



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

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO CAMPINAS

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

n. 32
2008

ISSN 1679-8694



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

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL
DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Repositório Oficial de Jurisprudência

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

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

Fone (19) 3236-2100

www.trt15.jus.br

ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguara, 901- 3º andar - 13015-927 - Campinas/SP

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

e-mail: ematra@trt15.jus.br

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

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

n. 32, jan./jun. 2008

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do Trabalho -
Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos - Brasil. I.
Brasil. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Escola da
Magistratura.

CDU - 34:331 (81)

347.998.72 (81)

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

Supervisão: Desembargadora Tereza Aparecida Asta Gemignani

Capa: Patrícia Izumi da Silva

Colaboradoras da organização desta edição:

Débora Eliana de Oliveira Battagin

Elaine de Paula Michelatto

Elizabeth Aparecida Nespolon Bertazzoli

Elizia Maria Ferraresi de Andrade

Laura Regina Salles Aranha

Maria Auxiliadora Ortiz Winkel

Marisa de Menezes de Assis Gomes

Mônica de Oliveira Jürgensen

ESCOLA DA MAGISTRATURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

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

CONSELHO EDITORIAL

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

CONSELHO TÉCNICO - SUBCOMISSÕES

JURISPRUDÊNCIA

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

DOCTRINA INTERNACIONAL

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

TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

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

DOCTRINA NACIONAL

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

CONSELHO CONSULTIVO E DE PROGRAMAS

Des. Fernando da Silva Borges
Representante dos Desembargadores do Tribunal

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

Juíza Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan
Representante dos Juizes Substitutos

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE

Luiz Carlos de Araújo

VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

VICE-PRESIDENTE JUDICIAL

I. Renato Buratto

CORREGEDORA REGIONAL

Fany Fajerstein

DESEMBARGADORES

José Pedro de Camargo R. de Souza

Eurico Cruz Neto

Ernesto da Luz Pinto Dória

Fany Fajerstein

Luiz Carlos de Araújo

Luís Carlos Cândido M. Sotero da Silva

Laurival Ribeiro da Silva Filho

Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

Carlos Roberto do Amaral Barros

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

Flavio Nunes Campos

Elency Pereira Neves

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa Mônaco da Silva L. Coelho

Gisela Rodrigues M. de Araújo e Moraes

Edmundo Fraga Lopes

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Ana Amarylis Vivacqua de O. Gulla

Thomas Malm

Susana Graciela Santiso

1ª TURMA

1ª CÂMARA

Des. Luiz Antonio Lazarim

(Presidente da 1ª Câmara)

Des. Luiz Roberto Nunes

Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani

2ª CÂMARA

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho

(Presidente da Turma e da 2ª Câmara)

Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

Des. Mariane Khayat

2ª TURMA

3ª CÂMARA

Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza

(Presidente da 3ª Câmara)

Des. Edmundo Fraga Lopes

Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla

4ª CÂMARA

Des. Paulo de Tarso Salomão

(Presidente da Turma e da 4ª Câmara)

Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva

Des. Susana Graciela Santiso

3ª TURMA

5ª CÂMARA

Des. Lorival Ferreira dos Santos

(Presidente da 5ª Câmara)

Des. Ernesto da Luz Pinto Dória

Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes

6ª CÂMARA

Des. Henrique Damiano

(Presidente da Turma e da 6ª Câmara)

Des. Luiz Carlos de Araújo

Des. Ana Maria de Vasconcellos

4ª TURMA

7ª CÂMARA

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

Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho

Des. I. Renato Buratto

8ª CÂMARA

Des. Flavio Allegretti de Campos Cóoper
(Presidente da 8ª Câmara)

Des. Vera Teresa Martins Crespo

Des. Thomas Malm

5ª TURMA

9ª CÂMARA

Des. Nildemar da Silva Ramos
(Presidente da 9ª Câmara)

Des. Carlos Roberto do Amaral Barros

Des. Gerson Lacerda Pistori

10ª CÂMARA

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

Des. José Antônio Pancotti

Des. Elency Pereira Neves

6ª TURMA

11ª CÂMARA

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

Des. Fany Fajerstein

Des. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite

12ª CÂMARA

Des. Eurico Cruz Neto
(Presidente da 12ª Câmara)

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri

Des. José Pitas

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

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

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

- Des. Fany Fajerstein (Presidente)
- Des. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva
 - Des. Luiz Antonio Lazarim
 - Des. Luiz Roberto Nunes
- Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
 - Des. Mariane Khayat
- Des. Ana Maria de Vasconcellos
- Des. Helena Rosa Mônica da Silva Lins Coelho
- Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes
 - Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
- Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
 - Des. Susana Graciela Santiso

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

- Des. I. Renato Buratto (Presidente)
- Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
 - Des. Eurico Cruz Neto
- Des. Ernesto da Luz Pinto Dória
- Des. Laurival Ribeiro da Silva Filho
- Des. Carlos Roberto do Amaral Barros
 - Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
- Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella
 - Des. José Pitas
- Des. Vera Teresa Martins Crespo
 - Des. Edmundo Fraga Lopes
- Des. Thomas Malm

JUIZES TITULARES DE VARAS DO TRABALHO

Em 30/06/2008

JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho	JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho
Maria Cristina Mattioli	4ª Bauru	Ana Paula Pellegrina Lockmann	11ª Campinas
Maria Madalena de Oliveira	3ª Bauru	Mari Angela Pelegrini	Rancharia
Neise Vicentini	1ª Lençóis Paulista	Maria da Graça Bonança Barbosa	4ª São José dos Campos
Ana Lúcia Pereira	São Sebastião	Ricardo Regis Laraia	1ª Paulínia
Suzana Monreal Ramos Nogueira	Amparo	Eliane de Carvalho Costa Ribeiro	Piedade
Fábio Grasselli	Avaré	Renan Ravel Rodrigues Fagundes	Sta. Bárbara d'Oeste
Samuel Hugo Lima	Hortolândia	Wilton Borba Canicoba	3ª Campinas
Erodite Ribeiro dos Santos de Biasi	Capivari	Andrea Guelfi Cunha	Itapira
Valdevir Roberto Zanardi	Votuporanga	Edna Pedroso Romanini	Mogi Mirim
Dagoberto Nishina de Azevedo	5ª São José dos Campos	Regina Dirce Gago de Faria Monegatto	Atibaia
Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira	Saão	Silnei Garrido Lage	Olimpia
Manoel Carlos Toledo Filho	10ª Campinas	Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto
Antonio Francisco Montanagna	2ª Limeira	Marcelo Garcia Nunes	Cravinhos
Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza	2ª São José do Rio Preto	Marcos da Silva Pôrto	5ª Ribeirão Preto
Carlos Augusto Escanfella	4ª São José do Rio Preto	Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	8ª Campinas
Édison Giurmo	5ª Campinas	Adriene Sidnei de Moura David Diamantino	2ª Piracicaba
Luiz José Dezena da Silva	Indaiatuba	Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto
Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani	Campo Limpo Paulista	Jorge Luiz Costa	1ª Franca
João Alberto Alves Machado	2ª Araçatuba	Margarete Aparecida Gulmaneli Solcía	2ª Catanduva
Claudinei Sapata Marques	Penápolis	Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos
Fábio Allegretti Cooper	6ª Ribeirão Preto	Ana Cláudia Torres Vianna	2ª Campinas
Luciane Storel da Silva	11ª Campinas	Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi
Ricardo Antonio de Plato	2ª Jundiaí	Cinthia Marinda Fonseca Espada	Garça
Maria Inês Corrêa de Conqueira César Targa	2ª Paulínia	Mônica Aiex	1ª Marília
Fábio Prates da Fonseca	Aparecida	Renato Henry Sant'Anna	1ª Ribeirão Preto
Paulo Augusto Ferreira	Batatais	Isabel Cristina Torrizella Périgo	São José do Rio Pardo
José Carlos Ábile	2ª Lençóis Paulista	Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas
Rosemeire Uehara Tanaka	4ª Jundiaí	Adelina Maria do Prado Ferreira	Tatuí
Jorge Luiz Souto Maior	3ª Jundiaí	Regiane Cecilia Lizi	2ª Bauru
João Batista da Silva	2ª Taubaté	Maria de Fátima Vianna Coelho	9ª Campinas
Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo	4ª Campinas	Cláudia Cunha Marchetti	Sumaré
José Otávio de Souza Ferreira	Mogi Guaçu	Olga Regiane Pilégis	2ª Americana
Orlando Amâncio Taveira	Caçapava	Julio Cesar Roda	Araras
Keila Nogueira Silva	2ª Marília	Jorge Antonio dos Santos Cota	2ª Araraquara
Edison dos Santos Pelegrini	1ª Bauru	Eliana Félix Batista	Presidente Venceslau
Larissa Carotta Martins da Silva Scanabelim	1ª Jundiaí	Tárcio José Vidotti	4ª Ribeirão Preto
Nora Magnólia Costa Rotendaro	Tietê	Oséas Pereira Lopes Junior	2ª Assis

JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho	JUIZ(IZA)	Vara do Trabalho
Walney Quadros Costa	2ª Ribeirão Preto	Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba
Ronaldo Oliveira Slandela	Capão Bonito	Inez Maria Jantália	Itanhaém
Wilson Pocidonio da Silva	Bragança Paulista	Eliana dos Santos Alves Nogueira	Ituverava
Flávio Gaspar Salles Vianna	6ª Campinas	Sandra de Poli	1ª Jacaré
Alberto Cordero Donha	2ª Franca	Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté
Levi Rosa Tomé	Ourinhos	Rosana Fantini Nicolini	2ª Jacaré
Claudia Gíglío Veltri Corrêa	1ª São Carlos	Renata dos Reis D'ávilla Cahil	Mococa
Edson Silva Trindade	Taquaritinga	Maria Angélica Mineto Pires	Botucatu
Marco Antonio Macedo André	Andradina	Luís Martins Junior	Itu
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis	Juliana Benatti	3ª Piracicaba
Maurício Takao Fuzita	3ª Araçatuba	Luciana Nasr	3ª Sorocaba
Luís Fernando Lupato	Ubatuba	Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	2ª Jau
Amauri Vieira Barbosa	Cajuru	Alexandre Vieira dos Anjos	São Joaquim da Barra
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho	Gisele Pasotti Fernandes Flora Pinto	Santa Cruz do Rio Pardo
André da Cruz e Souza Wenzel	Lorena	Marcelo Schmidt Simões	Guarava
Sérgio Milito Barã	3ª Araraquara	Odair Rodrigues da Rocha	Guaratinguetá
Roberto Nicácio	Caraguatatuba	Fernanda Cavalcanti Varzim Gaetano	Bebedouro
José Roberto Dantas Oliva	1ª Presidente Prudente	Maria Cristina Brizotti Zanuner	1ª Sorocaba
Sérgio Cardoso e Silva	1ª Araçatuba	Mauro César Luna Rossi	Registro
Marcelo Carlos Ferreira	4ª Sorocaba	Walter Gonçalves	2ª São Carlos
René Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho	José Guido Teixeira Júnior	Itararé
José Roberto Thomazi	1ª Jau	Kátia Liriam Pasquini Brañani	Adamantina
Hamilton Luiz Scarabelim	2ª Sorocaba	Cristiane Montenegro Rondelli	Porto Ferreira
Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva	Eliane Aparecida Agundo Moreno	Itapetininga
Maria Helena Falco Salles	Pederneiras	André Luiz Alves	Ritópolis
Jaide Souza Rizzo	Birigüi	Angela Maria Bermudes	Matão
André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas	Ismar Cabral Menezes	1ª Jaboticabal
João Vieira de Moraes	2ª Jaboticabal	Leandra da Silva Guimaraes	São João da Boa Vista
Luiz Antonio Zanqueta	Lins	Patrícia Glugovskis Penna Martins	Rio Claro
Lúcio Salgado de Oliveira	1ª São José dos Campos	Lúcia Zimmermann	Pindamonhangaba
Luciana Moro Loureiro	Pirassununga	Luís Rodrigo Fernandes Braga	1ª Araraquara
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto	Laura Bittencourt Hinz	Cruzeiro
Robson Adilson De Moraes	José Bonifácio	Adriana Fonseca Perin	Fernandópolis
Dora Rossi Góes	2ª São José dos Campos	Ana Paula Alvarenga Martins	Barretos
José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	Orlândia	Evandro Eduardo Maglio	Dracena
Flávio Landi	1ª Americana	Júlio César Trevisan Rodrigues	Jales
Marina de Siqueira Ferreira Zerbinalti	São Roque	Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã
Renato de Carvalho Guedes	1ª Limeira	Alexandre Garcia Müller	Teodoro Sampaio

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 30/06/2008

Nome	Circunscrição
Paulo César dos Santos	Campinas
José Adilson de Barros	Campinas
Álvoro dos Santos	Campinas
Luiz Antonio de Campos Grain	São José dos Campos
Sandro Valério Bodo	Bauru
Júlio César Marin do Carmo	Bauru
Arlida Cristiane Silva de Paula Calixto	Ribeirão Preto
Cássia Regina Ramos Fernandes	São José dos Campos
José Eduardo Bueno de Assumpção	Ribeirão Preto
Leo Minoru Ozawa	Campinas
Denise Ferreira Bartolomucci Mulato	São José dos Campos
Nelma Pedrosa Godoy Sant'Anna Ferreira	Presidente Prudente
Andréia de Oliveira	São José dos Campos
Marcus Menezes Barberino Mendes	Campinas
Andréia Alves de Oliveira Gomide	Ribeirão Preto
Gislene Aparecida Sanches	São José dos Campos
Fernando Lucas Uliani Martins dos Santos	Campinas
Adhemar Prisco da Cunha Neto	São José dos Campos
Henrique Macedo Hinz	Campinas
Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan	Campinas
Tânia Aparecida Claro	São José dos Campos
José Antônio Gomes de Oliveira	Campinas
Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves	Araçatuba
Pedro Edmilson Pilon	Campinas
Valdir Rinaldi Silva	Sorocaba
Alessandro Tristão	São José do Rio Preto
Daniela Renata Rezende Ferreira Borges	São José do Rio Preto
Alan Cezar Runho	Ribeirão Preto
Wilson Cândido da Silva	São José dos Campos
Valdomiro Ribeiro Paes Landim	Bauru
Conceição Ap. Rocha de Petribu Faria	São José do Rio Preto
Isabela Tóffano de Campos Leite Pereira	Campinas
Valéria Cândido Peres	Campinas
Mônica Muniz Barretto Volasco	Sorocaba
Renato da Fonseca Janon	Ribeirão Preto
Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Presidente Prudente
Décio Umberto Matoso Rodovalho	Campinas

Nome	Circunscrição
Antonia Rita Bonardo	Campinas
Luciana Caplan	Campinas
Marcos Roberto Wolfgang	Presidente Prudente
Azael Moura Junior	Campinas
Márcia Cristina Sampaio Mendes	Ribeirão Preto
Carlos Eduardo Vianna Mendes	São José dos Campos
Danielle Bertachini Monteleone	Campinas
Josefina Regina de Miranda Geraldi	Campinas
Cleber Antonio Grava Pinto	Araçatuba
Kathleen Mecchi Zarins Stamato	Campinas
Afrânio Flora Pinto	Bauru
João Baptista Cilli Filho	Ribeirão Preto
Renato César Trevisani	Ribeirão Preto
Fernanda Cristina de Moraes Fonseca	Campinas
Daniela Macia Ferraz Giannini	Campinas
Rosana Alves Siscari	Campinas
Rodrigo Penha Machado	Ribeirão Preto
Marcelo Bueno Pallone	Campinas
Marcelo Siqueira de Oliveira	Bauru
Candy Florencio Thome	São José dos Campos
Lucineide Almeida de Lima Marques	Bauru
Sandra Maria Zironi	São José do Rio Preto
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto
Elen Zoraide Médolo Jucá	Araçatuba
Ana Maria Eduardo da Silva	Sorocaba
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente
Regina Rodrigues Urbano	Campinas
Manoel Luiz Costa Penido	São José dos Campos
Paulo Bueno C. de Almeida Prado Bauer	Bauru
Ana Paula Silva Campos Miskulin	São José do Rio Preto
Déborah Beatriz Ortolan Inocência Nagy	Sorocaba
Teresa Cristina Pedrasi	Campinas
Diovana Beltrina Ortolan Inocência Fabretti	Sorocaba
Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Ribeirão Preto
Ana Flávia de Moraes Garcia Cuesta	Campinas
Ana Maria Garcia	Ribeirão Preto
José Antônio Dosualdo	São José dos Campos

Nome	Circunscrição	Nome	Circunscrição
Rodarte Ribeiro	São José do Rio Preto	Maurício Bearzotti de Souza	Campinas
Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	Araçatuba	Adriana Custódio Xavier de Camargo	Campinas
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Thiago Barbosa de Andrade	Campinas
Maurício de Almeida	Bauru	Salete Yoshie Honma Barreira	Campinas
Flávio Henrique Garcia Coelho	Bauru	Vinicius Magalhães Casagrande	Sorocaba
Andrea Maria Pfrimer Falcão	São José dos Campos	Aparecido Batista de Oliveira	Sorocaba
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	André Luiz Tavares de Castro Pereira	Sorocaba
Ara Lúcia Cogo Casari Costarho Ferreira	Campinas	Leticia Gouveia Antonioli	Sorocaba
Maria Flávia Roncel de Oliveira Alaité	Campinas	Antonio Carlos Cavalcante de Oliveira	Bauru
Alexandre Alliprandino Medeiros	Ribeirão Preto	Mauro César Moreli	São José do Rio Preto
Adriana de Jesus Pita Colella	Campinas	Ricardo Luís Valentini	Ribeirão Preto
Sidney Xavier Kovida	Araçatuba	Rogério Princivalli da Costa Campos	Bauru
Wellington Amadeu	São José dos Campos	Paulo Eduardo Belloti	Bauru
Sandra Carla Simamoto da Cunha	Ribeirão Preto	Roberto dos Santos Soares	Ribeirão Preto
Carlos Roberto Ferraz de Oliveira Silva	Bauru	Sérgio Polastro Ribeiro	Presidente Prudente
João Dionísio Viveiros Teixeira	Campinas	Rosana Nubiato Leão	São José do Rio Preto
Débora Wust de Proença	São José dos Campos	Murilo Carvalho Sampaio Oliveira	Ribeirão Preto
Cecy Yara Tricca de Oliveira	Campinas	Fabiano de Lima Caetano	Ribeirão Preto
Marco Antonio Folegatti de Rezende	São José dos Campos	Tony Everson Simão Carmona	Ribeirão Preto
Carmen Lucia Couto Taube	Campinas	Ariel Szymanek	Ribeirão Preto
João Batista de Abreu	Campinas	Fábio Adriano de Freitas	Presidente Prudente
Clóvis Victório Júnior	Araçatuba	Tiago Brasil Pita	Ribeirão Preto
Elisabeth Priscila Satake Sato	Campinas	Rodrigo Adélio Abrahão Linares	Ribeirão Preto
André Luiz Menezes Azevedo Sette	Campinas	Paulo Henrique Colado Martínez	Ribeirão Preto
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas	Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas	Mercio Hideyoshi Sato	Presidente Prudente
Cícero Alanio Tenório de Melo	Campinas	Camila Moura de Carvalho	Ribeirão Preto
Lenita Aparecida Pereira Corbanezi	Campinas	Nadia Pelissari	Ribeirão Preto
Christina Feuerharmel Ribeiro	Campinas	Valtair Noschang	São José do Rio Preto
Maurício Matsushima Teixeira	Sorocaba	Alexandre Klimas	Ribeirão Preto
Solange Denise Belchior Santuella	Campinas	Roberto Joaquim de Souza	São José do Rio Preto
Saint-Clair Lima e Silva	Campinas	Simara Junqueira de Oliveira	Ribeirão Preto
Ronaldo Capelari	Campinas	Carlos Alberto Frigieri	A disposição do TRT

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

ARTIGOS

DOCTRINA NACIONAL

- Particularidades do piso salarial estadual 21
SALOMÃO, Paulo de Tarso
- Penhora sobre faturamento. Questões controversas em Mandado de Segurança e *Habeas Corpus* 27
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta
- O trabalho nas idéias e na realidade 47
NASCIMENTO, Amauri Mascaro
- Intermediação de mão-de-obra. Uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços 67
GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto
- O fato gerador e outras questões importantes para a execução de contribuições previdenciárias no Processo do Trabalho 79
AVELINO, Antoniel Ferreira e TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César
- Distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho - critérios e casuística 103
FELICIANO, Guilherme Guimarães
- O abuso de direito nas atividades sindicais 113
RONDELLI, Cristiane Montenegro
- Subordinação estrutural-reticular e "alienidade" 127
MENDES, Marcus Menezes Barberino e CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende

DOCTRINA INTERNACIONAL

Intermediação de mão-de-obra e responsabilidade solidária 149
ARESE, César

Sujeito livre e discernimento da lei 181
SENET DE FRUTOS, Juan Antonio

TRABALHOS DO MEIO CIENTÍFICO

Protecionismo e liberalismo na crise do Direito do Trabalho 217
OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio

ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS 233

JURISPRUDÊNCIA

1ª Seção de Dissídios Individuais 239

Direito Material 241

Direito Processual 271

Direito Rural 281

Execução 283

Matéria Nova 287

Tribunal Pleno 291

Índice de Jurisprudência 293

ÍNDICE

ONOMÁSTICO 303

APRESENTAÇÃO

Caro leitor,

Chega às suas mãos o 32º número da *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região*, referente ao primeiro semestre do ano de 2008 (janeiro/junho). Para o orgulho e o contentamento da Escola da Magistratura da Justiça do Trabalho da 15ª Região e de seu Conselho Editorial, é verdade; mas, também e sobretudo, para o seu deleite.

A *Revista* já se tornou publicação tradicional da EMATRA-XV, seja pelo seu perfil vanguardeiro, convidando-nos a (re)pensar criticamente o Direito e o Processo do Trabalho, seja pela sua indispensável função de repositório regional de jurisprudência, precioso para o dia-a-dia das consultas que precedem a redação de acórdãos e sentenças. Ganhou, ademais, definitiva identidade gráfica a partir do número 29, com os tons esmeraldinos que decerto já a destacam, em nossas bibliotecas pessoais, das outras coleções de que dispomos.

Evidentemente, o presente número não poderia destoar do perfil seminal desta *Revista*. A seção «*Doutrina Nacional*» principia pela discussão do piso salarial estadual (LC n. 103/2000), apresentando um quadro comparativo da situação legislativa dos diversos Estados da Federação e enfrentando questões controvertidas como a dos pisos salariais diferenciados em uma mesma região geográfica. A seguir, debate-se o problema da penhora sobre o faturamento de empresa, atentando-se para as especificidades da execução trabalhista.

Debatem-se ainda temas ingentes e atualíssimos do Direito Material do Trabalho, como a condição jurídica do tomador de serviços na intermediação de mão-de-obra propugnando-se a responsabilidade solidária, a chamada «subordinação estrutural» no encaixe de relações jurídico-laborais que já não são lineares, mas reticulares, os limites do combate à escravidão contemporânea brasileira salientando a importância da participação popular como pressuposto de legitimidade, de efetividade e de eficácia das políticas públicas de combate às novas servidões e a

responsabilidade civil objetiva do empregador por danos morais em acidentes de trabalho.

No campo do Direito Processual do Trabalho, propõe-se a superação do modelo liberal e estático de repartição do ônus da prova (artigos 818 da CLT e 333 do CPC), tomando-se em conta os direitos materiais fundamentais que amiúde estão em jogo nos conflitos laborais. Confrontam-se ainda aspectos polêmicos ligados à execução de contribuições sociais na Justiça do Trabalho, como o fato gerador da contribuição previdenciária no imo do processo laboral, os critérios de “caixa” e de “competência” na sua cobrança judicial, a atualização das contribuições sociais não quitadas no momento oportuno, a não-vinculação da conciliação aos termos da ação e a incidência de encargos sociais nos acordos sem reconhecimento de vínculo empregatício (sempre à mercê das inovações introduzidas pela Lei n. 11.457/2007).

Em seara coletiva, abordam-se as aplicações possíveis da secular figura do abuso de direito nas atividades sindicais, em estudo que deita raízes na doutrina da confiança e no princípio da boa-fé objetiva. Além disso, na seção «*Trabalhos do Meio Científico*», o leitor encontrará um cuidadoso ensaio de Direito Comparado sobre a contratação coletiva no ordenamento italiano.

Enfim, na seção «*Doutrina Internacional*», encontram-se os instigantes trabalhos de CÉSAR ARESE, da Argentina (*Universidad Nacional de Córdoba*), ainda sobre a responsabilidade solidária dos tomadores de serviços; e de JUAN ANTONIO SENENT DE FRUTOS, da Espanha (*Universidad de Sevilla*), sobre sujeitos livres e discernimento da lei.

De resto, disponibilizam-se, como de praxe, as ementas dos principais atos normativos do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, bem como uma seleção apurada de ementas da jurisprudência regional que seguramente interessará ao leitor, pela qualidade e pela variedade (com temas tão diversos como o aliciamento de trabalhadores para a prestação de serviços no exterior, a responsabilidade dos municípios em caso de terceirização de serviços essenciais, o direito aplicável em caso de consórcios municipais, a constituição de capital do artigo 475-Q do CPC, a aplicabilidade ou não da multa do artigo 475-J do CPC e da prescrição intercorrente no processo do trabalho, etc.).

Eis o que nos espera: reflexões variegadas para um Direito cada dia mais plural. *Voilà*.

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO
Do Conselho Editorial

ARTIGOS



DOCTRINA NACIONAL

PARTICULARIDADES DO PISO SALARIAL ESTADUAL

Paulo de Tarso Salomão*

Resumo: O autor distingue os conceitos de salário mínimo nacionalmente unificado, piso salarial por categoria e piso salarial estadual. Apresenta os valores legalmente estabelecidos para pisos salariais em alguns Estados e os critérios que consideramos válidos para resolver conflitos entre as disposições de Leis Estaduais, convenções coletivas e sentenças normativas que estabeleçam diversos pisos salariais, notadamente numa mesma região geográfica.

Palavras-chave: Salário mínimo. Piso salarial Estadual. Conflito de normas. Norma mais favorável. Categoria profissional.

Sumário: 1 Introdução; 2 Beneficiários do piso salarial estadual; 3 Princípio da norma mais favorável; 4 Piso salarial diferenciado numa mesma região geográfica.

1 INTRODUÇÃO

A CF/88 assegurou aos trabalhadores, dentre outros direitos, o "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado..." (inciso IV do art. 7º) e o "piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho" (inciso V).

A Lei Complementar n. 103, de 14.07.2000, autorizou os Estados e o Distrito Federal "a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso de que trata o inciso V

do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho" (art. 1º).

O "salário mínimo" não pode ser confundido com o piso salarial, de modo que sempre que a lei faça referência ao primeiro, este deverá ser entendido como aquele fixado em lei federal e "nacionalmente unificado" (inciso IV).

Continuam, portanto, em plena vigência e produzindo todos

* Desembargador Federal do Trabalho da 15ª Região.

os seus efeitos, os dispositivos legais que regulam os processos de alçada (dois salários mínimos), a obrigatoriedade de observância do procedimento sumaríssimo (até 40 salários mínimos - art. 852-A, da CLT), a obrigatoriedade da remessa oficial, em condenação contra a Fazenda Pública (acima de 60 salários mínimos - Súmula 303, do C. TST), etc. Em sentido inverso, o piso estadual pode ser utilizado como base de cálculo do adicional de insalubridade (TST - 1ª Turma - AIRR - 412/2003-027-04-40 - DJ 29.06.2007).

O piso salarial estadual não pode ter amplitude maior que aquela prevista na LC 103/2000. A Lei n. 3.496, de 28.11.2000, do Estado do Rio de Janeiro, teve suspenso os seus efeitos pelo Supremo Tribunal Federal (ADI-MC 2358/RJ, exatamente porque, por seu intermédio, pretendeu instituir um verdadeiro salário mínimo regional, contrariando o inciso IV do art. 7º, da CF.

