito exequendo – se é de natureza alimentar ou se é crédito comum, motivo pelo qual não podemos senão pressupor que no caso foi considerado o crédito comum, sem qualquer privilégio ou preferência.

Importante lembrar que o parecer foi dado numa época em que o desenvolvimento das relações sócio-econômicas não per-

<sup>4</sup> José Martins Catharino, in *Tratado Jurídico do Salário*, Editora LTr, 1997, Edição fac-similada (1951), pág. 711.

mitia que algumas empresas, ad contrário do que ocorre hoje, pagassem a certos empregados, salários que chegam a milhões.

Por óbvio, se poucos eram os empregados que recebiam altos salários, reduzido também era o número daqueles que conseguiam acumular capital suficiente para tornarem-se empreendedores, isto é, dificilmente um empregado transformava-se em empregador. Desses, raríssimos, certamente, os que não cumpriam suas obrigações.

Provavelmente, por esse motivo, o eminente professor, embora tenha realizado em seu Tratado minuciosa e exaustiva análise da impenhorabilidade do salário, não chegou a cogitar da possibilidade de um empregado ser executado por outro, por dívidas de natureza trabalhista.

### 3. DA EXECUÇÃO DO CRÉDITO TRABALHISTA

Se há mais de meio século, como visto, o sistema da impenhorabilidade absoluta não se mostra adequado à solução dos casos em que um credor, sem privilégio, investe contra o devedor assalariado, o que dizer daquelas situações em que o credor é detentor de um crédito "superprivilegiado", de natureza alimentícia?

Para responder à pergunta acima, façamos, agora, análise dos principais elementos da impenhorabilidade:

#### 3.1 fundamento da impenhorabilidade

Para aqueles que só possuem como fonte de riqueza sua força de trabalho, o salário, obtido pela prestação de labor por conta de outrem, constitui o principal meio de garantir a sua sobrevivência na sociedade.

Assim, porquanto fundamental para manutenção do trabalhador e de sua família

e, por conseguinte, da própria ordem social, o Estado tem adotado princípios que visam a assegurar que os salários sejam pagos sem qualquer tipo de restrição. Dentre esses princípios encontramos o da intangibilidade do qual se extrai a regra da impenhorabilidade.

Não há dúvida de que a possibilidade de realizar de forma irrestrita a penhora de salário daria ensejo a situações em que o trabalhador, por longo tempo, ficaria privado do necessário a sua subsistência, o que é inaceitável diante de princípios e garantias hoje constitucionalmente estabelecidas, como o direito à vida, à segurança e o respeito à dignidade da pessoa humana.

Desta forma, constitui fundamento para a regra da impenhorabilidade o caráter de subsistência ou alimentar do salário, isto é, a norma tem por objetivo impedir que o trabalhador seja privado do que lhe é essencial.

A doutrina, nesse sentido, é unânime:

"Proteção do salário – Sendo o salário o principal, senão o **único meio de sustento** do trabalhador e de sua família, procurou a lei brasileira cercá-lo de proteção especial de caráter im-

perativo, a fim de assegurar o seu pagamento ao empregado, de forma inalterável, irredutível, integral e intangível, no modo, na época, no prazo e no lugar devidos. Outrossim, estabeleceu regras favoráveis ao trabalhador no que tange à prova do pagamento do salário e à ação para sua cobrança".<sup>5</sup> (grifo nosso)

"Proteção ao salário – O salário deve ser protegido em razão do caráter alimentar que possui".<sup>6</sup>

*"Para aqueles que só possuem como fonte de riqueza sua força de trabalho, o salário, obtido pela prestação de labor por conta de outrem, constitui o principal meio de garantir a sua sobrevivência na sociedade."*

<sup>5</sup> Arnaldo Süssekind, in Instituições de Direito do Trabalho, Editora LTr, 20ª Edição, pág. 436.

<sup>6</sup> Sérgio Pinto Martins, in Direito do Trabalho, Editora Atlas, 16ª Edição, 2002, pág. 266

“Proteção contra os abusos do empregador – A necessidade de proteger o efetivo recebimento do salário assenta no seu caráter alimentar”.<sup>7</sup>

3.2 Da natureza absoluta da impenhorabilidade estabelecida no artigo 649 do CPC.

Analisando o quanto disposto no artigo 649 do CPC, vemos que o legislador, no afã de expressar de maneira veemente e clara a impossibilidade de se realizar a penhora de salário, cometeu pequeno deslize de raciocínio lógico.

No *caput* do artigo estabeleceu que a regra era **absoluta**, para depois, no inciso IV, excepcioná-la em relação aos casos de “pagamento de prestação alimentícia”.

Todavia, considerando que, por definição, absoluto diz-se, justamente, daquilo que por sua natureza não comporta nenhuma exceção ou restrição<sup>8</sup>, não podemos considerar a impenhorabilidade, ainda que assim o diga o legislador, absoluta.

3.3 Do fundamento da exceção à regra da impenhorabilidade

Da forma como tem sido interpretado o inciso IV do artigo 649 do CPC, a penhora de salário torna-se possível apenas se existentes três pressupostos que são essenciais à obrigação de prestar alimentos.

O primeiro é mais importantes deles diz respeito à natureza alimentar do crédito exequendo. Somente o crédito que responde pelas necessidades fundamentais do credor pode dar ensejo à penhora de salário.

Como visto anteriormente, há uma presunção legal de que todo e qualquer salário, do mínimo ao mais vultoso, está destinado preponderantemente à subsistência de seu autor. Assim, ante a ficção jurídica e segundo uma apreciação valorativa, o que não tiver o signo do primordial não poderá prevalecer sobre o salário. O crédito que representar o luxo, o supérfluo ou mero acúmulo de capital estará sempre em segundo plano em relação ao salário.

Por isso, o crédito civil, que, em regra, está vinculado a uma atividade comercial pela qual se busca o lucro, como é o caso do crédito do banqueiro relativo a empréstimos ou do comerciante decorrente de compra e venda, estará sempre em segundo plano quando for confrontado com o salário.

O segundo pressuposto é que exista vínculo de parentesco, matrimonial ou decorrente da união estável entre o exequente e o executado (artigo 1.694 do Código Civil). Em não sendo o exequente ascendente, descendente, ex-cônjuge ou irmão (germano ou unilaterial) do executado, não haverá possibilidade de se realizar a penhora de salário.

O último requisito é que o salário, embora essencialmente de natureza alimentar, seja constituído de parcelas correspondentes a outras necessidades que, embora fundamentais, não possuam a mesma premência.

Somente nesse caso será possível descartar do salário do executado uma parcela não alimentar que, em relação às necessidades do exequente, ocupam um nível inferior dentro da escala estabelecida para o que é entendido por fundamental.

Caso o salário do executado permita tão-somente o atendimento às necessidades com alimentação, a exceção à regra da impenhorabilidade não se justificaria eis que, nesse caso, estaríamos diante de um conflito entre necessidades idênticas – tirar o sustento de um, para dar a outro.

Sobre o pressuposto em tela, assim discorreu a eminente professora Maria Helena Diniz: “o alimentante deverá cumprir seu dever sem que haja desfalque do necessário ao seu próprio sustento; daí ser preciso verificar sua capacidade financeira, porque, se tiver apenas o indispensável à própria manutenção, injusto será obrigá-lo a sacrificar-se e a passar privações, para socorrer parente necessitado...”<sup>9</sup>

Fácil perceber, nesse ponto, que o único pressuposto existente na execução

<sup>7</sup>José Martins Catharino, ob. cit. na nota 4, pág. 619.

<sup>8</sup>Hilton Japiassu e Danilo Marcondes, in Dicionário Básico de Filosofia, Editora Jorge Zahar, 3ª Edição, p. 1.

<sup>9</sup>Diniz, Maria Helena, in Direito Civil Brasileiro, Editora Saraiva, 13ª edição, 1998, 5º Vol., página 394.

movida pelo credor de alimentos e que não se encontra naquela movida pelo credor de verbas trabalhistas é o vínculo de parentesco.

Assim, naquela execução, à necessidade alimentar do exequente, soma-se o dever de solidariedade existente entre os parentes<sup>10</sup>.

Cabe-nos, agora, indagar se no caso da relação empregatícia também não existiria para o empregador um dever para com seu empregado tão ou mais importante que o da solidariedade.

#### 4. DO EMPREGADOR QUE NÃO CUMPRE SUAS OBRIGAÇÕES

Quando o tio não fornece alimentos ao sobrinho necessitado, deixa de cumprir o dever de solidariedade. Mas o que acontece quando o empregador não paga o salário de seu empregado?

Vejamos:

Quando o trabalhador fornece sua força de trabalho ao empregador e este em troca nada lhe fornece, instaura-se uma relação de exploração do homem pelo homem em níveis jamais alcançados na história da humanidade.

Quem um dia acreditou que a escravidão era o limite, enganou-se.

Nas sociedades primitivas onde todos os bens eram escassos e de propriedade comum, o que se produzia ou se obtinha diretamente da natureza, em geral, era suficiente apenas para a subsistência da *comuna*. Nessa época, embora existisse diferença entre o aporte físico entre os homens, não se faziam escravos.

Friedrich Engels nos fornece os motivos para isso: "O escravo não tinha valor algum para os bárbaros da fase inferior. Por isso os índios americanos relativamente aos seus inimigos vencidos agiam de maneira bastante diferente da usada na fase superior. A tribo vencedora matava os homens derrotados, ou adotava-os como irmãos; as mulheres eram tomadas como esposas, ou, juntamente com seus filhos sobreviventes, adotadas de qualquer outra forma. Nessa

fase, a força de trabalho do homem ainda não produz excedentes apreciáveis sobre os gastos de sua manutenção. Ao introduzirem-se, porém, a criação do gado, a elaboração dos metais, a arte do tecido e, por fim, a agricultura, as coisas ganham outra fisionomia.

Principalmente depois que os rebanhos passaram definitivamente à propriedade da família, deu-se com a força de trabalho o mesmo que havia sucedido com as mulheres, antes tão fáceis de obter e que agora já tinham seu valor de troca e eram compradas. A família não se multiplica com tanta rapidez quanto o gado. Agora eram necessárias mais pessoas para os cuidados com a criação; podia ser utilizado para isso o prisioneiro de guerra".

Como se vê, o fato de um ser humano ser fisicamente superior a seu semelhante, de modo a poder subjugar-lo, não é suficiente para que a escravidão se estabeleça como instituição no corpo social.

A utilização contínua e duradoura da força de trabalho do escravo torna-se possível apenas quando este, num dado momento histórico de desenvolvimento das forças produtivas, passa a produzir lucro; gerar riqueza maior do que aquela utilizada para sua subsistência. Do contrário, o escravo morre ou o senhor acaba sendo obrigado a trabalhar para mantê-lo vivo, o que inviabiliza totalmente o sistema escravista.

Assim, vemos que a escravidão sustenta-se em bases econômicas: é a possibilidade de auferir riquezas a partir do trabalho alheio que a faz nascer e que a mantém. Se o escravo não gera lucro, não serve para nada.

Nesse sentido, todas as circunstâncias, hoje consideradas abomináveis, que envolvem o escravismo, como o fato de um homem assenhorear-se do corpo físico de outrem, em razão do que passa a infligir ferimentos, restringir a liberdade, constringer psicologicamente, impor trabalhos forçados, são postas e mantidas em função apenas e enquanto necessárias à exploração econômica do escravo.

<sup>10</sup>Diniz, Maria Helena, op. cit., p. 391.

Ainda que tais circunstâncias qualifiquem o sistema escravocrata, diferenciando-o dos demais sistemas de exploração do trabalho alheio como a servidão e o trabalho assalariado, não são suficientes, por si sós, para mantê-lo. Afastada a possibilidade de obtenção de lucro, as formas de subserviência total de um ser humano em relação a outro só podem ser sustentadas por sentimentos mesquinhos como a vingança ou o sadismo, o que redundará na pura tortura. Essa relação, contudo, diferentemente da escravidão que, em regra, se prolonga por anos, tem vida curta, uma vez que o subjugado, nesses casos, não produz riquezas, mas ao contrário, as consome.

Vê-se, dessa forma, que, assim como o sol, pela ação da força gravitacional, cria e sustenta o sistema planetário, a exploração econômica do trabalhador faz nascer e garante a estabilidade do sistema escravista.

Não é por outro motivo que hoje, ao estudar a monografia sobre trabalho escravo no Brasil, de Jairo Lins de Albuquerque Sento Sé, encontramos a seguinte assertiva: "Após a elaboração deste trabalho, a conclusão mais importante que podemos aferir é a de que o trabalho escravo contemporâneo na zona rural brasileira está intimamente ligado ao **interesse econômico**".<sup>11</sup> (grifo nosso).

Destarte, os mesmos motivos que há dez mil anos fizeram com que o homem do período Neolítico, recentemente fixado à terra pelo domínio do pastoreio e da agricultura, passasse a escravizar seus prisioneiros de guerra, agora, neste século, faz com que, nos rincões de nosso país, onde o poder público não consegue impor a ordem e a lei, proprietários de terras aproveitem-se da condição de miserabilidade da população local para fazer uso da mão-de-obra escrava.

A situação me faz lembrar dos versos nihilistas contidos no livro *Eclesiastes* da Bíblia, 1,9-10: "O que tem sido, isso é o que há de ser, e o que se tem feito, isso se tornará a fazer; nada há que seja novo debaixo do sol. Há alguma coisa de que se possa dizer: Vê, isso é novo? Ela já existiu nos séculos que foram antes de nós".

Na verdade, fazendo uma retrospectiva histórica, vemos que, da época remota descrita por Engel, até nossos dias, nosso planeta esteve sempre iluminado pela estrela brilhante chamada exploração econômica do trabalho alheio. O que mudou ao longo dos anos foram apenas os planetóides que o gravitam.

Por isso, ao analisarmos a escravidão na idade antiga, a servidão na idade média e o contrato de trabalho contemporâneo, encontramos como elemento central e essencial de qualquer deles, a possibilidade de obter lucro a partir do trabalho de outrem. As circunstâncias e variações do poder, daquele por conta de quem se trabalha, de dispor do "trabalhador", são meramente acessórias, ainda que qualifiquem o sistema.

Na escravidão antiga, por exemplo, o fato de o beneficiário do trabalho dispor do corpo físico do "trabalhador", podendo ferir, aprisionar e até matar o escravo é elemento definidor do sistema escravocrata, isto é, distingue-o da servidão e do trabalho assalariado. Esta total subordinação do escravo em relação a seu senhor, contudo, não constitui em si um fim.

O sadismo, o sofrimento posto como fim, não é elemento típico do sistema, surge ocasionalmente em função da personalidade doentia do senhor. Em regra, o tratamento desumano que se dá ao escravo é instrumental, existe apenas enquanto reconhecido como meio necessário para a manuten-

*"Fazendo uma retrospectiva histórica, vemos que, da época remota descrita por Engel, até nossos dias, nosso planeta esteve sempre iluminado pela estrela brilhante chamada exploração econômica do trabalho alheio. O que mudou ao longo dos anos foram apenas os planetóides que o gravitam."*

<sup>11</sup>Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé, in *Trabalho Escravo no Brasil*. Editora LTr, 2001, página 127.

ção de uma ordem de exploração econômica do trabalho alheio.

Hoje, o trabalho assalariado não representa senão o mesmo sistema de exploração de trabalho alheio, agora, adaptado às novas condições tecnológicas, econômicas e sociais.

A grande estrela que iluminava e dava vida à escravidão e à servidão é a mesma que hodiernamente mantém o trabalho assalariado.

Note-se que o maior equilíbrio entre as forças do capital e do trabalho, decorrente do grande desenvolvimento sócio-econômico observado nos séculos XIX e XX, do qual resultou numa série de benefícios e vantagens que melhoraram as condições de vida para o trabalhador, permanece como elemento frágil e variável do sistema, de modo que qualquer abalo na ordem sócio-econômica acaba afetando sensivelmente esse equilíbrio, fazendo deteriorar os direitos trabalhistas arduamente conquistados, sem, contudo, afetar o núcleo central — a exploração econômica do trabalhador.

Não por outro motivo é que, com frequência, vemos as relações de trabalho assalariado metamorfosearem-se em relações que em muito se aproximam da escravidão e da servidão.

O trabalho escravo contemporâneo, que podemos encontrar na zona rural de nosso país, onde é modesta a atuação dos órgãos de fiscalização do Estado, é exemplo típico dessa transmutação do sistema assalariado em um sistema análogo ao escravista do século XIX, mediante o qual se alteram as circunstâncias que envolvem a prestação do trabalho, mas mantém-se o almejado lucro pela utilização do trabalho de outrem.

Essa nova relação de trabalho, conforme Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé<sup>12</sup>, apresenta-se em suas linhas gerais da seguinte forma: “O empregador mantém o empregado rural sob o seu jugo, normalmente iniciando por uma oferta ilusória e tentadora de labor patrocinada por um falso empregador. Daí porque a sua manifestação

originária de vontade costuma ser deturpada, uma vez que os termos contratuais acertados com o representante do patrão normalmente são descumpridos. Isto se agrava quando, iniciado o labor, o obreiro chega a ser submetido a coação física e moral na hipótese de questionar o conteúdo da prestação do trabalho. O ápice da exploração é atingido quando o rurícola contrai uma dívida impagável perante o seu patrão e fica aprisionado a ele de maneira inquebrantável e ininterrupta”.

Outro exemplo é a denominada “superexploração do trabalho”, que se caracteriza pelo fato de o empregado ser submetido a excessiva jornada de trabalho, laborando de domingo a domingo, sem anotação em carteira de trabalho, sem receber férias, 13º salário, horas extras, DSR's etc.

No primeiro caso, além de ser explorado economicamente, o trabalhador é privado de direitos fundamentais como a liberdade, integridade física e psíquica, em completo desrespeito à sua dignidade, o que torna desprezível sua própria condição humana. Sua situação só é melhor que a do escravo da idade antiga porque, diferentemente deste, não é considerado propriedade do senhor (não pode ser vendido).

No segundo, o empregado é tratado como trabalhador de segunda categoria, eis que, ao arrepio da lei, seu empregador, sonegando direitos garantidos aos trabalhadores em geral, paga-lhe o estritamente necessário à subsistência. Assim, ainda que não se reconheça no presente caso grave ofensa à dignidade do empregado, não podemos deixar de admitir sua humilhante condição.

Há, ainda, uma outra modalidade de exploração do trabalho alheio que, embora atípica, não se pode dizer que é incomum.

Nela o trabalhador é admitido mediante contrato anotado em CTPS e promessa de pagamento de todos os direitos trabalhistas previstos no ordenamento jurídico. O empregado presta seus serviços em jornada diária de oito horas e 44 semanais, goza intervalo para refeição de duas horas, não realiza trabalho extraordinário e desfruta

<sup>12</sup>Ob. cit. na nota 11, página 28.

normalmente o descanso semanal remunerado. Em nenhum momento é forçado ao trabalho, ameaçado, nem sequer recebe advertências. Contudo, decorridos apenas alguns dias ou o mês completo, o trabalhador é dispensado sem qualquer pagamento.

A maioria das pessoas de nossa sociedade moderna, se questionada, certamente dirá que houve um simples inadimplemento, ocorrência de menor gravidade que a observada na escravidão e na “superexploração” do trabalhador.

Acredito, porém, que o que hoje chamamos de “inadimplemento” é, no aspecto econômico, mais prejudicial ao homem que o trabalho escravo. Para assentar esta afirmação, utilizo-me dos argumentos do jurista e filósofo maranhense Agostinho Ramalho Marques Neto<sup>13</sup>: “Em muitos casos, o escravo grego, por exemplo, tinha situação melhor que a dos explorados da modernidade, uma vez que possuía roupas, alimentação e moradia, enquanto o atual explorado, além de igualmente possuir liberdade, não tem sequer acesso às suas necessidades básicas”. Podemos, outrossim, confirmar estas idéias com dados históricos<sup>14</sup>: Na Grécia, “embora muitos fossem pobres, eram poucos os muito ricos. Quase todos, quer cidadão, metecos ou escravos, comiam o mesmo tipo de comida, vestiam o mesmo tipo de roupa e participavam do mesmo tipo de divertimentos”. (grifo nosso)

Dois são os motivos que me levam a pensar assim.

O primeiro deles encontra-se expresso na obra *O Capital* de Karl Marx e diz respeito ao fato de o pagamento na forma de salário não deixar que se perceba que, além do trabalho necessário, do qual se aproveita o trabalhador (trabalho pago), este também produz um “sobre-trabalho”, que aproveita ao empregador (trabalho não pago), de modo que, sem a análise mais profunda da matéria, tem-se a impressão que todo o trabalho

do operário é pago e que o escravo nada recebe.

Vejamos como o filósofo explica o fenômeno<sup>15</sup>: “No sistema escravagista, ainda a parte da jornada em que o escravo supre o valor da sua subsistência e na qual trabalha realmente para si próprio, não parece senão que trabalha para o seu proprietário; todo o seu trabalho reveste a aparência do trabalho não pago. Sucede o contrário com o trabalho assalariado: ainda o sobre-trabalho ou trabalho não pago afeta a aparência de trabalho pago. Na escravatura, a relação de propriedade oculta o trabalho do escravo para si próprio; no salariado, a relação monetária encobre o trabalho gratuito que o assalariado produz para o seu capitalista”.

Desta forma, pelas razões acima apontadas, quando vemos um empregado moderno que não recebeu seu salário, temos a falsa impressão de que ele, assim como o escravo, nada recebem por seu trabalho e, por isso, do ponto de vista econômico, estariam na mesma situação. A partir daí, concluímos que, por ser livre, em melhores condições está o trabalhador moderno, do que o escravo que, além de não receber salário, não goza de liberdade.

Como se vê, em razão da paga salarial, temos dificuldade em perceber que o empregado desprovido de seu salário, encontra-se, do ponto de vista econômico, em piores condições que o trabalhador “superexplorado” e que o escravo.

O segundo motivo em razão do qual se torna difícil compreender que o trabalhador moderno, quando não recebe o salário correspondente a seu labor, encontra-se, do ponto de vista econômico, em condições piores do que aqueles miseráveis escravos que eram acorrentados aos porões das galeras romanas para, no momento das batalhas, aplicando todas as suas forças nos remos, darem grande velocidade à embarcação, é

<sup>13</sup> Cf. Jairo Lins de Albuquerque Sento-Sé, in op. cit. página 26.

<sup>14</sup> Edward Menall Burns, in *História da Civilização Ocidental*, Editora Globo, 40ª Edição, volume I, 2000, página 119.

<sup>15</sup> Edição Condensada de *O Capital* de Karl Marx, Editora Edipro, 2ª edição, 2003, página 211.

o fenômeno descrito por Eduardo Giannetti<sup>16</sup> como auto-engano: "O problema da dificuldade de olhar para si mesmo aparece de forma aguda no campo moral. Quando o que está em jogo são ações e interesses distantes da nossa rede de afetos e preocupações: quando tudo o que nos cumpre fazer resume-se a aprovar ou condenar determinadas condutas, ao passo que o ônus da sua execução recai sobre ombros alheios, cada um de nós é um juiz competente, com uma noção adequada de certo e errado e um compromisso inabalável na defesa do bem e no combate sem tréguas do mal... Mas quando se trata de atribuir a devida dimensão e dar um contorno adequado ao que se refere a nós mesmos, quando o que está em jogo é a definição de uma perspectiva equilibrada entre os nossos interesses e os interesses dos que nos cercam, cuidando para que as nossas ações reflitam na prática esse equilíbrio, a nossa capacidade de discernimento e juízo moral tende a ficar seriamente enfraquecida... A competência humana para ver e julgar com o mínimo de isenção e imparcialidade parece cair exponencialmente à medida que nos aproximamos de tudo aquilo que nos afeta e preocupa de perto. Daí o consagrado preceito, oriundo da Política de Aristóteles em sua formulação original, segundo o qual "ninguém é bom juiz em causa própria". O apetite da parcialidade é voraz. Ele insiste, ele envolve, ele se insinua no cerne do nosso equipamento moral e com frequência abocanha o que almeja, ou seja, consegue desviar, deturpar ou anular a sua ação corretiva"

O mesmo fenômeno, isto é, a tendência de não enxergar os próprios erros, essa parcialidade moral que afeta o indivíduo, também parece atingir a sociedade de forma generalizada.

*"Para manter o status quo, a estrutura que mantém nosso confortável modo de vida, somos capazes de mentir descaradamente para nós mesmos. Criamos, se necessário, todo um complexo e ardiloso sistema filosófico para tão-somente nos fazer enganar."*

Para manter o *status quo*, a estrutura que mantém nosso confortável modo de vida, somos capazes de mentir descaradamente para nós mesmos. Criamos, se necessário, todo um complexo e ardiloso sistema filosófico para tão-somente nos fazer enganar.

Muito mais difícil que mudar nossas idéias é transformar as nossas vidas, de modo que, em geral, estamos mais habituados e capacitados a controlar nossos sentimentos e idéias do que os acontecimentos do mundo fenomênico. Por isso, o homem, entre a opção de justificar seu mundo e torná-lo justo, tem dado preferência à primeira.

É a partir daí que podemos compreender, por exemplo, porque Aristóteles, que sobre assuntos como a lógica empreendeu tão profunda e sábia análise filosófica, ao discorrer sobre a escravidão, não conseguiu deixar a superficialidade, afirmando que alguns homens "são escravos por natureza, nascidos para servir, para fazer o que são mandados".

Poderíamos esperar outro juízo do filósofo grego, para quem o ócio (à época prerrogativa dos homens livres) era fundamental para manter uma vida, como dizia Platão, de "contemplação das idéias"?

Não! Muito mais conveniente que se opor à instituição fundamental de sua sociedade era encontrar argumentos para legitimá-la.

Assim, pelos mesmos motivos que Aristóteles, no século VI a.C., não via indignidade alguma na escravidão, hoje, quando o empregador deixa de pagar o salário de seu empregado, parece-nos apenas que estamos diante de um simples inadimplemento de uma obrigação. Não conseguimos enxergar que esse trabalhador foi explora-

<sup>16</sup> Eduardo Giannetti, in Auto-engano. Companhia das Letras, 1ª reimpressão, 1998, páginas 178/179.

do ao extremo, que, ao contrário do que ocorre com o escravo e o servo, não lhe foi dado, em função de seu labor, nem o necessário à sua subsistência, que também aqui, sua condição humana é desprezada.<sup>17</sup>

Como nós, representantes da cultura ocidental, orgulhosos por termos criado, depois de séculos de evolução filosófico-jurídica e técnico-científica, um Estado Democrático de Direito, que tem, dentre outros, como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no qual vigem normas trabalhistas consolidadas, por muitos consideradas excessivamente protecionistas, poderíamos aceitar a ocorrência de situações em que o trabalhador moderno seja posto, sob o aspecto econômico, em condições piores que um servo da Idade Média.

Como suportar o fato de que, quando se sonega ao trabalhador o salário, no qual estão insertos parcelas correspondentes ao mínimo necessário à sua sobrevivência, dá-se nascimento ao sistema mais eficiente de exploração do trabalho alheio, da pré-história até nossos dias. Que, neste ponto, a estrela que mantém o sistema (lucro a partir do trabalho de outrem) explode sob a forma resplandecente de uma supernova, e, assim, vemos tudo que estava em sua órbita submergir completamente no brilho ofuscante de um feixe de luz, de maneira que, por fim, não resta senão a enorme estrela brilhante (o lucro puro). O sistema atinge o ápice de seu desenvolvimento – a perfeição. O empregador não precisa despendar nada para obter a força de trabalho, recursos monetários (compra do escravo), bens (fornecer alimento, roupas, moradia), energia (ferir, castigar, humilhar, restringir a liberdade), apenas colocar à disposição os meios de produção. Não mais é necessário preocupar-se com a sobrevivência do trabalhador, pois, agora, cabe ao Estado dar assistência aos necessitados, mas se o ente público não

cumprir sua obrigação e o trabalhador não sobreviver, não há problema, a oferta da mão-de-obra é muito superior à demanda.

## 5. DA ANALOGIA ENTRE O CRÉDITO ALIMENTAR TRABALHISTA E OS ALIMENTOS

Encontramo-nos agora no ponto crucial de nossa investigação acerca da possibilidade de realização de penhora de salário para satisfação do crédito alimentar trabalhista.

É o momento de responder a seguinte questão: Considerando que o que diferencia o crédito alimentar trabalhista e os alimentos é a existência neste último, entre credor e devedor, de um vínculo de parentesco e no primeiro um vínculo obrigacional decorrente da utilização da força de trabalho do empregado sem a correspondente contraprestação, poderíamos, segundo os valores que hoje inspiram nosso ordenamento jurídico, aplicar analogicamente o quanto disposto no inciso IV, do artigo 649 do CPC, para permitir que, naqueles casos em que o empregador não paga parcela de natureza alimentar a seu empregado, efetue-se a penhora de salários que eventualmente receba?

Para responder a questão posta, é necessário visualizar uma situação de conflito entre o crédito trabalhista e o de alimentos, caso em que nos veremos obrigados a optar, a fazer uma escolha valorativa entre ambos.

Vejamos como isto é possível: "Fulano, 40 anos, funcionário público, casado, dois filhos, com salário mensal de R\$1.000,00, é citado em ação de alimentos promovida por seu irmão, Beltrano, com 30 anos de idade, desempregado, que se diz em condições de miserabilidade, sendo incapaz de manter seu próprio sustento. Em defesa, Fulano alega que da remuneração que percebe, R\$740,00

<sup>17</sup>Jorge Luiz Souto Maior, em texto produzido para o Projeto de Curso da Escola da Magistratura da 15ª Região, com o título O juiz entre a razão e a sensibilidade, observa, com certa ironia, mas com muita propriedade que: "Se legislação trabalhista flexível fosse sinônimo de sucesso econômico, não tenham dúvida, o Brasil seria a primeira potência econômica do mundo. Mas, de qualquer modo, se eu estiver errado, então a solução do problema econômico do Brasil é muito simples e não há porque ficar dando muitos rodícios: basta revogar a Lei Aurea. Mas, como a escravidão pode ser muito cara, deve-se acrescentar à nova-velha ordem uma outra regra legal, fixando que os escravos (os pobres, sejam negros ou brancos) não precisam ser alimentados pelo seu dono e que este não lhes precisa conceder moradia. Atendida a lógica do argumento da necessidade da redução de custos do trabalho, o Brasil será então, uma potência mundial. (grifo nosso)

são gastos com a subsistência de sua família (R\$300,00 alimentação, R\$200,00 com aluguel, R\$150,00 com água e luz e R\$90,00 com transporte), dela não podendo dispor. Afirma, ainda, que está muito preocupado com a situação de penúria do irmão e gostaria muito de ajudá-lo. Contudo, o valor que resta de seu salário (R\$260,00), do qual pode dispor para garantir o sustento de seu irmão, estaria antes destinado para o pagamento do salário de sua empregada doméstica, que também precisa sustentar sua família. O que fazer? - pergunta. Deixo de cumprir minha obrigação trabalhista para auxiliar meu irmão?

Diante do impasse, seria possível ao juiz, que considera o Direito como um instrumento para o alcance dos "fins sociais e do bem comum", manter o espírito sereno e tranquilo? Ou, nesse caso, o magistrado estaria irremediavelmente entregue à angústia de ver afastada dos olhos a ilusão que faz parecer a fugidia Justiça uma escolha e não uma meta a ser alcançada; tomado pela dor dilacerante de estar diante da realidade de um mundo que nem sempre permite o bem comum - da natureza sem piedade - da natureza que - como diz Schopenhauer - nunca se contrista.

Num primeiro momento, buscando na lei a solução do caso, observaria ele que o inciso IV, do artigo 649 do CPC, estabelece como única exceção ao princípio da impenhorabilidade, o pagamento de prestação alimentícia, do que concluiria, com facilidade, que, se a ordem jurídica não prestigiou o crédito trabalhista da mesma forma, é porque considera o vínculo de parentesco mais relevante, motivo pelo qual o Sr. Fulano deve, também, dar preferência ao pagamento de sua obrigação alimentícia.

Imediatamente, contudo, constataria que o resultado alcançado contraria fron-

talmente princípios fundamentais da ordem constitucional como o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, eis que, efetivamente, não se pode decidir a favor do irmão para deixar a empregada desprovida de seus meios de subsistência ou vice-versa.

O fato de o direito nascer de um liame de parentesco ou de um vínculo de emprego, ante o valor da vida e da dignidade do homem, perde toda a sua importância.

Assim, no caso em tela, colocado o magistrado na posição de ter que decidir entre direitos de igual magnitude, a vida em face da vida, não pode simplesmente optar entre um ou outro.

Por que então se vê a maioria dos juízes do trabalho, quando diante da necessidade de decidir entre a vida e dignidade do executado e a vida e dignidade do trabalhador, com tanta desenvoltura e tranquilidade de espírito, optar por conceder de forma integral o direito ao executado?

O primeiro motivo a explicar a escolha, é a existência de uma lei que se auto-intitula absoluta.

A impenhorabilidade de salário é absoluta - Amém!

O artigo 649 do CPC representa o sonho de todo julgador. O Eldorado do universo jurídico. A terra prometida onde a solução do caso concreto flui naturalmente da norma, sem a necessidade de qualquer esforço mental, e, principalmente, sem a angustiante tomada de posição diante de valores em conflito.<sup>18</sup>

Através dela, como diz José Renato Nalini, "o aplicador do Direito, preso à norma posta, está em confortável posição de um ser ascético, passivo, neutral, que se limita a aplicar automaticamente a lei ao caso concreto".<sup>18</sup>

<sup>18</sup>Cf. Jorge Luiz Souto Maior, in O Juiz entre a razão e a sensibilidade. Escola da Magistratura. Campinas. EMATRA XV.

Como reconhecer que este paraíso terrestre é apenas um desvario do legislador? Como suportar a idéia de que o Direito é um deserto sem oásis?

É preciso antes galgar degraus mais altos de nossa cultura jurídica, alcançados quando o julgador ultrapassa conceitos supersticiosos e, por exemplo, não acredita mais em leis divinas, eternas, e até mesmo na Justiça como algo inerente ao mundo, bem assim, quando supera o medo da responsabilidade que sobre si recai de ser o intérprete e aplicador do direito e se torna forte o bastante para suportar o sofrimento de descobrir em cada caso concreto que a Justiça plena é uma meta inalcançável.

Somente num degrau superior, conseguimos entender que a crença em um direito absoluto, ou seja, num direito ao qual não se pode opor outro direito, não se pauta num ato de inteligência, mas sim num ato de pura fé, que nasce da fraqueza humana, de sua necessidade de um mundo sem conflitos, de sua esperança na existência de um paraíso onde os direitos individuais estejam sempre em harmonia.

Na verdade, a vida em sociedade faz surgir constantemente situações de conflito em que se põem face a face direitos iguais. Assim, para aceitar a possibilidade de direitos absolutos, precisamos considerar também possível que direitos absolutos entrem em conflito, o que é logicamente inaceitável.

A contradição aqui é insuperável. Desse modo, para crer no direito absoluto é preciso antes pôr de lado a razão (princípio da contradição), à maneira daqueles que acreditam que Deus, por sua onipotência, é capaz de “fazer uma pedra tão pesada que Ele próprio não consiga erguer”<sup>19</sup>. Aqui, somente a fé é capaz de sustentar a verdade do juízo.

Desta forma, deve-se reconhecer que o julgamento que se faz pautado em “norma absoluta”, embora ofereça uma posição confortável ao julgador, nem sempre é acertado, uma vez que parte do falso pressuposto de que existem direitos também absolutos.

Note-se que mesmo o direito à vida,

que pressupõe todos os demais, comporta exceção, como, por exemplo, na típica hipótese dos naufragos A, B e C que disputam uma tábua que suporta o peso de apenas uma pessoa. Diante do direito à vida, poderíamos dizer que A, por ser mais jovem deveria ficar com a tábua, ou C por ser mais inteligente ou B por ser mais rico?

Não há porto seguro no oceano do Direito. Temos que navegar sem parada por entre as ondas, ora tranqüilas, ora revoltas, com coragem e força para enfrentar as inevitáveis tempestades.

O segundo motivo parece ser a situação resolvida do exequente – o exequente está vivo! Apesar de ter ficado sem seu salário, de algum modo, não morreu. Se não morreu é porque as verbas a que tinha direito não respondiam por sua subsistência. O executado, por outro lado, encontra-se em situação pendente, de modo que não podemos prever como ele ficará se for retirada uma parte de seu salário.

A compreensão da situação do exequente, contudo, revela-se equivocada.

O empregado pode simplesmente estar suprindo as necessidades de sua família mediante consumo de recursos financeiros acumulados que, em pouco tempo, acabam se esgotando. Ademais, do fato de o exequente estar vivo, não é possível aferir as condições em que vive, bem assim se seus dependentes tiveram a mesma sorte. Sua casa pode estar sem luz, sem água, sem produtos de higiene, com os alugueres atrasados. Seus filhos sem remédio, sem roupas, sem sapatos, sem material escolar, sem brinquedos, sem alegria.

O empregado pode, também, estar vivendo de favores. Da ajuda dos parentes e vizinhos. Ou, ainda, endividando-se por meio de empréstimos que consumirão todos os seus recursos futuros e, assim, em muito contribuirão para a perpetuação de sua miséria.

Note-se que, ainda que se considere que a falta de salário não põe em risco a vida dos empregados (exequente e executado) em função do amparo que estes en-

<sup>19</sup> Bertrand Russell, in *História do Pensamento Ocidental*. Editora Ediouro. 2001. página 205. Ao comentar o princípio da contradição.

contram na sociedade, seja pela solidariedade dos amigos e parentes, seja dos programas assistenciais do Estado, não poderemos negar que para o trabalhador a situação de miserabilidade que o obriga a buscar o auxílio é indigna.

Dessa forma, se considerarmos que o juiz, quando nega o pedido de penhora de salário do executado, não decide sobre o direito à vida, indubitavelmente estará decidindo sobre o direito à dignidade.

Como se vê, a decisão que peremptoriamente nega ao exequente, credor de salários, a possibilidade de penhora de salário do devedor, tem como pilares de sustentação falsos pressupostos.

Verdadeiramente não há leis absolutas e o crédito do exequente responde por suas necessidades básicas.

Diante disso, devemos reconhecer que o magistrado, deparando-se com situação de fato da qual resulte conflito entre direitos fundamentais como a vida e a dignidade humana, diante dos quais tudo se

apequena (ser parente, ser empregado, ser rico, ser pobre, ser proprietário), não pode simplesmente decidir em favor de uma das partes, quando outra solução houver.

Conforme assevera Paulo Benavides, existem duas concepções de Estado de Direito: “uma ultrapassada, vinculada ao princípio da legalidade, que teve seu apogeu no direito positivo da Constituição de Weimar, e outra, em ascensão, ligada ao princípio da constitucionalidade, que transferiu o centro de gravidade da ordem jurídica para o respeito dos direitos fundamentais”<sup>20</sup>

Com relação à teoria dos princípios, vivemos hoje fase pós-positivista, na qual os princípios deixaram de ser mera fonte subsidiária para serem tratados como Direito, isto é, dotados de normatividade<sup>21</sup>. Ocorre que, diferentemente das antinomias que se resolvem através da exclusão de uma das normas em conflito, conforme os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade, a contradição entre princípios, porque não se opera no campo da validade, mas na esfera valorativa, é solucionada através de uma concordância prática.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Cf. Sílvia Marlene de Castro Figueiredo, in *A Interpretação Constitucional e O princípio da Proporcionalidade*, RCS Editora, 2005, página 196.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 143/144. Sobre a normatividade dos princípios constitucionais: TRIBUTÁRIO – Mandado de Segurança preventivo. Legitimidade passiva “ad causam”. Direito líquido e certo. Plano de aposentadoria incentivada. Imposto de Renda. (...) VOTO: (...) Como se todas essas verdades não fossem suficientes para uma conclusão favorável ao aposentado, acresce argumentar que estamos vivendo a era do reconhecimento dos chamados direitos humanos fundamentais. Dentre esses últimos, como não poderia deixar de ser, insere-se o respeito à dignidade da pessoa humana, erigido a fundamento de nossa República, de conformidade com preceito constitucional expresso (CF, art. 1º, inciso III). Decorre de tal circunstância, que os processos de Hermenêutica não podem deixar de levar em conta os comandos constitucionais, sob pena de transformar-se a Constituição jurídica num simples pedaço de papel, na sugestiva expressão de LASSALLE. Diz-nos, a propósito KONRAD HESSE (*A Força Normativa da Constituição*, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, p. 25): “A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a forma normativa da Constituição”. Assim, quando se fala na dignidade da pessoa humana, em nosso Estatuto Máximo, não se está fazendo mero exercício de retórica, como se o dispositivo fosse desprovido de coercibilidade jurídica. Já acentuei, em oportunidades anteriores, que o não atendimento ao comando de um princípio constitucional é a forma mais grave de inconstitucionalidade ou ilegalidade, conforme acentua o Eminentíssimo Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*Elementos do Direito Administrativo*, 2ª edição, São Paulo, 1991, p. 300), “porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra”. Também o ilustre Prof. EROS ROBERTO GRAU, após justificar o seu distanciamento da construção de cunho liberal pela qual cria-se uma dicotomia entre direitos e garantias constitucionais, com o escopo de distinguir diferentes graus de eficácia de uns e de outras, resolveu aderir, com CANOTILHO, à idêntica de que a distinção referida não poderia se sustentar enquanto representasse um óbice a que as garantias constitucionais viessem a institucionalizar-se. E conclui o Prof. EROS: “A aceitação da existência de direitos sem garantias implica estejamos a concebê-los como fórmulas vazias e a Constituição que os contemple como mero papel pintado de tinta... em razão disso tenho por indispensável a superação absoluta entre direitos e garantias, o que nos leva à conclusão de que aqueles são de aplicação direta e imediatamente vinculantes do Legislativo, do Judiciário e do Executivo. (...) É o meu voto”. Des. Fed. Newton De Lucca (TRF – 3ª Região – 4ª Turma; Apelação em mandado de segurança nº 1999.03.99.042807-7-SP; Rel. Des. Fed. Newton De Lucca; j. 22/11/2000; v.u.; in *Boletim AASP* n. 2226/1941).

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 76.

Sobre o tema discorre Sylvia Marlene de Castro Figueiredo<sup>23</sup> nos seguintes termos: “Assim, havendo contradição entre dois princípios diante de um caso concreto, referidos princípios devem se harmonizar, mediante aplicação relativa, ou seja, até a medida em que não colidirem com o outro princípio. Devem, portanto, renunciar à sua pretensão normativa absoluta”.

Recentemente tivemos oportunidade de vivenciar, mediante reportagem televisiva apresentada em rede nacional, situação em que não foi observada essa necessidade de harmonização dos direitos fundamentais em conflito, senão vejamos:

Em dois de maio de 2003, na periferia de Salvador, o Sr. Hamilton dos Santos, por determinação judicial, posicionou seu trator para dar início à derrubada de nove barracos que foram construídos em terreno alheio. Diante das famílias que ali residiam, o tratorista, mesmo instado pelo Oficial de Justiça e pelo dono do terreno, quedou-se inerte. Mesmo sob ameaça de prisão, recusou-se a cumprir a ordem judicial.

Por ter descumprido a ordem do magistrado, o tratorista foi homenageado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

No mesmo dia em que foi ao ar a matéria, o jornalista Arnaldo Jabor, comentando a notícia, valorizou o exemplo daquele homem pobre e decente que, em um mundo como o nosso, ainda tinha a capacidade e a coragem de recusar-se a cumprir uma ordem que prejudicaria uma família pobre e indefesa.

Não houve na mídia, escrita ou televisiva, um único comentário de repúdio ao ato do Sr. Hamilton. Ao contrário, somente se viu e ouviu elogios, nos quais se ressaltava a nobreza do espírito daquele homem humilde, que, por compaixão, desprezou completamente a dura *lex*.

O fato suscita profunda reflexão.

Por que o descumprimento da ordem

judicial, que representa o comando da lei, nesse caso, em vez do repúdio encontrou a simpatia da sociedade, que é justamente a grande interessada no cumprimento da lei?

Se a lei, como instrumento do Direito, tem como fim precípua, no dizer do ilustre jusfilósofo Miguel Reale, “a realização ordenada dos valores de convivência”, o que explicaria o contentamento da sociedade com a subversão de seus próprios valores?

A maioria dos comentários feitos sobre a questão adquiriu um caráter místico-religioso e explica o fenômeno pela misericórdia divina que teria tomado conta do espírito do tratorista, o qual diante do sofrimento daquelas miseráveis famílias, teve seu coração partido pela compaixão.

Vejamos um desses comentários que circularam pela internet:

Não é difícil constatar que a compreensão do fato, nesses termos, não deixou a superficialidade.

A simples compaixão, ou seja, a dor experimentada por um indivíduo que se depara com o sofrimento alheio, ocorre a todo o momento, nos lugares mais variados. Nos hospitais do mundo afora, quantos não sentem piedade pelos doentes. Nas ruas, quem não sofre com a miséria das crianças abandonadas. Quantos também não sentem comisseração pelos que morrem ou saem feridos nos atentados, guerras e *tsunamis*. Assim, não há dúvida, a compaixão é ocorrência comum e, em geral, não desperta grande atenção.

Como se vê, necessário buscar outros motivos para a comoção social causada pelo ato do tratorista.

Outro elemento relevante do caso é o fato de o tratorista ter afrontado a lei. Sim, embora a compaixão seja ordinária, não se pode dizer que seja comum que alguém, por misericórdia, deixe de cumprir ordem judicial, sujeitando-se às penas impostas pela lei.

Seria, então, esse fator coragem que se acrescenta ao caso, motivo suficiente para explicar a atenção que a ele se deu e a sua aprovação nacional?

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 167.

Entendo que o elemento coragem pode ser suficiente para que o caso seja considerado inusitado, diferente a ponto de interessar a um grande número de pessoas. Contudo, ele não explica a sua aprovação geral.

Se um policial militar, ao realizar sua ronda, prender um indivíduo em flagrante delito (furtando um automóvel) e logo após o deixar escapar, argumentando, que ficou enternecido porque este lhe contou sua triste história de vida, o quê se dirá? Que o policial é homem de bom coração? Daria a sociedade em geral a mesma aprovação que deu ao ato do tratorista? Receberia ele algum prêmio da Ordem dos Advogados do Brasil? Com certeza não. O policial seria tido como homem covarde, que deixou de cumprir a lei, em benefício de todos, para pura satisfação de seu sentimento de piedade.

Veja-se que o policial foi, da mesma forma que o Sr. Hamilton, misericordioso, sentiu pena do delinqüente. Também mostrou coragem, eis que descumpriu a lei, correndo o risco de ser apenado, perder seu emprego, ser preso. Por que então não teria ele a aprovação da sociedade.

Por certo, há um outro fator atuando no caso do tratorista que não se verifica no do policial.

O divisor de águas aqui é que o policial, para estancar a sua dor, atuou em desacordo com valores sociais segundo os quais não se deve furtar automóveis, ainda que se tenha nascido e crescido na pobreza.

O ato do policial é de puro egoísmo, eis que o motivo de seu querer encontra-se exclusivamente em sua dor pessoal.

O tratorista Hamilton, por sua vez, da elevada cabina de seu trator, olhando a multidão que o cercava, viu diante de si, de um lado, o proprietário do terreno, muito provavelmente dono de outros lotes pela cidade, rico, poderoso, satisfeito, tendo ao seu lado o Oficial de Justiça com a ordem judicial nas mãos, e de outro, pessoas pobres e humildes, em prantos, prestes a ter a sua residência, seu bem mais precioso, seu recanto, seu descanso, seu abrigo, destruído sob o estrondoso ruído de seu trator.

Recusou-se, então, a cumprir a ordem judicial. Recusou-se a desalojar nove famílias para entregar um terreno limpo a quem, com certeza, residia numa bela casa.

Diante disso, como negar que o Sr. Hamilton, mesmo sendo um homem sem qualquer conhecimento sobre Ciências, Artes, Filosofia, ou Direito, foi capaz de, instintivamente, compreender que o direito a um abrigo, que pode representar a vida e a dignidade das pessoas, está acima do direito de propriedade.

Esta a verdadeira e fundamental razão de não encontrarmos um único comentário de repúdio ao comportamento do tratorista. Nossa sociedade não aceita que pessoas sejam jogadas na sarjeta, como se animais fossem, para garantir o direito de propriedade a uma minoria afortunada.

É certo que no caso da penhora de salários não há, como na situação acima, nítida desproporção valorativa entre o direito de uma e de outra parte. Por isso, mais do que nunca, precisamos, tal qual o tratorista Hamilton, elevar-nos a um patamar que possibilite um olhar panorâmico das partes em conflito.

Somente do alto, poderemos com clareza ver, de um lado o executado com seu salário, que responde por suas necessidades básicas e também outras não tão prementes, e, de outro, o trabalhador que, sem salário, vê-se privado das condições de subsistência.

A partir dessa perspectiva superior, não podemos negar que a interpretação legal que se dá ao artigo 649 do CPC, e que priva o empregado-exequente do recebimento dos haveres necessários a sua sobrevivência, deixando, por outro lado, o executado, que explorou o trabalhador até as últimas conseqüências, na confortável situação de poder satisfazer todas as necessidades de sua família e, muitas vezes, acumular capital, afronta direitos fundamentais de nossa sociedade como o direito à vida e à dignidade humana.

Diante da ordem constitucional vigente, a qual garante a todos o direito à vida e à

dignidade humana, há que se dar igual tratamento à necessidade alimentar, seja ela devida ao parente ou ao empregado.

Por isso, ao interpretar a exceção inscrita no inciso IV, do artigo 649 do CPC, devemos, por analogia, estendê-la a todas as obrigações de natureza alimentar, de modo que o executado passe a responder com seu salário, na medida de sua capacidade.

## 6. DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS QUE PODEM ENSEJAR A PENHORA DE SALÁRIO

Embora o crédito trabalhista tenha eminente natureza alimentar, não podemos olvidar que o objeto de algumas condenações na Justiça do Trabalho têm essa natureza muito atenuada ou, simplesmente, não a possuem.

As indenizações decorrentes de dano moral, por exemplo, não podem ser consideradas tipicamente alimentar, eis que representam reparação civil pelos danos causados à honra e à dignidade do trabalhador, sendo de competência trabalhista apenas por conta do liame empregatício existente entre autor e réu.

Por esse motivo, tais verbas não devem ensejar a penhora de salário do executado.

Outras verbas de natureza indenizatória como multa de 40% sobre o FGTS e multas dos artigos 467 e 477, ambos da CLT, apresentarão natureza alimentar caso, após a rescisão contratual, por longo tempo perdurou a situação de desemprego do exequiente.

Não podemos olvidar, outrossim, que mesmo as verbas tipicamente salariais como salários atrasados, saldo de salário, décimo terceiro, horas extras, dentre outras, quando em oposição ao salário do executado, representarão necessidades mais prementes somente até 70% do seu valor, uma vez que

os 30% restantes, referem-se a outras necessidades como lazer, vestuário e educação que, no máximo, poderão ser consideradas num mesmo nível valorativo que outras parcelas que compõem o salário do executado.

Assim, ainda que todo o crédito exequendo tenha natureza salarial, somente 70% dele poderá ser satisfeito mediante penhora de salário do executado.

## 7. DA FIXAÇÃO DA PARCELA PENHORÁVEL DO SALÁRIO DO EXECUTADO

Assim como se faz na fixação da prestação alimentícia, no estabelecimento da parcela penhorável do salário do executado, deve-se observar a capacidade econômica deste (§ 1º do artigo 1.649 do CC).

Se o objetivo da penhora é justamente dividir as possibilidades econômicas, impedindo que uma das partes seja privada das mínimas condições de subsistência e, desta forma, tenha em risco sua sobrevivência ou sua dignidade, por óbvio, a penhora de parte do salário do executado não poderá desfalcá-lo do necessário ao próprio sustento.

Desta forma, em qualquer caso, sempre deverão ser observados os recursos econômico-financeiros do executado, para que não se venha a provocar exatamente o que se queria evitar.

Nesse sentido, quanto melhores forem as possibilidades econômicas do executado, ou seja, quanto maior o salário a sofrer a penhora, maior também será a margem de segurança que o magistrado terá para estabelecer um percentual penhorável.

Note-se que, mesmo que as possibilidades do executado forem muito reduzidas, pode ocorrer de persistirem os motivos para a realização da penhora, o que ocorre, por exemplo, quando o credor estiver vivendo em condições miseráveis.

*“Embora o crédito trabalhista tenha eminente natureza alimentar, não podemos olvidar que o objeto de algumas condenações na Justiça do Trabalho têm essa natureza muito atenuada ou, simplesmente, não a possuem.”*

Portanto, o fato de o executado auferir baixos salários não deve, por si só, constituir motivo de imediato afastamento da possibilidade de realização da penhora, sendo, nesses casos, necessário averiguar as necessidades do credor.

Não existem, isto é certo, critérios objetivos para que o julgador, com total segurança, fixe um percentual penhorável do salário do executado, mas tão-somente parâmetros gerais a guiá-lo.

Embora, pela falta desses critérios objetivos, tenha o magistrado, diante do caso concreto, uma zona de atuação de grande amplitude, observa-se na jurisprudência uma nítida tendência no sentido de se estabelecer um padrão na fixação de pensões alimentícias. Esse *standard*, que vem sendo reiteradamente adotada pelos Tribunais, correspondente a um terço do salário, tem claro objeto de fixar um limite além do qual torna-se muito perigoso avançar.

Necessário ressaltar, que o padrão encontra-se em harmonia com o quanto disposto no artigo 82 da CLT, pelo qual se estabelece o limite de 70% para pagamento do salário em utilidades (alimentação, habitação, vestuário, transporte e higiene).

Observados, assim, os parâmetros legais, em especial a capacidade econômica do executado e as necessidades do exequente, caberá ao magistrado, com o bom senso e o equilíbrio que dele se espera, fixar a parcela do salário do executado que sofrerá a penhora.

## 8. CONCLUSÃO

Muitas são as barreiras que se inter põem entre a maneira como se tem interpretado a legislação pertinente à penhora salarial e aquela apresentada no presente trabalho. Para transpor a primeira delas, necessário se faz reconhecer a historicidade do Direito, ou seja, a ordem social, assim

como a própria sociedade, está em constante transformação no tempo, de modo que a penhora que antes era impensável, hoje pode ser recomendável.

Necessário, ainda, reconhecer que a mudança da ordem jurídica não ocorre apenas em decorrência de alterações promovidas pelo legislador, mas que a dinâmica do Direito pode ser apreendida também através de um novo modo de compreender o comando da lei, como nos ensina o saudoso hermenêuta Carlos Maximiliano<sup>24</sup>: *“Interpreta-se hoje o texto vetusto de modo que melhor corresponda às necessidades do presente: basta que o sentido atual se coadune com a letra primitiva. Mudou o ambiente, o meio; e o fim colimado é outro; a Hermenêutica precisa acompanhar a evolução geral”*.

Outra barreira que se põe alta, diz respeito à relevância que se dá à dimensão axiológica do Direito, no momento de aplicação da norma jurídica. Embora, hoje, no discurso, a maioria dos aplicadores do Direito repudie o normativismo lógico, no que tange à interpretação puramente silogística da norma jurídica, poucos, na prática, efetivamente, deixam a esfera fático-normativa para submergir nas águas profundas do oceano valorativo.

Ocorre que, sem um mergulho corajoso, jamais se poderá admitir que a interpretação do artigo 649 do CPC que afasta a possibilidade do empregado-exequente ver penhorado o salário do empregador-executado, em muitos casos, estará atuando em sentido contrário aos valores almejados pelo dispositivo legal, isto é, ao invés de impedir que alguém fique impossibilitado de prover a si e a sua família dos meios de sobrevivência pela falta de salário, contribuirá justamente para que isso aconteça.

Outros obstáculos, como, por exemplo, quais verbas devem ser havidas como de natureza alimentar ou em que circunstâncias devem ser assim consideradas; qual

<sup>24</sup> Carlos Maximiliano, in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Edição Revista Forense, 18ª edição, 1999, página 144.

a parcela salarial pode ser penhorada; quais são as verdadeiras possibilidades do executado e as necessidades do exequente; necessariamente terão que ser suplantados.

Contudo, depois de percorrido o longo caminho e vencidas todas as barreiras mencionadas, restará ainda ao maratonista do Direito o último e maior dos desafios: terá que transpor os portões do paraíso do universo jurídico. Deixar para trás o jardim no qual a solução dos litígios pende na árvore das normas absolutas como frutos maduros, prontos a serem colhidos, sem esforço e sem trabalho.

Àqueles que se vêem tentados a nunca deixar as delícias do paraíso, trago o maravilhoso trecho contido no último canto do Paraíso Perdido do poeta John Milton (1608-1674): “Eles olharam para trás, e contemplaram toda a parte oriental do Paraíso, ainda há pouco sua feliz mansão, ondulada por essa espada chamejante; a porta estava interceptada por horríveis rostos e armas ardentes. Adão e Eva deixaram cair algumas lágrimas sentidas, que logo enxugaram. O mundo todo estava diante deles, para escolherem, lá, um lugar para o seu descanso. A providência era o seu guia. De mãos dadas, com passos incertos e lentos, tomaram, através do Éden, o seu caminho solitário. Então, o arcanjo Miguel diz a Adão: Soma ao teu conhecimento ações louváveis, ajunta a fé, a virtude e a paciência, a temperança, ajunta o amor, chamado no futuro, caridade, alma de tudo o mais; então, não te lastimarás de deixar este Paraíso, pois que possuirás em ti mesmo um Paraíso muito mais feliz.”

Em 25 de maio de 1994, quando da informação prestada ao Juiz relator do mandado de segurança impetrado contra a primeira decisão (25/02/2004), na qual deferi penhora de salário, em execução em trâmite na Vara do Trabalho de Birigui, consignei que: *“É certo que o entendimento sustentado por este Juízo, em vista do que encontramos na doutrina e na jurisprudência, é como uma daquelas pequenas ilhas perdidas no vasto oceano Pacífico, mas assim como abaixo dessas ilhas, em regra, escondem-se extensas cadeias de montanhas que, pelo contínuo movimento da crosta, a qualquer momento podem emergir; submersas pelo medo da solidão, há um sem-número de pessoas prontas a, pelo influxo de novos valores, adotar o mesmo posicionamento deste Juízo. E as-*

*sim, à maneira dos geólogos, um dia nos vemos a catar conchinhas no alto de uma montanha localizada a milhares de quilômetros de distância do mar”.*

Vejo, agora, contudo, que não será necessário aguardar uma era geológica para ver surgir decisões que reconheçam que o crédito alimentar do trabalhador merece o mesmo tratamento dado ao crédito alimentício devido aos parentes, eis que, transcorridos poucos meses, já é possível encontrar acórdãos admitindo que o crédito trabalhista enquadra-se na exceção prevista na parte final do inciso IV, do artigo 649 do CPC, como as que a seguir transcrevo, proferidas pela 1ª e 3ª Turmas do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região:

**“PENHORA SOBRE VENCIMENTOS. EXCEÇÕES.** É cediço que os vencimentos dos funcionários públicos são absolutamente impenhoráveis, salvo na hipótese de pagamento de prestação alimentícia, consoante previsto no artigo 649, IV, do CPC. Nessa linha de raciocínio, faz-se mister incluir o crédito trabalhista na exceção enunciada pelo dispositivo supracitado, visto que a própria Carta Política o qualifica como sendo de natureza alimentícia, nos termos do artigo 100, § 1-A. (TRT – AP 00914-1999-019-10-00-4; Relator Juiz Pedro Luis Vicentin Foltran; Ac. 1ª Turma, in DJ 11.6.2004).

**“RENDIMENTOS AUFERIDOS DO TRABALHO ASSALARIADO – EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA – PENHORABILIDADE –** A teor do artigo 649, IV, do CPC, os rendimentos decorrentes do trabalho assalariado são impenhoráveis, excepcionada as hipóteses em que envolvidas prestações de natureza alimentícia. Nesse cenário, inserindo-se o crédito trabalhista na categoria daqueles de caráter alimentar, de acordo com a própria definição constitucional (artigo 100, § 1-A), não há como elidir a possibilidade de penhora dos rendimentos auferidos pelo devedor, decorrentes do trabalho assalariado, devendo-se, porém, nessa hipótese, à luz do artigo 620 do CPC, buscar a adoção de parâmetros proporcionalmente adequados e razoáveis que possibilitem também o suprimento das necessidades vitais básicas do devedor. Agravo de petição conhecido e provido. (TRT 10ª Região. AP 00928-1991-008-10-85-0 – AC. 3ª T., 29.9.04)”.

Em recentíssima decisão proferida pela 2ª Câmara do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, tendo como relator o Juiz Eduardo Benedito de Oliveira Zanella, foi deferida penhora de pensão de servidor público, sob o argumento que “o vencimento e a pensão dos servidores públicos são impenhoráveis. Mas, se o crédito tem natureza alimentar, a própria lei prevê exceção à regra, permitindo a penhora para pagamento de crédito decorrente de sentença trabalhista (Processo 00499-1999-019-15-00-1 AP)”<sup>25</sup>

Embora as mencionadas decisões não façam distinção entre o crédito trabalhista e o alimentício, como ora se fez, apresentam conclusão idêntica à encontrada no presente trabalho.

A exceção prevista no inciso IV do artigo 649 do CPC, diz respeito ao crédito alimentício devido aos parentes e não ao crédito alimentar em geral, bem assim, verdadeiramente não há igualdade entre o crédito alimentar trabalhista e o alimentício devido aos parentes e, sim, semelhanças.

Na verdade, o desenvolvimento histórico-cultural de nossa sociedade elevou a tal patamar o direito à vida, à igualdade e à dignidade humana que, hoje, não mais persistem os valores que antes sustentavam o tratamento desigual dado ao crédito alimentar que tem sua origem no vínculo de emprego e aquele que nasce da relação de parentesco. Se o crédito é alimentar, se é essencial à vida e à dignidade do homem, pouco importa se o mesmo tem origem no contrato de trabalho ou na relação de parentesco, em qualquer caso, merece ampla proteção. Por isso, entendo se possa, através de uma interpretação analógica<sup>26</sup>, estender a exceção prevista no inciso IV do artigo 649 da CLT, aos casos de execução de crédito trabalhista.

Sejamos intelectualmente honestos! Reconheçamos o influxo de valores novos. Abandonemos esta fruta podre; este paraíso de ilusões, onde a justiça é fácil. É preciso arar e plantar, e, dia-a-dia, arrancar o espinho e a erva daninha que crescem rápido. Somente, assim, com o “suor de nossos rostos”, poderemos construir outro paraíso, como diz o poeta, certamente, muito mais feliz.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURNS, Edward Mcnall. *História da Civilização Ocidental*. Editora Globo, 40ª Edição, volume I, 2000.

CATHARINO, José Martins. *Tratado Jurídico do Salário*. Editora LTr, 1997, Edição fac-similada (1951).

DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro*. Editora Saraiva, 13ª edição, 1998, 5º Vol.

\_\_\_\_\_. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. Editora Saraiva, 1994.

FIGUEIREDO, Sylvania Marlene de Castro. *A Interpretação Constitucional e O princípio da Proporcionalidade*. RCS Editora, 2005.

GIANNETTI, Eduardo. *Auto-engano*. Companhia das Letras, 1ª reimpressão, 1998.

JAPIASSU, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Editora Jorge Zahar, 3ª Edição.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O Juiz entre a razão e a sensibilidade*. Escola da Magistratura. Campinas. EMATRA XV.

MARTINS, Sérgio Pinto Martins. *Direito do Trabalho*. Editora Atlas, 16ª Edição, 2002, pág. 266.

MARX, Karl. *Edição Condensada de O Capital de Karl Marx*. Editora Edipro, 2ª edição, 2003.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Edição Revista Forense, 18ª edição, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Vontade de Potência*. Editora Tecnoprint S.A.

RUSSEL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. Editora Ediouro. 2001.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. *Trabalho Escravo no Brasil*. Editora LTr, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de Direito do Trabalho*. Editora LTr, 20ª Edição.

<sup>25</sup> Cf. [www.TRT15.gov.br](http://www.TRT15.gov.br) – dia 02/06/2005 – TRT 15 – Notícias.

<sup>26</sup> Cf. Maria Helena Diniz, in *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Editora Saraiva, 1994: “É a analogia um procedimento quase lógico, que envolve duas fases: a constatação (empírica), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-típicos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista uma decisão jurídica procurada.

# REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO TRIDIMENSIONAL DA PROPORCIONALIDADE\*

HIDEMBERG ALVES DA FROTA\*\*

**Resumo:** Neste artigo analisa-se a essência do princípio tridimensional da proporcionalidade, cotejando-se a construção doutrinária de origem alemã com jurisprudências da União Européia e de ordenamentos jurídicos nacionais ou regionais do *Common Law* ou que tenham como idioma oficial (ou um dos idiomas oficiais) o português, a fim de se comprovar que a norma em testilha constitui princípio geral do Direito Público.

**Sumário:** Introdução; 1. A Ótica da Doutrina; 2. Os Entendimentos da Jurisprudência: 2.1 Direito comunitário europeu; 2.2 *Common Law*: 2.2.1 Índia; 2.2.2 Israel; 2.2.3 Canadá; 2.2 Direito lusófono: 2.2.1 Portugal; 2.2.2 Macau; 2.2.3 Brasil; Conclusão; Referências Bibliográficas.

**Palavras-chave:** Princípio tridimensional da proporcionalidade; Doutrina alemã; Jurisprudência do Direito comunitário europeu, do *Common Law* e do Direito lusófono.

## INTRODUÇÃO

No presente estudo comprova-se que o princípio tridimensional da proporcionalidade ajusta os atos do Poder Público de modo que traduzam eficácia, indispensabilidade e equilíbrio.

A primeira parte do trabalho destrinça a ótica doutrinária sobre os três elementos do ditame em tela.

Já a segunda parte do artigo delinea o tratamento conferido ao princípio

tridimensional da proporcionalidade pela jurisprudência do Direito Comunitário europeu, do *Common Law* e do Direito de língua portuguesa.

## 1. A ÓTICA DOUTRINÁRIA

A atividade do Estado deve ser em prol do interesse público e proporcional aos objetivos perseguidos, reza o artigo 5.1, da Constituição suíça de 1999<sup>1</sup>. O artigo 226.2, 2ª parte, da Constituição portuguesa de

\*Dedico este artigo ao Prof. Afrânio de Sá, mestre, amigo e paradigma.

\*\*Hidemberg Alves da Frota é Bacharel em Direito e Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

<sup>1</sup>SUÍÇA. Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999 (as amended until October 15, 2002). Disponível em: <<http://www.admin.ch>>. Acesso em: 11 out. 2004.

1976<sup>2</sup>, arrola entre os postulados informadores da Administração Pública o princípio da proporcionalidade, à semelhança, no Brasil, do artigo 2º, da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999)<sup>3</sup>.

No sentir da doutrina de origem alemã o aparelho estatal se pauta pelo princípio da proporcionalidade quando expede atos adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito.

A primeira dimensão corresponde à idoneidade<sup>4</sup>, adequação<sup>5</sup>, “pertinência ou aptidão (*Geeignetheit*)”<sup>6</sup>. Importa saber se o ato em tela é “adequado” para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade para com o fim desejado<sup>7</sup>.

A segunda dimensão diz respeito à exigibilidade<sup>8</sup>, indispensabilidade<sup>10</sup> ou necessidade<sup>11</sup> (*Erforderlichkeit*<sup>12</sup>). De “todas as

medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão”<sup>13</sup>.

A terceira e última dimensão — da ponderação<sup>14</sup> ou da proporcionalidade *stricto sensu* (*Verhältnismäßigkeit*)<sup>15</sup> — preconiza a escolha da providência que melhor sopesa os “interesses em jogo”<sup>16</sup>, considera “os danos causados e os resultados a serem obtidos”<sup>17</sup> (“relação custo-benefício”<sup>18</sup>), concilia os interesses sociais com os direitos individuais<sup>19</sup>, harmoniza os valores em tensão dialética e indica o peso e a eficácia de cada princípio no caso concreto<sup>20</sup>.

## 2. OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

### 2.1 Direito comunitário europeu

O Tribunal de Justiça e o Tribunal de

<sup>2</sup> PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 19 mai. 2004.

<sup>4</sup> HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 781, nov. 2000, p. 75-76.

<sup>5</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, n. 4, jan.-dez. 2000, p. 198.

<sup>6</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 361.

<sup>7</sup> Grifo do autor.

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Op. cit., loc. cit.

<sup>9</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>10</sup> GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 219.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 223-224.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 861.

<sup>13</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>14</sup> HECK, Luís Afonso. Op. cit., loc. cit.

<sup>15</sup> BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000, p. 46. Apud GUIMARÃES, Ruy Malveira. O princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 2, jan.-dez. 2001, p. 2001.

<sup>16</sup> BONAVIDES, Paulo. Op. cit., loc. cit.

<sup>17</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 223.

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., loc. cit.

<sup>19</sup> GUIMARÃES, Ruy Malveira. Op. cit., p. 202.

<sup>20</sup> HECK, Luís Afonso. Op. cit., loc. cit.

Primeira Instância das Comunidades Europeias incluem o princípio da proporcionalidade no rol de princípios gerais do Direito Comunitário europeu<sup>21</sup> (mormente dos Direitos Humanos e do Direito Administrativo<sup>22</sup>) e albergam em sua jurisprudência as três dimensões da proporcionalidade.

Com a *adequação* exigem que os instrumentos executados pelas disposições comunitárias sejam aptos a realizar os objetivos visados.

Com a *exigibilidade* concitam que os atos adotados não extravasem o necessário para o alcance de seu propósito, “entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos rígida”<sup>23</sup>.

E com a *proporcionalidade em sentido estrito* preceituam que “os inconvenientes causados”<sup>24</sup> não sejam “despropor-

cionais relativamente aos objetivos pretendidos”<sup>25</sup>.

Em relação às dimensões da adequação e exigibilidade, no Tribunal de Justiça citam-se os acórdãos de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03)<sup>26</sup>, 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01)<sup>27</sup>, 2 de dezembro de 2004 (Processo C-41/02)<sup>28</sup> e 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03)<sup>29</sup>. No Tribunal de Primeira Instância, os acórdãos de 3 de fevereiro de 2005 (Processo T-19/01)<sup>30</sup>, 11 de dezembro de 2003 (Processo T-305/00)<sup>31</sup> e 30 de setembro de 2003 (Processo T-196/01)<sup>32</sup>.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, mencionam-se os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03)<sup>33</sup> e de 11 de

<sup>21</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Grande Seção). Acórdão de 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01). Luxemburgo, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>22</sup> SCHWARZE, Jürgen. Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, n. 4, oct.-dec. 2004, p. 972.

<sup>23</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03). Luxemburgo, 19 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>24</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>25</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>26</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>27</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Grande Seção). Acórdão de 14 de dezembro de 2004 (Processos C-210/03, C-309/02, C-434/02 e C-463/01). Luxemburgo, 14 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>28</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 2 de dezembro de 2004 (Processo C-41/02). Luxemburgo, 2 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>29</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>30</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Quinta Seção alargada). Acórdão de 3 de fevereiro de 2005 (Processo T-19/01). Luxemburgo, 3 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>31</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Quinta Seção). Acórdão de 11 de dezembro de 2003 (Processo T-305/00). Luxemburgo, 11 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>32</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>33</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Terceira Seção). Acórdão de 10 de março de 2005 (Processos C-96/03 e C-97/03). Luxemburgo, 19 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

novembro de 2004 (Processo C-171/03)<sup>34</sup>.

## 2.2 Common Law

### 2.2.1 Índia

A Suprema Corte da Índia, ao julgar a Apelação Civil nº 8258/04, de 16 de dezembro de 2004, enxergou o princípio tridimensional da proporcionalidade como norma a orientar o controle judicial da Administração Pública e do Poder Legislativo<sup>35</sup>.

### 2.2.2 Israel

A Suprema Corte de Israel tem aplicado o princípio tridimensional da proporcionalidade na solução de litígios envolvendo o Direito Administrativo, os Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário.

No HCJ<sup>36</sup> 316/03, de 11 de novembro de 2003<sup>37</sup>, coibiu a censura do documentário "Jenin... Jenin" (filme que defende a hipótese de massacre de palestinos pelo Exército israelense no campo de

refugiados de Jenin), porque, apesar da censura ser adequada à proteção da susceptibilidade da comunidade israelita, afrontava em demasia a liberdade de expressão, ofensa mais grave à ordem jurídica israelense que o maltrato à sensibilidade da opinião pública judaica.

Nos HCJ 6055/95<sup>38</sup> e 7083/95<sup>39</sup>, de 14 de outubro de 1999, considerou excessivo o prazo de 96 horas para a prisão cautelar de soldados, decretada pela autoridade policial das forças armadas ao fiscalizá-los, uma vez que 48 horas seriam suficientes para tanto e o interesse público de se averiguar suposta conduta ilícita (em sede de procedimento preparatório para eventual processo judicial) do soldado não prevalece sobre seu direito à liberdade pessoal.

No HCJ 2056/04, de 30 de junho de 2004<sup>40</sup>, a Suprema Corte israelense notou que a proporcionalidade *stricto sensu* pode ser aplicada da forma tradicional, contrastando-se os aspectos meritosos e deletérios do ato administrativo em testilha, ou de

<sup>34</sup>UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (Primeira Seção). Acórdão de 11 de novembro de 2004 (Processo C-171/03). Luxemburgo, 11 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://www.curia.eu.int/pt/transitpage.htm>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>35</sup>ÍNDIA. Supreme Court of India. Appeal (Civil) nº 8258 of 2004. New Dehli, 16 December 2004. Disponível em: <<http://www.judis.nic.in>>. Acesso em: 22 mar. 2005, tradução nossa.

<sup>36</sup>ISRAEL. Supreme Court. HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>37</sup>ISRAEL. Supreme Court. HCJ 316/03 *Muhammad Bakri and Forum of Documentary Producers v. Israel Film Council, Ministry of Science, Culture and Sport, Yitzhak Busidan (father of the late Amit Busidan), Leah Berr (mother of the late Dror Berr), Pninah Yaskov (widow of the late Avner Yaskov), Eya Meisliah (mother of the late Dani Shmuel Meisliah), Solomon and Simcha Azuri (parents of the late Eyal Azuri), David Zimmerman (father of the late Eyal Zimmerman), Amnon Chava (father of the late Menashe Chava), Rosaline and Salomon Ezra (parents of the late Gad Ezra), Aryeh and Tziporah Weiss (parents of the late Shmuel Weiss), Rina and Mark Rabinson (parents of the late Matanyah Rabinson), Simcha and Pninah Melik (parents of the late Gedaliah Melik), Gadi and Bernice Ya'akov (parents of the late Avihu Ya'akov), Michal Arazi (mother of the late Tiran Arazi), Shlomo Alshochat (father of the late Ronen Alshochat), Mazal, Ami and Chagai Tal (parents and brother of the late Roey Tal), Dr. David Tzangan, Zev Iluz, Barak Alfi, Baruch Bachar, Avraham Gal, Ron Teicher, Yisrael Kaspi, Rafi Lederman, Sagi Marak, Eli Proz, Guy Friedman, Aryeh Kadosh, Amichai Kadron, Avner Kinnal and Maron Shitler*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>38</sup>ISRAEL. Supreme Court. HCJ 6055/95 *Sagi Tzemach v. Minister of Defense, Military Chief of Staff, Chief Military Prosecutor and Chief Military Police Officer*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>39</sup>ISRAEL. Supreme Court. HCJ 7083/95. Major Vered Ornstein-Zahavi, Major Moshe Kanobler, Captain Lior Tomshin, Captain Orli Markman and Captain Moshe Levi v. Chief Military Attorney and Chief of Military Police. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>40</sup>HCJ 2056/04 *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and the Commander of the IDF Forces in the West Bank*. Disponível em: <<http://62.90.71.124/eng/home/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

maneira nova, comparando-se a relação custo-benefício daquela medida com a de um ato administrativo alternativo.

Estudo técnico de associação civil de oficiais da reserva verificara que o Muro de Israel nos planaltos da Judéia e da Samaria poderia receber localização alternativa (à distância do oeste e do leste de Beit Sourik), o que contemplaria o imperativo de se robustecer a segurança de Israel e, ao mesmo tempo, demandaria dos colonos de Beit Likia e Beit Anan sacrifícios consideravelmente menores, que ora estavam, por força do Muro, impossibilitados de se dirigirem às suas plantações.

Em prol da subsistência dos colonos e calçada na indicada opinião técnica, a Suprema Corte israelense anulou (com efeitos *ex tunc*) a maioria dos atos administrativos que determinaram a a construção de grande parte do apontado segmento do Muro de Israel.

### 2.2.3 Canadá

Há mais de quinze anos a Suprema Corte do Canadá sedimentou em sua jurisprudência sobre Direito Constitucional o princípio tridimensional da proporcionalidade.

Em *United States of America v. Cotroni e United States of America V. El Zein*, julgados em sessão única de 8 de junho de 1989<sup>41</sup>, a Suprema Corte do Canadá foi favorável à extradição de canadenses para os Estados Unidos, pela prática, em território do Canadá, de tráfico internacional de entorpecentes envolvendo os EUA.

*"... a Suprema Corte do Canadá (...) chancelou a repressão à liberdade de expressão de líder e partido neonazista que disseminavam mensagens telefônicas anti-semitas. O tolhimento desse direito constitucional se relevaria apropriado e necessário quer à prevenção de danos causados pela apologia do ódio racial, quer "à promoção da igualdade e tolerância"<sup>43</sup>, trazendo à tona efeitos mais benéficos do que nocivos a uma "sociedade livre e democrática"<sup>44</sup>."*

No sentir da Corte, tal providência era apto a proteger a sociedade canadense do narcotráfico internacional e indispensável à manutenção da ação antidrogas desenvolvida, em conjunto, pelos Estados Unidos e Canadá, com esteio em acordo bilateral de extradição. O interesse social de se reprimir a narcotraficância internacional por intermédio da cooperação entre ambos os países norte-americanos sobrepujaria o interesse individual dos extraditados serem processados e julgados em sua pátria.

Em *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, de 13 de dezembro de 1990<sup>42</sup>, chancelou a repressão à liberdade de expressão de líder e partido neonazista que disseminavam mensagens telefônicas anti-semitas. O tolhimento desse direito constitucional se relevaria apropriado e necessário quer à prevenção de danos causados pela apologia do ódio racial, quer "à promoção da igualdade e tolerância"<sup>43</sup>, trazendo à tona efeitos mais benéficos do que nocivos a uma "sociedade de livre e democrática"<sup>44</sup>.

Em *Tétreault-Gadoury v. Canada*, de 6 de junho de 1991<sup>45</sup>, a Suprema Corte do Canadá assentou que a medida governamental de automaticamente vedar a concessão de seguro-desemprego para maiores 65 anos como profilaxia contra a percepção, às custas dos cofres públicos, de retribuições pecuniárias desmedidas (muitos idosos, mesmo aposentados, valiam-se do seguro-desemprego para aumentar a renda), não configurava meio adequado e necessário para se combater en-

<sup>41</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>42</sup> CANADA. Supreme Court of Canada. *Canada (Human rights commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, 1990 CanLII 26 (S.C.C.). Ottawa, December 13 1990. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

<sup>43</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>44</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>45</sup> CANADA. Supreme Court of Canada. *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, 1991 CanLII 12 (S.C.C.). Ottawa, June 6 1991. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

riquecimento ilícito de aposentados. Em vez de se negar, *a priori*, a conferência de seguro-desemprego a todos os maiores de 65 anos pleiteantes, bastaria, *a posteriori*, suprimir-se o apontado benefício, quando percebido indevidamente. Nem traduzia deliberação ponderada. A economia de recursos públicos não justificava ou contrabalançava a omissão do Poder Público em amparar desempregados idosos.

Em *R. v. Schwartz*, de 8 de dezembro de 1988<sup>46</sup>, abalizou o rígido controle sobre a aquisição e venda de armas prescrito pela Parte II.1, do Código Criminal canadense, por vislumbrar nela providência “racional, equitativa não-arbitrária”<sup>47</sup>, de mínima ofensividade, equilibrando “o interesse da comunidade e o interesse daqueles que desejam ter o porte legal de armas”<sup>48</sup>.

Em *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, de 4 de maio de 1989<sup>49</sup>, apoiou autoridade administrativa do Ministério do Trabalho, o qual, respaldado pela seq. s. 61.5(9)(c), do Código Trabalhista do Canadá, sancionara empregador por demissão sem justa causa, ordenando que escrevesse carta de recomendação (com conteúdo específico) sobre o empregado demitido injustamente e que se manifestasse sobre a conduta deste tão-somente na oportunidade de redação dessa missiva.

As determinações do representante do Ministério do Trabalho se conformariam

ao mister de, em nome da “dignidade inerente ao ser humano”<sup>50</sup> e dos valores da justiça social e da igualdade, sanar vinda exercitada pelo empregador em detrimento do empregado. Não haveria decisão menos ofensiva a ser tomada pela autoridade administrativa. A defesa da dignidade do empregado justificaria os temperamentos à liberdade de expressão do empregador.

## 2.3 Direito lusófono

### 2.3.1 Portugal

No Tribunal Constitucional de Portugal acolhe-se o princípio tridimensional da proporcionalidade, à luz da Teoria Geral do Direito e, em especial, da Teoria Geral do Direito Público.

A 1ª Seção do TC, no Acórdão nº 302/01, de 27 de junho de 2001<sup>51</sup>, designou-o princípio geral de direito e princípio objetivo da ordem jurídica, a conformar atos do Poder Público e, “pelo menos em certa medida”<sup>52</sup>, atos de entidades privadas, inspirando “soluções adoptadas pela própria lei no domínio do direito privado”<sup>53</sup>.

O Plenário, no Acórdão nº 186/01, de 2 de maio de 2001<sup>54</sup>, considerou-o “importante limitação ao exercício do poder público”<sup>55</sup> na condição de “garantia dos direitos e liberdades individuais”<sup>56</sup>.

No Acórdão nº 484/00, de 22 de novembro de 2000<sup>57</sup>, a 2ª Seção do TC divi-

<sup>46</sup> CANADÁ. Supreme Court of Canada. *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, 1988 CanLII 11 (S.C.C.). Ottawa, December 8 1988. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

<sup>47</sup> *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

<sup>48</sup> *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

<sup>49</sup> CANADÁ. Supreme Court of Canada. *Slaight communications inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, 1989 CanLII 92 (S.C.C.). Ottawa, May 4 1989. Disponível em: <<http://www.canlii.org>>. Acesso em: 24 mar. 2005.

<sup>50</sup> *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

<sup>51</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional (1ª Seção). Acórdão nº 302/01. Lisboa, de 27 de junho de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>52</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>53</sup> *Ibid.*, loc. cit., citação direta do texto do acórdão, escrito em português europeu.

<sup>54</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional (Plenário). Acórdão nº 186/01. Lisboa, 2 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>55</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>56</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>57</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª Seção). Acórdão nº 484/00. Lisboa, 22 de novembro de 2000. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

sou nesse postulado norma aplicável aos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, respeitadas as peculiaridades das três espécies de medidas estatais, motivo pelo qual as violações aos elementos do princípio da proporcionalidade por Diplomas Legislativos deve ser manifesta.

No Acórdão nº 200/01, de 9 de maio de 2001<sup>58</sup>, o mesmo órgão fracionário alçou o princípio tridimensional da proporcionalidade à estatura de princípio geral de limitação do Poder Público e assim diferenciou o alcance do princípio da proporcionalidade nas atividades administrativa e legislativa: enquanto a Administração Pública se vincula “à prossecução de finalidades”<sup>59</sup> previamente estabelecidas, o Poder Legislativo, untado à moldura constitucional, define “a finalidade visada com uma determinada medida”<sup>60</sup>, realizando a função legislativa com margem discricionária mais larga que a da função administrativa e fincada em complexas avaliações sócio-econômicas acerca do substrato empírico que enseja dada medida e da repercussão desta no mundo fático.

O Plenário, no Acórdão nº 186/01, frisou que descabe ao Tribunal Constitucional, ao empregar o tripartite princípio da proporcionalidade, impor avaliação contrária ao juízo de valor empírico e sócio-econômico do Parlamento acerca do teor e dos efeitos de medidas legislativas, salvo em caso de evidente equívoco de apreciação pelo Poder Legislativo, quando, por exemplo, elabora atos incompatíveis “com a finalidade perseguida”<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional (2ª Seção). Acórdão nº 200/01. Lisboa, de 9 de maio de 2001. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005, citação direta do texto do acórdão, escrito em português europeu.

<sup>59</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>60</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>61</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>62</sup> PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo (Seção do Contencioso Administrativo). Recurso Contencioso 01813/02. Lisboa, 10 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 22 mar. 2005.

<sup>63</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>64</sup> MACAU. Tribunal de Última Instância. Processo nº 6/2000. Recurso de Decisões Jurisdicionais em Matéria Administrativa, Fiscal e Aduaneira. Macau, 27 de abril de 2000. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/pdf/default.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

<sup>65</sup> “Bate-ficha” (*dap-ma* em cantonês) consubstancia jogo de azar próprio de Macau, em que se usam “fichas velbas” tradicionalmente compradas da Sociedade de Turismo e Diversões de Macau (STDM), empresa criada pela administração portuguesa e pioneira na difusão de cassinos na REAM, a qual se sagrou nos últimos quarenta anos como o grande estio da indústria de turismo macaense. Cf. LEONG, Angela Veng Mei. The “bate-ficha” business and triads in Macau casinos.

O Supremo Tribunal Administrativo português (Seção do Contencioso Administrativo, Acórdão de 10 de fevereiro de 2002, Recurso Contencioso 01813/02<sup>62</sup>), inferiu que o direito à justa indenização plasma mecanismo “adequado a compensar”<sup>63</sup> a perda, pelo administrado, de terreno desapropriado (e de estabelecimento empresarial, por ventura, nele localizado) e que cabe ao particular provar que a Administração Pública tinha à sua disposição soluções menos onerosas e mais vantajosas.

### 2.3.2 Macau

Na Região Especial Administrativa de Macau (REAM), território da República Popular da China onde o Direito lusitano mantém forte influência sobre a ordem jurídica e o português, junto com o chinês, figura como língua oficial, o princípio tridimensional da proporcionalidade foi abraçado pela jurisprudência de Direito Administrativo das duas mais altas cortes de justiça macaenses, o Tribunal de Última Instância (TUI) e o Tribunal de Segunda Instância (TSI).

No Acórdão de 27 de abril de 2000 (Processo nº 6/2000)<sup>64</sup>, o Tribunal de Última Instância da REAM se posicionou a favor da anulação de ato administrativo que proibia, durante três anos, a entrada em Macau de cidadão da vizinha Região Especial Administrativa de Hong Kong, em razão de ter sido, em pequena monta, duas vezes multado em Hong Kong pela posse de drogas e por atuar em cassinos de Macau como “bate-fichas”<sup>65</sup>.

À época, o TUI notou a ausência de fortes indícios que certificassem o envolvimento do recorrido com associações criminosas macauenses ou que atestassem que oferecia qualquer ameaça à segurança ou à ordem pública da REAM, motivo pelo qual o TUI constatou que os direitos daquele cidadão foram “limitados inadequadamente em comparação com o fim de proteger a segurança pública de Macau”<sup>66</sup>.

Nesse compasso, no Acórdão de 28 de julho de 2004 (Processo nº 1/2004)<sup>67</sup>, o TUI sublinhou que “as limitações de direitos e interesses das pessoas devem relevar-se idôneas e necessárias para garantir os fins visados pelos actos dos poderes públicos”<sup>68</sup>.

No Acórdão de 15 de abril de 2004 (Recurso nº 162/2003)<sup>69</sup>, o Tribunal de Segunda Instância se deparou com circunstância fática parecida com aquela enfrentada pelo TUI no Acórdão de 27 de abril de 2000, mas decidiu em sentido diverso.

Percebeu o TSI que a decisão administrativa de interditar a entrada de cidadão de Hong Kong em Macau, ao longo de cinco anos, arrimava-se em pressupostos fáticos consistentes: declaração do próprio recorrente, corroborando sua tripla condenação em Hong Kong pela prática de furtos, complementada pelas declarações da Polícia de Hong Kong, asseverando tratar-se de membro de associação criminosas, e do Secretário para Segurança da REAM, aludindo à sua prisão em flagrante delito em Macau, por furtar turista.

Daí porque o Tribunal de Segunda Instância asseriu que o ato administrativo vergastado, em verdade, coadunava-se com o

princípio tridimensional da proporcionalidade.

[...] é sensato, é razoável que as entidades públicas para o efeito vocacionadas, em face de indivíduo sobre quem disponham de fortes indícios de pertença a associação criminosa e com largo passado criminal lhe vedem, de acordo com os dispositivos legais vigentes, a entrada no Território, *por forma a prevenir a criminalidade e salvaguardar a segurança, não se vendo que se mostra ultrapassada a justa medida, ou que outras medidas necessárias e adequadas para atingir aqueles fins pudessem ter sido tomadas, no quadro legal existente, que implicassem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica do recorrente.*<sup>70</sup> (grifos nossos)

Idêntica afirmativa, acima reproduzida, o TSI esboçou em caso similar, no Acórdão de 30 de janeiro de 2005 (Processo nº 121/2004)<sup>71</sup>.

### 2.3.3 Brasil

No Supremo Tribunal Federal o Ministro Gilmar Mendes tem divulgado o princípio da proporcionalidade em sua vertente tridimensional.

Ao longo do ano de 2003, ao compulsar o teor de dezenas de propostas de intervenção federal, o Plenário do STF, capitaneado pelo Ministro Gilmar Mendes (relator dos acórdãos, sendo relator dos processos o Ministro Marco Aurélio) consagrou

<sup>66</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>67</sup> MACAU. Tribunal de Última Instância. Processo nº 1/2004. Recurso de Decisão Jurisdicional em Matéria Administrativa. Macau, 28 de julho de 2004. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

<sup>68</sup> *Ibid.*, loc. cit., citação direta do português oficial em Macau.

<sup>69</sup> MACAU. Tribunal de Segunda Instância. Recurso nº 162/2003. Macau, 15 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

<sup>70</sup> *Ibid.*, loc. cit., citação direta do original, no português oficial em Macau.

<sup>71</sup> MACAU. Tribunal de Segunda Instância. Recurso nº 121/2004. Macau, 30 de janeiro de 2005. Disponível em: <<http://www.court.gov.mo/p/pdefault.htm>> Acesso em: 26 mar. 2005.

expressamente sua afinidade com a formulação trina do princípio da proporcionalidade<sup>72</sup>.

Consignou o Ministro Gilmar Mendes que o princípio da proporcionalidade atine a todas as espécies de atos públicos (administrativos, legislativos e judiciários) e que, por intermédio de tal postulado, medeia-se o entrechoque entre direitos fundamentais, princípios ou “bens constitucionais contrapostos”<sup>73</sup>, ao se conjugarem as máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, isto é, averiguando-se se o ato atacado é “apto para produzir o efeito desejado”<sup>74</sup>, “insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz”<sup>75</sup> e “se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto”<sup>76</sup>.

Ao se julgar decretação de intervenção federal em ente federado em função do inadimplemento de precatórios judiciais, caberia proceder a esta leitura das dimensões do princípio da proporcionalidade:

1. No tocante à adequação, refletir se o ente político-constitucional alvo da intervenção não paga a contento os precatórios judiciais em face de conduta “dolosa e deliberada”<sup>77</sup> ou por força das suas disponibilidades financeiras, porquanto, neste caso, faleceria razão para se nomear interventor, o qual se depararia com as mesmas dificul-

dades enfrentadas pelo Chefe do Poder Executivo que o antecederia;

2. Quanto à necessidade, indagar se não estão disponíveis medidas menos ofensivas à autonomia político-administrativa do ente federativo objeto da almejada intervenção, sob pena de assumir a chefia dessa pessoa político-constitucional governante incapaz de compensar sua falta de legitimidade popular com desempenho mais eficaz que o de seu predecessor;

3. Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, saber se há proporção entre o adimplemento dos precatórios e o ônus imposto ao respectivo ente federativo e à sociedade a que serve, para se evitar o cumprimento das obrigações relacionadas aos precatórios judiciais prejudicar sobremaneira a população, obstando, por exemplo, “a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais, como saúde e educação”<sup>78</sup>.

## CONCLUSÃO

O princípio tridimensional da proporcionalidade constitui a síntese de vários valores essenciais ao Direito Público. Oriundo do Direito alemão, hoje orienta a aplicação do Direito Público no Direito Comunitário europeu, no *Common Law* e no Direito lusófono, em especial quando liberdades públicas estão sendo temperadas pelo aparelho estatal.

<sup>72</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Intervenções Federais (IFs) nº 139, 164, 183, 186, 201, 207, 215, 229, 247, 251, 260, 282, 285, 300, 302, 310, 311, 336, 338, 343, 344, 350, 364, 366, 385, 390, 406, 410, 411, 418, 431, 432, 2180, 2241, 2572, 2587, 2609, 2614, 2626, 2637, 2638, 2640, 2645, 2647, 2651, 2653, 2655, 2657, 2659, 2674, 2677, 2679, 2680, 2683, 2686, 2695, 2711, 2712, 2717, 2725, 2726, 2731, 2742, 2747, 2748, 2750, 2751, 2755, 2756, 2759, 2760, 2766, 2767, 2770, 2771, 2772, 2773, 2780, 2783, 2785, 2799, 2801, 2802, 2803, 2808, 2809, 2810, 2823, 2824, 2825, 2826, 2828, 2829, 2830, 2832, 2834, 2840, 2843, 2846, 2848, 2849, 2855, 2856, 2857, 2868, 2870, 2871, 2872, 2873, 2874, 2875, 2879, 2889, 2892, 2893, 2894, 2895, 2896, 2898, 2899, 2900, 2908, 2910, 2911, 2913, 2914, 2916, 2921, 2922, 2926, 2928, 2929, 2930, 2933, 2935, 2936, 2937, 2939, 2942, 2945, 2946, 2947, 2948, 2951, 2952, 2958, 2960, 2962, 2964, 2970, 2972, 3042, 3047, 3049, 3055, 3061, 3067, 3073, 3076, 3078, 3081, 3084, 3085, 3089, 3142, 3238, 3241, 3283, 3284, 3287, 3301, 3302, 3315, 3490, 3518, 3519, 3520, 3525, 3538, 3549, 3565, 3577, 3602, 3604, 3606, 3607, 3608, 3619, 3787, 3789, 3790, 3800, 3802, 3804, 3805, 3808, 3811, 3812, 3815, 3816, 3822, 3824, 3834, 3835, 3839, 3840, 3841, 3844, 3845, 3849, 3851 e 3861. Relator dos acórdãos: Ministro Gilmar Mendes. Relator dos processos: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2005.

<sup>73</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>74</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>75</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>76</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>77</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>78</sup> Ibid., loc. cit.

Ancora-se nas dimensões da adequação, menor ofensividade e justa medida.

Sob o ângulo da adequação, o princípio tridimensional da proporcionalidade determina que o ato estatal seja apropriado ao fim a que se destina. O ato estatal deve consistir em meio apto para o agente público concretizar o interesse social entalhado no Direito (mormente no Direito Legislado). Estar apto significa almejar o interesse público, contar com o respaldo do ordenamento jurídico (principalmente da ordem legal), respeitar os seus condimentos e cumprir os efeitos desejados. O ato adequado encerra os predicados da juridicidade, da legalidade, da finalidade, do devido processo formal e da eficácia. Por juridicidade, entende-se a chancela do Direito. Por legalidade, o beneplácito do Direito Legislado. Por finalidade, visar ao respectivo interesse social positivado (interesse público propriamente dito, interesse primário). Por devido processo formal, cumprir o conjunto de formalidades (respeitar a seqüência de atos procedimentais e/ou processuais) elencado no sistema jurídico. Por eficácia, repercutir no mundo fático da forma determinada pela ordenação jurídica.

Sob a ótica da menor ofensividade, o princípio tridimensional da proporcionalidade preconiza optar-se pela medida que se mostra necessária, indispensável, porque, dentre as medidas apropriadas disponíveis (exequíveis), plasma a menos ofensiva aos interesses do particular. Dentre as providências adequadas e possíveis, escolhe-se a que há de impor os menores sacrifícios à dignidade do particular e melhor preservará os seus direitos fundamentais. O princípio da menor ofensividade reverbera o princípio da dignidade da pessoa humana.

E sob o ponto de vista da justa medi-

da, o princípio tridimensional da proporcionalidade exige do agente público ponderar sobre os valores em tensão dialética e harmonizá-los da maneira mais equilibrada (adotar a medida adequada e de menor ofensividade que melhor se depura de excessos ou deficiências), além de executar o ato estatal apenas se este trazer ao interesse público mais efeitos benéficos que deletérios. O princípio da justa medida ecoa o princípio do devido processo legal substantivo, ao moldar os atos estatais de modo a espelharem os valores do equilíbrio e do justo.

O exposto clarifica a importância do princípio tridimensional da proporcionalidade como a norma que melhor expressa a ânsia do ser humano e da sociedade de obterem do Poder Público atos eficazes, de mínima interveniência no exercício dos direitos fundamentais, portadores de equilíbrio e emissários do valor do justo, a harmonizarem os valores em tensão dialética e a conciliarem os meandros do arcabouço normativo jurídico com as intrincadas nuances do caso concreto.

Dessa maneira o agente público se municia de instrumento científico a

calibrar o ordenamento jurídico livre seja de conceitos indeterminados de razoabilidade, seja de critérios subjetivos, pessoais e adstritos ao que entende como sensato, conveniente ou oportuno.

À medida em que os juizes, ao exercitarem o controle da atividade do Estado, socorrerem-se cada vez mais da vertente trina do princípio da proporcionalidade, maior a possibilidade da judicatura fornecer ao jurisdicionado decisões consistentes, inteligíveis e de credibilidade, consagrando a função judicante como múnus técnico, de voz sóbria, visão lúcida e raciocínio cristalino.

*“O ato estatal deve consistir em meio apto para o agente público concretizar o interesse social entalhado no Direito (mormente no Direito Legislado). Estar apto significa almejar o interesse público, contar com o respaldo do ordenamento jurídico (principalmente da ordem legal), respeitar os seus condimentos e cumprir os efeitos desejados.”*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, ano 3, Nº 4, p. 196-209, jan.-dez. 2000.
- GUIMARÃES, Ruy Malveira. O princípio da proporcionalidade. *Revista do Ministério Público do Estado do Amazonas*, Manaus, v. 2, p. 199-209, jan.-dez. 2001.
- HECK, Luís Afonso. O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v. 781, p. 71-78, nov. 2000.
- LEONG, Angela Veng Mei. The "bate-ficha" business and triads in Macau casinos. Brisbane, *Queensland University of Technology Law & Justice Journal*, v. 2, nº 1, jan.-jun. 2002, p. 83-96.
- SIDOU, J. M. Othon. *Dicionário jurídico*: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- SCHWARZE, Jürgen. Enlargement, the European Constitution, and Administrative Law. *International and Comparative Law Quarterly*, Oxford, v. 53, Nº 4, p. 969-984, oct.-dec. 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2001. (Coleção direito civil, v. 1).



# A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NOS ACORDOS TRABALHISTAS

A INDICAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DAS PARCELAS,  
PREVISTA NO § 3º DO ARTIGO 832 DA CLT, É UMA  
MODALIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO

EDUARDO GARCIA DE QUEIROZ E  
EDUARDO GARCIA DE QUEIROZ FILHO\*

**Resumo:** As interpretações conflitantes da norma legal contida no § 3º do artigo 832 da CLT. A natureza jurídico-tributária dessa norma, a qual instituiu uma modalidade de *lançamento tributário*, cuja finalidade é verificar e registrar a ocorrência do fato gerador, a fim de apurar a quantia devida pelo sujeito passivo da obrigação previdenciária. Como todo *lançamento tributário*, a discriminação das parcelas do acordo tem natureza meramente declaratória, e conseqüentemente não tem o condão de alterar em nenhum de seus aspectos, valorativo, qualitativo ou quantitativo, o fato gerador já consumado. Havendo pedido de verbas salariais na inicial, ou na condenação, a homologação do acordo gera, automaticamente, a obrigação de recolher a contribuição previdenciária devida. A indicação apenas de verbas de natureza indenizatória, ou a discriminação que não guarda proporcionalidade com verbas salariais pedidas na inicial, ou constantes da condenação, não influi no cálculo da contribuição previdenciária devida em razão do acordo homologado. O *lançamento* apenas "*verifica e registra a ocorrência do fato gerador, a fim de apurar a quantia devida pelo sujeito passivo da obrigação tributária*"; o *lançamento* faz a liquidação do débito tributário já existente na forma ilíquida. "*O lançamento transmuda a obrigação ilíquida em líquida. Não cria, não modifica nem extingue obrigação*".

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O fato gerador da contribuição previdenciária no caso do acordo homologado no juízo trabalhista; 3. A Natureza Tributária da Contribuição Previdenciária; 4. Como todo tributo, a cobrança da contribuição previdenciária deve preencher requisitos e atender a regras estabelecidas no Código Tributário Nacional; 5. Do lançamento tributário – Modalidades – Lançamento constitutivo do crédito contributivo previdenciário originado de sentença homologatória trabalhista; 5.1 As várias formas de lançamento; 5.2 O lançamento é atividade obrigatória e vinculada aos termos da lei e é ato meramente declaratório; 5.3 O § 3º do artigo 832 da CLT instituiu modalidade própria de lançamento para constituição do crédito tributário relativo à contribuição previdenciária devida em decorrência de acordo homologado na justiça do trabalho; 5.4 Competência da autoridade judiciária trabalhista para dirigir, supervisionar e fiscalizar o lançamento, quando o fato gerador decorre de decisão judicial homologatória de acordo; 6. Inocuidade

**Palavras-chave:** INSS; Contribuição Previdenciária; Acordo Trabalhista; Discriminação da natureza das verbas no acordo trabalhista; Interpretação do § 3º do artigo 832 da CLT.

---

\*Eduardo Garcia de Queiroz é membro do Ministério Público do Trabalho, Procurador Regional do Trabalho, lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Eduardo Garcia de Queiroz Filho é advogado em Minas Gerais.

## 1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 114 da Carta Magna e com ele estabeleceu, de forma definitiva, a competência da Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no seu artigo 195, inciso I, *a*, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, manteve a mesma atribuição à Justiça do Trabalho no inciso VIII do artigo 114 da Constituição Federal.

Regulamentando a matéria no âmbito infraconstitucional, a Lei 10.035, de 25/10/2000, introduziu acréscimos e fez alterações em diversos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991, com o objetivo de dotar o processo do trabalho de instrumentos adequados para viabilizar e tornar efetiva a execução das contribuições previdenciárias na Justiça do Trabalho.

No cotidiano judiciário trabalhista, entretanto, a determinação legal contida no § 3º do artigo 832 da CLT - para que as decisões cognitivas ou homologatórias indiquem sempre a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive, se for o caso, o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária - tem provocado controvérsias, e ensejado um aumento desmesurado de recursos do INSS.

A origem da polêmica está nas diferentes formas de compreensão da natureza jurídica da norma contida nesse dispositivo legal.

Aqueles que vêem no § 3º do artigo 832 da CLT uma norma de natureza trabalhista, interpretam e aplicam-na em consonância com os princípios da *conciliação* do processo do trabalho, e concluem: *a*) que cabe unicamente às partes dizer a que título está sendo efetivada a composição; *b*) que a atuação do juiz limita-se a velar pela com-

patibilidade da natureza das parcelas especificadas pelos acordantes com os pedidos deduzidos na petição inicial; e *c*) que não cabe, nem ao juiz, nem ao INSS, qualquer interferência na vontade das partes. Imbuídos desse raciocínio, entendem que mesmo havendo pedido de verba salarial na petição inicial, ou na condenação, se as partes declararam que o acordo envolve apenas parcelas de natureza indenizatória, não é devida a contribuição previdenciária, posto que, nessa hipótese, não ocorre o fato gerador.

Contrariamente, outros afirmam que é a lei e não a vontade das partes que faz nascer o fato imponível; que é o comando legal que determina se esta ou aquela situação está sujeita ou não à incidência da norma tributária. Daí concluem que a indicação da natureza das parcelas, pelas partes, não influi na ocorrência do fato gerador.

Neste trabalho, procura-se demonstrar, objetivamente, que o § 3º do artigo 832 da CLT instituiu uma modalidade de *lançamento tributário*, cuja finalidade é verificar e registrar a ocorrência do fato gerador, a fim de apurar a quantia devida pelo sujeito passivo da obrigação previdenciária. Sendo um *lançamento tributário*, tem natureza meramente declaratória, e conseqüentemente não tem o condão de alterar em nenhum de seus aspectos, valorativo, qualitativo ou quantitativo, o fato gerador já consumado.

Partindo da constatação da natureza tributária da norma contida no § 3º do artigo 832 da CLT, conclui que, se houver pedido de verbas salariais na inicial, ou na condenação, a homologação do acordo gera, automaticamente, a obrigação de recolher a contribuição previdenciária. Em razão disto, a indicação apenas de verbas indenizatórias, ou que não guarda proporcionalidade com verbas salariais pedidas na inicial ou constantes da condenação, não influi no cálculo da contribuição previdenciária devida em razão do acordo homologado.

## 2. O FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NO CASO DO ACORDO HOMOLOGADO NO JUÍZO TRABALHISTA

O artigo 20 da Lei nº 8.212/91 estabelece que a contribuição do empregado e a do trabalhador avulso é calculada mediante a aplicação da correspondente alíquota sobre o seu salário-de-contribuição mensal, de forma não cumulativa. Por sua vez, o artigo 28 do mesmo diploma legal define o salário-de-contribuição, para o empregado e trabalhador avulso, como sendo a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

No caso do acordo homologado no juízo trabalhista, havendo verbas de natureza salarial no pedido inicial ou na condenação, uma vez celebrado e homologado, o acordo quita essas verbas e ocorre o fato gerador da contribuição previdenciária.

O § 3º do artigo 764 da CLT dispõe que é lícito às partes celebrar acordo *que ponha termo ao processo*. Portanto, o acordo homologado *põe termo ao processo*, ele *quita o objeto do processo*, tanto que, em decorrência da homologação do acordo, o juiz extingue o processo com julgamento do mérito (artigo 269, III do CPC). A quitação do processo implica, *ipso facto*, a quitação de *todas as verbas pedidas na inicial ou constantes da condenação*, tanto as de natureza salarial (que constituem o salário-de-contribuição) quanto as indenizatórias.

A Orientação Jurisprudencial nº 132

da SDI 2, do C. TST<sup>1</sup>, embora tenha sido editada com o propósito de firmar entendimento sobre tema rescisório, contém exegese do § 3º do artigo 764 da CLT, e confirma o entendimento de que o acordo homologado, celebrado para pôr termo ao processo, *"alcança o objeto da inicial"*, ou seja, *quita todas as verbas pedidas na inicial*, e não apenas as verbas discriminadas no acordo.

Daí a razão de se afirmar que, havendo verbas de natureza salarial no pedido inicial ou na condenação, uma vez celebrado e homologado, o acordo quita essas verbas e ocorre o fato gerador da contribuição previdenciária.

Donde se conclui que a indicação da natureza das parcelas do acordo, prevista no §3º do artigo 832 da CLT, não influencia na ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária.

*Então – poder-se-ia indagar – o que é, e para que serve, a indicação da natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, e da responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, exigida pelo §3º do artigo 832 da CLT?*

## 3. A NATUREZA TRIBUTÁRIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Para se responder à indagação acima; para se compreender a natureza jurídica dessa exigência legal e entender sua finalidade, é preciso partir da constatação de que a Constituição Federal de 1988 consagrou o caráter tributário da contribuição previdenciária.

A Constituição Federal de 1988, ao inserir o artigo 149, que atribuiu competência à União para a instituição de contribuições sociais, no Título VI (*Da Tributação e do Orçamento*), e no Capítulo I, desse mesmo Título VI, que cuida do *Sistema Tri-*

<sup>1</sup>OJ 132 da SDI 2 do C. TST: "Acordo celebrado - homologado judicialmente - em que o empregado dá plena e ampla quitação, sem qualquer ressalva, alcança não só o objeto da inicial, como também todas as parcelas referentes ao extinto contrato de trabalho, violando a coisa julgada, a propositura de nova reclamação trabalhista".

*butário Nacional*, consagrou definitivamente o caráter tributário da contribuição previdenciária e dirimiu de vez qualquer dúvida que pudesse existir anteriormente à promulgação da atual Carta Política, quanto à natureza tributária da contribuição previdenciária.

Essa a visão do eminente Ministro CARLOS VELLOSO, do Supremo Tribunal Federal, expressada no voto que proferiu na sessão plenária do dia 18 de agosto de 2004, quando foi julgada a ADIN 3.105-8:

*as contribuições previdenciárias constituem espécie tributária. Até a promulgação da Constituição de 1988, a questão apresentava polêmica. Existiam os que, ardorosos fiscalistas, não emprestavam às contribuições previdenciárias caráter tributário. A Constituição de 1988 acabou com a polêmica, consagrando o caráter tributário dessas contribuições ... Não há mais dúvida, não há mais polêmica: as contribuições previdenciárias, hoje denominadas contribuições de seguridade social, são espécies tributárias.*

#### **4. COMO TODO TRIBUTO, A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DEVE PREENCHER REQUISITOS E ATENDER A REGRAS ESTABELECIDAS NO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL**

Sendo um tributo, a cobrança da contribuição previdenciária deve atender e obedecer a todos os procedimentos e requisitos necessários à cobrança de todo e qualquer tributo, quais sejam: *a)* que o tributo (no caso a contribuição previdenciária) seja *criado por lei*; *b)* que a lei preveja a *hipótese de incidência*; *c)* que a lei descreva o *fato gerador*; *d)* que o nascimento da *obrigação tributária* esteja condicionada à prática do *fato gerador*; e *e)* que o administrador público constitua o crédito tributário através do *lançamento*.

O primeiro desses requisitos é que o tributo seja criada por lei. Toda obrigação tributária decorre de lei, sendo ela a causa da existência do tributo. A criação de tributo

exige subordinação estrita ao princípio da legalidade.

Ao criar um tributo, a lei descreve a *hipótese de incidência*, que nada mais é que a descrição de um fato econômico de relevância jurídica para o direito tributário. Uma vez concretizada a conduta prevista na hipótese de incidência, configura-se o *fato imponente* e ocorre o *fato gerador*, do qual nasce a *obrigação tributária*. Por isto se diz que da ocorrência do fato gerador nasce a obrigação tributária.

Como ensina YOSHIKI ICHIHARA

*Existindo na lei a descrição do fato gerador, a que denominamos de 'hipótese de incidência', quando alguém (contribuinte do tributo) realizar, no mundo concreto, o comportamento típico e idêntico ao da descrição legal — esta última que denominamos de 'fato imponente' —, nesse momento ocorre o fato gerador que, por conseguinte, gera a obrigação de pagar o tributo.*

(DIREITO TRIBUTÁRIO, Editora Atlas S/A, SP, 3ª edição, 1989, página 120)

No caso da contribuição previdenciária, sua criação tem assento constitucional no artigo 195 e sua cobrança foi instituída e regulamentada por leis infraconstitucionais específicas sobre essa espécie tributária. Para o empregado e trabalhador avulso, o fato gerador da obrigação previdenciária é o pagamento de verbas integrantes do salário-de-contribuição, definido no artigo 28 da Lei nº 8.212/91. Ou seja, o que gera a obrigação de recolher a contribuição previdenciária é o pagamento de verbas remuneratórias, também denominadas salariais.

Ocorrido o fato gerador, nasce a obrigação tributária.

No caso do acordo para quitação do objeto do processo no qual há pedido de verbas salariais na inicial ou na condenação, homologado o acordo, ocorre o fato gerador e nasce a obrigação tributária. Nesse momento o contribuinte torna-se devedor da Previdência.

Entretanto, para que o ente público possa receber o tributo nascido do fato gerador, é necessário que o administrador público constitua o *crédito tributário*, através do *lançamento*.

É imprescindível, pois, que, ocorrido o fato gerador e nascida a obrigação tributária, o sujeito ativo constitua o *crédito tributário* por meio do *lançamento*.

O *lançamento tributário* é definido no artigo 142 do Código Tributário Nacional, e será objeto de análise no item seguinte.

## 5. DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO – MODALIDADES – LANÇAMENTO CONSTITUTIVO DO CRÉDITO CONTRIBUTIVO PREVIDENCIÁRIO ORIGINADO DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA TRABALHISTA

Celebrado o acordo envolvendo parcelas salariais, ocorre o fato gerador e nasce a obrigação de recolher a contribuição previdenciária no montante devido.

Contudo, para que o ente público possa receber o tributo, não basta a ocorrência do fato gerador e o conseqüente nascimento da obrigação tributária. Todo recebimento de tributo deve ser precedido da constituição do *crédito tributário* correspondente. Essa exigência decorre da adoção do sistema contábil de partidas dobradas, qual seja, o sistema de escrituração em que cada lançamento se faz ao mesmo tempo no *deve* de uma conta e no *haver* de outra. É o sistema de contrapartidas: a todo *débito* deve corresponder um *crédito* equivalente

Portanto, ocorrido o fato gerador e nascida a obrigação tributária, o ente público deverá constituir o *crédito tributário*, através do *lançamento*. O *lançamento* é, portanto, o ato que constitui o *crédito tributário*.

A definição legal de lançamento está no artigo 142 do Código Tributário Nacional, e dela se depreende que o lançamento é o *procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determi-*

*nar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido e identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor aplicação da penalidade cabível.*

Do conceito legal do lançamento deduz-se seus objetivos, que são: a) *verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente; determinação da matéria tributável; c) o cálculo do montante do tributo devido; d) identificação do sujeito passivo e e) aplicação da penalidade, se cabível no caso.*

Segundo VITTORIO CASSONE “O lançamento é o ato privativo da Administração Pública que verifica e registra a ocorrência do fato gerador, a fim de apurar a quantia devida pelo sujeito passivo da obrigação tributária” (“Direito Tributário” - Editora Atlas S/A, SP, 1991, página 110).

O Ministro MOREIRA ALVES, do Supremo Tribunal Federal, esclarece que o lançamento é um elemento que não ocorre no Direito Privado, porque neste, quando as obrigações nascem ilíquidas, aplica-se o artigo 1553 do Código Civil Brasileiro<sup>2</sup>. O lançamento, segundo o Ministro, permite ao Estado tornar líquido o que é ilíquido, coisa que o particular não pode fazer. Assim, entende Moreira Alves que o lançamento transmuda a obrigação ilíquida em líquida. Não cria, não modifica nem extingue obrigação. “O Estado tem o Poder de lançar. Se não lançar, ocorre a decadência. O funcionário tem o dever de lançar, sob pena de responsabilidade”, afirma o Ministro. (Ministro Moreira Alves, do STF, na Conferência Inaugural para o VII Simpósio Nacional de Direito Tributário coordenado por Ives Gandra Martins e Relatório de Vittorio Cassone, *apud* “DIREITO TRIBUTÁRIO”, Vittorio Cassone, obra já referida, página 111).

### 5.1 As várias formas de lançamento

O lançamento pode ser feito por várias formas. Como ensina o tributarista YOSHIKI ICHIHARA,

<sup>2</sup>Referia-se ao artigo 1553 do antigo Código Civil Brasileiro, que determinava que, sendo a obrigação ilíquida, a liquidação se fixará por arbitramento.

*de acordo com a natureza e as características do tributo, a legislação tributária estabelece normas e modalidades de lançamento distintas. Há tributos cujo lançamento poderá ser efetuado unilateralmente pela administração, sem qualquer participação ou colaboração do contribuinte; entretanto, outros exigem, para a sua eficiência, necessariamente a colaboração e participação dos contribuintes e responsáveis”* (obra citada, página 137)

Daí a razão de prever, a legislação tributária brasileira, diversas modalidades de lançamento: *lançamento de ofício*; *lançamento por declaração*; e *lançamento por homologação*, este último também chamado *autolancamento*.

Sem entrar em pormenores, porque esse não é o objetivo deste trabalho, damos, sucintamente, definições e exemplos de cada uma dessas modalidades de lançamento.

*Lançamento de ofício*, também denominado *unilateral* ou *direto*, é o efetuado pela autoridade administrativa competente, sem qualquer participação ou intervenção do contribuinte. Exemplo: Imposto Predial e Territorial Urbano.

*Lançamento por declaração* é o efetuado com base na declaração do sujeito passivo ou de terceiro, quando um ou outro, na forma da legislação tributária, presta à autoridade administrativa as informações sobre matéria de fato, indispensáveis à sua efetivação (artigo 147 do CTN). Exemplo típico dessa modalidade de lançamento é o Imposto de Renda da Pessoa Física.

*Lançamento por homologação* ou *autolancamento* é aquele no qual a lei atribui ao contribuinte, praticamente, toda série de tarefas necessárias à constituição do crédito tributário. Difere do *lançamento por declaração* uma vez que, no caso do *lançamento por homologação*, o pagamento é efetuado independentemente da homologação do lançamento. No caso do *lançamento por declaração*, o pagamento só é efetuado depois que a autoridade administrativa notificar do lançamento efetuado, com base nas declarações prestadas pelo

sujeito passivo. Exemplos de tributos que adotam o *lançamento por homologação*: Imposto Sobre Produtos Industrializados, Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza.

5.2 O lançamento é atividade obrigatória e vinculada aos termos da lei e é ato meramente declaratório

A constituição do lançamento é atividade obrigatória e vinculada aos termos e à vontade da lei. Nascida a obrigação tributária com a ocorrência do fato gerador, a decisão deve constituir o crédito tributário por meio do lançamento, na medida exata da obrigação, nem mais nem menos.

Há que se atentar também para o fato de que o lançamento é um ato meramente declaratório. A obrigação tributária decorre do fato gerador; o lançamento apenas faz a constatação e a valoração desse fato. O elemento *constitutivo* da obrigação tributária é portanto o *fato gerador*, e o lançamento é o seu *elemento declaratório*.

5.3 O § 3º do artigo 832 da CLT instituiu modalidade própria de lançamento para constituição do crédito tributário relativo à contribuição previdenciária devida em decorrência de acordo homologado na justiça do trabalho

O § 3º do artigo 832 da CLT, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.035, de 25 de outubro de 2000, ao estabelecer que *“as decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso”*, nada mais fez que criar uma modalidade de *lançamento*, própria e específica do crédito relativo à contribuição previdenciária devida em decorrência das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho.

5.4 Competência da autoridade judiciária trabalhista para dirigir, supervisionar e fiscalizar o lançamento, quando o fato gerador decorre de decisão judicial homologatória de acordo

Embora o artigo 142 do Código Tributário Nacional declare que o lançamento *compete privativamente à autoridade administrativa*, naqueles casos em que o fato gerador requer homologação por sentença judicial, o procedimento do lançamento deve ser orientado, supervisionado e fiscalizado pela autoridade judiciária.

ALIOMAR BALEEIRO, na sua obra clássica sobre "*Direito Tributário Brasileiro*" (Editora Forense, Rio de Janeiro, 10ª edição, 1990, revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, página 502) já observava, com muita propriedade, que no imposto de transmissão *causa mortis*, competia ao juiz do processo de inventário dirigir as fases do lançamento desse imposto.

Dizia, com efeito, o renomado Mestre:

*"O artigo 142 do CTN formula um conceito legal do lançamento, definindo-o como procedimento administrativo com os seguintes objetivos: a) verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente; b) determinação da matéria tributável; c) o cálculo do montante do tributo devido; d) identificação do sujeito passivo e e) aplicação da penalidade, se cabível no caso.*

*Esse procedimento compete à autoridade administrativa — diz a CTN. No imposto de transmissão causa mortis, entretanto, compete à autoridade judicial dirigir essas fases do lançamento"*. (grifo nosso)

Verifica-se assim, que ao estabelecer que *as decisões cognitivas ou homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, inclusive o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso*, o § 3º do artigo 832 da CLT, com a redação que lhe deu a Lei nº 10.035, de 25 de outubro de 2000, criou uma modalidade de lançamento, própria e específica do crédito da contribuição previdenciária decorrente das sentenças homologatórias proferidas na Justiça do Trabalho, ao mesmo tempo que

atribuiu competência à autoridade judicial que preside o processo, e incumbida de homologar o acordo, para dirigir, orientar e fiscalizar as fases desse lançamento.

Tratando-se, o *lançamento*, de uma fase do procedimento de formação do crédito tributário, e tendo o tributo (a contribuição previdenciária, no caso) se originado de fato gerador insito no acordo trabalhista pendente de homologação judicial, é natural e jurídico que a lei tenha atribuído ao juiz do trabalho, com competência para homologar o acordo, a atribuição de dirigir e fiscalizar o lançamento, cuidando para que a discriminação da natureza e dos valores das parcelas guarde proporcionalidade com o pleiteado na petição inicial, ou com as parcelas deferidas na sentença, verificando a correspondência entre o pedido, o deferido e o acordado, conforme determina a lei e está regulamentado na Ordem de Serviço OS/DAF/INSS Conjunta nº 66/97, no seu item 12 e subitem 12.2.

## **6. INOCUIDADE DA INDICAÇÃO APENAS DE VERBAS DE NATUREZA INDENIZATÓRIA PARA FIGURAR NA DISCRIMINAÇÃO EXIGIDA PELO § 3º DO ARTIGO 832 DA CLT, QUANDO CONSTAM VERBAS DE NATUREZA SALARIAL NO PEDIDO INICIAL OU NA CONDENAÇÃO**

Sendo o ato de discriminação da natureza das parcelas constantes da condenação ou do acordo homologado, um *lançamento tributário*, de efeito meramente declaratório, é inócua a escolha apenas de verbas indenizatórias para constar da discriminação exigida pelo § 3º do artigo 832 da CLT. A obrigação de recolher a contribuição previdenciária não se origina do *lançamento* e independe da natureza das verbas discriminadas.

Como se viu acima, a Declaração do Imposto de Renda de Pessoa Física é uma modalidade de *lançamento tributário*, por *declaração do próprio contribuinte*. Se o contribuinte deixar de declarar rendimento auferido, sujeito a tributação, o fisco não ficará impedido de cobrar a parcela de imposto faltante. Nesse caso, a autoridade fiscal procederá ao *lançamento de ofício* e cobrará o imposto sonegado, com multa e acréscimos legais.

Da mesma forma, se há pedido salarial na inicial ou na condenação, a discriminação apenas de verbas indenizatórias, ou em desproporção aos valores salariais quitados, legitima o INSS a cobrar a parcela de contribuição previdenciária sonegada, com os acréscimos legais devidos.

Pela mesma razão, de ser a exigência contida no § 3º do artigo 832 da CLT um *lançamento tributário*, conclui-se que é equivocada a crença de que cabe às partes dizer a que título está sendo efetivada a composição, e que a atuação do juiz limita-se a examinar a compatibilidade das parcelas especificadas pelos acordantes com os pedidos deduzidos na petição inicial.

Também é enganoso o entendimento de que, se somente foram discriminadas verbas indenizatórias, o acordo quitou apenas essas verbas, não ocorrendo o fato gerador previdenciário. É enganoso, porque a obrigação tributária não nasce da discriminação da natureza das parcelas, mas do fato gerador já consumado. A discriminação é um *lançamento*, e no ensinamento de VITTORIO CASSONE o *lançamento apenas verifica e registra a ocorrência do fato gerador, a fim de apurar a quantia devida pelo sujeito passivo da obrigação tributária*; e na autorizada concepção do Ministro MOREIRA ALVES, o lançamento faz a liquidação do débito tributário já existente na forma ilíquida. "*O lançamento transmuda a obrigação ilíquida em líquida. Não cria, não modifica nem extingue obrigação*".