O piso salarial já foi regulamentado em inúmeros Estados. No Estado de São Paulo, a Lei n. 12.640, de 11.07.2007, fixou-o em R\$ 410,00 (domésticos, agropecuários e florestais, pescadores, contínuos, etc), R\$ 450,00 (operadores de máquinas e implementos agrícolas e florestais, de máquinas da construção civil, de mineração e de cortar e lavar madeira, carteiros, tintureiros, barbeiros, manicures, pedreiros, etc) e R\$ 490,00 (administradores agropecuários e florestais, serviços de higiene e saúde, chefes de serviços de transporte e de comunicações, etc).

No Estado do Paraná, a Lei n. 15.486, de 01.05.2007, fixou o piso em seis faixas, variando de R\$ 462,00 (empregados nas atividades agropecuárias, florestais e da pesca - grupo 6 da Classificação Brasileira de Ocupações) a R\$ 475,20 (técnicos de nível médio - grupo 3). Também fixou o dia 1º de maio como a data-base para os novos reajustes do piso estadual (art. 2º).

No Rio de Janeiro (Lei n. 4.987, de 29.01.2007), o piso foi distribuído em seis faixas, variando de R\$ 404,02 (trabalhadores agropecuários e florestas), R\$ 424,88 (domésticos, serventes, etc), R\$ 440,52 (carteiros, cozinheiros, etc), R\$ 456,16 (trabalhadores da construção civil, cobradores de transporte coletivo, etc), R\$ 471,79 (encanadores, soldadores, etc) a R\$ 486,13 (serviços de contabilidade e caixas, secretários, datilógrafos, etc).

No Rio Grande do Sul (Lei n. 12.713, de 06.06.2007), o piso foi distribuído em quatro faixas: R\$ 430,23 (agricultura e pecuária, domésticos, turismo e hospitalidade, construção civil, "moto boy", etc), R\$ 440,17 (fiação e tecelagem, papel, papelão e cortiça, etc), R\$ 450,09 (mobiliário, indústrias químicas e farmacêuticas, etc) e R\$ 468,28 (indústrias metalúrgicas, mecânicas, gráficas, etc).

2 BENEFICIÁRIOS DO PISO SALARIAL ESTADUAL

A Lei Complementar n. 103/2000 excluiu da autorização concedida aos Estados e ao Distrito Federal, para a instituição de piso salarial,

somente a **“remuneração de servidores públicos municipais”** (inciso II, do § 1º do art. 1º; nada foi dito quanto ao **“salário”**, em sentido estrito), e delimitou como seus beneficiários “os empregados que **não tenham piso salarial definido em lei, convenção ou acordo coletivo de trabalho**” (art. 1º). Também vedou a sua fixação no **“segundo semestre** do ano em que se verificar **eleição** para os cargos de Governador dos Estados e do Distrito Federal e de Deputados Estaduais e Distritais” (inciso I, do § 1º, do art. 1º).

A Lei Estadual n. 12.640, de 11.07.2007, que regulamentou o piso salarial para os trabalhadores no **Estado de São Paulo**, afastou dos benefícios do piso nela estabelecido os **“servidores públicos estaduais e municipais”**, além daqueles sujeitos a **“contrato de aprendizagem regidos pela Lei Federal n. 10.097/2000”** (art. 2º), com vigência a partir do primeiro dia do mês subsequente ao de sua publicação (art. 3º).

Assim, no Estado de São Paulo, o piso estadual foi assegurado, por exemplo, ao **“pedreiro”** e independentemente da atividade preponderante explorada por seu empregador. Diferentemente, no **Rio Grande do Sul**, o piso foi assegurado aos trabalhadores **“nas indústrias da construção civil”** (“f”, do inciso I, do art. 1º, da Lei n. 12.713/2007).

A identificação dos beneficiários do piso estadual depende, portanto, do exame da legislação de cada Estado. Em São Paulo, foi priorizada a atividade desenvolvida pelo trabalhador e independentemente da categoria econômica do

seu empregador. Basta que ele se ative como **“pedreiro”** ou **“barbeiro”**, por exemplo, para qualquer empregador (exceto Municípios e o próprio Estado), para que faça jus ao piso estadual a ele assegurado.

Talvez por priorizar a negociação coletiva, a LC 103/2000 não excluiu, de sua abrangência, os trabalhadores com piso salarial estabelecido em **sentença normativa** da Justiça do Trabalho. O fato é que esta não foi mencionada dentre as modalidades de estipulação de piso salarial, para fins de não incidência do piso estadual. Para se evitar maiores constrangimentos, até mesmo internamente, é salutar que a Seção de Dissídios Coletivos, ao prolar uma sentença normativa, deixe ressalvada a hipótese de estabelecimento de piso estadual, em valor superior, levando-se em conta o reajuste anual, a data-base de reajuste salarial de cada categoria profissional e a data de vigência do piso estadual.

3 PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Levando-se em conta as particularidades já mencionadas (reajuste anual, data-base de determinada categoria e data de vigência do piso estadual), é provável o surgimento de conflitos entre as diversas normas que assegurem o piso salarial a alguns trabalhadores, ou a um conjunto deles, dependendo da atividade preponderante do empregador (acordo ou convenção coletiva), da existência de norma oriunda de categoria profissional diferenciada e das mais diversas categorias econômicas

(acordo ou convenção coletiva firmada com empresas ou Sindicatos que se utilizem de trabalhadores integrantes de categoria profissional diferenciada) e o piso estadual.

Na solução desse conflito entre normas em plena vigência, não se pode olvidar que o piso salarial assegurado em **sentença normativa** não pode ser invocado como fundamento para o afastamento do piso estadual, caso este último seja mais favorável ao empregado.

Além disso, no Estado de São Paulo, o piso estadual foi assegurado ao **"pedreiro"** ou ao **"barbeiro"**, independentemente da categoria econômica explorada pelo empregador. Ainda que o **"pedreiro"** esteja prestando serviços para uma empresa do ramo do comércio ou o **"barbeiro"** trabalhe num Clube Esportivo, ambos fazem jus ao piso estadual.

A possibilidade de exclusão de trabalhadores com piso salarial já assegurado por **lei, acordo ou convenção coletiva** (LC 103/2000) deve levar em conta não só o **princípio da norma mais favorável**, para a solução de eventuais controvérsias, mas também o fato de que, normalmente, o piso salarial é assegurado ao integrante de determinada categoria profissional, definida com base na atividade preponderante explorada pelo empregador (empregado de **empresa de construção civil**) e, não, em função dele se ativar como

"pedreiro", ou como **"barbeiro"**, por exemplo.

4 PISO SALARIAL DIFERENCIADO NUMA MESMA REGIÃO GEOGRÁFICA

Por último, no Congresso de Trabalho Rural promovido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, foi questionada a possibilidade de ajuste de piso salarial menos vantajoso, em municípios contíguos.

O piso salarial está restrito à base territorial de uma determinada entidade sindical e pode ocorrer o ajuste de piso salarial diverso, por sindicato de base territorial distinta, envolvendo a mesma atividade (corte de cana, colheita de laranjas, etc).

Se isso ocorrer, a ação para a nulidade da cláusula relativa ao piso é da competência da Seção de Dissídios Coletivos e apenas as partes que participaram do instrumento normativo (acordo ou convenção coletiva) podem propô-la, além do Ministério Público. Como o Sindicato que ajustou piso inferior ao de uma determinada região não teria interesse na propositura dessa ação, caberia uma representação ao Ministério Público, para estudo da questão e eventual propositura da ação anulatória ou para que possa intervir no dissídio coletivo, com o objetivo de assegu-

"o piso salarial assegurado em **sentença normativa** não pode ser invocado como fundamento para o afastamento do piso estadual, caso este último seja mais favorável ao empregado."

rar a identidade de piso salarial numa mesma região geográfica.

A dificuldade de concessão de piso salarial em valor superior ao resultante do reajuste concedido a uma determinada categoria profissional estava no Precedente Normativa n. 58 da SDC da 15ª Região, mas ele já foi alterado e o reajuste do piso salarial passou a ser concedido, "**pelo menos**", no mesmo percentual do reajuste salarial concedido à categoria interessada.

A SDC da 15ª Região já acatou a isonomia de piso salarial envolvendo Sindicatos com base territorial limítrofe. No caso concreto, o piso assegurado a trabalhadores da construção civil de **Sorocaba** (cidade de médio porte) não poderia ser inferior aos de **Hortolândia** (base territorial de Campinas - DC TRT/15ª Região n. 01304-2006-000-15-00-6).

Atualmente, na cana-de-açú-

car, a isonomia salarial talvez seja mais fácil de ser assegurada porque uma mesma Usina cuida de sua exploração em diversos municípios contínuos, o que já não ocorre na citricultura, em que a colheita foi imposta ao produtor rural, há alguns anos, e ele, muitas vezes, possui uma única propriedade rural.

Havendo negociação regular pelo Sindicato de Trabalhadores Rurais, numa determinada data-base, com prévia aprovação do valor do piso salarial em assembléia, fica difícil, mesmo em âmbito coletivo, a isonomia com piso assegurados a trabalhadores de outra base territorial, ainda que envolvendo municípios de uma mesma região geográfica.

As questões relativas ao piso salarial ainda são recentes e, por certo, exigirão algum esforço de juízes, advogados e Sindicatos,

para a correta solução dos conflitos dele decorrentes.

"O piso salarial está restrito à base territorial de uma determinada entidade sindical..."

PENHORA SOBRE FATURAMENTO - QUESTÕES CONTROVERSAS EM MANDADO DE SEGURANÇA E HABEAS CORPUS

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

"Ontem os Códigos; hoje as Constituições"

Paulo Bonavides

"É a moderna ciência processual, avessa a conceitualismos e prioritariamente preocupada com os resultados do processo e do exercício da jurisdição."

Cândido Dinamarco

Resumo: O presente artigo aborda algumas questões controversas referentes a penhora sobre percentual de faturamento, suscitadas em mandados de segurança e habeas corpus. Propõe uma releitura das leis processuais civis sob a perspectiva das especificidades da execução trabalhista, ressaltando ser plenamente exigível tal modalidade de constrição, pois seu objeto não constitui coisa futura, e a decisão que nomeia o executado, como depositário, está amparada expressamente no § 3º, do art. 655A, do CPC e inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, bem como no princípio da legalidade substancial, que caracteriza a constitucionalização do direito processual.

Palavras-chave: Penhora. Executado. Depositário. *Contempt of court*. Mandado de segurança. *Habeas corpus*.

Sumário: 1 Introdução; 2 Na prática a teoria é outra; 3 Execução – o gargalo da efetividade; 4 A penhora sobre percentual do faturamento; 5 O executado pode recusar-se a assumir a condição de depositário em caso de penhora sobre faturamento?; 6 A prisão decretada em caso de descumprimento de ordem judicial - Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica; 7 Faturamento é coisa futura?; 8 Da preservação do desenvolvimento regular das atividades da empresa; 9 O escopo da execução; 10 Conclusão; 11 Referências.

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

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes problemas enfrentados na busca de efetividade na administração da justiça trabalhista está localizado na fase de execução. Sentenças são proferidas com rapidez e recursos julgados com celeridade. Porém, quando chega a fase de execução...

Este artigo se propõe a analisar alguns tópicos que envolvem a penhora sobre percentual do faturamento, notadamente quanto a algumas controvérsias que vem sendo reiteradamente suscitadas em mandados de segurança e *habeas corpus*. Destaca a importância do movimento de constitucionalização do processo e a conseqüente necessidade da mudança de mentalidade na aplicação dos novos dispositivos processuais, ressaltando as especificidades da execução trabalhista.

A busca de celeridade e efetividade, sob o prisma da *razoável duração*, não beneficia apenas as partes envolvidas. Produz efeito pedagógico irradiador, notadamente quanto à conscientização dos indivíduos de que a vida em sociedade implica em respeito aos direitos, mas também em cumprimento das obrigações. Importante destacar que, longe de caracterizar-se como simples enunciado pro-

gramático, foi alçado à condição de direito fundamental, dotado de normatividade, conforme dispõe o inciso LXXVIII, do art. 5º da CF/88, sinalizando importante diretriz a ser seguida a fim de restabelecer a eficácia da atuação do Poder Judiciário como garantidor do marco normativo, levando o cidadão a ser não só mais atento na exigência de seus direitos, mas também mais zeloso com a observância do direito alheio, ao constatar que a solução imposta pela via judicial, veio "pra valer", pois o eficaz acesso à justiça "é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo", conforme ressalta Dinamarco.¹

so à justiça "é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo", conforme ressalta Dinamarco.¹

2 NA PRÁTICA, A TEORIA É OUTRA

Apesar de festejado por doutrinadores e juristas, voz

corrente reiteradamente repetida como um *mantra*, observa-se que em relação ao conceito de efetividade na prática "a teoria é outra". Há forte resistência na sua concretização, quando não ocorre uma aplicação segmentada e isolada das novas leis processuais, de forma que os benefícios auferidos numa ponta, acabam sendo anulados em outra, criando gargalos que impedem a eficácia buscada pela norma e, pior, assim possibilitando que os devedores continuem a utilizar-se da justiça

"A busca de celeridade e efetividade, sob o prisma da *razoável duração*, não beneficia apenas as partes envolvidas. Produz efeito pedagógico irradiador, notadamente quanto à conscientização dos indivíduos de que a vida em sociedade implica em respeito aos direitos, mas também em cumprimento das obrigações."

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A nova era do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

para descumprir suas obrigações, quando não obter um passaporte para transitar pelos mais variados institutos processuais, com o único intuito de postergar a solvabilidade do débito.

3 EXECUÇÃO - O GARGALO DA EFETIVIDADE

Ao garantir a todos, como direito fundamental a "razoável duração" do processo, a Constituição Federal estabeleceu que a celeridade na tramitação integra o conceito de justiça, e assim deve ser observada.

As recentes alterações inseridas no Código de Processo Civil visaram concretizar este norte, notadamente ao abolir a autonomia do processo de execução dos títulos judiciais e transformá-lo numa simples fase de cumprimento das obrigações estabelecidas pela sentença, com a subsequente expropriação de bens do executado para a liquidação da dívida, em caso de resistência ao cumprimento voluntário. Também condicionou possíveis questionamentos à garantia do Juízo e ampliou as formas de constrição, a fim de evitar delongas desnecessárias, diretrizes que também devem pautar o processo trabalhista.

4 A PENHORA SOBRE O PERCENTUAL DO FATURAMENTO

Anteriormente operacionalizada por construção jurisprudencial, com supedâneo no inciso X, do art. 655, do CPC, que tratava da penhora sobre direitos, a penhora

sobre faturamento passou a ser prevista de forma expressa pela Lei n. 11.382/2006, que inseriu no inciso VII do mesmo artigo a possibilidade de sua efetivação sobre o "percentual de faturamento da empresa devedora", assim colocando um ponto final na antiga celeuma existente quanto à possibilidade de seu cabimento. Ademais, configurada como modalidade específica de constrição, não pode mais ser confundida com a penhora sobre estabelecimento ou usufruto de bem, o que afasta a aplicação dos arts. 677, 678 e 716 a 720 à modalidade em epígrafe, pois se referem a situações jurídicas diversas, entendimento também aplicável ao processo trabalhista, em face de inequívoca compatibilidade respaldada no art. 882, da CLT.

Destarte, a penhora sobre faturamento se revela admissível desde que presentes os requisitos específicos que justifiquem a medida, tais como a impossibilidade de processamento do BACENJUD, a ocorrência de frustradas tentativas de constrição de bens suficientes para garantir a execução e, caso encontrados, que sejam de difícil alienação ou comprometam a viabilidade do próprio funcionamento da empresa.

Esclarecida a questão quanto à possibilidade de implementação da penhora sobre o faturamento, a etapa seguinte consiste em analisar como pode ser operacionalizada, ante a grande divergência que grassa sobre a questão nos meios jurídicos trabalhistas.

Uma das controvérsias consiste em definir se o faturamento deve ser entendido apenas como o referente às receitas operacionais, assim consideradas as que decorrem diretamente da comercialização da produção gerada pelas atividades empresariais, ou deve ser interpretado de forma ampla, como correspondente à receita bruta, assim incluindo também as receitas financeiras e as não-operacionais.

Embora o STF tenha considerado inconstitucional o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei n. 9.718/1998, que definia o conceito de faturamento como o correspondente à "receita bruta da pessoa jurídica" (RE 346084/PR), é preciso considerar que tal interpretação ocorreu exclusivamente em relação à matéria tributária referente ao PIS/COFINS, tendo a EC 20/98 disciplinado de maneira diferente em relação a matéria de natureza não tributária, ao alterar o disposto no art. 195, I, b da CF/88, igualando o faturamento à receita, de modo que deve ser prestigiada a interpretação conforme estabelece a Constituição.

Acrescente-se que em 30 de dezembro de 2002 a Lei n. 10.637, decorrente da conversão da MP 66/2002, também definiu o faturamento como todas as receitas auferidas pela empresa, independentemente de sua classificação contábil, de modo que é neste sentido que deve ser considerado o texto legal superveniente, constante do inciso VII, do art. 655, do CPC, subsidiariamente

aplicável por compatível com o processo trabalhista, notadamente em se considerando que a financeirização e capitalização das atividades econômicas constituem fatos públicos e notórios, que por isso não podem ser desconsiderados pelo direito, o que impede a interpretação reducionista.

Importante ressaltar que a lei não pode ser interpretada em dissonância com a realidade fática que visa regular. A terceirização é fenômeno incontestado no mundo do trabalho e, por isso, não pode ser ignorada. Neste sentido, explica o sociólogo Zygmunt Bauman² a:

[...] descorporificação do trabalho anuncia a ausência de peso do capital" que "pode viajar rápido e leve, e sua leveza e mobilidade se tornam as fontes mais importantes de incerteza para todo o resto. Essa é hoje a principal base da dominação e o principal fator das divisões sociais.

Ao invés dos grandes empreendimentos econômicos de outrora, os complexos empresariais vem adotando estratégia diversa, sendo crescente o número dos que gerenciam diretamente apenas as atividades de concepção e administração de uma determinada marca, terceirizando todo o restante, inclusive a atividade-fim, de modo que o grosso de seu faturamento não advém da receita operacional propriamente dita. Como pontua Bauman³, na atualidade o,

[...] capital ganha mais campo de manobra _mais abrigos para escond-

² BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 141-142.

³ op. cit., p. 141 - 142.

der-se, maior matriz de permutações possíveis, mais amplo sortimento de transformações disponíveis, e portanto mais força para manter o trabalho que emprega sob controle, juntamente com a capacidade de lavar as mãos das consequências devastadoras de sucessivas rodadas de redução de tamanho; essa é acara contemporânea da dominação sobre aqueles que já foram atingidos e sobre os que temem estar na fila para golpes futuros.

Portanto, os rendimentos dos empreendimentos empresariais via de regra não se restringem apenas às receitas operacionais, advindas da atividade econômica que diretamente gerencia. Vão além, incluindo receita não-operacional e receita financeira, que muitas vezes propiciam significativa alavancagem do faturamento, assim ampliando o patrimônio do devedor e, por consequência, aumentando as possibilidades da solvabilidade integral do débito trabalhista.

Deste modo, quando se trata de saldar dívida trabalhista de natureza alimentar, é preciso adotar a interpretação que se revela mais consonante com a realidade fática, o que implica em considerar como faturamento não só as receitas operacionais, mas também as receitas não-operacionais e a financeira.

A respaldar tal conclusão, está a constatação de que a efetivação da penhora sobre o faturamento, por sua própria natureza, implica em ingerência na funcionalidade da empresa, assim exigindo a observância de certos requisitos específicos como a nomeação de um depositário, "com

a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente", como exige o § 3º, do art. 655 A, da CLT.

Tais considerações são relevantes porque provocam questionamentos importantes na seara trabalhista. Entre eles, um que tem gerado calorosos debates, consiste em aferir se é possível o Juízo nomear o executado como depositário, mesmo quando este se recusa a assumir o encargo.

Quando o indicado como depositário não é o executado, a jurisprudência é mansa e pacífica quanto a insustentabilidade da medida. Neste sentido a orientação constante da OJ 89, da SDI II, do C. TST, e Súmula 319, do E.STJ.

Mas, e quando se tratar de penhora sobre o faturamento, em que o próprio executado é nomeado depositário?

É comum e justificável a dificuldade encontrada pelos juízes em encontrar alguém preparado e idôneo para assumir tal gama de poderes, sem causar risco à confidencialidade do negócio explorado e ao sigilo bancário, especificidades importantes que não podem ser ignoradas nesta modalidade de penhora.

Ademais, é preciso considerar o constante do art. 620, do CPC, que exige o processamento de execução de modo "menos gravoso" para o executado. Ora, não é preciso aprofundar muito a análise para concluir que a nomeação de um terceiro, estranho à atividade empresarial, que passará a ter acesso significativo a

dados e informações, inclusive bancárias a ela referentes, causa maior gravame do que a atuação do próprio executado como depositário, já que se trata de administrador nato do empreendimento. Destarte, o disposto no § 3º, do art. 655A, do CPC, que estabelece expressamente a preferência desta nomeação, se revela plenamente aplicável por compatível com o processo do trabalho.

5 O EXECUTADO PODE RECUSAR-SE A ASSUMIR A CONDIÇÃO DE DEPOSITÁRIO EM CASO DE PENHORA SOBRE FATURAMENTO?

O princípio da legalidade, que se constitui no marco estruturante do direito processual brasileiro, impede que alguém seja privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. Entretanto, a leitura deste conceito não pode ser pautada pelo viés reducionista do conceito de legalidade formal. O princípio da supremacia da Constituição exige que seja observado como legalidade substancial, o que faz toda diferença quando a nomeação do depositário recair na pessoa do próprio executado.

Com efeito, é preciso evitar que a cultura de desvalorização da lei crie uma situação teratológica, em que o ordenamento é instituído para não ser cumprido e o processo é transformado numa sucessão de expedientes protelatórios, o que desacredita a atuação do Poder Judiciário como garantidor de direitos. Destarte, para

evitar a ocorrência desta situação, deve ser levada em conta "a norma e os fatos, em uma interação não formalista, apta a produzir a solução justa para o caso concreto, por fundamentos acolhidos pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral", de modo a fazer valer o desenvolvimento de uma "dogmática da interpretação constitucional" e o "compromisso com a efetividade de suas normas", em que a filtragem constitucional passa a se constituir num modo de olhar e interpretar todos os ramos do direito, como ensina Luís Roberto Barroso.⁴

Neste contexto, a penhora sobre o faturamento contém algumas especificidades que devem ser consideradas. Conforme anteriormente ressaltado, o processamento deste tipo especial de constrição não consiste na simples guarda de um determinado bem ou valor. Implica no acesso às informações sobre o giro dos negócios, cadastros bancários, fornecedores, entre outras que podem comprometer a segurança operacional de sua atividade econômica, bem como o sigilo bancário das transações que efetua, de modo que a nomeação do executado, como depositário, milita em seu próprio favor, atendendo ao escopo legal albergado no art. 620, do CPC, quanto ao processamento de uma execução menos gravosa.

Por tais razões, se um terceiro não pode ser compelido a aceitar o encargo de depositário, tal raciocínio não vale para o executado. Com

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42-44.

efeito, ante à relevância das ponderações supra referidas, impossível concluir que o executado estaria desobrigado de atuar como depositário apenas porque tal situação “atentaria contra sua própria vontade”. Ora, tal afirmação não constitui argumento jurídico, nem é suficiente para desobrigá-lo de responder pelo débito, pois se assim fosse considerado todos os executados fariam jus ao mesmo benefício, pois a “falta de vontade” é condição que afeta aos executados de modo geral.

Considerando também que a lealdade e a boa-fé processual são deveres legais da parte, e que a razoável duração do processo constitui direito fundamental, assim albergado no inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, é lícito ao executado simplesmente recusar-se a assumir o encargo?

Penso que não.

Ao tratar da figura do depositário, nos casos de penhora sobre o faturamento, o § 3º, do art. 655A, do CPC, subsidiariamente aplicável por compatível com o processo do trabalho, estabelece expressamente que será nomeado pelo juiz, sem indicar qualquer possibilidade de recusa desta nomeação.

Ademais, uma análise criteriosa e teleológica do ordenamento processual demonstra que esta recusa é insustentável, pois configura resistência injustificada ao andamento do processo, assim comprometendo a operacionalização da máquina judi-

ciária e tornando a execução muito mais gravosa.

Além de poder causar riscos significativos ao empreendimento, a nomeação de um terceiro, como depositário, implica em custos, já que se trata de atividade que deve ser remunerada, conforme prevê o parágrafo único do art. 149, do CPC, ao admitir, inclusive, que este indique até mesmo a nomeação de prepostos, o que aumentará o valor da despesa. Trata-se de um gravame desnecessário, pois ninguém conhece melhor o próprio negócio do que o executado, o que vem onerar a execução, em flagrante afronta ao disposto no art. 620, do CPC.

A experiência de muitos anos em Varas do Trabalho mostra que o executado assim age apenas para procrastinar o andamento da execução, pois é extremamente

“A experiência de muitos anos em Varas do Trabalho mostra que o executado assim age apenas para procrastinar o andamento da execução, pois é extremamente difícil para o Juízo nomear um administrador com tal soma de poderes que atue de forma correta, sem apresentar risco para o sigilo dos negócios empresariais.”

difícil para o Juízo nomear um administrador com tal soma de poderes que atue de forma correta, sem apresentar risco para o sigilo dos negócios empresariais. Além disso, quando ocorre a nomeação de um terceiro como depositário, não são poucos os casos em que a referida providência se revela um novo foco de discórdia, desavença e problemas, desta feita entre o administrador e o executado, algumas vezes entre o administrador, o exequente e o executado, resultando numa execução de trâmite mais lento e complicado, ou seja, exatamente o contrário do escopo legal.

Não se pode deixar de considerar que as leis ordinárias, promulgadas nos últimos anos, que alteraram o Código de Processo Civil e devem ser aplicadas por compatíveis com o processo trabalhista, tiveram o louvável escopo de estimular o cumprimento mais célere da condenação, para tanto tornando menos interessante a situação de mora para o devedor, a fim de estimular o cumprimento da obrigação.

Ante tal contexto, navega na contramão a interpretação solitária, que confere ao executado o poder de criar obstáculos ao ato de constrição, apenas por um pretenso voluntarismo, que na verdade tem o objetivo de dificultar a execução e procrastinar a quitação da dívida, o que num primeiro momento causa inequívoco prejuízo ao exequente, mas que também acaba por aumentar os encargos da execução em seu desfavor.

Tais ocorrências, que constituem fato público e notório no dia-a-dia forense, justificam o cumprimento de dispositivo legal expresso (§ 3º, do art. 655A, do CPC), ao estipular de forma incisiva que o depositário será nomeado e terá o encargo, entre outros, de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, assim como proceder à prestação de contas mensalmente.

Destarte, se a razoável duração do processo é direito constitucional fundamental a ser cumprido, não há respaldo legal para o ato do executado que, por puro voluntarismo e espírito de procrastinação, recusa a nomeação como depositário e administrador de seu próprio negócio. Portanto, quando assim deci-

de e exige o fiel cumprimento do encargo legal, age o Juiz da execução em conformidade com a lei, o que redunda em impossibilidade de aplicação da diretriz estabelecida pela OJ 89, da SDI 2, do C. TST, quando o nomeado como depositário for o próprio executado.

6 A PRISÃO DECRETADA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL

Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San Jose da Costa Rica

Primeiramente é preciso registrar que a questão não consiste em avaliar se deve ser aplicado, ou não, o constante do Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) e Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, pois foram ratificados pelo Brasil, e assim devem ser observados nos termos do § 2º, do art. 5º, da CF/88.

O *punctum litis* da controvérsia é outro.

Trata-se de proceder à aplicação das normas supra referidas **nos termos em que foram estabelecidas.**

E como foram estabelecidas?

Reza o art. 7º/7, do Pacto de San José da Costa Rica que:

Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados da autoridade judiciária competente, expedidos em virtude de **inadimplemento de obrigação alimentar.**

Tais disposições também estão agasalhadas no inciso LXVII, do

art. 5º da CF/88, ao determinar que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro está em consonância com o previsto no referido tratado internacional.

A exclusão consignada em ambos os dispositivos abriga expressamente o caso da dívida trabalhista, que detém inequívoca natureza alimentar, de modo que o disposto no Pacto de San Jose não constitui fundamento para afastar o encargo obrigacional do executado. Pelo contrário, é supedâneo para sua sustentação, dado o privilégio que desfruta a quitação do débito trabalhista, pois dele o trabalhador depende para sobreviver.

Ademais, a vedação supramencionada no tratado internacional se refere aos casos em que há uma dívida de natureza civil, advinda de um contrato de depósito, que em nosso ordenamento jurídico está previsto no art. 627 e seguintes, do Código Civil de 2002 (art. 1.265 e seguintes, do C. Civil de 1916), ou seja, situação completamente diferente do depositário nomeado pelo Juízo, no curso de uma execução de título judicial de natureza alimentar, em que a cominação não constitui penalidade, nem sanção.

A prisão administrativa, decretada ante a caracterização do *contempt of court*, tem a finalidade de compelir ao cumprimento de uma

ordem judicial, que imputou à parte o dever de garantir o adimplemento da obrigação de natureza alimentar. Portanto, corresponde exatamente à exclusão mencionada, não configurando qualquer violação do tratado internacional referido, além de estar em consonância com dispositivo constitucional expresso, de modo que a decisão que deliberou sob tal fundamento não caracteriza ilegalidade ou abuso de poder. Compelir alguém a cumprir determinação judicial, exarada em autos que tramitam com a observância do devido processo legal, não viola nenhum direito de liberdade, pois é óbvio que ninguém tem “liberdade” para escolher se cumpre, ou não, uma ordem judicial, cabendo ao Poder Judiciário a atuação institucional de resguardar a autoridade das decisões e garantir a efetividade do processo.

Em relação a tal questão, leciona Ada Pellegrini Grinover⁵ que a:

[...] origem do *contempt of court* está associada à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência.

Se o executado não cumpre seu dever jurídico de pagar obrigação de natureza alimentar, nem comprova a impossibilidade de fazê-

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo: estudos e pareceres. São Paulo: PJ Ed., 2006, p. 161.

lo, o exequente tem direito de exigir que seja observada a “razoável duração” para a reparação da lesão, pois as normas constitucionais “investem seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis,” que assim podem ser exigidas do Estado, já que constituem “normas jurídicas dotadas de eficácia e veiculadoras de comandos imperativos”, como observa mais uma vez com percuciência Luís Roberto Barroso⁶.

Por isso, se a empresa continua em funcionamento e o executado, nomeado depositário, continua à frente de seus negócios e não comprova que tenha ocorrido a alegada falta de faturamento no período, deixando de cumprir com a determinação judicial de depositar o percentual a que está obrigado, age como depositário infiel ante o inequívoco descumprimento voluntário e inescusável da obrigação, nos termos do art. 904, do CPC, subsidiariamente aplicável por compatível com o processo trabalhista. Deste modo, o mandado de prisão expedido como meio coercitivo legal e legítimo para obrigá-lo ao cumprimento da obrigação não configura ilegalidade ou abuso de poder, estando amparado nas normas constitucionais que estão em vigor.

As questões relacionadas aos limites de responsabilidade do depositário se revestem de notável atualidade, tendo em vista a controvérsia que tem suscitado em vários

juízos, estando pendente de julgamento no STF num caso de alienação fiduciária. Embora se trate de matéria diversa da que ora está sendo analisada, os fundamentos do julgamento, a ser proferido pelo Supremo Tribunal, certamente terão grande repercussão no meio jurídico, e poderão ressuscitar novos debates acerca da conveniência de serem adotadas novas modalidades de penhora, com a priorização da remoção dos bens.

Entretanto, não se pode deixar de ponderar que a alternativa de remoção oferece dificuldades adicionais quanto ao deslocamento, guarda e conservação dos bens e respectivo custo, podendo configurar violação ao disposto no art. 620, do CPC, se tornar a execução mais gravosa também por privar o executado do uso de um bem que pode ser importante para a continuidade da atividade empresarial, de modo que não deve ser aplicada de maneira indistinta, nem afastar alternativa válida como é o caso da penhora sobre percentual de faturamento, notadamente quando se trata de garantir a efetivação de um crédito constituído em favor daquele que com seu trabalho contribuiu para a formação do patrimônio empresarial e conseqüente faturamento, caso em que a nomeação do executado como depositário se torna imperiosa, sob pena de esvaziar a funcionalidade do instituto.

⁶BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 293-294.

7 FATURAMENTO É COISA FUTURA ?

Outra questão que vem suscitando acalorados debates consiste em apurar se o faturamento, sobre o qual incide a penhora, constitui, ou não, "coisa futura", que inviabilizaria a materialização do depósito no momento da constituição do paciente em depositário.

Inicialmente é preciso lembrar que o disposto no art. 591, do CPC, plenamente aplicável por ser compatível com o processo trabalhista, estabelece que: "O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei."

Além disso, é preciso ressaltar que o conceito de faturamento está imbricado com a própria existência da empresa. Com efeito, empreendimento que está operando, em atividade, necessariamente fatura, viabilizando plenamente a materialização do depósito.

Empresa que não tem faturamento é empresa morta, inativa. Se está em atividade, tem faturamento, de modo que não há amparo jurídico para sustentar que o faturamento de *per se* possa ser considerado *coisa futura* e incerta. Incerto pode ser o seu valor, já que o volume das transações naturalmente oscila de um mês para o outro. Entretanto, a existência de

faturamento é coisa certa, já que não existe a possibilidade de uma empresa operar sem faturamento.

Por tais razões, inequívoca a impossibilidade de aplicação da OJ 143, da SDI-I, do C. TST a tais casos, pois se refere a situação jurídica diversa, e em nenhum momento se reporta ao faturamento.

Deste modo, a impossibilidade de penhorar um percentual de faturamento depende do executado **comprovar** que a empresa está inativa, ou teve suas atividades suspensas e deixou de atuar economicamente. Só assim será admissível a alegação da falta de faturamento, com o conseqüente reconhecimento da impossibilidade de cumprimento de suas obrigações como depositário. Caso contrário, não há como acolher singelas alegações, sem a neces-

sária comprovação dos fatos correspondentes, não detendo o executado direito líquido e certo de deixar de pagar a dívida, nem de postergar a quitação ou tornar mais onerosa a execução.

Assim, a ampliação da aplicação da OJ 143, da SDI II, do C. TST, para abranger matéria jurídica diversa daquela que disciplina não se sustenta também por afrontar dispositivo legal expresso, constante do inciso VII, do art. 655, do CPC, e colidir frontalmente com a diretriz jurisprudencial constante da OJ 93, da SDI II, do C. TST ao dispor *in verbis*:

"Deste modo, a impossibilidade de penhorar um percentual de faturamento depende do executado **comprovar** que a empresa está inativa, ou teve suas atividades suspensas e deixou de atuar economicamente. Só assim será admissível a alegação da falta de faturamento, com o conseqüente reconhecimento da impossibilidade de cumprimento de suas obrigações como depositário."

Mandado de segurança. Possibilidade de penhora sobre parte da renda de estabelecimento comercial.

É admissível a penhora sobre a renda mensal ou faturamento de empresa, limitada a determinado percentual, desde que não comprometa o desenvolvimento regular de suas atividades.

Se a lei expressamente prevê a efetivação de penhora sobre o faturamento e estabelece a possibilidade de nomeação do depositário pelo Juízo da execução, sem prever qualquer possibilidade de recusa quando tal responsabilidade recair sobre o executado, que tem a obrigação de saldar o débito e se constitui no administrador nato, sendo que a execução deve processar-se de forma menos gravosa, ou seja, preservando os poderes do executado administrar e gerir seu próprio negócio, sem ter que remunerar um terceiro para tal fim, é evidente que não se trata de *coisa futura*, mas de evento que ocorre com regularidade e está atrelado à dinâmica própria de funcionamento da empresa. Destarte, legalmente sustentável a cominação judicial, quando constatado que o depositário deixou de cumprir com suas obrigações em relação a um faturamento que já ocorreu desde a sua nomeação e, portanto, nada tem de futuro.

Acrescente-se que o modo como vem ocorrendo em certos casos, nos quais em relação ao mesmo processo o mandado de segurança é denegado, com a manutenção da

penhora sobre o faturamento, mas o habeas corpus provido, com a liberação do executado dos encargos de depositário, acaba provocando uma situação de impasse, que trava o andamento da execução.

O processo fica parado porque é grande a dificuldade do Juízo em nomear um terceiro, de sorte que o executado acaba conseguindo seu intento de procrastinação, o que provoca violação do disposto no inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF/88, já que o trâmite deixa de ter razoável duração, desacreditando a atuação jurisdicional do Estado, o que se revela inaceitável, pois o referido dispositivo constitucional detém plena força normativa e assim deve ser utilizado como parâmetro de decisão, na feliz acepção cunhada por Luís Prieto Sanchis.⁷

8 DA PRESERVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO REGULAR DAS ATIVIDADES DA EMPRESA

Ao expressar a possibilidade de efetivação de penhora sobre parte da renda de estabelecimento comercial, a orientação jurisprudencial majoritária, consignada na OJ 93, da SDI-II, do C. TST ressalta a necessidade de que tal ocorra sem comprometer “o desenvolvimento regular” das atividades da empresa.

Analisando a questão, Francisco Antonio de Oliveira⁸ pondera que a penhora:

[...] sobre o faturamento da empresa

⁷ SANCHIS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 130.

⁸ OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Manual de penhora: enfoques trabalhistas e jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

constitui, muitas vezes, modalidade de execução menos onerosa, possibilitando que a executada continue operando normalmente, evitando-se assim que venha a vender máquina ou mesmo que submeta à penhora bens de seu ativo imobilizado.

A experiência adquirida em audiências de conciliação, realizadas quando o processo está em fase de execução, confirma tal assertiva. Quando a executada está imbuída de boa-fé, e quer mesmo pagar o que deve, sempre atua de forma participativa e propositiva, apresentando alternativas para por fim à execução, sem comprometer a continuidade dos negócios.

Ora, é perfeitamente possível o atendimento de tal requisito mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, fixando-se um percentual adequado para evitar o comprometimento do desenvolvimento regular das atividades empresariais, ao mesmo tempo em que possibilita a solvabilidade do débito em aberto, evitando onerar a execução com outros gravames, em conformidade com o disposto nos arts. 612 e 620, do CPC, cabendo ao executado o ônus de comprovar que "o rigor da medida poderá acarretar-lhe a impossibilidade de serem mantidas normalmente suas atividades", como ressalta Manoel Mendes de Freitas.⁹

Este sopesamento só pode ser efetuado pelo Juízo da execução mediante a análise das peculiaridades de cada caso concreto, que cabe ao executado demonstrar. Via de regra são

considerados os parâmetros já anteriormente referidos quanto à inclusão da receita bruta, financeira e não-operacional, computando-se o faturamento bruto como base de cálculo do percentual não só porque a aferição se processa de forma clara e transparente, possibilitando um controle mais preciso na apuração de valores do que o faturamento líquido, mas também porque evita delongas contestatórias, pois as parcelas deduzidas para chegar a esta aferição sempre são alvo de acirrada polêmica entre as partes, por interesses óbvios.

9 O ESCOPO DA EXECUÇÃO

O gargalo da execução é fato corrente nos fóruns. Ganhar e não levar provoca descrédito quanto à eficiência das instituições jurídicas, esgarçando o tecido da cidadania. A responsabilização do executado/depositário decorre do *contempt of court*, que não se reveste de natureza punitiva, mas de meio coercitivo para o cumprimento da determinação judicial, qual seja a prestação de contas e a efetivação do depósito e, por isso, deve ser mantida quando por ele não for demonstrada a impossibilidade de faturamento, ou o comprometimento do desenvolvimento regular das atividades econômicas da empresa.

A vantagem deste tipo de constrição reside no fato de que a efetividade da decisão pode ser atendida conjuntamente com a manutenção da atividade empresarial,

⁹ FREITAS, Manoel Mendes de. Penhora de contas bancárias: penhora de faturamento (ou renda), considerações a propósito do denominado capital de giro, interpretação do artigo 655 do CPC. Revista LTR . v. 64, n. 06, jun. 2000, p. 711-714.

e a preservação do capital de giro necessário para tanto, mediante a fixação de percentual razoável, com observância do princípio da proporcionalidade, de sorte que, embora sedutor, se revela falacioso e insustentável o argumento assim expendido para a desobrigação

Ademais, é óbvio que o depósito e a conseqüente prestação de contas, por sua própria natureza, só serão exigidos em relação ao período que já transcorreu, em relação ao qual o executado dispõe de elementos para comprovar a impossibilidade de materialização do depósito, se for o caso, de modo que não há como sustentar a alegação de “coisa futura”, dissonante da realidade fática em que se opera esta modalidade de penhora, pois só não fatura a empresa que não está em atividade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é a chave que vai possibilitar a administração dos diversos interesses em conflito, constituindo-se numa ferramenta de otimização da atividade jurisdicional, que possibilita o sopesamento tanto da necessidade de quitação do débito trabalhista, quanto da necessidade de garantir a manutenção da atividade empresarial, fazendo prevalecer a *lógica do razoável*, na clássica expressão que marcou a doutrina de Recaséns Siches.

Tal perspectiva deve ser mantida por estar em consonância com o movimento de constitucionalização do direito processual,

que marca a era contemporânea.

Neste sentido, leciona Luís Roberto Barroso¹⁰ que uma das “grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica”. Explica que a idéia de constitucionalização do direito:

[...] está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional, [...]

Como é o caso das normas processuais que ora estão sendo analisadas. Ademais, o sistema se inclina cada vez mais pela adoção de conceitos que “contém termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser completado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto” (g.n.).

Por tais razões, é evidente que a condição do executado devedor é completamente diferente da situação de um terceiro, quando se trata de analisar a questão de nomeação do depositário pelo Juízo, de modo que deve ser criteriosamente sopesada a matéria jurídica sob a perspectiva de tais especificidades, notadamente por implicar na valoração tanto da boa-fé objetiva, quanto da “razoável du-

¹⁰ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, abr. /jun. 2005, p. 1-42.

ração”, critério constitucional estabelecido como direito fundamental, assim previsto no inciso LXXVIII do art. 5º da CF/88, que deve permear todos os atos processuais, em face da “exigência de materialidade, de concretude dos direitos constitucionais na vida cotidiana de todos nós”, como bem enfatiza Menelick de Carvalho Netto.¹¹

Pondera Daniel Sarmento¹² que:

[...] garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos ou privados. O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que se constitui a sua mais importante missão. Se os direitos fundamentais se irradiam para as relações privadas e se cabe ao Estado protegê-los quando forem violados por terceiros, este Estado tem de estar devidamente aparelhado para desincumbir-se dessa sua função.

A perspectiva de “neocons-

titucionalismo”, que permeia as instituições jurídicas contemporâneas, caracteriza-se por três movimentos importantes: o primeiro no sentido de que a “normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais, de imperatividade”. O segundo, que reconhece a “superioridade da constituição sobre o restante da ordem jurídica”, e o terceiro, apontando para a “centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição”, num processo que “levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema” como ensina

Ana Paula de Barcellos.¹³

As normas constitucionais, anteriormente consideradas como simples declarações programáticas, passam a ser aplicadas como direito positivado, pois à constituição é conferida a máxima força jurídica, como pondera Alexy.¹⁴

¹¹ CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 145.

¹² SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 308.

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo: direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 240, abr. /jun. 2005, p. 83-103.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel de (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 33.

Neste contexto, a noção de legalidade formal cede lugar ao conceito de legalidade substancial, acarretando alteração significativa na concepção do próprio direito e da jurisdição, de modo que cabe "agora ao jurista, seja qual for a área de sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais", submetendo o "texto da lei a princípios materiais de justiça".

Ferrajoli¹⁵, bem explora tal linha de argumentação, ao assinalar que há uma mudança de paradigma, em virtude da qual a Constituição não só disciplina as formas de produção legislativa, mas também impõe proibições quanto aos direitos de liberdade e obrigações no que se refere ao conteúdo dos direitos sociais.

Assim, a constitucionalização dos direitos fundamentais vincula o procedimento estatal e disponibiliza as ferramentas necessárias para que o juiz possa suprir a "insuficiência da tutela (ou da proteção) outorgada pelo legislador", conforme explica Luiz Guilherme Marinoni¹⁶, observando que dizer:

[...] que a lei tem a sua substância moldada pela Constituição implica em admitir que o juiz não é mais um funcionário público que objetiva solucionar os casos conflitivos mediante a afirmação do texto de lei, mas sim um agente do poder que, atra-

vés da adequada interpretação da lei e do controle da sua constitucionalidade, tem o dever de definir os litígios fazendo valer os princípios constitucionais de justiça e os direitos fundamentais, pois a jurisdição se define e se sustenta pelo atendimento de seu dever de concretizar os valores públicos. Constitui um aspecto essencial da jurisdição a necessidade de dar efeito concreto ao conteúdo substancial do ordenamento jurídico, dando ao juiz o poder/dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou a tutela) do direito material.

Ora, não há como deixar de concordar com o insigne processualista, ao ponderar que de nada vale a rapidez imprimida no processo de conhecimento se, em seguida, "o processo de execução se protraí no tempo, não havendo nele igual celeridade, impedindo a eficaz satisfação do credor", sendo no mesmo sentido a ponderação de Canotilho¹⁷, ao chamar atenção para o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo dos direitos.

Neste passo também caminha Dinamarco¹⁸ ao destacar a necessidade do processo acompanhar o "mesmo ritmo dos movimentos transformadores da sociedade, da economia e das instituições políticas", a fim de construir uma "justi-

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. In: CARBONELL, Miguel de (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 18.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do processo*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 45/51/82/97

¹⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, p. 543 e seguintes.

¹⁸ DINAMARCO, Candido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30, 88, 303 e 306.

ça idônea" e capaz de oferecer solução para os conflitos postos diante de seus juízes. Para tanto, é preciso observar que muitas vezes:

[...] o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos standards presentes na mente do legislador que, não obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma valoração acurada desaconselha a que isso seja feito.

Ademais disso, ao perceber que o fluir do tempo poderá comprometer o correto e útil exercício da jurisdição, caberá ao juiz determinar o que for necessário para evitar que isso aconteça, "sob pena de figurar na relação processual como mero autômato, ou espectador irresponsável, permitindo a degradação de seu próprio mister." (g.n)

10 CONCLUSÃO

A implementação da efetividade das decisões é tema que deve ser enfrentado, tendo em vista sua relevância no momento atual, em que a fase de execução tem se apresentado como o *calcanhar de Aquiles* do processo. A exigência quanto a *razoável duração* visa impedir a eternização da lide e o acirramento do conflito, assim contribuindo para a pacificação social, imprescindível para a construção da cidadania e a redução do *deficit* democrático, razão pela qual foi inserida entre os direitos fundamentais da 4ª geração, como consta do inciso LXXVIII, do art. 5º, de nossa Lei Maior.

É preciso ressaltar que a penhora sobre o faturamento constitui muitas vezes modalidade de execução menos onerosa do que as demais, pois evita que haja constrição sobre determinada máquina ou ativo imobilizado, possibilitando que a empresa continue a operar normalmente, enquanto honra mês a mês seus compromissos com o exequente, ao mesmo tempo em que preserva a administração e a gestão dos negócios pelo executado, de sorte que, quando corretamente implementada, se revela ferramenta processual valiosa para a quitação da dívida, impedindo que entraves burocráticos criem gargalos indesejáveis no trâmite processual, assim garantindo a funcionalidade da jurisdição.

Por envolver a própria administração do negócio empresarial, bem como o acesso a informações sigilosas tanto no que se refere ao objeto da atividade explorada, quanto às transações bancárias e financeiras, esta modalidade de constrição detém especificidades que exigem a nomeação do próprio executado como depositário, em atendimento ao art. 620 do CPC e o preceituado expressamente no § 3º, do art. 655 A, do CPC, subsidiariamente aplicáveis por compatíveis com o processo trabalhista, de modo que não há amparo legal para a recusa deste encargo, sendo inaplicável a orientação jurisprudencial contida na OJ 89, da SDI II, do C. TST e Súmula 319 do C. STJ, pois se referem a situação jurídica diversa.

Ademais, a ocorrência de faturamento é ínsita a própria atividade empresarial. Se o empreendimen-

to econômico está em atividade, necessariamente está faturando, não se constituindo, portanto, em *coisa futura*, o que também impede a aplicação da OJ 143 do C. TST.

Por tais razões, é preciso garantir o efetivo processamento desta modalidade de constrição, evitando que equívocos hermenêuticos possam retirar-lhe a eficácia, como vem ocorrendo com indesejável frequência, em que uma providência acaba anulando outra, por causa da falta de visão geral de todo o processo. Não é raro ocorrer que, nos autos de um mandado de segurança a penhora sobre o faturamento seja mantida e, a seguir, o *habeas corpus* impetrado em favor do executado seja provido, provocando um travamento no processo de execução, porque sem ter depositário a penhora fica comprometida.

Por isso, é necessário analisar a questão sob uma ótica mais ampla, tendo como norte a perspectiva da efetividade e utilidade da jurisdição, para tanto garantindo as condições necessárias à solvabilidade do débito e ao encerramento da execução, deixando de limitar a análise a fatos isolados, que acabam atuando uns contra os outros, comprometendo a eficácia do processo como forma de solução da lide e quitação do débito, judicialmente reconhecido em favor de uma das partes.

Quando se trata de saldar dívida trabalhista de natureza alimen-

tar, é preciso adotar a interpretação que se revela mais consonante com a realidade fática, considerando como faturamento não só as receitas operacionais, mas também as não-operacionais e a financeira. Ademais, também deve ser aplicado o entendimento jurisprudencial consubstanciado na OJ 93, da SDI II, do C. TST, que trata de maneira específica a matéria, possibilitando a efetivação da penhora sobre o faturamento.

E não poderia ser de outra forma. Se esta modalidade de constrição é plenamente admitida quando se trata de crédito de natureza civil, com muito mais razão deve ser implementada em relação aos créditos trabalhistas, constituídos em favor daquele que, com sua força de trabalho, contribui para o desenvolvimento econômico do empreendimento que gera faturamento para o empregador.

11 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Derechos fundamentales y estado constitucional democrático*. In: CARBONELL, Miguel de (Ed.). *Neonconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neonconstitucionalismo: direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: v. 240, abr. / jun., 2005.

- BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, abr. /jun. 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina.
- CARVALHO NETTO, Menelick. **A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Fundamentais**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del estado de derecho*. in: Neoconstitucionalismo (s). In: CARBONELL, Miguel de (Ed.). **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- FREITAS, Manoel Mendes de. **Penhora de contas bancárias: penhora de faturamento (ou renda), considerações a propósito do denominado capital de giro, interpretação do artigo 655 do CPC**. *Revista LTR*. v. 64, n. 06, jun. 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: PJ Ed. Perfil, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do processo**. v. 1, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. **Manual de penhora: enfoques trabalhistas e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- SANCHIS, Luis Prieto-Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (edición de). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.
- SARMENTO, Daniel. **A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria**. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TESE: DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO – CRITÉRIOS E CASUÍSTICA

Guilherme Guimarães Feliciano*

Resumo: A distribuição do ônus da prova no processo do trabalho já não pode mais se circunscrever ao modelo liberal e estático dado pelos artigos 818 da CLT e 333 do CPC, especialmente em razão dos direitos materiais que freqüentemente estão em jogo nos conflitos laborais. É imperioso construir um outro modelo, de distribuição dinâmica do ônus probatório, que considere as circunstâncias concretas de cada caso e a natureza dos interesses resistidos. Nessa ordem de idéias, a jurisprudência universal vem consagrando inversões do ônus da prova em hipóteses de discriminação no trabalho, de atentados ao meio ambiente laboral, de violações à privacidade do trabalhador e de assédio moral ou sexual.

Palavras-chave: Ônus da prova. Processo do trabalho. Inversões do ônus da prova. Discriminação. Meio ambiente do trabalho. Princípio da proporcionalidade.

Abstract: The distribution of the burden of proof into labour proceedings can not be anymore circumscribed in the static and libe-

* **GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO**, Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, é Livre Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté. Coordenador do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Taubaté. Professor Assistente do Curso de Especialização «*Lato Sensu*» em Direito Processual Civil (2006-2007) e em Direito Civil (2008-2009) da Escola Paulista da Magistratura (EPM/APAMAGIS). Membro do Conselho Editorial da Revista ANAMATRA-FORENSE “Direito e Processo”. Membro do Conselho Editorial da EMATRA-XV (Escola de Magistratura do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região) para a Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região (2007-2009), tendo integrado, nos dois biênios anteriores, a Subcomissão de Doutrina Internacional e a Subcomissão de Trabalhos do Meio Científico. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto Manoel Pedro Pimentel (órgão científico vinculado ao Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), de cujo *Boletim* foi editor-chefe entre 1997 e 2002. Autor de teses e monografias jurídicas, a saber: *Direito à Prova e Dignidade Humana*, São Paulo, LTr, 2007; *Tópicos Avançados de Direito Material do Trabalho*, v. I e II, São Paulo, Editora Damásio de Jesus, 2006; *Teoria da Imputação Objetiva no Direito Penal Ambiental brasileiro*, São Paulo, LTr, 2005; *Informática e Criminalidade*, Ribeirão Preto, Nacional de Direito, 2001; *Execução das Contribuições Sociais na Justiça do Trabalho*, São Paulo, LTr, 2001; *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia*, São Paulo, LTr, 2000.

ral model given by the Brazilian procedural federal acts (article 818/CLT and article 333/CPC), especially because of the civil rights commonly involved in labour conflicts. It is necessary to construct another model, with a kind of dynamic distribution of the burden of proof, pondering the concrete circumstances and the nature of the interests in each fall. In that order of ideas, the courts around the world have adopted inversions in the discharge of the burden of proof in cases of discrimination at work, attempts against the labour environment, violations on the privacy of the employees and mobbing or sexual harassment.

Sumário: 1 Introdução; 2 A inversão do ônus da prova no processo laboral; Casuística; 3 Conclusões; 4 Referências.

1 INTRODUÇÃO

A regra do art. 818 da CLT é obsoleta, reproduzindo máxima que os romanos já empregavam no processo formulário (final da República romana, século II a.C.). Já as regras do art. 333 do CPC consubstanciam a teoria das normas jurídicas de ROSENBERG, que pretendeu distribuir o ônus da prova conforme a textura da norma jurídico-material a amparar as pretensões (meados do século XX). Ambas são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, em via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais. Não por outra razão, a própria jurisprudência do C.TST encaminha-se no sentido de relativizar o "standard" do art. 333/CPC (Súmulas 212, 338, O.J./SDI-1 233, etc.), em conformidade com a característica da lide e o objeto do processo. Daí porque, no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâ-

mica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, mas sem as peias dos arts. 818/CLT e 333/CPC (que servem, apenas, como modelos residuais).

Para tanto, pode-se recorrer a modelos alternativos já consagrados pela doutrina alienígena, como as constelações de indícios, a «*Anscheinsbeweis*» (verossimilhança), as funções mesmas do processo (princípio da instrumentalidade) e, notadamente, a questão dos direitos fundamentais que estão em jogo no processo (ponderação harmônica HESSE). Diante disso, se o "standard" fundamental (art. 333/CPC) não será seguido, é mister informar as partes, para evitar alegações de nulidade (princípio da não-surpresa, corolário dos princípios do contraditório e da ampla defesa); donde se concluir, "a fortiori", que as regras de repartição do ônus da prova funcionam, no processo do trabalho, não apenas como regras de julgamento, mas também – e sobretudo – como regras de procedimento.