## 7. CONCLUSÕES

Em face dessas considerações, conclui-se que:

- a) A lei criou a contribuição previdenciária e definiu seu fato gerador;
- b) Ao celebrar o acordo as partes estabelecem que o valor avençado destina-se a quitar o *objeto do processo*, isto é: todas as verbas pedidas na inicial (§ 3º do artigo 764 da CLT e OJ nº 132 da SDI 2 do C. TST)
- c) Homologado o acordo, consuma-se o fato gerador, originando-se, automaticamente, a obrigação de recolher a contribuição previdenciária incidente sobre as verbas salariais.

d) A discriminação da natureza das parcelas quitadas no acordo é um *lançamento tributário*, nos moldes do artigo 142 do Código Tributário Nacional. O *lançamento* é atividade obrigatória e vinculada aos termos da lei e é elemento declaratório do fato gerador já ocorrido e consumado.

e) A obrigação de recolher a contribuição previdenciária, nascida com a prática do fato gerador, antecede o *lançamento* (discriminação da natureza das verbas constantes do acordo). Portanto, quando se faz a discriminação, o débito previdenciário já existe, já está consolidado.

f) A indicação apenas de verbas indenizatórias para constar da discriminação de que trata o § 3º do artigo 832 da CLT, quando há verbas salariais na condenação ou no pedido inicial, não altera a obrigação contributiva já consolidada. O ato de discriminação das verbas, por ser um *lançamento tributário*, tem efeito meramente declaratório, de constatação e valoração do fato gerador já ocorrido e consumado.

g) Compete ao juiz "*dirigir essa fase do lançamento tributário*", ou seja, cabe ao juiz confrontar a natureza e o valor das verbas discriminadas no acordo, com o pleiteado na petição inicial (ou com as parcelas deferidas na sentença, quando o acordo é celebrado após a sentença transitada em julgado) devendo verificar a correspondência e proporcionalidade entre o pedido, o deferido e o acordado, em consonância com o que dispõe a OS/DAF/INSS Conjunta nº 66/97, no seu item 12 e subitem 12.2.

## BIBLIOGRAFIA

ENUNCIADOS, ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL SDI-1 e SDI-2, PRECEDENTES NORMATIVOS DA SDC, Tribunal Superior do Trabalho, 2003.

BALEEIRO, Aliomar, *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed. revista e atualizada por Flávio Bauer Novelli, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1990.

CASSONE, Vittorio, *Direito Tributário*, 1ª ed., Editora Atlas S/A, SP, 1991.

ICHIHARA, Yoshiaki, *Direito Tributário*, 3ª ed. Editora Atlas S/A, SP, 1989.

# A PENHORA *ON LINE*: INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL NAS EXECUÇÕES POR QUANTIA CERTA

VANDERLEY FERREIRA DE LIMA\*

**Resumo:** No exercício da função jurisdicional, o Estado-Juiz deve utilizar-se de instrumentos que confirmam efetividade às suas decisões. Um deles, sem dúvida, deriva do BACEN JUD, convênio de cooperação técnico-institucional celebrado com o Banco Central, que permitiu a realização da cognominada penhora *on-line*. É do que trata o presente artigo, defendendo, inclusive, a legalidade do sistema.

**Sumário:** 1. Função jurisdicional do Estado; 2. Crise da jurisdição nas execuções por quantia certa; 3. Direito Fundamental à efetividade da tutela jurisdicional; 4. Penhora *on-line* e sua legalidade; 5. Conclusão.

**Palavras-chave:** Efetividade; Tutela Jurisdicional; Penhora *on-line*; Legalidade; Bacen Jud.

## 1. FUNÇÃO JURISDICIONAL DO ESTADO

Um dos fins fundamentais do Estado é a preservação da ordem na sociedade, realizada através de suas funções jurídicas, a legislativa e a jurisdicional, ou simplesmente jurisdição.<sup>1</sup>

A primeira delas consiste no estabelecimento do direito material (objetivo), isto é, na fixação de normas gerais às quais todos os componentes da sociedade, inclusive, e principalmente o próprio Estado, devem ajustar suas condutas. Quando no exercício desta função, se diz Estado-Legisla-dor.

\*Procurador do Estado de São Paulo, ex-Delegado de Polícia, Mestre em Direito Constitucional pela ITE-Bauru, onde atualmente cursa especialização *lato sensu* em Direito Público, professor de Direito Civil na Universidade Paulista, *campus* de Bauru (email:vflimape@uol.com.br)

<sup>1</sup>ARAÚJO, L. A. D. e NUNES JÚNIOR, V. S. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 227-228. Ao lado das funções legislativa e jurisdicional, "a função executiva tem por objeto a administração da coisa pública. Nesse sentido, ela se realiza por meio de atos e decisões produzidos com a finalidade de dar cumprimento ao estabelecido nas leis. A função executiva materializa-se pelos chamados atos administrativos".

A par da atividade legislativa, também com fito de preservação da ordem, tem-se a função jurisdicional, que consiste na aplicação do direito legislado ao caso concreto. Quando no exercício da função jurisdicional, se diz Estado-Juiz.

Enquanto a função legislativa estabelece preceitos normativos genéricos e abstratos, a função jurisdicional pratica atos de conteúdo concreto, posto que, em vista do Estado-Juiz, delinea-se uma controvérsia a ser dirimida. Neste caso, o Estado-Juiz deverá dizer qual das pretensões em conflito está amparada pelo direito material; daí afirmar-se que a expressão jurisdição significa ação de dizer o direito, do latim "jurisdictio".

Mediante sua função jurisdicional, o Estado chamou para si o monopólio de distribuir a justiça, substituindo a atividade das partes que ficaram tolhidas de exercer seus direitos, de modo coativo, pelas próprias forças. Proibiu-se, desta forma, a "autotutela" ou a "justiça privada".

A propósito da proibição da autodefesa, estas são as palavras do renomado jurista italiano CALAMANDREI:

No momento, pode-se afirmar este princípio elementar: que se o direito subjetivo significa preferência dada pela lei ao interesse individual, isto não quer dizer que quem está investido daquele possa colocar em prática a própria força

privada para fazer valer, a cargo do obrigado, tal preferência. Formando a base dos conceitos de jurisdição e de ação se encontram, no Estado moderno a premissa fundamental da proibição da auto-defesa: direito subjetivo significa interesse individual protegido pela força do Estado, não direito de empregar a força privada em defesa do interesse individual.<sup>2</sup>

De certo modo, ainda existem, no ordenamento jurídico pátrio, alguns resquícios da autotutela: auto-executoriedade dos atos administrativos,<sup>3</sup> legítima defesa da posse,<sup>4</sup> direito de retenção de bens,<sup>5</sup> apossamento de bens no penhor legal,<sup>6</sup> legítima defesa,<sup>7</sup> etc. Mas são casos excepcionais e expressamente previstos na lei, pois a regra é a proibição da autotutela, já que o Código Penal Brasileiro define como crime "fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".<sup>8</sup> É o chamado delito de exercício arbitrário das próprias razões. Logo, se o Estado proíbe o exercício arbitrário das próprias razões, assume a função jurisdicional não somente como poder, mas, e principalmente, como dever.

Portanto, assim entendida, a função jurisdicional do Estado trata de instrumento de garantia da legalidade, um dos pilares em

<sup>2</sup> CALAMANDREI, P. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, vol. 1, 1999, p. 180.

<sup>3</sup> MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 144. "A auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria administração, independentemente de ordem judicial".

<sup>4</sup> Art. 502 do CC - Lei 3.071/16; art.1.210, § 1º CC novo - Lei 10.406/02.

<sup>5</sup> Direito assegurado ao possuidor de boa-fé que não está obrigado a entregar a coisa enquanto não for indenizado pelas benfeitorias que tiver realizado na coisa (arts. 516, 1199 e outros, do CC - Lei 3.071/16; arts.1.219 e outros do CC novo - Lei 10.406/02).

<sup>6</sup> Arts. 776, 778 e 779 do CC - Lei 3.071/16.

<sup>7</sup> Arts. 23 e 25 do CP.

<sup>8</sup> Art. 345 do CP.

que se assenta o Estado Democrático de Direito, uma vez que a legalidade evita o arbítrio e a insegurança jurídica que venham a ser praticados pelos membros da sociedade, inclusive pelo próprio Estado, que também se submete à jurisdição.<sup>9</sup>

Assim, ao Poder Judiciário, através de seus órgãos, tribunais e juizes, foi atribuída a elevada missão de exercer a função jurisdicional do Estado.

## 2. CRISE DA JURISDIÇÃO NAS EXECUÇÕES POR QUANTIA CERTA

Inicialmente, é oportuno esclarecer que ao jurisdicionado não interessa a existência de um título executivo extrajudicial ou judicial, ainda que estes documentos constituam em belíssimas obras literárias com citações de autores diversos, colações de direito comparado etc. O direito consubstanciado nestes títulos ainda se restringe a um plano meramente teórico, distanciado da realidade social e de pouca valia, se visualizado sob a óptica do jurisdicionado, para a qual não importa o reconhecimento teórico de seu direito, senão a sua concretização no mundo empírico. Portanto, o processo enquanto instrumento desprovido de meios executivos chega a ser dotado de uma certa ineficácia na composição dos litígios.

Na verdade, ao cidadão, cliente da prestação do serviço público essencial denominado jurisdição, o que importa é a concretização de seu direito, o recebimento de seu crédito.

Nesse contexto, pode-se afirmar que atualmente é mais confortável ser devedor do que ser credor, quer pelo novo contexto

social - direitos fundamentais estendidos em demasia ao devedor -, quer pelo contexto econômico que a realidade social apresenta, em que há dificuldade na identificação de patrimônio do devedor, visto que contas bancárias, ações, fundos de comércio, marcas, patentes, direitos autorais passaram a representar um valor substancialmente relevante e muitas vezes único do devedor, sendo que técnicas comerciais modernas favorecem o anonimato, tais como holdings, sociedades por ações ao portador em paraísos fiscais etc:

“é hoje extremamente difícil aceitar a penhora de certos bens sem parecer um ato de extrema maldade do credor que ousa atentar contra a liberdade para satisfazer apenas seus interesses privados.

(...)

Por isso, se se deseja tornar a atividade executiva efetiva, impõe-se uma mudança de mentalidade, admitindo-se a penhora de parte do salário e daqueles bens que guarnecem o domicílio, sem serem considerados efetivamente bens de família, ou ainda a alienação de certos bens de família com a reserva de valor suficiente para a aquisição de outros com a mesma finalidade.”<sup>10</sup>

Efetivamente, ao se conceder eficácia absoluta à Lei 8009/90 - que considera bem de família qualquer imóvel no qual o devedor resida -, e, portanto impenhorável ainda que seu valor atinja a casa dos milhões, atentando-se contra o postulado da razoabilidade, uma vez que não é razoável permitir que o devedor mantenha o domínio de imóvel de luxo, descumprindo ordem ju-

<sup>9</sup>O controle judicial dos atos da Administração Pública recai nos aspectos dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 5o., XXXV, c/c 37 da CF/88).

<sup>10</sup>LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das Decisões e Execução Provisória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 424-425.

dicial e violando o fundamental direito do credor à efetividade da prestação jurisdicional

Assim, cabe ao Juiz, afastar a eficácia absoluta da impenhorabilidade do bem de família, considerando-a relativa, permitindo a penhora de imóvel de alto valor, reservando-se valor razoável para que o devedor adquira outro imóvel, menos luxuoso, para cumprir a finalidade protetiva da lei, que a de conceder moradia com dignidade.

Com o intuito de se positivar a aplicação do postulado da razoabilidade à penhora do bem de família, o Anteprojeto de Lei sobre o cumprimento de sentenças judiciais que condena ao pagamento de quantia certa, de autoria dos professores CARNEIRO e TEIXEIRA, prevê a modificação do Código de Processo Civil nos seguintes termos:

ART. 650.

Podem ser penhorados, à falta de outros bens, as quotas de sociedade de responsabilidade limitada, bem como os frutos e rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados estes ao pagamento de pensão alimentícia.

Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a mil (1.000) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será reservada para a aquisição, pelo devedor de outro imóvel residencial.<sup>11</sup>

A nova redação sugerida no Anteprojeto de Lei impede que o executado fique residindo em imóvel luxuoso, sem pagar seus

débitos em afronta a seus credores. É uma forma de coagi-lo a quitar o débito, sob pena de perder seu imóvel, atualmente protegido sob o instituto do bem de família, qualquer que seja o valor.

Esse exemplo demonstra necessidade de mudança de mentalidade no que tange à execução, bem como a importância de dotar o processo de instrumentos de efetividade da jurisdição capazes de acompanhar a evolução social, econômica e tecnológica de forma concomitante;

Quanto à insuficiência da regulação normativa para acompanhar a evolução complexa das relações jurídicas, MEDINA esclarece que:

... (a) a participação do juiz na elaboração da solução jurídica dos litígios passa a ser mais intensa, ante o abrandamento da tendência – veemente no Estado Liberal de outrora – de se reduzir ao máximo os poderes do juiz; (b) a atividade jurisdicional deve proporcionar aos demandantes respostas capazes de propiciar uma

tutela mais aproximada possível da pretensão violada (cf. art. 461, do CPC, que alude à “execução específica” e a “resultado prático equivalente”), bem como de impedir que a violação ocorra, o que impõe sejam criados instrumentos capazes de proporcionar à Jurisdição o alcance de tal desiderato; (c) ante a multiplicidade e a complexidade das situações litigiosas que podem ser levados a juízo, tais mecanismos não podem ser previstos num rol taxativo, “*numerus clausus*”, ante o risco de se excluir direitos igual-

*“[...] não é razoável permitir que o devedor mantenha o domínio de imóvel de luxo, descumprindo ordem judicial e violando o fundamental direito do credor à efetividade da prestação jurisdicional.”*

<sup>11</sup> Athos Gusmão Carneiro e Sálvio Figueiredo Teixeira

mente merecedores de tutela; (c) as medidas executivas que podem ser postas em prática podem não ser aquelas requeridas pelas partes, necessariamente, porque o juiz pode constatar a viabilidade de um meio executivo mais adequado à satisfação da pretensão do exequente (fim)”<sup>12</sup>

Nesse ínterim, a efetividade da tutela jurisdicional fica sob a responsabilidade do Juiz, que deve adotar medidas executivas para alcançar a elevada missão da adequada prestação da tutela jurisdicional.

O direito fundamental à tutela executiva efetiva foi bem ilustrada por GUERRA, quando ensina:

O direito fundamental à tutela executiva autoriza o juiz a adotar as medidas que se revelarem mais adequadas a proporcionar pronta e integral tutela executiva, ainda, e sobretudo, que não previstas em lei: a) qualquer que seja a modalidade da obrigação a ser tutela “in executivis”, de dar dinheiro ou coisa diversa, fazer u não fazer; (b) qualquer que seja o título executivo, judicial ou extrajudicial, que fundamenta a execução; (c) qualquer que seja o *modelo estrutural* adotado pelo legislador para o *módulo processual executivo*, seja disciplinando-o como *processo de execução autônomo*, seja disciplinando-o como *mera fase executiva* de um “processo sincrético”. Além disso, por força do mesmo direito fundamental o juiz deve também, repita-se, interpretar as normas existentes de modo a delas extrair um sentido que mais assegure a eficácia dos meios exe-

cutivos disciplinados. Tudo isso, insista-se, feito com observância do quadro completo dos direitos fundamentais, respeitando os limites impostos a cada um pelos demais e realizando, sempre que necessário, a concordância prática entre os direitos em colisão.<sup>13</sup>

Logo, oportuna é a máxima de CHIOVENDA, segundo a qual “o processo deve dar à parte vitoriosa tudo aquilo e exatamente aquilo que corresponde a seu direito reconhecido..”, que vem recebendo diversas denominações, dentre as quais, pelos processualistas: “garantia da efetividade do processo”, “princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional”, “garantia (ou princípio) do direito de ação”, “garantia do acesso à justiça” e “garantia de acesso à ordem jurídica justa”, enquanto os constitucionalistas preferem as expressões: “direito (fundamental) à tutela efetiva”, “direito ao processo devido” e “direito fundamental de acesso aos tribunais”, GUERRA denomina de “direito fundamental à tutela executiva” a exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva.<sup>14</sup>

Segundo MARINONI, o princípio que agora vigora é o da concentração dos poderes de execução do juiz, não sendo mais possível falar em princípio da tipicidade dos meios de execução, “que, se tinha por escopo garantir a segurança jurídica, evitando que a esfera jurídica do demandado fosse invadida por modalidade executiva diversa da prevista na lei, não conferia ao juiz poder suficiente para tutelar de forma adequada e efetiva os direitos.”<sup>15</sup>

<sup>12</sup> MEDINA, José Miguel García Medina. Execução civil: princípios fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.297.

<sup>13</sup> GUERRA, M L. Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 104-105.

<sup>14</sup> Ibid., p.101-102.

<sup>15</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 125.

O poder de suprimir a omissão do legislador em instituir técnica necessária para a efetividade da tutela de um direito fundase no direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e implica, como contrapartida, dotar o juiz de poderes e instrumentos para ingresso na seara patrimonial do devedor.

### 3. DIREITO FUNDAMENTAL À EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Dispõe o artigo 5º, XXXV da Constituição da República que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se do direito fundamental a uma prestação jurisdicional efetiva, implicando, na visão de MARINONI<sup>16</sup> no “direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa direito à efetividade em sentido estrito.”<sup>17</sup>

Embora a teoria da autonomia do direito de ação tenha significado um avanço na doutrina processual, hoje é cediço de que a ação deve se voltar à sua finalidade, qual seja, a de concretizar o direito substantivo a que se refere, servindo de instrumento para tanto.

Com o intuito de alcançar essa efetividade da tutela jurisdicional tão almejada pela comunidade jurídica, bem como pelo maior interessado na prestação jurisdicional – o cidadão –, desde 1994, o legislador vêm-se implementando a várias re-

formas processuais, buscando o aperfeiçoamento do sistema processual:

Na reforma do Código de Processo Civil ocorrida nos anos de 1994 e 1995 introduziu-se: a audiência preliminar (art. 331), a tutela jurisdicional antecipada (art. 273), um novo modo de execução de sentenças relativas às obrigações de fazer ou de não fazer, e de dar (art. 461 e 461 A), uma nova sistemática para o agravo de instrumento interposto contra decisões de primeiro grau (art. 523 e ss.), a eliminação da liquidação por cálculo do contador (art. 604) e o procedimento monitório (art. 1.102-A, 1.102-B e 1102-C).<sup>18</sup>

*“Embora a teoria da autonomia do direito de ação tenha significado um avanço na doutrina processual, hoje é cediço de que a ação deve se voltar à sua finalidade, qual seja, a de concretizar o direito substantivo a que se refere, servindo de instrumento para tanto.”*

A reforma de 2001: aprimorou a sistemática dada ao agravo de instrumento, reduzindo sua admissibilidade em processo de qualquer natureza, mandando que o recurso fique retido nos autos sempre que interposto contra decisões proferidas em audiência ou depois de proferida a sentença (com algumas ressalvas) (art. 523, §4º, red. Lei n. 10.352, de 26.12.2001); estipulou multa pesada para os atos

atentatórios ao exercício da jurisdição, nesses incluindo os atos de desobediência ou resistência às sentenças mandamentais, inovação que “reforçou o sistema de tutela antecipada e da execução por obrigação de fazer ou de não-fazer e de dar (arts. 273, 461 e 461 A) a bem da celeridade e efetividade da tutela jurisdicional”<sup>19</sup>; alterou o art. 273 e seus parágrafos “para autorizar a tutela antecipada em relação à parce-

<sup>16</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. “O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais”. In *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, (28), abril/junho de 2003), p. 303.

<sup>17</sup>Ibid., p.303.

<sup>18</sup>DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002, p.18.

<sup>19</sup>Ibid., p. 18.

la, ou parcelas do pedido com base em fatos incontroversos (...) (art. 273, §6) para instituir expressamente a fungibilidade entre medidas antecipatórias e cautelares, podendo a providência ser outorgada pelo juiz a um desses títulos ainda quando haja sido pedida com denominação inadequada (art. 273, §7) e para mandar que a efetivação dos efeitos das medidas antecipatórias de tutela jurisdicional se reja também pelo que é disposto quanto à execução por obrigações de fazer ou de não-fazer (art. 273§ 3º, com alusão ao disposto no art. 461, §§ 4º e 5º).<sup>20</sup> Outra alteração foi a permissão de julgar o mérito da causa, desde que o processo esteja em condições para tanto, quando o tribunal reformar uma sentença terminativa (art. 515 §3º, red. Lei n. 10.352/2001).

Destacam-se, também, como leis que importam em modificação no processo civil a que dispõe sobre petições transmitidas por meios eletrônicos (Lei n. 9.800, de 26.5.1999 – Lei do Fax) e o estatuto dos Idosos (Lei n. 10.173/01) – destinada a oferecer prioridade de julgamento às causas de interesse de pessoas com idade a partir de sessenta e cinco anos (arts. 1211-A a 1.211-C).

Todas essas alterações processuais visam obter maior efetividade na concretização do direito material. Novas reformas, com a mesma finalidade, estão por vir, a exemplo dos anteproyectos de lei elaborados pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual que tratam da mediação paraprocessual no processo civil; das tutelas de urgência – medidas cautelares e antecipatórias; do cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia certa e da execução de título executivo extrajudicial, esses últimos alterando a sistemática da execução de títulos judiciais, deixando de ser a mesma um processo autônomo, invocando-se o princípio do sincretismo entre cognição e execução, em

prol da celeridade e efetividade processual, remanescendo o processo autônomo de execução exclusivamente para títulos executivos extrajudiciais.

Cabe fazer menção ao projeto de lei 7.077/02, em face final de tramitação na Câmara Federal, tendo já sido aprovada pelo Senado, que institui a certidão negativa de débitos trabalhistas, como fórmula de “incentivo” ao adimplemento voluntário das obrigações trabalhistas reconhecidas em Juízo, implicando, portanto, em mudança de comportamento - mudança cultural.

Imperioso ressaltar, que muitos dos institutos trazidos pelas reformas processuais já existiam no Direito Processual do Trabalho, a exemplo da tentativa de conciliação (arts. 764, 846 e 850 da CLT); da tutela antecipada para tornar sem efeito transferência ilegal de empregado e também para reintegração de dirigente sindical – em face da estabilidade (art. 659, IX e X da CLT), bem como do processo sincrético, sendo a execução processada nos próprios autos do processo de cognição, sem intervalo, ou seja, sem necessidade da propositura de um processo de execução.

*“Trata-se de um meio tecnológico operacional, que efetiva a penhora de numerário [...] de forma célere e menos onerosa para as partes, uma vez que o cumprimento da ordem judicial de penhora é efetuado através do Sistema BACEN JUD, eletronicamente [...]”*

#### 4. A PENHORA ON-LINE E SUA LEGALIDADE

Na busca de instrumentos eficazes de concretização dos direitos, notadamente aqueles consistentes na satisfação de quantia certa representada por título executivo judicial ou extrajudicial, tem-se a penhora *on-line*, podendo ser adotada no processo civil sem a necessidade de modificação legislativa. Trata-se de um meio tecnológico operacional, que efetiva a penhora de numerário - que é o primeiro na ordem preferencial estabelecida no art. 655, I, do Código de Processo Civil e art. 11 da Lei 6.830/1980 - de forma célere e menos onerosa para as

<sup>20</sup> Ibid., p.19.

partes, uma vez que o cumprimento da ordem judicial de penhora é efetuado através do Sistema BACEN JUD, eletronicamente, sem necessidade quer da expedição de ofício aos Bancos, quer da expedição de Carta Precatória, quer da intervenção de Oficial de Justiça, significando um verdadeiro avanço como implementação de meio para o exercício do direito fundamental à efetiva tutela jurisdicional, qual seja, a obtenção do resultado prático do processo que, nas execuções por quantia certa, consiste no recebimento pelo credor de seu crédito.

Esta forma satisfatória de prestação da jurisdição celebrou-se com o e. Tribunal Superior do Trabalho firmando, em 05 de maio de 2002 um “Convênio de cooperação técnico-institucional com o Banco Central do Brasil, para fins de acesso ao Sistema BACEN JUD”. Este convênio permitiu ao Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho o acesso, via Internet, através do Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil à contas correntes e demais aplicações financeiras depositadas em nome de executados.

#### CLAUSULA PRIMEIRA (...)

PARÁGRAFO ÚNICO – Por intermédio do Sistema BACEN JUD, o TST e os Tribunais signatários de Termo de Adesão, poderão, dentro de suas áreas de competência, encaminhar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN ofícios eletrônicos contendo solicitações de informações sobre a existência de contas correntes e aplicações financeiras, determinações de bloqueio e desbloqueio de contas envolvendo pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, bem como outras solicitações que vierem a ser definidas pelas partes.

Tratando-se de uma inovação tecnológica que alcançou resultados práticos efetivos, o sistema da penhora on-line

tem sido atacado processualmente sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, por ausência de previsão legal e a invocação do princípio da tipicidade dos atos executivos.

A constitucionalidade da medida tem sido bem fundamentada pelos Tribunais, conforme ementas a seguir transcritas, extraídas do site [www.tst.gov.br](http://www.tst.gov.br) :

#### EMENTA

##### 1. PENHORA “ON LINE” - LEGALIDADE.

A penhora em dinheiro obedece à gradação estabelecida no Código de Processo Civil (art. 655, I), de aplicação subsidiária no Processo do Trabalho, podendo atingir depósitos bancários, e o sistema “on line” apenas substitui demorados ofícios às agências bancárias, sendo que o gravame imposto ao devedor, nessa hipótese, é o mínimo possível.

##### 2. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. EXECUÇÃO.

Comete ato atentatório à dignidade da Justiça a executada que tumultua o processo, com objetivos claros de procrastinar a execução que, no presente caso, se estende por quase vinte anos sem solução definitiva, relevando-se que as verbas trabalhistas têm cunho salarial. Condena-se a executada ao pagamento da multa de 20% do valor do débito, a ser revertida em favor do credor, na forma do art. 601 do CPC.

Processo TRT/15ª Região n. 236-1998-047-15-00-9 (10.325/2003-Agravo de Petição -1, originário da Vara do Trabalho de Itapeva/SP)

EMENTA MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. LEGITIMIDADE DA PENHORA “ON-LINE” SOBRE CONTA-CORRENTE DA EXECU-

TADA. SEGURANÇA CONCEDIDA. Fere direito líquido e certo do impetrante o ato praticado pela D. Autoridade impetrada que indefere o prosseguimento da execução com a **penhora "on-line"** sobre os créditos existentes na conta bancária da executada, ao fundamento de ser incabível a penhora em dinheiro em execução provisória. E isso porque o próprio Magistrado havia reconhecido que tanto a nomeação de bens pela reclamada como a **penhora** efetivada nos autos pelo Sr. Oficial de Justiça foram feitas mediante transgressão do artigo 655 do diploma processual civil, pelo que o exequente, ora impetrante, encontra-se em situação de difícil solução pois, se de um lado enfrenta determinação da D. Autoridade impetrada de que indique "bens livres, desembaraçados e de fácil aceitação comercial, em dez dias, sob pena de remessa ao arquivo", providência essa que aliás nem o Sr. Oficial de Justiça logrou desincumbir de forma satisfatória, ante o comprometimento dos bens existentes com penhoras anteriores, por outro lado, depara-se, ainda, com a r. decisão ora atacada impedindo-o de prosseguir a execução sobre numerário constante da conta bancária por ele indicada, não obstante a determinação anteriormente feita pela própria D. Autoridade impetrada de que fosse efetuada a constrição de numerário. Nem se cogite que tal excussão deva ser obstada, por se tratar de execução provisória ou que deva se fazer pelo modo menos gravoso para o devedor, nos termos do que dispõe o artigo 620 do Código de Processo Civil. E isto porque não foram encontrados outros bens de propriedade da executada aptos para garantir a execução, além do que, o exequente, caso não logre êxito na sua busca, corre o risco de ver os autos serem arquivados, sendo certo que a empresa é que deve

correr os riscos de seu empreendimento, pois os créditos trabalhistas são superprivilegiados, preferindo a quaisquer outros, a teor do que dispõe o artigo 186 do Código Tributário Nacional (exceção feita apenas aos créditos advindos de acidente de trabalho). Nessa conformidade, outra não pode ser a conclusão senão a de que o ato ora atacado violou direito líquido e certo do impetrante, uma vez que obsteu o regular curso da execução sem que houvesse qualquer fundamento legal para tanto, sobretudo considerando que as **penhoras** efetivas foram ineficazes, como declara o artigo 656, inciso I, do referido Código. Segurança concedida.

### **DECISÃO**

Por maioria de votos, vencidos os Exmos. Juizes Floriano Vaz da Silva e Delvio Buffulin, rejeitar a preliminar argüida pelo D. Representante do Ministério Público do Trabalho e, no mérito, conceder a segurança definitiva para que o MM. Juízo impetrado determine o regular prosseguimento da execução, autorizando a penhora de créditos bancários "on-line", nos termos da fundamentação supra. Custas nihil. Do Agravo Regimental: por unanimidade de votos, não conhecer do agravo regimental, por incabível, nos termos da fundamentação.

DOE SP, PJ, TRT 2ª Data: 21/11/2003, sendo as Exmas. Juízas do Trabalho Vania Paranhos e Anélia Li Chum relatora e revisora, respectivamente. Impetrante: Jurandi Costa de Mesquita. Impetrado: ato do Exmo. Juiz da 57ª Vara de São Paulo. Litisconsorte: Sociedade Esportiva Palmeiras.

**EMENTA**  
RECURSO DE REVISTA.  
EXECUÇÃO. PENHORA. LEGI-

## TIMIDADE DO BLOQUEIO DE CONTA PELO BANCO CENTRAL.

A ordem dada ao Banco Central para o bloqueio de contas de sócios da executada emana de juízo trabalhista competente e, pois, não viola diretamente a literalidade do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal. Não obstante tratar-se de matéria de "lege ferenda", a situação apresenta analogia com a da incipiente **penhora on-line**, no sentido de que, mediante ordem de rastreamento de contas e bloqueio preventivo pelo órgão federal tecnicamente aparelhado para executá-lo, o Juízo culmina por inserir-se em jurisdição virtual, que não admite fronteiras. Além do mais, há o privilégio desbravador do crédito trabalhista, assegurado na legislação (Lei nº. 6.830/80 e art. 186 do Código Tributário Nacional) e particularmente pelo art. 449 da CLT. Incidência do art. 896, § 2º, da CLT. Recurso de revista não conhecido.

### DECISÃO

Por unanimidade, não conhecer do recurso de revista.

DJ DATA: 03-10-2003. Recorrente: Eduardo Badra. Recorridos: Carlos Henrique Rodrigues Badra S/A. Relatora: Juíza convocada, Exma. Dra. Wilma Nogueira de A. Vaz da Silva.

O desenvolvimento do convênio que permite a denominada penhora *on-line* decorreu de uma necessidade para solucionar um problema cultural, infelizmente constatado e exposto na própria fundamentação do Prov. 1/2003 da Corregedoria do E. Tribunal Superior do Trabalho, nas diretrizes para aplicação do sistema. O problema cultural refere-se ao descumprimento de mandados e ofícios para bloqueio de conta, apurado em correições, consubstanciado na prática, adotada por alguns gerentes de agências

as bancárias, de alertar o correntista, exortando-o a retirar os valores da conta corrente a ser bloqueada, hipótese que configura delito contra a administração da justiça e fraude à execução (art. 179 do Código Penal).

No II Seminário Ítalo-brasileiro de Direito do Trabalho promovido pela Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região em parceria com a Faculdade de Campinas (FACAMP), a Escola Superior do Ministério Público da União e a Università Deglhi Studi Di Roma La Sapienza, realizado no dia 25 de março de 2004, ao ser indagado sobre a existência de sistema semelhante ao da penhora *on line* na Itália e qual a sua opinião a respeito, o expositor Silvano Piccinino - Professor de Direito de Trabalho na Libera Università deglhi Studi Maria SS. Assunta di Roma - mostrou-se estarecido, justificando sua surpresa pelo fato de desconhecer casos de descumprimento de mandados de penhora por parte de gerentes de instituições financeiras em seu país. Ou seja, no Brasil o descumprimento de ordens judiciais é cultural.

Para solucionar alguns problemas de operacionalização do sistema, a exemplo dos bloqueios múltiplos, caso em que o devedor possui várias contas bancárias e sofrer o bloqueio em cada uma delas, até o valor do crédito exequendo, o Tribunal Superior do Trabalho emitiu o Provimento 3/2003, que:

"permite às empresas que possuem contas bancárias em diversas agências do país o cadastramento de conta bancária apta a sofrer bloqueio *on-line* realizado pelo sistema BACEN JUD. Na hipótese de impossibilidade de constrição sobre a conta indicada por insuficiência de fundo, o Juiz da causa deve expedir ordem para que o bloqueio recaia em qualquer conta da empresa devedora e comunicar o fato, imediatamente, à Corregedoria-Geral da Justiça do

Trabalho para descadastramento da conta bancária.”

O presidente do Tribunal Superior do Trabalho, ministro Vantuil Abdala afirmou, durante cerimônia de abertura do 12º Congresso Nacional dos Magistrados do Trabalho (Conamat), realizado nos dias 05 a 07 de maio de 2004, que o programa de penhora *on-line* está sendo aprimorado, com o fim de possibilitar o bloqueio direto na conta corrente do devedor, sem intermédio do gerente da respectiva agência, uma vez que até então a ordem de bloqueio é enviada eletronicamente ao gerente das agências, dando ensejo ao problema cultural e a fraude já mencionados, que, infelizmente são constatados na prática jurídica, constituindo em verdadeiro ato atentatório à dignidade da justiça, nos termos dos artigos 14, V e 600 do Código de Processo Civil.

A repercussão da penhora *on-line* é tamanha e tão benéfica ao processo de execução que atualmente ela é prevista no art. 185 – A, do Código Tributário Nacional, introduzida pela Lei Complementar 118/05, art. 2º, nos seguintes termos:

Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercados bancários e do mercados de capitais, a fim de

que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial

## 5. CONCLUSÃO

Diante da nova ordem constitucional que assegura ao jurisdicionado o acesso à ordem jurídica justa consistente concretização efetiva dos direitos, conclui-se que o instrumento da penhora *on-line*, que possibilita a troca de informações bancárias e o envio de determinações judiciais via sistema de dados BACEN JUD, para bloqueio de contas bancárias, em substituição aos ofícios e cartas precatórias, é meio adequado, idôneo e necessário, e que não causa qualquer restrição ao direito do devedor, uma vez que torna menos onerosa a execução – despesas de ofícios, cartas precatórias, oficiais de justiça, além de possibilitar-lhe o embargo à execução para eventualmente desconstituir o título executivo judicial ou extrajudicial.

A penhora *on-line*, contribui sobremaneira para a celeridade processual, possibilitando o cumprimento imediato das ordens expedidas pelos magistrados, estando, portanto, esta em total consonância com o princípio do devido processo legal tão aclamado na Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse cenário, incontestável, pois, o papel dos operadores do direito: advogados, procuradores Públicos, membros do Ministério Público, que devem requerer; e, principalmente, dos magistrados, que devem deferir a penhora *on-line* para a efetivação da tutela jurisdicional nas execuções por quantia certa. Afinal, como bem expressou IHERING: “Todos aqueles que fruem os benefícios do direito devem também contribuir com sua parte para sustentar o poder e a autoridade da lei”.<sup>21</sup>

<sup>21</sup>IHERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 44.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES DA SILVA, Antônio. *Penhora on line*. Belo Horizonte: Editora RTM, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, vol. 1, 1999

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Eficiência das Decisões e Execução Provisó-*

*ria*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A tutela específica: arts. 461, CPC e 84, CDC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_, "O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais". In *GENESIS – Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, (28), abril/junho de 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia Medina. *Execução civil: princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Helly. Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

O ESTADO DE SÃO PAULO. "Maioria dos juízes não aderiu ao sistema". Seção: Cidades, 13.10.2004.

### **III - DOUTRINA INTERNACIONAL**



# CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: LAS OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL ARTIGO 42 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

DAVID MONTOYA MEDINA\*

**Resumo:** O texto em apreço traça uma análise do conteúdo do artigo 42 do Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, preceito este que estabelece um regime de responsabilidade solidária pelo adimplemento de créditos trabalhistas e previdenciários. A configuração da responsabilidade pressupõe a concorrência simultânea de três requisitos: 1) a condição de empresários dos sujeitos participantes do contrato; 2) que o objeto do contrato se reporte a obras ou serviços, e que 3) a atividade contratada corresponda à "própria atividade" desenvolvida pelo empresário principal.

Quanto ao primeiro requisito, a jurisprudência espanhola tem se posicionado no sentido de que, por atividade empresarial, deve entender-se toda aquela que demande, para sua consecução, a contribuição de trabalho prestado nos moldes da legislação laboral.

No tocante ao segundo requisito, entende a doutrina que nele estará inserido qualquer contrato civil que se vincule à realização de uma obra ou de um serviço.

Em relação ao terceiro requisito, há divergências na definição do que se deve considerar como "própria atividade", tendo se formado três linhas de opinião a este respeito: a de cunho ampliativo, que inclui serviços conexos, como vigilância e limpeza; a de cunho restritivo, que só admite como própria atividade aquela diretamente vinculada ao objeto empresarial, ou seja, à sua atividade fim; e a de cunho intermediário, que busca alcançar um equilíbrio entre as duas primeiras.

A responsabilidade empresarial prevista pelo artigo 42 do ET possui ademais dois âmbitos de aplicação: o subjetivo e o objetivo.

Quanto ao âmbito subjetivo, a lei preconiza a responsabilidade solidária do empresário principal, tanto em relação aos contratantes como aos subcontratantes. Todavia, há dúvidas acerca da extensão desta responsabilidade, pois o encade-

---

\*Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Alicante

amento de contratos pode se revelar extenso, envolvendo assim um número considerável de empresários. A jurisprudência, neste particular, tem vacilado; já a doutrina, em sua maior parte, prestigia a tese de que todos os empresários envolvidos na cadeia produtiva devem ser responsabilizados.

Quanto ao âmbito objetivo, a lei exclui da responsabilidade solidária os créditos de natureza não salarial, ou seja, que se revistam de cunho indenizatório, tais como, por exemplo, as ajudas de custo e as indenizações por despedida injusta ou arbitrária.

A solidariedade legal se sujeita outrossim a limites de ordem temporal (vigência dos contratos, prazo específico de prescrição), podendo ainda o empresário, quanto aos débitos previdenciários, deles desonerar-se, desde que cumpra certas providências previstas pelo legislador. Quanto aos créditos salariais, a desoneração só será possível em se tratando de obra de natureza familiar, ou de obra ou serviço totalmente desvinculado da atividade produtiva desenvolvida pela empresa contratante.

A lei também explicita os direitos de informação que possuem a previdência social e os trabalhadores pertencentes às empresas principal, contratadas e subcontratadas, em ordem principalmente a possibilitar, a todos eles, a identificação dos responsáveis solidários pelo adimplemento de seus haveres.

**Sumário:** 1. Concepto y ordenación legal de la contrata y subcontrata. 2. Las notas configuradoras del supuesto de hecho del artículo 42 ET. 2.1 Condición de empresarios de los sujetos participantes en la contrata. 2.2 Contratación para la realización de obras o servicios. 2.3 Obras o servicios correspondientes a la propia actividad. 3. El régimen legal de las responsabilidades empresariales del artículo 42.2 ET. 3.1 El ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial. 3.2 El ámbito objetivo de la responsabilidad empresarial. 3.2.1 Responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial. 3.2.2 Responsabilidad por obligaciones referidas a la Seguridad Social. 3.3 Los límites legales a la responsabilidad empresarial. 3.3.1 Límites temporales. 3.4 La exoneración de las responsabilidades empresariales. 3.4.1 La exoneración parcial respecto a las obligaciones de Seguridad Social. 3.4.2 Los supuestos de exoneración total. 4. Las obligaciones empresariales de información. 4.1 Obligaciones informativas de las empresas contratista y subcontratista. 4.2 Obligaciones informativas de la empresa principal.

**Palavras-chave:** Espanha; Estatuto dos trabalhadores; Terceirização; Descentralização; Responsabilização; Solidariedade.

## 1. CONCEPTO Y ORDENACIÓN LEGAL DE LA CONTRATA Y SUBCONTRATA

Los términos contrata y subcontrata, procedentes del ámbito económico y de la praxis empresarial, hacen referencia en sentido estricto a un negocio jurídico en virtud del cual una empresa, denominada

contratista, por encargo de otra, denominada comitente o empresa principal, se obliga a ejecutar una obra o prestar un servicio a cambio de un precio determinado. Si el contratista realiza el encargo a través de su propia organización empresarial sin delegar la tarea en un tercer empresario se estará ante una contrata. En cambio, si el contratista

delega la totalidad o parte del encargo a un tercer empresario, denominado subcontratista, se estará ante una subcontrata o contrata de segundo grado.

Por otra parte, conviene señalar que es de uso generalizado en el lenguaje común el término subcontratación pero en sentido más amplio. En esta acepción de la palabra, subcontratar implica toda forma de organización productiva en la que la concentración en la producción es reemplazada por la desconcentración. Subcontratar es, en este sentido, la manifestación más característica de la descentralización productiva por cuanto supone la participación de una o varias empresas auxiliares en el ciclo productivo de una empresa para que se encarguen de la ejecución de algunas de sus fases que no quiere o no puede desarrollar por sí misma. Dicha acepción del término es traída a colación porque es así frecuentemente utilizada por la doctrina científica, las sentencias de los tribunales y las propias normas laborales, para referirse indistintamente a la contrata y a la subcontrata.

El ordenamiento laboral español no establece restricciones a la libertad empresarial de contratar y subcontratar obras y servicios pues se trata de un derecho que tiene su amparo en el derecho constitucional a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española. No obstante, es cierto que el legislador tradicionalmente ha contemplado con recelo estas fórmulas de organización de la actividad productiva, cercanas a las figuras interpositorias prohibidas, en tanto implican la puesta en juego de una misma actividad laboral que redundaría en beneficio de varios empresarios.

Por esa razón, el ordenamiento laboral ha diseñado un sistema de responsabilidades empresariales que se ciernen sobre los empresarios implicados en la subcontratación con el objeto de garantizar los derechos económicos de los trabajadores que pudieran

verse menoscabados ante eventuales incumplimientos o insolvencias de dichos empresarios.

El régimen jurídico laboral de las citadas responsabilidades empresariales encuentra su regulación inmediata en el artículo 42 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). A dicho precepto acompañan toda una serie de disposiciones normativas de diversa procedencia que, sumadas al mismo, constituyen el vigente cuadro normativo de ordenación laboral del sistema de trabajo en contratas (artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de Seguridad Social, artículos 10.3 y 12 del Reglamento General de Recaudación, artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 42.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social y el artículo 1597 del Código Civil).

Dado que la norma estatutaria constituye la piedra angular del referido conjunto normativo, el análisis del régimen jurídico de la responsabilidad empresarial en contratas que se efectúa en estas páginas va a tomar como punto de referencia dicha norma con el fin de centrar el estudio

en su supuesto de hecho y en su consecuencia jurídica.

## 2. LAS NOTAS CONFIGURADORAS DEL SUPUESTO DE HECHO DEL ARTÍCULO 42 ET

Una vez identificado el significado de los términos contrata y subcontrata, es importante advertir que no siempre que se está ante una de estas figuras van a poder desencadenarse las responsabilidades que arbitra el artículo 42 ET en su segundo apartado. Será necesaria la concurrencia de unos presupuestos, explícitamente acogidos en la norma, y que configuran su supuesto de hecho. Dichos presupuestos son: la condición de empresarios de los sujetos participantes en la contrata, el objeto de la contrata con-

*"Por esa razón, el ordenamiento laboral ha diseñado un sistema de responsabilidades empresariales que se ciernen sobre los empresarios implicados en la subcontratación con el objeto de garantizar los derechos económicos de los trabajadores que pudieran verse menoscabados ante eventuales incumplimientos o insolvencias de dichos empresarios."*

sistente en la realización de obras y servicios, y finalmente, la correspondencia de la actividad contratada con la propia actividad del empresario principal.

## 2.1 Condición de empresarios de los sujetos participantes en la contrata

Sin lugar a dudas es cosustancial a la noción de contrata la cualidad de empresarios de los sujetos partícipes en dicho negocio jurídico. En efecto, el artículo 42 emplea el término "empresarios" en tanto se está refiriendo a un contrato bilateral en el que interactúan dos sujetos que han de ostentar dicha condición: el que efectúa el encargo (empresario principal o comitente) y el que ha de ejecutarlo (empresario contratista o subcontratista).

La duda se plantea en si hay que considerar que la acepción que debe acogerse del término es la de empresario laboral del artículo 1.1 ET o se trata de un empleo del mismo en sentido económico o mercantil.

En lo que concierne al empresario contratista, si se atiende a la finalidad perseguida por el precepto estatutario, parece evidente que su aplicación presupone que este ostente la condición de empresario laboral. Dado que el fin inmediato de la norma es añadir un plus de garantía a las deudas salariales y de Seguridad Social respecto a los trabajadores del contratista, implicando patrimonialmente al empresario principal, es manifiesto que el primero sólo puede serlo en calidad de empresario receptor de unos servicios profesionales prestados de forma dependiente y por cuenta ajena.

Pero además, la lógica de la realidad del fenómeno descentralizador pone de manifiesto que ese empresario, además de ser empresario laboral, e independientemente de que sea persona física o jurídica, es también titular de una actividad empresarial propia, dotada de patrimonio y organización

estable y en la que se insertan aquellas prestaciones de trabajo. La jurisprudencia, sobre todo a efectos de distinguir la verdadera contrata de la cesión ilegal de trabajadores, ha insistido en la necesidad de que la empresa contratista constituya una auténtica organización empresarial.

En cuanto al empresario principal, todo parece indicar que el precepto se está refiriendo al titular de una organización económica estable. Dicho extremo viene respaldado por su último párrafo donde se excluye del régimen de responsabilidad legal al cabeza de familia que contrata obras de construcción o reparación de su vivienda y al propietario de una obra o industria que contrata su realización pero no por razón de una actividad empresarial.

*"En cuanto al empresario principal, todo parece indicar que el precepto se está refiriendo al titular de una organización económica estable. Dicho extremo viene respaldado por su último párrafo donde se excluye del régimen de responsabilidad legal al cabeza de familia que contrata obras de construcción o reparación de su vivienda y al propietario de una obra o industria que contrata su realización pero no por razón de una actividad empresarial."*

Sin embargo, la jurisprudencia, en aras de facilitar al máximo el despliegue de los efectos protectores de la norma, ha adoptado una posición mucho más elástica admitiendo su aplicabilidad en aquellos casos en que el comitente no ostenta claramente la condición de empresario mercantil. De esta forma, se ha entendido que la actividad empresarial a la que se refiere el último

párrafo del precepto es aquella que para su desarrollo requiera la aportación de trabajo en régimen de laboralidad [este enfoque ha permitido declarar aplicable el artículo 42 ET en aquellos casos en que el comitente no era una empresa mercantil sino una Administración Pública] aún cuando dicha aportación de trabajo no se haya verificado sino que sea solamente potencial.

## 2.2 Contratación para la realización de obras o servicios

Como se desprende del tenor literal del primer párrafo del artículo 42 ET, el objeto del negocio jurídico que la norma contempla y que vincula a los sujetos antes referidos es la realización de obras o servicios.

La cuestión que se plantea al respecto es a qué figura/s contractual/es de las existentes en nuestro ordenamiento jurídico se está refiriendo dicho mandato normativo. El problema se plantea porque lo cierto es que dicha norma no ha sido muy explícita respecto a la exacta identificación del tipo contractual y parece hacer referencia, más que a la clase de negocio que instrumenta jurídicamente la subcontratación, al objeto del contrato que liga a las empresas participantes.

En cualquier caso, se ha sostenido de forma unánime que el modelo contractual que la norma lleva implícito es el arrendamiento de obra o servicios al que se refiere el artículo 1544 del Código Civil y cuyo régimen jurídico disciplinan los artículos 1583 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Si bien no se trata en realidad de un único tipo contractual, sino más bien de dos (el arrendamiento de obra y el arrendamiento de servicios), la definición conjunta que de ellos ofrece el artículo 1544 del Código Civil adelanta la existencia de relevantes características comunes: por un lado, ambos negocios jurídicos parten de un presupuesto previo y fundamental como es la existencia de un encargo; por otro, también en ambos actúan dos sujetos con una tarea específica, uno encomienda dicho encargo, y otro se obliga a llevarlo a cabo.

Ahora bien, no se debe pasar por alto que este encargo o tarea se puede encomendar a una persona física para que de forma personal lo lleve a cabo, o bien a una empresa que, como organización de bienes materiales y humanos que es, se pondrá en funcionamiento para ejecutar ese mismo encargo. En este último supuesto, no se habla ya de arrendamiento de obras o servicios sino de contrato de empresa, figura que no tiene una regulación específica en nuestro Derecho positivo pero que es la que razonablemente encaja en el artículo 42 ET, entendida como una subespecie del contrato de arrendamiento de obras o servicios. El contrato de empresa, en cambio, si tiene expresa acogida en otros ordenamientos jurídicos como, por ejemplo, el italiano cuyo Código Civil lo define en su artículo 1665 como aquel contrato en el que una parte

asume, con organización de los medios necesarios y gestión a propio riesgo, la ejecución de una obra o de un servicio a cambio de una retribución en dinero.

Por tanto, es el contrato de empresa el tipo contractual al que hay que reconducir el mandato del artículo 42 ET porque, como ya se comprobó en el apartado anterior, la norma no está contemplando el encargo encomendado a cualquier persona, independientemente de si ostenta una condición empresarial o no, sino tan sólo el encomendado a una empresa. Si el citado precepto estatutario está dispensando el régimen legal de protección de los trabajadores del contratista, lógicamente no está pensando en el contratista individual que, sin trabajadores a su cargo, se obliga a realizar la tarea de forma personal, sino en el contratista, ya sea persona física o jurídica, como titular de una organización de medios materiales y humanos.

Sin embargo, se ha planteado por la doctrina si no sería posible hacer una interpretación extensiva del ámbito objetivo del artículo 42 ET de tal forma que no quede exclusivamente ligado al contrato de empresa sino también a cualesquiera otros contratos civiles o mercantiles cuya función social, pese a su distinta nomenclatura, sea la misma que la del contrato de empresa, es decir, consista en la realización de una obra o servicio.

La respuesta al interrogante planteado ha de ser positiva. Como el artículo 42 ET no constriñe su supuesto de hecho a un tipo contractual específico, no se entiende bien porque el contrato de empresa, aunque sea la figura contractual más habitual, haya de ser la exclusiva a la hora de articular el fenómeno de la subcontratación. Además parece plausible la adopción de toda solución que permita proceder a la adaptación flexible del precepto a los cambios producidos en la realidad económica subyacente sobre todo en un ámbito como el presente que se encuentra en un estado de permanente evolución.

Dicha evolución ha traído consigo la acelerada aparición de nuevas figuras jurídicas, de variada naturaleza, que, pese a tener una denominación jurídica distinta, son

útiles para dar cobertura legal a distintos tipos de subcontratación económica en tanto todas ellas coinciden esencialmente en su función social: el desempeño de un determinado encargo, en el contexto de una actividad productiva, por cuenta de un tercero. Basta pensar en figuras mercantiles relativamente modernas e incorporadas del Derecho anglosajón como el outsourcing o el engineering o incluso en las contrataciones administrativas donde el sujeto ordenante del encargo no es el titular de una actividad económica sino una Administración Pública. Por esa razón, la jurisprudencia no ha vacilado en extender a estas figuras el régimen jurídico laboral de la contrata y subcontrata de obras y servicios.

### 2.3 Obras o servicios correspondientes a la propia actividad

La necesidad de que la obra o servicio contratado corresponda con la propia actividad del empresario principal constituye el elemento vertebrador del artículo 42 ET pues los abundantes pronunciamientos judiciales en la materia han puesto de manifiesto que, de la concurrencia o ausencia en el caso concreto de dicho requisito legal, va a depender la sujeción o no del empresario principal al régimen de responsabilidad solidaria instaurado en el segundo párrafo del precepto.

La interpretación de qué se entiende por propia actividad no es tarea sencilla ya que se trata de un concepto no reconducible a parámetros objetivos que remite más bien a la praxis empresarial, terreno, como se sabe, enormemente resbaladizo que impide formular criterios hermenéuticos con vocación de validez general.

Prueba de la aludida dificultad son los abundantes y dispares pronunciamientos jurisprudenciales y aportaciones doctrinales que se han venido formulando desde la propia existencia del antiguo artículo 4 del Decreto 3667/70, norma a la que debe su origen el

concepto estatutario. En síntesis, se puede dar cuenta de tres grandes posiciones interpretativas sobre el alcance de la expresión legal: teoría de la actividad normal, teoría de la misma actividad y, finalmente, la postura adoptada por el TS en su última doctrina de unificación que se sitúa en un plano intermedio respecto a las anteriores.

a) Propia actividad como actividad normal.

Para una primera corriente jurisprudencial, corresponden con la propia actividad del empresario principal las actividades normales y funcionalmente necesarias para el cumplimiento de sus fines, aunque esas actividades fuesen en sí mismas de naturaleza distinta al fin productivo de la empresa en cuestión.

La consecuencia práctica de la adopción de esta postura interpretativa es la consideración como actividad propia de tareas auxiliares como la limpieza de locales, vigilancia de instalaciones, mantenimiento, suministro de materiales y piezas, etc., puesto que basta que la tarea desarrollada por el contratista guarde una conexión directa o indirecta con el proceso productivo del principal para que concorra el requisito de la propia actividad.

En defensa de este criterio amplio se puede sostener que, en la mayoría de las ocasiones, ha de existir correspondencia con la propia actividad cuando un empresario contrata la realización de una obra o servicio puesto que toda actividad que un empresario contrata como tal es actividad propia, resultando difícilmente imaginable un supuesto de actividad empresarial no propia. Además es argumentable que se trata de una posición más acorde con la finalidad protectora de los créditos laborales que caracteriza a la norma ya que extiende a la mayoría de las contrataciones la previsión legal de responsabilidad solidaria.

*"La necesidad de que la obra o servicio contratado corresponda con la propia actividad del empresario principal constituye el elemento vertebrador del artículo 42 ET pues los abundantes pronunciamientos judiciales en la materia han puesto de manifiesto que, de la concurrencia o ausencia en el caso concreto de dicho requisito legal, va a depender la sujeción o no del empresario principal al régimen de responsabilidad solidaria instaurado en el segundo párrafo del precepto."*

b) Propia actividad como misma actividad.

Se trata de una posición diametralmente opuesta a la anterior por su carácter restrictivo. Para este enfoque la correspondencia con la propia actividad se produce sólo en aquellos casos en los que exista plena coincidencia entre la actividad productiva desarrollada por el contratista y la desplegada por la empresa principal. Así, se sustraen del ámbito de aplicación del artículo 42 ET no sólo las tareas auxiliares antes aludidas sino además cualesquiera otras que no se correspondan por su identidad con la actividad desarrollada por la empresa principal.

Si bien este criterio interpretativo ha contado con singulares apoyos en la doctrina científica, la tendencia general es la de considerarlo excesivamente restrictivo pues limita tanto el supuesto de hecho de la norma que la hace prácticamente inaplicable.

c) Postura ecléctica en la jurisprudencia unificadora.

El antagonismo protagonizado por las dos posiciones interpretativas anteriores ha tenido su reflejo en una ostensible disparidad en los pronunciamientos de la doctrina de suplicación que ha dado paso a interesantes fallos del Tribunal Supremo en unificación de doctrina.

El primero de ellos marca la pauta de un nuevo criterio interpretativo, de corte restrictivo, pero situado en una posición intermedia entre las dos grandes corrientes citadas anteriormente. De su fundamentación jurídica se desprende que constituyen propia actividad, por un lado, las tareas que integran materialmente el ciclo productivo de la empresa principal y, por otro, las tareas auxiliares o complementarias pero sólo, excepcionalmente, cuando se consideren absolutamente esenciales para el desarrollo de aquellas.

El problema está, como a simple vista se puede apreciar, en determinar cuando una tarea complementaria puede catalogarse como absolutamente esencial para los fines de la empresa principal, cuestión que, como advierte el propio TS. No puede ser resuelta con un criterio general y unívoco sino que remite al casuismo y al oportuno criterio del juzgador. En cualquier caso, el nuevo criterio interpretativo que nace con esta jurisprudencia es de claro signo restrictivo porque convierte en regla general la identificación de la propia actividad con las tareas nucleares o esenciales en la empresa principal para la realización de sus fines.

Constituye un buen ejemplo de ello el supuesto previsto en la sentencia del TS de 24 de noviembre de 1998, donde se considera propia actividad el servicio de comedor y cafetería prestado por el contratista para un colegio mayor, argumentándose que dicho servicio de comidas forma parte esencial de los cometidos del colegio mayor: la actividad docente y la hostelería.

Pese a estos últimos intentos del Tribunal Supremo de proporcionar un criterio válido para la delimitación de lo que constituye actividad propia,

es manifiesto que sobre este concepto sigue existiendo un amplio margen de indefinición que exige su concreción por la vía del casuismo. No puede ser de otra forma al tratarse de una expresión inserta en una norma jurídica pero caracterizada por claros contornos económicos y, por ello, sujeta a constante mutación.

Esa indeterminación pone en duda la utilidad del concepto como modulador de la responsabilidad empresarial y permite abogar por la conveniencia de su supresión de la norma. Por una parte, no existen razones de peso para limitar la responsabilidad empresarial a través de este requisito ya que, aunque su presencia en la norma se viene justificando por el

*"Pese a estos últimos intentos del Tribunal Supremo de proporcionar un criterio válido para la delimitación de lo que constituye actividad propia, es manifiesto que sobre este concepto sigue existiendo un amplio margen de indefinición que exige su concreción por la vía del casuismo. No puede ser de otra forma al tratarse de una expresión inserta en una norma jurídica pero caracterizada por claros contornos económicos y, por ello, sujeta a constante mutación."*

aprovechamiento patrimonial que experimenta el empresario principal cuando descentraliza tareas de su propio ciclo productivo, dicho aprovechamiento también tiene lugar cuando se subcontratan tareas ajenas al mismo. Por otra parte, la eventual supresión del requisito permitiría hacer responsable al empresario principal en aquellas contrataciones en las que la protección debe ser reforzada debido a la menor solidez patrimonial de las empresas contratistas (singularmente, las contrataciones de servicios auxiliares como vigilancia, limpieza y mantenimiento).

### 3. EL RÉGIMEN LEGAL DE LAS RESPONSABILIDADES EMPRESARIALES DEL ARTÍCULO 42.2 ET

El apartado segundo del artículo 42 ET establece un mecanismo específico de protección de los intereses económicos de los trabajadores empleados en un sistema de trabajo en contrataciones declarando responsable al empresario principal por las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas, durante la vigencia de la contratación, por los contratistas y, en su caso, subcontratistas.

Esta responsabilidad solidaria cumple así una función de garantía ya que amplía la protección de los créditos laborales y de Seguridad Social vinculando a la satisfacción de los mismos el patrimonio de un empresario, el empresario principal, ajeno a la relación laboral entablada entre el contratista y el trabajador.

Por otra parte, el fundamento de esa implicación patrimonial del empresario principal en la relación de crédito del trabajador con su contratista radica en el beneficio que el primero de los empresarios experimenta al incorporar a su patrimonio el resultado del esfuerzo productivo de los trabajadores del segundo. En esta idea ha ahondado el Tribunal Supremo que considera que la razón de ser del precepto está precisamente en la

necesidad de “garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador”.

Dos son las cuestiones que han de ser abordadas en el análisis del régimen legal de responsabilidad empresarial que regula el artículo 42 ET. Por un lado, el ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial, esto es, la identificación de los empresarios que pueden quedar sujetos a dicha responsabilidad; por otro, su ámbito objetivo, comprensivo del objeto material de la responsabilidad, su alcance, límites, y los supuestos de exoneración empresarial.

#### 3.1 El ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial

Del tenor literal del artículo 42.2 ET se desprende que la responsabilidad solidaria del empresario principal opera en los casos de contratación y en los de subcontrata, pues el precepto se refiere literalmente a las obligaciones contraídas por “los contratistas y subcontratistas” con sus trabajadores y con la Seguridad Social. Antes de la reforma operada en el artículo 42 ET por la Ley 12/

2001 de 9 de julio, el precepto mencionaba exclusivamente a los subcontratistas a efectos de la imputación de la responsabilidad solidaria del empresario principal, con lo que podía dar a entender que la responsabilidad se circunscribía a las obligaciones que dimanasen de una subcontrata y no de una contratación. Esta imprecisión fue corregida con la reforma legal citada, en respuesta a una consolidada doctrina u jurisprudencia anterior que entendía referida la responsabilidad tanto a los supuestos de contratación como a los de subcontrata.

Esta solución es más acorde con el tenor del párrafo primero que se refiere a

*“Dos son las cuestiones que han de ser abordadas en el análisis del régimen legal de responsabilidad empresarial que regula el artículo 42 ET. Por un lado, el ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial, esto es, la identificación de los empresarios que pueden quedar sujetos a dicha responsabilidad; por otro, su ámbito objetivo, comprensivo del objeto material de la responsabilidad, su alcance, límites, y los supuestos de exoneración empresarial.”*

“los empresarios que contraten y subcontraten”. La contraria, es decir, sostener que el empresario principal no es responsable solidario en una descentralización inicial y si lo es en una descentralización sucesiva en la que aparezca un subcontratista, no respondería al espíritu protector de la norma ya que dejaría a la contrata de primer grado fuera de su radio de acción.

Mayor entidad reviste, sin embargo, el problema de la delimitación del ámbito subjetivo de la responsabilidad empresarial en los casos de encadenamientos de contrata. En efecto, si el tenor legal deja claro que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por su contratista, no permite, en cambio, responder sin paliativos a la cuestión de si le debe alcanzar también esa responsabilidad por las obligaciones contraídas por un eventual subcontratista, con el que no ha negociado, pero que, por voluntad del contratista, se ha incorporado a su propio ciclo productivo. Téngase en cuenta que el empresario principal al que la norma se refiere puede ser tanto el comitente, en una contrata respecto del contratista, y este último, en una subcontrata y respecto del subcontratista.

El problema planteado no resulta baladí si se tiene en cuenta que, ante encadenamientos de contrata de cierta extensión, la hipótesis de la responsabilidad solidaria pesará sobre todos los empresarios que en la cadena antecedan al subcontratista que haya incumplido sus obligaciones laborales o de Seguridad Social.

Ante el silencio del tenor legal se han barajado dos respuestas posibles: o se declara una extensión de responsabilidad a toda la cadena de contratistas o, en cambio, se opta por una responsabilidad a dúo, es decir, cada empresario principal o comitente sólo responderá de las obligaciones contraídas por el contratista con el que haya tratado, pero no de las obligaciones contraídas por los subcontratistas sucesivos.