2 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO LABORAL. CASUÍSTICA

Como visto, tanto a regra do art. 818 da CLT como as regras do art. 333 do CPC são obsoletas para o processo do trabalho. A primeira reproduz máxima que os romanos já empregavam no processo formulário (final da República romana, século II a.C.). As segundas, por sua vez, reproduzem a *teoria das normas jurídicas* de ROSENBERG (Leo Rosenberg, «Die Beweislast auf der Grundlage des *Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozeßordnung*», 1956), que pretendeu distribuir o ônus da prova conforme a textura da norma jurídico-material a amparar as pretensões. Ambas são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, em via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais.

Evidência disso é que a própria jurisprudência do C. TST tem se encaminhado no sentido de relativizar o *standard* do art. 333/CPC (Súmulas 212, 338, O.J./SDI-1 233, etc.), em conformidade com a característica da lide e o objeto do processo. Daí porque, no processo do trabalho, deve prevalecer a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a ser sempre racionalmente demonstrada em decisão fundamentada, mas sem as peias dos arts.

818/CLT e 333/CPC (que servem, apenas, como modelos residuais – especialmente o último, que confere alguma *racionalidade* à regra inerme do primeiro preceito). Para tanto, o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos já consagrados pela doutrina alienígena, como são a tecnologia das constelações de indícios (*Legge* n. 05/1991), a tecnologia alemã da «*Anscheinsbeweis*» (prova por verossimilhança), as funções mesmas do processo (aplicação do princípio da instrumentalidade à distribuição do ônus da prova) e, notadamente, o

contexto jusfundamental, i.e., a consideração dos direitos fundamentais que estão em jogo no processo (ponderação harmônica – KONRAD HESSE).

Nesse particular, tem especial interesse o problema das **inversões do ônus da prova** no processo la-

boral. E, a esse propósito, interessa desde logo isolar as quatro classes de ações em que o mecanismo se impõe, à luz da própria doutrina e jurisprudência vanguardistas. São elas:

(a) as ações judiciais que denunciam discriminações (em geral e nas relações de trabalho);

(b) as ações judiciais que denunciam os atentados ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no âmbito trabalhista, as graves violações aos deveres patronais de manutenção de um meio ambiente laboral hígido, seguro e ergonômico;

“Como visto, tanto a regra do art. 818 da CLT como as regras do artigo 333 do CPC são obsoletas para o processo do trabalho. A primeira reproduz máxima que os romanos já empregavam no processo formulário. As segundas, por sua vez, reproduzem a *teoria das normas jurídicas* de ROSENBERG que pretendeu distribuir o ônus da prova conforme a textura da norma jurídico-material a amparar as pretensões...”

(c) as ações judiciais que denunciam atos de violação da privacidade e da intimidade da pessoa humana (em geral e nas relações de trabalho);

(d) as ações judiciais que denunciam assédio sexual e/ou assédio moral (*mobbing*).

O primeiro grupo de ações abrange, como visto, os casos de discriminação no mundo do trabalho. Talvez sejam, mesmo, os mais numerosos. Mas o sistema internacional de direitos humanos profliga toda e qualquer discriminação injustificada.¹ Nos termos do art. 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem,

[...]todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a

presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Já no imo das relações de trabalho, a Convenção n. 111 da Organização Internacional do Trabalho (Genebra, 1958) dispõe que o termo «discriminação» compreende, naquele contexto,

[...]toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, na-

cionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão” (art. 1º, 1, “a”); ou ainda “qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão” (art. 1º, 1, “b”).

Nessa ordem de idéias, com vistas a otimizar os efeitos da tutela processual do direito ao tratamento isonômico, são recorrentes – pela via legislativa, jurisprudencial ou doutri-

nária – as teses de inversão do ônus da prova nos processos que denunciam tratamentos discriminatórios.

No direito positivo comparado, atente-se para o art. 23º, 3, do Código do Trabalho português (Lei n. 99/2003), que dispõe:

Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no nº 1 (g.n.).²

E, na jurisprudência comparada, releva mencionar o paradigmático *case McDonnell Douglas*

...Ambas são inaptas a regular, de modo absoluto, a dinâmica de um processo tão veloz, garantista e tuitivo como é o processo do trabalho, que envolve, em via de regra, pretensões vinculadas à violação de direitos fundamentais.”

¹ E, já por isso, o artigo 1º, 2, da Convenção n. 111 da OIT registra que “qualquer distinção, exclusão ou preferência, com base em qualificações exigidas para um determinado emprego, não são consideradas como discriminação” (= «discriminações justificadas»). Grifos nossos.

² Os fatores do n. 1 são: “[...] ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical”.

Corp. v. Green (1973), no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu, em caso de discriminação racial, caber ao réu, *prima facie*, a prova da não-discriminação, à vista dos elementos incontroversos predispostos nos autos.³ Com efeito,

*[...]the burden then must shift to the employer to articulate some legitimate, non discriminatory reason for the employee's rejection. We need not attempt in the instant case to detail every matter which fairly could be recognized as a reasonable basis for a refusal to hire. Here petitioner has assigned respondent's participation in unlawful conduct against it as the cause for his rejection. We think that this suffices to discharge petitioner's burden of proof at this stage and to meet respondent's prima facie case of discrimination.*⁴

O segundo grupo de ações liga-se ao tema do meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput, da CRFB⁵); e, nesse contexto, ao meio ambiente do trabalho, consagrada na Constituição brasileira como

manifestação do meio ambiente humano (*ut* art. 200, VIII). Como antecedido (*supra*), o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é também um direito fundamental da pessoa humana⁶, imanente ao rol de direitos humanos de terceira geração.⁷ Tratando-se, porém, de um interesse aprioristicamente difuso (art. 81, par. único, I, da Lei n. 8.078/1990), sua tutela processual reclama um procedimento diferenciado, como se dá no Brasil (Lei n. 7.347/1985), na França (Lei 88-14, de 05.01.1988, alterada pela Lei 92-60, de 18.01.1992) e em Portugal (art. 52º, n. 3, da Constituição portuguesa), entre outros.

Nessa ensancha, é importante reconhecer, com MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que

[...]a superação, no âmbito processual, do «paradigma individualista» (na expressão de CAPPELLETTI e GARTH) torna-se imperiosa quando o objecto da tutela jurisdicional são os chamados interesses difusos. [...] A garantia desses interesses supra-individuais exige quadros pro-

³ Tais elementos eram, essencialmente, a origem étnica do autor, a sua vasta qualificação profissional e a inexplicável recusa ao emprego. «*In verbis*»: "This may be done by showing (i) that his belongs to a racial minority; (ii) that he applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (iii) that, despite his qualifications, he was rejected; (iv) that, after his rejection, the position remained open and the employer continued to seek applicants from persons of complainant's qualifications".

⁴ In Robert Belton, Dianne Avery, *Employment Discrimination Law: cases and materials on equality in the workplace*, 6ª ed., St. Paul, West Group, 1999, pp.79-80 (g.n.).

⁵ Para o caso português, que oferece uma curiosa formulação nessa matéria (direito a um ambiente de vida "humano", i.e., sob o prelado da dignidade humana), confira-se o artigo 66º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa.

⁶ Cfr., por todos, José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p.44. «*In verbis*»: "O que é importante [...] é que se tenha a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Cumpre compreender que ele é um fator preponderante, que há de estar acima de quaisquer outras considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente".

⁷ Cfr., por todos, Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, pp.6-7. «*In verbis*»: "Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo que esses últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações seletivas".

cessuais diferentes daqueles que são apropriados à tutela dos interesses individuais.⁸

O professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa cinge-se, nesse interim, aos aspectos da legitimidade ativa *ad causam*, dos poderes do tribunal e dos efeitos da coisa julgada; mas, a par dessas importantes nuances, impende discutir, também, o problema da prova nesses processos (fase instrutória) e, notadamente, o dos critérios de repartição do ônus da prova (inclusive a inversão).

Nessa linha, vários autores já sustentam, no Brasil, a **inversão do ônus da prova** em matéria de sinistros no meio ambiente do trabalho. Veja-se, por todas, a obra de JOSÉ CAIRO JR., para quem o contrato de trabalho subordinado possui, em todos os casos, uma **cláusula tácita de incolumidade** (tal como a já reconhecida pelo STF em matéria de transportes, ou aquelas apontadas pela jurisprudência dos Estados em tema de prestação de serviços de estacionamento). Essa cláusula seria inerente ao conteúdo mínimo legal do contrato de trabalho e constituiria, por si só, o fundamento maior da responsabilidade civil do empre-

gador pelos danos causados ao trabalhador, mesmo nos sinistros involuntários (art. 7º, XXVIII, da CRFB). Logo, tratar-se-ia de **responsabilidade contratual** (= cláusula contratual implícita), ao contrário do que pregam as teses dominantes ao entreverem responsabilidade civil aquiliana (arts. 186 e 927 do NCC). Conseqüentemente, em face da obrigação contratual de cautela do empregador, **inverter-se-ia o ônus da prova** em todo sinistro laboral com vítima humana, cabendo ao contratante fazer prova cabal da culpa exclusiva da vítima, do caso fortuito ou da força maior (únicas hipóteses que, para CAIRO JR., isentar-lhe-iam de responsabilidade).⁹

No terceiro grupo, tutelam-se a intimidade e a vida privada com a proibição e o descarte das provas ilícitas obtidas mediante violações de correspondência ou interceptações telefônicas e telemáticas ilegais¹⁰ (art. 5º, XII e LVI, da CRFB) – mas sem perder de vista, em todo caso, os abrandamentos que derivam da aplicação processual do princípio da proporcionalidade¹¹ (particularmente valioso para o processo penal e, no que couber, para o processo do traba-

⁸ Miguel Fernando Pessanha Teixeira de Sousa, "A proteção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais". In: http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9256_1_0001.htm (acesso em 18.06.2004).

⁹ Cfr. José Cairo Jr., *O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador*, São Paulo, LTr, 2003, p.69-73 e p.92.

¹⁰ No Brasil, são ilegais as interceptações telefônicas e telemáticas que contrariem as disposições da Lei n. 9.296, de 24.07.1996 ("regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal").

¹¹ O princípio da proporcionalidade, especialmente cultuado nas jurisprudências alemã e norte-americana (sob a designação "Verhältnismäßigkeitsprinzip" ou "exclusionary rule", respectivamente), tem aplicações concretas no Direito material (p. ex., nas colisões de direitos fundamentais) e no Direito processual. Quanto a ambos os aspectos, cfr. Guilherme Guimarães Feliciano, *Direito à Prova e Dignidade Humana*, São Paulo, LTr, 2007, pp.54-85. Em matéria processual penal, o princípio inspirou, no Brasil, a *Súmula n. 50* das Mesas de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que admite o aproveitamento da prova ilícita, quando indispensável para o exercício do direito de defesa do réu.

lho – assim, e.g., nos dissídios que envolverem lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais de dignidade comparável à liberdade corporal-espacial, como nas ações que discutem interdição de estabelecimento em função de riscos graves e iminentes para a saúde e a integridade dos trabalhadores).¹²

Enfim, com relação ao assédio sexual e ao assédio moral (quarto grupo de ações), diga-se, à saída, que a primeira figura já está positivada no Direito Penal brasileiro, *ut art. 216-A do Código Penal*.¹³

Já a segunda ainda carece de posituação, mas têm sido definida, no âmbito das relações de trabalho, como

[...]toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psí-

"Impende considerar a inversão do ônus da prova, também aqui, quando a prova do assédio tornar-se excessivamente difícil para o autor (assim, e.g., quando o molestamento ocorre nos domínios do réu - como em seu domicílio ou na sua empresa - e todas as testemunhas disponíveis são parentes ou empregados)."

quica de uma pessoa, pôr em perigo o seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.¹⁴

São práticas que violam, respectivamente, o direito à livre determinação sexual e o direito à tranqüilidade psíquica, ambos fundamentais, secundando o princípio da dignidade humana. Desse modo, a denúncia de tais práticas, nas esferas civil e trabalhista, reclama especiais cuidados quanto à direção do processo. Impende considerar a inversão do ônus da prova, também aqui, quando a prova do assédio tornar-se excessivamente difícil

para o autor (assim, e.g., quando o molestamento ocorre nos domínios do réu - como em seu domicílio ou na sua empresa - e todas as testemunhas disponíveis são parentes ou empregados). Esse encaminhamento já tem ecos no direito e na literatura estrangeiras¹⁵ e possui os mesmos baldrames da tese perfilhada para o

¹² Cfr. artigo 161, *caput*, da CLT. A matéria passa a ser de competência da Justiça do Trabalho após a EC n. 45/2004, *ut* artigo 114, VII, da CRFB. Cfr., por todos, Guilherme Guimarães Feliciano, "Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador", in *Revista Trabalhista ANAMATRA - Direito e Processo*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005, v. 14 (abril-junho), pp. 90-115.

¹³ Artigo 216-A, *caput*, do CP: "Constranger alguém com o intuito de conseguir vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função".

¹⁴ Marie-France Hirigoyen, *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*, trad. Maria Helena Kühner, 5. ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002, p.65.

¹⁵ Na Espanha, "M. LORENTE ACOSTA y J. A. LORENTE ACOSTA reparan respecto a las conductas de acoso sexual que éstas, por su naturaleza y al relacionarse estrechamente con lo privado, determinan que la conducta acosadora sea difícilmente probada, siendo comportamientos que son «fácilmente utilizables como chantaje». Así, pues, la principal dificultad con la que nos encontraremos dentro de un proceso de este tipo es probar las acusaciones de acoso; es decir, las conductas concretas cometidas por el empresario y/o los compañeros del acosado y que son causa de la imposibilidad de seguir desempeñando el trabajo por el desgaste físico y psicológico que provocan en el actor. Precisamente por la dificultad que existe para probar estos hechos la Proposición de Ley del derecho a non sufrir acoso moral en el trabajo del Grupo Socialista [...] proponía en los supuestos de acoso moral la inversión de la carga de la prueba, de manera que correspondiera al demandado probar la inexistencia de conductas de acoso moral" (María Dolores Rubio de Medina, *Extinción del*

grupo anterior. É recomendável, contudo, sempre trazer à luz algum indício do assédio (rigor evidente, queda involuntária de produção, tratamento diferenciado, etc.); se todas as descrições indiciárias forem negadas e não houver um elemento sequer que as corrobore, a narrativa torna-se fantasiosa e, nesse caso, inverter o ônus da prova significará impor, sem mais, a condenação, em afronta ao devido processo legal.¹⁶ Já não é assim nos casos clássicos de discriminação, em que as próprias circunstâncias objetivas da relação, tal como consolidadas e reproduzidas, são indiciárias do problema.¹⁷

3 CONCLUSÕES

Pelo exposto, conclui-se que a distribuição do ônus da prova no processo do trabalho não está adstrita à interpretação corrente do art. 818 da CLT, nem tampouco à sistemática do art. 333 do CPC, que reproduz a antiga teoria das normas de ROSENBERG e perfaz tão-só um *standard* de repartição, de caráter residual, que deve ser preterido quando subsistirem elementos bastantes para uma distribuição fundamentada do *onus probandi*, sobretudo na perspectiva dos direitos fundamentais em debate.

contrato laboral por acoso moral – mobbing, Barcelona, Bosch, 2002, p.45). Na França, entende-se que “l'article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établit les faits qui permettent de présumer de l'existence d'un harcèlement. [...] Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement” (Isabelle Bourkhris, “La preuve et le harcèlement moral”, in <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html> (acesso em 23.12.2005 —g.n.)). Em Portugal, o Código do Trabalho define o assédio «in genere» como “todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n.º 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador” (artigo 24.º, 2); especifica o assédio sexual no n.º 3 (“comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior”), sem o elemento subjetivo do injusto que o qualifica no Brasil (= intuito de obter favor sexual); e, para mais, equipara todo assédio à discriminação do artigo 23.º. Logo, alegada e fundamentada a circunstância de assédio (moral ou sexual), incumbe ao empregador provar que não há tratamento diferenciado (artigo 23.º, 3).

¹⁶ Convergimos, dessarte, para a orientação francesa dominante. E, não por outra razão, a *Cour d'appel de Lyon* (França) decidiu, em 11.03.2003, “qu'à partir du moment où la dégradation des conditions de travail avait concerné l'ensemble du personnel, et qu'aucun fait précis concernant directement le salarié n'a été établi, le harcèlement moral n'était pas caractérisé” (g.n.). No mesmo sentido, decidiu a *Cour de Cassation* em 03.04.2003. Cfr., ademais, Anne Orsay, “La notion de harcèlement moral trois ans après l'adoption de la loi du 17 janvier 2002”, in http://64.233.161.104search?q=cache:b3KOru7EYOw:www.spirituellement.infojack_paloque/dossiers/dossiers.php%3Fid_dossier%3D70+%22harc%C3%A9lement%22%22charge+de+la+preuve%22&hl=pt-BR (acesso em 23.12.2007).

¹⁷ Daí porque, ante a rejeição do projeto de lei socialista que regulava o assédio moral, RUBIO DE MEDINA noticiou que “la SJS [Sentencia Juzgado de lo Social] Algeciras, Cádiz 28.1.2002 señala respecto al acoso que no existe inversión de la carga de la prueba, salvo en el supuesto que se aleguen las circunstancias previstas en el art. 96 LPL [Ley de Procedimiento Laboral]; es decir, será cuando el acoso moral e vincule con la discriminación por razón de sexo” (op.cit., p.48). Com efeito, estando presentes fatores históricos de discriminação como cor, raça, gênero ou religião, os indícios de assédio deixam de ser necessários, ao menos do ponto de vista da segurança jurídica insita às presunções “legis” ou “hominis”. Mas, ainda na ausência desses fatores históricos, parece-nos que a admissão de indícios objetivos (que não provam, em absoluto, o assédio) para fins de acometer ao réu o ônus da prova configura, da mesma forma, *inversão do “onus probandi”*, já que não se trata propriamente de *contraprova*. Imagine-se, p. ex., ter alegado certo balconista que, à diferença dos demais, era “escalado” para comprar os cigarros do gerente todas as manhãs, o que lhe causava humilhação e desgosto; o fato, admitido pelo empregador, não prova, por si mesmo, qualquer assédio, mas já é o bastante para atribuir-lhe “ao réu” o ônus de provar que a “escalação” não era maldosa, não causava constrangimentos, era consentida, etc. A rigor, *invertem-se* o ônus dessa prova...

Assim, prevalece no processo do trabalho a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que deve levar em conta aspectos como a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão. Em face dessa característica, a própria garantia do contraditório e da ampla defesa impõe que a repartição do ônus da prova seja esclarecida às partes, no momento oportuno, caso não se observe o *standard legal* (arts. 818/CLT e 333/CPC). E, já por isso, tais regras de repartição, no processo do trabalho, não são apenas regras de julgamento, mas também regras de procedimento.

4 REFERÊNCIAS

BELTON, Robert; AVERY, Dianne. **Employment discrimination Law: cases and materials on equality in the workplace.** 6th ed. St. Paul: West Group, 1990.

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

BOURKHRIS, Isabelle. **La preuve et le harcèlement moral.** Disponível em: <http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html>. Acesso em 3.12.2005.

CAIRO JÚNIOR, José. **O acidente do trabalho e a responsabilidade**

civil do empregador. São Paulo: LTr, 2003.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre a competência da Justiça do Trabalho para causas de Direito Administrativo sancionador. In: **Revista Trabalhista ANAMATRA: Direito e Processo**, Rio de Janeiro, v.14, abr./jun. 2005.

_____. **Direito à prova e dignidade humana.** São Paulo: LTr, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio; RODRIGUES, Marcelo Abelha; NERY, Rosa Maria Andrade. **Direito Processual Ambiental brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência per-versa no cotidiano.** Trad. Maria Helena Kühner. 5, ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ORSAY, Anne. **La notion de harcèlement moral trois ans apres l'adoption de la loi du 17 janvier 2002.** Disponível em http://64.233.161.104/search?q=cache:b3KOru7EYOwJ:www.spirituellement.info/jack_paloque/dossiers/dossiers.php%3Fid_dossier%3D70+%22harc%C3%A9lement%22%22charge+de+la+preuve%22&hl=pt-BR. Acesso em 23.12.2005.

“...prevalece no processo do trabalho a regra da distribuição dinâmica do ônus da prova, que deve levar em conta aspectos como a verossimilhança das alegações, as constelações de indícios, as funções do processo (instrumentalidade) e a ponderação harmônica dos direitos fundamentais em colisão.”

RUBIO DE MEDINA, María Dolores. **Extinción del contrato laboral por acoso moral: mobbing**. Barcelona: Bosch, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUSA, Miguel Fernando Pessanha Teixeira de. **A protecção jurisdicional dos interesses difusos: alguns aspectos processuais**. Disponível em: http://www.diramb.gov.pt/data/basedoc/TXT_D_9256_1_0001.htm. Acesso em 18.06.2004.

ABUSO DE DIREITO NAS ATIVIDADES SINDICAIS

Cristiane Montenegro Rondelli*

Resumo: No presente artigo busca-se identificar as possibilidades de abuso do direito da entidade sindical, a partir das suas atividades específicas, bem como a motivação desta atuação irregular, se estaria relacionada à crise de representatividade das categorias correspondentes.

Palavras-chave: Abuso de direito sindical. Representatividade sindical. Atividades sindicais.

Sumário: 1 Introdução; 2 Abuso do direito; 3 Atividades sindicais; 4 Situações abusivas do Direito Sindical; 4.1 Abuso do direito de greve; 4.2 Abuso do direito de desmembramento das categorias; 4.3 Abuso do direito do representante sindical; 4.4 Abuso do direito de liberdade de associação; 4.5 Abuso do direito de fixação do número de diretores; 4.6 Abuso do direito de cobrança de contribuições; 4.7 Abuso do direito de homologação das rescisões contratuais; 4.8 Abuso do direito de previsão de cláusulas normativas; 5 Conclusão; 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Relacionar o abuso do direito às atividades sindicais pode levar a uma interpretação de um trabalho com tendência reacionária ou opressora. Mas justamente por isso é que o tema foi instigante. Como relacionar uma instituição – o sindicato – cujo objetivo maior é a proteção dos direitos dos seus representados, principalmente das categorias profissionais, a um tema diretamente ligado ao ato do sujeito mais forte que tende a subjugar o hipossuficiente aos seus interesses egoístas – o

abuso do direito – foi o que motivou o estudo sobre este tema.

Teoricamente, com a coletivização, há um combate ao abuso da parte mais forte, que seriam os representantes das categorias econômicas, e o grupo representado pelo sindicato ficaria menos sujeito aos interesses do grupo mais poderoso.

Porém estamos tratando neste trabalho sobre o abuso da própria entidade sindical que, não obstante as dificuldades relacionadas à representatividade enfrentadas, acaba por desviar seu poder, como se houvesse

* Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela PUC/Campinas. Mestranda em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Juíza do Trabalho da Vara do Trabalho de Porto Ferreira/SP.

se a necessidade de uma “auto-afirmação” para a sociedade.

O estudo partiu das definições de abuso do poder e da identificação das funções e atividades do sindicato, para verificação das situações abusivas enfrentadas nos dias atuais.

Muito mais a partir de experiências práticas, verificadas no cotidiano profissional, bem como em casos fortuitos presentes na jurisprudência, que em relatos bibliográficos, a pesquisa procurou colacionar as diversas situações em que são verificados os abusos da entidade sindical.

2 ABUSO DO DIREITO

O atual Código Civil Brasileiro define o abuso do direito como sendo aquele em que “o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (art. 187 do Código Civil).

Para José Olímpio de Castro Filho, o abuso do direito é conceituado como todo indivíduo que

[...]no exercício do seu direito subjetivo excede os limites impostos pelo direito positivo, aí compreendidos não só o texto legal, mas também as normas éticas que coexistem em todo sistema jurídico, ou toda vez que o indivíduo no exercício de seu direito subjetivo o realiza de forma contrária à finalidade social.¹

Vários autores, dentre eles

Judith Martins-Costa, sustentam que o novo Código Civil separou o ato ilícito da responsabilidade civil, pois o primeiro é tratado nos art. 186 e 187 e a responsabilidade nos art. 927 e seguintes, em capítulo próprio.²

Para Edilton Meireles, em sua tese de doutorado defendida perante banca da PUC/SP, “não há na definição do abuso do direito qualquer referência à culpa, ao contrário do que ocorre com o ato ilícito. Assim, independentemente de culpa do agente pode o direito ser exercido abusivamente.” Conclui o estudioso Meirelles que o abuso do direito é “o exercício de um direito que excede manifestamente os limites impostos na lei, pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé e pelos bons costumes, decorrente de ato comissivo ou omissivo”.³

O conceito de abuso de direito tem se mostrado polêmico no mundo jurídico, pois há os que negam a possibilidade deste instituto, por haver um paradoxo entre o abuso e o direito (teorias negativistas) e, dentre os que admitem a existência do abuso de direito (teorias afirmativas) e divergem sobre a forma de conceituá-lo, seja pela intenção do praticante ou pela vontade do legislador.

Marcel Planiol foi representante da primeira corrente, pois para ele “o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito.”⁴

¹ CASTRO, José Olímpio, Filho. *Abuso do direito no processo civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 21.

² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

³ MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. TD: PUC/SP, 2004.

⁴ *apud* SÁ, Fernando Augusto Cunha de. *Abuso do direito*. Coimbra: Almedina, 1997.

Porém, em sua maioria, as teorias afirmativas consideram o caráter axiológico inerente ao direito e inserem a idéia de moralidade no exercício dos direitos. O abuso do direito seria o exercício de um direito subjetivo de forma exacerbada e desconforme aos limites estabelecidos pelos fundamentos axiológico-normativos inerentes ao direito.

No abuso do direito, o sujeito age aparentemente no exercício de seu direito, contudo, viola valores que justificam o reconhecimento desse direito pelo ordenamento jurídico. O ato ilícito diferencia-se pela afronta direta a um comando legal.

Há diversa classificação das teorias para a conceituação deste instituto. A doutrina também se dividiu em três correntes para caracterizar o abuso do direito, subjetiva, objetiva e mista.

Para a doutrina subjetiva o abuso do direito se caracteriza se o agente exerce seu direito apenas com a intenção de prejudicar terceiros, sendo necessária a presença de ato doloso ou culposo do agente, ou ainda o exercício sem utilidade ou interesse do direito (ato emulativo).

Para a doutrina objetiva, pode haver abuso do direito mesmo que o indivíduo não tenha a intenção de prejudicar outrem. Seu objetivo ou as circunstâncias poderiam

revelar o abuso. Louis Josserand apresenta esta teoria.⁵

Pelo critério objetivo a investigação do elemento psicológico ou emulativo é desnecessária. O abuso fica patente sempre que o direito seja exercido de forma contrária aos fins sociais, econômicos, aos bons costumes e com violação à boa-fé. Também conhecida como teoria finalista ou funcional.

Na teoria mista se analisa:

[...] objetivamente a intenção, isto é, com os elementos que dá o estudo do procedimento normal dos homens, conclua pela anormalidade do procedimento do agente quando se não conforme com essa medida, e faça decorrer daí a obrigação de ressarcir o dano.⁶

Todavia, independentemente das diferenças teóricas, é pacífico que todo exercício de direitos e prerrogativas deve respeitar os fins sociais e a boa-fé e nosso ordenamento jurídico atual, conforme preceituado no art. 187 do Código Civil, adotou a teoria objetiva.

3 ATIVIDADES SINDICAIS

O art. 513⁷, da CLT define as prerrogativas dos sindicatos. Amauri Mascaro Nascimento identifica dentre essas prerrogativas as funções do sindicato classificando-as como função de representação,

⁵ LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Carmargo. *Abuso do direito*. São Paulo: Atlas, 2007.

⁶ Jorge Americano, *apud* José Olímpio Castro Filho, op. cit., p. 28-29.

⁷ ART. 513 da CLT: São prerrogativas dos Sindicatos: a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida; b) celebrar convenções coletivas de trabalho; c) eleger ou designar os representantes da respectiva categoria ou profissão liberal; d) colaborar com o Estado, como órgãos técnicos consultivos, no estudo e solução dos problemas que se relacionam com a respectiva categoria ou profissão liberal; e) impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais e manter agências de colocação.

negocial, assistencial, parafiscal, econômica e política.

A primeira função do Sindicato é de representação, nos planos coletivo e individual, pois lhe cabe atuar como intérprete das pretensões do grupo que representa, cujas reivindicações encaminhará. No plano individual o sindicato desempenha sua função representativa participando de processos judiciais e prática de atos homologatórios de rescisões, por exemplo.

A função negocial é considerada por Montoya Melgar como principal. A OIT, pela Convenção 98 incentiva a atuação negocial dos sindicatos como sendo um instrumento de paz social e de utilidade técnica jurídica, pois ao normatizar, pela negociação coletiva, a solução de seus conflitos, o sindicato age como fonte de produção de direito positivo.⁸

A função assistencial não é unânime entre os juristas, que divergem sobre esta atribuição do sindicato, que não teria obrigação de prestar serviços de natureza médica, educacional, hospitalar, ambulatorial, etc.

A função parafiscal identificada por Amauri Mascaro Nascimento refere-se à cobrança das contribuições sindicais obrigatórias.

A função econômica pode ser reconhecida pela possibilidade de participação do sindicato como

acionista de empresas e de bancos e desenvolver atividade financeira, o que não foi vedado pela CF, segundo Nascimento. Porém, tanto Arouca como Martins não admitem a revogação do art. 564 da CLT, em que há expressa vedação de atividade econômica do sindicato.

A função política é uma atribuição polêmica e não é aceita em alguns países. Em nosso país, no entanto, esta função deu origem ao Partido dos Trabalhadores, tornando inegável a ação política do movimento sindical.

4 SITUAÇÕES ABUSIVAS DO DIREITO SINDICAL

4.1 Abuso do direito de greve

O direito de greve é garantido constitucionalmente, pelo art. 9º,⁹ que, segundo Maurício Godinho Delgado, conferiu a natureza jurídica deste instituto como um *direito fundamental de caráter coletivo, resultante da autonomia privada coletiva inerente às sociedades democráticas*.¹⁰ Considera, o autor, a greve como direito fundamental porque é consequência das liberdades de trabalho e associativa e também da autonomia dos sindicatos, direitos próprios das *democracias* e que têm um *status* de essencialidade nas ordens jurídicas contemporâneas.

⁸ MONTOYA Melgar, Alfredo. A solução dos conflitos coletivos do trabalho na Espanha. In: *A Solução dos conflitos trabalhistas: perspectivas ibero-americanas*. Coordenação de Néstor de Buen; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1986.

⁹ ART. 9º da CF: "É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei."

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 1412.

Arouca acolhe a natureza jurídica identificada por Magano, de que a greve é um fato social e também universal, com conotações econômicas e políticas. Amauri Mascaro Nascimento identifica várias teorias acerca da natureza jurídica da greve, ressalta este direito como direito de liberdade, direito de igualdade e direito instrumental, contesta a idéia de que a greve é mero fato social porque, na medida em que esse fato é regido pelo direito, passa a ser fato jurídico e, por fim, acolhe a tese da greve como autodefesa (Alcalá-Zamora y Castilho), pelas autorizações do ordenamento jurídico para que alguém empreenda uma reação diante de uma ação constrangedora.

Mesmo admitindo a natureza jurídica da greve como direito fundamental ou direito de autodefesa, seu abuso foi previsto na Constituição Federal e regulamentado por Lei própria (Lei n. 7783/1989).

Nascimento considera abusos como as ações ou omissões que venham a contrariar o conceito de greve, deste se distanciando, incluídos os atos de protesto coletivo que não configuram greve, como a ocupação de estabelecimento, a sabotagem, o boicote, a violência contra o patrimônio, a agressão física, o piquete não destinado ao simples convencimento dos trabalhadores para obter a sua adesão à paralisação, a obstrução da livre circulação de pessoas e de mercadorias, etc.¹¹

Arnaldo Süssekind elenca os abusos comumente praticados du-

rante a greve, pelo sindicato, conforme parâmetros dos artigos 6º, 9º e 11 da Lei n. 7783/1989:

- a) Negar-se o sindicato a firmar acordo para a manutenção de serviços, cuja paralisação importe em prejuízo irreparável à empresa, ou cuja prestação seja indispensável ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade e os empregados a prestar os respectivos serviços;
- b) O sindicato ou os grevistas utilizarem meios violentos para aliciar ou persuadir trabalhadores, violar ou constranger direitos e garantias fundamentais de outrem, causar ameaça ou dano à propriedade ou pessoa;
- c) O sindicato organizar ou os trabalhadores participarem de piquetes substantivos do livre acesso ao trabalho ou de arrastões que retirem do local de trabalho os empregados que não aderiram à greve;
- d) Prosseguir a greve após a decisão da Justiça do Trabalho;
- e) A empresa adotar meios para constranger empregados a não participarem da greve ou para frustrar a divulgação do movimento.¹²

O último item não pode ser considerado como de abuso de direito do Sindicato, mas como uma prática anti-sindical da empresa, que afronta o direito de greve de seus empregados.

Classifica, Süssekind, os abusos quanto a formalidades, oportunidade e objeto. Sobre as formalidades, lembra que cumpre ao sindicato observar o próprio estatuto a respeito da convocação da assembléia, o quorum para delibe-

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 418.

¹² SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 458.

rar e o aviso prévio à categoria econômica correspondente. No tocante à oportunidade, a greve somente poderá se iniciar depois de malograda a negociação coletiva ou acordo coletivo de trabalho. A manutenção da greve mesmo depois da divulgação de acordo ou intimação de sentença em dissídio coletivo também é considerada abuso quanto à oportunidade. Sobre o objeto, a greve reconhecida pela Constituição tem a finalidade de revisão de condições de trabalho e não é reconhecida a legalidade de greves por objetos políticos ou de solidariedade externa.

O abuso da greve do direito italiano é considerado, quando derivado do atrito do direito de greve com as demais garantias fixadas na constituição, como a liberdade, a vida, a integridade física, a propriedade dos cidadãos.

Nos Estados Unidos da América a Lei Taft-Hartley faculta ao presidente da República requerer o *injunction* a um tribunal federal para a suspensão da greve por 60 dias se puder afetar a segurança nacional ou a saúde pública.

No caso dos Piquetes, o direito alemão os considera como delito penal quando impedem fisicamente a entrada do empregado no local de trabalho. O direito francês também enquadra esta figura, quando efetivada por meios violentos, no código penal (art. 414). Na Itália os piquetes são lícitos, desde que fora do centro de trabalho e se destinem à propaganda e controle da greve, além da persuasão pacífica dos não-grevistas. Em Portugal esta ação é

lícita, porém se pacífica. O mesmo nos Estados Unidos.

Na ementa abaixo transcrita há a declaração da abusividade da greve pelo seu caráter político:

ATIVIDADE ESSENCIAL GREVE DOS METROVIÁRIOS ABUSIVIDADE MATERIAL DO MOVIMENTO O movimento de paralisação dos serviços qualificados no artigo 9º da Constituição Federal tem de estar vinculado à reivindicação contida no contrato de trabalho. Esta é a materialidade necessária, para que se possa falar em greve. Se a paralisação dos serviços ocorreu por motivação política, a "greve", por mais justa que possa parecer, deve ser considerada materialmente abusiva. Por outro lado, o não atendimento à ordem judicial de manutenção mínima dos serviços configura também afronta ao sistema jurídico positivo, sustentáculo do Estado Democrático de Direito, impondo-se, por conseqüência, a aplicação da multa por descumprimento da liminar. Greve que se julga abusiva. (DC ACÓRDÃO Nº 2007000529. PROCESSO Nº: 20258-2006-000-02-00-5 - SDC - Publicação em 02/04/2007. Julgamento em 01/03/2007. Relator: Nelson Nazar; Revisor: Delvio Buffulin. Suscitante: Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô. Suscitado: Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Transporte Metroviários de São Paulo.

4.2 Abuso do direito de desmembramento das categorias

A regra do art. 570, da

CLT¹³, considerado em vigor pelo Supremo Tribunal Federal, determina que os sindicatos devem ser constituídos por categorias específicas. A exceção é prevista no parágrafo único do mesmo art. e no art. 571¹⁴, pelos quais as categorias similares ou conexas, que façam parte de um mesmo sindicato, podem dissociar-se para formação de um sindicato específico.

Tais artigos são considerados revogados por Valentin Carrion¹⁵, que invoca o art. 8º da Constituição Federal e a livre associação, principalmente quanto ao art. 571, pois não há mais a Comissão do Enquadramento Sindical para avaliar a legitimidade deste desmembramento.

Süssekind confirma a vigência do art. 570, da CLT, citando a decisão do STF, mas admite, evidentemente, a extinção da comissão prevista no art. 571 e assevera que, não obstante a extinção desta comissão,

[...]o princípio que se deduz da norma legal pode e deve justificar a deliberação dos grupos interessados em prol desse desmembramento, desde que caracterizado o surgimento de uma nova categoria em

decorrência do desenvolvimento socioeconômico, especialmente de nova tecnologia, formando uma unidade sociológica com ressonância nos hábitos da população e no mercado consumidor.¹⁶

O mesmo autor considera relevante que as características específicas da atividade vinculem as empresas que a empreendem para demonstração da comunhão de interesses e ressalta que a concentração ou desmembramento de categorias depende de decisão da assembleia dos sindicatos interessados.

Lembra ainda, Sússekind, que o desmembramento deve se dar considerando a natureza da atividade e não o porte das empresas e faz referência a uma decisão da então competente 6ª Vara Cível de São Paulo, em que não foi reconhecida judicialmente a configuração da categoria do Sindicato das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte do Comércio.

Amauri Mascaro Nascimento cita decisão do TST (SDC – RODC 239.943/96) em que há autorização para desmembramento de sindicatos, desde que respeitados os requisitos legais de sua constituição (convocação

¹³ ART. 570 da CLT: "Os Sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais específicas, na conformidade da discriminação do Quadro de Atividades e Profissões a que se refere o art. 577, ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o art. 576, forem criadas pelo Ministro do Trabalho. Parágrafo único – Quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério da especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo constante do Quadro de Atividades e Profissões."

¹⁴ ART. 571 da CLT: "Qualquer das atividades ou profissões concentradas na forma do parágrafo único do artigo anterior poderá dissociar-se do Sindicato principal, formando um Sindicato específico, desde que o novo Sindicato, a juízo da Comissão do Enquadramento Sindical, ofereça possibilidade de vida associativa regular e de ação sindical eficiente."

¹⁵ CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 344.

da categoria e deliberação, registro civil no AESB-MTB (Arquivo das Entidades Sindicais Brasileiras), inexistência de disputa judicial pela representatividade da categoria).¹⁷

Sérgio Pinto Martins considera que os artigos consolidados que tratavam de enquadramento e da comissão de enquadramento sindical foram revogados, lembrando que o Ministério do Trabalho não pode exigir autorização para o funcionamento do sindicato, nem pode intervir ou interferir na atividade sindical. Para Martins, em relação ao disposto no art. 571, da CLT, os próprios interessados podem criar novos sindicatos, desmembrando-os em relação aos anteriores, pois eles irão definir a criação do sindicato e a base territorial, que apenas não poderá ser inferior à área de um município.¹⁸

Não há, portanto, o reconhecimento de um enquadramento formal em vigor. A liberdade de associação deve ser respeitada, mas o abuso em relação a este tópico se refere à criatividade das especificidades criadas, para que haja um enquadramento cada vez mais inexpressivo e não representativo. Até que ponto essas associações estariam formadas com o objetivo de representar efetivamente as categorias específicas, ou teriam interesse na par-

cela correspondente da contribuição sindical?

O processo citado abaixo demonstra o grau de especificidade que a parte ré pretendeu conferir para representar uma categoria. Sobre a "*Fragmentação das aspirações categoriais*", Chiarelli considera que a contração das categorias, limitadas até mesmo por um incentivo às comissões internas, diminui a efetiva capacidade de mobilização do sindicato. Este autor afirma que "se o grau de imantação associativa não se rarefez, pelo menos per-

deu parcela valiosa de atratividade e conquista" e cita Medeiros, que considera o imposto sindical como um prêmio para manutenção da distância do sindicato dos conflitos trabalhistas.¹⁹

PROCESSO No. :
00048-2007-003-03-00-
5 - 3ª Vara do Traba-

lho de Belo Horizonte

Autor: Federação dos Trabalhadores Nas Indústrias do Vestuário do Estado de Minas Gerais

Réu: Federação dos Trabalhadores nas Indústrias de Confecções de Roupas Cama Tapetes e Afins Cortinas e Afins Mesa e Banho Meias Em Geral Camisas e Malharias Estamparias e Complementos Calçados e Similares em Geral Bolsas e Similares em Geral Luvas Injetados P Calçados Em Geral Material de Se-

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 208.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à CLT*. 11. ed. - São Paulo: Atlas, 2007, p. 616.

¹⁹ CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Trabalho e o Sindicato: Evolução e Desafios*. São Paulo: LTr, 2005, p. 273.

gurança ao Trabalho em Geral Artefatos de Couro Em Geral e Complementos Palmilhas Forma de Calçados Pentes Botões Guarda Chuvvas Bonés e Complementos.

Considera-se, portanto, um tipo de abuso da atividade sindical as manobras políticas de desmembramento da categoria, com o objetivo de auferir os ganhos da contribuição sindical. Não se trata de generalizar toda a ação de desmembramento, mas deve ser verificada a efetiva representatividade da categoria.

4.3 Abuso do direito do representante sindical

Como Chiarelli cita as comissões internas como criações de concorrência localista de um sistema globalizado para diminuição do poder dos sindicatos, consideramos ser este o próximo tipo de abuso a ser abordado.

Para o autor de "O Trabalho e o Sindicato: Evolução e Desafios" a representatividade local das comissões passou a ser uma concorrência ao sindicato, que então, acaba, na maioria das situações do cotidiano, por ter uma verdadeira aversão a este tipo de representação dos trabalhadores. Chiarelli considerou que a ação das comissões internas

causou a compressão da ação sindical, dificultando uma mobilização dos trabalhadores perante o sindicato, o qual deveria alargar sua atuação à amplitude categorial e não se restringir ao limitado grupo de pessoal da empresa.²⁰

Todavia, não se trata de atividade sindical delegada, na forma como prevista no art. 11, da CF, a representação dos trabalhadores. O abuso que poderia surgir por parte do sindicato seria restrito a eventual boicote de informações e criação de dificuldades caso haja necessidade de uma ação conjunta.

O que se tem verificado é uma interferência do sindicato nas representações internas dos trabalhadores, o que pode até mesmo ser considerado como uma somatória de forças, na medida em que há uma cobrança de parcelas ou benefícios específicos para uma empresa, como, por exemplo, melhoria do café da manhã oferecido pelo empregador, papel que caberia à representação interna.

Nesta visão de Chiarelli, estaria ocorrendo um abuso do direito sindical, o qual perdeu sua visão de representante da categoria, para limitar sua atuação à *geografia doméstica*.

²⁰ "A ação sindical viu-se tocada pela "concorrência" crescente da comissão interna, respondendo de corpo presente, no teatro das operações, às inquietações de um trabalhador que, cercado de apreensões (desemprego, sobretudo) pessoais, individualizava prioridades. Ao sobrepor suas expectativas, garantias e temores (uns a espantar; outras, a consolidar) às da categoria, reduzia-se à hierarquia da classe profissional e se diminuía, na análise de cada um de seus (potenciais) sócios, a tarefa coletiva (*lato sensu*) do sindicato. Individualmente considerado, mais talvez que antes, o trabalhador queria que o sindicato pelo menos desse a ele e a seu universo restrito e cotidiano melhor e maior atenção, priorizando a relação que, muitas vezes, se iniciava e se esgotava na empresa. É, pois, ao concentrar-se, diretamente, na empresa, a fim de não perder representatividade para a comissão interna (localizada, detalhista, obviamente ágil e visível), ou dela fazer sua representante delegada, numa política articulada não concorrencial, que o sindicato viu-se obrigado a enfatizar sua missão localizada, em detrimento de vãos alargados, inclusive internacionalizantes."

4.4 Abuso do direito de liberdade de associação

A liberdade de associação foi garantida pelo art. 8º, da Constituição Federal e atividades sindicais que induzem o trabalhador ou o empregador (o que é mais difícil ocorrer) a se associar são, evidentemente, consideradas abusivas. O inciso V, do art. 8º prevê a liberdade de filiação.

A discussão acerca da formação de entidade sindical e da ampla liberdade do direito sindical foi analisada, considerando o tema do abuso sindical, no tópico referente ao desmembramento de sindicatos.

Os grupos de trabalhadores ou empregadores que são vinculados pelo exercício de atividades profissionais e econômicas idênticas ou similares, ou conexas, podem constituir o respectivo sindicato, desde que respeitada a unicidade sindical. Esta regra última fere a liberdade sindical sugerida pela Convenção 87, da OIT, mas a liberdade de associação é garantida relativamente aos integrantes das categorias respectivas.

Nesse subitem não se tem objetivo de discutir a amplitude do direito de associação ou a liberdade

sindical sob o prisma da pluralidade sindical, não permitida em nosso ordenamento jurídico, mas sim a ação sindical no intuito de angariar mais associados, sócios ou filiados. Este exemplo é citado por Kauffman ao descrever as práticas anti-sindicais originárias do próprio sindicato, como a celebração de convênios coletivos com cláusulas de "segurança sindical", pelas quais se firma um acordo com o empregador para induzir o trabalhador à filiação ou à desfiliação.²¹

"Nesse subitem não se tem objetivo de discutir a amplitude do direito de associação ou a liberdade sindical sob o prisma da pluralidade sindical, não permitida em nosso ordenamento jurídico, mas sim a ação sindical no intuito de angariar mais associados, sócios ou filiados. Este exemplo é citado por Kauffman ao descrever as práticas anti-sindicais originárias do próprio sindicato, como a celebração de convênios coletivos com cláusulas de "segurança sindical", pelas quais se firma um acordo com o empregador para induzir o trabalhador à filiação ou à desfiliação."

4.5 Abuso do direito de fixação do número de diretores

A entidade sindical tem a liberdade para dispor sobre sua constituição, estruturação, número de seus diretores, segundo seu exclusivo interesse e de seus associados. Situações

consideradas como de abuso desse direito, com o objetivo de fazer frente ao poder potestativo do empregador de extinguir os respectivos contratos de trabalho em face da estabilidade dos diretores, são a fixação de diretores em número muito superior ao disposto no art. 522, da CLT.²²

Para Sérgio Pinto Martins a limitação do número de diretores pelo art. 522, da CLT, não importa

²¹ KAUFMANN, Marcus de Oliveira. Das Práticas Anti-sindicais às Práticas Anti-representativas. São Paulo: LTr, 2005.

²² ART. 522 da CLT – "A administração do sindicato será exercida por uma diretoria constituída, no máximo, de sete e, no mínimo, de três membros e de um Conselho Fiscal composto de três membros, eleitos esses órgãos pela Assembléia Geral."

em intervenção do Estado, mas em mera disciplina por parte da lei e não haveria ofensa à autonomia interna do sindicato e, portanto, este artigo não estaria revogado. Esta é a conclusão estampada na decisão do STF, abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL TRABALHO. SINDICATO: DIRIGENTES: CLT, art. 522: RECEPÇÃO PELA CF/88, art. 8º, I. I. - O art. 522, CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF/88, artigo 8º, I. II. - R.E. conhecido e provido. (RE 193.345.3 - SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Ac. 2ª T, 13.4.99 in LTr 63-09/1207).

Embora a Constituição não preveja, há quem defenda que um limite no número de dirigentes e representantes sindicais é impositivo, pelo menos para o efeito de aquisição da estabilidade provisória no emprego e que podem ser criados tantos cargos de direção quanto necessários, mas a garantia de emprego somente beneficia dirigentes em número não superior aos cargos previstos no art. 522, da CLT.

Para Edilton Meireles, em sua tese de doutorado sobre Abuso do direito na relação de emprego, o art. 522, da CLT estaria revogado pela vedação constitucional de interferência do Poder Público na organização sindical (art. 8º, inciso I), mas, para ele, se o sindicato, no exercício do seu direito de se auto-organizar, ultrapassar os limites impostos pela boa-fé, bons costumes e pelas funções econômica e social, estaria configurado o abuso do direito.²³

4.6 Abuso do direito de cobrança de contribuições

Outro abuso identificado dentre as atividades sindicais são as cobranças e os valores fixados a título de contribuições assistenciais e confederativas e a possibilidade do uso do direito de oposição.

Martins defende, ao comentar o art. 54, da CLT, que este dispositivo deve ser interpretado em conjunto com o art. 462, da CLT, e que o sindicato deveria notificar tanto o empregado como o empregador dos valores das contribuições que serão descontadas em folha.

O direito de oposição deve ser garantido ao empregado, sob pena de se considerar o abuso do direito da entidade sindical. A única contribuição que independe da vontade da pessoa em contribuir é a sindical e esta pode ser descontada do empregado, sem seu consentimento.

As demais contribuições devem ser autorizadas (assistencial, confederativa e a mensalidade sindical). O impedimento da oposição importaria numa filiação obrigatória, o que contraria o inciso V, art. 8º, da Constituição Federal. Já os associados não podem se opor à cobrança, pois deveriam estar presentes à Assembléia que fixou os valores. A seguinte decisão do TST ilustra o direito de oposição:

A estipulação em convenção coletiva de contribuição para o sindicato dos empregados e que será descontada pelo empregador do salário deles, exige, para sua validade, que

²³ MEIRELES, Edilton. Abuso do direito na relação de emprego. TD: PUC/SP, 2004, p. 263.

se assegure a eles o direito de oposição como previsto no art. 545 da CLT e no Precedente Normativo n. 74 do TST. Ação julgada procedente para declarar a nulidade da cláusula que ignorou o direito de oposição do empregado. (TST 112670/94.3, Ac. SDC 214/85, j. 04/04/95, Rel. Min. Manoel Mendes de Freitas, in LTr 59/05/648).

4.7 Abuso do direito de homologação das rescisões contratuais

Trata-se de função representativa individual a atribuição da entidade sindical que presta assistência ao trabalhador quando da rescisão contratual.

Em que pese a dificuldade em se localizar material teórico acerca do tema, essa situação já foi vivenciada pela maioria dos advogados que militam na área trabalhista: a recusa do sindicato em homologar a rescisão contratual.

Essa prática comum das entidades sindicais acaba por dificultar ao empregado o exercício de seu direito em ter seus depósitos em conta vinculada liberados perante a CEF.

O fato de o sindicato discordar de valores, títulos ou até mesmo do motivo da rescisão não poderia ser justificativa para deixar de homologar o TRCT, eis que há a possibilidade de se ressaltar os direitos faltantes no verso do documento.

Trata-se de uma postura inflexível do sindicato que contribui para que o empregado desinformado somente tenha prejuízos posteriores, eis que dependerá de ajuizamento de reclamação trabalhista para conseguir a liberação dos valores de FGTS.

4.8 Abuso do direito de previsão de cláusulas normativas

A função negocial das entidades sindicais tem limites que devem ser observados. São amplas as possibilidades de validade e eficácia jurídica das normas coletivas, mas os limites são os atos estritos de renúncia sobre direitos de terceiros ou de parcelas indisponíveis, como anotação em CIPS, pagamento de salário mínimo e normas de medicina e segurança do trabalho.

Cláusulas que importam em ofensa à dignidade da pessoa humana ou contenham conotação discriminatória também não devem constar dos instrumentos normativos.

Outra praxe identificada em convenções coletivas e considerada abusiva é a fixação de verbas denominadas PLR sem qualquer vinculação efetiva ao lucro, como um valor específico.

5 CONCLUSÃO

Diante dos temas abordados e reconhecidos no cotidiano de

"Trata-se de uma postura inflexível do sindicato que contribui para que o empregado desinformado somente tenha prejuízos posteriores, eis que dependerá de ajuizamento de reclamação trabalhista para conseguir a liberação dos valores de FGTS."

quem atua com o Direito do Trabalho, verificamos a ampla possibilidade do abuso do direito pelas entidades sindicais, mesmo que sua função real seja de protetora.

Porém, o abuso do direito se dá, como vimos, pela exacerbação do que se considera o direito, transpassando os limites da boa-fé. Mas o exagero de um comportamento protetor não justifica a ofensa ao direito, resvalando ao ato ilícito.

A matéria em relação aos tipos de abuso que podem ser cometidos pelos sindicatos não se esgotou. Há quem preveja situações de tergiversação das funções sindicais de proteção à categoria, com uma priorização do poder econômico e até submissão e acatamento de diretrizes para legitimidade de uma terceirização, por exemplo. Ou então a ofensa ao direito de prioridade dos associados e fornecimento de dados pessoais.

No entanto, se as funções originais dos sindicatos de proteção dos seus representados forem respeitadas, os abusos não devem ser cometidos, pois desnecessária a imposição abusiva de sua força.

A crise suportada atualmente pelas entidades sindicais, principalmente em relação à representatividade das categorias, demonstra que há também uma crise nas expressões das funções e atividades sindicais.

É urgente ao sindicato rever suas posturas diante da sua categoria, para que haja esta representação

autêntica, não somente baseada na força econômica proveniente da contribuição sindical obrigatória, mas pela sua atuação efetiva de proteção dos direitos.

5 REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. **O Sindicato em um Mundo Globalizado**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CASTRO, José Olímpio, Filho. **Abuso do direito no processo civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CHIARELLI, Carlos Alberto. **O Trabalho e o Sindicato: Evolução e Desafios**. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. **Das Práticas Anti-sindicais às Práticas Anti-representativas**. São Paulo: LTr, 2005.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de Almeida Carmargo. **Abuso do direito**. São Paulo: Atlas, 2007.

“É urgente ao sindicato rever suas posturas diante da sua categoria, para que haja esta representação autêntica, não somente baseada na força econômica proveniente da contribuição sindical obrigatória, mas pela sua atuação efetiva de proteção dos direitos.”

- MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELES, Edilton. **Abuso do direito na relação de emprego**. TD: PUC/SP, 2004.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. **A solução dos conflitos coletivos do trabalho na Espanha**. In: *A Solução dos conflitos trabalhistas: perspectivas ibero-americana/ coordenação de Néstor de Buen; tradução de Wagner D. Giglio*. São Paulo: LTr, 1986.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL - RETICULAR E ALIENIDADE

Marcus Menezes Barberino Mendes*

José Eduardo de Resende Chaves Júnior**

Resumo: Revisitando a subordinação estrutural-reticular, a partir da «alienidade» O presente estudo, que se encontra em processo permanente e aberto de desenvolvimento, pretende resgatar a noção jurídica de subordinação, a partir das idéias esboçadas por Maurício Delgado, que enfatiza seu caráter estrutural, articulando-as com a feição reticular da reorganização produtiva, e que mescla características protocapitalistas à contemporaneidade do empreendimento em rede. Reconhecendo a necessidade de estabilidade e sistematicidade da regulação do trabalho na sociedade capitalista, esta nova versão do texto busca no alheamento do trabalho – em função dos frutos, dos riscos e da utilidade patrimonial – a devida consistência conceitual da subordinação jurídica, ressaltando o caráter essencial da «alienidade» no Direito do Trabalho.

Palavras-chave: Contrato de trabalho. Dependência econômica. Alienação. Reestruturação. Direitos humanos.

Sumário: 1 Introdução; 2 Subordinação jurídica como resposta abrangente para a produção industrial; 3 Subordinação e «alienidade»; 4 A velha e a nova empresa: o *mesmo* trabalho subordinado na estrutura da rede empreendedora; 5 A subordinação estrutural-reticular; 6 A ressocialização estrutural-reticular das relações coletivas de trabalho; 7 Produção e proteção em rede. Convergência dos fluxos da especialização do trabalho. O “emprego por interpretação constitucional”; 8 À guisa de conclusões; 9 Referências.