Si bien el Tribunal Supremo ha vacilado en sus pronunciamientos (la Sentencia TS 2 enero 1981 extiende la responsabilidad a todos los empresarios integrantes de la

cadena y las Sentencias TS 2 julio 1983, y 15 diciembre 1986, siguen el criterio contrario), en la doctrina predomina la tesis que apuesta por la extensión de la responsabilidad a todos los empresarios implicados en la cadena.

Por otro lado, se ha objetado frente a la anterior posición interpretativa que no parece razonable que la responsabilidad alcance al empresario principal por incumplimientos de subcontratistas con los que él no ha contratado, sobre los que no ejerce ningún control y que, por tanto, quedan fuera de su esfera jurídica. Además, el uso del plural “empresarios que contraten y subcontraten” parece indicar que el precepto, más que contemplar una cadena, contempla una múltiple relación bilateral entre comitentes y contratistas que se presenta de modo radial.

### 3.2 El ámbito objetivo de la responsabilidad empresarial.

#### 3.2.1 Responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial.

La Ley del ET de 1980 restringió el ámbito material de la responsabilidad empresarial a las obligaciones de naturaleza salarial frente a sus precedentes normativos (Decreto de 17 de agosto de 1970 y Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976) que extendían la responsabilidad a todo tipo de obligaciones laborales.

Por tanto, la determinación de este ámbito material no es una cuestión especialmente problemática en tanto que, constatada la voluntad restrictiva del precepto, parece evidente que el empresario principal sólo podrá responder por aquellas partidas económicas que tengan cabida en la consideración legal de salario (artículo 26.1 ET), excluyéndose, en cambio, aquellas otras de carácter extrasalarial (artículo 26.2 ET).

Así, deben quedar excluidas todas aquellas percepciones de naturaleza indemnizatoria o compensatoria reconducibles a alguna de las categorías extrasalariales del artículo 26.2 ET. Es el caso, por ejemplo, de las dietas de manutención y alojamiento, los gastos de viaje, pluses de transporte y gastos de vestuario.

Tampoco responde el empresario principal del deber de readmisión o indemnización en despidos nulos o improcedentes efectuados por el contratista durante la vigencia de la contrata puesto que, a la vista de la dicción legal, no se puede hacer responsable a dicho empresario del inadecuado ejercicio del poder disciplinario del contratista.

Las percepciones indemnizatorias vinculadas no al despido disciplinario sino a otras modalidades extintivas también deben quedar excluidas por tener una finalidad eminentemente resarcitoria. Así lo ha entendido la jurisprudencia en relación con la indemnización por incumplimiento del plazo de preaviso para la extinción del contrato, cuando sea preceptivo y con la pactada en convenio colectivo por la terminación de contratos temporales.

En cambio, si queda comprendida en la responsabilidad por obligaciones de naturaleza salarial la retribución por horas extraordinarias, pues es un concepto reconducible a los complementos salariales por trabajo realizado, y el recargo por mora que, pese a tener clara naturaleza indemnizatoria, los tribunales vienen incluyéndolo en el ámbito de la responsabilidad empresarial.

Cuestión controvertida es la inclusión o no de los salarios de tramitación pues se trata de una percepción económica de naturaleza mixta, dotada simultáneamente de atributos salariales e indemnizatorios. Si bien el Tribunal Supremo en unificación de doctrina les atribuyó inicialmente carácter salarial a efectos de declarar responsable de su abono al empresario principal, ha acabado decantándose, también en unificación, por la postura contraria, retomando una línea jurisprudencial anterior, iniciada con la sentencia TS 13 mayo 1991, de la que había prescindido aquella sentencia de 1994. Se ha puesto ahora el acento en la naturaleza indemnizatoria de los salarios de trámite atendiendo a su finalidad, esto es, compensar al trabajador uno de los perjuicios derivados del despido cual es no percibir retribución durante la sustanciación del proceso. En último término, admite el Tribunal Supremo que los salarios de trámite pueden constituir un concepto propio, pero

no concebirse como obligaciones puramente salariales.

### 3.2.2 Responsabilidad por obligaciones referidas a la seguridad social

La responsabilidad empresarial por obligaciones referidas a la Seguridad Social también ha experimentado un cambio de tratamiento en el ET respecto a sus precedentes normativos en tanto que en ellos la responsabilidad se refería a "obligaciones contraídas con la Seguridad Social", redacción que hacía entender que sólo quedaban comprendidas las obligaciones de pago de cuotas sociales. En cambio, la amplitud de la vigente dicción legal permite sostener que el precepto se refiere a todas las obligaciones que se hallen efectivamente relacionadas funcionalmente con la Seguridad Social.

Así, la responsabilidad del empresario principal alcanza a los descubiertos por cotizaciones impagadas, comprendiendo todos los elementos integrantes de la cuota [contingencias comunes, profesionales y conceptos de recaudación conjunta], así como el recargo por mora en el ingreso de las mismas (artículo 113.2 Ley General de Seguridad Social).

También queda sujeto dicho empresario al eventual pago de prestaciones de las que fuera responsable el contratista por incumplimiento de sus obligaciones de afiliación, alta o cotización (artículos 124 y 126 Ley General de Seguridad Social), sin perjuicio del juego del principio de automaticidad en el pago de las prestaciones que provocaría el abono directo de la prestación por la Tesorería y el posterior ejercicio por esta de una acción de regreso contra el empresario principal y el contratista.

En cuanto a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, como puede ser, por ejemplo, la indemnización prevista en convenio colectivo para los casos de muerte o invalidez del trabajador, la jurisprudencia se mostró inicialmente proclive a su inclusión en el ámbito de responsabilidad del empresario principal, solución que hoy en día ha sido también defendida por parte de la doctrina que entiende

que dichas mejoras se integran en el campo de la acción protectora de la Seguridad Social.

Posición contraria ha adoptado la sentencia TS 19 mayo 1998, en unificación de doctrina, que ha optado por la irresponsabilidad del empresario principal en materia de mejoras voluntarias con el argumento de que en el artículo 42 ET sólo están comprendidas las prestaciones previstas con carácter obligatorio en el sistema de la Seguridad Social, por lo que, cuando el precepto se refiere a la Seguridad Social, lo hace como ente gestor de prestaciones. Ello no obstante, desde mi punto de vista, dicha solución resulta discutible por no compáginarse bien con la amplitud de la dición del artículo 42 ET al referirse a este tipo de responsabilidad ni con el fin protector de dicho precepto que comprende no sólo los intereses económicos de la Seguridad Social, sino también los de los propios trabajadores.

### 3.3 Los límites legales a la responsabilidad empresarial

#### 3.3.1 Límites temporales

El artículo 42.2 ET establece dos límites temporales a la responsabilidad del empresario principal por obligaciones salariales y de Seguridad Social.

Por un lado, la responsabilidad del empresario principal sólo existe en relación a las obligaciones contraídas por el contratista o subcontratista durante la vigencia de la contrata, no pudiendo alcanzar a las nacidas en periodos anteriores o posteriores a la misma.

Por tanto, es la extinción de la contrata la que pone fin a la responsabilidad del empresario principal. Resulta asimismo indiferente si dicha extinción se produce por el cumplimiento del término previsto, por decisión unilateral de cualquiera de las partes o por mutuo acuerdo.

Sin embargo, ello no ha impedido que se haya declarado la responsabilidad del empresario principal por obligaciones que, aún nacidas durante la vigencia de la contrata, han extendido su devengo a periodos posteriores a su terminación.

En cuanto al segundo límite temporal, se establece que la acción de responsabilidad solidaria se podrá ejercitar durante el año siguiente a la terminación del encargo.

Aunque en la doctrina existe discusión sobre si se trata de un plazo de caducidad o prescripción y el TS, sin excesivos razonamientos, se ha llegado a decantar por la caducidad, parece más razonable aplicar aquí la regla general de la prescripción como forma habitual de extinción de las acciones (artículo 59.1 ET).

No se trata, por otra parte, de una ampliación del plazo general de prescripción sino más bien de un plazo subsidiario que no debe impedir la operatividad del resto de plazos establecidos en el ordenamiento laboral. Por ese motivo, si la acción derivada del incumplimiento del contratista pudo ejercitarse durante la vigencia de la contrata, el dies a quo nacerá desde ese mismo momento.

### 3.4 La exoneración de las responsabilidades empresariales

#### 3.4.1 La exoneración parcial respecto a las obligaciones de seguridad social

El artículo 42.1 ET establece un mecanismo que puede permitir al empresario principal exonerarse de la responsabilidad prevista en el segundo párrafo de la norma pero sólo en relación a las obligaciones de Seguridad Social de las que pueda ser declarado responsable, y no en relación a las obligaciones salariales.

A tal efecto, dicho empresario deberá, con carácter previo a la celebración de la contrata, comprobar que el contratista no tiene débitos en el pago de las cuotas a la Seguridad Social solicitando una certificación negativa de descubiertos a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La Tesorería debe emitir la certificación en el plazo de treinta días, y del resultado de esa solicitud va a depender el desencadenamiento de los efectos exoneratorios para el empresario principal. Así son tres las hipótesis fácticas que se pueden presentar tras dicha solicitud:

a) Que transcurridos los treinta días de plazo, la Tesorería no haya emitido la certificación. Este supuesto está previsto expresamente en el último inciso del artículo 42.1 ET, anudándose en el mismo consecuencias exoneratorias para el empresario principal.

b) Que la certificación sea negativa, es decir, que el contratista no presente cuotas pendientes de pago. En relación a este supuesto el artículo 42 ET no se pronuncia por lo que, para la doctrina, no está muy claro si se debe o no exonerar de responsabilidad al empresario principal, pudiéndose apreciar posturas variadas a favor de la exoneración en contra.

Sin embargo, la exoneración de responsabilidad parece la solución más sólida en tanto que se encuentra refrendada por el artículo 10.3 b) del Reglamento General de Recaudación y porque, dado que la finalidad de la solicitud mencionada es sanear el mercado de contratos compeliendo al empresario principal a no contratar con un contratista moroso con la Seguridad Social, resulta razonable creer que aquel empresario deba quedar exonerado si decidió contratarle asegurándose previamente de su solvencia.

c) Que la certificación sea positiva, es decir, que el contratista presente descubiertos. Sise atiende otra vez a la finalidad perseguida por la previsión normativa, es evidente que en este caso no debe existir exoneración de responsabilidad del empresario principal porque no resulta coherente que la norma proteja al empresario que encomienda una actividad productiva a un contratista, aún conociendo su morosidad en el pago de cuotas a la Seguridad Social.

### 3.4.2 Los supuestos de exoneración total

El último párrafo del artículo 42 ET contempla dos supuestos que suponen la no aplicación de las consecuencias jurídicas previstas en la norma por situarse totalmente al margen del supuesto de hecho normativo que recoge su apartado primero.

El primero de ellos se refiere al cabeza de familia que contrata una obra de construcción o reparación de su vivienda.

La no sujeción a responsabilidad en este caso es manifiesta porque el cabeza de familia no actúa como empresario, ni laboral ni mercantil, por lo que no se puede hablar de la existencia de una contrata en sentido técnico. Se trata de una exclusión declarativa, superflua en la norma, ya que no añade nada nuevo a su supuesto de hecho.

En el segundo supuesto previsto en la norma, se excluye también del ámbito de responsabilidad empresarial aquellos casos en que el propietario de la obra o industria no contrata su realización por razón de una actividad empresarial. El supuesto se refiere típicamente a aquellos casos en que el empresario comitente, aún ostentando la verdadera condición de empresario, encomienda la realización de una obra o servicio totalmente desconectada de su actividad productiva. Por esta razón, la doctrina ha tildado también esta exclusión de declarativa ya que se trata del mero reverso del requisito de la propia actividad.

## 4. LOS DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES Y SUS REPRESENTANTES EN LOS SUPUESTOS DE SUBCONTRATACIÓN

La Ley 12/2001 de 9 de julio introdujo tres nuevos párrafos en el artículo 42 ET en los que se contienen unos específicos derechos de información de los trabajadores de la empresa principal y sus representantes y de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista que a su vez generan unas correspondientes obligaciones informativas de dichas empresas.

Con la instauración legal de estos deberes se pretende reforzar las garantías previstas para los trabajadores que desarrollan su actividad en el proceso descentralizador y facilitar a los representantes de los trabajadores, tanto de la empresa contratista o subcontratista como de la empresa principal, la labor de control que, en prevención de conductas fraudulentas, les incumbe efectuar. Desde mi punto de vista, no es exigible para el cumplimiento de los mismos que se trate de una contrata o subcontrata de la propia actividad, requisito que sólo rige a efectos de la responsabilidad

por obligaciones salariales y de Seguridad Social y que resultaría absurdo exigir aquí ya que no ha sido establecido en los apartados correspondientes de la norma reguladores de estas obligaciones informativas. Además, supeditar estas obligaciones a que la contrata sea de la propia actividad colocaría a los propios empresarios en la posición de valorar si la contrata reúne o no esa característica cuando, como se sabe, esa actividad valorativa corresponde, en su caso, a los jueces y Tribunales.

A efectos sistemáticos, se expondrán, por un parte, las obligaciones informativas que atañen al empresario contratista y, por otra, las correspondientes al empresario principal.

#### 4.1 Obligaciones informativas de las empresas contratista y subcontratista

La empresa contratista o subcontratista tiene unas obligaciones informativas con respecto a sus trabajadores, la Tesorería de la Seguridad Social, y con respecto a los representantes de los mismos (artículos 42.3 y 42.5 ET).

En relación a sus trabajadores, les debe informar, antes del inicio de su prestación de servicios y por escrito, de la identidad de la empresa principal con expresa mención de su nombre o razón social, domicilio social y número de identificación fiscal. La información se ha de proporcionar "en cada momento", por lo que se ha de verificar en relación a todo trabajador que se incorpore a la empresa y siempre que se constate un cambio en la identidad de la empresa a la que se adscribe la prestación de servicios del trabajador. La empresa principal de cuya identidad se informa es la comitente, en caso de contrata, y la contratista, en caso de subcontrata pues, como antes se dijo, ambos son formalmente empresario principal el uno en la contrata y el otro en la subcontrata. El fundamento de esta obligación empresarial es que los trabajadores conozcan, a la postre, cuál es la empresa sobre la que pueden instar la responsabilidad solidaria regulada en la norma. Por su parte, el incumplimiento de este deber empresarial constituye una infracción administrativa grave tipificada en el artículo 7.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS).

Sobre el mismo extremo ha de informar el empresario contratista o el subcontratista a la Tesorería de la Seguridad Social. Se trata con ello también de facilitar a este ente público el ejercicio de la acción de responsabilidad solidaria contra el empresario principal en caso de verificarse incumplimientos de esta naturaleza por parte de aquellos empresarios. El incumplimiento de este deber constituye una infracción administrativa de carácter leve tipificada en el artículo 21.4 LISOS.

En relación a sus representantes legales, también se les debe informar de la identidad de la empresa principal en los términos que hemos visto así como de cuestiones sobre la ejecución de la contrata tales como su objeto y duración, el lugar de su ejecución, el número de trabajadores que serán ocupados en el centro de trabajo de la empresa principal y las medidas de coordinación previstas en materia de *prevención de riesgos laborales*. Con esta información se pretende que los representantes legales puedan ejercer, en mejores condiciones, su función de control y tutela de los derechos de los trabajadores prevista en los artículos 64.1.9 y 64.1.12 ET. Téngase en cuenta que, con esta información, no sólo podrán prestar a los trabajadores el asesoramiento preciso para el ejercicio coactivo de sus derechos económicos, sino que también los representantes podrán valorar mejor si el trabajo se desarrolla en el contexto de un auténtica contrata o si, al contrario, los trabajadores están siendo sujetos de una mera cesión de trabajadores prohibida por el artículo 43 ET. Por otro lado, el incumplimiento de este deber constituye una infracción administrativa de carácter grave tipificada en el artículo 7.7 TRLISOS.

#### 4.2 Obligaciones informativas de la empresa principal

En relación a las contratas y subcontratas, la empresa principal está sujeta a dos tipos de obligaciones informativas en función de si se trata de futuras subcontrataciones, aún no llevadas a cabo, o si se trata de subcontrataciones ya concertadas con la empresa contratista o subcontratista.

En relación a las primeras, el artículo 64.1 ET obliga al empresario a informar trimestralmente a sus representantes acerca de sus previsiones sobre los supuestos de subcontratación.

En lo que atañe a las contrataciones celebradas y, antes de que se inicie la ejecución de las mismas, el artículo 42.4 ET obliga al empresario principal a informar a los representantes de los trabajadores sobre determinadas extremos relativos a la ejecución de la contrata, esencialmente coincidentes con los ya vistos y sobre los que debía informar la empresa contratista a sus trabajadores; esto es, nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista, objeto y duración de la contrata, lugar de ejecución de la misma, número de trabajadores que serán ocupados en el cen-

tro de trabajo de la empresa principal y, finalmente, las medidas de coordinación previstas en materia de prevención de riesgos laborales.

La finalidad de ambas obligaciones informativas se ha de insertar en el lógico control que han de efectuar los representantes de los trabajadores sobre la política de contratación laboral y de subcontratación para minimizar la sustitución de empleo directo por empleo externalizado, y también en la prevención de conductas fraudulentas como la obtención ilegal de mano de obra o la sustitución antijurídica de los trabajadores huelguistas ante la convocatoria legal de una huelga. La transgresión de las mismas genera una responsabilidad administrativa de la empresa principal por incurrir en la infracción de carácter grave prevista en el artículo 7.7 LISOS.

# A SENTENÇA COM RESERVA DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS INDIRETAS DO DIREITO ITALIANO

JOÃO BOSCO MACIEL JUNIOR\*

**Resumo:** O artigo fornece informações acerca da “condanna con riserva”. Por meio desta técnica processual, há, como que, a derrogação do princípio de que o Juiz deve conhecer todas as exceções opostas pelo réu antes de emanar seu provimento jurisdicional. O Juiz pode proferir provimento condenatório com exame de algumas exceções e, se for o caso, em prosseguimento, o réu terá o direito de demonstrar a veracidade das exceções opostas que foram reservadas para posterior averiguação. São examinados, ainda, os pressupostos da “condenação com reserva” e a “cognizione riservata” frente à coisa julgada, bem como seus fundamentos e justificativas.

**Sumário:** 1. Introdução - 2. Breves notas sobre a evolução dos principais projetos de reforma da legislação processual italiana: 2.1 O Projeto Chiovenda; 2.2 O Projeto Mortara; 2.3 O Projeto Carnelutti; 2.4 O Projeto de elaboração do *Codice di Procedura Civile* de 1940; 2.5 Dos anos 1950 aos anos 1980; 2.6 As reformas dos anos 1990 - 3. Os atos de introdução da demanda no direito italiano: a *cittazione* e o *ricorso* - 4. A participação ativa do réu contra o qual é pedida a tutela jurisdicional - Nos limites da demanda, mas além do objeto do processo determinado pelo autor: as *eccezione* - 5. A *condanna con riserva* das exceções substanciais indiretas - 6. Fixação dos pressupostos da condenação com reserva - 7. *Cognizione riservata* e coisa julgada - 8. Fundamento e justificativas da condenação com reserva: i) a distribuição do ônus da prova e a repartição do tempo no processo, ii) a parte que necessita da instrução da causa deve suportar o tempo do processo, iii) o processo não pode prejudicar o autor que tem razão e iv) o abuso do direito de defesa - 9. Considerações conclusivas.

**Palavras-chave:** Condenação com reserva

---

\* João Bosco Maciel Jr. é Especialista em Direito Processual Civil Comparado pela Università di Pavia, Itália e advogado.

## 1. INTRODUÇÃO

A sentença com reserva do direito italiano é prevista há muito na legislação peninsular. De um lado, não existem paradigmas no ordenamento processual brasileiro que possam inspirar o intérprete a tentar adequar o instituto ao direito processual pátrio. De outro lado, consoante os fundamentos do processo civil moderno, "não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico"<sup>1</sup>. Desse modo, trata-se de estudo perfeitamente confluyente com as contemporâneas tendências de exigência em alargar o horizonte da pesquisa científica no campo do direito processual civil comparado, sobretudo por intermédio da investigação da efetividade das diferentes formas de tutela jurisdicional<sup>2</sup>. Portanto, a análise do tema de direito comparado na seara do atual estágio da busca pela efetividade e economia processuais no direito brasileiro constitui um tema muito atual, consoante os modernos fundamentos do processo civil, e em poderosa e nova técnica diferenciada de tutela jurisdicional.

O presente trabalho não objetiva aprofundar o estudo genérico sobre a sentença propriamente dita no direito processual italiano. Não objetiva, também, analisar minuciosamente os aspectos e contrastes da evolução de todos os projetos de reforma da legislação processual peninsular, bem como de seus conceitos doutrinários, seja os técnico-dogmáticos, seja os sociopolíticos. Nem ao menos objetiva esmiuçar todas as

hipóteses possíveis de sentença com reserva de condenação. A intenção foi muito mais modesta: apenas apresentar breves notas sobre os principais projetos reformadores da legislação processual italiana, do *Codice di Procedura Civile* de 1940, bem como do pensamento doutrinário vigente à época, para que o leitor possa gravitar sobre o tema. Serão analisados, ainda, tanto os modos de introdução da demanda no direito italiano, quanto as exceções de que eventual e facultativamente o réu (*convenuto*) poderá valer-se - como forma germinadora de uma das espécie do gênero sentença com reserva - para tão-somente chegar ao porto seguro de sua análise minuciosa.

## 2. BREVES NOTAS SOBRE A EVOLUÇÃO DOS PRINCIPAIS PROJETOS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL ITALIANA

### 2.1 O Projeto Chiovenda

O primeiro Código de Processo Civil da Itália unificada, inspirado, veementemente, numa ideologia individualista e fulcrado sobre o primado do procedimento escrito, data de 1865. O processo civil até então era extremamente longo, complexo e custoso e completamente inadequado às necessidades reais de Justiça<sup>3</sup>.

O terreno é, portanto, fértil para mudanças. Em 1918 é constituída uma comissão de pós-guerra de cuja seção oitava fazia parte um grupo de processualistas presidido pelo saudoso Prof. Giuseppe Chiovenda<sup>4</sup>. Para ele, o momento é ideal para fazer atuar seu programa de reforma global do processo civil vigente. Seus estu-

*"O processo civil até então era extremamente longo, complexo, custoso e completamente inadequado às necessidades reais de justiça".*

<sup>1</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 20 et seq.

<sup>2</sup> Cf. Vittorio Denti, *Unprogetto per la giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 1982, p. 12.

<sup>3</sup> Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, Bologna: Il Mulino, 1980, p. 194.

<sup>4</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, apud Michele Taruffo, op. ult. cit., p. 195.

dos e métodos de pensamento são recolhidos e reunidos na conhecida obra *Saggi di diritto processuale civile*, em sua imortal sistematização dos *Principii di diritto processuale civile*, os quais, mais tarde, seriam o germe de outra grande obra monumental, as *Istituzioni di diritto processuale civile*.

Em poucos meses de trabalho a comissão elabora um projeto de reforma, que porém se constitui em obra integral de Chiovenda<sup>5</sup>. Em geral, este fervor e poder de sistematização científica de Chiovenda e os estudos de formação da chamada escola chiovendiana no cenário jurídico-processual italiano têm florescimento e raízes investigatórias na doutrina alemã do século XIX<sup>6</sup>. Em particular, sobretudo quanto à base principal de seu pensamento, fulcrada sobre as pilastras da oralidade e seus conseqüentes, corolários, sua doutrina inspira-se na obra e pensamentos de Franz Klein, na Austria, do final do século XIX, e no Código de Processo Civil austríaco de 1898<sup>7</sup>.

O projeto de reforma é publicado em 1919. De um lado, como justificativa e exaltação dos problemas que afligem a ciência processual, são indicados como núcleo ensejador de retoques i) a exagerada complicação do procedimento, ii) sua interminável duração e iii) o custo extremamente gigantesco do processo. De outro lado, como solução para os problemas detectados e evidenciados, são apresentadas justificativas para tornar o processo i) mais rápido, ii) mais simples e iii) menos custoso, preferindo-se

uma reforma verdadeiramente radical e global da legislação vigente a ajustamentos e retoques meramente parciais<sup>8</sup>.

Como se vê, os postulados da busca pela efetividade da tutela jurisdicional e o desfogamento de causas nos tribunais fazem parte da preocupação da doutrina já nos albores do século. "Não é de hoje o repúdio à rigidez de certos dogmas processuais nem seria justo imputar à doutrina e aos tribunais uma nefasta e indiscriminada postura consistente em interpretar os princípios rigidamente ou sem a plasticidade imposta pela evolução dos tempos"<sup>9</sup>.

O Projeto especificamente é composto de 204 artigos e limitado à reforma do processo de conhecimento. Suas bases e características técnico-dogmáticas fundamentais são i) o desenvolvimento do debate oral em audiência na qual se desenvolvem a instrução e preparação da causa, o recolhimento da prova oral e os debates entre os litigantes, ii) a deliberação da sentença imediatamente depois da instrução probatória e iii) o desenvolvimento da instrução sob plenos poderes de controle do juiz, estimulando as partes em conflito, munido de importantes instrumentos reais na busca da verdade sob o primado da análise probatória<sup>10</sup>.

A disciplina das provas é notavelmente modificada. Chiovenda postulava sempre pela atuação da radicalidade da reforma, exigindo, por exemplo, a abolição do juramento decisório,<sup>11</sup> proposta sempre refutada pela comissão reformadora.

<sup>5</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>6</sup> Cf. Piero Calamandrei, *Processo e democrazia*, Padova: Cedam, 1954, p. 14.

<sup>7</sup> Cf. Por todos, Rainer Sprung, "Le basi del diritto processuale civile austriaco", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 24 et seq., 2000, e Michele Taruffo (informação verbal obtida em sala de aula na Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pavia, (Italia)).

<sup>8</sup> Cf. Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 196.

<sup>9</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *O julgamento do mérito em apelação (no prelo)*.

<sup>10</sup> Cf. Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 198.

<sup>11</sup> Na Itália o juramento é um meio de prova. Existem duas espécies de juramento: o decisório e o supletório. O juramento decisório é uma solene declaração de verdade ou de ciência, feita por uma das partes ao juiz. De acordo com o art. 233 do *Codice di Procedura Civile*, o juramento decisório pode ser deferido em qualquer estado da causa com declaração feita em audiência pela parte ou procurador munido de poderes especiais. O juiz advertirá a parte sobre a importância moral e religiosa do ato e sobre as conseqüências penais de eventuais declarações falsas, convidando-a, assim, a jurar. Consoante o art. 238, o jurante, em pé e de viva voz, pronuncia as palavras: "Consapevole della responsabilità che col giuramento assumo [davvanti a Dio e agli uomini] giuro(...)". Atualmente o dispositivo está ainda em vigor mas, recentemente, a Corte Constitucional italiana, com *sentenza* de 08.10.1996, declarou a inconstitucionalidade do artigo supramencionado referente às expressões *davvanti a Dio e agli uomini* (Cf. Michele Taruffo, *Codice di Procedura Civile e normativa complementare*, Milano: Raffaello Cortina, p. 137).

De fato, o Projeto Chiovenda não inicia, ao menos, o *iter* parlamentar. Em 1922 é constituída uma nova comissão de estudos para a preparação do *Codice di Procedura Civile*, indicando o Projeto Chiovenda como paradigma de inspiração. Tal comissão, entretanto, não chega a desenvolver os trabalhos de que foi incumbida.

## 2.2 O Projeto Mortara

Mas o terreno continuava fértil.

Para aproveitá-lo, em 1923, o Parlamento discute a possibilidade de delegação legislativa ao governo para a reforma dos Códigos, entre estes o de processo civil. Assim, no lugar e hora certos, Ludovico Mortara, presidente da subcomissão do Senado, intervém nos debates sobre a reforma publicando um *Progetto di Codice di Procedura*, acompanhado de uma notável relação introdutiva.<sup>12</sup>

A proposta de reforma colocada por Mortara constitui verdadeira antítese aos pontos fundamentais do Projeto Chiovenda. Assim, com pensamento completamente oposto, Mortara postula tão-somente a reorganização e unificação das leis processuais em um único texto, que gravitava em torno da velha legislação processual de 1865.

Mas não é só. De um lado, o princípio da oralidade - pilastra essencial da sistematização doutrinária de Chiovenda - é combatido veementemente como irrealizável no âmbito forense italiano e incompatível com a *collegialità*<sup>13</sup> dos tribunais. Exemplo dis-

so é a forma como Mortara discursava: "Ho alluso or ora alla oralità. Certamente a enunciare questo requisito, che trasportata la fantasia al tempo arcadico del buon re seduto solto la quercia, si esercita un fascino grande sull'animo di chi ascolta. Ma a parte la quercia e il re, che appartengono al regno delle favole, la pura oralità e appena possibile nei più semplice giudizi civili."<sup>14</sup> Sobre o tema, o Prof. Michele Taruffo, titular de direito processual civil da *Facoltà di Giurisprudenza da Università di Pavia*, Itália, é enfático ao explicar que a oposição sustentada por Ludovico Mortara constituía verdadeiro *golpe baixo* potencialmente eficaz e eficiente num clima de fortíssima tensão política e excessivo nacionalismo.<sup>15</sup> De outro lado, é inegável que o Projeto Mortara foi também uma tentativa de responder às exigências de reforma, em colocar uma pá de cal sobre os problemas que afligiam o processo civil peninsular. O inesgotável trabalho dos juizes, o excessivo acúmulo de demandas, os magistrados reduzidos a meros fabricantes de sentenças em série, sem, ao menos, valorar o caso concreto, são exemplos de alguns casos patológicos que perturbaram o ordenamento processual da época.<sup>16</sup> Naquele momento havia a necessidade imperativa de solucionar a crise do sistema judiciário. Resolver-se-ia, então, o problema da Justiça colocando os tribunais em condições de trabalhar com calma. Portanto, diminuir o trabalho dos tribunais era escopo fundamental, segundo uma autorizada doutrina,<sup>17</sup> que postulava fosse o processo civil mais ágil, mais simples e menos custoso.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> Cf. Ludovico Mortara, "Per il nuovo Codice della procedura civile", *Giurisprudenza italiana*, 1923, vol. X, p. 136 et seq., e Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 198

<sup>13</sup> Na Itália a organização dos tribunais se diferencia, sensivelmente, da organização dos tribunais brasileiros. Ora a formação dos juizes de primeiro grau é monocrática, ora colegiada. Em face de nova redação dada em 1998 ao art. 50bis do Codice di Procedura Civile, que entrou em vigor em 1999, passou-se a estabelecer hipóteses taxativas de competência colegiada para as causas que prevê, estabelecendo como regra a composição monocrática do juiz de primeiro grau de jurisdição.

<sup>14</sup> Cf. Ludovico Mortara, *Per il nuovo Codice...*, cit., p. 142

<sup>15</sup> Cf. *La giustizia civile...*, cit., p. 200

<sup>16</sup> Cf. Piero Calamandrei, "Per la validità del processo ingiunzionale", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova: Cedam, p. 57, 1924; idem, *il procedimento monitorio nella legislazione italiana*, Milano: Unitas, 1926, p. 103-104

<sup>17</sup> Cf. Piero Calamandrei, "Per la validità...", cit., p. 58

<sup>18</sup> Cf. Ludovico Mortara, *Per il nuovo Codice...*, cit., p. 136 et seq. Entre tantas, de inegável valor foi a crítica do saudoso autor referente ao procedimento de *ingiunzione* de então, que poderia ser endereçada, tranquilamente, ao legislador do processo monitorio brasileiro. Disse o genial mestre: "Creio que seja útil refazer as normas do procedimento de *ingiunzione*, que, no texto atual, são infelizes e fatalmente estereis" (op. cit., p. 150 - Grifo nossos).

Mas o Projeto Mortara não supera a fase parlamentar. Assim, em dezembro de 1923 é aprovada a lei delegada para a reforma dos Códigos, sendo constituída a chamada subcomissão C da comissão real (encarregada de preparar o novo *Codice di Procedura Civile*). Fato curioso é que a presidência desta terceira comissão considerando a cronologia desde o Projeto Chiovenda - é conferida ao mesmo Mortara, ficando Chiovenda como vice-presidente. A situação é complicadíssima devido sobretudo a Mortara. Conclusão: Chiovenda se demite, porquanto será Carnelutti que redigirá o novo projeto, tendo como desafio superar os contrastes verificados internamente à comissão precedente.<sup>19</sup>

### 2.3 O Projeto Carnelutti

Entre 1923 e 1924 a comissão se reúne periodicamente, sempre presidida por Mortara, enquanto a escola chiovendiana é representada somente por Calamandrei.

Em que pese a evidente natureza colegiada da comissão, seus integrantes não chegam a acordo algum, emergindo a forte personalidade de Carnelutti que, superando incertezas, elabora pessoalmente um novo projeto.<sup>20</sup>

O Projeto Carnelutti é um *Codice Personale*, expressão fiel e coerente com o pensamento originalíssimo de seu autor.<sup>21</sup> Desenvolvem-se o conceito de jurisdição como composição dos conflitos de interesses e, sobretudo, o conceito fundamental de lide, colocado no centro do sistema teórico do autor e também do Pro-

jeto. Carnelutti dedica à lide os arts. 86 a 103, definindo a noção e aspectos fundamentais do instituto, sempre em alternativa ao conceito e à escola chiovendianas de ação.<sup>22</sup>

Com esse espírito inovador, portanto, Carnelutti emprega uma linguagem completamente inventada "nel quale la fantasia supera pero di gran lunga la chiarezza. Tale fantasia si esplica soprattutto nell'intitolazione degli articoli, anche quando illoro contenuto non ha nulla di particolarmente nuovo, e produce risultati a volte alquanto strani (come la 'responsabilità attenuata', il 'processo integrale' la 'restrizione del processo' e così via. Lo stile del Carnelutti legislatore e pero pesantissimo e spesso confuso anche nella redazione delle singole norme (...)"<sup>23</sup>

A estrutura do processo concebida por Carnelutti, portanto, prefere aproximar-se muito mais ao Projeto Mortara e à ideologia do então vigente e retocado *Codice di Procedura Civile* de 1865, do que ao Projeto Chiovenda. O processo é ainda um jogo<sup>24</sup> conduzido essencialmente pelas partes e por seus procuradores, conquanto os poderes do juiz permanecem estanques, colocado que está como figura eminentemente passiva na obser-

vação, estreme de atividades, da própria partida que deveria conduzir.<sup>25</sup>

Os princípios da oralidade, concentração e imediatidade sistematizados por Chiovenda são combatidos pela originalidade teórica de Carnelutti e constituem, portanto, a antítese de seu Projeto.

*"Os princípios da oralidade, concentração e imediatidade sistematizados por Chiovenda são combatidos pela originalidade teórica de Carnelutti e constituem, portanto, a antítese de seu Projeto."*

<sup>19</sup> Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 203.

<sup>20</sup> O projeto, com seus respectivos detalhes, é publicado na *Rivista di Diritto Processuale Civile* (Padova: Cedam, 1926) com o título "Progetto del Codice di Procedura Civile presentato alla Sottocommissione Reale per la riforma del Codice di Procedura Civile" - em duas partes: uma referente ao processo de conhecimento e a outra referente ao processo de execução

<sup>21</sup> Cf. Michele Taruffo, *la giustizia civile...*, cit., p. 203 et seq

<sup>22</sup> Idem, *ibidem*, p. 204 et seq.

<sup>23</sup> Idem, p. 205 (grifos do autor).

<sup>24</sup> Cf., sobre a concepção do processo como jogo, Piero Calamandrei, "Il processo come giuoco", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1950

<sup>25</sup> Cf. Tarello, *Il problema della riforma civile processuale* (apud Michele Taruffo, *la giustizia civile...*, cit., p. 205.).

#### 2.4 O Projeto de elaboração do Codice di Procedura Civile de 1940

Os Projetos Chioventa, Mortara e Carnelutti não chegam, sequer, a superar o *iter* parlamentar, estagnando-se ao longo de, aproximadamente, dez anos. Todavia, o terreno ainda continua fértil para potenciais mudanças e para a reforma da legislação processual civil de então, sempre desejada tanto pela doutrina como pela comunidade jurídica. Neste momento, em meados de 1933, Enrico Redenti é incumbido de redigir projeto preliminar para a instituição de novo Código, o que faz com rapidez. São três as novidades de relevo: i) reforço da responsabilidade do juiz e das partes, ii) irrecurribilidade das interlocutórias e iii) imposição às partes do dever de deduzir imediatamente nos primeiros atos da demanda toda e qualquer pretensão, exceção e meios de prova, sob pena de preclusão.<sup>26</sup>

Redenti não crê na oralidade. A uma, porque está convencido da absoluta prevalência do primado da prova escrita sobre a prova oral. A duas, porque não crê na importação de instituto pertencente a outros ordenamentos (v.g. Áustria e Alemanha) que possa beneficiar a legislação importadora. Refuta, portanto, a audiência oral da escola chioventina, em que se desenvolveriam muitas das atividades processuais. Por sua vez, o âmbito de aplicação do princípio da imediatidade do juiz é abrandado e sua atividade inexoravelmente reduzida, uma vez que as provas são valoradas pelo *collegio*<sup>27</sup> única e exclusivamente sob requerimento das partes, e de regra conhecidas por juiz delegado.

Quanto à concentração dos atos processuais, são inúmeras as normas que a prevêm e a asseguram. Entretanto, muitos são também os casos de atenuação de tais princípios, conquanto se analisa a possibilidade de a audiência ser remarcada.<sup>28</sup>

Neste ponto os trabalhos da comissão mudam completamente de rota e, em 1935, Arrigo Solmi é nomeado Ministro da Justiça. Insatisfeito com o Projeto Redenti,

nomeia outra comissão, agora composta por advogados e magistrados, com a finalidade de elaborar outro projeto de reforma, de acordo com os paradigmas por ele fixados. Em 1937 é publicado trabalho de 630 artigos, chamado Progetto Preliminare Solmi. O escopo principal estabelecido por Solmi é a criação de um processo i) simples, ii) rápido e iii) econômico.<sup>29</sup>

Como se vê, "há muito as técnicas processuais vêm mitigando o rigor dos princípios em certos casos, para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (acesso à Justiça) e vão também, com isso, renunciando a certos dogmas cujo culto obstinado seria fator de injustiças no processo e em seus resultados".<sup>30</sup> Exemplo saudosos disso é a quebra de dogmas proposta por Chioventa - sempre inspirado na doutrina de Franz Klein, da Áustria - e a quebra dos dogmas de Chioventa oferecida por Mortara. Não satisfeito ainda, Carnelutti intervém com sua genialidade, refutando a teoria de ambos na formulação de seu Projeto, e criando conceitos novos. É assim, portanto, que o Projeto Solmi se desprende da postura individualista da época, reduzindo formalismos exacerbados, simplificando a disciplina das nulidades formais, tudo em consonância com as exigências do mundo fenomênico de então.

A sorte estava lançada. Outra mudança de rota e, em 1939, Solmi é substituído no cargo de Ministro da Justiça por Dino Grandi, que prossegue em grande parte os trabalhos das comissões precedentes. São aproveitados e mesclados todos os pontos considerados essenciais constantes dos projetos supramencionados. Assim, são convidados a colaborar, na tentativa interminável de elaboração final da redação do Código, os docentes Enrico Redenti, Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei, e o magistrado Leopoldo Conforti. A ausência de Giuseppe Chioventa se justifica em face de seu falecimento em 1937, portanto dois anos antes da formação da nova comissão, e que sempre teve sua escola representada pessoalmente por Calamandrei. Portanto, em nove

<sup>26</sup> Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 227 et seq

<sup>27</sup> Cf. nota de rodapé 12.

<sup>28</sup> Cf. Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 227 et seq

<sup>29</sup> Idem, *ibidem*, p. 231 et seq

<sup>30</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *O julgamento...*, cito

meses, a comissão trabalha arduamente e vem à luz a redação final do Projeto de *Codice di Procedura Civile*, promulgado com o Decreto Real de 28.10.1940, para entrar em vigor somente aos 21.04.1942. Trata-se de um Código dividido em quatro livros: i) *Disposizioni generali*, ii) *Del processo di cognizione*, iii) *Del processo di esecuzione* e iv) *Del procedimenti speciali*. Todavia, a disciplina dos procedimentos não se esgota no arcabouço do vetusto Código peninsular. Exemplo escrito disso é o Decreto Real 1368, de 18.12.1941, que se constitui em verdadeiro apêndice de disposições transitórias e de atuação da legislação processual, bem como de normas regulamentadoras sobre a eficácia e admissibilidade das provas previstas no *Codice Civile*.<sup>31</sup>

O *Codice di Procedura Civile* de 1940 não se utilizou plenamente dos princípios centrais (oralidade, concentração e imediatidade) dos estudos de Chiovenda, em face de forte divergência de opinião suficiente à aplicação rigorosa e integral para refutá-los. Infelizmente o vetusto *Codice* entra em vigor em plena atmosfera de conturbação política mundial - a Segunda Guerra Mundial. As consequências pejorativas do sistema processual, inevitavelmente, vieram imputadas à legislação ao longo do conflito mundial. É nesse momento que nasce a *novella*<sup>32</sup> de 1950, imposta pelos menos iluminados contra a opinião totalitária da doutrina vigente, desnaturando e retalhando o recente Código de Processo Civil promulgado, modificando-o substancialmente.<sup>33</sup>

## 2.5 Dos anos 1950 aos anos 1980

A Lei 581, de 14.07.1950, introduz a técnica da *novellazione* no direito processual italiano. Os efeitos desta *contra-reforma* não tardaram a evidenciar os problemas que causariam ao andamento da Justiça -

em crise há muito sentida e mencionada na doutrina.<sup>34</sup> Na maior parte dos casos, a *novella* de 1950 introduz inovações pejorativas - isoladas e fragmentárias - sobre institutos particulares do Código. Exemplo histórico disso é a modificação do sistema das preclusões.

Chiovenda, o grande sistematizador do instituto, explica que "a preclusão é a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício".<sup>35</sup> Por outro lado, "é intuitiva a necessidade de evitar que as controversias possam ser sempre renovadas, sem que haja um fim que venha a pôr termo, de uma vez, aos litígios".<sup>36</sup>

E foi assim que a *novella* de 1950 confrontou e derrubou o brilhante instituto ao arrepio dos ensinamentos da melhor doutrina vigente. O Prof. Michele Taruffo explica que as preclusões - infelizmente - desapareceram completamente do sistema processual. As partes e os advogados readquiriram a plena e inteira capacidade de manobras, à semelhança da ideologia do revogado Código de 1865. De um lado, o art. 183 do *Codice di Procedura Civile* é modificado para admitir que na primeira audiência de instrução as partes possam - sem limites - precisar e modificar os pedidos, exceções e conclusões formulados nos atos de introdução da causa. De outro lado, é modificado o art. 184 do mesmo Estatuto para admitir possam - no curso do procedimento e diante do juiz instrutor, e até que este não remeta a causa ao colégio para a decisão - as partes modificar seja a demanda seja a resposta do réu, requerendo novas provas e produzindo novos documentos.<sup>37</sup>

Contudo, entre os anos 1950 e 1980, não existiram modificações de relevo ao sistema processual dignas de notas, à exclusão da supramencionada *contra-reforma*. Desse modo, somente alguns setores espe-

<sup>31</sup> Cf. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Feltri, Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, 2. 00., Bologna: Il Mulino, 1998, p. 42 et seq.; e Michele Taruffo, *La giustizia civile...*, cit., p. 231 et seq.

<sup>32</sup> Por exemplo, "no Brasil, caracteriza-se como genuína *novella*, nesse sentido, a lei que reformulou a parte geral do Código Penal e a substituiu por outra" (Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36).

<sup>33</sup> Cf. Crisanto Mandrioli, *Diritto processuale civile*, 30. ed., Torino: Giappichelli, 2000, p. 446 et seq.

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*, p. 447

<sup>35</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, 2. ed., trad. I. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 1942, vol. III, p. 155

<sup>36</sup> Cf. Elmano Cavalcanti de Freitas, *Da preclusão*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 240, PG. 23

<sup>37</sup> Cf. Michele Taruffo, op. cit., p. 298 et seq.

cíficos da sociedade obtiveram - seja pela pressão social, seja mediante forças sindicais - reformas relevantes da legislação. Exemplo disso é a Lei 898, de 1.º.12.1970, que introduziu o divórcio; o Estatuto dos Trabalhadores 300 de 20.05.1970; e - sobretudo - a introdução do *processo del lavoro*, disciplinado pela Lei 533 de 11.08.1973 e a formulação do projeto parcial de reforma do Código de Processo Civil em 1973.

Quanto ao processo do trabalho, a reforma foi radical. Essa lei, por intermédio da técnica da *novellazione*, modificou inteiramente o título quarto (atualmente denominado *Norme per le controversie in materia di lavoro*), do livro segundo (*Del processo di cognizione*) do *Codice di Procedura Civile* italiano, que, precedentemente, era também reservado às normas em matéria de trabalho e previdência.<sup>38</sup>

A reforma do processo do trabalho foi, portanto, total, e uma das melhores já sentidas pela comunidade italiana, configurando um sistema de procedimento sem precedentes na legislação.<sup>39</sup> Os atos escritos são recolhidos em audiência única e todas demais atividades - preparatórias e instrutórias, bem como a discussão oral e a pronúncia imediata do dispositivo - são elaboradas na única audiência de discussão da causa.<sup>40</sup> A audiência é concentrada com o conseqüente sistema de preclusões, muito bem definido, a modificar as matérias não argüidas, salvo quando sobrevierem motivos relevantes ou o juiz o consentir.<sup>41</sup> Trata-se, portanto, de um processo oral e concentrado (como queria Chiovenda), que muda, inclusive, o perfil da atividade do juiz: este recebe amplos poderes diretivos e de impulso oficial, conquanto se analisa dos arts. 420 e 421 do *Codice di Procedura Civile*. Mas

não é só: i) o juiz pode dispor de ofício sobre todo e qualquer meio de prova - mesmo fora dos limites estabelecidos pelas *normas processuais* dispostas no *Codice Civile* -, ii) pode requisitar informações e manifestações das associações sindicais indicadas pelas partes e iii) pode interrogar sujeitos que normalmente seriam incapazes para tal, entre outras coisas.<sup>42</sup>

Quanto ao projeto de reforma parcial das normas do Código de Processo Civil - dito *Progetto Liebman* -, a tentativa de reformar a legislação foi limitada. Mas, conquanto se analise o âmbito de incisão reformadora no processo de conhecimento - objeto do projeto -, seu núcleo de reforma é radical e global, incidindo, principalmente, sobre o procedimento de primeiro grau de jurisdição e o sistema recursal.<sup>43</sup> De um lado, o projeto prevê a implantação definitiva do juiz monocrático - abolindo definitivamente o então vigente tribunal colegiado de primeiro grau - com a finalidade precípua de fazer valer o princípio da imediatidade, conferindo verdadeiro sistema de identidade física do juiz no contato com as provas. De outro lado, a disciplina probatória é retocada. Em primeiro lugar esforça-se por eliminar as normas sobre as provas estabelecidas pelo *Codice Civile*,<sup>44</sup> colocando-as inteiramente sob o manto do *Codice di Procedura Civile*. Estabelece-se, ainda, a simplificação do procedimento probatório, instituindo, definitivamente, o princípio da livre valoração probatória pelo juiz, e diminuindo, por conseqüência, o âmbito de aplicação das provas legais. O fato é que os princípios da oralidade, da imediatidade e da concentração dos atos processuais são retomados em sua mais pura concepção e o

<sup>38</sup> Cf. Crisanto Mandrioli, op. cit., p. 448

<sup>39</sup> Michele Taruffo (informação verbal).

<sup>40</sup> Cf. art. 420 do *Codice di Procedura Civile*

<sup>41</sup> Cf. arts. 414, 416 e 420, § 2.º, do *Codice di Procedura Civile*

<sup>42</sup> Cf. art. 421 et seq. do *Codice di Procedura Civile*. Em contraposição à ampliação dos poderes instrutórios do juiz no processo do trabalho, cf. o art. 112 do mesmo Estatuto, que dispõe - timidamente - sobre os poderes instrutórios do magistrado no processo de conhecimento.

<sup>43</sup> O projeto é publicado na *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 452 et seq., 1977, sob nome de "Proposte per una riforma del processo civile di cognizione".

<sup>44</sup> O mais interessante é que enquanto um dos maiores processualistas do mundo e fundador da *Escola Processual de São Paulo*, que foi Enrico Liebman, se esforça por concentrar a disciplina probatória em âmbito do arcabouço legislativo do Código de Processo Civil italiano, o recente e novo Código Civil brasileiro amplia, demasiadamente, as normas processuais em seu bojo normativo (cf., v.g., art. 212 et seq.). Contradição, contração da história ou nova postura científica?

Progetto Liebman passa a constituir a melhor e coerente tentativa de reforma processual desde o Projeto Chiovenda de 1919.<sup>45</sup>

## 2.6 As reformas dos anos 1990

O método da *novellazione* foi adotado, também, nas relativamente recentes reformas que atingiram em cheio o sistema do processo de conhecimento regido pelo *Codice di Procedura Civile*. Tais reformas se deram em virtude de inúmeras leis, a primeira das quais foi a Lei 353, de 26.11.1990, que modificou numerosos dispositivos do Código de Processo Civil e do ordenamento judiciário peninsulares. Uma parte desta Lei entrou em vigor a 1.º.01.1993 e a outra parte, aos 30.04.1995. A segunda importante Lei Reformadora 374, de 21.11.1991, instituiu uma nova figura de *giudice onorario*, ou seja, o *giudice di pace* (destinado a substituir o conciliador). Esta Lei entrou em vigor em 1.º.05.1995. A doutrina refere-se, genericamente, a essas leis reformadoras como *La Novella del 1990*.<sup>46</sup>

Depois da reforma, inúmeras outras leis modificaram, revogaram e ab-rogaram o *Codice di Procedura Civile*. Assim, é evidente que todas essas leis são de significativo interesse seja para o próprio direito italiano seja para a análise comparativa do cientista do direito. Todavia, em simples enumeração e sem qualquer comentário, exporemos as principais leis modificadoras do *Codice di Procedura Civile*, senão vejamos:

a) a *Legge 183, del 7 giugno 1993*, que disciplina os meios de telecomunicação para a transmissão dos atos processuais;

b) a *Legge 25, del 5 gennaio 1994*, que modifica a disciplina da arbitragem;

c) a *Legge 53, del 21 gennaio 1994*, que atribui aos advogados a faculdade de providenciarem diretamente as notificações;

d) a *Legge 218, del 31 maggio 1995*, que modifica a disciplina do direito internacional processual privado;

e) a *Legge 534, del 20 dicembre 1995*, que dita normas sobre provimentos de ur-

gência no processo civil e complementa a Lei 353, de 1990;

f) a *Legge 254, del 16 luglio 1997*, que dita a delegação ao governo para a instituição do *giudice unico*;

g) o *Decreto Legislativo 51, del 19 febbraio 1998*, que disciplina as modalidades de atuação da reforma do *giudice unico di tribunale* e de supressão da figura do pretor;

h) o D. M. 264, *del 27 marzo 2000*, que dita normas sobre o registro informatizado junto aos *uffici giudiziari*;

i) o D. M. 123, *del 13 febbraio 2001*, que dispõe sobre o uso de instrumentos informáticos e telemáticos nos processos civil e administrativo e diante das secções judiciárias da *Corte dei Conti*;

j) a *Legge 89, del 24 marzo 2001*, que introduz o direito à *equa riparazione per il danno processuale*;

l) a *Legge 134, del 29 marzo 2001*, que modifica a disciplina do patrocínio de despesas do Estado;

Todas essas leis enumeradas mereceriam comentários não fosse o âmbito deste estudo. Em face disso, portanto, comentar-se-á, tão-somente, a recentíssima Lei 89, de 24.03.2001, que estabelece o direito à *equa* reparação pelo dano processual, seja patrimonial, seja não patrimonial. Além das leis supramencionadas, merecem comentários, ainda, duas comissões de estudos processuais: uma presidida pelo Prof. Giuseppe Tarzia, para revisão das normas do *Codice di Procedura Civile*; e a outra presidida pelo Prof. Raffaele Foglia, para propostas de revisão do processo do trabalho.

Em primeiro lugar, vejamos a Lei 89, de 24.03.2001.

A Corte Européia de Estrasburgo considerou a extrema gravidade da situação em que se encontra a Itália - Estado contraente da Convenção Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - ao afrontar a excessiva lentidão de sua justiça. A Corte considerou a violação do princípio do *délai*

<sup>45</sup> Cf. Michele Taruffo, op. cit., p. 340 et seq

<sup>46</sup> Exemplo disso é a famosa obra de Sergio La China, *Diritto processuale civile: La Novella del 1990*. A respeito cf., ainda, Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma...*, cit., p. 36

*raisonnable* sancionado pelo art. 6º, § 1º, da Convenção de Roma.<sup>47</sup> Assim, considerando a situação, o governo italiano, com a finalidade de desagrar a situação indicada pela Corte de Esburgo, por intermédio e iniciativa do Ministro da Justiça, decidiu formular uma política de composição das controvérsias relativas à violação do *délai raisonnable*.<sup>48</sup>

Isto fica patente ao analisarmos as estatísticas. Na Itália o número total de juízes para cada 100.000 habitantes, no ano de 1945, era de 10, passando, em 1970, para 11, e, chegando, em 1997, a um total de 17. O número total de causas civis autuadas em tribunais de primeiro grau, para cada 100.000 habitantes, foi, em 1945 - de 381, das quais apenas 107 obtiveram julgamento. Já em 1970, de 824 causas autuadas, somente 324 foram decididas. Por sua vez, em 1980, das 1.335 causas autuadas, receberam sentença apenas 595. E, finalmente, em 1997, das 1.978 causas autuadas, somente 884 foram decididas.<sup>49</sup> Em tribunais de segundo grau de jurisdição a situação e acúmulo de trabalho não são diversos. Considerando todas causas civis apeladas, num total de 100.000 habitantes, em 1945, foram inscritas, portanto, 17, mas decididas apenas 7. Já em 1970 foram autuadas 16 causas e decididas apenas 13. Enfim, em 1997 deram entrada no tribunal 129 causas, sendo decididas somente 88.<sup>50</sup> O quadro também não é diferente quando se analisa o aumento e o volume de estudantes de direito diplomados, sempre sobre a base de 100.000 habitantes. Assim, em 1950, na Itália havia

3 professores para cada 60 alunos, dos quais 57 se diplomaram. Já em 1970 contava com 6 professores para 120 alunos, dos quais 76 obtiveram o diploma. Desse modo, em 1996, sempre para cada 100.000 habitantes, na Itália havia 5 professores para cada 560 estudantes de direito, e destes somente 171 conseguiram se diplomar.<sup>51</sup>

É, portanto, diante deste cenário que vem à luz, em 1999, a reforma do art. 111 da Constituição da República<sup>52</sup> italiana, prevenindo que *todo o processo se desenvolve em contraditório entre as partes; em condições de paridade, diante de um juiz isento e imparcial. A lei lhe assegurará uma duração razoável*.

Assim, e diante da mesma situação fenomênica, a explosão do sistema peninsular faz nascer a Lei 89, de 24.03.2001, que prevê o direito à reparação equitativa em caso de violação do tempo razoável na entrega da tutela jurisdicional. Desse modo, *quem sofrer imediatamente um dano patrimonial ou não patrimonial tem o direito a uma reparação equitativa pelo efeito de violação da Convenção para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, sancionada pela Lei 848, de 04.08.1955, sobre os termos de infringência ao respeito à duração razoável do processo prevista no art. 6º, § 1º, da mencionada Convenção*.<sup>53</sup> Trata-se de verdadeira demanda de responsabilidade civil do Estado italiano pela reparação por danos causados pela demora excessiva de entrega da tutela jurisdicional. Na averiguação do caso serão considerados:

<sup>47</sup> Diz o art. 6º, § 1º, da Convenção para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais: "Toda pessoa tem o direito que sua causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável (ou)".

<sup>48</sup> Cf. Andrea Sacceuci, "Tema di durata ragionevole dei processi", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 200 et seq., 2000.

<sup>49</sup> Cf. Sabino Cassese, "L'esplosione dei diritti. Il sistema giuridico italiano dai 1975 ai 2000", *Rivista Quadrimestrale di Sociologia del Diritto*, XXVIII, p. 56, 2001.

<sup>50</sup> Idem, *ibidem*, p. 57. No Brasil não ocorre o inverso. "Apenas a título de exemplo, na Justiça Estadual de São Paulo, até agosto de 1998, cerca de milhões de processos" estavam em curso. Neste mesmo mês, foram distribuídos 300 mil novos processos, tudo isto para ser examinado por pouco mais de 1.700 juízes estaduais, sendo que 332 deles exercem as funções em segundo grau de jurisdição, nos quatro tribunais estaduais. Em um destes tribunais, o 1.º Tribunal de Alçada Civil, composto de 60 juízes titulares e 23 auxiliares, deram entrada, em 1998, 65.400 processos, tendo sido julgados 50.826. Apesar desse esforço, ainda existem 40.913 aguardando julgamento, pois no início do ano já havia um 'saldo' de cerca de 26.000" (Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, Carlos Alberto Carmona, *A posição do juiz: tendências atuais*, Rio de Janeiro: Forense, vol. 349, p. 86).

<sup>51</sup> Cf. Sabino Cassese, *op. cit.*, p. 61.

<sup>52</sup> No Brasil o projeto de EC 96-E (Reforma do Poder Judiciário) de 1992, que acrescenta o inc. LXXVIII ao art. 5º da CF, dispõe que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

<sup>53</sup> Cf. *Legge 89, de 24 marzo 2001*, Capo II Equa riparazione, l'articolo 2 (diritto all' equa riparazione).

i) a sua complexidade, ii) o comportamento das partes, iii) o comportamento do juiz e iv) o comportamento de cada autoridade chamada ao cumprimento e desenvolvimento do procedimento violador da duração razoável.<sup>54</sup> O magistrado determinará a reparação equitativa à luz da disposição contida no art. 2.056 do *Codice Civile*. A demanda poderá ser proposta também durante a pendência do interminável procedimento principal indicado como violador das garantias estabelecidas na Convenção. Seja como for, se já concluído o procedimento, a propositura da demanda ficará sob pena de decadência de seis meses contados do momento da decisão definitiva que o concluir. A lei dispõe ainda que a demanda de *equa riparazione* se propõe diante da *Corte d'Appello* (Tribunal de segundo grau de jurisdição), que, por sua vez, deverá se pronunciar dentro de quatro meses da protocolização da petição inicial (*ricorso*) que será eventualmente impugnável para a *Corte di Cassazione* (Tribunal de superposição). Assim, sobre a base das disposições da Lei 89, de 24.03.2001, a parte, ao contrário de propor uma demanda de reparação de danos à Corte de Estrasburgo, poderá apresentá-la diretamente à *Corte d'Appello*, que, por sua vez, deverá decidir durante o período de quatro meses da data do depósito da petição inicial, com decisão imediatamente executiva e impugnável à *Corte di Cassazione*.<sup>55</sup> Cabe ressaltar que a demanda de reparação equitativa terá como pólo passivo i) o Ministro da Justiça, quando se tratar de procedimento de competência do juiz ordinário, ii) o Ministro da Defesa, quando se tratar de procedimento de competência do juiz militar, iii) o Ministro das Finanças, quando se tratar de procedimento de competência do juiz tributário, ou iv) o presidente do Conselho de Ministros em todos e quaisquer outros casos.<sup>56</sup> Enfim,

a lei *di equa riparazione in caso di violazione dei termine ragionevole del processo* traz em seu bojo disciplina de disposições financeiras com a finalidade de fazer valer em concreto seus comandos normativos. Portanto, prevê a criação, por intermédio do Ministério do Tesouro, de um fundo específico no valor inicial de doze milhões setecentos e cinco mil liras, a decorrer do ano de 2002.<sup>57</sup>

Em segundo lugar merece rápidos comentários a comissão constituída em 1996.

Com o Decreto Ministerial de 1.º.12.1994 foi constituída uma comissão de revisão das normas do *Codice di Procedura Civile* presidida pelo Prof. Giuseppe Tarzia, titular de direito processual civil na *Facoltà di Giurisprudenza da Università Statale di Milano*, Itália.<sup>58</sup> O grupo, constituído de outros eminentes processualistas italianos, incumbiu-se da elaboração critérios diretivos, tendo redigido um esquema orgânico e completo de revisão das normas do Código e das disposições de atuação. Entre as várias finalidades da comissão havia a de racionalizar e efetivar a aceleração do procedimento, dentro do maior respeito ao direito de defesa das partes, tornando o processo uma disciplina mais moderna e funcional, com particular escopo de enfoque na execução e nos procedimentos especiais.<sup>59</sup> Em resumo, no dizer do presidente da comissão, o escopo principal de redigir critérios diretivos para uma completa reforma orgânica seria o de “dotar também o processo civil de uma disciplina adequada às condições atuais da nossa sociedade”.<sup>60</sup> Portanto, adequar o processo aos problemas sociais tomando-o mais efetivo significa transformá-lo de meio puramente técnico em instrumento ético e político de atuação das liberdades, aderindo-o à realidade sociojurídica a que se destina, para o integral cumprimento de sua vocação primordial, que é, afinal de contas, a de

<sup>54</sup> Cf. Andrea Sirotti-Gaudenzi, *Brevi riflessioni sulla riforma, in appendicedi aggiornamento al volume I ricorsi alla Corte dei diritti dell'uomo - Guida pratica alla tutela dei diritti umani in Europa*, Milano: Maggioli, 2001, p. 16.

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> Cf. *Legge 89, del 24 marzo 2001, Capo II Equa riparazione, l'articolo 7 (disposizioni finanziarie)*.

<sup>58</sup> Cf. “Per la revisione del Codice procedura Civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p.945, 1996

<sup>59</sup> Idem, *ibidem*

<sup>60</sup> Idem, *ibidem*, p. 947: “Dotare anche il processo civile di una disciplina adeguata alle Condizioni attuali della nostra società”.

servir à efetiva atuação dos direitos materiais.<sup>61</sup>

Em terceiro lugar merece também breves comentários a comissão constituída em 2000.

De há muito a concepção de racionalizar o processo vige, com muita erudição, no pensamento dos doutos italianos. Aliás, é o que vê do esboço histórico proposto no presente estudo. E o processo do trabalho não poderia ficar distante disso, haja vista que seu desenvolvimento - por intermédio das reformas havidas, sobretudo a de 1973 - o aproximou ainda mais do ápice do escopo social e político da finalidade instrumentalista do processo.