1 INTRODUÇÃO

À primeira vista parece muito fácil determinar quem seria o em-

pregador de um operador de uma colheitadeira que laborou durante seis meses colhendo grãos. Tanto a CLT, como a Lei n. 5.889/1973, não

* Juiz do Trabalho Substituto do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, mestre em Economia Social do Trabalho, pelo Instituto de Economia da UNICAMP e doutorando em Desenvolvimento Econômico pela mesma Universidade.

** Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Titular da 21ª Vara de Belo Horizonte - MG, doutor em Direitos Fundamentais pela *Universidad Carlos III de Madrid*; Vice-presidente do Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - IPETRA.

deixam dúvidas quanto à resposta, já que a cada atividade econômica corresponde um único sujeito de deveres que admite, dirige e assalaria, assumindo os riscos da atividade.

Mas a nova organização produtiva suscita novos problemas, por exemplo, quando a terra é arrendada, a colheitadeira pertence a um terceiro, outro, ainda, remunera o empregado e um quinto sujeito de direito se encarrega da aquisição dos insumos, do planejamento do plantio, do manejo e da comercialização, além de se encarregar de repartir entre os demais integrantes a renda auferida com a comercialização. Quem, afinal, seria o empregador do operador da colheitadeira?

E os problemas não param aí, pois além da ambigüidade no pólo passivo da prestação do trabalho, há também ambigüidade no pólo ativo, com as figuras emergentes dos chamados trabalhadores *economicamente dependentes*, cujas relações jurídicas são designadas, pela própria OIT, como 'relações de trabalho de ambigüidade objetiva'.¹

O problema não é trivial embora acreditemos que há, sim, na atual regulação do trabalho no Brasil, e na doutrina, conceitos e elementos capazes de solucionar esse problema, que não se restringe ao campo da curiosidade científica. E o

objetivo desse texto é justamente dar uma resposta jurídica a um fenômeno econômico que tem contribuído para a desestruturação, não só dos mecanismos de solidariedade entre os trabalhadores, mas inclusive das próprias relações jurídicas laborais. Trata-se das novas formas de organização produtiva que esmaecem a categoria central do Direito do Trabalho brasileiro: a subordinação jurídica, investigando inclusive suas conexões mais estendidas com o conceito de alienação.

Não se cuida, é bom sublinhar, de ser refratário a alterações regulatórias, mas de explorar as potencialidades semânticas da regulação vigente, revalorizando conceito tradicional, já sedimentado e absorvido pelo sistema e de razoável estabilidade doutrinária. O que se pretende é atualizá-lo

para o contexto contemporâneo das relações capital e trabalho, de modo a permitir a operatividade do sistema jurídico, sob dois prismas fundamentais: (i) a centralidade da pessoa jurídica humana e (ii) a estabilidade das relações jurídicas trabalhistas, freqüentemente submetidas a alterações unilaterais, e que impõem uma virtual revogação do sistema jurídico nacional de tuição, pela prevalência real da vontade do hiper-suficiente. Trata-se, enfim, de um chamamento à vida e à humanida-

"Não se cuida, é bom sublinhar, de ser refratário a alterações regulatórias, mas de explorar as potencialidades semânticas da regulação vigente, revalorizando conceito tradicional, já sedimentado e absorvido pelo sistema e de razoável estabilidade doutrinária."

¹OIT. El ámbito de la relación de trabajo. Ginebra: Oficina Internacional do Trabalho, 2003.

de dos direitos da vida econômica do trabalhador.

2 SUBORDINAÇÃO JURÍDICA COMO RESPOSTA ABRANGENTE PARA A PRODUÇÃO INDUSTRIAL

A essência da relação jurídica de emprego, como bem anotado por Evaristo de Moraes Filho², é a transformação em regra jurídica impositiva, por força de contrato, da livre disposição da força de trabalho por outrem. Vale dizer, da possibilidade de variar o uso do trabalho, aumentando a jornada, reduzindo-a, redirecionando a atividade, intensificando-a, pouco importando se o empregador possui capacidade técnica de operar essas variações, ou mesmo que venha a fazê-lo; o que é relevante é que tenha a potência de realizar tais alterações, ainda que se mantenha inerte. Em síntese, o que se contrata na relação de emprego é a pura potencialidade de direção do trabalho alheio.

Não menos relevante para a nova sociabilidade e para o caráter universal do Direito do Trabalho é

a captura pela regulação das novas realidades produtivas. Cunhada a partir da grande indústria, a CLT adotou dois modelos para o enquadramento da figura do empregador. No *caput* do art. 2º, constituiu a *empresa* como empregador típico, correlato ao 'trabalho produtivo', desenvolvido e organizado pelos proprietários das unidades produtivas, e tendo como referente o trabalho urbano industrial.

Por outro lado, a CLT não poderia desconhecer também outro modelo de tomador de serviço, qual seja, o atinente ao labor considerado tecnicamente não-produtivo. Esse segundo modelo está previsto no § 1º do art. 2º da CLT - "*os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados*" - que instituiu a figura do '*empregador por equiparação*', na própria dicção da CLT.

Essa segunda figura é correlata ao chamado 'trabalho improdutivo', isto é, unidades de trabalho em que a acumulação de riquezas não resulte, ou não deveria resul-

² Diz o clássico autor "Apesar do pessimismo demonstrado por A. Hueck e H. C. Nipperdey, há mais de sessenta anos, não há como negar-se que esta é a mais segura - embora não infalível - das notas caracterizadoras da relação de emprego. O seu nítido conceito, os seus limites e o seu conteúdo não são tão fáceis, como a princípio parece. Os autores italianos referem-se a uma espécie de status subiectionis do empregado diante do empregador, muito semelhante ao do cidadão perante a soberania estatal. Situação esta que não é meramente um estado de fato, e sim de direito, que se evidencia através da contratualidade existente entre as partes. É do próprio contrato, do vínculo jurídico que se celebrou, que se origina este estado de sujeição. Ninguém configurou melhor o conteúdo da subordinação jurídica do que Paul Colin: "Por subordinação entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. Eis a razão pela qual chamou-se a esta subordinação de jurídica, para opô-la, principalmente, à subordinação econômica e à subordinação técnica que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se aqui, ao contrário, do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la à vontade, de lhes fixar limites, sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são então os dois pólos da subordinação jurídica" (MORAES FILHO, 2000, p. 242-243).

tar em apropriação do excedente de riqueza pelo tomador do trabalho, embora a própria unidade possa se expandir a partir desse excedente, como ocorre, por exemplo, numa instituição de ensino sem fins lucrativos. Nesse segundo modelo, perde relevância, para a configuração do sujeito a quem se imputa as obrigações decorrentes da relação jurídica de trabalho, o fato de auferir lucro, ou mesmo a composição técnica do capital, com a conseqüente proporção de apropriação da renda pelo trabalho.

É evidente que tal definição de sujeitos possíveis para a imputação de deveres oriundos da relação jurídica, absorvendo os riscos integrais da atividade, acaba por legitimar o uso e a exploração do trabalho humano, disfarçando o conflito imanente entre capital e trabalho, através de um estratagem de legalização-legitimação da titularidade do resultado da atividade - o que, em termos marxianos, equivaleria à *mais-valia*, excedente de tempo e trabalho humanos necessários para a reprodução social. No campo simbólico, portanto, a relação jurídica empregatícia compõe a solução de compromisso político, em que a apropriação do excedente pelos proprietários lhes transfere o risco integral da atividade econômica.

Nessa ordem de idéias sobre a importância estratégica para o ca-

pitalismo da definição clara do sujeito passivo de responsabilidades trabalhistas, o conceito de '*subordinação jurídica*' foi a resposta doutrinária mais adequada para unificar a figura do empregado, compatibilizando-a à dicotomia básica do empregador, tanto da empresa (trabalho produtivo) como da não-empresa (trabalho improdutivo). Nesse sentido, a subordinação tem sido no Direito do Trabalho brasileiro o elemento de identificação (e unificação) da condição do prestador de trabalho tutelado pela CLT.

No que toca ao 'trabalho produtivo' esse conceito atendia às necessidades do sistema de produção do período da grande indústria, ou seja, a *subordinação* seria o correlato da *disciplina* produtiva, alusiva à administração científica do trabalho pregada por Taylor.³ A organização do trabalho era, nesse contexto, rígida e linear (linha de produção).

Quanto ao 'trabalho improdutivo', a *subordinação* atendia ao regime de hierarquia próprio ao '*empregador por equiparação*', tomador de serviço que necessita também de um sistema disciplinar mais rígido, para conseguir efetivamente auferir resultados práticos do trabalho alheio.

Evidentemente, a subordinação jurídica conjuga elementos que a doutrina tradicional nominaria de

³ "Nor has any one workman the authority to make other men cooperate with him to do faster work. It is only through enforced standardization of methods, enforced adoption of the best implements and working conditions, and enforced cooperation that this faster work can be assured. And the duty of enforcing the adoption of standards and of enforcing this cooperation rests with the management alone. The management must supply continually one or more teachers to show each new man the new and simpler motions, and the slower men must be constantly watched and helped until they have risen to their proper speed. All of those who, after proper teaching, either will not or cannot work in accordance with the new methods and at the higher speed must be discharged by the management". (TAYLOR, 2007, p. 60).

linguagem metajurídica, dada a função promovida pelo positivismo jurídico entre o direito positivado pelo Estado-soberano e o fenômeno jurídico, tornando-os formalmente indistintos. Com efeito, a subordinação jurídica importa contratar o uso da força de trabalho para as finalidades escolhidas pelo empregador. Daí porque o contrato de emprego não é um contrato com escopo, ou seja, com resultado definido. Em seu formato mais ideal e abstrato, o empregado se compromete a desenvolver, genericamente, a atividade escolhida pelo empregador.

É evidente que este enunciado comporta múltiplas gradações, já que a subordinação jurídica é uma síntese de diversos elementos sócio-econômicos e que passam pelo conceito de liberdade formal, pela capacidade de organização sócio-

política do trabalho e pelo grau de controle da atividade produtiva pelo empregado, elementos que acabam por estratificar o próprio trabalho.

Numa atividade extremamente parcializada, mas com a presença de um sindicato de trabalhadores com alto grau de mobilização e coordenação, como ocorre entre metalúrgicos, a possibilidade de disposição ampla do trabalho cede lugar a uma regulação contratual, tanto em nível de regulamento empresarial como em sede de contrato coletivo de trabalho. Assim, a possibilidade de disposição do trabalho

alheio se relativiza como emanção de ordens discricionárias, e se impessoaliza, já que o treinamento do empregado torna-o virtualmente vinculado ao poder hierárquico, que se exprime e se traduz na própria estabilidade do processo produtivo e não mais no cumprimento de ordens diretas emanadas pelo superior hierárquico imediato.

Como a estabilidade do processo produtivo estava centrada unicamente numa abordagem subjetiva da subordinação, e a subsunção formal do trabalho ainda era a marca das empresas da Segunda Revolução Industrial e o compromisso de classes envolvia o espaço do Estado-nação, o *locus* do exercício da subordinação era estável e definido como o espaço interno da fábrica, primordialmente, ou da unidade econômica dos demais setores da economia.

O avanço das sociedades industriais desenvolvidas no pós-guerra e o surgimento de novos países industrializados na periferia do capitalismo expuseram a regulação dos mercados de trabalho nacionais a profundo teste de legitimidade, cujo mais evidente é a tentativa de elisão da imputação de responsabilidade pelo risco da atividade.

3 SUBORDINAÇÃO E ALIENIDADE

A subordinação é, como se viu no tópico anterior, na tradição clássica do Direito do Trabalho bra-

“O avanço das sociedades industriais desenvolvidas no pós-guerra e o surgimento de novos países industrializados na periferia do capitalismo expuseram a regulação dos mercados de trabalho nacionais a profundo teste de legitimidade, cujo mais evidente é a tentativa de elisão da imputação de responsabilidade pelo risco da atividade.”

sileiro, o elemento de caracterização da condição de prestador de trabalho tutelado pela CLT, muito embora a doutrina tenha também conferido esse estatuto à *alteridade*, mesmo porque a *subordinação* está dicionarizada como *ato* ou *efeito* e não como *condição*. Ou seja, a *subordinação* é consequência e não a causa da relação de emprego.⁴ E enquanto *consequência* não é um conceito apto, sem incidir em petição de princípio, a se apresentar como elemento de definição de um dado instituto.

A doutrina espanhola foca principalmente a *condição* e não o *efeito* (subordinação). O clássico Alonso Olea, por exemplo, transfere a centralidade identificadora no Direito do Trabalho para o conceito de '*ajenidad*': "(...) *la relación de ajenidad, como definidora y esencia misma del contrato de trabajo, éste es un modo originário de adquirir propiedad por un ajeno distinto de quien trabaja*".⁵

O termo '*ajenidad*' – ou, o italiano, '*alienità*'⁶ – não é de fácil tradução para a língua portuguesa,

pelo menos no Brasil, já que o vocábulo '*alteridade*', pelo qual costuma ser traduzido, não se equipara aos termos espanhol e italiano. Não obstante seja a *alteridade* definida semanticamente como natureza ou condição (do que é do outro⁷), não nos parece seja um vocábulo adequado ao Direito do Trabalho, pois está mais ligado à tradição filosófica do idealismo hegeliano – que lança mão do termo *alteridade* para definir a relação entre natureza e a Idéia⁸ – que à tradição do materialismo marxiano, que tem raízes muito mais próximas ao nosso ramo social do Direito.

Essa maior proximidade a Marx se verifica inclusive pela própria palavra *alienação*. Para Hegel, *alienação*, concebida em sentido jurídico, de submissão e subordinação, somente se operava com o estatuto da escravidão, ao passo que para Marx, o simples fato de se trabalhar para o outro – por conta alheia – já configurava a *alienação* (e a subordinação) e o *trabalho alienado*.⁹

⁴ Reginaldo Melhado concebe, com razão, a subordinação "não como elemento essencial da relação de emprego e sim como consequência dela." (MELHADO, 2003, p. 164).

⁵ OLEA y CASAS, 1995, p. 54.

⁶ "Nella costruzione della nozione ampia di subordinazione, un ruolo centrale viene svolto dal dato normativo della dipendenza dall'imprenditore, in quanto l'autore offre qui una rilettura di grande spessore del concetto di alienità, non sottraendosi a suggestioni di natura comparatistica (in particolare la comparazione viene svolta con riferimento alle esperienze spagnola e tedesca). Il contenuto dell'alienità è, in sintesi, quello della alienità nel mercato, formula con la quale si identifica una situazione di disconnessione giuridica fra i lavoratori e il destinatario finale del prodotto (bene o servizio) del suo lavoro. Il rapporto lavorativo subordinato nasce, in sostanza, ogni volta che tra il soggetto ed il cliente si interpone un terzo che realizza un plusvalore. Tale nozione, che consente di operare una discriminazione rispetto ai rapporti non subordinati (contratto d'opera), viene ritenuta ampia ed onnicomprensiva, al punto di inglobare ogni altro indice di manifestazione della dipendenza (potere direttivo e così via) e della alienità (assenza di rischio, di risultati, di organizzazione). Peraltro, qualora la dipendenza fosse letta, in termini tradizionali, quale mero elemento complementare rispetto alla direzione, designando appunto la situazione giuridica di soggezione del lavoratore al potere direttivo del datore (il c.d. profilo statico del vincolo di subordinazione), nessun ostacolo sarebbe opposto dalla nozione legislativa di lavoro a distanza, che pare imperniata proprio su di una sorte di "enfaticizzazione" del potere direttivo rispetto agli altri elementi della subordinazione." (DELL'OLIO, disponível em <<http://web.fiscali.it/mateoDellOlio/>>. Acesso em: 24 jan. 2008.

⁷ DICIONÁRIO Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. Versão multiusuário 1.0. jun.2003.

⁸ "Para Hegel, la Naturaleza es el objeto que la Idea se da a si misma, o, de otra forma, es la posición de la misma Idea en forma de alteridad" (VALVERDE, p. 108).

⁹ OLEA, 1988, p. 171.

O efeito *subordinação* do Direito do Trabalho está, portanto, mais próximo da *alienação* marxiana que da *alteridade* e *alienação* hegelianas. É importante esclarecer que, seguindo ainda Olea, o conceito de *alienação* em Marx converte o vocábulo alemão *Veräußerung*¹⁰ em *Entfremdung*¹¹ – ou em seu sinônimo – *Enttäusserung*¹², refundindo a *alienação* que deriva da *subordinação* do trabalho com a *condição* de *alheamento* – *estranhamento* – desse trabalho.

Olea, em sua monografia sobre a história da palavra ‘*alienação*’, anota que utiliza

[...]el término ‘ajenidad’, que es el generalizado entre nuestros especialistas; por éstos se ha acuñado este término en derecho del trabajo, rehuyendo el clásico jurídico de enajenación, y con buenas razones, porque enajenación implica en derecho una translación de dominio o titularidad de una persona a otra, y por consiguiente una adquisición derivativa por parte de esta última, mientras que en el contrato de trabajo hay una adquisición originaria de propiedad por el empleador o empresario respecto de bienes de nueva creación, que no han sido antes propiedad de nadie; es claro, pues que ajenidad – o alienidad, como la llama Guasp (Derecho, Madrid,

1971, p. 548) – sigue siendo usada aún como noción distinta de enajenación, en sentido jurídico estricto y propio.¹³

Nesse sentido de distinguir da *alienação* do Direito Real, talvez, em português, pudesse se pensar em ‘*alheação*’ ou ‘*alheamento*’, mas semanticamente esses substantivos são dicionarizados também como *ato* ou *efeito* e não como *condição* ou *natureza*, o que nos remeteria novamente ao mesmo problema de *tautologia* da *subordinação*.

Outra alternativa, seria o termo *alheabilidade*. Mas esse vocábulo designa mais uma *qualidade*¹⁴ que uma *causa*, isto é, é mais um atributo que a *causa* eficiente de um dado fenômeno jurídico. Para Espinosa, em sua *Ética*, é a *causa* que implica a *existência*¹⁵; o atributo é o que se percebe como constitutivo da *essência*¹⁶, em outras palavras, o atributo *alheabilidade* é constitutivo da *essência* da relação de emprego, mas não sua *causa*. O que implica sua *existência* – ou seja a *existência* desse atributo *essencial* – é a *condição* econômica de *alheamento* do fruto do próprio trabalho. A *alheabilidade* da relação de emprego tem como *modo* ou *afecção*, no sentido *espinosiano*¹⁷, o *alheamento* do fruto do trabalho, mas é

¹⁰ Ou *Veräußerung*, em alemão, *alienação*, no sentido jurídico de *venda*.

¹¹ *Entfremdung*, em alemão, *alienação*, no sentido de *estranhamento*.

¹² *Enttäusserung*, em alemão, *alienação*, no sentido de *exteriorização*.

¹³ OLEA, 1988, p.171-172, nota 730.

¹⁴ HOUAISS eletrônico, jun. 2003.

¹⁵ “Per causam sui intelligo id cujus essentia involvit existentiam sive id cujus natura non potest concipi nisi existens.” (trad. Livre: “Por causa de si entendo aquilo cuja *essência* implica a *existência*, ou, o que é o mesmo, aquilo cuja *natureza* só pode conceber-se como *existente*.”. *Ética*, I, Definição I (SPINOZA, 1913, p. 37).

¹⁶ “Per attributum intelligo id quod intellectus de substantia percipit tanquam ejusdem essentiam constituens.” (trad. Livre: “Por atributo entendo aquilo que o *entendimento* percebe de uma *substância* como constituinte de sua *essência* mesma.”. *Ética*, I, Definição IV (SPINOZA, 1913, p. 37).

¹⁷ “Per modum intelligo substantia affectiones sive id quod in alio est, per quod etiam concipitur.” (trad. Livre: “Por modo entendo as *afecções* de uma *substância*, ou seja, aquilo que é outra coisa, por meio da qual é também concebido.”. *Ética*, I, Definição V (SPINOZA, 1913, p. 37).

a condição dessa *alheabilidade* a causa eficiente¹⁸ da existência da relação de emprego. Não há entre *alienidade* e *alheabilidade* uma relação de causa e efeito, senão de causalidade e essencialidade ou atribuição.

Pontes de Miranda, em sua proverbial acuidade, optou, pelo termo '*alienidade*'¹⁹, que, aliás, é o mesmo utilizado por Ricardo Guasp, como se viu na referência anterior de Olea. Vale ressaltar, contudo, que tal termo não consta do Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa - VOLP, nem esta palavra encontra-se dicionarizada²⁰, sem embargo de que seja um termo relativamente comum nas doutrinas empresarial e trabalhista de Portugal.

Da mesma forma que *onerosidade* e *remuneração* se distinguem, a primeira enquanto elemento de configuração (existência) e causa da relação de emprego e a outra como contraprestação ou efeito da referida relação jurídica, *alienidade* (do produto do trabalho) e *subordinação* têm, entre si, a mesma ordem de relação. O fato de um trabalhador laborar e não receber remuneração não descaracteriza, por si só, a existência da relação de emprego (como se dá, por exemplo, nos casos de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo). É a onerosi-

dade do trabalho que implica, em algum grau, a existência do contrato de trabalho subordinado, ou melhor, toda relação jurídica contém algum ônus econômico, mas o contrato de emprego pressupõe o pagamento de salário. Sua onerosidade é presumida e pecuniariamente tarifada, pois a todo contrato de emprego se destina, ao menos, o salário mínimo ao prestador de trabalho. A ausência de pagamento constitui infração ao contrato e, no caso do Brasil, à lei federal.

Por outro lado, entre *alienação* e *subordinação* há, contudo, uma relação de causalidade, em que a primeira condiciona a segunda, ainda que a alienação, ela própria, seja também um ato ou efeito da condição do trabalho alheado. A alienação do produto do trabalho, ou seja, a secção entre os sujeitos da produção imediata (trabalhador) e da apropriação primária da mercadoria (patrão) é, pois, o ato que constitui a existência, inclusive jurídica, da relação de emprego, ato esse cuja causa é justamente a natureza da *alienidade* das condições de trabalho comum no capitalismo. O empregador é o demandador de trabalho, mas a impossibilidade de apartá-lo da pessoa humana conduz à relação jurídica em que o trabalhador cede o uso

¹⁸ Vale anotar aqui uma observação de um grande leitor de Espinosa, o filósofo francês Deleuze, no sentido de que a despeito de Espinosa desarticular a noção tradicional de causa eficiente "nem por isso deixa de haver uma causalidade eficiente (em Espinosa): aquela em que o efeito é distinto da causa, seja porque a essência e a existência do efeito se distinguem da essência e da existência da causa, seja porque o efeito, possuindo ele próprio uma existência distinta da sua própria essência, remete para qualquer outra coisa como causa de existência." (DELEUZE, 2002, p. 62).

¹⁹ Anotando que o Direito do Trabalho opera com um conceito menos extenso de *trabalho*, observa que se "exigimos ao conceito o elemento fático do interesse de outrem, já a alienidade do proveito, ou do que se espera seja proveito, põe fora do campo conceitual o que a faz para si mesmo" (PONTES DE MIRANDA, 2006, p. 118).

²⁰ Foram consultados os tradicionais CALDAS AULETE, HOUAISS E AURÉLIO.

da sua energia vital e da sua atividade social.

É importante lembrar que não obstante seja a *alienidade* um traço do trabalho produtivo apenas – já que só se pode falar em trabalho produtivo se há produção de excedente para ser alheado (ou apropriado por outrem) – nada impede que a lei estenda ao trabalho improdutivo (ou de consumo) os efeitos jurídicos da relação de emprego, ou seja, equipare legalmente os trabalhadores produtivos e improdutivos do ponto de vista econômico, como, aliás, se verifica no precitado § 1º do art. 2º da CLT.

A hermenêutica do parágrafo único do art. 2º, conjugada à alínea *a* do art. 7º da CLT serve inclusive para demonstrar que o trabalho produtivo é, em essência, a categoria de trabalho que, nos primórdios, justifica a existência do Direito do Trabalho, porquanto por meio de seu jogo de extensão ou equiparação (art. 2º, § 1º) e exceção (art. 7º, *a*) desnuda-se o fato de que uma vez transcendida sua causa eficiente – *alienidade* – torna-se necessário um preceito dogmático para restringir uma extensão procedida pela lei, sem sistematicidade científica. Em outras palavras, não é por outro motivo que o art. 7º celetista

tenha de excepcionar *expressamente* os empregados domésticos, ou seja, a entidade familiar (*outras instituições²¹ sem fins lucrativos*) está compreendida perfeitamente na hipótese do empregador por equiparação ou extensão do art. 2º, § 1º da CLT.

É importante assinalar que a doutrina espanhola tem três correntes a respeito da *ajenidad*. A primeira e mais tradicional, é a de Olea, em que a alienidade é encarada a partir da alienação dos frutos do trabalho (*ajenidad en los frutos*). Uma segunda, na qual a alienidade é aferida em função da não-assunção dos riscos da atividade econômica, defendida por Bayón Chacón e Perez Botija²² (*ajenidad en los riesgos*) e uma terceira, da alienidade em razão da desvinculação da pessoa do trabalhador da utilidade patrimonial do trabalho (*ajenidad en la utilidad patrimonial*), apresentada por Montoya Melgar.²³

Consagrar, neste momento da reorganização produtiva, a centralidade do conceito de *alienidade* no Direito do Trabalho é fundamental para desenvolver uma exegese *sistemática e estável* – conceitos muito caros ao sistema capitalista, inclusive – da relação de emprego. A idéia mais tradicional de subordinação,

“A idéia mais tradicional de subordinação, descolada dessa perspectiva de alheado, muitas vezes torna a subordinação, ela própria – ainda que aparentemente, apenas – suscetível a desvirtuamentos conceituais, principalmente em face da crescente concepção do trabalhador (supostamente) autônomo, mas econômica e habitualmente dependente de uma mesma rede produtiva.”

²¹ Vale observar que o conceito de ‘instituição’ não tem qualquer especificidade jurídica, e nem se confunde com o de ente personalizado ou mesmo de órgão. *Instituição* é, inclusive, dicionarizada primeiro como *estrutura social* que como *organismo* ou *estabelecimento* (HOUAISS eletrônico).

²² MONTROYA MELGAR, 1999, p. 35, nota 16. apud Manual de Derecho del Trabajo, 12 ed, 1, p. 15.

²³ MONTROYA MELGAR, 1999, p. 36.

descolada dessa perspectiva de alheamento, muitas vezes torna a subordinação, ela própria – ainda que aparentemente, apenas – suscetível a desvirtuamentos conceituais, principalmente em face da crescente concepção do trabalhador (supostamente) autônomo, mas econômica e habitualmente dependente de uma mesma rede produtiva.²⁴

4 A VELHA E A NOVA EMPRESA: O MESMO TRABALHO SUBORDINADO NA ESTRUTURA DA REDE EMPREENDEDORA

O novo quadro de acumulação flexível da produção faz resurgir figuras de trabalhador que precederam à formação do sistema industrial tradicional.²⁵ A execução de uma atividade econômica, pouco importando a sua destinação, necessita sempre de organização do trabalho e de subordinação jurídica dos detentores de liberdade formal, para a consecução dos objetivos empresários, pouco importando o *locus* da execução do trabalho. Afinal, nos albores do capitalismo era o detentor dos insumos, às vezes dos rudimentares teares, e do

capital circulante que os levava até o trabalho, impedidos que estavam os seres humanos de abandonar suas paróquias anglicanas, sem a autorização do poder eclesiástico.

O teletrabalho contemporâneo sofisticou-se quanto aos instrumentos de comunicação e logística, é fato. Mas definitivamente não é uma *rerum novarum* que veio ao mundo no século XX, juntamente com a indústria da moda. As cidades de costureiras unem chinesas, brasileiras e indianas do século XXI, às inglesas do século XV na prática secular conhecida no jargão econômico como *putting out*.