Em manutenção desta concepção e deste norte, há pouco foi elaborada uma comissão de estudos (criada pelo Decreto Ministerial de 24.07.2000), presidida pelo Prof. Raffaele Foglia, com a incumbência de sugerir diversas propostas para a reforma do processo do trabalho, individualizando os atuais pontos de estrangulamento do sistema.<sup>62</sup> Assim, a comissão, que concluiu os estudos em abril de 2001, individualizou precisamente quatro campos de necessária intervenção do legislador, entre eles o *decreto ingiuntivo*.<sup>63</sup> Diante de diversos argumentos, a conclusão foi de que o alargamento do campo de aplicação do processo monitorio (isto é, introduzindo-o no processo do trabalho) comportaria uma notável racionalização na administração da Justiça Civil. Uma recente pesquisa indicou que em 0,34% de demandas trabalhistas o réu é contumaz.<sup>64</sup> E mais. A comissão de estudos foi além: concluiu que diante da realidade social em que vivemos a tendência mais incisiva e eficaz é de fazer valer o procedimento monitorio - puro - ou seja, desvinculado de verdadeira exigibilidade de prova escrita que constitua os fatos direito do autor.<sup>65</sup>

Portanto, muito brevemente, o processo do trabalho no ordenamento italiano utilizará a técnica monitoria em sua concepção pura como mais uma forma de buscar a efetividade da tutela jurisdicional.

### 3. OS ATOS DE INTRODUÇÃO DA DEMANDA NO DIREITO ITALIANO: A *CITTAZIONE* E O *RICORSO*

Os atos introdutivos da demanda no direito italiano têm particulares características que os diferenciam em substância dos atos introdutivos da causa no direito brasileiro. Assim, diz o art. 24 da Constituição italiana que *tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti*. Portanto, os jurisdicionados podem fazê-lo mediante duas formas de propositura da demanda; i) pela *cittazione* e ii) pelo *ricorso*. O primeiro em caráter geral; e a segundo em caráter excepcional. Trata-se de verdadeiros atos escritos praticados pelas partes seja pessoalmente<sup>66</sup> seja por intermédio de advogado. De um lado, conforme dispõe o art. 163 do *Codice di Procedura Civile*, o postulante deve indicar o juiz ao qual são dirigidos, as partes, o objeto do processo, as razões da demanda etc. De outro, conforme prevê o art. 125 do mesmo Estatuto, os atos devem ser subscritos pela própria parte, quando atuarem em juízo pessoalmente, ou por seu advogado, quando litigarem por intermédio de procurador mediante outorga de mandato.<sup>67</sup>

Enquanto a *cittazione* é ato típico com o qual se promove o processo de conhecimento em primeiro grau de jurisdição e alguns modos de impugnação dos atos judiciais, o *ricorso*, por sua vez, é ato típico introdutivo do i) processo do trabalho, ii) dos procedimentos especiais (v.g. o procedimento monitorio e o procedimento arbitral), iii) do processo executivo etc. A diferença específica entre estas duas formas de atos

<sup>61</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover, "L'insegnamento di Enrico "Tullio Liebman in Brasile" *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 707, 1986.

<sup>62</sup> Cf. Sergio Chiarloni, "Nuove prospettive di riforma per il processo del lavoro". *Giurisprudenza italiana*, 2001, p. 1.763.

<sup>63</sup> Idem, *ibidem*, p. 1.763 et seq.

<sup>64</sup> Idem.

<sup>65</sup> Idem.

<sup>66</sup> Cf. Conforme dispõe o art. 316 do *Codice di Procedura Civile*, que regulamenta as disposições especiais do procedimento diante do Juiz de Paz, a demanda se propõe mediante *cittazione* ou, também, *pessoalmente*, por intermédio de *ato verbal*.

<sup>67</sup> Cf. art. 316 do *Codice di Procedura Civile*.

reside não apenas no conteúdo mas também no plano técnico. Em síntese: a *citazione*, para o comparecimento à audiência fixa, proposta pela parte ou por seu procurador, é em primeiro lugar notificada ao réu (*convenuto*) e somente em momento posterior depositada em cartório (*cancelleria dei giudice*), conjuntamente aos outros requisitos indispensáveis para a constituição do autor em juízo.<sup>68</sup> Já o *ricorso* é depositado, em primeiro lugar, em cartório - contrariamente à *citazione* - e, imediatamente depois, munido do decreto de fixação da audiência de comparecimento das partes, notificado ao réu por intermédio do oficial judiciário, mediante impulso oficial.<sup>69</sup>

#### 4. A PARTICIPAÇÃO ATIVA DO RÉU CONTRA O QUAL É PEDIDA A TUTELA JURISDICIONAL NOS LIMITES DA DEMANDA, MAS ALÉM DO OBJETO DO PROCESSO DETERMINADO PELO AUTOR: AS ACCEZIONI

Depois de analisar os atos introdutivos da demanda no ordenamento processual italiano, faz-se mister o estudo do direito e modos de defesa do demandado. A expressão retromencionada do art. 24 da Constituição italiana de que todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos, se é entendida como verdadeiro direito de iniciar uma demanda para fazer valer a pretensão do autor, é também compreendida no sentido de que todos os demandados podem agir em juízo para a defesa do alegado contra si.

Realmente, inúmeras formas há de o demandado exercê-lo, uma das quais são as exceções substanciais indiretas.

O conceito de exceção no direito processual é por demais vasto, acarretando, por isso, certa dificuldade na compreensão e sistematização do tema. Assim, "diante da ação do autor, fala-se em 'exceção' do réu, no sentido de contradizer. Exceção em sentido amplo é o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida. Por isso, dentro de uma concepção sistemática do processo, o tema da exceção é virtualmente paralelo ao da ação".<sup>70</sup> Exceção em sentido estrito "le

*"Exceção em sentido amplo é o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida. Por isso, dentro de uma concepção sistemática do processo, o tema da exceção é virtualmente paralelo ao da ação".*

quali possono essere proposte (*o opposte*) unicamente dalla parte interessata a farne valere, avendo per oggetto fatti (estintivi, modificativi o impeditivi) operanti non già in modo automatico, ma soltanto "in via di eccezione"<sup>71</sup>. A exceção em sentido estrito é, em outras palavras, o direito de a parte resistir à demanda e conseguir que o provimento sobre o mérito abarque, também, os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos da pretensão do autor<sup>72</sup>. É, ainda, um *contro-diritto* diante da ação, isto é, um direito potestativo à anulação desta<sup>73</sup>. Portanto, "a defesa

pode dirigir-se contra o processo e contra a admissibilidade da ação, ou pode ser de mérito. No primeiro caso, fala-se em exceção processual e, no segundo, em exceção substancial; esta por sua vez se subdivide em direta (atacando a própria pretensão do autor, o fundamento de seu pedido) e indireta

<sup>68</sup> Cf. Arts. 163, 165 e 399 do *Codice di Procedura Civile*.

<sup>69</sup> Cf. Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri, Michele Taruffo, *op. cit.*, p. 248 et seq.

<sup>70</sup> Cf. Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, 12. ed. rev. e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 276 et seq. (grifos dos autores).

<sup>71</sup> Cf. Comoglio, Ferri, Taruffo, *op. cit.*, p. 274 (grifos dos autores).

<sup>72</sup> Cf. Enrico Tullio Liebman, "Intorno ai rapporti Ira azione ed eccezione", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 266 et seq., 1961

<sup>73</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2. ed., Napoli: Jovene, 1935, vol. I, p. 309.

ta (opondo fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito alegado pelo autor, sem elidir propriamente a pretensão por este deduzida: por exemplo, prescrição, compensação, novação)<sup>74</sup>.

Desse modo, estabelecidos os dois conceitos, seja de exceção em sentido estrito seja de exceção em sentido amplo, fica claro que ela nada mais é - conquanto se analise sua substância estrita - que a participação ativa do réu contra o qual é pedida a tutela jurisdicional, opondo fatos extintivos, impeditivos e modificativos do direito do autor.<sup>75</sup> Uma ramificação desta exceção em sentido estrito no direito italiano é a *eccezione di compensazione* prevista no art. 35 do *Codice di Procedura Civile*.

### 5. A CONDANNA CON RISERVA DAS EXCEÇÕES SUBSTANCIAIS INDIRECTAS

Existem dois sistemas de reserva de exceção, aliás muito complexos: o primeiro é o da reserva indeterminada; e o segundo, o da reserva determinada das exceções. Aquele vigora na Alemanha. Este, por sua vez, é o sistema vigente na Itália. Aquele confere ao opositor das exceções a possibilidade de alegar toda e qualquer matéria de defesa. Este, por sua vez, dá ao réu somente o direito de fazer valer algumas hipóteses de defesa, sempre fulcradas sobre o primado de requisitos específicos.

O ordenamento processual italiano não disciplina em via geral e atípica a *condanna con riserva delle eccezioni* e a Lei 353, de 26.11.1990, não acolheu a proposta de *ordinanza di condanna con riserva* oferecida pelo Conselho Superior da Magistratura. Assim, prevê, tão-somente, hipóteses típicas do instituto de modo particular e específico - em alguns artigos do *Codice di Procedura Civile*, do *Codice Civile* e em algumas leis esparsas. Exem-

plo disso é o disposto no art. 1462 do *Codice Civile* (contrato pelo qual as partes acordam a vigência da cláusula solve et repete, conquanto as exceções não sejam de nulidade, anulabilidade ou rescisão), nos arts. 35 e 36 do *Codice di Procedura Civile* (respectivamente as *eccezione di compensazione e domanda riconvenzionale*), no art. 648 também do *Codice di Procedura Civile* (*opposizione ai decreto di ingiunzione*) etc.<sup>76</sup> Contudo, diante de todos estes tipos ressalvados, é cediço salientar que para nós caberá a análise, conforme já mencionado alhures - considerando os limites objetivos deste trabalho - tão-somente da explanação da técnica contida no art. 35 do *Codice di Procedura Civile*, tomando-se como paradigma, ou seja, da sentença com reserva das exceções de compensação.

Como visto, a compensação é um exemplo vivo de oposição de exceção substancial indireta e instituto que produz a extinção de créditos recíprocos. Quem a opuser mirará conseguir a extinção total ou parcial do crédito do autor fazendo atuar seus efeitos desde o dia da contemporânea existência de ambos<sup>77</sup>. Assim, quando oposto em compensação um crédito contestado excedente à competência do juiz e se a demanda for fundada sobre título incontroverso ou facilmente acertável, o procedimento se bifurcará e o juiz da causa remeterá as partes ao juiz competente para a decisão relativamente à exceção de compensação oposta, subordinando, quando ocorrer, a execução da sentença à prestação de caução. Trata-se de âmbito da *condanna con riserva delle eccezioni di compensazione*, ou seja, da sentença com reserva das exceções substanciais indiretas.

A sentença com reserva no direito italiano é classificada por Chiovenda como *accertamento con prevalente funzione esecutiva*<sup>78</sup>. Com este instituto se derroga o

<sup>74</sup> Cf. Cintra, Grinover, Dinamarco, op. cit., p. 275.

<sup>75</sup> Cf. Crisanto Mandrioli, op. cit., p. 123 et seq.

<sup>76</sup> Cf. Andrea Prato Pisani, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli: Jovene, 11 1991, p. 382 et seq.

<sup>77</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 230.

<sup>78</sup> Cf. Idem, *ibidem*, p. 202 et seq. No entanto, há quem qualifique esta classificação chiovendiana, qual seja de *accertamento con prevalente funzione esecutiva*, em grosso equívoco no que se refere a alguns procedimentos que destaca por exemplo o monitório (cf. Giovanni Tomei, *Procedimento di ingiunzione, Digesto delle discipline privatistiche XIV*, 1996, p. 570).

princípio de que o juiz deve, conjuntamente com a ação, conhecer de todas as exceções opostas pelo demandado antes mesmo de emanar algum provimento jurisdicional. Admite-se, com isto, a cisão do procedimento para a apreciação de uma ou mais exceções opostas. Assim, posteriormente à bifurcação do procedimento, o juiz se pronunciará, de plano e definitivamente, sobre as exceções não reservadas - isto é, sobre as defesas já alegadas mas não objeto de conhecimento da reserva excepcional, profereindo provimento condenatório - se for o caso - imediatamente. À evidência, resguardar-se-á ao réu o direito de fazer valer, no prosseguimento do juízo, a veracidade das exceções opostas e que ficaram reservadas para posterior apreciação. Em caso de serem fundadas, eventualmente se poderá repetir o pagamento (*solve et repete*).<sup>79</sup>

Como se verá, trata-se de instituto extremamente poderoso e fortemente atuante contra os males do tempo do processo (que deve ser suportado pela parte que tem necessidade da instrução da causa), do excessivo encargo de trabalho nos tribunais, do retardamento da entrega da tutela jurisdicional e, conseqüentemente, do *tempus mortuus*<sup>80</sup> do processo, visto que, em outras palavras, a bifurcação do procedimento confere ao réu - e não ao autor - o ônus de suportar o tempo de entrega da tutela jurisdicional. Proto Pisani, com olhos voltados à efetividade da prestação jurisdicional, salientou a importância de buscar técnicas diferenciadas de tutela. Em primeiro lugar em virtude da necessidade de evitar o custo do processo de cognição plena e exauriente. Em segundo lugar, para estancar o abuso de direito de defesa do demandado. E, em terceiro lugar, para garantir a efetividade da tutela jurisdicional. Portanto, como se vê, indubitavelmente, são as mesmas finalida-

des da *condanna con riserva*.<sup>81</sup> Aliás, diferenciar técnicas de tutela, em outras palavras, significa realizar, na criação e na aplicação do direito, o comando posto na Constituição que prevê tutela efetiva para as situações subjetivas possíveis, porquanto se considera que as garantias fundamentais não são somente de pura forma ou procedimento.<sup>82</sup> "E realizar a Constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer Constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através de sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na actividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da Constituição".<sup>83</sup>

## 6. FIXAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA CONDENAÇÃO COM RESERVA

A idéia da técnica da condenação com reserva se coaduna perfeitamente com a aspiração do réu de obter a tutela jurisdicional no menor tempo possível. O instituto derruba dogmas. Exemplo disso é o estigma de a execução somente ser possível após a cognição plena e exauriente, abrindo oportunidade à antecipação da execução forçada. É neste moderno enfoque que a sentença com reserva abre caminho como potencial instrumento contra a crise da efetividade da tutela jurisdicional.

Dois são os pressupostos da condenação com reserva: i) o réu deve propor exceções e ii) as exceções opostas devem ser de longa verificação.

O primeiro pressuposto consiste na mais simples necessidade de o próprio réu opor exceções. Nas hipóteses de o réu não as opor, a sentença não será de condenação com reserva, mas mera sentença condenatória em simples procedimento or-

<sup>79</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, "Principii di diritto processuale civile", *Ristampa inalterata con prefazione del Prof. Virgilio Andrioli*, Nápoli: Jovene, 1980, p. 205 et seq.

<sup>80</sup> Cf. O *tempus mortuus* do processo nada mais é do que a inatividade ou a paralisação de seu movimento constante, formado pelo sucessão de atos concatenados por seus sujeitos, integrantes da relação jurídica processual. Exemplo vivo disso é o lapso de tempo que o processo deve aguardar nas prateleiras dos tribunais até o julgamento (Vincenzo Vigoriti).

<sup>81</sup> Cf. "Sulla tutela giurisdizionale differenziata", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 568-569, 1979.

<sup>82</sup> Cf. Luigi Montesano, "Luci ed ombre in leggi e proposte de 'tutele differenziate' nei processi civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, p. 592, 1979.

<sup>83</sup> Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 5. ed. rev., Coimbra: Almedina, 1991, p. 1.126.

dinário. Como dito alhures, o instituto da *condanna con riserva* derroga o princípio de que o juiz deve, conjuntamente com a ação, conhecer de todas as exceções opostas pelo demandado antes mesmo de emanar algum provimento jurisdicional, justamente porque ele o fará condenando o réu de plano, reservando as exceções opostas para posterior análise - dividindo o ônus do tempo do processo, desde que sejam de longa verificação.

As exceções opostas pelo réu devem ser verdadeiras e próprias. Ou seja, o réu deverá afirmar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos aptos a produzir a rejeição da ação.<sup>84</sup> A sua simples negação não poderá dar ensejo à sentença com reserva.<sup>85</sup> "A propositura de uma exceção alarga a matéria da causa, porque introduz na discussão fatos diversos dos que tinham sido afirmados pelo autor, embora deixe inalterados os limites da decisão, que são determinados somente pelos pedidos [domande] das partes."<sup>86</sup>

O segundo pressuposto, portanto, é que as exceções opostas sejam de longa verificação ou averiguação, isto é, que não sejam de pronta solução. O porquê disso reside no fato de a necessidade da complexidade da matéria alegada ser inexoravelmente exigida. Ora, se as exceções opostas forem de pronta solução de tal modo a serem julgadas imediatamente pelo juiz, a sentença então será de condenação

ou de rejeição do pedido do autor.<sup>87</sup> Na medida em que a oposição de exceções amplia a matéria da causa, introduzindo na discussão fatos não alegados pelo autor, e se desdesse decorrer necessidade de longa verificação da matéria oposta, admitir-se-á a cisão do procedimento - tendo cabimento a sentença com reserva - como lúdima forma de distribuição e repartição do tempo do processo e do ônus da prova entre as partes litigantes. Assim, "quando a exceção é de pronta solução - fundada sobre prova documental ou sobre um fato incontroverso -, não há motivo para a condenação com reserva, já que o juiz poderá proferir a sentença, julgando a própria exceção, desde logo".<sup>88</sup>

Assim, caberá ao juiz analisar se as exceções dependem de instrução dilatória ou se são de pronta solução a partir do conhecimento que obterá diante da análise dos fatos opostos em exceção ou do próprio conhecimento da réplica que o autor poderá propor contra a oferta da matéria impeditiva, modificativa ou extintiva.<sup>89</sup>

Todavia, engana-se o estudioso mais apressado quando pensa ser o raciocínio do juiz apenas e exclusivamente determinado pelo direito positivo, conquanto decorrente de decisões judiciais. Não o é. Estamos acostumados a pensar - sobretudo por influência dos princípios básicos do ordenamento jurídico - que o juiz está *sujeito à lei*, que aplica o direito, que ele é *a bouche de la loi*.<sup>90</sup> Tudo isso leva a crer

*"Todavia, engana-se o estudioso mais apressado quando pensa ser o raciocínio do juiz apenas e exclusivamente determinado pelo direito positivo, conquanto decorrente de decisões judiciais."*

<sup>84</sup> Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de Direito Processual Civil*, trad. e notas de Cândido Rangel Dinamarco, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 169.

<sup>85</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 226.

<sup>86</sup> Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual...*, cit., p. 169.

<sup>87</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 226.

<sup>88</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, 3. ed. rev. e atual., São Paulo: Ed. RT, 1999, p. 49. O festejado autor é uma das poucas vozes de docentes brasileiros que escreveram brilhantemente sobre o tema objeto deste estudo, enfocando a tutela antecipatória através da técnica da condenação com reserva do direito italiano.

<sup>89</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzioni...*, cit., p. 227.

<sup>90</sup> Cf. Michele Taruffo, "Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, p. 665 et seq., 2001 (grifos do autor).

ser o raciocínio do juiz exclusivamente jurídico. Ocorre, entretanto, que o raciocínio do juiz é inevitavelmente imerso no senso comum. E este, por sua vez, está intrinsecamente ligado - conjuntamente ao direito - num contexto de confluência e interligação da aplicação da norma jurídica.<sup>91</sup> Portanto, o juiz, mesmo diante de normas jurídicas particulares, aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, mesclando-as com as regras de experiência técnica.<sup>92</sup> Disso decorrerá ser a exceção de pronta solução ou longa verificação. E disso decorrerá haver cabimento ou não da sentença com reserva no direito italiano.

## 7. COGNIZIONE RISERVATA E COISA JULGADA

Analisemos em primeiro lugar a *cognizione riservata*.

A cognição pode ser sistematizada em três planos distintos: i) *vertical* (profundidade, isto é, quando se pode falar em cognição sumária e exauriente), ii) *horizontal* (extensão, amplitude, isto é, quando se fala em cognição plena e modalidade parcial) e iii) *rarefeita* (isto é, a cumprida no processo de execução, que é a sua modalidade mais tênue).<sup>93</sup>

“Na técnica da condenação com reserva o juiz é obrigado a examinar com base em cognição exauriente (prova plena) apenas os fatos alegados pelo autor. Na perspectiva da cognição no sentido horizontal o juiz examina apenas parcela dos fatos alegados pelas partes (os fatos alegados pelo autor) com base em prova plena (cognição exauriente), razão pela qual a cognição pode ser dita *parcial* porque não é abrangente de

toda a matéria que foi posta pelas partes em juízo.”<sup>94</sup>

Desse modo, os autores italianos identificam um outro tipo de cognição em face de mecanismos outros que existem em seu ordenamento jurídico-processual.

Discorrendo sobre a cognição da sentença com reserva no direito italiano - a chamada *cognizione riservata* -, Giuseppe Chiovenda assim adverte: “Tratasi dunque d'un vero e proprio giudizio di cognizione, in cui il procedimento presenta le forme ordinarie, il giudice è il giudice ordinario competente per materia o valore. La cognizione e parte della cognizione *plenaria* o ordinaria e deve essere completata successivamente con la *parte* di cognizione riservata. (...) Posto che la condanna con riserva non esclude la cognizione ordinaria, ma soltanto la frazione e quindi provvede anche al bisogno della certezza giuridica, è più logico ed è più utile che questa sentenza lasci dietro di sé la minor possibile quantità di punti incerti”.<sup>95</sup>

Portanto, fica claro, depois de extenso discurso, que no sistema da reserva determinada de exceções (vigorante na Itália) o devedor deve deduzir tempestivamente da matéria extintiva, impeditiva ou modificativa do direito do autor. Por sua vez, o juiz, com base numa *parte* da cognição *plenária* ou ordinária totais - ou seja, a cognição reservada - examinará se determinadas exceções opostas são ou não de pronta solução. De um lado, em sendo elas de pronta solução, o juiz poderá proferir sentença desde logo julgando a própria exceção.<sup>96</sup> No momento da condenação com reserva não consta ao juiz a existência pura do direito do autor. Ao contrário, deve constar apenas a existência de fatos constitutivos. De outro lado, isto é, em não sendo elas de pronta solução, o juiz con-

<sup>91</sup> Idem, ibidem, p. 667.

<sup>92</sup> No Brasil o art. 335 do CPC é peculiar. “Este artigo contém um *plus* em relação ao art. 126 do CPC. Admitem-se aqui as máximas de experiência. Estas representam juízo de valores, tanto na aplicação da lei, como na aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, juízos de valores estes individuais. Embora individuais, adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social” (cf. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3.ed. rev. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 619).

<sup>93</sup> Cf. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, 2. ed., Campinas: Bookseller, 2000, p. 110 et seq.

<sup>94</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni, op. cit., p. 52 (grifos nossos).

<sup>95</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, “Azioni sommarie. La sentenza di condanna con riserva”, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma: [s.n.], 1930, p. 102 et seq.; e nesse sentido: idem, *Istituzioni...*, cit., p. 229 (grifos do autor).

<sup>96</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, “Principii...”, cit., p. 209.

denará o réu imediatamente - seja no pedido do autor, seja nas despesas processuais -, e as partes serão remetidas - em *continuidade* do mesmo procedimento - à instrução das exceções reservadas, subordinando, eventualmente, a execução da sentença à prestação de caução.<sup>97</sup> No entanto, se na continuidade do juízo (ou seja, na instrução das exceções substanciais indiretas) ficar demonstrada a veracidade da alegação do réu, o autor deverá restituí-lo ao seu primitivo *status quo*, devolvendo o quanto recebeu.<sup>98</sup>

Passemos agora à coisa julgada.

A sentença com reserva produz coisa julgada formal.

O pensamento de Francesco Carnelutti se associa à equivocada visão de que a coisa julgada seria um efeito da sentença e, conseqüentemente, o resultado do processo de conhecimento.<sup>99</sup> Não obstante o saudoso Prof. Giuseppe Chiovenda discorrer também nesse sentido, sobretudo no que diz respeito à *condanna con riserva*,<sup>100</sup> preferimos ficar com a posição majoritária na doutrina brasileira, encampada por Enrico Tullio Liebman e seguida por seu discípulo direto, o Prof. Cândido Dinamarco. Assim, ficou claramente demonstrado que coisa julgada e eficácia da sentença são fenômenos nitidamente diferentes. A coisa julgada não é um efeito da sentença, mas uma especial qualidade que imuniza os efeitos desta, favorecendo a estabilidade da tutela jurisdicional: "A coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença".<sup>101</sup> No entanto, hodiernamente, estão em conflitos dois valores na ordem jurídico-processual: i) a segurança nas relações jurídicas e ii) a efetividade das decisões. Assim, contemporaneamente se começou a falar de relativização da coisa julgada material em situações extraordinárias e raras "como valor inerente à ordem constitucional-processual, dado o convívio com outros valores de

igual ou maior grandeza e necessidades de harmonizá-los".<sup>102</sup>

Desse modo, como retromencionado, a *condanna con riserva* não produz coisa julgada material justamente porque é ato dependente da pronúncia subseqüente sobre as exceções reservadas. Ora, se a sentença com reserva tivesse imediatamente a formação da coisa julgada material, em Pouquíssimos casos seria possível sua desconstituição. Exemplo disso seria a ação rescisória, a chamada *revocazione* no direito italiano. Todavia, com relação única e exclusivamente à primeira parte do procedimento, a sentença com reserva é definitiva. A primeira parte dele se fecha às matérias defensivas não propostas, havendo com isso preclusão de toda matéria não impugnada. Por Sua vez, a sentença resolveu todos os pontos controvertidos admitidos naquela fase, exaurindo o escopo de agilidade da tutela jurisdicional. Portanto, é assim que a *condanna con riserva* se diferencia de outros tipos de tutela jurisdicional ordinária, haja vista seu inexorável valor prático, em face de sua eficácia executiva liberada imediatamente após sua emanção, transferindo o ônus de instrução da causa ao próprio réu que dela necessita.

Enfim, a sentença com reserva de exceções deve conter a condenação nas despesas processuais e a menção sobre se o juiz impôs ou não a caução, conforme faculdade prevista no supramencionado art. 119 do *Codice di Procedura Civile*.

## 8. FUNDAMENTO E JUSTIFICATIVAS DA CONDENAÇÃO COM RESERVA: I) A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA E A REPARTIÇÃO DO TEMPO NO PROCESSO, II) A PARTE QUE NECESSITA DA INSTRUÇÃO DA CAUSA DEVE SUPORTAR O TEMPO DO PROCESSO, III) O PROCESSO NÃO PODE PREJUDICAR O AUTOR QUE TEM RAZÃO E IV) O ABUSO DO DIREITO A DEFESA

<sup>97</sup> Cf. O art. 119 do *Codice di Procedura Civile* generaliza a possibilidade de o juiz impor caução, devendo indicar seu objeto, o modo de prestá-la e o termo entre o qual a prestação deve entender-se.

<sup>98</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, "Principii...", cit., p. 208.

<sup>99</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13.

<sup>100</sup> Cf. Giuseppe Chiovenda, *Istituzione...*, cit., p. 228 et seq.

<sup>101</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção...*, cit., p. 13 et seq.

<sup>102</sup> Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Relativizar a coisa julgada material*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, vol. 358, p. 12 et seq. Com frase célebre e grande poder de síntese, o Prof. Dinamarco assim fundamenta suas razões: "Não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização."

O acesso à Justiça como programa de reforma e como método de pensamento autoriza qualquer investigação constituída de endereçamento teleológico. Autoriza, ainda, no mundo da processualística contemporânea, quando não exige, a investigação sociopolítica da realidade à qual o processo se destina, como instrumento ético e político de atuação das liberdades, para cumprimento de sua vocação primordial, que é, afinal de contas, servir à efetiva atuação dos direitos materiais.<sup>103</sup>

Mauro Cappelletti, moderno e sempre atual processualista italiano, identifica três dimensões da Justiça na sociedade contemporânea como necessários e fundamentais movimentos de mudança de mentalidade, quais sejam: i) a *giurisdizione costituzionale*, ii) a *dimensione transnazionale* e iii) o *accesso al diritto e alla giustizia*.<sup>104</sup>

A primeira trata da dimensão constitucional da Justiça, que se traduz na pesquisa de alguns valores fundamentais, como as normas com força de *lex superior*, vinculante também para o legislador ordinário.<sup>105</sup> É a chamada jurisdição constitucional, há muito já prevista no sistema de direito anglo-americano - com base sobretudo no princípio do *due process of law*. Já o direito continental europeu, passou a investigar o problema das garantias constitucionais do processo civil mais recentemente, após a Segunda Guerra Mundial.<sup>106</sup>

A segunda trata da dimensão transnacional da Justiça. A tentativa - embora qualificada de utópica, pelo menos embrionária para o momento - é superar rígidos critérios de soberania com a criação de um núcleo de leis universais e, conseqüentemente, de um governo universal, ou transnacional - o chamado *word*

*government*.<sup>107</sup> Exemplo disso seria a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, documento puramente filosófico-político, sem força jurídica, que procurou estabelecer um pacto transnacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais da sociedade moderna.<sup>108</sup>

Estas duas dimensões do direito como programa de reforma e como novo método de pensamento, segundo Cappelletti, são respostas que a humanidade deu (no caso da primeira) - ou está tentando dar (no caso da segunda) - à realidade social contemporânea como forma de desenvolvimento sociopolítico entre os povos.

A última e terceira dimensão do direito e da Justiça seria a *social*, que nos últimos anos vem sendo denominada de acesso ao direito e à Justiça. A preocupação do acesso à Justiça foi um grito de alerta dado, mais uma vez, pelos iluminados juristas de Florença, no famoso movimento intercontinental sobre o acesso à Justiça.

As primeiras palavras escritas pelo Prof. Mauro Cappelletti<sup>109</sup> em estudos sobre essa iniciativa constituem um repúdio ao positivismo jurídico. Assim, sobre o genioso autor, o Prof. Cândido Dinamarco discorreu: "A grande lição a extrair da obra de Cappelletti é a de que o *accesso à Justiça* é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo. De minha parte, vou também dizendo que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é ao mesmo tempo um *princípio-síntese e o objetivo final*, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional. Todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados entre si e destinados a oferecer um

<sup>103</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover, op. cit., p. 707.

<sup>104</sup> Cf. Mauro Cappelletti, "Accesso alla Giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero", *Rivista di diritto processuale*, Padova: Cedam, p. 233 et seq., 1982.

<sup>105</sup> Idem, ibidem, p. 233 de incertezas" (p. 14).

<sup>106</sup> Cf. José Frederico Marques, *O direito processual em São Paulo*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 38. "Nos países latino-americanos, coube a Eduardo Couture, na atualidade, o comando inicial deste movimento." No Brasil os Professores Rui Barbosa, João Mendes Junior, Alfredo Buzaid e Ada Pellegrini Grinover são alguns nomes precursores dos estudos constitucionais do direito processual civil (Cf. p. 37 et seq.).

<sup>107</sup> Cf. Mauro Cappelletti, op. cit., p. 234.

<sup>108</sup> Idem, ibidem

<sup>109</sup> Cf. "Access to Justice - A worldwide movement to make rights effective - A general report", *Access to Justice - A world survey*, Leyden-London/ Milão: Sitjhoff/Giuffrè, 1978, I. t. I, (em cooperação com Bryant Garth).

*processo justo*, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir *resultados justos*. Que toda causa seja conduzida e decidida por um *juiz natural*; que o juiz seja imparcial e trate as partes e suas pretensões de modo isonômico; que todo processo seja realizado com a marca da publicidade; que os litigantes tenham amplas oportunidades de defesa de seus interesses conflitantes, legitimando mediante sua participação em contraditório o provimento que o juiz proferrá afinal; que lhes seja franqueado o direito à prova ou, mais amplamente, o direito ao processo. Como meio eficaz da defesa de seus direitos e interesses; que toda experiência processual se desenvolva com plena observância dos preceitos e regras inerentes ao exercício da jurisdição, da ação e da defesa (*due process of law*) etc. - esses são os modos pelos quais, segundo a experiência multissecular, com mais probabilidade se poderá propiciar a quem tiver razão o efetivo acesso à Justiça".<sup>110</sup>

Portanto, é neste enfoque de amplo acesso à Justiça, não somente debruçado sobre o problema da efetividade do processo, mas também como forma de pesquisa e de métodos novos e alternativos daqueles tradicionais para a Justiça,<sup>111</sup> que a técnica da *condanna con riserva* deve ser entendida. O processo não pode prejudicar o autor que tem razão, e quem deve suportar o tempo do processo é, exatamente, a parte que necessita da instrução da causa. "A preocupação exagerada com o direito de defesa, fruto de uma visão excessivamente comprometida com o

liberalismo clássico, não permitiu, por muito tempo, a percepção de que o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se este fosse o responsável pela demora inerente à verificação da existência dos direitos."<sup>112</sup>

À luz do art. 2.697 do *Codice Civile* italiano,<sup>113</sup> quando o autor provar a existência dos fatos constitutivos cumprirá, absolutamente, seu ônus processual. Desse modo, o processo prosseguirá - em continuidade do procedimento - para a verificação das exceções opostas que são única e exclusivamente de interesse do réu (*convenuto*).

Assim, a partir desse momento pareceria incongruente que o autor tivesse de suportar os danos da duração do processo, haja vista que não é ele que necessita da instrução da causa, conquanto se verifique a evidência de seu direito.<sup>114</sup>

Este artigo é visto como uma norma feita pelo bom senso, porquanto distribui, de maneira equilibrada, o ônus probatório. O que está em evidência não é somente o aspecto estático da prova, mas o aspecto dinâmico; isto é, a disposição que reparte entre autor e réu o ônus geral da atividade instrutória e o tempo neces-

sário para sua produção.<sup>115</sup>

Portanto, no caso de exceção substancial indireta infundada, isto é, de oposição de fatos extintivos, modificativos ou impeditivos ao direito do autor, que exige produção probatória certamente sem conteúdo, o ônus do tempo do processo deve ser suportado pelo réu, repartindo-se-lhe através da técnica da condenação com reserva.

<sup>110</sup> Cf. O julgamento..., cit., e, do mesmo autor, *Instituições de direito processual civil*, - 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, vol. 1, p. 246 (grifos do autor).

<sup>111</sup> Mauro Cappelletti, *Accesso alla Giustizia*..., cit., p. 238

<sup>112</sup> Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 135.

<sup>113</sup> Cf. Art. 2967: "Chi vuol fare valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si e modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda" (Cf. Michele Taruffo, *Codice*..., cit., p. 643).

<sup>114</sup> Cf. Giuliano Scarselli, *La condanna con riserva*, Milano: Giuffrè, 1989, p. 560.

<sup>115</sup> Idem, *ibidem*.

As garantias oferecidas pelo processo de cognição plena, conquanto se analisa em sua peculiar estrutura, podem ser instrumentalizadas no momento da atividade defensiva, com a finalidade básica de deslocamento ou antecipação da tutela jurisdicional.<sup>116</sup> Neste caso em particular, a *condanna con riserva* responde ao princípio de que "i tempi immediati del processo devono andare a danno della parte che ha bisogno della trattazione della causa per provare l'esistenza del diritto o dell'eccezione".<sup>117</sup>

Enfim, mais do que nunca - nos tempos modernos - o processo deve ser instruído por princípios éticos, de modo que o provimento jurisdicional almejado pelas partes seja o mais aderente possível à verdade.<sup>118</sup> Esta é a razão pela qual os Códigos processuais introduzem normas gerais sobre o abuso do processo, sancionando as partes em caso da litigância de má-fé.<sup>119</sup>

Segundo alguns, a técnica da *condanna con riserva* satisfaz exigências em evitar o abuso de direito de defesa, não de repartir o tempo do processo entre autor e réu.<sup>120</sup>

A justificativa é o desenrolar de seu próprio conceito, ou seja, que com essa técnica o juiz conhece somente os fatos constitutivos do direito do autor, emitindo um provimento jurisdicional de mérito, reenviando a uma fase procedimental sucessiva a cognição das exceções opostas. Esse provimento é imediatamente executivo, sendo que sua eficácia é *resolutivamente* con-

dicionada ao acolhimento das exceções.<sup>121</sup>

Em outras palavras, é preciso ressaltar que diante desta visão a condanna con riserva não se presta apenas na evidência de fatos constitutivos do direito do autor, mas requer uma exceção provavelmente infundada, haja vista a condição resolutive a que se sujeitará.

## 9. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O resultado e as conclusões do estudo não constituem fórmula mágica para erguer as pilstras de um processo mais efetivo no direito processual civil brasileiro. A sentença com reserva do direito italiano ajuda em muito mas não resolve o problema da efetividade da tutela jurisdicional. E nem poderia resolvê-lo.

A busca pela efetividade do processo e pelo acesso à ordem jurídica justa (na feliz expressão do Prof. Kazuo Watanabe, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo) em uma visão indubitavelmente sociopolítica não requerem apenas normas jurídico-processuais de extraordinária eficácia para a obtenção de êxito. São importantes, mas não são absolutamente imprescindíveis. É preciso, ainda, uma mudança de mentalidade dos operadores do direito - do juiz, dos advogados, dos membros do Ministério Público, das partes e do ensino jurídico. É preciso que todos se dêem conta de que a entrega da tutela jurisdicional em tempo excessivo é a mesma coisa que a sua

<sup>116</sup> Cf. Andrea Proto Pisani, *La nuova...*, cit., p. 382 et seq., e, da mesma autora, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli: Jovene, 1999, p. 608; Salvatore Satta, *Diritto processuale civile*, 12. ed., a cura di Carmine Punzi, Padova: Cedam, 1996, p. 326 et seq., e Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória...*, cit., p. 30 et seq.

<sup>117</sup> Cf. Giuliano Scarselli, op. cit., p. 551.

<sup>118</sup> Cf. Ada Pellegrini Grinover, "Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o contempt of court", *Repro*, 102/219, São Paulo: Ed. RT, 2001.

<sup>119</sup> *Idem*, ibidem, p. 219 et seq. Exemplo vivo disso é a recente alteração introduzida pela Lei 10.358 de 27.12.2001, que acresceu ao art. 14 do Código de Processo Civil brasileiro o inc. V e respectivo parágrafo único. A cooperar com a celeridade do procedimento a lei processual impõe ali uma postura essencialmente ética de seus litigantes e representantes judiciais a despeito de ressaltar a responsabilidade dos advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB (Cf. José Rogério Cruz e Tucci, *Lincamentos da nova reforma do CPC*. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 13 et seq.).

<sup>120</sup> Cf. Andrea Proto Pisani, *Lezioni...*, cit., p. 608. No Brasil, depois de meditar sobre o tema, o Prof. Luiz Guilherme Marinoni tem posição equivalente (Cf. *Tutela antecipatória...*, it., p. 59). Todavia, há quem pense diferente. Giuliano Scarselli sustenta que dizer que a condenação com reserva serve para repartir entre autor e réu o tempo necessário ao desenvolvimento da atividade jurisdicional de conhecimento é coisa diversa que afirmar que tal técnica processual tem a finalidade de evitar o abuso de direito de defesa do demandado (Cf. *Op. cit.*, p. 554).

<sup>121</sup> Cf. Andrea Proto Pisani, *La nuova...*, cit., p. 384., e da mesma autora, *Lezioni...*, cit., p. 608 et seq.

denegação, ou seja, a denegação da própria Justiça.

Enfim, nunca nos atreveríamos a indicar o caminho da sentença com reserva do direito italiano como a *chave mágica* para ultrapassar a *porta da esperança* e atravessar o campo minado em que se encontra a base da Justiça brasileira. Muito pelo contrário: tentando superar os mitos que afligem todo jovem estudioso do direito, ou-samos apenas nos colocar entre aqueles que

enxergam o instituto como mais uma potencial tentativa de esforço investigativo de importância sóciopolítica na pesquisa científica do direito alienígena - sem supervalorizá-lo. Portanto, apenas nos esforçamos em mais uma investigação de direito comparado sem quaisquer aspirações de imitação e transposição das normas de lá para cá, mas tão-somente com o intuito de expor uma técnica que orna os fundamentos do direito processual civil moderno.

# LA INTERMEDIACIÓN LABORAL PERUANA: ALCANCES (NO TODOS APROPIADOS) Y RÉGIMEN JURÍDICO

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS\*

**Resumo:** A literatura laboral encontrava-se cada vez mais plena de estudos acerca do fenômeno da descentralização das atividades empresariais, derivada das novas formas de organização da produção e do trabalho.

As duas principais formas de subcontratação de trabalho são a *intermediação* e a *terceirização*. Na primeira, estabelece-se uma relação triangular, em que o empregador formal é a empresa fornecedora da mão de obra (normalmente, uma empresa de trabalho temporário), e o empregador real aquele que dela efetivamente se utiliza (empresa usuária). Na segunda, são delegadas partes ou etapas do processo produtivo a empresas especializadas, que possuem estrutura própria, e que conservam o comando de seus trabalhadores.

No Peru, a disciplina legal deste assunto está explicitada na Lei 27.626, em vigor desde 10 de janeiro de 2002, que autoriza a subcontratação do trabalho em situações que denotem *temporiedade*, *complementaridade* ou *especialização*. Na primeira, busca-se atender à necessidade de substituição de pessoal, ou a demandas ocasionais. A segunda se vincula a serviços secundários, como vigilância e limpeza. A terceira destina-se à consecução de tarefas de alta especialização, como contabilidade e informática. É vedada a delegação permanente de tarefas vinculadas à atividade principal da empresa.

A subcontratação do trabalho poderá operar-se através de empresas ou cooperativas, sendo que, quanto a estas últimas, há maiores restrições no campo legal, bem como objeções de cunho doutrinário, em vista da grande possibilidade de desvirtuamento de sua natureza, bem como da criação de cooperativas puramente de fachada.

Aos trabalhadores envolvidos nas hipóteses de subcontratação são garantidos os mesmos direitos e benefícios daqueles vinculados diretamente à empresa usuária. Na prática, contudo, esta disposição tem escassa aplicação.

A lei estabelece que as empresas e cooperativas fornecedoras de mão de obra, deverão conceder uma *fiança* que garanta o cumprimento de parte das obrigações trabalhistas e previdenciárias dos trabalhadores envolvidos, sendo que, na insuficiência de tal garantia, a empresa usuária responderá de forma *solidária* pelos direitos laborais, relativos ao período em que para ela tenha ocorrido a prestação de serviços.

Pode-se afirmar que, de modo geral, a subcontratação (cessão) de mão de obra, traz consigo um forte nível de desproteção para os trabalhadores envolvidos, seja no plano individual, seja no plano coletivo, com a natural *precarização* de seus direitos laborais.

**Palavras-chave:** Peru; Subcontratação; Intermediação; Solidariedade.

\*Professor da PUC - Peru - Ex Vice-Ministro do Trabalho do Peru

## 1. MARCO TEÓRICO RESPECTO EL FENÓMENO DE LA SUBCONTRATACIÓN: DENOMINACIÓN, DEFINICIÓN Y CAUSAS.

La literatura laboralista está cada vez más llena de estudios respecto de un fenómeno que venido acentuándose cotidianamente y que se caracteriza por el surgimiento o incremento de modalidades atípicas de prestación de servicios, vinculadas, principalmente, y en lo que a nosotros interesa, a las nuevas maneras de organización de la producción y del trabajo, que involucran fenómenos que rompen con la necesidad de centrar todas las funciones productivas (y el personal consiguiente) en la empresa (modelo fordista), y se dirigen hacia la concentración en ésta de las actividades nucleares (con personal propio y cedido), externalizando aquéllas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos (BRONSTEIN, 1999, p. 10), todo ello dentro de un modelo que PIORE y SABEL (1993) denominan "especialización flexible"<sup>1</sup>

Indudablemente, y en lo que hace al interés concreto de este ensayo, no se trata de un fenómeno totalmente nuevo, puesto que la prestación de servicios vía empresas temporales comienza con la llegada de los años veinte (en E.E.UU y en Europa), como ce notar AMEGLIO (1984, p. 57) y la subcontratación de ciertas fases de la producción era también común en industrias como la construcción, textiles o calzado. Sin embargo, el fin de siglo nos ha deparado un florecimiento de estas formas tradicionales y el surgimiento de nuevas maneras de pres-

tar servicios en similares situaciones que están operando una redefinición del paradigma productivo y del trabajador (CORIAT, 1982), con un impacto importante en la esfera del Derecho del Trabajo.

A este fenómeno se lo denomina de muy diversas maneras, siendo las más comunes las de subcontratación, tercerización, externalización, exteriorización del empleo, descentralización o desconcentración productiva o funcional (RACCIATI, 1997, pp. 137 - 138). De todas ellas, preferimos para este estudio el nombre de subcontratación, porque engloba con mayor facilidad las principales modalidades existentes, que en algún caso significativo (intermediación) parecería no estar plenamente recogido en las otras alternativas, y porque además es el término que viene usando la OIT. Aunque, también somos conscientes de las dificultades que tiene también esta denominación, sobre todo por el diverso contenido que tiene en muchos países<sup>2</sup>

Un conjunto importante de causas de diversa índole han sido identificadas por la doctrina como las que fundamentan la aparición de las nuevas modalidades de subcontratación o el incremento considerable de aquéllas que tienen larga data y se inscriben en este fenómeno. Dentro de las principales causas podemos destacar las siguientes:

- El paso del paradigma productivo *fordista* al *toyotista*, con las ya mencionadas transformaciones en la organización del trabajo y de la

<sup>1</sup> Este fenómeno ha merecido incluso la publicación de un específico y muy interesante libro del emblemático Grupo de los Miércoles montevidéano, llamado "Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo" (Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000).

<sup>2</sup> Sobre el particular véase las discusiones de la Comisión de Trabajo en Subcontratación, OIT, (1998). En tal sentido, sostiene BRONSTEIN (1999, pp. 4-5) que "para una mayoría de países de lengua inglesa el término *subcontracting* tiende a aplicarse a la sustitución de una relación de trabajo por un contrato comercial (por ejemplo el conductor asalariado de una empresa deviene en *transportista autónomo*, con contrato con ella, sin que la naturaleza de sus tareas haya variado), mientras que *contract labour* correspondería al suministro de mano de obra mediante intermediación laboral. Para los países de lengua española subcontratación se identifica a veces con el suministro de fuerza de trabajo, pero otras veces (como en España) se emplea dicho término para la subcontratación de obra (en este caso se habla de contrata), reservándose el de intermediación para la de trabajo. A su vez los de lengua francesa distinguen entre la *sous-traitance* para los servicios y la *sous-entreprise* para la mano de obra, a la que también pueden denominar *marchandage* si asume una forma prohibida por la ley, o *mise a disposition* (de trabajadores) cuando la ley lo permite (por ejemplo cuando se hace con la intermediación de una empresa de trabajo temporal).

producción, que están conduciendo a una mayor especialización productiva, con su correlato de externalización de las actividades secundarias o periféricas, lo que a su vez permite una mayor reducción de costos y una minimización de la mano de obra utilizada directamente. Este fenómeno está llevando a que se amplíe el radio de acción de las actividades tercerizadas, con las consiguientes dificultades a la hora de precisar si se trata de actividades secundarias o principales y con muchos problemas a la hora de precisar el grado de responsabilidad frente a los trabajadores de dichas empresas económicamente vinculadas.

El incremento de las tasas de desempleo, que llevó a que los trabajadores aceptaran laborar a través de estas modalidades, ante la dificultad de acceder a puestos de trabajo directos.

El debilitamiento de los sindicatos, que perdieron capacidad de presión para oponerse a tales medidas.

Las políticas de ajuste neoliberales que han impulsado la utilización de las diversas formas de subcontratación, como son las empresas de trabajo temporal o las cooperativas en nuestro país, así como el recurso a modalidades de encubrimiento de la relación laboral, como pueden ser la utilización de trabajadores «sin contrato», que actualmente en el Perú llegan hasta el 51.2% de los asalariados<sup>3</sup>, o el uso de la locación de servicios para labores subordinadas<sup>4</sup>.

La terciarización de la economía que ha conducido a que las actividades de las empresas vinculadas al sector servicios se autonomicen y pasen a

ser prestadas por “terceros”.

La mayor flexibilidad laboral resultante de estos fenómenos, que facilitó la utilización de estas modalidades atípicas, y que se expresa en varios terrenos:

Una mayor facilidad para la adecuación de la plantilla de la empresa, fuera de las rigideces propias del Derecho Laboral, definiendo su volumen de mano de obra permanente dentro de los límites de lo que se considera indispensable (curva de actividad de la empresa), recurriendo para lo demás a personal externo a la empresa. Ello conduce a dotar de mayores facilidades para la contratación y la terminación de las relaciones laborales para aquellas actividades que resultan secundarias frente incluso a factores exógenos de naturaleza económica o normativa. Se trata de conseguir un empleo *just in time* (RIFKIN, 1996, pp. 230 y 231) que facilite esta permanente adecuación de la plantilla a las necesidades del mercado.

La reducción de los costos laborales cuando se recurre a estas modalidades de subcontratación, por la desigualdad de trato que se presenta expresa o encubiertamente, tanto en materia de condiciones de trabajo, como de seguridad social.

Estos menores costos se expresan también en el hecho de que los trabajadores destacados no cuentan generalmente con tutela colectiva, por su alto grado de precariedad, lo que conduce a que tengan pactados menores derechos que los de la empresa usuaria.

La diversidad en las denominaciones y en las causas arrojan un fenómeno de gran complejidad y heterogeneidad, que ha tenido como consecuencia una mayor utilización de

<sup>3</sup>Según la Encuesta de niveles de empleo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social (1997).

<sup>4</sup>En función de ello, algunos economistas del trabajo (CHACALTANA, 1999) consideran dos tipos de subcontratación: directa, que incluye a los trabajadores «sin contrato» (trabajadores clandestinos) y a las demás formas de encubrimiento de la relación laboral; e indirecta, que está referida a los mecanismos de intermediación.

modalidades tradicionales de subcontratación como el surgimiento de expresiones nuevas, que han llevado a que se presenten muchas dificultades para el tratamiento más o menos unitario de este fenómeno, aunque tienen como **sustrato común** un conjunto de desventajas para el trabajador, expresadas tanto en el terreno general como en el de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, como veremos en detalle posteriormente en sus manifestaciones para el caso peruano.

Por todo ello, este tema viene siendo estudiado hace algún tiempo por la OIT, con miras a aprobar un Convenio que establezca las pautas internacionales aceptables para todos los que intervienen en esta nueva configuración productiva. Sin embargo, la complejidad y heterogeneidad del tema, así como lo radicalmente encontrado de las posiciones de los trabajadores y empleadores, ha llevado a que inusualmente en 1998 no haya sido posible aprobar tal norma y se haya dado un plazo adicional para volver a ocuparse del tema (aunque con un espectro mayor).

En el terreno de la intermediación, si se ha producido una interesante normativa de la OIT, que desde 1933 ha ido desarrollándose desde una primera regulación muy restrictiva hasta niveles de permisividad cada vez mayores<sup>5</sup>,

*"La diversidad en las denominaciones y en las causas arrojan un fenómeno de gran complejidad y heterogeneidad, que ha tenido como consecuencia una mayor utilización de modalidades tradicionales de subcontratación como el surgimiento de expresiones nuevas, que han llevado a que se presenten muchas dificultades para el tratamiento más o menos unitario de este fenómeno, aunque tienen como sustrato común un conjunto de desventajas para el trabajador, expresadas tanto en el terreno general como en el de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, como veremos en detalle posteriormente en sus manifestaciones para el caso peruano."*

constituyéndose, según NEVES MUJICA (1996, pág. 154), en un antecedente más o menos remoto (y en el ordenamiento internacional) de lo que hoy día llamamos flexibilización. Al respecto, hay que resaltar, al menos, los Convenios N° 34, sobre las agencias retribuidas de colocación (1933)<sup>6</sup>; 88, sobre el servicio de empleo (1948); 96, sobre las agencias retribuidas de colocación (1949)<sup>7</sup>; y, 181, sobre las agencias de empleo privadas (1997)<sup>8</sup>. Estas normas comienzan mostrando una visión completamente negativa de las actividades lucrativas de suministro de mano de obra, al exigir la supresión de las agencias retribuidas de colocación en un plazo de 3 años (Convenio N° 33), para luego ir matizando esta percepción, al relativizar el monopolio estatal en materia de colocación (Convenio N° 88), admitir a regañadientes todavía la existencia de las agencias de colocación privadas, aunque sujetas a rigurosos controles estatales (Convenio N° 96)<sup>9</sup>, y terminar aceptando la licitud de las actividades de intermediación y relajando las exigencias de control (Convenio N° 181). Esta evolución puede explicarse desde los propios considerandos del Convenio N° 181, en los que, confirmando el sentido de la opinión de NEVES MUJICA antes reseñada (que era, además, sobre el Convenio N° 96) se realiza "la importancia que representa

<sup>5</sup> La primera referencia al tema de la intermediación en los instrumentos de la OIT se encuentra en la Recomendación N° 1, sobre el desempleo (1919), en la que se aboga por la prohibición de las "agencias retribuidas de colocación o empresas comerciales de colocación". Sin embargo, es recién en 1933 cuando se aprueba el primer Convenio específico (N° 34), de allí que hayamos tomado esta fecha como el punto de partida de esta esquemática presentación de la normativa de la OIT.

<sup>6</sup> Revisado por el Convenio N° 96.

<sup>7</sup> Revisado por el Convenio N° 181.

<sup>8</sup> Que se acompaña de la Recomendación N° 188.

<sup>9</sup> En este Convenio establece que los Estados tienen la siguiente opción en materia de agencias de colocación: o suprimen progresivamente las agencias lucrativas y regulan de manera muy estricta y controlista las demás agencias (autorización de funcionamiento, mecanismos de vigilancia permanentes, fijación de tarifas), o simplemente reglamentan con tal carácter todo tipo de agencias, según aceptaran los Estados la Parte 110 II ó III del Convenio.

la flexibilidad para los mercados de trabajo"<sup>10</sup>, se reconoce "que el contexto en que funcionan las agencias de empleo privadas es muy distinto de las condiciones existentes cuando se procedió a la adopción del mencionado Convenio" (96) y se reconoce "el papel que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar en el buen funcionamiento del mercado".

## 2. LAS PRINCIPALES EXPRESIONES DE LA SUBCONTRATACIÓN

Dentro de la complejidad y heterogeneidad de formas en que se expresa la subcontratación, puede trazarse una tipología en la que se encuentran las dos principales expresiones de la misma y que resultan de especial y directo interés en el objeto de análisis de este ensayo: la intermediación y la tercerización, a las que nos vamos a acercar puesto que tienen un interés especial dentro del caso peruano.

2.1 La subcontratación de mano de obra o intermediación<sup>11</sup>: Se proporciona trabajadores, cuya actividad va a ser dirigida y controlada por el empresario que se hace cargo de ellos. Se trata de relaciones triangulares en las que una empresa celebra un contrato civil con otra para proporcionarle trabajadores vinculados a la primera, pero que prestarán sus servicios bajo la dirección y el control de la segunda<sup>12</sup>. Debiendo destacarse con VALDES

*"Dentro de la complejidad y heterogeneidad de formas en que se expresa la subcontratación, puede trazarse una tipología en la que se encuentran las dos principales expresiones de la misma y que resultan de especial y directo interés en el objeto de análisis de este ensayo: la intermediación y la tercerización, a las que nos vamos a acercar puesto que tienen un interés especial dentro del caso peruano."*

DAL-RE (1996) que no todas las facultades que integran el poder directivo del empresario son trasladadas a la empresa "usuaria", puesto que el poder disciplinario es conservado por la empresa suministradora de mano de obra.

Si nos acercamos al punto esencial para la determinación del supuesto, veremos que se trata sin lugar a dudas de la existencia de dos empleadores, uno formal y otro real, sin que exista una relación laboral entre el empleador real y el trabajador. Se rompe con la tradicional relación jurídica directa entre quien presta y quien recibe un servicio subordinado y dependiente, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como

empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de esta última.

También hay otros elementos como el que el trabajo sea hecho en beneficio del empleador real y se realice en el local del empleador real, pero creemos que se trata en todo caso de elementos no esenciales en tanto también se pueden encontrar en otras formas de subcontratación.

La forma típica es la suministro de trabajadores a través de empresas de

trabajo temporal.

2.2 La subcontratación de la producción de bienes y servicios<sup>13</sup> o tercerización o descentralización: Con peculiaridades

<sup>10</sup>Único Convenio de OIT en el que se encuentra una referencia expresa a la flexibilidad, como lo señala VEGA RUIZ en su trabajo "Flexibilización y las normas internacionales de trabajo", publicado en el libro "Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú", OIT, Lima, 2000.

<sup>11</sup>Subcontratación de trabajo, en términos de la OIT (1995).

<sup>12</sup>En tal sentido, el Convenio N° 181 al definir la expresión agencia de empleo privada establece como uno de los servicios que puede prestar el "emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante 'empresa usuaria'), que determine sus tareas y supervise su ejecución" (artículo 1). A estas funciones de intermediación, las agencias de empleo privadas pueden añadir funciones de mediación, consistentes, según al misma norma internacional, en "servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse", por tanto se mueve en el terreno precontractual y busca tan sólo acercar la oferta con la demanda de trabajo.

<sup>13</sup>En la terminología de la OIT (1995).

propias en cada caso, tiene como sustrato común el que se proporciona determinados servicios de forma organizada o bienes, bajo la dirección y el control del contratista. El ejemplo típico se da en la construcción, donde por la especialización de las labores, el titular de la obra contrata con empresas especializadas en partes del proceso productivo, sin que los trabajadores de la contratista se encuentren bajo las órdenes y control del contratante. Lo mismo se puede decir respecto de los subcontratistas.

Lo fundamental aquí es que se descentraliza ciertas labores especializadas o secundarias que pasan a ser prestadas por otra empresa, la que cuenta con un patrimonio y una organización empresarial propia dedicado a prestar tales servicios o actividades. Los límites de las labores que pueden ser objeto de tercerización se vienen desdibujando, en la medida en que las nuevas tecnologías facilitan un traslado cada vez mayor de tareas, a tal punto que hay quien sostiene que "puede externalizarse cualquier tipo de actividad, en la medida en que la empresa principal conserve el control del proceso productivo. En efecto, si se perdiera tal control, no estaríamos ante una hipótesis de externalización, sino ante una sustitución de empresas" (RASO DELGUE, 2000, pág. 41).

Los servicios pueden prestarse dentro de la empresa o fuera de ella y el beneficiario es el contratante, por lo que estos últimos elementos, también presentes en el supuesto anterior no son esenciales para diferenciar ambos tipos de subcontratación.

### 3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

En el Perú la intermediación laboral estuvo prohibida totalmente hasta 1978, cuando encontró su primera posibilidad de plasmación en el Decreto Ley 22126<sup>14</sup>, que permitió la prestación de servicios a quien no era empleador directo pero sólo para la realización de **labores complementarias** (mantenimiento, limpieza, seguridad). Pos-

teriormente, en 1986, la Ley 24514<sup>15</sup>, que sustituyó al Decreto Ley antes mencionado, amplió el radio de acción de estas empresas de servicios al campo de las **labores especializadas**, entendiendo por éstas a aquéllas que no están comprendidas en las actividades principales que realiza la empresa usuaria y que para su ejecución requieren de personal altamente cualificado. En ambas normas, la utilización fraudulenta de esta posibilidad generaba como sanción el reconocimiento de vínculo laboral directo entre el trabajador y la empresa en la que había prestado los servicios, desde que comenzó tal situación.

Finalmente, en 1991, el Decreto Legislativo 728<sup>16</sup> amplía el campo de actuación de las empresas de servicios del terreno de las labores secundarias (complementarias y especializadas) al de las **labores principales**, aunque con la condición de que sean **temporales**, para lo que se adicionaron a las empresas de servicios complementarios las empresas de servicios temporales y las cooperativas de trabajadores (en sus modalidades de cooperativas de fomento del empleo y de trabajo temporal). Esta norma estableció que número de trabajadores destacados no debía superar al 20% de la planilla, cifra que fue ampliada en 1996 al 50% por el Decreto Legislativo 855.

Hay que destacar que la presencia de cooperativas de trabajadores introdujo elementos de riesgo adicionales a los que normalmente giran alrededor de las relaciones de intermediación, puesto que estas personas jurídicas, por mandato de su regulación específica, están al margen de la legislación laboral, con lo que se abría un peligroso camino para la elusión del contrato de trabajo y su regulación. Las sospechas en este sentido se fueron confirmando en la realidad, de modo que el legislador ha tenido que ir estableciendo obligaciones dirigidas a controlar las actividades y evitar la insolvencia de las cooperativas, e inclusive ha llegado a imponerles el respeto de ciertos derechos

<sup>14</sup> Artículo 27.

<sup>15</sup> Artículo 32.

<sup>16</sup> Artículos 146 a 154 y 175 a 184 de su versión original.

típicamente laborales, con la finalidad de que los trabajadores que prestaban sus servicios por esta vía no vieran totalmente defraudados los niveles mínimos de protección previstos para quien realiza una labor subordinada. Así, la ley 26513 (1996), en función de los enormes márgenes de explotación que venían sufriendo los trabajadores destacados (sobre todo los socios trabajadores de las cooperativas) dispuso que se les reconociera ingresos y condiciones de trabajo no inferiores a los que corresponden a los trabajadores de las empresas usuarias.

Además de ello, el Decreto Supremo 004-98-TR y su Reglamento, la Resolución Ministerial 059-98-TR, con el fin de prevenir la actuación fraudulenta de las cooperativas, establecían los socios trabajadores tienen derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios aplicable a cualquier trabajador de la actividad privada e imponían inscripción obligatoria de las cooperativas en el Ministerio de Trabajo y la necesidad de obtener una carta fianza para garantizar los derechos laborales de sus socios trabajadores. Posteriormente, por medio del Decreto Supremo 107-99-TR se suprimió la obligación general de presentar la carta fianza que quedó sólo para cuando la empresa o cooperativa no cumplía con pagar los beneficios y derechos de sus trabajadores o socios.

Esta regulación dispersa ha sido sustituida por la Ley N° 27626, vigente desde el 10 de enero del 2002, que regula íntegramente el fenómeno de la intermediación laboral en los términos que veremos a continuación, y que ha sido reglamentada por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (el reglamento, en adelante).

#### 4. RÉGIMEN LEGAL DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL PERÚ

Con carácter general, se puede afirmar que la nueva normativa sobre

intermediación laboral, establecida por la Ley N° 27626 y su reglamento, trae un tratamiento sistemático de este instituto, que si bien mantiene bajo su ámbito a figuras de descentralización productiva que responden a fenómenos de subcontratación distintos del suministro de mano de obra, significa una inversión del signo excesivamente permisivo de la regulación precedente, redefiniéndola dentro de parámetros bastante más adecuados a la naturaleza y función de la cesión de trabajadores, y estableciendo mecanismos de garantía del cumplimiento de los derechos de los trabajadores objeto de ella, que, es de esperar, conduzcan a una utilización más razonable y eviten la cons-

tante defraudación de los derechos laborales. Veamos seguidamente los alcances de esta regulación.

##### 4.1 Tipología de las posibilidades de intermediación en el Perú

La nueva regulación sobre intermediación laboral permite el recurso a ella **sólo cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización** (artículo 2 de la Ley N° 27626), agregando, a continuación, que "Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa". La infracción a los supuestos de intermediación laboral establecidos en la ley, debidamente comprobada a través de un procedimiento inspectivo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria (artículo 5 de la Ley N° 27626).

En función de todo ello, es importante trazar una tipología de las posibilidades de intermediación laboral en el Perú, señalando las variables empresariales con las de duración de la labor y tipo de labor.

*"La nueva regulación sobre intermediación laboral permite el recurso a ella sólo cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización (artículo 2 de la Ley N° 27626), agregando, a continuación, que "Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa". La infracción a los supuestos de intermediación laboral establecidos en la ley, debidamente comprobada a través de un procedimiento inspectivo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores."*

Por tanto, veremos las formas empresariales posibles, naturaleza permanente y/o temporal de la labor y carácter principal o secundario de las mismas. A partir de lo cual, y teniendo en cuenta lo previsto por los artículos 11 y 12 de la Ley N° 27626 y 2 del reglamento, tenemos que en el Perú las posibilidades de intermediación que pueden materializarse son:

**A. Empresas de servicios temporales:**

son aquellas personas jurídicas creadas exclusivamente para contratar con terceros llamados empresas usuarias el suministro de trabajadores para el desarrollo de labores temporales, principales o secundarias<sup>17</sup> (se privilegia el elemento duración de la labor), ya sea para cubrir un puesto permanente que ha quedado transitoriamente vacante (suplencia) o para cubrir puestos no permanentes creados para cubrir necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo (ocasional)<sup>18</sup>;

**B. Empresas de servicios complementarios:**

son aquellas personas jurídicas que destacan su personal para la realización de labores secundarias (acesorias o no vinculadas al giro del negocio), permanentes o temporales (se privilegia el elemento naturaleza de la tarea), como son: mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, etc.;

**C. Empresas de servicios especializados:**

son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización, ya sean permanentes o temporales, de carácter accesorio, careciendo la empresa usuaria de la facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados;

**D. Cooperativas de trabajo temporal:**

son aquellas constituidas específicamente para destacar a sus socios a efectos de que éstos desarrollen labores temporales, principales o secundarias, correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, referidos en el literal A de este acápite; y, **A. Cooperativas de trabajo y fomento del empleo:** son aquellas constituidas exclusivamente para al suministro de socios trabajadores para que presten servicios secundarios, permanentes o temporales, de carácter complementario o especializado, según los términos vistos en los literales B y C de este acápite.

Respecto de esta tipología, hay serios cuestionamientos en lo que hace a la presencia de las cooperativas de trabajadores en funciones de intermediación, respecto de personal tanto temporal como permanente, puesto que la dedicación al suministro de mano de obra produce una distorsión insalvable en la naturaleza cooperativa de la institución, como señala ELIAS MANTERO<sup>19</sup>, al hacer girar su vida en torno a la labor de intermediación” con lo que la integración de los componentes de la cooperativa carece de la *afectio societatis* que identifica al sujeto cooperativo, el ingreso a la cooperativa se produce tan sólo para conseguir un puesto de trabajo como destacado (en condiciones de subordinación), en la mayoría de los casos los integrantes ni siquiera se conocen entre sí por estar desempeñando funciones en empresas totalmente diferentes y tienen un índice de rotación muy alto, por lo que sólo permanecen en la institución en la medida en que exista un trabajo para ellos.

<sup>17</sup> Se podría discutir si éstas empresas pueden ocuparse de labores secundarias, en la medida en que tales son el ámbito de actuación de las empresas de servicios complementarios. Nosotros consideramos posible tal dedicación, en la medida en que se trate de una cobertura temporal del puesto de trabajo, y cuando sea la propia empresa usuaria la que se ocupe de tales labores con sus propios trabajadores,

<sup>18</sup> Los contratos temporales de naturaleza ocasional o de suplencia, se encuentran previstos en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97- TR (artículos 60 y 61).

<sup>19</sup> Ob. cit., pág. 18, También cuestionan la participación de las cooperativas de trabajadores en el campo de la intermediación NEVES (1996, pp. 155-156), y FERRO (2001, p.163).

En tal contexto, se cuestiona también la condición de socios-trabajadores de los integrantes de la cooperativa, puesto que al ingresar ésta a labores de suministro de mano de obra su naturaleza se acerca mucho más a la de trabajadores dependientes que a la de socios, habida cuenta que en estas cooperativas no nos encontramos con un conjunto de personas que se han asociado para realizar labores de naturaleza más o menos autónoma, que se encuentran identificados como pares y con un espíritu asociativo que alimenta su carácter institucional, sino con personas que están buscando un empleo subordinado y utilizan la cobertura cooperativa como un vehículo más (muchas veces el más seguro, por los niveles de desprotección que trae consigo) que puede conducirlos hacia tal fin.

Además de ello, porque se sabe que las principales cooperativas de trabajadores son «fachada» de personas que utilizan esta forma empresarial para encubrir sus actividades lucrativas en el terreno de la intermediación<sup>20</sup>, presentándose un supuesto de empresas vinculadas económicamente que no ha encontrado hasta la fecha una respuesta legislativa que la regule.

#### 4.2 Las empresas de servicios complementarios y especializados: una expresión de tercerización mucho más que de intermediación.

La clasificación antes esbozada, que pone en evidencia las diferencias existentes entre una y otra modalidad de subcontratación, nos lleva a replantearnos la naturaleza que tiene en el Perú la utilización de empresas de servicios complementarios y especializado, que son las que se dedican a actividades accesorias (limpieza, vigilancia, seguridad) y de alta especialización (contabilidad, informática, etc. que en la reciente Ley N° 27626 tienen por primera vez un tratamiento con cierto nivel de autonomía).

La doctrina nacional casi unánimemente<sup>21</sup> ha ubicado a tales empresas den-

tro de las modalidades de intermediación posibles, en la medida en que si bien surgieron primero, su regulación legal ha sido y sigue siendo hasta la fecha conjunta y paralela con la de las empresas de servicios temporales y cooperativas dedicadas a ceder trabajadores.

Sin embargo, nosotros consideramos que tal asimilación no es del todo exacta ya que la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral.

Ello, no admite discusión alguna en el caso de las empresas y cooperativas que se dedican a ofrecer servicios especializados, en la medida en que la propia definición que de ellas hace el artículo 11, literal 3<sup>22</sup>, de la Ley N° 27626, señala que "*son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización en relación a la empresa usuaria que las contrata*"; agregando, a continuación que "*en este supuesto la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados*" (resaltado nuestro). Por tanto, en este caso claramente no se cumple con el desdoblamiento del empleador que es esencial en el fenómeno de la intermediación, sino que existe una entidad externa que realiza bajo su entera responsabilidad, aunque bajo las indicaciones de la empresa usuaria, un determinado servicio. Y ello en función de que el objetivo de las empresas que brindan servicios especializados no es la cesión de trabajadores, para que presten servicios bajo la dirección de la empresa usuaria, sino ofrecer desarrollar una actividad con trabajadores propios, para cuya prestación cuentan con una estructura empresarial *ad hoc*.

En el caso de las entidades que prestan servicios complementarios, si bien el numeral 2 del artículo 11 de la Ley N. 27626, no

<sup>20</sup> Como lo señala ELÍAS MANTERO, F., ob. cit., pág. 16. <sup>21</sup> Véase, en tal sentido, BERRERA GONZALES-PRATO (1993), TOYAMA MIYAGUSUKU (1995) FERRO DELGADO (1996) y NEVES MUJICA (1996). En contra sólo se pronuncian ELÍAS MANTERO, 1998, pág. 21) y VILLA VICENCIO Rios (2001. págs. 88-89).

<sup>22</sup> Al que se remite el artículo 12 para el caso de las cooperativas de trabajo y fomento del empleo.

toca expresamente el tema de la ausencia de poder directivo de la empresa usuaria sobre el personal que realiza estos servicios, si lo hace, aunque no con las mismas palabras, el artículo 3 del reglamento, cuando señala que *"en concordancia con los fines de la Ley a ya los establecido en el artículo 6 y numeral 11.3 del artículo 11 de la misma, las empresas de servicios complementarios o especializados deben asumir plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades"*.

Por tanto, se puede señalar que también, que estas empresas no entran dentro del paradigma de la intermediación de mano de obra, sino una participación empresarial en un segmento autónomo de las actividades de la empresa usuaria, que incluso en algunos casos hasta requiere incluso de una autorización administrativa<sup>23</sup>. Por ello, la actividad de las empresas complementarias es bastante más similar a la realizada por las entidades que prestan servicios especializados o contrata y subcontrata que a la de las que se ocupan del suministro de mano de obra para labores temporales de carácter ocasional o de suplencia<sup>24</sup>.

Coherentemente con esta situación, nuestra legislación dispone que los trabajadores de las empresas que brindan servicios complementarios no están incluidos en el cálculo del porcentaje limitativo del 20% de la planilla de la empresa usuaria y, además, difícilmente se podrá aplicarles la equiparación de beneficios y derechos laborales respecto de los directamente contratados por las empresas usuarias, en la medida en que la contratación del servicio complementario o especializado conducirá a que no existan trabajadores en la empresa usuaria que se ocupen de tales funciones.

Por ello, creemos que académicamente hay que considerarlas como expresiones de la tercerización o

descentralización productiva, y ello en lo que hace a todos los sujetos que presten servicios complementarios y especializados, al margen de su forma institucional (ya sean empresas de servicios o cooperativas de trabajadores).

Tras estas precisiones conceptuales, que no se reflejan en una normativa que continúa englobando en el instituto de la intermediación a expresiones de la subcontratación o descentralización productiva que responden a otra naturaleza, pasamos a presentar el régimen jurídico establecido para la actuación de las empresas de servicios y cooperativas que actúan en estos terrenos, señalando que aún queda como labor pendiente la discusión y aprobación de una regulación específica para la tercerización o *outsourcing* que permita afrontar con alguna solvencia jurídica el importante fenómeno de la descentralización productiva y encadenamiento empresarial cada vez más presentes en nuestra realidad, más aún cuando el artículo 4 del reglamento excluye de la aplicación de la Ley de Intermediación a los fenómenos de subcontratación productiva.

#### 4.3 Las formas excluidas de la regulación de la intermediación

Fuera del marco previsto por la Ley 27626, lo que ha llevado al cuestionamiento de su validez por algún sector importante de la doctrina, el artículo 4 del Reglamento, buscando al parecer compensar la rigidez legal, excluye del ámbito de la intermediación (y por tanto de lo normado) a un conjunto de supuestos de subcontratación, abriendo una peligrosa puerta por la que pueden ir escapándose fácticamente parcelas que las relaciones laborales que hubiesen venían siendo consideradas como de necesaria regulación.

En tal sentido, la norma comentada establece que *"no constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 de la*

<sup>23</sup> Es el caso de las empresas de vigilancia que requieren autorización del Ministerio de Interior.

<sup>24</sup> En esta línea, sostiene ELIAS MANTERO (ob. cit) que a su juicio "no existe lo que se conoce como intermediación laboral por medio de las empresas de servicios complementarios ya que el personal que se utiliza no está vinculado directamente a la empresa usuaria a la que concurre como parte de la prestación de un servicio integral que tiene a la mano de obra como uno de varios componentes".

*Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación". Agregando, a continuación, que "pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal".*

Sin duda, y ante el carácter cerrado de la ley, se ha tratado, aunque sin mucho rigor técnico, de permitir que algunas formas de descentralización productiva, incluso muy antiguas como las contrata y subcontrata, puedan seguir existiendo. Sin embargo, creemos que, en general, **la norma resulta cuestionable** puesto que, **desde el punto de vista formal**, siendo su naturaleza reglamentaria regula originariamente temas referidos al ámbito de aplicación de la ley que le corresponden únicamente a ésta (a quienes no se les aplica la regulación legal por considerar que no son manifestaciones de intermediación).

De otro lado, y **desde el punto de vista material**, tenemos que la amplitud de los supuestos excluidos y las condiciones generales que tienen que cumplir para no estar regidos por la normativa aplicable a la intermediación, son coincidentes en gran medida con los previstos para las empresas que prestan servicios complementarios y especializados, habida cuenta que, como acabamos de ver en el punto anterior, se tratan de manifestaciones del fenómeno de tercerización, que por mandato del propio reglamento (artículo 3), deben materializarse asumiendo plena autonomía técnica y responsabilidad para el desarrollo de sus actividades.

En tal sentido, con esta disposición cualquier empresa que preste servicios

especializados o complementarios, podría acogerse al ámbito de la tercerización ajeno a la regulación legal y no cumplir con las obligaciones legales previstas en las normas sobre intermediación.

Con ello, no queremos decir ni dar a entender que ahora defendemos la aplicación de la legislación de intermediación a fenómenos cuyo carácter diferenciado hemos tratado de dilucidar (servicios complementarios y especializados). A ellos se les aplica la regulación legal simplemente porque así está dispuesto. Sobre lo que queremos llamar la atención es que con el artículo 4 del reglamento, habrán muchas empresas que brinden estos servicios (y a las que, por ende, se debería aplicar la ley), que buscarán eludir esta sujeción normativa por considerarse dentro de las excepciones reglamentarias.

En función de ello, creemos que dentro de lo posible se debe tener claro que las empresas que desarrollen actividades que caigan dentro de los supuestos legales definidos como servicios complementarios, siendo manifestaciones de tercerización, deben sujetarse al régimen previsto para la intermediación laboral, no siendo válida su exclusión. Esta situación, sin embargo, es más compleja en el caso de los servicios especializados, por lo que hay que insistir en una regulación aunque sea mínima de la tercerización, dirigida al menos a impedir el recurso a estas empresas con el fin de defraudar los derechos de los trabajadores involucrados: previendo una razonable responsabilidad solidaria. A este respecto, en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se ha trabajado un proyecto de ley que establezca el régimen legal de la tercerización, que ha sido sometido al Consejo Nacional del Trabajo. Esperemos que esta iniciativa permita el tratamiento apropiado de este fenómeno.

4.4 Requisitos de constitución y funcionamiento: registro en el Ministerio de Trabajo y autorización administrativa

En materia de su constitución y objeto social, hay una regulación diferenciada según se trate de empresas o cooperativas.

Las empresas pueden crearse para brindar exclusiva o conjuntamente servicios temporales, complementarios o especializados. Las cooperativas, por el contrario, deben crearse **con el único fin** de prestar servicios: a) temporales; o, b) complementarios o especializados, sin poder desarrollar actividades simultáneamente en los dos terrenos.

Además de ello, Las empresas de servicios deberán acreditar un capital suscrito y pagado no menor al valor de 45 unidades impositivas tributarias o su equivalente en certificados de aportaciones al momento de constitución. Además de ello, deben inscribirse en el Registro a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde actuará la entidad, luego de lo cual recién se encuentran autorizadas para desarrollar actividades de intermediación, en la medida en que se trata de un *"requisito esencial"* para su funcionamiento.

La autoridad competente para la inscripción en el registro correspondiente será la del lugar donde la entidad tenga señalado su domicilio, si realiza actividades en una sola ciudad, y donde tenga su sede principal, si realiza actividades en más de una.

De proceder la inscripción solicitada, la Autoridad Administrativa encargada del Registro emitirá una constancia de inscripción, en la que se dará cuenta de la vigencia de dicha inscripción, que no podrá exceder, en ningún caso, de doce meses. Antes de vencimiento de esta autorización, las entidades dedicadas a la intermediación laboral podrán solicitar su renovación, adjuntando una declaración jurada de cumplimiento de los requisitos exigidos por ley. De vencerse la autorización el plazo de la autorización de funcionamiento sin que se haya tramitado oportunamente su renovación, la inscripción quedará automáticamente sin efecto, y la entidad no podrá seguir desarrollando actividades de intermediación laboral.

La pérdida de vigencia de la inscripción en el Registro, quedará sin efecto, además del caso anterior, por el incumplimiento reiterado o de particular

gravedad de sus obligaciones laborales, por el incumplimiento de los deberes de información sobre los contratos que celebren con empresas usuarias y trabajadores destacados, por la pérdida de alguno de los requisitos legales para su constitución y funcionamiento o a solicitud de la propia entidad. En estos casos el registro no queda automáticamente sin efecto sino que se requiere de una resolución expresa de la Dirección de Empleo y Formación Profesional.

#### 4.5 Límites cuantitativos de personal contratado vía intermediación

En el caso de utilizar la intermediación laboral **en el supuesto de temporalidad**, el personal destacado no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores que tengan vínculo laboral directo con la empresa usuaria. De no respetarse este límite máximo, la relación laboral deberá entenderse con la empresa usuaria.

Sin lugar a dudas, se trata de una reducción sustantiva respecto de la regulación precedente, que establecía el límite máximo en el cincuenta por ciento, sin embargo creemos que la limitación cuantitativa mayor en el terreno de este tipo de intermediación laboral viene dada por la restricción de la misma sólo a las modalidades temporales ocasional o de suplencia, en la medida en que en la realidad son muy pocos los trabajadores en que se requieren para cubrir necesidades transitorias distintas de la actividad habitual de la empresa o para sustituir a quienes se encuentren con su relación laboral suspendida.

#### 4.6 Derechos y beneficios de los trabajadores destacados: iguales que los de la empresa usuaria aunque esta irradiación de las normas laborales tiene escasa aplicación en la realidad

Legalmente se ha establecido que el personal destacado por una empresa de servicios o por una cooperativa tiene derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores. Ello, como ya hemos mencionado, deberá darse fundamentalmente respecto de los trabajadores de entidades

dedicadas a suministrar mano de obra temporal, que podrán tener algún trabajador referente dentro de la empresa, en cambio difícilmente se podrá predicar respecto de los trabajadores de entidades que presten servicios complementarios o especializados ya que carecerán de éste y, por tanto, tendrán la remuneración y condiciones de trabajo que les fije su propio empleador.

Esta equiparación ya se había formulado en la legislación precedente y sus efectos prácticos habían sido nulos<sup>25</sup>, de allí que, no tenemos muchos elementos que alimenten esperanzas ciertas de que se pueda empezar a respetar la igualdad de trato formulada por la norma referida. Más aún cuando el reglamento ha previsto sólo que la extensión de remuneraciones y condiciones de trabajo está referida a los que sean *de alcance general, de acuerdo con la categoría ocupacional o función desempeñada, mientras dure el destaque*, agregando que *no son extensivos los que sean otorgados por la existencia de una situación especial objetiva, inherentes a las calificaciones personales, desarrollo de actividades específicas, particularidades del puesto o el cumplimiento de condiciones específicas* (artículo 5). Si se excluye irracionalmente hasta las que responden a criterios objetivos, como las peculiaridades del puesto, que deberían ser la base de la homogenización, no se puede tener expectativas respecto a que por fin la equiparación deje de ser simplemente declarativa.

Además de ello, hay que señalar que esta equiparación tiene una complejidad mucho mayor en el caso de las cooperati-

vas, en donde sus integrantes tienen la condición híbrida de socios-trabajadores y están sujetos a la Ley de Cooperativas. Sin embargo, por mandato legal expreso se les reconoce que gozan de los derechos y beneficios que corresponden a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (artículo 7 de la Ley 27626).

Esta amplia asimilación legal, va a tener un campo problemático en lo que se refiere a la terminación de la relación laboral de los socios-trabajadores de una cooperativa, puesto que cuando una de estas entidades decide prescindir de un asociado no aplica para nada las reglas concernientes al despido sino que aplica su estatuto en la parte concerniente a la separación de los asociados, que suele ser incausada y surtir efectos sólo por la decisión del órgano directivo correspondiente<sup>26</sup>. Por tanto, habrá que ver cómo resuelve la jurisprudencia este importante conflicto normativo, dado que hasta antes de la promulgación de la Ley 27626, aplicaba el régimen de la Ley General de Sociedades, garantizándoles, así, una flexibilidad máxima en lo que hace a las necesidades de adecuación del volumen de mano de obra de la cooperativa a costa de dejar totalmente desprotegido al integrante de la cooperativa.

4.7 Los mecanismos de protección de los derechos laborales en las relaciones de intermediación: la carta fianza bancaria y la responsabilidad solidaria

A partir de una amplia experiencia en materia de defraudación de derechos a los

<sup>25</sup> En tal sentido, sosteníamos analizando la legislación precedente (VILLAVICENCIO 2000, pág. 94) que *"a pesar de esa asimilación general, los trabajadores destacados han continuado teniendo en la práctica menores derechos y beneficios que los correspondientes a los trabajadores de la actividad privada, ya sea porque la equiparación no incluye los conceptos no remunerativos y los remunerativos cuyo origen sea un acto no normativo, o por que los requisitos para su aplicación permiten que ésta sea enervada con alguna facilidad. Así tenemos que, en primer lugar, se establecen diferencias ficticias para evitar la existencia de la analogía. En segundo lugar, y cuando lo anterior no es posible, los requisitos para que opere la equiparación, tales como la antigüedad, la experiencia laboral y la capacitación, permiten establecer diferencias «justificadas» que enervan el trato igual. Y, en tercer lugar, la no existencia de un puesto similar en el mismo centro de trabajo, aunque si lo hubiera en otro de la misma empresa, abre la puerta para la elusión. Con todo ello, se evita la aplicación de la regla comentada y se pasa a pagar en consecuencia sólo el equivalente a la remuneración mínima a estos trabajadores. De allí que se haya hecho necesaria la regulación específica de ciertos derechos para los socios-trabajadores de las cooperativas con el fin de evitar el reiterado incumplimiento. En tal sentido, se ha requerido, por ejemplo, que una norma expresa les reconozca su derecho a la compensación por tiempo de servicios"*.

<sup>26</sup> Véase, al respecto, las ejecutorias recaídas en los expedientes 2217 -91-CD y 2553-93-SL.

trabajadores de empresas de servicios y cooperativas de trabajadores, en 1998 se dispuso, por medio del Decreto Supremo 004-98-TR, la obligación de que estas personas jurídicas cuenten con una carta fianza con la finalidad de garantizar el pago de los derechos laborales que genere la actividad de los trabajadores o socios-trabajadores destacados en empresas usuarias. El incumplimiento de este requisito llevaba a la cancelación del registro y de la autorización de funcionamiento de la cooperativa o empresa de servicios y significaba, además, la aplicación de multas a la empresa usuaria que contratase con quienes carecían de la carta fianza.

Esta obligación fue escrupulosamente regulada por la Resolución Ministerial 070-98-TR, pero su existencia terminó siendo bastante efímera, puesto que el 13 de julio de 1999, la Resolución Ministerial 107-99-TR acabó en la práctica con ella, al establecer que la carta fianza "sólo será exigible para aquella cooperativa de trabajadores o empresa de servicios que in cumpla con su obligación de pago de beneficios y derechos laborales de su socio trabajador o trabajador, según corresponda" (artículo 1)<sup>27</sup>.

La Ley 27626, siguiendo el sentido de la regulación inicial al respecto, establece en su artículo 24, que las entidades dedicadas a la intermediación laboral, cuando suscriban los contratos respectivos, deberán conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados,

remitiendo al reglamento los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía. Ello, sin duda, es un gran avance en la prevención de la elusión de las obligaciones laborales de quienes prestan servicios en las organizaciones que actúan en el campo de la intermediación, que va a colaborar en gran medida a sincerar su existencia, debido a que por su costo dejará fuera a las entidades que sólo son de fachada.

El reglamento establece dos tipos de fianza: a nombre del Ministerio de Trabajo o fianza a nombre de la empresa usuaria. La

primera de ellas, puede ser, además, individual, cuando cubre independientemente cada contrato de locación de servicios celebrado con una empresa usuaria, y global, cuando cubre en conjunto a todos los contratos de locación de servicios que suscribe. Se precisa, además, que la fianza deberá garantizar el pago de un mes de remuneraciones, la parte proporcional del mes de los derechos y beneficios laborales aplicables a la totalidad de trabajadores destacados y las obligaciones provisionales respectivas (artículos 17 a 19 del reglamento), resultando, a

todas luces, un monto diminuto, con lo que retoma importancia el mecanismo de responsabilidad solidaria que se detalla a continuación.

La Ley N. 27626, en su artículo 25, consagra un mecanismo de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, respecto de los derechos laborales, de origen legal o colectivo, (que en el régimen anterior sólo estaba previsto para el caso del seguro

*"La Ley Nº 27626, en su artículo 25, consagra un mecanismo de responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, respecto de los derechos laborales, de origen legal o colectivo, (que en el régimen anterior sólo estaba previsto para el caso del seguro complementario de trabajo de riesgo), que opera únicamente en el supuesto que la fianza otorgada resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales correspondientes a los trabajadores que prestan servicios en régimen de intermediación, por el tiempo que laboraron en la empresa usuaria."*

<sup>27</sup> Agregando, a continuación, que el incumplimiento de los beneficios o derechos laborales quedará acreditado en los siguientes casos: a) con la resolución administrativa firme que determine un incumplimiento de obligaciones laborales como resultado de un procedimiento de inspección de trabajo; b) por incumplimiento del acta de conciliación celebrado con la intervención de la Autoridad de Trabajo que contenga una obligación de pago de un monto determinado; y, c) cuando se ordene el pago de beneficios o derechos laborales como consecuencia de una sentencia o laudo arbitral.

complementario de trabajo de riesgo), que opera únicamente en el supuesto que la fianza otorgada resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales correspondientes a los trabajadores que prestan servicios en régimen de intermediación, por el tiempo que laboraron en la empresa usuaria.

Sin lugar a dudas, el régimen actual ha consagrado mecanismos de prevención contra la defraudación de los derechos de los trabajadores en régimen de intermediación y de cumplimiento de los mismos bastante más efectivos que los precedentes, asimilándonos con ello a la legislación comparada al respecto. Habida cuenta que el peso de la responsabilidad solidaria es mayor, dado, fundamentalmente que no tiene los costos y problemas burocráticos de la fianza, se debe resaltar que con ello el legislador está buscando que sean las propias empresas usuarias las que se preocupen por que la entidad de intermediación cumpla con sus obligaciones de carácter laboral y provisional, habida cuenta que sino, como la fianza es bastante pequeña, le tocará a ella responder por tales conceptos.

#### 4.8 El acceso a la justicia

En materia de acceso a la justicia habría que señalar que en tanto que los trabajadores de empresas de servicios (temporales o complementarios) están en la misma situación que cualquier trabajador, en lo que hace a los socios-trabajadores de las cooperativas que realizan actividades de intermediación su situación ha motivado una posibilidad dual en materia de tutela judicial. Así, se ha establecido que los Juzgados de Trabajo son los órganos competentes para conocer de las pretensiones en materia laboral de los socios trabajadores<sup>28</sup>, En tanto que cuando la controversia esté referida a materias de corte asociativo, la competencia la tendrá el fuero común. Esta dualidad tiene alguna zona gris muy importante en el campo de la exclusión de los socios-trabajadores, en el que convergen normas laborales y comunes, la que hasta

ahora se ha venido venciendo mayoritariamente a favor de la aplicación de las normas propias del régimen cooperativo.

### 5. SITUACIONES DE DESPROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES INVOLUCRADOS EN RELACIONES DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

Dentro de las relaciones de intermediación se pueden presentar diversos niveles de desprotección de los trabajadores, que van desde las simples consecuencias directas de la utilización de mano de obra «destacada», tanto en lo individual como en lo colectivo, hasta situaciones en las que los trabajadores ven totalmente defraudados sus derechos porque el intermediario era ficticio y su existencia estaba prevista para liberar de las obligaciones laborales a la persona que se benefició de tal mano de obra.

5.1 La intermediación laboral y sus consecuencias directas en materia de desprotección de los trabajadores tanto de las entidades a las que están vinculados jurídicamente como de las empresas usuarias

Los fenómenos triangulares generan consecuencias negativas en las relaciones laborales individuales y colectivas, tanto en la empresa usuaria como en la que destaca personal o presta el servicio complementario. En lo que hace al plano individual, porque traen consigo peores condiciones de trabajo, sobre todo económicas, para los trabajadores de las empresas de servicios y cooperativas, respecto de aquéllos de la empresa usuaria que realizan las mismas o similares labores. Bien es cierto que existe una equiparación legal de ambas categorías de trabajadores, pero ya hemos visto cómo la consagración de la igualdad de beneficios y derechos, tiene una muy escasa aplicación en la práctica.

Respecto de los trabajadores de la empresa usuaria, el recurso masivo a la utilización de mano de obra externa rompe la unidad del colectivo laboral de la empresa usuaria y presiona a la baja las condiciones salariales y de trabajo, en la medida en que

<sup>28</sup> Sobre el particular, véase las sentencias reca[da]das en los expedientes 272-92-CD y 6220-97- BS(A).

la referencia permanente a *status* de los trabajadores «externos» impermeabiliza a la empresa respecto de la necesidad de mantener mejores condiciones de trabajo para sus propios trabajadores.

Y ello se produce también si vemos la cuestión desde la óptica del impacto que tiene la intermediación en el terreno de las relaciones colectivas de trabajo<sup>29</sup>, puesto que la presencia de trabajadores «destacados» dentro de la empresa usuaria hasta el 20% de la plantilla, conlleva una disminución del personal contratado directamente, con lo que las posibilidades en la empresa usuaria de una tutela colectiva son menores<sup>30</sup> o la eficacia de la acción colectiva se ve también dinamitada en su línea de flotación ya que la capacidad de presión de estos trabajadores (una huelga, por ejemplo) se ve bastante reducida al recaer un volumen importante de la producción en el personal «externo» a la empresa. Y ello, a no dudarlo, repercute en las condiciones individuales de trabajo. Si bien es cierto que la nueva regulación expresamente prohíbe el recurso a la intermediación laboral para cubrir personal que se encuentre ejerciendo su derecho de huelga (artículo 8, numeral I), el tema antes presentado no hace referencia a la utilización de esquiroleros, sino al sólo hecho indudable de disminución de la capacidad de presión ante la presencia de trabajadores de otra entidad a los que no se puede involucrar en la huelga.

Pero también tiene consecuencias perniciosas respecto de las relaciones colectivas en lo que hace a la propia empresa de servicios o cooperativa, puesto que los trabajadores o socios-trabajadores, respectivamente, no gozan de una tutela colectiva propia por las dificultades que su precariedad trae consigo para la organización y actuación sindical.

En este contexto, hay que puntualizar, además, que estas consecuencias negativas no tienen la misma intensidad en las distin-

tas modalidades de empresas o cooperativas dedicadas a labores de intermediación, puesto que la naturaleza de los servicios prestados hace que la precariedad sea mayor en el caso de los trabajadores que prestan sus servicios en las que se dedican a labores temporales respecto de los que trabajan para empresas o cooperativas que desarrollan labores complementarias o especializadas o incluso permanentes.

## 5.2 El significativo incumplimiento de las normas laborales aplicables a los trabajadores de las entidades de intermediación

Un nivel de desprotección mayor que el anterior se genera en nuestro ordenamiento jurídico a partir del elevadísimo índice de incumplimiento de las ya de por sí débiles disposiciones laborales aplicables a los trabajadores de las entidades de intermediación. En la realidad resulta que no sólo se está ante un sector bastante desprotegido por todo lo dicho anteriormente sino que a tal circunstancia hay que agregarle un muy importante índice de incumplimiento de las tales normas. En tal sentido, son de conocimiento público las permanentes denuncias sobre este problema y están conllevando que el Ministerio de Trabajo comience a jugar un rol inspectivo mucho más activo significativamente.

De allí que es necesario que el ordenamiento jurídico establezca todos los mecanismos preventivos, sancionadores y reparadores respecto de la utilización de relaciones triangulares para evitar que tengan por finalidad o, simplemente, por consecuencia el impedir el correspondiente disfrute de los derechos laborales a los colectivos dependientes de las empresas de servicios y cooperativas de trabajadores.

## 5.3 El fraude a través de las relaciones de intermediación: la interposición laboral

Los niveles más altos de desprotección se presentan cuando el recur-

<sup>29</sup> Al respecto, habría que señalar que el artículo 4 de la Ley N. 27626 establece que la intermediación laboral será nula cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria, lo que resulta a todas luces loable pero cuya aplicación es muy poco probable por las dificultades de prueba que entraña.

<sup>30</sup> Ya que puede jugar con el volumen de la plantilla para evitar que se pueda contar con el número mínimo de trabajadores necesarios para constituir una organización sindical.

so a la intermediación se convierte en **interposición** laboral, es decir, cuando nos movemos en el terreno de la simulación planteada con empresas o cooperativas ficticias, desprovistas de patrimonio, que se constituyen con la sola finalidad de ocultar al verdadero empleador que no quiere hacerse cargo de las responsabilidades laborales que implica la contratación de trabajadores<sup>31</sup>, con lo que la posibilidad de que éstos encuentren tarde o temprano sus créditos laborales insatisfechos será muy grande.

No se cuenta con datos estadísticos respecto de las dimensiones del recurso al fraude en materia de intermediación, sin embargo, se sabe que dentro del altísimo porcentaje de reclamaciones presentadas por trabajadores de entidades dedicadas a la intermediación ante el Ministerio de Trabajo, un buen grupo de ellas corresponde a trabajadores o socios-trabajadores que han visto desaparecer su empleador ficticio y con ello esfumarse los beneficios laborales que les corresponden. De ello se tiene poca constancia también en el ámbito judicial puesto que al tratarse de los asalariados con los menores ingresos, su reclamación no pasa del ámbito administrativo, donde el tema es gratuito.

Sin embargo, es de esperar que con la reducción considerable del ámbito de actuación de las modalidades de intermediación en el terreno de prestación de servicios temporales, así como de la exigencia de fianza y la imposición de la responsabilidad solidaria de las empresas usuarias, la interposición laboral tenga un severo descenso en nuestro país.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

AA.W.

2000 "Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

AMEGLIO, Eduardo

1984 "Las empresas suministradoras de mano de obra temporal". Amalio Fernández, Montevideo.

1999 "La regulación de las empresas de empleo temporal en Argentina, Colombia y Uruguay", en W.A.A., "*¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

BRONSTEIN, Arturo

1998 "La intermediación laboral en las normas de la OIT", Revista de Trabajo, N° 6.  
1999 "Entorno socioeconómico y jurídico de la subcontratación laboral", Mimeo.

CANESSA MONTEJO, Miguel

1999 "La Flexibilización laboral en el Perú: la precarización de las relaciones de trabajo en los noventa", Mimeo, PUCP, Tesis de Licenciatura de Sociología.

CHACALTANA, Juan

1999 "Los costos laborales efectivos: una estimación para el caso peruano", en: "*Costos Laborales en Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Perú*", OIT.

<sup>31</sup> Respecto de la interposición laboral, ha dicho muy gráficamente MARTÍN VALVERDE (1971, p. 37), que su función es la elusión de la responsabilidad inherente a la posición de empresario, jugando la persona interpuesta como un "diafragma jurídico" que filtra hacia el empresario real los efectos beneficiosos de la relación de trabajo y detiene todas o algunas de las situaciones jurídicas pasivas que le habrían de corresponder en una configuración normal de la relación laboral. Nos movemos, pues, en el campo de los "testaferros" o "sociedades de fachada" que, como señala HERRERA GONZALEZ PRATTO (1993, p. 10), se insertan como un contratante ficticio entre las dos partes de la relación laboral, con la finalidad de ocultar generalmente al empleador real, librándolo así de las responsabilidades correspondientes.

- CORLAT, Benjamín  
1982 "El taller y el cronómetro. Ensayo sobre el taylorismo, el fordismo y la producción en masa", Siglo XXI Editores, México.
- ECHEVARRÍA, Magdalena, SOLIS, Valeria y URIBE-ECHEVARRÍA, Verónica  
1998 "El otro trabajo. El suministro de personas en las empresas", Cuaderno de Investigación N° 71 Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.
- EGGER, Philippe y otros 1997  
"La subcontratación de mano de obra: algunas cuestiones. Nueve estudios por países", Educación Obrera 1-2, N° 106-107, OIT, Ginebra.
- ELIAS MANTERO, Fernando 1998  
"La 'elusión' de los efectos del contrato de trabajo", *Actualidad Laboral*, N° 268.
- FERRO DELGADO, Víctor 1995 "La empresa y los límites a la intermediación laboral", *Themis*, N° 31.  
2001 "La subcontratación o intermediación laboral", en *Balance de la reforma laboral peruana*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, 2001.
- HERRERA GONZÁLEZ-PRATTO, Isabel  
1993 "Las empresas de servicio en la ley de Fomento del Empleo y su Reglamento", Asesoría laboral, junio.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio  
1971 "Interposición y mediación en el contrato de trabajo", *Revista de Política Social*, N° 91.
- MARTINEZ GARRIDO, Luis Ramón  
1998 "Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones", Fundación Confemetal, Madrid.
- NEVES MUJICA, Javier 1996  
"Intermediación Laboral: Agencias de colocación y empresas de servicios", *Derecho y Sociedad*, N° 11.  
1999 "Balance de la reforma laboral", Desco, Lima.
- OIT 1995 "Trabajo en régimen de subcontratación Informe VI (1), para la 85° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.  
1997 "Trabajo en régimen de subcontratación", Informe VI (1), para la 85° Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra.  
1998 "Comisión de Trabajo en Subcontratación", Informe V (28) Addendum, para la 86° Conferencia Internacional del Trabajo, [www.ilo.org/public/spanish](http://www.ilo.org/public/spanish), Ginebra.
- PIORE, Michael y SABEL, Charles 1993  
"la segunda ruptura industrial", Alianza Editorial, Buenos Aires.
- RASO DELGUE, Juan  
2000 "Outsourcing", en AA.W., *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.
- RACCIATI, Octavio  
1997 "«Tercerización»: exteriorización del empleo y descentralización productiva", *Derecho Laboral*, N° 185, Montevideo.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel  
1992 "Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal", Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid.
- RODRIGUEZ RAMOS, María José  
1995 "La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994", Tecnos, Madrid.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio  
1996 "Relaciones jurídicas entre la empresa usuaria y el trabajador de la empresa de trabajo temporal", en AA.W., *Reforma de la legislación Laboral. Libro homenaje al profesor Manuel Alonso García*, Madrid.
- SALA FRANCO, Tomás  
1999a "La regulación legal de las empresas de trabajo temporal (ETT) en algunos países europeos", en VV.AA., *¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*, Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.  
1999b "Las empresas de trabajo temporal tras cuatro años de su implantación legal en España", en W.A.A., *¿Empresas sin*

*trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal*", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge  
1995 "La intermediación laboral: las nuevas normas de contratación". Asesoría Laboral, setiembre.

1996 "El nuevo Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo y las cooperativas de trabajadores", Asesoría Laboral, febrero.

UGARTE CATALDO, José Luis  
1999 "Suministro de trabajadores y trabajo temporal. ¿Empresas sin trabajadores?", en VV.AA., "¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de Investigación N°

10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando  
1996 "Las relaciones jurídicas entre las empresas de trabajo temporal y la empresa usuaria: el contrato de puesta a disposición", en M.VV., *Reforma de la legislación laboral. Libro homenaje al profesor Manuel Alonso García*, Madrid.

VERGARA DEL RIO, Mónica  
1999 "Las empresas de trabajo temporal en Europa. Organización sindical y negociación colectiva", en W.AA., "¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal", Cuadernos de Investigación N° 10, Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo, Santiago de Chile.



## **V - ATOS NORMATIVOS**



# ATOS NORMATIVOS

COMUNICADO ST N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 7.1.05 - DOE 12.1.05, p.1.

Comunica, nos termos do art. 16, parágrafo único, do Regimento Interno do TRT 15ª Região, a constituição das Seções Especializadas, das Turmas e Câmaras deste Tribunal.

RECOMENDAÇÃO CONJUNTA N. 1, DOS TRIBUNAIS REGIONAIS DO TRABALHO DA 2ª E 15ª REGIÕES, de 13.1.05 - DOE 18.1.05, p.1. e DOE 21.1.05, p.1.

Recomendam aos senhores Juízes de Primeira Instância a adoção do rito processual previsto na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, utilizando-se, nos casos específicos, o disposto nos arts. 769 e 889 da Lei Consolidada.

PROVIMENTO GP-CR N. 11, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.12.04 - DOE 20.1.05, p.1.

Revoga o Provimento GP-CR n.10/04, dando nova redação às regras nele estabelecidas para o capítulo "NOT" da Consolidação das Normas da Corregedoria, relativas aos dias de publicação das notificações e intimações na IMESP.

ATO GP N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 13.1.05 - DOE 19.1.05, p.1.

Altera o Ato Regulamentar GP n. 2/2002, de 13.5.02.

COMUNICADO ST N. 2, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.1.05 - DOE 20.1.05, p.1.

Comunica ao público em geral, partes e procuradores interessados, os horários das sessões ordinárias de julgamento das sessões especializadas, das Turmas e Câmaras deste Regional.

COMUNICADO ST N. 3, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.1.05 - DOE 20.1.05, p.1

Comunica ao público em geral, partes e procuradores interessados, nos termos do art.16, parágrafo único, do Regimento Interno do TRT 15ª Região, a nova constituição da 2ª Turma e 3ª e 4ª Câmaras deste Regional, decorrente da eleição realizada naquela Turma no dia 11.1.05.

COMUNICADO GP N. 4, DO TRT/SP 15ª REGIÃO (*idem* ao COMUNICADO N. 8/05, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, publicado na Seção I, p. 1, do DOE/SP de 24.1.05) - DOE 27.1.05, p.1.

Os presidentes do TJSP, Desembargador Luiz Elias Tâmbara, do TRT 2ª Região, Juíza Presidente Dra. Dora Vaz Treviño, e do TRT 15ª Região - Campinas, Juiz Presidente Laurival Ribeiro da Silva Filho recomendam, em decorrência da mudança de competência estabelecida na Emenda Constitucional n.45 e da necessidade de bem disciplinar o serviço público, que os Juízes de Direito e Juízes do Trabalho de primeiro grau estabeleçam agenda comum de remessa dos feitos, de forma a permitir racionalidade nos serviços de distribuição e autuação nos órgãos da Justiça do Trabalho.

ATO GP N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 13.1.05 - DOE 19.1.05, p.1.

Altera o ato regulamentar GP n. 2/02, de 13.5.02.

COMUNICADO DA PRESIDÊNCIA N. 8, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 14.2.05 - DOE 16.2.05, p.144.

(*idem* ao comunicado n. 1/05 do TRF 3ª Região).

COMUNICAÇÃO CR N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 23.2.05 - DOE 25.2.05, p.1.

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor da Resolução n. 126/05, que edita a Instrução Normativa n. 27, do TST, publicado no Diário da Justiça, do dia 22.2.05, p.442.

COMUNICAÇÃO CR N. 2, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 25.2.05 - DOE 3.3.05, p.1.

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Provimento n. 1/05, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que dispõe sobre a remessa de autos ao Ministério Público do Trabalho para emissão de parecer, publicado no Diário da Justiça, seção 1, do dia 24.2.05.

PROVIMENTO GP-CR N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.2.05 - DOE 4.3.05, p.1.

Modifica os capítulos "LIQ" e "DISP" da Consolidação das Normas da Corregedoria, para regulamentar a remessa de autos ao arquivo provisório, inclusive os relativos à massa falida.

COMUNICAÇÃO CR N. 3, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 2.3.05 - DOE 7.3.05, p.1.

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Provimento n. 2/05, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, publicado no Diário da Justiça, seção 1, do dia 1.3.05, p.662.

PORTARIA GP N. 10, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 28.2.05 - DOE 15.3.05, p.10.

Ficam interrompidos os atendimentos no posto avançado da Secretaria de Saúde de São José dos Campos, a partir de 15.3.05, transferindo-os para o Fórum Trabalhista de Jundiaí.

PORTARIA GP-CR N. 11, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 9.3.05 - DOE 16.3.05, p.1.

Mantém por 12 (doze) meses (de 1.4.05 a 30.3.06) a distribuição dos processos baixados do 2º grau, e por 6 (seis) meses (de 1.4.05 a 30.9.05) a distribuição dos processos na fase de conhecimento somente para as 3 (três) novas varas a serem instaladas em Campinas.

COMUNICAÇÃO CR N. 4, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 18.3.05 - DOE 22.3.05, p.1.

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Provimento n. 3/05, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, que dispõe sobre a retenção do imposto de renda na fonte incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisões da Justiça do Trabalho, publicado no Diário da Justiça, seção 1, do dia 16.3.05, p. 477.

PROVIMENTO GP-CR N. 3, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.3.05 - DOE 28.3.05, p.1.

Acrescenta arts. ao capítulo "NOT" da Conso-

lidação das Normas da Corregedoria, a fim de evitar a desnecessária oneração do processo nos casos de revelia.

COMUNICAÇÃO CR N. 5, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 28.3.05 - DOE 4.4.05, p.1.

Comunica para conhecimento o teor do Ato GDGCJ n. 56/05, do TST, publicado no Diário da Justiça do dia 21.3.05, p. 596.

PROVIMENTO GP-CR N. 4, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.3.05 - DOE 6.4.05, p.1.

Acrescenta o capítulo "BJUD" à Consolidação das Normas da Corregedoria.

PROVIMENTO GP-CR N. 5, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 31.3.05 - DOE 6.4.05, p.1.

Prorroga a suspensão, até 31.12.05, da eficácia do inciso III, do art. 2º, do capítulo "REM", da Consolidação das Normas da Corregedoria Regional.

PORTARIA GP-CR N. 13, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.4.05 - DOE 11.4.05, p.1.

Quando os autos baixados do Tribunal não ensejarem qualquer execução, mas tão-somente o envio ao arquivo definitivo ou ainda, mera liberação de guia, não haverá transferência dos mesmos para nenhuma das Varas Trabalhistas instaladas em Campinas em 30.3.05. Em todos os demais casos haverá a transferência do feito, e sempre através do Distribuidor. (redação do art. 1º).

PORTARIA GP-CR N. 14, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.4.05 - DOE 11.4.05, p.1.

Mantém por 10 (dez) meses, ou seja, de 8.4.05 a 8.2.06, a distribuição dos processos baixados do 2º grau; e por 4 (quatro) meses, ou seja, de 8.4.05 a 8.8.05, a distribuição dos processos na fase de conhecimento somente para a nova Vara do Trabalho a ser instalada em São José dos Campos.

PORTARIA GP-CR N. 15, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.4.05 - DOE 11.4.05, p.1.

Mantém de 25.4.05 a 8.12.06, a distribuição dos processos baixados do 2º grau; e por 5 (cinco) meses, ou seja, de 25.4.05 a 25.9.05, a distribuição dos processos na fase de conhecimento somente para a nova Vara do Trabalho a ser instalada em São José do Rio Preto.

PORTARIA GP-CR N. 16, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.4.05 - DOE 8.4.05, p.1.

Fica interrompido temporariamente o expediente no Fórum Trabalhista de São José do Rio Preto, no período de 11 a 25.4.05, com a conseqüente suspensão das sessões e audiências anteriormente designadas para estas datas. Ficam prorrogados para o dia 26.4.05 todos os vencimen-

tos de prazos referentes à tramitação de processos, que ocorram nesse lapso temporal.

**COMUNICAÇÃO CR N. 6, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 8.4.05 - DOE 12.4.05, p.1.**

Comunica que não haverá circulação de cadernos da IMESP no dia 22.4.05 (6ª feira).

**PROVIMENTO GP-CR N. 6, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 11.4.05 - DOE 14.4.05, p.1.**

Dispõe sobre o pagamento de honorários periciais nos casos de justiça gratuita e dá outras providências.

**ASSENTO REGIMENTAL N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 18.4.05 - DOE 27.4.05, p.1.**

Amplia a competência da seção de Dissídios Coletivos deste Regional.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 1, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 19.4.05 - DOE 6.5.05, p.1.**

Altera a tabela de funções comissionadas do TRT 15ª Região e dá outras providências.

**PORTARIA GP N. 19, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 3.5.05 - DOE 6.5.05, p.3.**

Fixa, a partir de 1.2.05, o valor do programa de auxílio-alimentação em R\$ 295,00 (duzentos e noventa e cinco reais) mensais, para todos os servidores.

**PORTARIA GP N. 20, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 3.5.05 - DOE 6.5.05, p.3.**

Fixa, a partir de 1.2.05, o valor do subsídio mensal a cargo do Tribunal devido aos beneficiários do programa de assistência médico-hospitalar, consoante disposto na Resolução Administrativa n. 7/97, assim entendidos aqueles magistrados e servidores que comprovem estar abrangidos por plano de saúde.

**COMUNICAÇÃO CR N. 7, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 5.5.05 - DOE 11.5.05, p.1.**

Comunica que as Varas do Trabalho, em caráter provisório, até nova orientação expedida pelo INSS e/ou por este E. TRT da 15ª Região, oficializam ao Banco do Brasil S.A, acolhedor do depósito judicial de verbas previdenciárias, comunicando-lhe os valores disponíveis para a previdência social, especificando os dados para o recolhimento.

**PORTARIA GP N. 21, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 4.5.05 - DOE 11.5.05, p.1.**

Resolve fixar, a partir de 1.2.05, o valor mensal do benefício do programa de assistência pré-escolar em R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), consoante disposto na Resolução Administrativa n. 2/00.

**COMUNICAÇÃO CR N. 8, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 9.5.05 - DOE 13.5.05, p.1.**

Comunica o teor da Lei n. 11.111, de 5.5.05, que regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do *caput* do art. 5º da Constituição Federal (XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado).

**COMUNICAÇÃO CR N. 09, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 9.5.05 - DOE 13.5.05, p.1.**

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Provimento n. 3/05, anteriormente divulgado por intermédio da comunicação CR n.4/05, republicado em razão de erro material, no Diário da Justiça, seção 1, do dia 5.5.05, p. 609.

**PORTARIA GP N. 23, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 9.5.05 - DOE 13.5.05, p.1.**

Resolve fixar o valor mensal da indenização de transporte em R\$ 500,55 (quinhentos reais e cinquenta e cinco centavos), a partir de 1º de fevereiro de 2005.

**COMUNICAÇÃO CR N. 10, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 16.5.05 - DOE 18.5.05, p.1.**

Comunica que não haverá circulação de cadernos da IMESP no dia 27.5.05 (6ª feira).

**COMUNICAÇÃO CR N. 11, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 17.5.05 - DOE 19.5.05, p.1.**

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Provimento n. 4/05, publicado no DJU, seção 1, n. 91, de 13.5.05 (6ª feira), p.529-530.

**RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 2, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 20.5.05 - DOE 25.5.05, p.1.**

Aprova o Regulamento Geral de Secretaria do TRT 15ª Região.

**PROVIMENTO GP-CR N. 7, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 19.5.05 - DOE 30.5.05, p.1.**

Atualiza o capítulo relativo à eliminação de autos (ELIM), na Consolidação das Normas da Corregedoria.

**COMUNICAÇÃO CR N. 13, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 23.5.05 - DOE 30.5.05, p.1.**

Comunica que o Provimento n. 4/05, da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, foi republicado no Diário da Justiça - seção 1, de 17.5.05, às fls. 599-600, com a única finalidade de acrescentar numeração aos quatro itens do respectivo art. 1º.

ASSENTO REGIMENTAL N. 2, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.5.05 - DOE 1.6.05, p.11.

Amplia a competência da 1ª Seção de Dissídios Individuais deste Regional.

PORTARIA GP N. 25, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 23.5.05 - DOE 1.6.05, p.11.

Fixa o valor da bolsa-auxílio para estagiários do TRT 15ª Região.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 3, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.5.05 - DOE 2.6.05, p.1.

Altera a competência territorial das Varas do Trabalho de Itanhaém e Registro.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 4, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.5.05 - DOE 2.6.05, p.1.

Altera a competência territorial das Varas do Trabalho de Batatais e Ribeirão Preto.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 5, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.5.05 - DOE 2.6.05, p.1.

Altera a competência territorial das Varas do Trabalho de José Bonifácio e Catanduva.

PROVIMENTO GP-CR N. 8, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, DE 30.5.05 - DOE 8.6.05, p.1.

Modifica os arts. 4º e 5º do capítulo "AUD" da Consolidação das Normas da Corregedoria, para redefinir o recebimento de autos para sentença ou para decisão de embargos de declaração.

PROVIMENTO GP-CR N. 09, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, DE 30.5.05 - DOE 8.6.05, p.1.

Acrescenta arts. ao capítulo "HAST" da Consolidação das Normas da Corregedoria, para dar diretrizes à atuação de leiloeiros na Justiça do Trabalho da 15ª Região.

PROVIMENTO GP-CR N. 10, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 30.5.05 - DOE 8.6.05, p.1.

Acrescenta o capítulo "INSS" à Consolidação das Normas da Corregedoria.

COMUNICAÇÃO CR N. 14, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, DE 8.6.05 - DOE 14.6.05, p.1.

Comunica a Resolução n. 132/05 do C. TST, que edita a Instrução Normativa n. 28, publicada no Diário da Justiça - seção 1, de 7.6.05, p. 582.

ATO REGULAMENTAR GP N. 3, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 6.6.05 - DOE 14.6.05, p.1.

Altera o § 1º do art. 2º do Ato GP n. 3/03.

RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA N. 6, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 9.6.05 - DOE 15.6.05, p.1

Regulamenta as atividades do coral do TRT 15ª Região.

ASSENTO REGIMENTAL N. 3, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 6.6.05 - DOE 15.6.05, p.1.

Dispõe sobre o recurso cabível das decisões administrativas proferidas pela Corregedoria Regional.

ASSENTO REGIMENTAL N. 4, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 8.6.05 - DOE 16.6.05, p.1.

Altera o art. 330 do Regimento Interno.

COMUNICAÇÃO CR N. 15, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 13.6.05 - DOE 17.6.05, p.1.

Comunica, para conhecimento e cumprimento, o teor do Provimento n. 5/05, do C. TST, publicado no Diário da Justiça - seção 1, de 10.6.05, p. 803.

COMUNICAÇÃO CR N. 16, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 13.6.05 - DOE 17.6.05, p.1.

Comunica, para conhecimento o teor da Resolução n. 131/05, que editou a Instrução Normativa n. 17, do C. TST, publicado no Diário da Justiça - seção 1, de 9.6.05, p. 447.

PROVIMENTO GP-CR N. 11, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 20.6.05 - DOE 23.6.05, p.1.

Altera disposições do capítulo "NOT" da Consolidação das Normas da Corregedoria, relativas aos dias de publicação das notificações e intimações na IMESP.

ATO REGULAMENTAR GP N. 4, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 22.6.05 - DOE 28.6.05, p.1.

Republicação do Ato Regulamentar GP n. 2/2002, texto original, face à deliberação do Egrégio Tribunal Pleno que não referendou o Ato Regulamentar GP n. 1/05, em cujo teor implementavam-se alterações no art. 2º.

PORTARIA GP N. 28, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 20.6.05 - DOE 28.6.05, p.1.

Designa a Excelentíssima Senhora Juíza Ana Maria de Vasconcellos como Juíza Coordenadora do Coral do TRT 15ª Região.

PORTARIA GP N. 29, DO TRT/SP 15ª REGIÃO, de 23.6.05 - DOE 28.6.05, p.1.

Mantém de 29.6.05 a 8.12.06 a distribuição dos processos baixados do 2º grau, e de 29.6.05 a 14.11.05 a distribuição dos processos na fase de conhecimento somente para a nova Vara do Trabalho a ser instalada em Sorocaba.

## **VI - JURISPRUDÊNCIA**



## 1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

**01 - DEPOSITÁRIO. NOMEAÇÃO EX OFFICIO DO DEVEDOR OU DE SEU REPRESENTANTE LEGAL. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 304 DO C. STJ E DA OJ N. 89/SDI-2/C.TST**

Não fere direito líquido e certo do devedor a decisão que o nomeia para o encargo de depositário, pois a aplicação da OJ n. 89/SDI-2/C.TST e da Súmula n. 304 do C. STJ só incide quando se tratar de depositário particular (art. 666, III, do CPC), não incidindo quando o depositário é o próprio devedor, na pessoa de seu representante legal, com a concordância do credor (art. 666, *caput*, do CPC), uma vez que o devedor não pode resistir, injustificadamente, às ordens judiciais, sob pena de se reputar essa resistência como ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 600, III, do CPC). TRT/SP 15ª Região 1474-2004-000-15-00-9 - Ac. 1ª SDI 88/05-PDI1. Rel. Desig. João Batista da Silva. DOE 18.2.05, p. 11.

**02 - DÍVIDA DE PEQUENO VALOR. DESNECESSIDADE DE PRECATÓRIO. LEI MUNICIPAL NÃO INVOCADA**

Se o Ente Público não invocou ao juízo da execução a aplicação de lei municipal que define pequeno valor para efeito de obrigações consignadas em precatório e cujo conhecimento não é

exigível de plano pelo Juiz, nos termos do art. 337 do CPC, não se verifica ilegalidade ou abuso de poder no fato de a autoridade impetrada ter decidido pelo pagamento da dívida de pequeno valor à luz das normas constitucionais aplicáveis ao caso, quais sejam, o art. 100 da CF, com a alteração dada pela EC n. 37/02 e o art. 87 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Segurança denegada. TRT/SP 15ª Região 368-2004-000-15-00-8 - Ac. 1ª SDI 22/05-PDI1. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 7.1.05, p. 105.

**03 - HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO. NOMEAÇÃO. PENHORA SOBRE FATURAMENTO. POSSIBILIDADE. ADMINISTRADOR. NOMEAÇÃO**

Possível a nomeação compulsória de depositário pelo Juiz, não cabendo cuidar de ilegalidade ou abuso de poder na espécie, mesmo porque não é algo estranho ao direito positivo pátrio (Lei n. 8.866/94), além do que, o próprio art. 2º, da CLT, autoriza referido procedimento, relevando salientar que tal entendimento reflete a preocupação hodierna de se partilhar os ônus e as conseqüências de possível demora na entrega da prestação jurisdicional entre o autor e o réu. Útil e legalmente possível a penhora sobre faturamento da empresa. A nomeação de administrador, na hipótese, só se justifica se neces-

sária, pena de tornar-se, antes de vantajosa, um desnecessário entrave ao bom andamento do processo e a agilização da definitiva entrega da prestação jurisdicional. TRT/SP 15ª Região 539-2005-000-15-00-0 - Ac. 1ªSDI 251/05-PDI1. DOE 29.4.05, p. 10. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani.

#### 04 - *HABEAS CORPUS*. RECUSA DO ENCARGO DE DEPOSITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE PRISÃO CIVIL

Nos termos do art. 665, inciso IV, do CPC, um dos requisitos do auto de penhora é a nomeação do depositário dos bens. Para que o ato se aperfeiçoe, é necessário que o depositário assine o auto de depósito. No caso dos autos, a impetrante foi nomeada depositária contra a sua vontade, conforme demonstra a ata de fls. 80 e, como é óbvio, não assinou qualquer auto de depósito. TRT/SP 15ª Região 622-2005-000-15-00-9 - Ac. 1ªSDI 359/05-PDI1 Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 10.6.05, p. 2.

#### 05 - MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO MENSAL A EX-EMPREGADO INCAPACITADO PARA O TRABALHO EM DECORRÊNCIA DE TRABALHO POR LONGO TEMPO EM LOCAL CONTAMINADO POR AGENTES QUÍMICOS. EXISTÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A CONCESSÃO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LEGALIDADE DO OBJETO DO PROVIMENTO ANTECIPATÓRIO

As provas da contaminação do sítio industrial em que trabalhava o ex-empregado e da existência de vários sintomas orgânicos maléficos constituem provas inequívocas do nexo causal entre as doenças e a permanência no local de trabalho contaminado, que servem para extrair o convencimento da verossimilhança, autorizando a concessão de antecipação de tutela para pagamento de indenização mensal, com fundamento no princípio da responsabilidade civil decorrente de fatos ligados ao contrato de trabalho encerrado, por motivo de omissão do ex-empregador no dever de adotar as medidas necessárias para evitar a contaminação do meio ambiente de trabalho. Evidente o receio de dano irreparável ou de difícil reparação diante da incapacidade laboral

do ex-empregado, que não dispõe de fonte de renda para o seu sustento e de sua família. O requisito da irreversibilidade do provimento antecipado deve ser interpretado sistematicamente, considerando o art. 5º da LICC e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, prevalecendo-se o interesse social mais relevante, de modo que entre a irreversibilidade dos danos causados ao ex-empregador pela impossibilidade de restituição dos valores pagos e a irreversibilidade dos prejuízos sociais a que estará sujeito o ex-empregado pela ausência de renda, esses últimos constituem males de maior grandeza e sua reparação é juridicamente mais relevante. TRT/SP 15ª Região 1249-2004-000-15-00-2 - Ac. 1ªSDI 33/05-PDI1. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 7.1.05, p. 106.

#### 06 - MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO EM CONTA CORRENTE UTILIZADA PARA PAGAMENTO DE SALÁRIOS E APLICAÇÕES FINANCEIRAS. PENHORABILIDADE

A impenhorabilidade a que alude o art. 649, inciso IV do CPC atinge apenas e tão-somente os valores dos salários, e não as demais importâncias provenientes de aplicações financeiras, ainda que decorram de transferências de conta poupança de titularidade do próprio executado, pois estas não possuem o caráter alimentar protegido por lei. Segurança denegada. TRT/SP 15ª Região 1401-2004-000-15-00-7 - Ac. 1ªSDI 20/05-PDI1. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 7.1.05, p. 105.