As supostamente novas figuras jurídicas de trabalhadores na Europa – *parasubordinato*, na Itália; *economically dependent worker* ou *quasi-subordinate worker* na Inglaterra; *arbeitnehmerähnliche Person* na Alemanha²⁶; *autónomo-dependiente* na Espanha²⁷, ressuscitam a antiga busca de subordinação do capital urbano sobre a mão-de-obra atrelada à paróquia, impossibilitados de exercer o mando direto, contratavam o trabalho por peça, modo de subsunção formal do trabalho ao capital.²⁸ Hoje, não sendo

²⁴ Anota a Professora Maria Luz Rodríguez Fernandez, da Universidade Castilha-La Mancha, sediada em Toledo Espanha, que o trabalhador 'autônomo' "que trabaja por cuenta propia para otras tantas empresas y clientes, trabaja, sin embargo, por cuenta ajena para esa empresa con la que tiene una relación duradera. Y que, en la medida que así sea, realiza un trabajo objeto del Derecho del Trabajo y debe quedar, por tanto, incluido en su ámbito." (RODRIGUEZ FERNANDEZ, 2004, p. 50).

²⁵ PISTORI, 2007, p. 128-130.

²⁶ PERULLI, 2003, p. 78-87.

²⁷ Estatuto del Trabajo Autónomo. Lei n. 20 de 11 de julho de 2007, art. 11 (publicada no BOE de 12 de julho de 2007, n. 166).

²⁸ Para Marx na fase de subsunção formal do trabalho, embora ele (o trabalho) esteja subordinado ao capital, mantém, ainda, uma subsistência distinta, exterior ao capital. O trabalho é reconhecido como fonte produtiva de riqueza, enquanto o capital é considerado mero gestor dessa riqueza. Na fase de subsunção *materiais*, segundo Marx, o trabalho perde seus traços de autonomia, de existência fora do capital. A produção é concebida não como resultado da habilidade individual do trabalhador, mas como aplicação da técnica. (MARX, 1977, p. 645, também nos Marxists Internet Archives Library. Disponível em: <<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1861/economic/ch37.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2008.

mais estratégico a subsunção material²⁹ (ou *subsunção real*)³⁰ em algumas atividades econômicas, enseja-se o referido ressurgimento do trabalhador não-diretamente subordinado, quando há em verdade autêntica subsunção formal.

O transbordamento dessas figuras para a regulação desses países por iniciativa legislativa tem como pressuposto a ausência de identidade entre tais fenômenos jurídico-econômicos e o conceito interno de empregado. Com menor ou maior grau de proteção, tais conceituações buscam estender ao trabalho tipificado nesses (supostamente) novos conceitos a proteção social característica dos modelos de *welfare state*.

Todavia, à minguada de regulação própria, a análise dos próprios signos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho do Brasil nos permite sustentar que as significações dos conceitos de empregado e empregador ainda não foram exauridas pelo sistema jurídico nacional, notadamente pela jurisprudência.³¹

Desse modo, embora não sustentemos a possibilidade de que um texto, jurídico ou não, comporte in-

terpretações infinitas, já que integram um sistema de comunicação, as possibilidades semânticas do conceito de subordinação jurídica não nos parece tenham sido esgotadas. Mais do que isso, o que vislumbramos é que o conceito de subordinação permite ainda dar ao sistema jurídico-laboral brasileiro uma interpretação que seja, ao mesmo tempo, desmercantilizadora do trabalho e promotora da segurança jurídica dos agentes (Estado, trabalho e capital) envolvidos.

O seccionamento das atividades da empresa conduz a uma necessária adequação do próprio conceito de empregador, como já se contempla na figura do consórcio de empregadores. Mas é imperioso ir além. Contemporaneamente, o EM (quem contrata), o PRE (quem remunera), o GA (quem dirige) e o DOR (quem assume os riscos) pode ser um feixe de entidades, empresas ou pessoas, a depender dos instrumentos jurídicos que amalgamam as relações jurídicas entre aqueles a quem interessa a contratação do trabalho.

Ainda que intuitivamente e aspirando flexibilizar o regime de contratação de trabalho no Brasil, a

²⁹ É importante ressaltar que, na doutrina trabalhista, o conceito de 'subsunção material' é bem manejado por Reginaldo Melhado, ao demonstrar com acuidade, como, em regra, o capitalismo subsumiu materialmente o trabalho, principalmente através da maquinaria: "O trabalhador do século XX alcança o ideal sonhado pelo capitalista da chamada Segunda Revolução Industrial: subordina-se por completo à disciplina da máquina, identifica-se com a inmutável e indeclinável rotina do que era um simples ferramental e agora adquire a alma do complexo automático". (MELHADO, 2003, p. 168-171).

³⁰ Em nova referência à doutrina do Direito do Trabalho especificamente, Melhado enfatiza na sexta conclusão de sua obra *Poder e Sujeição*, que "(...) Ao alienar sua capacidade de trabalho o operário é subsumido materialmente ao modo de produção capitalista e o trabalho morto passa a exercer seu domínio sobre o trabalho vivo." (Ibid, p. 216).

³¹ Nosso propósito se aproxima, em alguma medida, da proposição de Richard Posner ao analisar o comportamento intelectual e político dos juizes ao preconizar que "Judicial Interpretation generally proceeds in two steps. The first is to infer a purpose from the language and context of the contractual or statutory text in issue, or from a body of pertinent judicial decisions that have established a rule. The second step is to decide what outcome the case at hand would serve the purpose best. Consider the Wagner Act (The National Labor Relations Act). A salient purpose, evident from the Act's language, structure, and background, was to make it easier for unions to organize workers. That Purpose provides the essential guidance to applying the Act to specific cases" (POSNER, 2003, p. 67-68).

súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho expressamente admitiu o seccionamento do conceito de empregador e assimilou parcialmente o que aqui se pretende nominar de subordinação *estrutural-reticular*.³²

A referida súmula, contudo, enuncia duas condicionantes para se elidir a formação de vínculo de emprego com o tomador do serviço: (i) a inexistência de pessoalidade e de (ii) subordinação direta. Parece-nos, todavia, que a expressão subordinação *direta* seja, em se tratando da nova realidade produtiva, termo equívoco, decorrente da verificação empírica de que na maioria esmagadora dos contratos de empregos há coincidência entre a emanção de ordens relacionadas com a organização e a execução do trabalho e a existência de uma pessoa humana integrante do quadro de empregados da empresa, encarregada da transmissão direta dessas ordens. Trata-se de evidente confusão entre espécie (ordem) e gênero (poder empregatício).

Afinal, é possível seccionar as atividades empresariais interna ou externamente. Foi Dedecca³³, a partir do texto clássico de Chandler, quem dissecou com mais rigor a combinação de elementos dos modelos organizacionais de conglome-

ração e divisão internas, de origem americana e que se espalhou pelas economias desenvolvidas e sub-desenvolvidas durante o século XX, com os elementos horizontalizados prevalentes a partir dos anos 1980 e nitidamente inspirados no sistema industrial japonês. Três são os vetores das alterações introduzidas nas empresas: o aumento da concorrência em escala global com a emergência de concorrentes europeus e asiáticos; a perda da dinâmica das economias centrais nos anos 1970 e a necessidade de redução de custos de modo sistemático.

As estratégias para o reposicionamento das empresas frente a seus concorrentes combinam a intensificação do uso de tecnologia; a gestão do trabalho adotando estratégias nipônicas sem a correspondente garantia de emprego do país do sol nascente; e a pressão pela alteração da regulação pública do mercado de trabalho. Ao longo do tempo, esses elementos vão se mesclando; ante o grau de instabilidade do processo produtivo quando as alterações fundam-se apenas na intensificação da automação industrial. Daí a importância das formas jurídicas no processo de externalização das atividades das empresas.

³² No magistério de Maurício Delgado, a 'subordinação estrutural' é "a que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento". E segue Delgado precisando esse novo conceito de relação de emprego, sublinhando que a "subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado, dificuldades que se exacerbam em face, especialmente, do fenômeno contemporâneo da terceirização trabalhista. Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores - em especial a terceirização" (DELGADO, 2007, p. 86). Na mesma linha da impessoalidade da subordinação, Jorge Souto Maior assinala que a "subordinação, vale lembrar, não se caracteriza por uma relação de poder entre pessoas, mas sobre a atividade exercida" (MAIOR, 2007, p. 62).

³³ DEDDECA, 1999, p. 66-79 e 103-116.

5 A SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR

Embora as relações jurídicas, assim como todas as demais dimensões da civilização humana, sejam sempre dinâmicas e a própria concorrência entre os agentes econômicos seja travada inclusive com o uso instrumental dos marcos regulatórios dos diversos estados nacionais, é inegável que a regulação que mais se submete às estratégias de flexibilização, quando não de simples elisão, é aquela relacionada com o uso do trabalho, onde a híbrida presença de regras de ordem pública e regras de origem privada permite um maior espaço de atuação. Ademais, a dinâmica da inovação entre os agentes econômicos envolve o trinômio tecnologia, organização produtiva e regime jurídico-trabalhista.

Como o nosso escopo é analisar os efeitos sobre o fenômeno jurídico e não tecer juízos de valor sobre as características da concorrência intercapitalista na contemporaneidade, e buscar a validação do conceito reelaborado de subordinação jurídica, temos que nos debruçar sobre a alteração do *locus* de influência da produção de bens e serviços nesta etapa da história. A reestruturação produtiva contemporânea

processou intensa redução da *porosidade* do trabalho, com o completo domínio do processo produtivo – sistema SMED³⁴ – o que permitiu a flexibilização da rigidez da hierarquia e disciplina taylorista. Essa flexibilização disciplinária passou, inclusive, a ser pressuposto do aumento da produtividade nos setores de grande concorrência, inclusive global. Na externalização dos ajustes internos – sistema SMED – o modelo de produção *ordem-subordinação* é substituído pelo modelo *colaboração-dependência*.

A liberdade formal dos trabalhadores passou a corresponder à demanda do sistema produtivo por trabalho humano abstrato, cuja concretude dependeria das necessidades conjunturais do tomador, a serem executadas no restrito espaço geográfico da unidade fabril, embora

nos seus albores, o capitalismo (ou o mercantilismo) recrutasse o trabalho e os serviços eram executados sob a forma de “teletrabalho”, ante a ausência do direito de se afastar da sua paróquia, o que talvez seja uma das razões instrumentais do direito de ir, vir e permanecer, consagrados pelos textos constitucionais da modernidade: a transposição da subsunção formal do trabalho para a subsunção material decorrente da parcialização do trabalho.

“A reestruturação produtiva contemporânea processou intensa redução da *porosidade* do trabalho, com o completo domínio do processo produtivo – sistema SMED – o que permitiu a flexibilização da rigidez da hierarquia e disciplina taylorista.”

³⁴ SMED (*Single Minute Exchange of Die*), com a técnica da separação de ajustes internos (fora das horas de produção propriamente dita) e externos (dentro das horas de produção propriamente dita) e posterior externalização dos ajustes internos (SHINGO, 1985, p. 113).

Mas será que o seccionamento da hierarquia - ou dos elementos originários que definiam o empregador, são suficientes para afastar a incidência da relação de emprego?

Teria, então, a relativização do exercício do poder em seu aspecto subjetivo, com a criação de comandos abstratos presentes no regulamento, no treinamento ou mesmo nos contratos, criado um *tertius* até então desconhecido pela história do direito ou pela trajetória do trabalho?

Por fim, seria ainda a relativização do aspecto objetivo do poder, decorrentes da expressiva remuneração ou execução do trabalho em local distante da estrutura central que esmaeceria o conceito de subordinação jurídica e o próprio conceito jurídico de empregador, como concebido pelo Direito brasileiro?

Embora fosse um crítico acerbo da definição de empregador juridicizada pela Consolidação das Leis do Trabalho, Evaristo de Moraes Filho não deixou de assinalar que a regulação brasileira ao imputar à empresa a condição de sujeito de direitos e deveres absorveu parcialmente o conceito oriundo da sociologia e da economia em seu caput, e para não deixar larga margem de interpretação aos agentes do mundo do trabalho, cuidou de acrescentar o § 1º ao citado artigo consolidado³⁵. Não obstante a dic-

ção da lei mencione os elementos integrantes do conceito de empregador no singular, é evidente que se trata de técnica legislativa e não de restrição da possibilidade de multiplicidade de sujeitos empregadores. Com efeito, a própria definição de empresa, oriunda do direito alemão e citada na nota precedente, consagra a possibilidade de concentração e de coordenação da atividade empresarial, de modo a absorver e moldar-se aos diversos instrumentos jurídicos destinados à coalizão empresarial.

6 A RESSOLIDARIZAÇÃO ESTRUTURAL-RETICULAR DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

A 'subordinação jurídica' sempre compreendeu um leque mais amplo de trabalhadores, pois engloba tanto aqueles referentes ao trabalho 'produtivo', como também aqueles do trabalho dito 'improdutivo'. Dessa forma era um conceito mais abrangente do que o conceito de mera dependência (técnica, econômica, social). Na produção contemporânea, contudo, a empresa-rede, por diversos instrumentos jurídicos e políticos, coordena, precifica e controla a produção, mas deixa de fora da proteção da CLT os trabalhadores ditos autônomos-dependentes.

³⁵ Diz Evaristo que "A verdade é que, depois de ingressar no campo do direito comercial, sob a forma de patrimônio comercial, como uma universalidade de bens, alcançou tal conceito o campo jurídico do trabalho, dando maior ênfase à universalidade de pessoas, sem esquecer, é claro, a de coisas e de bens. Mas é o aspecto propriamente organizacional pelo empresário dos serviços alheios que vem mais destacado no direito do trabalho. Tornou-se clássica a conceituação de Jacobi, no direito alemão, como "a reunião de meios pessoais, materiais e imateriais para um escopo, visado por um sujeito (ou por vários sujeitos em conjunto), a fim de satisfazer determinadas necessidades". Mais modernamente Hueck e Nipperdey definem a empresa como "um conjunto organizado de atividades, dirigido para um fim econômico ou ideal, ao qual servem um ou vários estabelecimentos organizadamente vinculados entre si" (MORAES FILHO, 2000, p. 255).

Contudo, discordamos dos que entendem não haver subordinação nas hipóteses de trabalho "autônomos-dependentes. A 'subordinação' neste contexto subsiste, ainda que difusa, latente e diferida, justificando, dessa forma, a extensão a eles dos direitos celetistas. O trabalhador supostamente autônomo, mas habitualmente inserido na atividade produtiva alheia, a despeito de ter controle relativo sobre o próprio trabalho, não detém nenhum controle sobre a atividade econômica. Exemplo disso, podemos citar a hipótese do motorista agregado, que é proprietário do caminhão em que trabalha (meio de produção) e ainda que tenha liberdade relativa sobre a execução do trabalho, nada delibera sobre os dois fatores determinantes da legítima autonomia, como, por exemplo, para quem e quando será prestado o serviço.

Portanto, acreditamos que a Lei n. 11.442/2007 regulou o problema com menos eficácia do que nos permite a atividade hermenêutica a partir dos elementos já existentes no sistema jurídico. Trata-se do reconhecimento do conceito de subordinação estrutural e reticular, pois se a prestação desse trabalho ingressa na empresa através de um contrato de prestação de trabalho autônomo, mas adere às atividades da empresa ou de uma das unidades da rede empresarial, a disposição do trabalho subsiste pelo tomador ou

tomadores, já que a impessoalidade da disposição do trabalho não afasta a circunstância de ter sido contratado para desenvolver atividade e não resultado.

A força ressolidarizadora da idéia de subordinação estrutural-reticular vai além da perspectiva do contrato individual de trabalho. A própria jurisprudência vem se debatendo com casos complexos acerca da autonomia privada coletiva. Com efeito, se uma empresa supermercadista, por exemplo, atrai para suas hiperlojas a venda de combustíveis, deverá ou não aplicar

aos frentistas dessa unidade as regras oriundas da pactuação coletiva que regula as empresas que atuam no comércio varejista de combustíveis? Ou ao reverso, poderá circunscrever-se a aplicar o contrato coletivo do comércio em geral?

A abordagem estrutural e reticular

acerca do conceito de subordinação permite novas soluções também nesse campo do direito do trabalho, relativizando, sem desprezar, a idéia de atividade preponderante do empregador, já que os grandes conglomerados industriais, comerciais, financeiros, mistos ou de qualquer outro serviço possuem múltiplas atividades econômicas e todas elas têm o mesmo e único objetivo: auferir rendas dessas atividades.

Nessas circunstâncias, há inclusive lesão potencial às próprias regras de concorrência intercapitalista, pois ao abster-se de aplicar as

"A força ressolidarizadora da idéia de subordinação estrutural-reticular vai além da perspectiva do contrato individual de trabalho. A própria jurisprudência vem se debatendo com casos complexos acerca da autonomia privada coletiva. Com efeito, se uma empresa supermercadista, por exemplo, atrai para suas hiperlojas a venda de combustíveis, deverá ou não aplicar aos frentistas dessa unidade as regras oriundas da pactuação coletiva que regula as empresas que atuam no comércio varejista de combustíveis?"

regras da contratação coletiva específica acaba por obter uma vantagem comparativa em relação aos seus concorrentes. Aqui ainda “não estamos fora do *locus* tradicional do exercício do poder jurídico-político sobre o trabalho. Mas nos permite ampliar a significação da subordinação jurídica e da força vinculante dos contratos coletivos que o empregador deve assimilar como próprios de suas atividades econômicas, principalmente quando elas são múltiplas, pois múltiplos serão os instrumentos coletivos aplicáveis à mesma pessoa jurídica que desenvolve diversas atividades econômicas.

Afinal, se o supermercado resolve usar sua frota de caminhões para concorrer no mercado de transportes e logística, não se pode emprestar o mesmo tratamento aos motoristas envolvidos nessa atividade econômica daquele preconizado pela jurisprudência quando o motorista apenas transporta mercadorias entre as unidades da mesma rede varejista. Neste último caso há certa legitimidade em condicionar a aplicação da regra à prévia participação ou tentativa de participação nas atividades negociais. No primeiro, não.

Com isso, o conceito de subordinação estrutural-reticular abre a possibilidade de sancionarmos concretamente o *dumping* social, violador das regras de concorrência intercapitalista através da eliminação de direitos sociais erigidos pela contratação coletiva entre as entidades sindicais do capital e do trabalho. Como se vê, a idéia de rede empresta à subordinação jurídica um efeito reticular, portador da idéia de

proteção e promoção do trabalho e da dignidade da pessoa humana, e ao mesmo tempo chancelador da idéia de *fair trade*, sancionando a concorrência desleal fundada numa das espécies de *dumping*.

7 PRODUÇÃO E PROTEÇÃO EM REDE. CONVERGÊNCIA DOS FLUXOS DA ESPECIALIZAÇÃO DO TRABALHO. O “EMPREGADO POR INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL”

Com a externalização e o sectionamento das atividades transfere-se, ainda que parcialmente, o risco econômico da atividade ao trabalho, com repercussões tanto econômicas quanto políticas.

O conceito de ‘*empregado por interpretação constitucional*’ permite reduzir a “*zona gris*” de aplicação do Direito do Trabalho, sem interditar a legítima atividade de especialização do trabalho e terciarização das atividades econômicas e, ao mesmo tempo, ressolidarizar o trabalho (quando a rede de empresas se configurar em verdadeira rede de *em-pre-ga-dores*).

Ora, se há semelhança entre o trabalho dito “autônomo-dependente” e os empregado clássico, manda a boa regra de hermenêutica não reduzir o potencial expansivo e protetivo do Direito do Trabalho. A isonomia dos trabalhadores decorre da própria dicção constitucional, tanto dirigida aos trabalhadores *habituais*, (*caput* do art. 7º) como aos *avulsos* (inciso XXXIV), não submetidos ao trato sucessivo.

Trata-se, pois, de ressignificar ou plurissignificar o conceito de

subordinação jurídica, para compreendê-lo de modo dinâmico. Parafraseando o senso comum, a subordinação jurídica emerge não apenas do uso da voz do empregador, do supervisor, ou do capataz. Ela pode se formar na retina dos múltiplos agentes econômicos coordenados pela unidade central, de modo silencioso e aparentemente incolor e até indolor. A subordinação jurídica pode ser então "reticular", também nesse sentido e através de instrumentos jurídicos de associação empresária, onde nenhuma atividade econômica especializada é desenvolvida pelo *suposto* empregador, que se envolve na produção de um determinado resultado pactuado com a unidade central. Suposto, não porque em verdade não o seja, mas por não ser o único empregador.

A rede econômica montada pelas empresas, quer no modelo hierarquizado, como ocorre em empresas de segurança, *call centers*, quer assuma as múltiplas formas jurídicas de cooperação empresarial são uma realidade. Partindo dessa premissa, faz-se necessário enredar o conceito de subordinação jurídica, emprestando-lhe um caráter estrutural e reticular.

Nesse sentido, sempre que reconhecida a atividade econômica em rede, é necessário imputar a condição de empregador a todos os integrantes da rede econômica, atribuindo assim a incidência do princípio da proteção e seus aspectos consequentes: a aplicação da regra ou da condição mais benéfica.

Isso torna secundária a investigação de quem seja "o emprega-

dor" para efeitos da declaração de nulidade absoluta da pactuação contratual originária, pois o mais relevante é assegurar a efetividade do direito material do trabalho e não a imputação da fraude, afinal inexistente se todos são empregadores.

8 À GUIZA DE CONCLUSÕES

Este trabalho é uma pesquisa em desenvolvimento. As sínteses abaixo declinadas não pretendem esgotar todas as feições da subordinação estrutural-reticular, pois muitas contribuições e ressalvas às idéias aqui alinhavadas serão adicionadas com o uso e o desenvolvimento desse conceito, que se pretende público, democrático e dinâmico. Esse conceito, favorecido inclusive pela articulação da idéia de «alienidade», já permite, contudo, dimensionar algumas das repercussões de sua admissão na interpretação e aplicação do Direito do Trabalho e do Direito Processual do Trabalho. Vamos a elas:

1. Resgatar o conceito de «alienidade» no Direito do Trabalho contribui para uma extensão civilizatória e isonômica dos direitos sociais, ensejando a agregação das novas realidades decorrentes da reorganização produtiva.
2. Assumir o caráter central da idéia de «alienidade» no conceito de subordinação e, por consequência, no próprio Direito do Trabalho, torna esse ramo da ciência jurídica mais sistemático e estável.
3. Com o conceito de subordinação estrutural-reticular apreende-se o fenômeno das coalizões de empresas e de empregadores, quer

- assumam formas jurídicas explícitas e reguladas pelo direito empresarial, quer sejam coalizões factuais, reconhecendo a possibilidade de que tais empresas ou empregadores assumam cada um parte das funções diretivas que o art. 2º, da CLT estabelece como necessárias e suficientes ao reconhecimento do(s) sujeito(s) de deveres jurídicos do tomador.
4. O conceito, ao mesmo tempo, absorve como próprio da subordinação as múltiplas formas de controle e mando, tais como, regulamentos, contratos, manuais de uso de máquinas e equipamentos ou de processos produtivos, GPS, celulares, tacógrafos, *softwares* de vigilância e registro, *palm tops*, câmeras de vídeo, relatórios de atividade e desempenho, tanto analógicos quanto os digitais.
 5. Espraiar segurança jurídica nas relações laborais, diminuindo o uso instrumental e, frequentemente, predatório da legislação do trabalho, reconhecendo a condição de empregadores das unidades econômicas que atuam em rede, no mesmo espaço geográfico ou em locais distintos, para assegurar que o risco econômico da atividade não seja transferido ao trabalho e, via de consequência, para os sistemas sociais e estatais de amparo do trabalho.
 6. Reconhecer a condição de "empregado por interpretação constitucional" dos trabalhadores que ingressam na estrutura da empresa ou da rede de empresas, ainda que suas contratações estejam amparadas por contratos de trabalho autônomos. Trata-se de atrair para a proteção dos direitos fundamentais sócio-econômicos aqueles que têm semelhanças com o empregado e que em outros sistemas jurídicos recebem tratamento distinto, com proteção jurídica e social inferior ao do empregado.
 7. Assegurar a aplicação das normas coletivas relacionadas com a atividade econômica desenvolvida pelos empregados da rede de unidades econômicas, quando estas têm múltiplas atividades com o escopo de auferir faturamento, com a dupla finalidade de assegurar a aplicação do princípio da proteção em relação aos empregados envolvidos em cada uma das atividades econômicas da rede, e ao mesmo tempo disciplinar a concorrência intercapiatalista, atraindo para o campo do direito coletivo do trabalho e do direito individual do trabalho o conceito de *dumping* social.
 8. Permitir a legítima atividade de especialização do trabalho, como ocorre com setores em que a prevalência do trabalho imaterial aumenta a capacidade de resistência política e de inovação do trabalho, seja para gerar novos setores de atividade econômica, seja para permitir a otimização da sua ação coletiva.
 9. Distinguir a fraude relacionada com a criação de interposta pessoa ou empresa, por uma das unidades econômicas da rede, tenha ou não idoneidade econômico-financeira, da existência de uma unidade econômica dotada

de especialização técnica capaz de reconhecer nela mais um dos empregadores da rede.

10. Distinguir, também, da fraude a emergência - *rectius*: ressurgimento - de figuras de trabalhador não jungidos à subsunção material do capital, que não podem ser tratados pelo regime de regulação trabalhista como *tertius*, não só por imposição dos princípios de isonomia do trabalho humano e de expansão tuitiva dos direitos sociais, bem assim para o próprio equilíbrio do sistema de competição capitalista.
11. Compreender a possibilidade de que em certas atividades econômicas o presente abraça-se ao passado e o capital pode dar-se ao luxo de abrir mão da subsunção material do trabalho. O trabalhador, eventualmente, pode ser excepcionado do rol dos não-proprietários de meios de produção, já que a propriedade desses meios não é mais estratégica para todas as formas e etapas da produção.

9 REFERÊNCIAS

DEDECCA, Cláudio Salvadori. **Racionalização econômica e trabalho no capitalismo avançado**. Campinas: Instituto de Economia da Unicamp, 1999.

DELEUZE, Gilles. **Espinosa: filosofia prática**. Trad. Daniel Lins e Fabien Pascal Lins. Rev. Tec. Eduardo Diatahy Bezerra de Menezes. São Paulo: Escuta, 2002.

DELGADO, Maurício J. Godinho.

Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA, Alessandro *et al* (Coord.). **Direitos humanos: essência do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

DELL'OLIO, Matteo. **Subordinazione e lavori atipici**. Disponível em: <http://web.tiscali.it/Matteo_DellOlio/>. Acesso em: 24 jan. 2008.

MARX, Karl. **Capital: A Critique of Political Economy**. v. 1. Trad. Ben Fowkes. Nova York: Vintage Books, 1977.

_____, **Economic Manuscripts of 1861-63, Part 3) Relative Surplus Value - i) Formal and Real Subsumption of Labour under Capital**. Transitional Forms Marxist Internet Archives Library. Disponível em: <<http://www.marxists.org/archive/marx/works/1861/economic/ch37.htm>>. Acesso em: 24 jan. 2008.