#### 07 - MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE RECURSO COM EFEITO SUSPENSIVO. POSSIBILIDADE DE DANO IRREPARÁVEL. CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 267, STF

É cediço que não se dará mandado de segurança contra despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais (art. 5º, incisos II, Lei n. 1.533/51). Nesse sentido, já firmou, há muito, o Colendo STF entendimento segundo o qual não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula n. 267). No mesmo trilhar, aliás, a OJ SDI-II, TST, n. 92. Entretanto, o entendimento consagrado na súmula de jurisprudência

dominante da Suprema Corte não pode ser tomado com rigidez, merecendo abrandamento se o recurso de que dispõe a parte não for apto para impedir ou fazer cessar lesão irreparável a direito líquido e certo do impetrante. Assim, verificando-se que o recurso processual não é capaz de salvaguardar o direito invocado, cabível o *writ*. Inteligência da Súmula n. 267, STF. MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. INCIDÊNCIA SOBRE O RENDIMENTO LÍQUIDO. CONCESSÃO. Desde que esgotadas as possibilidades de apreensão de outros bens, entendo ser plenamente possível a penhora sobre o faturamento da empresa, observando-se, sempre, a gradação legal, mormente se o executado não oferece bens que possam garantir, de forma efetiva, o juízo. Por outro lado, também não se pode deixar de reconhecer que a incidência da penhora sobre o faturamento bruto pode trazer sérios transtornos, dificultando a própria subsistência da empresa, tendo em conta que parte do capital de giro fica imobilizada. Nesse passo, entendo como razoável que a penhora incida sobre o rendimento líquido da empresa, assim considerado aquele que já sofreu deduções ou amortizações, conseqüentes de despesas ou gastos atendidos com as próprias verbas que o constitui. TRT/SP 15ª Região 2036-2004-000-15-00-8 - Ac. 1ª SDI 318/05-PDII. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 13.5.05, p. 3.

08 - MANDADO DE SEGURANÇA. EXIGÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO DE HONORÁRIOS PERICIAIS PARA A REALIZAÇÃO DA PROVA TÉCNICA. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. CONCESSÃO

A CLT possui disposição específica a respeito do pagamento dos honorários periciais em seu art. 790-B, determinando que serão pagos a final, pela parte sucumbente no objeto da perícia, não havendo que se falar em aplicação supletiva do CPC, que impõe às partes a antecipação das despesas do processo. Assim, viola direito líquido e certo da parte ato que determina depósito prévio para a realização da prova pericial, razão pela qual deve ser concedida a segurança para assegurar a realização da perícia, independentemente da

efetivação do depósito prévio de honorários periciais. TRT/SP 15ª Região 1495-2004-000-15-00-4 - Ac. 1ª SDI 137/05-PDII. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 11.3.05, p. 4.

09 - MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE CONTA-SALÁRIO. ATO ILEGAL, VIOLADOR DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE

A proteção do salário, na forma da lei, constitui garantia constitucional fundamental, consoante se infere do inciso X do art. 7º, insculpido no Capítulo II, do Título II, da CF. A proteção abrange também a intangibilidade do salário relativamente a atos de apreensão de terceiros, que vão desde a sua impenhorabilidade, expressamente prevista no art. 649, inciso IV, do CPC, até o seu enquadramento jurídico como crédito privilegiado, na falência, ou a preferência sobre outros créditos estabelecida pelo art. 186 do CTN. A r. decisão atacada, que determinou o bloqueio da conta corrente de ex-sócio, destinada a pagamento de salário, que é impenhorável nos termos do art. 649, IV, do CPC, constitui ato ilegal ou arbitrário a ensejar a procedência da ação de segurança. TRT/SP 15ª Região 1490-2004-000-15-00-1 - Ac. 1ª SDI 307/05-PDII. Rel. Samuel Corrêa Leite. DOE 13.5.05, p. 3.

10 - MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE BENS DE SÓCIO. BLOQUEIO DE CONTA CORRENTE PESSOAL, DESTINADA, EXCLUSIVAMENTE, À PERCEPÇÃO DE SALÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE PROVA CABAL DO ALEGADO

Nos estritos limites da ação de segurança, constitui pressuposto necessário a demonstração da existência de direito líquido e certo, evidenciável de plano, razão pela qual a comprovação dos fatos invocados constitui pressuposto específico do cabimento do mandado de segurança, não se admitindo dilação probatória ou a comprovação *a posteriori* do alegado na inicial. No caso, como salientado no r. despacho que indeferiu a liminar, a petição inicial do *mandamus* não estava acompanhada de prova suficiente de que a conta bancária bloqueada destinava-se, exclusivamente, ao pagamento de salários. TRT/SP 15ª Região

141-2004-000-15-00-2 - Ac. 1ª SDI 194/05-PDI I. Rel. Samuel Corrêa Leite. DOE 15.4.05, p. 2.

**11 - NÃO CONFIGURAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PREVISÃO DE OUTRO RECURSO (AGRAVO DE PETIÇÃO) CONTRA O ATO IMPUGNADO**

Ao contrário do que alega, a eventual ilegalidade da arrematação não configura violação ao seu direito líquido e certo, mesmo porque se trata de matéria controvertida, qual seja, a possibilidade ou não de o exequente arrematar bens penhorados, prevista no art. 690, § 2º, do CPC, estando ausente, assim, o principal requisito para a concessão do mandado de segurança pleiteado (art. 1º, da Lei n. 1.533/51). Como se não bastasse, dispõe o inciso II, do art. 5º, da Lei n. 1.533/51, que não se dará mandado de segurança quando se tratar de despacho ou decisão judicial, para os quais haja outro recurso previsto nas leis processuais, sendo esta a hipótese destes autos. TRT/SP 15ª Região 295-2005-000-15-00-5 - Ac. 1ª SDI 377/05-PDI I. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 24.6.05, p. 2.

**12 - REINTEGRAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. PREOCUPAÇÃO COM A PARTILHA**

**ENTRE AUTOR E RÉU DOS ÔNUS E CONSEQUÊNCIAS DE POSSÍVEL DEMORA NA ENTREGA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL**

A reintegração de empregado, concedida via antecipação de tutela, salvo situações especiais, atende a preocupação hodierna de eminentes processualistas, no sentido de partilhar entre autor e réu os ônus e as consequências de possível demora na entrega da prestação jurisdicional, os quais, não fosse assim, pesariam apenas sobre aquele que propõe uma ação, o que, como dito, hoje já não se aceita mais, além do que, relevante o recordar as horríveis consequências que ruptura de um vínculo empregatício sempre e invariavelmente trazem ao trabalhador e que não podem ser vistas e/ou limitadas a uma rotina na vida de uma empresa. INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL. PALAVRA. SUA RELEVÂNCIA. A palavra é o início e a base de qualquer interpretação, pelo que não pode, em momento algum, ter seu valor diminuído, embora não seja único. TRT/SP 15ª Região 2348-2004-000-15-00-1 - Ac. 1ª SDI 334/05-PDI I. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 3.6.05, p. 53.

## 2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

### 01 - AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDO JUDICIAL. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE NÃO VICIADA. VALIDADE DO AJUSTE

A livre manifestação do autor que, mesmo alertado e esclarecido sobre as conseqüências do ato homologatório, expressa concordância em relação ao acordo firmado no processo revela a inexistência de vício ou ilegalidade na decisão homologatória. TRT/SP 15ª Região 809-2003-000-15-00-0 - Ac. 2ª SDI 144/05-PDI2. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 20.5.05, p. 5.

### 02 - AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE RECURSO CONTRA A DECISÃO RESCINDENDA. IRRELEVÂNCIA

O direito de postular o corte rescisório não está condicionado à existência de recurso contra a decisão que pretende desconstituir, nos termos da Súmula n. 514 do STF. A ação rescisória, que instaura uma nova relação jurídica processual, tem como pressuposto o trânsito em julgado da decisão rescindenda, inexistindo nexo entre o direito de intentá-la e o direito de recorrer. AÇÃO RESCISÓRIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. PEDIDO INCORRETO. Embora a autora tenha postulado a "nulidade" da decisão rescindenda, é possível concluir que se trata do pedido *rescindens*, o que faz com que a extinção precoce da ação rescisória por este equívoco se ba-

seie num tecnicismo incompatível com o princípio da simplicidade que prevalece no Processo do Trabalho. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA QUANTO A UM DOS ASPECTOS EM QUE SE ESCOROU A DECISÃO. INEXISTÊNCIA DE COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. INEFICÁCIA DA RESCISÃO. Ainda que tenha se caracterizado o erro de fato quanto a um dos aspectos não reconhecidos na decisão rescindenda (existência e funcionamento da Comissão de Conciliação Prévia) e ainda que afastada a convicção de que a defesa teria provocado incidente processual infundado, não se pode desprezar que a aplicação das penas decorrentes da litigância de má-fé escorou-se também na manifestação da autora em razões finais, reputada oposição injustificável ao regular andamento do processo, procedimento em que não se verifica a ocorrência da hipótese ensejadora da rescisão da sentença. Portanto, ainda que verificado o erro de fato quanto a um dos fundamentos, a sentença permanece quanto à litigância de má-fé, por subsistente outro fundamento, este não maculado por qualquer uma das causas de rescindibilidade previstas no estatuto processual. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. ART. 71 DA CLT. INTERVALO INTERJORNADA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. FUNDAMENTO INEFICAZ. ENUNCIADO N. 97, DO TST. Muito embora

entenda esta Relatora inadequado o deferimento da indenização de que trata o parágrafo quarto do art. 71 da CLT (ou horas extras) para a hipótese de transgressão ao quanto estipulado pelo art. 66 daquele mesmo diploma legal, em decorrência da aplicação da analogia para a omissão legislativa constatada quanto aos intervalos interjornadas, a alegação de que teria sido aviltado, pela decisão rescindenda, o princípio da legalidade, não serve de fundamento para a desconstituição de sentença judicial transitada em julgado. TRT/SP 15ª Região 638-2004-000-15-00-0 - Ac. 2ªSDI 79/05-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 15.4.05, p. 5.

### 03 - AÇÃO RESCISÓRIA. CITAÇÃO. AUSÊNCIA. NULIDADE ARGÜIDA EM CONTESTAÇÃO. ELISÃO

Impertinente a arguição de nulidade, por ausência de citação, formulada em contestação, na medida em que o § 1º do art. 214, do CPC, é claro ao determinar que o comparecimento espontâneo do réu supre a falta de citação. AÇÃO RESCISÓRIA. INÉPCIA DA INICIAL. CONDIÇÕES PARA O ACATAMENTO. A petição inicial de ação rescisória somente poderá ser indeferida e considerada inepta se faltar-lhe pedido ou causa de pedir, se constatada a ausência de lógica entre a conclusão e a descrição fática ou se caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido ou a incompatibilidade entre os pedidos, nos termos do art. 490 e do parágrafo único, do art. 295, do CPC. AÇÃO RESCISÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. INSS, COMO TERCEIRO PREJUDICADO. POSSIBILIDADE. ART. 487, DO CPC. Tem o órgão previdenciário, na condição de terceiro prejudicado, legitimidade para intentar ação rescisória, com o fito de rescindir sentença homologatória de acordo entabulado em ação trabalhista na qual se constata a simulação processual fraudulenta perpetrada com o fito de frustrar execução fiscal. AÇÃO RESCISÓRIA. CITAÇÃO. NULIDADE ARGÜIDA EM CONTESTAÇÃO. PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DO PRAZO. IMPERTINÊNCIA. A devolução de prazo de que trata o § 2º, do art. 214, do CPC, somente pode ser deferida se a manifestação do réu limita-se à arguição de nulidade. Havendo apresentação de

defesa, afasta-se o prejuízo e eventual nulidade. AÇÃO RESCISÓRIA. COLUSÃO ENTRE AS PARTES. SIMULAÇÃO PROCESSUAL FRAUDULENTA. ACORDO PREJUDICIAL AO ERÁRIO. COMPROVAÇÃO. Presumindo-se que a colusão não se manifesta sob a forma expressa, o que dificulta sua prova em juízo, deverão ser considerados, preponderantemente, os indícios e as circunstâncias veementes. AÇÃO RESCISÓRIA. COLUSÃO ENTRE AS PARTES. SIMULAÇÃO PROCESSUAL FRAUDULENTA. ACORDO PREJUDICIAL AO ERÁRIO. REPÚDIO. Não se pode admitir que a Justiça tenha sua dignidade maculada por aqueles que se utilizam do processo para se esquivarem do cumprimento da lei. O repúdio a esse procedimento protege não apenas o patrimônio público, mas a respeitabilidade da Justiça. AÇÃO RESCISÓRIA. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE ATRIBUIÇÃO DE VALOR À CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. A não atribuição de valor expresso à causa na exordial, em se tratando de ação rescisória, não configura sua inépcia, na medida em que pode o Juiz conceder prazo para a sua complementação. E, ainda que seja preponderante o teor do art. 282 do CPC, a ausência da formalidade não invalidaria todo o processado, já que não impossibilitou o contraditório e a ampla defesa dos réus ou lhes acarretou qualquer prejuízo, podendo ser suprida por este órgão judicial. AÇÃO RESCISÓRIA. INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE EXPRESSA INDICAÇÃO DO FUNDAMENTO LEGAL QUE ENSEJA A RESCISÃO. CLAREZA DOS FATOS DESCRITOS. ELISÃO. A ausência de expressa invocação do fundamento legal que enseja a rescisão não inviabiliza a atuação jurisdicional, sempre que os fatos descritos na petição inicial esclarecerem plenamente a causa imputada ao pleito rescisório, propiciando não apenas a defesa, mas também a aplicação do princípio jurídico *damhi factum dabo tibi jus*. Entendimento diverso representaria a adoção de um tecnicismo incompatível com o princípio da simplicidade que prevalece no Processo do Trabalho. AÇÃO RESCISÓRIA. SIMULAÇÃO PROCESSUAL FRAUDULENTA. ATENTADO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. PROCEDÊNCIA. Imperioso rescindir homologação de acordo entabulado em ação trabalhista em que se constata a ocorrência

de conluio destinado a obstar execução fiscal. A manobra de criar créditos de grande monta, por meio de ação trabalhista, utilizando-se do privilégio que estes detêm, deve ser coibida com veemência pelo Judiciário. **AÇÃO RESCISÓRIA. TERMO DE HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. POSSIBILIDADE.** Considerando-se que a homologação judicial de acordo é sentença de mérito, na medida em que, nos termos do art. 162, do CPC, sentença é o ato que põe termo ao processo, e que a transação entre as partes acarreta a extinção do processo com julgamento do mérito (conforme art. 269, inciso III, do CPC), a desconstituição do Termo de Homologação se enquadra na previsão do *caput* do art. 485, do CPC, somente podendo ser procedida mediante a propositura de ação rescisória. Inteligência do Enunciado n. 259, do C.TST. **COLUSÃO. HIPÓTESE RESCINDENDA RECONHECIDA. JUDICIUM RESCISSORIUM. NECESSIDADE DE EXTINÇÃO DA AÇÃO TRABALHISTA. OJ N. 94 DA SBDI-2, DO TST.** Ante a evidência de processo simulado, que desvirtuou o processo trabalhista e movimentou desnecessariamente o Judiciário, induzindo-o em erro ao conhecer de falso litígio, e em decorrência do dever de impedir que as partes obtenham a finalidade pretendida, reprimindo ato contrário à dignidade da justiça (arts. 125, III, e 129 do CPC), impõe-se, em

juízo rescisório (rejulgamento da lide), extinguir a Reclamação Trabalhista, nos exatos termos da OJ n. 94 da SBDI-2 do TST, anulando-se todos os atos processuais praticados naquela ação. TRT/SP 15ª Região 865-2002-000-15-00-4 - Ac. 2ª SDI 102/05-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 29.4.05, p. 12.

#### 04 - AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA DE ARREMATAÇÃO DE NATUREZA HOMOLOGATÓRIA. NÃO-CABIMENTO

Nos termos do art. 485 do CPC, somente a sentença de mérito é rescindível, o que torna incabível a ação rescisória contra sentença de arrematação de natureza homologatória. TRT/SP 15ª Região 1607-2003-000-15-00-6 - Ac. 2ª SDI 9/05-PDI2. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 21.1.05, p. 4.

#### 05 - AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI. PREQUESTIONAMENTO

De acordo com o preconizado no Enunciado n. 298 do egrégio TST, é incabível a ação rescisória por violação a dispositivo de lei se não houve pronunciamento explícito sobre a matéria na r. decisão rescindenda. TRT/SP 15ª Região 750-2004-000-15-00-1 - Ac. 2ª SDI 120/05-PDI2. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 13.5.05, p. 4.



# DIREITO MATERIAL

## 01 - ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CONTRATAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO

Estabelece-se entre clube e jogador de futebol um liame específico, composto de vários ingredientes incisivamente distintos das relações de trabalho comuns, sujeito a várias mudanças, de acordo com o desempenho do atleta, os resultados nos campeonatos disputados pela agremiação, a simpatia ou antipatia da massa de torcedores. Por isso, há legislação específica disciplinando o contrato de trabalho dos personagens em questão, estabelecendo exclusivamente a vinculação por prazo determinado, justamente para proteger o jogador, garantindo-lhe a permanência no clube por um certo período, proporcionando-lhe uma evolução na carreira, podendo ao final de cada contrato negociar outro, mais vantajoso, de acordo com sua evolução como atleta, com o mesmo clube ou com outro que valorize mais os seus préstimos profissionais. Eis aí as diferenças cruciais que justificam a previsão de contratação, exclusivamente, por prazo determinado, cuja intenção é proteger o trabalhador de tão curta carreira, proporcionando-lhe galgar patamares superiores de acordo com a sua evolução, livre dos grilhões de uma contratação

infindável. Se o legislador tivesse a intenção de possibilitar a contratação por prazo indeterminado, a teria inserido expressamente nas leis que regulam o contrato do jogador de futebol, ou previsto a aplicação das regras da CLT nesse sentido, se não o fez e previu apenas a contratação a prazo é porque a teceu para esta espécie de trabalhador, repito, exclusivamente. TRT/SP 15ª Região 969-2003-066-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 5.173/05-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DOE 25.2.05, p. 15.

## 02 - BANCÁRIO. SERVIÇO DE ATENDIMENTO A CLIENTE. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

Pertence à categoria bancária pessoa contratada por empresa interposta para execução de serviços relacionados diretamente com o atendimento pessoal de clientes na agência, sobretudo em se tratando de atividades de suporte à gerência, em que a reclamante desempenha tarefas afetas ao contato pessoal com os clientes, abertura de contas, captação e agendamento de visitas. É ilícita a terceirização efetivada, ensejando a responsabilidade solidária dos co-autores envolvidos na prática de atos ilícitos trabalhistas, a teor do parágrafo único, do art. 942 do CC/02. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 51-2004-005-15-00-3 - Ac. 11ª Câmara 21.334/05-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 13.5.05, p. 50.

### 03 - BANCO DE HORAS. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO SINDICAL

O art. 59, § 2º da CLT demonstra que a condição benéfica representada pela compensação semanal não mais existe, a compensação de horário pode ocorrer dentro do período de um ano e demonstra que o novo permissivo legal veio satisfazer as exigências de produção com as suas alterações sazonais que implicam em uma maior quantidade de horas de trabalho em um período do ano, com redução em outro. A participação do sindicato no acordo que o institui é de exigência absoluta, ante o disposto no art. 8º, inc. III da CF e a inexistência de evidente benefício ao trabalhador, sendo nulo qualquer acordo que não observar a referida exigência. TRT/SP 15ª Região 760-2003-100-15-00-4 - Ac. 3ª Câmara 2.472/05-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 4.2.05, p. 36.

### 04 - COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. (LEI N. 9.958/00)

Transação avençada em Comissões de Conciliação Prévia não tem o condão de retirar do autor o direito de ação, entendido este como o Direito de invocar uma prestação jurisdicional meritória do Estado, por suposta falta de interesse jurídico de agir, ainda que se reconheça a higidez do negócio jurídico avençado. Não fosse assim, qualquer outra modalidade de extinção das obrigações (arts. 304 *usque* 388 do CC de 2002) que se reconhecesse no feito, também desaguaria na falta de interesse de agir do obreiro e na inexistência de seu direito de ação, o que imprimiria, por via oblíqua, uma feição concreta ao direito de ação, contrariando a natureza abstrata ou eclética que a moderna Processualística lhe reconhece (Enrico Tulio Liebman). Ainda que extinto o contrato de trabalho e mitigada, portanto, a subordinação jurídica que junte o empregado a seu empregador, parece relevante ponderar que na aplicação da norma o operador do Direito tem de buscar aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC), logo, não se pode concluir que a eficácia liberatória geral do termo de conciliação obtido junto à Comissão de Conciliação Prévia (parágrafo único do art. 625-E da Consolidação) esteja acima de todos os princípios basilares do

Direito do Trabalho, ou mesmo acima da própria regularidade do negócio jurídico ali avençado - transação - que não existe sem a coisa duvidosa ou litigiosa sobre as quais as partes fazem mútuas concessões. Inexistente qualquer indício de *res dubia* e de concessões recíprocas entre as partes pactuantes, imperioso que se declare a nulidade da transação avençada pelos litigantes no caso em tela, nos termos do art. 9º da Consolidação. Decide-se conhecer do recurso ordinário do reclamante para afastar a ausência de interesse de agir declarada na origem (inciso VI do art. 267 do CPC) e no mérito dar-lhe parcial provimento a fim de declarar a nulidade da transação efetuada entre as partes perante a Comissão de Conciliação Prévia e determinar o retorno dos autos à Vara de Origem a fim de que, declarada a nulidade da transação, sejam apreciados os demais pedidos do obreiro. TRT/SP 15ª Região 2614-2003-082-15-00-6 - Ac. 11ª Câmara 29.059/05-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 24.6.05, p. 53.

### 05 - CONTRATO A PRAZO. SUPERVENIÊNCIA DE LICENÇA MATERNIDADE. EXTINÇÃO NO TERMO NORMAL. IMPOSSIBILIDADE

A licença maternidade implica a suspensão do contrato de trabalho porque resulta na paralisação temporária das obrigações da empregada prestar serviços e do empregador pagar os salários. Ocorrendo no final do contrato a prazo, o termo ajustado pelas partes é prorrogado automaticamente para o dia da cessação da causa suspensiva, por interpretação do art. 471 da CLT. Vale dizer que o contrato só termina após o prazo da licença, por analogia com a OJ n. 135 da Seção Especializada em Dissídios Individuais n. 1 do TST. TRT/SP 15ª Região 697-2004-054-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 6.889/05-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 4.3.05, p. 16.

### 06 - CONTROLES DE PONTO. FALSIDADE IDEOLÓGICA

Falsidade ideológica contida em documentos que o empregador reputa válidos à comprovação da jornada efetivamente cumprida torna os horários indicados pela parte contrária presumidamente verdadeiros, nos termos do art. 129 CCB-02 (ou art. 120 CCB-16). Falsidade ideológica também tem conseqüências penais. Efeitos do art. 299

CP.TRT/SP 15ª Região 173-2004-101-15-00-2 - Ac. 5ª Câmara 7.403/05-PATR. Rel. Veva Flores. DOE 4.3.05, p. 28.

#### 07 - DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO

A ocorrência de prejuízos "morais", ou seja, à estrutura psíquica de alguém, para ensejar a respectiva indenização pecuniária necessita de prova robusta, que configure seus pressupostos: (a) efetiva existência de ação ou omissão lesivas, (b) o dano à esfera psíquica da vítima e (c) o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o trauma sofrido. Inexistindo prejuízo ao patrimônio moral da pessoa, não restará configurado o dano moral. A indenização pertinente pressupõe lesão efetiva, demonstrada mediante fortes elementos de convicção, ao passo que ao Judiciário Trabalhista, cabe zelar para que esse instituto não seja banalizado, a ponto de os pedidos de reparação moral se transformarem, tão somente, em negócio lucrativo para partes e advogados, deturpando o sistema jurídico-trabalhista e desprezando o senso da verdadeira Justiça. Recurso da recorrente a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 575-2003-042-15-00-3 - Ac. 7ª Câmara 7.155/05-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 4.3.05, p. 48.

#### 08 - DANO MORAL. DISACUSIA IRREVERSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE A MOLÉSTIA E O TRABALHO

A não configuração do vínculo etiológico entre a moléstia auditiva e as condições de trabalho, em face das características gráficas das perdas, embora ruidoso o ambiente laborativo, basta, por si só, para afastar a indenização por dano moral, dispensados outros fundamentos que também poderiam constituir óbice à pretensão. TRT/SP 15ª Região 1039-2003-007-15-00-8 - Ac. 8ª Câmara 26.919/05-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 17.6.05, p. 26.

#### 09 - DANO MORAL. RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE TRABALHO

Comete dano moral o empregador que trata seu empregado de maneira desrespeitosa, dirigindo-lhe graves ofensas pessoais, xingando-o e submetendo a "castigos" quando do não implemento

da venda ao cliente, como o retorno à residência ou mesmo a ida até o estoque da empresa, impedindo o trabalhador de realizar novas vendas. Tratamento minimamente cordial é o que se exige do empregador que, se não o cumpre, dá ensejo à rescisão indireta do contrato de trabalho, máxime quando verificado o descumprimento de outras regras contratuais. TRT/SP 15ª Região 17-2004-032-15-00-1 - Ac. 7ª Câmara 28.041/05-PATR. Rel. Andrea Guelfi Cunha. DOE 24.6.05, p. 42.

#### 10 - DANO MORAL. REVISTA. PROCEDIMENTO PATRONAL REGULAR. AUSÊNCIA DE OFENSA, ABUSO, OU VIOLAÇÃO DO ART. 373-A, VI, DA CLT E DO ART. 5º, X, DA CF. INDENIZAÇÃO. IMPROCEDENTE

A revista, feita em razão de fundada suspeita de furto (e não por simples capricho), em todas as empregadas do setor, em local apropriado, de maneira reservada e respeitosa, por pessoa do mesmo sexo, sem expor a trabalhadora a qualquer tipo de humilhação ou vexame perante terceiros, não pode ser considerada ofensiva, notadamente diante de previsão convencional autorizando esse tipo de procedimento patronal. Não violados os preceitos dos arts. 373-A, VI, da CLT e 5º, X, da CF. Dano moral não caracterizado. Reclamação improcedente. TRT/SP 15ª Região 934-2003-053-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 8.301/05-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 11.3.05, p. 21.

#### 11 - DANOS MORAIS. LEI DE IMPRENSA. INAPLICÁVEL

Tratando-se de indenização por danos morais em decorrência de ato do empregador e, não integrando o pólo passivo a empresa jornalística responsável pela publicação, inaplicável o disposto na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967). TRT/SP 15ª Região 698-2004-101-15-00-8 - Ac. 9ª Câmara 9.859/05-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 18.3.05, p. 53.

#### 12 - DESVIO DE FINALIDADE. DO ATO ADMINISTRATIVO. NOMEAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO EM COMISSÃO. NULIDADE DA CONTRATAÇÃO

Nomeação para o exercício de função comissionada de médica no Município reclama-

do, antecedida de contratação como prestadora de serviços e sucedida por nomeação de emprego público para a mesma função, em razão de aprovação em concurso público. Unicidade contratual rejeitada. Prescrição do primeiro período reclamado. Nulidade da nomeação para o exercício de cargo em comissão. Exercício de função pública ligada à atividade permanente da Administração. Contratação que não se deu para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público ou para o exercício de função de confiança, únicas hipóteses que dispensam a realização de certame público (art. 37 da CF). Desvio de finalidade contido na nomeação da reclamante, que burlou o imperativo constitucional de prévio concurso público para o exercício de cargos e empregos públicos, malferindo os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, norteadores da Administração Pública brasileira. Recurso ordinário da reclamante a que se nega provimento. Remessa oficial acolhida em parte para declarar prescritos os eventuais direitos da recorrente relativos ao alegado primeiro contrato de trabalho, assim como para rejeitar os pedidos relativos ao alegado segundo contrato, julgando improcedente esta demanda. TRT/SP 15ª Região 1929-2000-059-15-85-9 - Ac. 1ª Câmara 51.448/04-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 14.1.05, p. 59.

### 13 - DIREITO DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. HERDEIRO MENOR. INCIDÊNCIA DA REGRA CIVIL DE FORMA SUBSIDIÁRIA (ART. 8º DA CLT). CAUSA IMPEDITIVA RECONHECIDA

Havendo herdeiro menor absolutamente incapaz, deve ser reconhecida a causa impeditiva do curso da prescrição, na forma preconizada no art. 169, I, do CC/1916 (ou art. 198, I, do CC vigente), quanto ao direito de ação para reivindicar os créditos trabalhistas deixados pelo *de cujus* que, por ocasião da extinção do contrato, não estavam prescritos. A matéria não está regulada pelo texto consolidado, sendo lícito ao julgador valer-se do direito comum de forma subsidiária, conforme autoriza do art. 8º, parágrafo único, da CLT. Recurso ordinário a que se dá provimento para afastar a prescrição nuclear decretada. TRT/SP 15ª Região 1116-2003-039-15-00-4 - Ac. 3ª

Câmara 28.650/05-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 24.6.05, p. 17.

### 14 - DISPENSA DE EMPREGADO. PÚBLICO CONCURSADO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO

O empregado público concursado, mesmo em período de estágio probatório, tem o direito de conhecer os motivos pelos quais não poderá permanecer no serviço público e o administrador o dever de motivação quanto ao ato administrativo praticado, através de regular processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, em obediência aos princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade e moralidade (art. 37, da CF). TRT/SP 15ª Região 793-2002-010-15-00-2 - Ac. 10ª Câmara 17.100/05-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 29.4.05, p. 81.

### 15 - EQUIPARAÇÃO SALARIAL. IDENTIDADE DE FUNÇÕES

O desempenho de atividades em máquinas distintas não autoriza o reconhecimento de equiparação salarial. Somente a identidade absoluta de funções, que no caso se verifica com a operação de máquinas idênticas, possibilita a aferição do trabalho de igual valor. TRT/SP 15ª Região 1353-2003-020-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 28.033/05-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 24.6.05, p. 42.

### 16 - ESTABILIDADE. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA SOMENTE APÓS O TÉRMINO DO PERÍODO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA

O que o legislador procurou garantir, através do art. 118 da Lei n. 8.213/91, foi a manutenção do contrato de trabalho do segurado, após a cessação do auxílio-doença acidentário, pelo período de doze meses. Vale dizer, ocorrendo a dispensa do empregado, nessas condições, nasce para ele, primeiramente, o direito à reintegração e jamais à indenização pura e simples, sem a devida contraprestação de serviços, que só é admissível na impossibilidade de observância da primeira hipótese. Dessa forma, o ajuizamento da ação trabalhista somente após decorridos 05 meses do término do período estável, postulando

simplesmente a indenização do período respectivo, não encontra amparo no dispositivo legal supracitado - que assegura a manutenção do contrato de trabalho, repita-se -, e, via de consequência, não pode ser acolhida por esta Justiça Especializada. Recurso ordinário da reclamada a que se dá provimento para afastar-se a condenação da mesma ao pagamento de indenização ao reclamante, relativa ao período de estabilidade. TRT/SP 15ª Região 2428-2003-05-1-15-00-9 - Ac. 6ª Câmara 3.141/05-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 4.2.05, p. 46.

#### 17 - ESTABILIDADE. PROVISÓRIA. GESTANTE. NORMA COLETIVA ESTABELECENDO PRAZO "DECADENCIAL" PARA COMUNICAÇÃO DA GRAVIDEZ AO EMPREGADOR

É inválida cláusula coletiva que limita a garantia constitucional de emprego prevista no art. 10, II, "b" do ADCT, estabelecendo como requisito para o gozo do benefício a comunicação da gravidez ao empregador. Responsabilidade objetiva. OJ n. 88 da SDI-1 do C. TST. Não disciplinada a matéria através de lei complementar, referida no art. 7º, I, da Constituição o exercício da garantia só depende de confirmação da gravidez. Direito irrenunciável da empregada, que não pode ser afastado ou neutralizado por simples convenção. Aos acordos e convenções coletivas de trabalho, assim como às sentenças normativas, não é lícito estabelecer limitações a direito constitucional dos trabalhadores, o que nem à lei é permitido. TRT/SP 15ª Região 285-2004-053-15-00-4 - Ac. 7ª Câmara 51.657/04-PATR. Rel. Andrea Gueffi Cunha. DOE 14.1.05, p. 80.

#### 18 - ESTABILIDADE. SINDICAL. RENÚNCIA. CARACTERIZAÇÃO. NÃO CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO ART. 8º, VIII, DA CFE E ART. 543 DA CLT

O empregado, quando ciente da sua condição de dirigente sindical, comparece à DRT, que lhe presta assistência na rescisão contratual e no recebimento das verbas que a empresa lhe paga, outorga a devida quitação sem nenhuma ressalva, *pratica ato incompatível com sua vontade de permanecer no emprego, em típica e inconfundível renúncia à estabilidade, não havendo se falar*

em violação ao art. 8º, VIII da CF e art. 543, da CLT. TRT/SP 15ª Região 673-2003-083-15-00-6 - Ac. 1ª Câmara 14.219/05-PATR. Rel. Claudinei Sapata Marques. DOE 15.4.05, p. 11.

#### 19 - FUNDAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA

A instituição de fundação pressupõe a dotação especial de bens livres (art. 62, CC de 2002). Assim, vê-se que desde a época de sua criação, em 20.5.68, a FUNDEC já havia recebido em doação o capital que a constituiu, sendo irrelevante o disposto no art. 1º, da Lei n. 2.535/94, que autorizou a doação do capital, pois o Poder Público não poderia doar o capital que já não lhe pertencia. Há de ser reconhecida a validade do disposto no art. 1º, da Lei Municipal n. 3.035 que estabeleceu que o disposto no art. 1º, da LM n. 2.535/94 tem caráter meramente ratificatório do disposto na Lei n. 719, de 13.5.68. TRT/SP 15ª Região 438-2003-050-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 68/05-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 14.1.05, p. 66.

#### 20 - HORAS EXTRAS. SERVIÇOS EXTERNOS. NÃO CONFIGURAÇÃO

Não pode ser enquadrado como serviços externos, não sujeito a controle de ponto, enquadrado na exceção prevista no art. 62 da CLT, trabalhador que desenvolve atividades de auditoria na matriz ou em filiais de empresas do mesmo grupo econômico, por ser evidente a possibilidade de controle de sua jornada. TRT/SP 15ª Região 2653-2003-082-15-00-3 - Ac. 2ª Câmara 21.812/05-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 20.5.05, p. 16.

#### 21 - NORMA COLETIVA. JORNADA 12x36. CÔMPUTO DA HORA NOTURNA DE FORMA REDUZIDA. OBRIGATORIEDADE

Em que pese inexistir na cláusula coletiva que fixa os turnos de jornada em regime de 12x36, referência ao cômputo reduzido da jornada noturna, a omissão do pacto não exclui a necessária observância do direito previsto no art. 73 da CLT. A melhor interpretação do alcance da norma é a que atenta aos princípios constitucionais insertos no *caput* do art. 7º da CF, que impedem

o retrocesso social e impõem o acatamento da regra mais favorável. TRT/SP 15ª Região 952-2003-025-15-00-9 - Ac. 2ª Câmara 5.573/05-PATR. Rel. Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. DOE 25.2.05, p. 14.

## 22 - OPERADOR DE TELEATENDIMENTO. HORAS EXTRAS. APLICAÇÃO DO ART. 72 DA CLT. IMPOSSIBILIDADE

O art. 72 da CLT tem por destinatário final o empregado que presta serviços permanentes de datilografia, digitação ou assemelhados, eis que a relação inserida no dispositivo legal é meramente exemplificativa, não se aplicando àqueles que não exerçam exclusivamente esta atividade. É certo, outrossim, que, com o desenvolvimento tecnológico, atividades profissionais tendem a baralhar as suas funções, cabendo ao aplicador da lei, que não acompanha tal desenvolvimento, usando da realidade fática, enquadrar legalmente a questão colocada sob decisão. Obviamente, para tirar as dúvidas e atender as reclamações dos clientes, é necessário que o atendente tenha um contato com o computador, pois aquelas somente serão solucionadas por meio de sistemas computadorizados, e.g., débito do cliente com a obstrução da linha, dificuldade técnica na linha e programação do aparelho. Contudo, no caso em apreço, a despeito da semelhança das atividades desenvolvidas pelos operadores de teleatendimento, em confronto com os digitadores, não se concebe que se lhes dê o mesmo tratamento jurídico, como a clamar pela lição do sempre festejado Pontes de Miranda: "A lei carimba os fatos". Como fartamente discorrido na oportunidade do contraditório, o digitador exerce uma atividade estafante, extenuante, não de um mero serviço de mecanografia intercalado com outros. Digitando uma gama muito grande de informações, através de microcomputador, defronta-se com a exigência da velocidade nos seus misteres, submetendo-se, não raras as vezes, a uma irracional corrida contra o tempo. Verdadeiramente é um universo insano suscetível de tratamento jurídico diferenciado. Não se nega as dificuldades do operador de teleatendimento, entretanto sua rotina de trabalho muito diverge daquela dos digitadores. Levam a efeito seus misteres através desse meio tecnológico mas o intercalando com outros, tal

como o da comunicação, concentrando sua atenção unicamente no atendimento do usuário, para atingir seu desiderato, sem ser molestado por demandas externas ou periféricas. Frise-se, finalmente, que o digitador, nos termos da NR 17 (item 17.6.4, b) pode ser submetido a um número de até 8.000 (oito mil) toques reais por hora trabalhada, fato este, sem dúvida alguma, impossível de ser alcançado pelo operador de teleatendimento, haja vista o período de inércia entre um atendimento e outro". TRT/SP 15ª Região 1319-2003-114-15-00-2 - Ac. 11ª Câmara 6.027/05-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 25.2.05, p. 53.

## 23 - PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO CONTRATO. FLUÊNCIA CONFORME A OBRIGAÇÃO EXIGIDA

A suspensão do contrato de emprego não implica, necessariamente, a interrupção ou a suspensão do prazo prescricional: isso depende do direito que se pretende obter. Certas obrigações podem ser reclamadas mesmo que o vínculo permaneça suspenso, como o pagamento de salários relativos ao período anterior à paralisação do trabalho; mas, outras, não há como postular, como é o caso da concessão de férias com período concessivo esgotado, visto que ao empregador é impossível cumprir o previsto nos parágrafos do art. 137 da CLT. Desse modo, é preciso distinguir um direito de outro, porque somente em relação aos pertencentes à segunda categoria que a prescrição é suspensa. TRT/SP 15ª Região 1468-2002-115-15-00-7 - Ac. 9ª Câmara 9.952/05-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 18.3.05, p. 56.

## 24 - RECURSO ORDINÁRIO. DA RECLAMANTE E DOS SÓCIOS DA PRIMEIRA RECLAMADA. CONTRATO DE FRANQUIA DESTA ÚLTIMA COM A SEGUNDA RECLAMADA. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. INEXISTÊNCIA DE SUBORDINAÇÃO OU DE GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADES SOLIDÁRIA E SUBSIDIÁRIA AFASTADAS

Reconhecida a existência de legítimo franqueador, na forma do art. 2º da Lei n. 8955/94, tratando-se de pessoa jurídica distinta do franqueado (sócios notoriamente diversos) e não exercendo a direção, controle ou administração

deste último, de forma direta ou indireta, exatamente por isso, não pode o primeiro ser responsável solidariamente pelos vínculos de emprego celebrados pelo referido franqueado, não se aplicando a diretriz do § 2º do art. 2º da CLT. Fiscalização do cumprimento de obrigações é inerente a qualquer contrato e, necessariamente, não equivale à subordinação prevista no art. 3º da CLT. Tampouco aplicável a Súmula n. 331 do C. TST, pois não se trata de terceirização nem houve relação jurídica entre o franqueador e os empregados do franqueado, que foi o único beneficiário direto do trabalho prestado no posto de combustíveis. Recursos aos quais se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 565-2003-033-15-00-7 - Ac. 3ª Câmara 133/05-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 14.1.05, p. 68.

#### 25 - REGIMES DE PRONTIDÃO. E SOBREAVISO NÃO SE CONFUNDEM

Prontidão implica em estar o trabalhador na empresa ou em local previamente designado pelo empregador. Regime de sobreaviso; de menor especificidade, permite ao trabalhador restar no aguardo de ordens em sua própria casa ou em outro local qualquer. Interpretação analógica dos §§ 2º e 3º, ambos do art. 244, do texto consolidado, perfeitamente aplicável a outras atividades, e não somente aos ferroviários. TRT/SP 15ª Região 478-2004-029-15-00-1 - Ac. 11ª Câmara 14.917/05-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 15.4.05, p. 47.

#### 26 - REPRESENTANTE COMERCIAL. CARACTERIZAÇÃO

O representante comercial é figura importante no agenciamento dos negócios para a venda de produtos ou serviços; é intensa sua participação no processo de comercialização. A distinção com o empregado subordinado é realçada quando se constata a autonomia do primeiro em detrimento da pequena movimentação do segundo. TRT/SP 15ª Região 151-2004-007-15-00-2 - Ac. 11ª Câmara

ra 14.926/05-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 15.4.05, p. 48.

#### 27 - SERVIDOR PÚBLICO. EMPREGADO MUNICIPAL CONCURSADO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. DISPENSA. ATO MOTIVADO. EXIGÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Conquanto não alcançado o gozo da garantia de emprego preconizada no art. 41 da CF, porque não decorridos três anos no serviço público, a dispensa do servidor público no curso do estágio probatório deve ser precedida de procedimento investigatório em que fique demonstrada eventual condição incompatível com a continuidade do exercício da função. Os princípios norteadores da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF), notadamente o da legalidade, ao qual se amalgama a motivação de seus atos, capaz de justificá-los e transparecer retidão e seriedade no trato da coisa pública, constitui-se em exigência do Estado Democrático de Direito. TRT/SP 15ª Região 574-2004-116-15-00-1 - Ac. 11ª Câmara 29.104/05-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Alvares Leite. DOE 24.6.05, p. 55.

#### 28 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CHAPA

Recurso da Reclamada conhecido e desprovido. As expressões autônomo ou avulso devem ser entendidas como uma relação de prestação de serviços sem o elemento subordinação. Quanto menor a especialização técnica e o valor do prestador no plano intelectual mais se fortalecem as vinculações ao tomador. No caso em tela havia grupo de trabalhadores utilizando crachá próprio com autorização para ingressar no estabelecimento da reclamada ficando à disposição de caminhões de empresas clientes, prestando tarefas sobre controle direto da reclamada e, portanto, desenvolvendo trabalho inerente à atividade fim do empregador e não de caráter meramente acessório, daí, o reconhecimento do vínculo. TRT/SP 15ª Região 1410-2002-021-15-00-7 - Ac. 12ª Câmara 21.474/05-PATR. Rel. Eurico Cruz Neto. DOE 13.5.05, p. 55.



# DIREITO PROCESSUAL

## 01 - ACIDENTE DE TRABALHO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS

Com efeito, lavra-se na doutrina e jurisprudência acirrada controvérsia quanto à competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar ações de indenização com fulcro em acidente de trabalho. Analisando-se o art. 109, inciso I, da CF, dispõe ele que os juízes federais são competentes para processar e julgar “as causas em que a união, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes e em seguida excetua as ações provenientes de falência, acidente de trabalho, as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho” (grifos nossos). Como se vê, não havia menção expressa e também não estava implícito que a Justiça Estadual tinha competência para julgar ações de acidente de trabalho e não há exceção à regra geral de competência da Justiça do Trabalho, por meio de qualquer outra norma constitucional. Entretanto, não mais é assim. É que, como se sabe, a competência da Justiça do Trabalho sofreu ampla alteração com o advento da EC n. 45 que veio a lume em 8 de dezembro de 2004. Não há como negar que o acidente de trabalho acontecido com o recorrente adveio de uma relação de trabalho, uma vez que ocorreu durante a jornada de trabalho. Como se sabe, é regra de interpretação segundo a qual onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. Quando o dispositivo supramenciona “ações de indenização por dano moral”, não fez

distinção se decorrente de acidente do trabalho ou não o que é lícito interpretar que o legislador constitucional quis abranger toda e qualquer relação de trabalho. Daí resulta que a referida emenda constitucional veio pôr cobro à cizânia doutrinária e jurisprudencial antes existente, pois, indubitavelmente, atribui competência a esta Justiça para processar e julgar danos morais e materiais também decorrentes de acidente de trabalho. TRT/SP 15ª Região 1184-2004-075-15-00-8 - Ac. 11ª Câmara 27.459/05-PATR. Rel. Keila Nogueira Silva. DOE 17.6.05, p. 37.

## 02 - ACIDENTE DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO. AÇÃO EM FACE DO EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Com a promulgação da atual Carta Magna, em 1988, deixou de existir a exceção expressa contida no § 2º do art. 142 da Constituição anterior. Assim, por força do disposto no art. 114 da nova carta, as ações movidas em face do empregador, mesmo relativas a acidente do trabalho, são da competência desta justiça especializada. O art. 109 inciso I e § 3º afasta a competência da justiça federal, remetendo para a alçada da justiça estadual, apenas as ações em que são partes segurados e beneficiários e instituição de previdência. A estas se aplicam as Súmulas n. 501 do STF e n. 15 do STJ. Conclusão decorrente da interpretação sistemática do atual texto constitucional, e reforçada pelo disposto no inciso VI do seu art. 114, incluído pela EC n. 45/2004, que reconheceu

a competência trabalhista para “as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação do trabalho”, sem fazer qualquer distinção quanto ao fato gerador do dano. TRT/SP 15ª Região 819-2001-042-15-00-6 - Ac. 4ª Câmara 10.584/05-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 22.3.05, p. 17.

### 03 - ARBITRAGEM

O acordo coletivo noticiado é nulo de pleno direito, pois pretende aplicar ao Direito do Trabalho disposições referentes à Lei n. 9.307 de 1996 que instituiu a arbitragem como meio de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, conforme reza o art. 1º, que dispõe: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Através deste acordo, o reclamante participou do Tribunal de Arbitragem onde foi lavrado um termo de audiência de fls. 27, havendo conciliação entre as partes referente às verbas trabalhistas rescisórias, momento em que o reclamante deu quitação do contrato de trabalho, bem como aduziu que não era credor de outras parcelas trabalhistas. É de se analisar a instituição do referido “tribunal de arbitragem” e a arbitragem sobre questões trabalhistas, porque a teor do artigo transcrito a arbitragem foi criada para dirimir questões de direito disponíveis, o que contraria totalmente o arcabouço jurídico trabalhista, constituído sob a égide da indisponibilidade de direitos. É que o Direito do Trabalho se constitui em grande parte de preceitos de ordem pública, visando a limitação do princípio da autonomia da vontade, para estabelecer-se princípios de justiça social. É constituído de regras cogentes, de ordem pública que não podem ser relegadas à apreciação pura e simples de um tribunal de arbitragem, sem qualquer autoridade legal para observá-las. Como muito bem doutrinou Mário de La Cueva, citado por Arnaldo Süssekind em sua obra *Instituições de Direito do Trabalho*, vol. I, p. 198, quando se refere à observância dos preceitos trabalhistas independentemente da vontade das partes interessadas e portanto o Direito do Trabalho não seria “um mínimo de garantia, nem desempenharia sua função, se a observância de seus preceitos dependesse da vontade de trabalhadores e patrões, o que equivaleria a destruir seu conceito, como princípio de cuja aplicação está encarregado o Estado”. TRT/SP 15ª Região 464-2003-095-15-00-2 - Ac. 11ª

Câmara 27.460/05-PATR. Rel. Keila Nogueira Silva. DOE 17.6.05, p. 37.

### 04 - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. GRATUITA. ATESTADO DE INSUFICIÊNCIA ECONÔMICA. PROVA EM CONTRÁRIO ADMITIDA

Não há que se conceder a benesse da gratuidade processual àquele que não condiz ser pobre na acepção legal da palavra, fato demonstrado pelos elementos de prova dos autos. Litigância de má-fé reconhecida. Recurso Ordinário não conhecido. TRT/SP 15ª Região 386-2003-048-15-00-9 - Ac. 6ª Câmara 18.605/05-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 29.4.05, p. 46.

### 05 - AUSÊNCIA DE RÉPLICA. EFEITOS. NULDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO

Os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, alçados ao *status* de garantia constitucional, não podem ser olvidados pelo Juiz. A réplica sequer se constitui em figura indispensável no Processo do Trabalho (inteligência do art. 848 da CLT), de sorte que a ausência de manifestação sobre defesa ou documentos, por si só, não tem o condão de conduzir à confissão, de modo a se considerar verdadeiras as alegações que deveriam ser provadas. Logo, não poderia ter sido o autor impedido de produzir prova oral em decorrência da ausência de apresentação de réplica. Recurso Ordinário a que se dá provimento para, acolhendo a preliminar de nulidade processual, decretar a nulidade da sentença e determinar a baixa dos autos à origem, a fim de que seja reaberta a instrução processual e facultada às partes a produção de prova. TRT/SP 15ª Região 561-2004-075-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 24.050/05-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 3.6.05, p. 100.

### 06 - COMPETÊNCIA MATERIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO, DE OFÍCIO, DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONTRIBUIÇÕES AO “SAT” E AO DENOMINADO SISTEMA “S”. INCOMPETÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS ÚLTIMAS

“Compete à Justiça do Trabalho, a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir” (CF, art. 114), as quais se referem às do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei,

incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, e às do trabalhador e dos demais segurados da previdência social. De seu turno, o inciso II, alíneas a a c, do art. 22, da Lei n. 8.212/91, arrola entre as contribuições da empresa, fazendo, assim, coro à alínea a, do inciso I, do art. 195, da CF, antes mencionado, as contribuições ao "SAT". Nesse sentido de raciocínio, inviável o agravo nesse particular. Entretanto, entende-se procedente a grita relativamente à insurreição contra a cobrança das contribuições do sistema "S". Isto porque, dispõe o art. 240, da Carta Política, que "ficam ressalvadas do disposto no art. 195 as atuais contribuições compulsórias dos empregadores sobre a folha de salários, destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical". Logo, não cabe a esta Especializada preconizada execução. TRT/SP 15ª Região 1555-1994-010-15-01-6 - Ac. 10ª Câmara 20.125/05-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 6.5.05, p. 42.

#### 07 - CONFISSÃO FICTA. ELISÃO PELA PROVA ACOSTADA AOS AUTOS

A *ficta confessio* implica presunção relativa (presumida ou *juris tantum*, e não absoluta) de que são verdadeiros os fatos articulados pela parte contrária, podendo ser desconstituída quando há prova em contrário nos autos, vez que não pode se sobrepor à verdade real emergente do conjunto probatório. TRT/SP 15ª Região 478-2003-008-15-00-0 - Ac. 1ª Câmara 23.149/05-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 25.5.05, p. 12.

#### 08 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ACORDO. RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CONHECIMENTO

As decisões homologatórias deverão sempre indicar a natureza jurídica das parcelas constantes do acordo homologado, inclusive, o limite de responsabilidade de cada parte pelo recolhimento da contribuição previdenciária, se for o caso (art. 832, § 3º, da CLT). Em sendo omissa a decisão homologatória, com concessão de prazo para o reclamado discriminar a natureza das verbas e respectivos valores, deve a autarquia manifestar ao julgador *a quo*, após a discriminação, a sua concordância ou discordância, para que o órgão de primeira instância decida sobre a validade ou

não da discriminação, não se conhecendo de recurso ordinário interposto diretamente contra a decisão homologatória que não contenha a discriminação, por falta de interesse. TRT/SP 15ª Região 636-2003-078-15-00-2 - Ac. 1ª Câmara 17.340/05-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 29.4.05, p. 23.

#### 09 - DESNECESSIDADE DO ROL DE SUBSTITUÍDOS PROCESSUALMENTE NAS AÇÕES DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PATROCINADAS PELO SINDICATO

Nas ações promovidas pelo sindicato pleiteando diferença de 40% do FGTS sobre os expurgos inflacionários, desnecessária a relação dos substituídos, porquanto a sentença será genérica, tratando das várias situações invocadas na contestação (art. 95 do CDC *ex vi* do art. 769 da CLT). A individuação, por óbvio, se fará na liquidação e execução que poderá ser individual ou coletiva (arts. 97 e 98, CDC). Em relação aos substituídos que satisfizerem as condições da Lei n. 5584/70, cabíveis os honorários sindicais. TRT/SP 15ª Região 1003-2003-013-15-00-6 - Ac. 8ª Câmara 22.253/05-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 20.5.05, p. 31.

#### 10 - DISSÍDIO COLETIVO. EFEITO DE COISA JULGADA NO DISSÍDIO INDIVIDUAL

O dissídio coletivo ou o acordo judicial nele homologado não têm o condão de ensejar óbice de coisa julgada à ação individual, porquanto ambos possuem natureza jurídica antagônicas. É que a sentença normativa em dissídio coletivo assim como o acordo judicial nele homologado não dão ensejo à coisa julgada material, apenas formal, a despeito de encerrarem ambos, legítimos provimentos jurisdicionais, em face da natureza especialíssima deste tipo de acórdão. Sendo a sentença normativa prolatada em dissídio coletivo, ou o acórdão homologatório de acordo em dissídio coletivo, modalidade de ato regra (*fontes formais de Direito do Trabalho*), destinadas a criar novas condições de trabalho eis que criam verdadeiras normas impessoais, obrigatórias e abstratas no âmbito das categorias ou dos empregados de uma empresa representados, não há como se cogitar da existência da "tríplice identidade" (partes, pedido e causa de pedir), no que pertine à sentença normativa, em cotejo com uma ação individual, porque esta tem tão-somente o

ensajo de propiciar ao autor a aplicação do direito material já existente. A criação de novas condições de trabalho aplicáveis às categorias representadas, repita-se, incumbe à sentença normativa prolatada em dissídio coletivo ou ao acordo homologado em dissídio coletivo. Recurso provido para afastar a coisa julgada reconhecida na origem. **RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS. CONDENAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITOS TRABALHISTAS. PRETENSÃO QUANTO À RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO EMPREGADOR.** Os descontos fiscais e previdenciários constituem obrigação legal imposta às condenações judiciais em que são apurados créditos do trabalhador, independentemente, assim, de pedido expresso na inicial. Contudo, se o obreiro entende que a responsabilidade pelos recolhimentos é exclusiva do empregador, deve formular e fundamentar pedido específico na exordial, ensejando o contraditório e a decisão respectiva pelo julgador de origem. Inexistente tal pedido na inicial, o requerimento feito em razões recursais implica em inovação vedada nesta fase processual, razão do seu não conhecimento. TRT/SP 15ª Região 2244-2001-024-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 11.251/05-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 1º.4.05, p. 21.

#### 11 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUSTIÇA DO TRABALHO. RELAÇÃO DE EMPREGO. CABIMENTO

O entendimento de que no processo do trabalho não há condenação em honorários advocatícios trata-se de posicionamento que fere preceitos constitucionais e não se sustenta diante dos preceitos jurídicos que lhe dizem respeito, ainda mais diante das alterações legislativas impostas pelas Leis ns. 10.288/01, 10.537/02 e pelo novo CC, além de contrariar os mais rudimentares princípios da lógica e os ideais do movimento de acesso à justiça. TRT/SP 15ª Região 537-1999-049-15-00-8 - Ac. 6ª Câmara 28.945/05-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 24.6.05, p. 35.

#### 12 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NECESSIDADE DO REEXAME DA MATÉRIA EM DECORRÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL

Fere os princípios elementares de direito concluir que o empregador que descumpra obrigações civis esteja obrigado a responder por "perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado" (art. 389 do novo CC), mas desobrigado de pagar os honorá-

rios sobre as dívidas trabalhistas de natureza alimentar. Aliás, com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, a situação ficou, com a devida vênia, incoerente: caso um abonado representante comercial autônomo saia vencedor na Justiça do Trabalho, receberá honorários advocatícios; todavia, se um hipossuficiente empregado vencer a reclamação trabalhista, nada receberá a tal título. O Judiciário Trabalhista não pode sacramentar tal tratamento flagrantemente desigual, especialmente se levarmos em conta que o trabalho é um direito social. Impõe-se, assim, com a máxima vênia, o reexame do Enunciados ns. 219 e 329 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 2040-2003-096-15-00-9 - Ac. 6ª Câmara 27.715/05-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 17.6.05, p. 20.

#### 13 - INDENIZAÇÃO. POR DANO MORAL. PRAZO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA POR ATODE SEU CONTADOR EM ENTREVISTA À IMPRENSA

O prazo para o empregado pleitear, de seu empregador, indenização por dano moral não é decadencial, mas prescricional, ainda que o fato esteja relacionado a declarações publicadas em Jornal. É da empregadora a responsabilidade pela reparação civil decorrente de declarações prestadas por seu contador, em entrevista à Imprensa. TRT/SP 15ª Região 239-2004-033-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 26.586/05-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 17.6.05, p. 8.

#### 14 - INQUÉRITO. PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. PRAZO PARA PROPOSITURA E RECOLHIMENTO DE CUSTAS

O prazo decadencial de trinta dias, para propositura do inquérito para apuração de falta grave, só existe em caso de suspensão do empregado. Tal suspensão é facultativa, na dicção do art. 494 da CLT. Quando o empregado não é afastado, nem suspenso, o empregador tem o prazo prescricional de cinco anos para mover o inquérito judicial, correndo o risco, porém, de ser reconhecida a ocorrência de "perdão tácito". Quanto às custas, não mais subsiste a exigência do respectivo recolhimento antes do julgamento do processo. A nova redação do art. 789 da CLT (alterado pela Lei n. 10.537, de 27.08.02) nada menciona a esse respeito, de modo que as custas devem ser pagas pelo vencido, no prazo recursal, na conformidade do disposto no § 1º desse artigo. TRT/SP 15ª Região 340-2002-118-

15-03-3 - Ac. 1ª Câmara 4.381/05-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 18.2.05, p. 19.

#### 15 - JUSTIÇA DO TRABALHO. INSS. COMPETÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VÍNCULO DE EMPREGO

Na forma do inciso VIII do art. 114 da CF/88, é competente a Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias decorrentes do reconhecimento do vínculo de emprego, não descaracterizando tal competência o fato de a sentença ser omissa quanto à natureza das parcelas e quanto aos limites de responsabilidade de cada parte, como exige o § 3º do art. 832 da CLT, em obediência ao princípio da autoridade conferida pela Constituição à Justiça do Trabalho. Entendimento, este, consagrado pela Súmula n. 368 do TST. TRT/SP 15ª Região 1249-2003-041-15-00-7 - Ac. 12ª Câmara 26.367/05-PATR. Rel. José Pitas. DOE 10.6.05, p. 54.

#### 16 - JUSTIÇA GRATUITA. DEPÓSITO RECURSAL NÃO EXTENSÃO

Ainda quando se admita a possibilidade de conferir-se o benefício da justiça gratuita a empregador pessoa física, sua extensão não abarcará o depósito judicial, já que este não é taxa judiciária, mas prévia garantia da futura execução. Recurso não conhecido, por deserto. TRT/SP 15ª Região 1775-2003-003-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 27.409/05-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 17.6.05, p. 18.

#### 17 - LITISPENDÊNCIA. AÇÃO INTERPOSTA POR SINDICATO, NA QUALIDADE DE SUBSTITUTO PROCESSUAL

A demanda interposta pelo Sindicato, na qualidade de substituto processual, obstaculiza que os membros da sua categoria profissional, na qualidade de substituídos, possam a postular individualmente igual pedido. Ocorre aí a figura da litispendência - art. 301, V, §§ 1º e 3º, do CPC - porque configurada a triplíce identidade - pedido, causa de pedir e partes, já que o Sindicato está perseguindo direito inerente ao próprio trabalhador. TRT/SP 15ª Região 286-2004-128-15-00-7 - Ac. 6ª Câmara 28.902/05-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 24.6.05, p. 34.

#### 18 - PRAZO. PRESCRICIONAL. NÃO CONSUMAÇÃO NO PERÍODO DE GREVE DOS SERVIDORES DO JUDICIÁRIO TRABALHISTA

Por força de movimento grevista dos servidores,

foram suspensos por ato da Presidência desta E. Corte os protocolos de todos os órgãos de Primeira Instância. Desse modo, o ajuizamento da ação, assim que se normalizou o atendimento ao público, com funcionamento regular dos protocolos, não pode comprometer o direito da parte que, por motivo alheio à sua vontade, não praticou dentro do biênio o ato processual apto a evitar a consumação da prescrição. TRT/SP 15ª Região 921-2003-085-15-00-1 - Ac. 8ª Câmara 4.939/05-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DOE 25.2.05, p. 39.

#### 19 - PRODUÇÃO DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA DO LITISCONSORTE PRESENTE. REVELIA DO LITISCONSORTE PRINCIPAL

O art. 48 do CPC prevê que os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos, sendo que os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros, inclusive na hipótese de revelia (art. 320, I, do CPC) ou confissão judicial (art. 350 do CPC). Assim, se o tomador dos serviços contestou direta e especificamente determinado pedido formulado na exordial, tem o direito de produzir a respectiva prova, inclusive nas hipóteses de revelia, confissão ou desinteresse da prestadora de serviços, especialmente porque aquela poderá ser considerada responsável subsidiária, tendo, assim, interesse processual para produzir a prova. Sentença anulada, para que seja permitida a produção da prova requerida. TRT/SP 15ª Região 1322-2003-083-15-00-2 - Ac. 6ª Câmara 18.676/2005-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 29.4.05, p. 51.

#### 20 - RAZÕES DE RECORRER. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO PONTUAL E FRONTAL DOS FUNDAMENTOS CONSTANTES DA SENTENÇA RECORRIDA. NÃO CONHECIMENTO

Ao recorrer a parte deve demonstrar especificamente as razões de seu inconformismo. A permissão de interposição de recurso por "simples petição", constante do art. 899 do diploma consolidado, não escusa a parte de demonstrar ao órgão *ad quem* os motivos pelos quais não concorda com a decisão proferida na origem. Recurso a que se nega conhecimento. TRT/SP 15ª Região 186-2003-127-15-00-3 - Ac. 5ª Câmara 17.879/05-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 29.4.05, p. 40.

**21 - REGISTRO. IMOBILIÁRIO. EMOLUMENTOS RELATIVOS AOS ATOS PRATICADOS PELOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS/ITBI. BENEFICIÁRIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. ISENÇÃO RESTRITA AOS PRIMEIROS**

Ainda que a assistência judiciária prevista na Lei n. 1.060/50 não se estenda automaticamente aos serviços extrajudiciais, porque de natureza diversa é com regramento específico, respalda a pretensão obreira a lei estadual que dispõe sobre os emolumentos dos atos praticados pelos serviços notariais e de registro no Estado de São Paulo, Lei n. 11.331, de 26/12/02 (art. 9º, II), editada por força das disposições da Lei Federal n. 10.169, de 29/12/00, que regulamentou o art. 236, § 2º, da Carta Maior. Mas não é só. Também instituiu isenção, com extensão aos serviços extrajudiciais, a Lei Estadual n. 7.377/91, cujo § 1º, com as mudanças determinadas pela Lei n. 9.130/95, é de total clareza a respeito. De resto, não é demais ponderar, ainda, que de acordo com o art. 1.245, do CC/03, já em vigência na época, a simples arrematação ou adjudicação em hasta pública, embora irretratável e acabada no âmbito processual (CPC, art. 694), não implica na transferência do direito de propriedade; para tanto, exige a norma de direito material a transcrição do título no registro do imóvel. Assim, também por este ângulo não se mostra juridicamente correto negar esse direito à agravante; afinal não se está tratando, aqui, da venda pura e simples de um bem, mas de aquisição decorrente de arrematação em processo judicial, conquistada a fórceps importa lembrar, e cuja dívida tem natureza nitidamente alimentar. Ora, o não registro da Carta de Arrematação em cartório competente pode levar, por linhas transversas, à ineficácia do direito adquirido em anos a fio de demanda, já que não produzirá efeito contra terceiros (CC/2003, art. 1.245 c/c Lei n. 6.015/73, arts. 167, I, "26" e 169). Admitir-se tal finalização significará instituir a insegurança nas relações jurídicas, o que certamente não é o espírito da lei. Porém, não se pode estender a isenção, via assistência judiciária, para o Imposto de Transmissão Inter vivos de Bens Imóveis, devido ao Município e não a órgão do Judiciário, que só pode ter a isenção de pagamento através de previsão expressa da Constituição da República ou de lei ordinária, que venha a excluir o crédito tributário, através de isenção, hipótese de não incidência ou imunidade tributária. TRT/SP 15ª Região 847-1996-032-15-

00-8 - Ac. 10ª Câmara 20.119/05-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 6.5.05, p. 41.

**22 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. EXISTÊNCIA DE BENS DE SÓCIO DA DEVEDORA PRINCIPAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUTAR OS BENS DOS SÓCIOS DA DEVEDORA SUBSIDIÁRIA**

A empresa condenada subsidiariamente só pode ter os seus bens executados após terem se esgotados todos os meios de execução contra o devedor principal, pois aquela espécie de responsabilização ocorre somente em caso de eventual inadimplemento por parte do primeiro responsável, aí se incluindo os seus sócios, face ao princípio da despersonalização da pessoa jurídica, tudo em observância aos incisos XXXVI e LIV do art. 5º da atual Carta Política. PENHORA ON-LINE. CONVERSÃO, DE OFÍCIO, EM ARRESTO. POSSIBILIDADE. Se o juiz desta Especializada pode, por si, dar início ao processo executório, está, igualmente, autorizado a, de ofício, tomar medida tendente a garantir a efetividade daquele. Em outras palavras, podendo iniciar o principal, também está autorizado a deflagrar o acessório que, nos termos do art. 796 do CPC, é sempre dependente daquele. TRT/SP 15ª Região 455-1998-087-15-00-9 - Ac. 8ª Câmara 8.734/05-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 11.3.05, p. 34.

**23 - REVELIA E CONFISSÃO**

O art. 844 da CLT ao dispor que a ausência do réu importa em revelia, deve ser interpretado como ausência do ânimo de defesa. Presente o advogado da reclamada, munido de procuração, deve ser deferida a juntada de contestação e documentos, aplicando-se, tão somente, a pena de confissão ficta à parte ausente. TRT/SP 15ª Região 1083-2002-096-15-00-6 - Ac. 12ª Câmara 616/05-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 21.1.05, p. 12.

**24 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL POR SINDICATO DE CLASSE. LISTA DE SUBSTITUÍDOS. DESNECESSIDADE**

A substituição processual dos integrantes da categoria profissional, pelo sindicato de classe, tem autorização constitucional (art. 8º, III) e independe da juntada da relação dos substituídos, que poderão, querendo, intervir no processo ou, meramente, se habilitar por ocasião da execução, tudo nos termos da Lei n. 8.078/90, que regula a tramitação das ações que buscam

interesses individuais homogêneos (arts. 81/104). Aliás, é de interesse do Poder Judiciário que ações, como a presente, sejam intentadas, evitando a discussão do mesmo direito em inúmeras ações individuais. TRT/SP 15ª Região 1092-2003-013-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 13.399/05-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 8.4.05, p. 20.

#### 25 - SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. SINDICATO. HORAS DE INTERVALO SUPRIMIDO. LEGITIMIDADE

Por força do art. 8º, III, da CF, cabe aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses individuais da categoria, devendo tal norma ser aplicada a todo e qualquer tipo de ação, desde que homogêneos os direitos ou interesses violados, uma vez que, por não ter ela restringido seu campo de incidência, não pode o intérprete fazê-lo, mormente nos dias atuais, em que se busca o máximo de efetividade das decisões judiciais, com o menor número possível de atos processuais. Em assim sendo, o sindicato é parte legítima ativa *ad causam*, para pleitear, na qualidade de substituto processual, a condenação de empresa ao pagamento de horas de intervalo suprimido, com base no art. 71, § 4º, da CLT. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1955-2003-013-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 22.926/05-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 25.5.05, p. 21.

#### 26 - SUCESSÃO DE EMPREGADORES. CONFIGURAÇÃO

A sucessão de empregadores somente existe quando a alienação do estabelecimento significar a transmissão da organização produtiva, ou seja, um todo unitário, capaz de produzir rendimentos. Não ocorre com a simples transferência de elementos isolados, não sendo possível, portanto, falar-se em sucessão de empregadores quando tenha havido a alienação de apenas parte de um negócio, que não possa ser considerada uma unidade econômico-produtiva, ou de máquinas e coisas vendidas como bens singulares. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 986-2003-082-15-00-8 - Ac. 7ª Câmara 7.143/05-PATR. Rel. I. Renato Buratto. DOE 4.3.05, p. 48.

#### 27 - TESTEMUNHA. CONTRADITA POR TROCA DE FAVORES

Falso testemunho acarreta consequências penais, com pena de reclusão (art. 342 CP), não

podendo ser presumido. E se assim é, não se há de, prévia e presuntivamente, atribuir à testemunha que moveu reclamatória contra seu ex-empregador, ainda que com o mesmo objeto, e que tenha se servido do reclamante como sua testemunha, a condição de suspeito, circunstância objetivamente aferível somente após a colheita do respectivo depoimento sob compromisso, com atribuição do valor que possa merecer à vista dos demais elementos probatórios constantes dos autos, pena de julgamento sumário, em afronta ao princípio do contraditório e ampla defesa. TRT/SP 15ª Região 105-2003-061-15-00-8 - Ac. 5ª Câmara 13.863/05-PATR. Rel. Veva Flores. DOE 8.4.05, p. 25.

#### 28 - VALOR DA CAUSA. RITO PROCESSUAL

A Lei n. 9.957/2000, que instituiu o rito sumaríssimo no âmbito da Justiça do Trabalho, abrangeu apenas os dissídios individuais entre particulares, cujo valor não exceda a quarenta salários mínimos (art. 852-A, da CLT). É certo que, para os processos que se enquadram no rito sumaríssimo, o autor deve apresentar pedido certo e determinado, indicando o valor correspondente (art. 852-B). Concomitantemente, segue vigente o rito ordinário, regido pelas normas gerais da CLT, no qual não se exige a liquidação dos títulos que compõem o pedido, bastando a sua apresentação simples, como previsto no art. 840, consolidado. A alegação de que, desta inovação processual em diante, todos os pedidos deveriam ser líquidos, para separar as reclamações segundo um dos ritos a serem seguidos, não me comove, por absoluta falta de amparo legal. É falsa a afirmação de que, não apresentando o valor dos pedidos e atribuindo à causa valor superior a quarenta vezes o salário mínimo, o reclamante teria escolhido o rito a ser seguido. O valor dado à causa pelo autor deve obedecer às regras do art. 259, do CPC, no caso de direitos definidos e oriundos do contrato de trabalho, a do Inciso I, por se tratar de cobrança de dívidas oriundas do pacto laboral. Cabe ao réu, caso não concorde com o valor da causa, utilizar o meio próprio para sua modificação, através do incidente previsto no art. 261, do CPC, perfeitamente cabível no processo obreiro, por aplicação subsidiária, permitida pelo art. 769, da CLT. TRT/SP 15ª Região 590-2004-074-15-00-7 - Ac. 10ª Câmara 11.818/05-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DOE 1º.4.05, p. 53.



# DIREITO RURAL

## 01 - SAFRA. PLANTIO, CAPINA E ACEIROS. PRAZO DETERMINADO. VALIDADE DO AJUSTE

A capina de cana-de-açúcar, o corte de mudas, o plantio e a "confeção de aceiros" também dependem de variações estacionais da atividade agrária, autorizando a contratação pela modalidade prevista no parágrafo único, do art. 14, Lei n. 5.889/73, até porque são "tarefas normalmente executadas no período compreendido entre o preparo do solo para o cultivo e a colheita" (parágrafo único do art. 19 do Decreto n. 73.626/74). INTERVALO. TRABALHADOR RURAL. ART. 71 DA CLT. INAPLICABILIDADE. A norma específica afasta a incidência de qualquer outra de caráter geral. Como art. 5º, da Lei n. 5.889/73, regulou integralmente o intervalo para refeição e descanso no trabalho rural, o disposto no art. 71 e §§ da CLT não se aplica aos rurícolas. TRT/SP 15ª Região 2219-2004-011-15-00-7 - Ac. 4ª Câmara 24.763/05-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 3.6.05, p. 72.

## 02 - TRABALHADOR RURAL. NORMA COLETIVA QUE PREVÊ A COMPLEMENTAÇÃO DE PRODUTIVIDADE EM VIRTUDE DE FATORES ALHEIOS A SUA VONTADE. POSSIBILIDADE

Norma coletiva de aplicação no meio rural que prevê reforço na diária paga ao empregado em

virtude de situações alheias a sua vontade - como chuvas ou falta de cana queimada - deve ser dotada de efetividade sempre que o trabalhador não atingir sua cota de produção no dia. Pois há aí a presunção de que dita situação alheia a vontade do trabalhador ocorrera de fato. TRT/SP 15ª Região 1868-2003-058-15-00-3 - Ac. 9ª Câmara 25.517/05-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 10.6.05, p. 45.

## 03 - TRABALHADOR RURAL. PRESCRIÇÃO

Apenas a partir da EC. n. 28, em 26/05/00, é que o transcurso do prazo quinquenal começou a fluir para trabalhadores rurais com contratos extintos ou em curso, porque nesta data a vigência do contrato de trabalho deixou de ser obstáculo para a fruição da prescrição. Em 26/05/05 é que se consumará eventual prescrição de direitos trabalhistas não quitados anteriormente a 26/05/00, ou em tempo inferior, se, demitido o empregado, vier a se verificar, anteriormente, a prescrição bienal. TRATORISTA. EMPREGADO RURAL. Aplicável o art. 2º, da Lei n. 5.889/73, a quem desenvolve a função de tratorista em prédio rústico, laborando na lavoura canavieira, tendo como tomador de seu serviço empregador rural, não se incluindo em categoria diferenciada, como preconizado no art. 511 da CLT. TRT/SP 15ª Região 51-2002-120-15-00-2 - Ac. 4ª Câmara 19.210/05-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 6.5.05, p. 23.

#### 04 - UNICIDADE CONTRATUAL. SAFRA E ENTRESSAFRA. SUCESSIVOS CONTRATOS

A contratação por prazo certo para o trabalhador agrícola é autorizada quando se trata de contrato de safra, nos termos da Lei n. 5.889/73, a qual prevê a hipótese desta modalidade de contrato para as variações da atividade sazonal, em que há necessidade de mão-de-obra excedente por prazo apenas temporário. Portanto a atividade agrícola, na entressafra, jamais pode ser tipificada como transitória e sim permanente. Neste aspecto, entendemos que o Decreto n. 73.626/74, não

poderia ter ultrapassado os limites da lei (art. 14), que instituiu o contrato de safra. Na verdade, a sucessividade da contratação a prazo (safra e entressafra) descaracteriza os vários contratos firmados, pois a prestação de serviços por longo tempo revela que era imprescindível a mão-de-obra permanente na propriedade, o que afasta a existência de contratos a prazo. Unicidade contratual reconhecida. Recurso ordinário não-provido. TRT/SP 15ª Região 1017-2004-011-15-00-8 - Ac. 5ª Câmara 7.303/05-PATR Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 4.3.05, p. 24.

# EXECUÇÃO

## 01 - AÇÃO MONITÓRIA

Inexiste incompatibilidade entre o instituto da ação monitória e o processo trabalhista. Nada obsta o cabimento da ação monitória, porquanto, uma das finalidades do instituto reside na consecução de um título executivo judicial. Como o procedimento monitório tem por base prova escrita sem eficácia de título executivo e seu objeto é a constituição de um título judicial para o prosseguimento da execução por quantia certa, inaplicável o art. 467, da CLT, por ser incompatível com o objeto perseguido. TRT/SP 15ª Região 1273-2003-118-15-00-7 - Ac. 4ª Câmara 1.332/05-PATR. Rel. Edison Giurno. DOE 28.1.05, p. 24.

## 02 - ACORDO. EM EXECUÇÃO. PRETERIÇÃO DA ORDEM DOS PRECATÓRIOS EXPEDIDOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU PARA APURAÇÃO DA ILEGALIDADE

É da competência funcional do Juiz da execução a análise da legalidade dos atos praticados pelas partes que entabulam acordo, ainda que expedido o precatório, observado que, quanto a esse, a atividade do Presidente do Tribunal é meramente administrativa. Correta a atitude do MM. Juiz que ao verificar a inobservância da ordem legal de preferência dos precatórios, em afronta ao disposto no art. 100 da CF, deixa de homologar o acordo entabulado. TRT/SP 15ª Região 472-1995-009-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 5.459/05-PATR. Rel. Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. DOE 25.2.05, p. 11.

## 03 - ACORDO. ENTRE AS PARTES. RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE FRAUDE

Fraude não se presume. Deve ser robustamente provada. Não há indícios nos autos de que as partes tenham compactuado com o escopo de fraudar os cofres públicos. O fato de a inicial postular outros títulos de natureza salarial não os vincula ao acordo até porque o art. 43 de a Lei n. 8.212/91 não exige que as parcelas discriminadas correspondam a todas as pleiteadas. TRT/SP 15ª Região 968-2002-027-15-00-3 - Ac. 5ª Câmara 20.528/05-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 13.5.05, p. 23.

## 04 - AGRAVO DE PETIÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA SOBRE NUMERÁRIO DE INSTITUIÇÃO BANCÁRIA QUE DESCUMPRIU ORDEM DE PENHORA *ON-LINE*. EFETIVAÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO EM QUE SE DEU O DESCUMPRIMENTO DA ORDEM. POSSIBILIDADE

Ante os termos do art. 14, inciso V e parágrafo único, do CPC, e dos arts. 312, 927 e 932, III, do CCB, é perfeitamente possível a penhora de numerário de instituição bancária que descumprir ordem de penhora *on-line*, pelo sistema BACEN JUD, nos próprios autos da execução em que se deu o descumprimento da ordem, quando constatada a ocorrência de dolo ou culpa de prepostos

da instituição. E assim ocorrendo, não há se falar em violação do art. 5º, LIV e LV, da CF, uma vez que, por meio de embargos de terceiro, é assegurado à instituição bancária o direito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Agravo de petição a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 560-2004-062-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 28.250/05-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 24.6.05, p. 22.

#### 05 - AGRAVO DE PETIÇÃO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ALCANCE. DESPESAS CARTORIAIS. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE AVERBAÇÃO DE PENHORA OU DE ADJUDICAÇÃO. CUSTAS EXCLUÍDAS

A assistência judiciária gratuita abrange todos os atos do processo, em todas as instâncias, com efeitos endógenos e exógenos, como, por exemplo, no primeiro caso, custas, emolumentos, honorários advocatícios e periciais e, no segundo caso, despesas extrajudiciais de averbação/anotação de penhora e adjudicação junto aos Cartórios de Registro Imobiliário. Esta função pública delegada há de ser exercida tendo em conta a evidente natureza pública e o caráter social dos serviços prestados aos cidadãos (Lei Federal n. 10169/00, arts. 1º e 2º). Bem por isso, a Lei Estadual n. 11.331/00, em seu art. 9º trata do cumprimento de mandados judiciais expedidos em favor de beneficiários da gratuidade de justiça, desde que assim expressamente determinando pelo Juízo. E sendo esta a hipótese dos autos, o Sr. Oficial do Cartório de Registro de Imóveis de Porto Ferreira há de cumprir a ordem judicial, sem qualquer ônus para o credor adjudicante. Agravo provido. TRT/SP 15ª Região 924-1997-048-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 130/05-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 14.1.05, p. 68.

#### 06 - ARREMATAÇÃO FEITA PELO EXEQÜENTE. AUSÊNCIA DE LICITANTES. VALOR INFERIOR AO DA AVALIAÇÃO. VIABILIDADE

A teor do disposto no § 2º do art. 690 do CPC, de aplicação subsidiária no processo do trabalho, o credor está legitimado a participar da hasta pública, podendo oferecer lance e disputar os bens leiloados, em igualdade de condições com terceiros. A ausência de outros licitantes não pode constituir óbice à arrematação, eis que o mesmo não pode ser prejudicado porque outros não se

interessaram em exercer esse direito, sendo válido o lance oferecido pelo reclamante, assim como o seria o lance de uma única pessoa, estranha à lide. No que tange ao valor da arrematação, é certo que, se o credor pode concorrer com terceiros, em igualdade de condições, não teria sentido exigir-se que o mesmo somente pudesse arrematar os bens pelo valor da avaliação, o que equivaleria a restringir os lances de sua parte e, via de consequência, restaria anulada a igualdade do mesmo com os demais licitantes. A expressão "valor dos bens", consignada no § 2º do art. 690 do CPC, deve ser compreendida como o valor da arrematação e não o da avaliação, ficando o exeqüente obrigado ao depósito da diferença entre o valor da primeira e o de seu crédito, quando este for inferior àquele. TRT/SP 15ª Região 1431-2000-067-15-85-0 - Ac. 6ª Câmara 7.575/05-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 4.3.05, p. 35.

#### 07 - BEM DE FAMÍLIA. MÓVEIS QUE GUARNECEM A RESIDÊNCIA DO DEVEDOR. POSSIBILIDADE DA CONSTRICÇÃO JUDICIAL

A impenhorabilidade de que trata o parágrafo único, do art. 1º da Lei n. 8.009/90 não pode ser oposta em relação a todo e qualquer bem que guarnece a residência do devedor. À expressão "móveis que guarnece a casa" deve ser dada interpretação à luz do princípio da razoabilidade, além de considerar o critério da essencialidade, cujo escopo é assegurar a impossibilidade de a constricção judicial recair em bem essencial à rotina doméstica, a fim de evitar que a manutenção do lar reste inviabilizada. TRT/SP 15ª Região 325-2001-102-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 24.022/05-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 3.6.05, p. 99.

#### 08 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA

A alteração perpetrada pela EC n. 20/98, regulamentada pela Lei n. 10.035/2000 não conferiu, ao INSS, poder para discutir ou questionar a distribuição das parcelas feitas pelas partes no contexto do acordo. Feita a discriminação dos títulos, não cabe ao INSS discutir essa atribuição, ainda mais quando guardam proporção com as verbas e os valores elencados na exordial, pois é apenas terceiro interessado e não participou da relação jurídica, sendo certo que a conciliação é prerrogativa exclusiva das partes envolvidas no conflito. Mesmo porque ainda não existia sen-

tença nos autos e frente a controvérsia existente, as teses, tanto do autor como do réu, encontram-se no plano de mera expectativa de direito, caracterizando a *res litigiosa* ou a *res dubia*, necessária para ser objeto de transação. Ademais, a fraude não pode ficar no plano de mera alegação, devendo ser comprovada. TRT/SP 15ª Região 665-2003-101-15-01-0 - Ac. 5ª Câmara 25.760/05-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 10.6.05, p. 25.

#### 09 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO RECONHECIMENTO DO VÍNCULO. CABIMENTO

Independentemente do reconhecimento do vínculo empregatício, devida a contribuição previdenciária, a cargo da reclamada, no importe de 20% sobre o total das remunerações pagas nos autos, ou seja, do valor acordado, na conformidade do que dispõe o art. 195, I, "a" da CF, 22 da Lei n. 8.212/91 e 201, II e 276, § 9º do Decreto n. 3.048/99, acrescentado recentemente pelo Decreto n. 4.032/2001. TRT/SP 15ª Região 396-2003-008-15-00-5 - Ac. 5ª Câmara 13.779/05-PATR. Rel. Ernesto da Luz Pinto Dória. DOE 8.4.05, p. 22.

#### 10 - DIREITO PREVIDENCIÁRIO. EXECUÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS EM DECORRÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO RECONHECIDO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO

A EC n. 20/98 acresceu o § 3º ao art. 114 da CF, atribuindo competência expressa à Justiça do Trabalho para a execução, de ofício, das contribuições previdenciárias do empregador sobre a folha de salários e do trabalhador (art. 195, I, "a", e II, CF) decorrentes das sentenças trabalhistas proferidas, o que veio a ser procedimentalizado, com o advento da Lei n. 10.035/00, com a inserção de artigos na própria CLT. O recolhimento previdenciário decorrente de relação de emprego reconhecida, seja por acordo, seja por Sentença que julga o pedido, tem esta Especializada competência para sua execução, pois os dispositivos supraindicados não limitam a competência às sentenças condenatórias, abrangendo, portanto, as de cunho declaratório, ou constitutivas. O termo "condenação" inserto no dispositivo consolidado deve ser interpretado em harmonia com o art. 114, CF. No pertinente ao crédito tributário, já que recente decisão do C. STF voltou a atribuir o *status* de tributo a tais con-

tribuições, a Sentença proferida traduz a constituição do crédito, como decorrência da própria lei. Recurso da Autarquia a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 1052-2002-025-15-00-8 - Ac. 3ª Câmara 2.418/05-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 4.2.05, p. 35.

#### 11 - DISCRIMINAÇÃO DE PARCELAS. TRANSACIONADAS. PROPORCIONALIDADE COM TÍTULOS POSTULADOS NÃO OBRIGATÓRIA

A transação pressupõe concessões recíprocas e não exige sequer que seu objeto se limite aos títulos postulados. Por outro lado, o parágrafo único do art. 43 da Lei n. 8.212/91 atribui às partes o dever de discriminar as parcelas transacionadas, sob pena da contribuição devida ser calculada sobre o valor total conciliado, não estabelecendo nenhum parâmetro para essa discriminação. Rejeição da discriminação somente no caso de demonstração de fraude, cabendo a quem a alega o ônus da prova. Férias pagas em razão de acordo judicial. Não incidência de contribuição previdenciária. Inteligência da alínea "d" do § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/91. Honorários advocatícios. Admissível sua inclusão dentre as parcelas transacionadas, uma vez que não se mostra razoável supor que o advogado atue no processo sem receber pagamento, geralmente feito com base em um percentual do valor recebido pela parte. Possível, portanto, que dos termos da avença conste a obrigação de um dos transigentes pagar os honorários advocatícios do advogado da outra parte. Devida a incidência de contribuição previdenciária sobre aviso prévio indenizado, uma vez que tal parcela não está incluída no rol daquelas que não integram o salário-de-contribuição. Interpretação do § 9º do art. 28 da Lei n. 8.212/91, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.528/97. TRT/SP 15ª Região 1087-2003-031-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 17.764/05-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 29.4.05, p. 36.

#### 12 - EMBARGOS DE TERCEIRO. DOAÇÃO REALIZADA ANTES DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO TRABALHISTA. ESCRITURA PÚBLICA. DESNECESSIDADE DE INSCRIÇÃO NO CRI. FRAUDE DE EXECUÇÃO NÃO CARACTERIZADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 84 DO STF

Já está ultrapassado o entendimento de que seria necessária a inscrição da doação no CRI. A Súmula n. 610 do STF está superada pela de n. 84 do STF. Esta prevalece sobre aquela, uma vez

que a CF de 1988 cometeu ao E. STJ dizer a última palavra sobre a interpretação da lei federal (art. 105, III, letra a). Irrelevante, portanto, o fato de a doação ter sido levada a registro após o aforamento da reclamação trabalhista. Agravo de petição que se dá provimento para julgar procedentes os embargos de terceiro. TRT/SP 15ª Região 832-2004-095-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 25.989/05-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DOE 10.6.05, p. 20.

### 13 - EXECUÇÃO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO

A sentença normativa pendente de recurso tem natureza precária, sujeita a evento futuro e incerto, que poderá ou não se realizar. Assim, ainda que não se exija o seu trânsito em julgado para o ajuizamento de ação de cumprimento, o título executivo que nessa ação vier a se formar estará igualmente sujeito à condição resolutiva. No caso, extinta a ação coletiva em sede recursal, sem apreciação do mérito, desaparece do mundo jurídico o direito em que se fundamenta o título judicial executado na ação de cumprimento, o qual, conseqüentemente, não pode subsistir, sob pena de admitir-se a existência de efeito sem causa. Agravo de petição a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 277-2001-061-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 13.586/05-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 8.4.05, p. 40.

### 14 - EX-SÓCIO. RESPONSABILIDADE. LIMITES

O sócio que se retira tem legitimidade para responder pelas dívidas trabalhistas da sociedade, desde que comprovada a prestação de serviços pelo trabalhador, antes do arquivamento da alteração contratual e no período não coberto pelo manto prescricional, além de constatada a inexistência de bens penhoráveis. Em caso de penhora de bens insuficientes para a garantia integral da execução, essa responsabilidade do ex-sócio deve ficar restrita à diferença resultante do crédito trabalhista e a dedução do valor dos bens penhorados no processo, à data da penhora, pertencentes à empresa Executada ou aos seus sócios remanescentes. BEM DE FAMÍLIA. IMÓVEL RESIDENCIAL. IMPENHORABILIDADE. REGISTRO. IRRELEVÂNCIA. A impenhorabilidade recai sobre o "único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente" (art. 5º da Lei n. 8.009/90) e independe da existência de outros bens, mesmo

que destinados a fins residenciais, e de registro junto ao Cartório Imobiliário, exceto para evitar a sua incidência sobre aquele de "menor valor", quando o interessado ocupe mais de um imóvel para fins residenciais (art. 5º, parágrafo único). TRT/SP 15ª Região 2821-1994-092-15-85-9 - Ac. 4ª Câmara 8.398/05-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 11.3.05, p. 24.

### 15 - FAZENDA PÚBLICA. EXECUÇÃO. REQUISICÃO ATRAVÉS DE OFÍCIO REQUISITÓRIO DE PEQUENO VALOR

O art. 100, § 3º, da CF/88, dispõe: "O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado". Já o art. 87 do ADCT, com a redação dada pela EC n. 37, de 13/7/02, ao identificar as obrigações de pequeno valor, em relação as Fazendas estadual e municipal, preceitua: "Art. 87. Para efeito do que dispõem o § 3º do art. 100 da CF e o art. 78 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias serão considerados de pequeno valor, até que se dê a publicação oficial das respectivas leis definidoras pelos entes da Federação, observado o disposto no 4º do art. 100 da CF, os débitos ou obrigações consignados em precatório judiciário, que tenham valor igual ou inferior a: I - quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal; II - trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios." Logo, considerando-se a condição do reclamado de autarquia estadual, não há como impor que o pagamento da condenação seja efetuado em 08 (oito) dias, conforme decisão *a quo*. Remessa Oficial e Recurso Ordinário a que se dá parcial provimento, para, adequando a r. sentença aos preceitos constitucionais reguladores da matéria, determinar que, oportunamente, a requisicão de pagamento do presente débito trabalhista seja através ofício requisitório de pequeno valor, nos termos da fundamentação. TRT/SP 15ª Região 523-2004-040-15-00-5 - Ac. 10ª Câmara 16.968/05-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 29.4.05, p. 79.

### 16 - JUROS. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FATO GERADOR

Indevidos juros para cálculo dos valores devidos ao INSS quando o valor devido for apurado

em valor decorrente de acordo, posto que conforme vem decidindo a majoritária corrente jurisprudencial, com base na lei, o fato gerador das contribuições previdenciárias é o pagamento dos salários. Inteligência do art. 11 da Lei n. 8.212/91. TRT/SP 15ª Região 1704-2003-025-15-00-5 - Ac. 6ª Câmara 15.194/05-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 15.4.05, p. 20.

#### 17 - JUROS. E MULTA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. FATO GERADOR

Indevidos juros e multa de mora para cálculo das importâncias devidas ao INSS quando o montante devido for apurado em liquidação de sentença, posto que conforme vem decidindo a majoritária corrente jurisprudencial, com base na lei, o fato gerador das contribuições previdenciárias é o pagamento dos salários. Inteligência do art. 11 da Lei n. 8.212/91. JUROS. DEPÓSITO PARA GARANTIA DA EXECUÇÃO. PERCENTUAL. APLICAÇÃO DA NORMA TRABALHISTA. Infere-se da Lei n. 8.177/91, art. 39, que os juros de mora incidem sobre o capital atualizado, desde a interposição da reclamação até o efetivo pagamento da condenação, uma vez que quanto ao final do período de apuração a lei não fez qualquer ressalva ou diferenciação; o que torna imperioso se concluir que este (final do período de apuração) é idêntico ao da correção monetária. Padece de legalidade o entendimento de que uma vez feito o depósito judicial em estabelecimento bancário encerrou-se a contagem dos juros de mora pelos critérios aplicáveis à sua remuneração pelo vértice das normas trabalhistas e que corretos seriam aqueles remunerados pelos índices financeiros dos bancos". TRT/SP 15ª Região 2151-1998-029-15-00-5 - Ac. 6ª Câmara 26.466/05-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DOE 10.6.05, p. 31.

#### 18 - PENHORA. CRÉDITOS DECORRENTES DE APÓLICE DE SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS

A impenhorabilidade absoluta estabelecida no inciso IX do art. 649 do CPC restringe-se ao seguro de vida, cujo beneficiário, por óbvio, é um terceiro, não o próprio segurado. Portanto, o numerário derivado da liquidação do sinistro jamais integrará o patrimônio do segurado. Contudo, na hipótese dos presentes autos, trata-se de seguro de acidentes pessoais, em que o beneficiário é o próprio segurado, situação não abrangida pela impenhorabilidade prevista no

dispositivo legal supramencionado. Agravo de petição a que se dá provimento, para determinar a manutenção da penhora efetuada no rosto dos autos, incidente sobre crédito do executado reconhecido judicialmente, decorrente de seguro de acidentes pessoais. TRT/SP 15ª Região 519-2001-110-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 11.902/05-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 1º.4.05, p. 56.

#### 19 - PENHORA. DIREITO DE PREFERÊNCIA

A arrematação de imóvel em outro Juízo não elide o direito de preferência do exequente trabalhista, quando houve anterioridade da penhora nesta Especializada. (inteligência dos arts. 611 e 711 do CPC). TRT/SP 15ª Região 2381-1998-066-15-00-4 - Ac. 7ª Câmara 3.579/05-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 11.2.05, p. 23.

#### 20 - PREÇO VIL. CRITÉRIO PARA APURAÇÃO

Uma vez que a lei não estabelece os critérios para que se reconheça o preço vil, tal mister ficou a cargo do prudente critério dos magistrados, o que, inevitavelmente, em vista da subjetividade, impede uma uniformidade de entendimento. Destarte, levando em conta o prudente critério da doutrina, não há como escapar à pecha de lance vil aquele que se encontra abaixo do limite de 20% do valor da avaliação. No caso dos autos, sendo o lance de 60% do valor avaliado, nem se cogita da existência do lance vil. TRT/SP 15ª Região 1223-2000-067-15-86-4 - Ac. 9ª Câmara 6.621/05-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 4.3.05, p. 56.

#### 21 - PRESCRIÇÃO. INTERCORRENTE. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. PERITO JUDICIAL. PARTE PROCESSUAL

O perito judicial na execução dos "honorários periciais" é parte no processo executivo, na medida que participa do contraditório em juízo em defesa de interesse jurídico seu. O art. 878 da CLT permite que a execução seja promovida por qualquer interessado ou *ex officio* pelo magistrado, o que deve ser interpretado em sentido amplo, albergando o senhor perito para execução de seus honorários periciais. Nessa medida, ao perito são ofertados pelo ordenamento jurídico os direitos inerentes à condição de parte, assim como os ônus processuais de tal "status jurídico". A incúria do mesmo no atendimento das determinações judiciais "personalíssimas", ou

seja, daquelas que são insupríveis pelo magistrado, na execução de seus honorários periciais, demanda que se aplique também na hipótese vertente o instituto da prescrição intercorrente, tal qual nas remotas e excepcionais hipóteses em que o instituto é aplicável à execução de créditos trabalhistas *stricto sensu*. Agravo de petição improvido. TRT/SP 15ª Região 414-1983-007-15-85-0 - Ac. 11ª Câmara 4.621/05-PATR. Rel. Fany Fajerstein. DOE 18.2.05, p. 34.

#### 22 - PROCESSO DO TRABALHO. EXECUÇÃO. PENHORA. CONTA-SALÁRIO E CONTA-POUPANÇA INTEGRADA. IMPENHORABILIDADE

Os créditos de natureza salarial depositados diretamente em conta-salário e transferidos a conta-poupança integrada não têm alterada a natureza da parcela, remanescendo impenhoráveis em conformidade com o art. 649, IV, CPC, impondo-

se o desbloqueio dos valores. Agravo de Petição provido. TRT/SP 15ª Região 1390-1993-009-15-00-9 - Ac. 3ª Câmara 27.710/05-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 17.6.05, p. 12.

#### 23 - RESPONSABILIDADE DO SÓCIO OU DO ASSOCIADO. CC, ART. 1.032

Na forma do art. 1.032 do CC, a responsabilidade do sócio subsiste até dois (2) anos da averbação na Junta Comercial ou no Cartório Civil da resolução de sua saída, que, ante o princípio da despersonalização da Pessoa Jurídica, responde, objetivamente, perante a Sociedade com fins lucrativos ou, subjetivamente, perante a Sociedade Civil, equiparável a Empregador, na forma do § 1º, do art. 2º, da CLT. TRT/SP 15ª Região 1206-1997-049-15-00-3 - Ac. 12ª Câmara 29.120/05-PATR. Rel. José Pitas. DOE 24.6.05, p. 56.

# MATÉRIA NOVA

## 01 - HONORÁRIOS PERICIAIS. JUSTIÇA GRATUITA. ASSUNÇÃO DO DÉBITO PELA UNIÃO FEDERAL

A Justiça do Trabalho é órgão do Poder Judiciário Federal, assim diante do comando do art. 790-B da CLT, e na falta de regulamentação da matéria, deve o Governo Federal arcar com o pagamento dos honorários periciais, na hipótese em que a parte sucumbente no objeto da perícia é beneficiária da justiça gratuita, uma vez que o perito não pode ficar sem receber a remuneração pelo serviço prestado no interesse do Poder Público em solucionar a lide com a entrega da tutela jurisdicional invocada. Impõe-se a assunção do débito à UNIÃO FEDERAL, salientando tratar-se de valor de pequena monta, devendo ser pago imediatamente. Para tanto, oportunamente, deverá ser promovida a execução *ex officio* dos honorários periciais, na forma dos arts. 876 e seguintes, da CLT, dando-se ciência ao interessado. Aplicação do disposto no art. 5º, LXXIV, da CF/88. TRT/SP 15ª Região 732-2001-063-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 18.258/05-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 29.4.05, p. 86.

## 02 - PRESCRIÇÃO. DANO MORAL

Com a entrada em vigor da EC n. 45/04,

que majorou significativamente a competência desta Justiça Especializada, vide art. 114 da Magna Carta, parece que se jogou uma pá de cal sobre tormentoso tema da prescrição dos danos morais. A prescrição decorre, única e exclusivamente, da natureza da matéria discutida e não da competência do juízo que deva reconhecer do pedido formulado. Reforçando tal entendimento, já tive a oportunidade de decidir no sentido de afastar a prescrição inserida no art. 7º, XXIX, da CF, e aplicar a trintenária, quando da cobrança dos depósitos do FGTS por parte do empregado. Por outro lado, de acordo com o princípio da norma mais favorável, que é aplicação, entre várias normas hipoteticamente aplicáveis ao caso, daquela mais favorável ao empregador, e não havendo norma proibitiva do Estado tratando da questão, emprega-se nesta Justiça Especializada, no caso do dano moral, o prazo prescricional oriundo do direito civil. Destarte, em casos como o proposto, se aplica a prescrição prevista no art. 177 do antigo Código Civil, correspondente ao 205 do atual. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 856-2002-094-15-00-4 - Ac. 11ª Câmara 19.704/05-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DOE 6.5.05, p. 50.



## SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

01 - AÇÃO ANULATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. NECESSIDADE DE ASSEMBLÉIA GERAL (ART. 612 DA CLT) E NEGOCIAÇÃO COMPENSATÓRIA PARA REDUÇÃO DE JORNADA PREVISTA NO ART. 7º, INCISO XIV, DA CF

Constitui condição essencial para a celebração do acordo coletivo de trabalho ou mesmo da convenção coletiva, a deliberação por Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, com o escopo de legitimar a atuação da entidade sindical em favor dos interesses dos representados e verificar a efetiva realização e legalidade do procedimento, na forma como determina o art. 612 da CLT. Outrossim, não há como admitir a flexibilização da jornada de trabalho, mesmo a prevista constitucionalmente pelo art. 7º inciso XIV, sem negociação coletiva, que o segundo o entendimento o I. Juiz Samuel Hugo

Lima, relator do processo que deu origem à investigação do Ministério Público, pressupõe "o mínimo de comutatividade". Ação julgada procedente em parte. TRT/SP 15ª Região 90-2004-000-15-00-9 - Ac. SDC 21/05-PADC. Rel. Flávio Allegretti de Campos Cooper. DOE 18.3.05, p. 3.

02 - AGRAVO REGIMENTAL. EM DISSÍDIO COLETIVO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. NÃO DEMONSTRADO O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS

Resulta na extinção do feito sem julgamento do mérito, quando instada a parte a demonstrar o cumprimento de todos os requisitos legais, deixa de fazê-lo. Aplicação do art. 223, §§ 1º e 2º do Regimento Interno deste Regional. TRT/SP 15ª Região 2186-2004-000-15-00-1 - Ac. SDC 58/05-PADC. Rel. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DOE 24.6.05, p. 5.



# TRIBUNAL PLENO

01 - RECLAMAÇÃO CORREICIONAL.  
INTERPOSIÇÃO APÓS O PRAZO  
REGIMENTAL. INTEMPESTIVIDADE

O art. 35, parágrafo único, do Regimento Interno do TRT da 15ª Região fixa em cin-

co dias o prazo para ingressar com reclamação correicional. Escoado o quinquídio, a interposição é extemporânea. Proc. 927-1995-105-15-0 - Ac. TP 32/05-PPLJ. Rel. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DOE 20.5.05, p. 2.



# ÍNDICE DE EMENTAS

## 1ª Seção de Dissídios Individuais

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>DEPOSITÁRIO</b>			
- Nomeação <i>ex officio</i> do devedor ou de seu representante legal. Possibilidade. Inaplicabilidade da Súmula n. 304 do c.STJ e da OJ n. 89/SDI-2/C. TST .....	01	- Bloqueio em conta corrente utilizada para pagamento de salários e aplicações financeiras. Penhorabilidade .....	06
<b>DÍVIDA DE PEQUENO VALOR</b>			
- Desnecessidade de precatório. Lei Municipal não invocada .....	02	- Contra ato judicial: Inexistência de recurso com efeito suspensivo. Possibilidade de dano irreparável. Cabimento. Inteligência da Súmula n. 267, STF .....	07
<b>HABEAS CORPUS</b>			
- Depositário. Nomeação. Penhora sobre faturamento. Possibilidade. Administrador. Nomeação .....	03	- Exigência de depósito prévio de honorários periciais para a realização da prova técnica. Violação a direito líquido e certo. Concessão .....	08
- Recusa do encargo de depositário. Impossibilidade de prisão civil .....	04	- Penhora de conta-salário. Ato ilegal, violador de direito líquido e certo do impetrante .....	09
<b>INTERPRETAÇÃO GRAMATICAL</b>			
- Palavra. Sua relevância .....	12	- Penhora sobre bens de sócio. Bloqueio de conta corrente pessoal, destinada, exclusivamente, à percepção de salários. Inexistência de prova cabal do alegado .....	10
<b>MANDADO DE SEGURANÇA</b>			
- Ato de antecipação de tutela para pagamento de indenização mensal a empregado incapacitado para o trabalho em decorrência de trabalho por longo tempo em local contaminado por agentes químicos. Existência dos requisitos legais para a concessão da antecipação de tutela. Legalidade do objeto do provimento antecipatório .....	05	- Penhora sobre o faturamento da empresa. Incidência sobre o rendimento líquido. Concessão .....	07
		<b>NÃO CONFIGURAÇÃO</b>	
		- Do direito líquido e certo. Previsão de outro recurso (agravo de petição) contra o ato impugnado .....	11

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>REINTEGRAÇÃO</b>			
- Tutela antecipada. Preocupação com a partilha entre autor e réu dos ônus e conseqüências de possível demora na entrega da prestação jurisdicional.....	12	- Simulação processual fraudulenta. Atentado à dignidade da justiça. Procedência.....	03
<b>2ª Seção de Dissídios Individuais</b>			
<b>AÇÃO RESCISÓRIA</b>			
- Acordo judicial. Manifestação de vontade não viciada. Validade do ajuste.....	01	- Termo de homologação de acordo. Possibilidade.....	03
- Ausência de recurso contra a decisão rescindenda. Irrelevância.....	02	- Violação a dispositivo de lei. Prequestionamento.....	05
- Carência de ação. Ilegitimidade ativa. INSS, como terceiro prejudicado. Possibilidade. Art. 487, do CPC.....	03	- Violação literal de lei. Art. 71 da CLT. Intervalo interjornada. Princípio da legalidade. Fundamento ineficaz. Enunciado n. 97, do TST.....	02
- Citação. Ausência. Nulidade argüida em contestação. Elisão.....	03	<b>COLUSÃO</b>	
- Citação. Nulidade argüida em contestação. Pedido de devolução do prazo. Impertinência.....	03	- Hipótese rescindenda reconhecida. <i>Judicium rescissorium</i> . Necessidade de extinção da ação trabalhista. OJ n. 94 da SBDI-2, do TST.....	03
- Colusão entre as partes. Simulação processual fraudulenta. Acordo prejudicial ao erário. Comprovação.....	03	<b>Direito Material</b>	
- Colusão entre as partes. Simulação processual fraudulenta. Acordo prejudicial ao erário. Repúdio.....	03	<b>ATLETA PROFISSIONAL</b>	
- Erro de fato. Ocorrência quanto a um dos aspectos em que se escorou a decisão. Inexistência de comissão de conciliação prévia. Ineficácia da rescisão.....	02	- De futebol. Impossibilidade de reconhecimento de contratação por prazo indeterminado.....	01
- Inépcia da inicial. Ausência de atribuição de valor à causa. Não ocorrência.....	03	<b>BANCÁRIO</b>	
- Inépcia da inicial. Ausência de expressa indicação do fundamento legal que enseja a rescisão. Clareza dos fatos descritos. Elisão.....	03	- Serviço de atendimento a cliente. Terceirização ilícita.....	02
- Inépcia da inicial. Condições para o acatamento.....	03	<b>BANCO DE HORAS</b>	
- Justiça do trabalho. Pedido incorreto.....	02	- Necessidade de autorização sindical.....	03
- Sentença de arrematação de natureza homologatória. Não-cabimento.....	04	<b>COMISSÕES DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA</b>	
		- (Lei n. 9.958/00)04.....	04
		<b>CONTRATO A PRAZO</b>	
		- Superveniência de licença maternidade. Extinção no termo normal. Impossibilidade.....	05
		<b>CONTROLES DE PONTO</b>	
		- Falsidade Ideológica.....	06
		<b>DANO MORAL</b>	
		- Caracterização.....	07
		- Disacusia irreversível. Impossibilidade de concessão. Ausência de nexo causal entre a moléstia e o trabalho.....	08

Ementa	Referência	Ementa	Referência
- Rescisão indireta do contrato de trabalho.....	09	<b>OPERADOR DE TELEATENDIMENTO</b>	
- Revista. Procedimento patronal regular. Ausência de ofensa, abuso, ou violação do art. 373-A, VI, da CLT e do art. 5º, X, da CF. Indenização. Improcedente.....	10	- Horas extras. Aplicação do art. 72 da CLT. Impossibilidade.....	22
<b>DANOS MORAIS</b>		<b>PRESCRIÇÃO</b>	
- Lei de imprensa. Inaplicável.....	11	- Suspensão do contrato. Fluência conforme a obrigação exigida.....	23
<b>DESVIO DE FINALIDADE</b>		<b>RECURSO ORDINÁRIO</b>	
- Do ato administrativo. Nomeação para o exercício de cargo em comissão. Nulidade da contratação.....	12	- Da reclamante e dos sócios da primeira reclamada. Contrato de franquia desta última com a segunda reclamada. Posto de combustíveis. Inexistência de subordinação ou de grupo econômico. Responsabilidades solidária e subsidiária afastadas.....	24
<b>DIREITO DO TRABALHO</b>		<b>REGIMES DE PRONTIDÃO</b>	
- Prescrição. Herdeiro menor. Incidência da regra civil de forma subsidiária (art. 8º da CLT). Causa impeditiva reconhecida.....	13	- É sobreaviso não se confundem.....	25
<b>DISPENSA DE EMPREGADO</b>		<b>REPRESENTANTE COMERCIAL</b>	
- Público concursado. Estágio probatório. Necessidade de processo administrativo. Motivação.....	14	- Caracterização.....	26
<b>EQUIPARAÇÃO SALARIAL</b>		<b>SERVIDOR PÚBLICO</b>	
- Identidade de funções.....	15	- Empregado municipal concursado. Estágio probatório. Dispensa. Ato motivado. Exigência do Estado Democrático de Direito.....	27
<b>ESTABILIDADE</b>		<b>VÍNCULO EMPREGATÍCIO</b>	
- Acidente do trabalho. Ação ajuizada somente após o término do período. Indenização indevida.....	16	- Chapa.....	28
- Provisória. Gestante. Norma coletiva estabelecendo prazo “decadencial” para comunicação da gravidez ao empregador.....	17	<b>Direito Processual</b>	
- Sindical. Renúncia. Caracterização. Não configurada a violação do art. 8º, VIII, da CF e art. 543 da CLT.....	18	<b>ACIDENTE DE TRABALHO</b>	
<b>FUNDAÇÃO PÚBLICA</b>		- Danos morais e estéticos.....	01
- Impossibilidade de alteração da natureza jurídica.....	19	- Indenização. Ação em face do empregador. Competência da Justiça do Trabalho.....	02
<b>HORAS EXTRAS</b>		<b>ARBITRAGEM</b> .....	03
- Serviços externos. Não configuração.....	20	<b>ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA</b>	
<b>NORMA COLETIVA</b>		- Gratuita. Atestado de insuficiência econômica. Prova em contrário admitida.....	04
- Jornada 12x36. Cômputo da hora noturna de forma reduzida. Obrigatoriedade.....	21	<b>AUSÊNCIA DE RÉPLICA</b>	
		- Efeitos. Nulidade processual. Cerceamento de defesa. Configuração.....	05

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>COMPETÊNCIA MATERIAL</b>		<b>PENHORA ON-LINE</b>	
- Justiça do Trabalho. Execução, de ofício, das contribuições previdenciárias. Contribuições ao "SAT" e ao denominado sistema "S". Incompetência em relação às últimas .....	06	- Conversão, de ofício, em arresto. Possibilidade .....	22
<b>CONFISSÃO FICTA</b>		<b>PRAZO. PRESCRICIONAL</b>	
- Elisão pela prova acostada aos autos .....	07	- Não consumação no período de greve dos servidores do judiciário trabalhista .....	18
<b>CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS</b>		<b>PRODUÇÃO DE PROVAS</b>	
- Acordo. Recurso ordinário. Não conhecimento .....	08	- Cerceamento de defesa do litisconsorte presente. Revelia do litisconsorte principal .....	19
<b>DESNECESSIDADE</b>		<b>RAZÕES DE RECORRER</b>	
- Do rol de substituídos processualmente nas ações de interesses individuais homogêneos patrocinadas pelo sindicato .....	09	- Ausência de impugnação pontual e frontal dos fundamentos constantes da sentença recorrida. Não conhecimento .....	20
<b>DISSÍDIO COLETIVO</b>		<b>RECOLHIMENTOS FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS</b>	
- Efeito de coisa julgada no dissídio individual .....	10	- Condenação judicial. Créditos trabalhistas. Pretensão quanto à responsabilidade exclusiva do empregador .....	10
<b>HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS</b>		<b>REGISTRO</b>	
- Justiça do Trabalho. Relação de emprego. Cabimento .....	11	- Imobiliário. Emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. Imposto sobre a transmissão de bens imóveis/ITBI. Beneficiário da assistência judiciária gratuita. Isenção restrita aos primeiros .....	21
- Necessidade do reexame da matéria em decorrência do novo Código Civil .....	12	<b>RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA</b>	
<b>INDENIZAÇÃO</b>		- Existência de bens de sócio da devedora principal. Impossibilidade de executar os bens dos sócios da devedora subsidiária .....	22
- Por dano moral. Prazo para propositura da ação. Responsabilidade da empresa por ato de seu contador em entrevista à imprensa .....	13	<b>REVELIA E CONFISSÃO</b> .....	23
<b>INQUÉRITO</b>		<b>SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL</b>	
- Para apuração de falta grave. Prazo para propositura e recolhimento de custas .....	14	- Por sindicato de classe. Lista de substituídos. Desnecessidade .....	24
<b>JUSTIÇA</b>		- Sindicato. Horas de intervalo suprimido. Legitimidade .....	24
- Do Trabalho. INSS. Competência. Contribuições previdenciárias. Vínculo de emprego .....	15		
- Gratuita. Depósito recursal não extensão .....	16		
<b>LITISPENDÊNCIA</b>			
- Ação interposta por sindicato, na qualidade de substituto processual .....	17		

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>SUCCESSÃO DE EMPREGADORES</b>		descumprimento da ordem. Possibilidade .....	04
- Configuração .....	26	- Gratuidade da justiça. Alcance. Despesas cartoriais. Determinação judicial de averbação de penhora ou de adjudicação. Custas excluídas .....	05
<b>TESTEMUNHA</b>		<b>ARREMATAÇÃO FEITA PELO EXEQUENTE</b>	
- Contradita por troca de favores .....	27	- Ausência de licitantes. Valor inferior ao da avaliação. Viabilidade .....	06
<b>VALOR DA CAUSA</b>		<b>BEM DE FAMÍLIA</b>	
- E rito processual .....	28	- Móveis que guarnecem a residência do devedor. Possibilidade da constrição judicial .....	07
<b>Direito Rural</b>		- Imóvel residencial. Impenhorabilidade. Registro. Irrelevância .....	14
<b>INTERVALO</b>		<b>CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA</b>	
- Trabalho rural. Art. 71 da CLT. Inaplicabilidade .....	01	- Incidência .....	08
<b>SAFRA</b>		- Não reconhecimento do vínculo. Cabimento .....	09
- Plantio, capina e aceiros. Prazo determinado. Validade do ajuste .....	01	<b>DIREITO PREVIDENCIÁRIO</b>	
<b>TRABALHADOR RURAL</b>		- Execução das contribuições devidas em decorrência de vínculo empregatício reconhecido na Justiça do Trabalho. Competência. Hipótese de incidência da contribuição .....	10
- Norma coletiva que prevê a complementação de produtividade em virtude de fatores alheios a sua vontade. Possibilidade .....	02	<b>DISCRIMINAÇÃO DE PARCELAS</b>	
- Prescrição .....	03	- Transacionadas. Proporcionalidade com títulos postulados não obrigatória .....	11
<b>TRATORISTA</b>		<b>EMBARGOS DE TERCEIRO</b>	
- Empregado rural .....	03	- Doação realizada antes do ajuizamento da ação trabalhista. Escritura pública. Desnecessidade de inscrição no CRI. Fraude de execução não caracterizada. Incidência da Súmula n. 84 do STJ .....	12
<b>UNICIDADE CONTRATUAL</b>		<b>EXECUÇÃO</b>	
- Safra e entressafra. Sucessivos contratos .....	04	- Ação de cumprimento .....	13
<b>Execução</b>		<b>EX-SÓCIO</b>	
<b>AÇÃO MONITÓRIA</b> .....	01	- Responsabilidade. Limites .....	14
<b>ACORDO</b>			
- Em execução. Preterição da ordem dos precatórios expedidos. Competência do juízo de primeiro grau para apuração da ilegalidade .....	02		
- Entre as partes. Recolhimentos previdenciários. Inexistência de fraude .....	03		
<b>AGRAVO DE PETIÇÃO</b>			
- Embargos de terceiro. Penhora sobre numerário de instituição bancária que descumpriu ordem de penhora <i>online</i> . Efetivação nos próprios autos da execução em que se deu o			

Ementa	Referência	Ementa	Referência
<b>FAZENDA PÚBLICA</b>		<b>RESPONSABILIDADE</b>	
- Execução. Requisição através de ofício requisitório de pequeno valor.....	15	- Do sócio ou do associado. CC, art. 1.032.....	23
<b>JUROS</b>		<b>Matéria Nova</b>	
- Contribuições previdenciárias. Fato gerador.....	16	<b>HONORÁRIOS PERICIAIS</b>	
- Depósito para garantia da execução. Percentual. Aplicação da norma trabalhista.....	17	- Justiça gratuita. Assunção do débito pela União Federal.....	01
- E multa. Contribuições previdenciárias. Fato gerador.....	17	<b>PRESCRIÇÃO</b>	
<b>PENHORA</b>		- Dano Moral.....	02
- Créditos decorrentes de apólice de seguro de acidentes pessoais.....	18	<b>Seção de Dissídios Coletivos</b>	
- Direito de preferência.....	19	<b>AÇÃO ANULATÓRIA</b>	
<b>PREÇO VIL</b>		- Flexibilização de direitos. Acordo coletivo de trabalho. Necessidade de assembléia geral (art. 612 da CLT) e negociação compensatória para redução de jornada prevista no art. 7º, inciso XIV, da CF.....	01
- Critério para apuração.....	20	<b>AGRAVO REGIMENTAL</b>	
<b>PRESCRIÇÃO</b>		- Em dissídio coletivo. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Não demonstrado o cumprimento dos requisitos legais.....	02
- Intercorrente. Execução. Agravo de petição. Perito judicial. Parte processual.....	21	<b>Tribunal Pleno</b>	
<b>PROCESSO DO TRABALHO</b>		<b>RECLAMAÇÃO CORREICIONAL</b>	
- Execução. Penhora. Conta-salário e conta-poupança integrada. Impenhorabilidade.....	22	- Interposição após o prazo regimental. Intempestividade.....	01

# SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

## **1 - TEMA: ACORDO PARA COMPENSAÇÃO DE HORAS DE TRABALHO.**

Para a compensação de horas de trabalho, na forma prevista no art. 59, § 2º, da CLT, é necessária a prova da existência de acordo escrito.

## **2 - TEMA: ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO INTERMITENTE.**

O adicional de periculosidade é devido em função da existência do risco, que está presente quando ocorre contato com agentes perigosos, independentemente do tempo de exposição. Comprovado o contato, ainda que de forma intermitente, o adicional de periculosidade é devido integralmente.

## **3 - TEMA: ANTECIPAÇÃO SALARIAL. LEI N. 8.222/91. 28,5%, EM JANEIRO/92.**

Indevida a antecipação salarial de 28,5%, em janeiro/92, aos trabalhadores integrantes do Grupo I, que no referido mês receberam o reajuste quadrimestral, em conformidade com as disposições da Lei n. 8.222/91. Dentro da sistemática então vigente, não poderiam ser cumuladas a revisão salarial do quadrimestre com a antecipação bimestral, pois o percentual correspondente a esta última estava abrangido pelo correspondente àquela e era nele compensável.

## **4 - TEMA: AVISO PRÉVIO CUMPRIDO EM CASA.**

O art. 487 da CLT não dá margem à utilização da modalidade do aviso prévio "cumprido em casa", que equivale, na verdade, à dispensa de seu cumprimento, hipótese em que deveria ser indenizado. O expediente de concedê-lo tem por escopo beneficiar a empresa com a protelação da quitação das verbas rescisórias, representando burla ao art. 477, § 6º, da CLT. Se pagas as verbas rescisórias sem observância do prazo de 10 dias contado da comunicação da dispensa, é devida a multa prevista no § 8º do mesmo dispositivo legal.

## **5 - TEMA: CATEGORIA DIFERENCIADA.**

Inaplicável a norma coletiva da categoria diferenciada, no âmbito de determinada categoria econômica, quando o Sindicato que representa esta última não tenha participado de sua elaboração.

## **6 - TEMA: DESCONTO SALARIAL. SEGURO DE VIDA.**

Indevida a restituição das parcelas descontadas do salário do empregado a título de seguro de vida, quando a prática não vem acompanhada de qualquer vício de consentimento. Não é lícito ao trabalhador pretender tal devolução após seu

desligamento, uma vez que, durante a vigência do contrato, beneficiou-se com a proteção do seguro.

#### **7 - TEMA: GATILHO SALARIAL DE JUNHO/87 (PLANO BRESSER).**

Ao entrar em vigor, o Decreto-Lei n. 2.335/87 impediu a aquisição do direito ao reajuste na forma prevista na Lei anterior, não se podendo falar em direito adquirido ao gatilho salarial em julho/87 que, portanto, é indevido. Nesse sentido já foi proclamada a orientação definitiva do E. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que o C. Tribunal Superior do Trabalho, também fazendo concluir pelo mesmo entendimento, cancelou o Enunciado n. 316.

#### **8 - TEMA: HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.**

No processo do trabalho somente são devidos os honorários de advogado quando preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 e Enunciado n. 219, cuja validade foi confirmada, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, pelo Enunciado n. 329.

#### **9 - TEMA: PIS.**

A competência da Justiça do Trabalho, no que diz respeito ao Plano de Integração Social, o PIS, restringe-se às lides que versem sobre o cadastramento do trabalhador.

#### **10 - TEMA: SERVIDOR PÚBLICO. COMPETÊNCIA RESIDUAL.**

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações trabalhistas ajuizadas por servidor público, quanto às pretensões relativas a lesões de direito supostamente ocorridas no período em que a relação jurídica era regida pela CLT e o vínculo era, portanto, de emprego, ainda que tenha havido posterior conversão para o regime estatutário.

#### **11 - TEMA: URP DE FEVEREIRO/89 (PLANO VERÃO).**

A Medida Provisória n. 32, posteriormente convertida na Lei n. 7.730/89 impediu a aquisição do direito ao reajuste na forma prevista na Lei anterior, não se podendo falar em direito adquirido à URP, em fevereiro/89, que, portanto, é indevida. Nesse sentido já foi proclamada a orientação

definitiva do E. Supremo Tribunal Federal, sendo certo que o C. Tribunal Superior do Trabalho, também fazendo concluir pelo mesmo entendimento, cancelou o Enunciado n. 317.

#### **12 - TEMA: TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO.**

A concessão do intervalo intrajornada e/ou do repouso semanal, direitos assegurados ao empregado por norma de ordem pública, não descaracteriza o regime de turnos ininterruptos de revezamento, para o fim da aplicação do disposto no inciso XIV do art. 7º da Constituição Federal.

#### **13 - TEMA: ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO. FORMA DE CÁLCULO. DIREITO ADQUIRIDO.**

Inexiste direito adquirido contra ato administrativo que, ao determinar a devida adequação do cálculo do adicional por tempo de serviço dos servidores, nada mais fez do que dar cumprimento às disposições contidas no art. 37, XIV, da Carta Magna, e no art. 17, do ADCT.

#### **14 - TEMA: IMPOSTO DE RENDA. REGIME DE CAIXA.**

Os recolhimentos do Imposto de Renda devem ser efetuados quando da quitação do débito, incidindo sobre todo o montante tributável devido, não havendo que se falar, portanto, em recolhimento mês a mês.

#### **15 - TEMA: SALÁRIO POR PRODUÇÃO. CABÍVEL APENAS O ADICIONAL SOBRE AS HORAS EXCEDENTES.**

Empregado remunerado por produção somente faz jus ao adicional sobre as horas trabalhadas excedentes à jornada legal.

#### **16 - TEMA: CORREÇÃO MONETÁRIA. ÉPOCA PRÓPRIA. MÊS DO EFETIVO PAGAMENTO.**

O índice de correção monetária do débito trabalhista é o do mês do efetivo pagamento.

#### **17 - TEMA: APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. CAUSA DE EXTINÇÃO DO CONTRATO DO TRABALHO.**

Ainda que não ocorra o desligamento do traba-

lhador, com a aposentadoria espontânea extingue-se automaticamente o contrato de trabalho do empregado, originando-se, caso permaneça na empresa, um novo liame.

**18- TEMA: FGTS. AVISO PRÉVIO.**

Está sujeito à contribuição para o FGTS o pagamento relativo ao período de aviso prévio, concedido ou indenizado.

**19- TEMA: FGTS. FÉRIAS INDENIZADAS.**

Não está sujeito à contribuição para o FGTS o pagamento relativo ao período de férias indenizadas.

**20- TEMA: FGTS. PRESCRIÇÃO TRINTENÁRIA.**

É trintenária a prescrição para reclamar sobre os

depósitos do FGTS, desde que, antes, a prescrição bienal tenha sido observada. Aplicam-se, também, os Enunciados ns. 206 e 362, do C. TST.

**21- TEMA: FALÊNCIA. CABIMENTO DA DOBRA PREVISTA NO ART. 467, DA CLT.**

É cabível a aplicação da dobra prevista no art. 467, da CLT, quando a decretação da falência é posterior à realização da primeira audiência.

**22- TEMA: INTERVALO INTRAJORNADA. REDUÇÃO POR MEIO DE ACORDO COLETIVO.**

É válida a pactuação havida com a entidade sindical, objetivando a redução do intervalo destinado ao descanso e refeição.