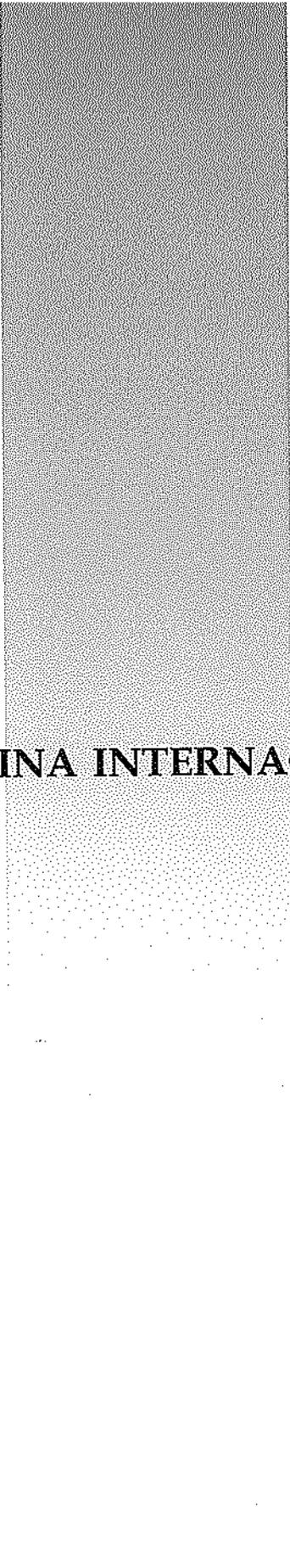
MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e conceito de subordinação**. São Paulo: LTr, 2003.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. 20. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao direito do trabalho**. 8. ed., rev. atual. e ampl. por Antônio Carlos Flores de Moraes. São Paulo: LTr, 2000.

OIT. **El ámbito de la relación de tra-**

- bajo**. Genebra: Oficina Internacional do Trabalho, 2003.
- OLEA, Manuel Alonso. **Alineación: historia de una palabra**. 2 ed. México, DF: Universidad Autónoma de México, 1988.
- _____; CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. **Derecho del trabajo**. Madrid: Universidad de Madrid, 1995.
- PERULLI, Adalberto. **Economically dependent: quasi-subordinate (parasubordinate) employment: legal, social and economic aspects**. Comissão Europeia - Direção Geral de Emprego, Assuntos Sociais e Igualdade de Oportunidades. Disponível em: <http://ec.europa.eu/employment_social/news/2003/sep/parasubordination_report_en.pdf>. Acesso em: 08 out. 2007.
- PISTORI, Gerson Lacerda. **História do direito do trabalho: um breve olhar sobre a idade média**. São Paulo: LTr, 2007.
- POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Harvard: Harvard University Press, 2003.
- RODRÍGUEZ FERNANDÉZ, Maria Luz. **Algunas garantías frente a la descentralización productiva: límites al contrato para obra o servicio determinado y reconsideración de la ajenidad en el mercado in Madrid: Relaciones Laborales**, n.19, p. 15-50, 2004.
- SHINGO, Shigeo **A revolution in manufacturing: The SMED system**. New York: Productivity Press, 1985.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e Direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.
- SPINOZA, Benedicti de **Opera quotquot reperta sunt: tractatus de intellectus emendatione**, Ethica vol. I, 13. ed. [S.I.]: Martinum Nijloff, 1913(a).
- TAYLOR, F. W. **The Principles of Scientific Management**. Charleston: BiblioBazaar, 2007.
- VALVERDE, Carlos. **El materialismo dialéctico: el pensamiento de Marx y Engels**. Madrid: Espasa-Calpe, 1979.



DOCTRINA INTERNACIONAL

INTERMEDIAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA*

César Arese**

Sumario: 1 Introducción; 2 La dimensión del tema; 3 Tratamientos jurídicos; 4 Empleado directo. A. La titularidad real del nexo de trabajo; B. Socio Empleado; C. Auxiliares del Trabajador; D. Contrato de trabajo de grupo o por equipo; E. Trabajo prestado por integrante de una sociedad; 5 La intermediación de mano de obra en sentido estricto (Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros); A. Tratamiento jurídico general; B. Reglamentación especial. 1. Conceptos y limitaciones en trabajo eventual; 2. Empleadores habilitados; 3. Relaciones laborales de las Empresas de Servicios Eventuales (ESE); 4. Codificación de las eventualidades; 5. Actividades especiales; 6. Controles y sanciones. 7. Relaciones colectivas; 6 Interposición y solidaridad; A. Los vastos alcances de la interposición; B. Cesión, contratación y subcontratación; 1. Círculos de responsabilidad solidaria; 2. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 3. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ). 4. Tribunales inferiores; 7 Intermediación por grupo económico; 8 La solidaridad en las franquicias; 9 Transferencias de empresas y de personal; 10 La solidaridad convencional; 11 Intermediación insolvente o fraudulenta y responsabilidad solidaria de socios controlantes y administradores sociales; A. El debate; B. Jurisprudencia de la CSJN; C. Dos cortes provinciales; 12 Breves conclusiones.

1 INTRODUCCIÓN

La intermediación de mano de obra es un tema tradicional en el Derecho del Trabajo ya que se conecta íntimamente, en principio, con el recurrente asunto del fraude

laboral. En ese rango de ideas se coloca la generación de figuras no laborales, precarias o simuladas como en los casos de supuestas becas, pasantías, aprendizajes, prácticas y vinculaciones seudo autónomas. A estas formas de eliminar, oscurecer,

* Texto produzido a partir de palestra feita no II Encontro Internacional de Professores de Direito do Trabalho e II Seminário Internacional da Amatra, realizado em Campinas, em 14 e 15 de fevereiro de 2008.

** Doctor en derecho; magistrado del trabajo; profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba; especialista en temas laborales por la Universidad de Castilla La Mancha, España; Consejero Académico de la Carrera de Especialización en Derecho del Trabajo de las Universidades Nacional del Litoral, Nacional de Córdoba y Católica de Córdoba. Profesor de posgrado en temas de su especialidad. Publicista y articulista.

enrarecer la responsabilidad y la identificación misma del empleador, se agregan los llamados fraudes societarios: sociedades "cáscaras" o simples fachadas; interposición societaria de fácil volatilidad y descapitalización empresarial.

Las transformaciones productivas de las últimas dos décadas han agregado nuevos motivos de preocupación. El tratamiento prioritario en el último Congreso Mundial de Derecho del Trabajo (París, 2006) del tema de la descentralización productivas y la pérdida o deformaciones de la protección laboral, revelan la universalidad de la cuestión. La fragmentación, externalización, diversificación y deslocalización productivas o la generación de redes societarias, diluyen la identificación misma del sujeto empleador que parece haber quedado nublada por la diversidad de apariencias que adquiere el fenómeno.

Un caso especial es el de los efectos de la Sociedad de la Información. El teletrabajo agrupa en Argentina a un millón de oficinas hogareñas; en Latinoamérica se venderán 3,3 millones de computadoras portátiles en 2008 lo que augura una expansión de estas formas especiales de trabajo y se estima que una cuarta parte de la población laboral mundial participará de formas de trabajo móvil para 2009¹. Se pueden advertir nuevas experiencias de desgranamientos productivos, en donde pueden convivir formas de autonomización, un neo trabajo a domi-

cilio y formas de intermediación en cadena. En este punto, los esquemas clásicos de intermediación y solidaridad convencional encuentran serias trabas para su aplicación.

En definitiva, la intermediación laboral y su institución paralela, la solidaridad contractual, es un tema polisémico que habilita a una diversidad muy grande de posibilidades. Es imposible agotar sintéticamente las posibilidades de la intermediación laboral. Se intentará un recorrido de las manifestaciones más importantes del fenómeno.

2 LA DIMENSIÓN DEL TEMA

Algunos datos valen de muestra: la empresa multinacional Manpower dedicada a la selección y contratación de personal temporario para unas 2.200 empresas clientes, es la principal empleadora de Argentina con más de 25.000 trabajadores dependientes. Proporciona trabajadores para promocionar productos, reemplazar personal de licencia, atención de clientes, campañas publicitarias, ventas, call centers, etc. En el *top ten* de compañías que más personal ocupan, figura en quinto lugar otra seleccionadora de personal con 17.780 empleados² y una empresa que selecciona y proporciona temporario personal a terceros, declaró haber gestionado 14.000 empleados y haber experimentado un crecimiento de un tercio en su actividad durante 2007, una plus marca que esperaba repetir en el año siguiente.

¹ Daniel San Giovanni, *Empleados a distancia*, La Nación, Argentina, Sec. 7, p. 1.

² Datos Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) reproducidos por el Diario La Nación (3011/07).

Esas empresas superan a los poderosos grupos empresarios de servicios (supermercados, seguridad, telefónicas, comunicaciones, etc.) y de industrias básicas (alimenticias, petroleras, acero, etc.). Hay un apunte que refuerza la dimensión del tema. Tres empresas de seguridad que normalmente emplean personal para servicios de terceros, dirigen otros 23.000 guardias y empleados administrativos.

Una organización de recursos humanos ofrece a sus 800 empresas clientes que posee un área específica para atender directamente los "servicios de tercerización" y los "telerecursos" humanos.

Naturalmente que la envergadura de la intermediación encubierta o instalada a través de la relacionada fractura o externalización productiva aparece como mucho más vasta y de difícil ponderación. De tal forma, la intermediación y la provisión de mano de obra aparece con una relevancia obvia dentro del panorama laboral.

3 TRATAMIENTOS JURÍDICOS

La cuestión de la intermediación de mano de obra puede considerarse peyorativamente como "tráfico de mano de obra" o, más amablemente, "selección de personal", "gestión de trabajadores para terceros". También es avistable como la simple interposición de sujetos empleadores.

Se admiten, a grandes rasgos, dos tratamientos jurídicos:

1) Atribución al trabajador

del carácter de empleado directo del principal.

2) Generación de responsabilidad solidaridad laboral a los sujetos principal e interpuesto.

Otra clasificación más detallada de las formas de conformación de la interposición:

1) La intermediación considerada como inexistente y que identifica a intermediario y principal como empleadores. El intermediario es solo un puente de responsabilidad hacia el principal de la relación laboral. Son las siguientes hipótesis:

- a) El empleado directo.
- b) El socio empleado:
- c) Los auxiliares del trabajador,
- d) El contrato de trabajo por grupo o equipo
- e) El contrato prestado por integrante de una sociedad.
- f) Intermediación en sentido estricto (Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros): 1) Trabajador intermediado como empleado directo; 2) Trabajador de Empresas de Servicios Eventuales (ESE).

2) La intermediación a través de la cesión, contratación y subcontratación inserta dentro del concepto de actividad normal específica propia del establecimiento cedente y la intermediación ajena a la hipótesis anterior, esto es, en caso de inexistencia de unidad técnica ni comunidad de rubros de actividad.

3) La interposición a través del grupo económico.

4) Los casos de transferencia de establecimiento y de personal.

5) La interposición fraudulenta a través de empresas descapitalizadas o inexistentes.

4 EMPLEADO DIRECTO

A. La titularidad real del nexo de trabajo

La posibilidad de que el trabajador sea considerado empleado directo de quién requiere, dirige o se beneficia con sus servicios fluye ab initio de la presunción de laboralidad contractual subordinada que supone toda relación laboral dependiente, más allá de las formas.

En primer término, porque una simulación o fraude acerca de la existencia o rol de empleador, con apariencia de tal, que sostenga un carácter no laboral o que se manifieste interpuesto lleva a la aplicación del principio de laboralidad dependiente y la nulidad de la interposición (art. 5 y 14 de Ley de Contrato de Trabajo, LCT).

En segundo lugar, porque la condición de empleador se consagra más allá del sujeto de carácter físico o jurídico, en tanto requiera los servicios del trabajador. Se opera en este caso con los conceptos de "empresario" o "empleador" para atribuir la titularidad de la relación de trabajo. En el primer caso, asume esa condición la persona física o jurídica que "dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas, y con

el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a éstos en la gestión y dirección de la "empresa" (art. 5 LCT). Se considera "empleador" a "la persona física o conjunto de ellas, o jurídica, tenga o no personalidad jurídica propia, que requiera los servicios de un trabajador" (art. 26 LCT).

De tal forma, más allá y con indiferencia por las formas, ropajes o figuras empleadas, será titular de la relación laboral el sujeto jurídico que requiera los servicios y asuma, directa o indirectamente, abierta o encubiertamente, la relación jerárquica y la titularidad de la comunicación de instrucciones hacia el trabajador.

De otro lado, la legislación argentina adscribe a la tesis relacionista para descubrir la incubación y desarrollo del contrato de trabajo. El hecho de la prestación de servicios dependiente implica el nacimiento del contrato de trabajo. La realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicio en favor de otra persona, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen, "hace presumir la existencia de un contrato de trabajo" lo que se debe aplicarse extensivamente "aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no

"...una simulación o fraude acerca de la existencia o rol de empleador, con apariencia de tal, que sostenga un carácter no laboral o que se manifieste interpuesto lleva a la aplicación del principio de laboralidad dependiente y la nulidad de la interposición (art. 5 y 14 de Ley de Contrato de Trabajo, LCT)."

sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio" (arts. 22 y 23 LCT).

Esta sería el primer acercamiento al tema: la posible intercalación de una persona física o jurídica se esfuma en tanto se verifican los presupuestos esenciales y básicos de la prestación laboral dependiente.

B. Socio Empleado

La otra hipótesis liminar del tratamiento de la posible generación de figuras no dependientes mediante una especie de falsa autoempleo, sería la situación de la integración como parte de una sociedad con prestación de servicios de forma personal y habitual y bajo las instrucciones o directivas de aquella. Igualmente en este caso, la condición de socio del trabajador, no le quita el carácter de dependiente de la sociedad, sujeto de la relación de trabajo y objeto de la aplicación de las normas laborales y convencionales protectorias de la prestación en relación de dependencia (art. 27 LCT).

Quedan al margen de este tratamiento los integrantes de las sociedades cooperativas de trabajo ya que, a pesar de la apariencia de su prestación de servicios dependientes, integran con ese aporte personal la esencia de la institución (Ley n. 20.337).

No obstante, la figura de "cooperativización" del trabajo dependiente ha generado resistencia por hacerse evidente en muchos casos, una simple operación de bastardeo o desnaturalización de los dignos objetivos del sistema cooperativo como al-

ternativa social frente al capitalismo lucrativo y sus selváticas reglas de juego. El fraude laboral o cooperativo consistente en su conformación o funcionamiento irregular o su actuación como empresas de provisión de servicios eventuales, de temporada o brindando servicios propios de las agencias de colocación, llevan a que los trabajadores sean considerados trabajadores dependientes de la empresa usuaria para la cual presten servicios, a los efectos de la aplicación de la legislación laboral y de la seguridad social (art. 40 Ley n. 25.877). Es decir, la supresión del empleador aparente y que ha intermediado mediante la forma cooperativa.

C. Auxiliares del Trabajador

Otra forma de interposición y mediación laboral puede verificarse mediante figuras que pretendan desnaturalizar o desconocer la morfología personalizada del contrato de trabajo. El propio trabajador dependiente puede valerse de otros trabajadores auxiliares para la prestación de servicios, los que, de cualquier modo y salvo excepción expresa legal o convencional, serán considerados igualmente dependientes del empleador (art. 28 LCT).

Con todo, esta aparentemente simple forma de hacer surgir el nexo laboral, ha tenido su meneo jurisprudencial. Es el caso conocido caso de los fleteros, es decir, titulares o propietarios de vehículos utilizados en la distribución de mercaderías, ligados al establecimiento y empleador principal por un contrato de locación de servicios o de obra

que ocupan a ayudante, conductores y peones para cumplir las funciones específicas.

El punto se relaciona con la cesión, contratación y subcontratación de estas tareas de distribución que, en realidad, involucra en el debate el régimen específico de solidaridad y controles del art. 30 de la LCT. Lo que ocurre es que, establecida la laboralidad dependiente de estos intermediarios, los trabajadores auxiliares corren la misma suerte respecto del titular de la explotación involucrada.

D. Contrato de trabajo de grupo o por equipo

El hecho de que el trabajador no contrate, no sea organizado ni dirigido directamente por el principal sino en forma intermediada o delegada, no implica que se esfume la existencia del contrato de trabajo. Clásicamente se referencia esta hipótesis con el caso de la orquesta de música, cuyo director o representante, asume la condición de delegado para la contratación con quién se convertirá en titular de un nexo de trabajo dependiente con respecto a cada uno de los trabajadores.

La figura es aplicable a todo grupo o equipo de trabajo (común en la industria de la construcción, agrupamiento de técnicos, etc.) en que existe una suerte de "gestor", manager, representante, profesional

o técnico que estructura el equipo. Naturalmente que las líneas divisorias respecto de la alternativa de una empresa autónoma proveedora de servicios e integrada con su propio plantel, dependerá de la prueba y el grado de traba de las relaciones entre las partes. De hecho y en definitiva, queda en el fondo y más allá de la consideración de la dependencia directa, la posibilidad de la aplicación del sistema de responsabilidad solidaria del principal.

En definitiva, el art. 101 de la LCT estima que existe "contrato

de trabajo de grupo o por equipo", cuando

"se celebre por un empleador con un grupo de trabajadores que, actuando por intermedio de un delegado o representante, se obligue a la prestación de servicios propios de la actividad de aquél". En tal caso, "el empleador

tendrá respecto de cada uno de los integrantes del grupo, individualmente, los mismos deberes y obligaciones previstos en esta ley, con las limitaciones que resulten de la modalidad de las tareas a efectuarse y la conformación del grupo".

La norma indica que el salario pactado "en forma colectiva" otorga derecho a cada trabajador a la participación que les corresponda según su contribución al resultado del trabajo". Sin embargo, una interpretación sistemática de la regla obliga a advertir que, en tanto existe una pluralidad contractual labo-

"...esta aparentemente simple forma de hacer surgir el nexo laboral, ha tenido su mero jurisprudencial. Es el caso conocido caso de los fleteros, es decir, titulares o propietarios de vehículos utilizados en la distribución de mercaderías, ligados al establecimiento y empleador principal por un contrato de locación de servicios o de obra que ocupan a ayudante, conductores y peones para cumplir las funciones específicas."

ral individual, se debe partir de la base de la aplicación de las reglas básicas y generales sobre salario y lo que prevea en todo caso la convención colectiva del sector.

E. Contrato prestado por integrante de una sociedad

Una figura normativa que no ha tenido demasiado desarrollo jurisprudencial a pesar de su rigurosidad e indudable impacto práctico, es la del art. 102 LCT: *"El contrato por el cual una sociedad, asociación, comunidad o grupo de personas, con o sin personalidad jurídica, se obligue a la prestación de servicios, obras o actos propios de una relación de trabajo por parte de sus integrantes, a favor de un tercero, en forma permanente y exclusiva, será considerado contrato de trabajo por equipo, y cada uno de sus integrantes, trabajador dependiente del tercero a quien se hubieran prestado efectivamente los mismos"*.

Esta hipótesis legal puede ser extensible a diversidad de proveedores de servicios agrupados mediante formas societarias o asociacionales de ocasión (grupo de monotributistas, por ejemplo) y destinadas a evitar la responsabilidad y vinculación directa con el principal.

La disposición exige dos parámetros. Por un lado, descarta la eventualidad de una prestación laboral a favor del tercero beneficiario y destinatario de la actividad societaria o grupal a los fines de su consideración como dependiente directo. También aparta de esta condición a quienes son proveedores de servi-

os para diversidad de destinatarios. Ambas condiciones deben darse en forma aparentemente conjunta según la redacción de la norma y por supuesto, pueden prestarse a diversidad de interpretaciones.

El mismo art. 102, arrastra a los auxiliares del trabajador hacia la relación de dependencia en tanto se reúnan las condiciones del primer párrafo, admitiéndose excepciones por vía legal, estatutaria o convencionales. No se comprende a qué se alude en este último caso porque una convención colectiva no puede perforar el orden público general indisponible. Una CC que albergue excepciones contractuales para formas de trabajo autónomo o no contractualizado, sería seguramente nula.

5 LA INTERMEDIACIÓN DE MANO DE OBRA EN SENTIDO ESTRICTO

(Contratación de mano de obra para proporcionarla a terceros)

A. Tratamiento jurídico general

La intermediación en sentido estricto se verifica cuando la mediación de un empleador es expresa y pactada y merece un tratamiento normativo específico. Por definición legal, la intermediación de mano de obra no es permitida por la legislación argentina ya que en todo caso operan varios resguardos, según las reglas específicas de los arts. 29 y 29 bis de la LCT:

a) Los trabajadores intermediados de manera tal que son contratados para ser proporcionados a

terceros se consideran empleados directos del usuario principal.³

b) La solidaridad plena y amplia, laboral y de la seguridad social del contratante inmediato y de la empresa para la cual se presten servicios.

c) Régimen de control y reglamentación especial de Empresas de Servicios Eventuales (ESE), sin perjuicio de la responsabilidad solidaria.⁴

De tal manera parecería, tal como veremos en el punto siguiente, que el problema de la intermediación de mano de obra se encuentra controlado, acotado y en todo caso, desalentado por el sistema normativo.

Una contratación con el fin de proporcionar al trabajador a otro sujeto y para prestar servicios para necesidades permanentes, no se encuentra permitido como contrato intermediado. Cae por imperio de la ley y se lleva a la relación de dependencia directa con el principal.

Esto no quiere decir que no se admita la constitución de empresas especiales dedicadas a la selección de personal, es decir, a recibir el pedido de empleados, efectuar la búsqueda, seleccionarlos según las especificaciones requeridas y

proporcionarlos al usuario. En este caso, se trata de agencias de colocaciones privadas, al igual que las que cumple el estado con los servicios de empleo, las organizaciones no gubernamentales y los sindicatos, aunque perciben los honorarios por los servicios de escoger el personal apropiado a la demanda.

No se encuentra permitido mantener bajo relación de dependencia a ese personal mientras no exista causa de carácter eventual que justifique la contratación bajo una modalidad especial, distinta a la regla general de la indeterminación del plazo contractual (art. 90, 91 y conc. LCT).

Las ESE cuya habilitación está férreamente reglamentada según el tercer párrafo del art. 29, el art. 29 bis de la LCT y normas concordante, pueden mantener bajo su relación de dependencia personal proporcionado o intermediado.

B. Reglamentación especial

1. Conceptos y limitaciones en trabajo eventual

El art. 99 de la LCT establece

³ Ley de Contrato de Trabajo, art. 29: "Interposición y mediación-Solidaridad. Los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto conciernten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social. Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de Empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas".

⁴ Art. 29 bis LCT. "El empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquella por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectúe a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la Seguridad Social y depositarlos en término. El trabajador contratado a través de una empresa de servicios eventuales estará regido por la Convención Colectiva, será representado por el Sindicato y beneficiado por la Obra Social de la actividad o categoría en la que efectivamente preste servicios en la empresa usuaria".

la moldura normativa sobre la que debe actuar la empresa intermediaria en caso de existir una vinculación de carácter eventual. Es el primer foco restrictivo de la contratación por tiempo determinado como excepción a la permanencia y estabilidad contractual está en los arts. 90 y 91 LCT y 27 de la Ley Nacional de Empleo n. 24.013. Como reglas generales de las modalidades especiales de contratación que excepcionan el principio de estabilidad o permanencia laboral, el art. 90 LCT exige:

“a) Que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración”.

“b) Que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen”.

La trasgresión a los requisitos formales (plazo cierto instrumentado de forma escrita) y sustanciales (causalidad especial), convierte al contrato de trabajo de modalidad especial, en uno normal, es decir, por tiempo indeterminado y con acarreo de la aplicación del conjunto de reglas de protección contra el despido arbitrario.

El mencionado art. 99 es el que regula la modalidad especial de contrato de trabajo eventual: *“Cualquiera sea su denominación, se considerará que media contrato de trabajo eventual cuando la actividad del trabajador se ejerce bajo la dependencia de un empleador para la satisfacción de resultados concretos, tenidos en vista por éste, con relación a servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo*

cierto para la finalización del contrato. Se entenderá además que media tal tipo de relación cuando el vínculo comienza y termina con la realización de la obra, la ejecución del acto o la prestación del servicio para el que fue contratado el trabajador”. Se agrega a esta definición genérica el contrato de reemplazo o suplencia (art. 69 LNE).

La modalidad especial de contratación eventual está limitada no sólo causalmente, sino en otros tres puntos vitales: a) Utilización antisindical; b) Frente a las contingencias de crisis empresaria y c) Uso excesivo o de larga duración.

En el primer aspecto, el art. 70 LNE indica: *“Se prohíbe la contratación de trabajadores bajo esta modalidad para sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical”* (art. 70 LNE);

La segunda limitación articula dos órdenes normativos. La LCT (art. 217 a 224 y 247) y la LNE (art. 98 a 104) permiten al empleador repartir riesgos en caso de crisis productivas, previo cumplimiento de los requisitos sustanciales y procesales que justifiquen la aplicación de suspensiones y despidos. Sin embargo, no podrán apelar a la modalidad del contrato eventual para salvar los baches productivo: *“Las empresas que hayan producido suspensiones o despidos de trabajadores por falta o disminución de trabajo durante los seis (6) meses anteriores, no podrán ejercer esta modalidad para reemplazar al personal afectado por esas medidas”* (art. 71 LNE).

Finalmente, las eventualidades ligadas a las exigencias extraordi-

narias del mercado previstas la definición del contrato de trabajo eventual, ostenta dos previsiones legales limitativas: "a) En el contrato se consignará con precisión y claridad la causa que lo justifique; b) La duración de la causa que diera origen a estos contratos no podrá exceder de seis (6) meses por año y hasta un máximo de un (1) año en un período de tres (3) años" (art. 72 LNE).

La trasgresión de estas reglas traerá como consecuencia, en el plano de las relaciones colectivas, posibles acciones por práctica desleal o mala fe en la negociación colectiva (art. 53 Ley n. 23.551; art. 4 Ley n. 23.546); en el orden administrativo, sanciones contravencionales (Anexo II, Ley n. 25.212, Régimen General de Sanciones de Infracciones laborales) y en la órbita individual, la consideración de los contratos de trabajo como transmutados en por tiempo indeterminados con la consecuencia indemnizatorias ordinarias y por irregularidad registral (art. 90 y conc. LCT, LNE y 25.323).

2. Empleadores habilitados

Solo pueden constituirse como intermediarias, las ESE constituidas "con objeto único", las que "sólo podrán mediar en la contratación de trabajadores bajo la modalidad de trabajo eventual" (art. 77 LNE).

Su actuación está rígidamente controlada por los arts. 29 y 29 bis LCT, los arts. 78 a 80 de la LNE, el Dec. n. 1694 de 2006 y la Resolución del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social (MTESS) n. 1225 de 2007.

Por el art. 2 de la segunda norma se definen a estas empresas intermediarias: "*Se considera Empresa de Servicios Eventuales a la entidad que, constituida como persona jurídica, tenga por objeto exclusivo poner a disposición de terceras personas – en adelante empresas usuarias – a personal industrial, administrativo, técnico, comercial o profesional, para cumplir, en forma temporaria, servicios extraordinarios determinados de antemano o exigencias extraordinarias y transitorias de la empresa, explotación o establecimiento, toda vez que no pueda preverse un plazo cierto para la finalización del contrato*".

La norma fusiona los conceptos de individualidad y excepcionalidad de la actuación empresarial en este tipo de contrataciones y destino específico del este nexo especial. Como puede apreciarse el concepto admite únicamente empresas de objeto exclusivo referido a la administración de contratos de trabajo eventual según la reglamentación del art. 99 LCT.

3. Relaciones laborales de las Empresas de Servicios Eventuales (ESE)

Las empresas de servicios eventuales pueden sostener dos clases de relaciones laborales (art. 4 Dec. n. 1694/06):

a) El personal interno que mantienen un "contrato de trabajo permanente continuo".

b) El personal destinado a prestar servicios eventuales para las empresas usuarias con "un contrato de trabajo permanente discontinuo".

En el segundo supuesto, la prestación laboral no podrá ser suspendida por más de 45 días corridos o los 90 días alternados en un año aniversario. Se cuida el principio de igualdad laboral ya que conforme el art. 29 bis de la LCT y los arts. 5 y 6 de la reglamentación, el trabajador debe ser incluido en el convenio o estatuto y remuneraciones que corresponda a la empresa usuaria de destino. Puede no obstante, introducirse un *jus variandi* empresarial en cuanto al régimen y el horario laboral debido a la naturaleza mutable y ocasional de las prestaciones laborales.

Dice la norma reglamentaria: "El nuevo destino de trabajo que otorgue la empresa de servicios eventuales podrá comprender otra actividad o convenio colectivo *sin menoscabo* de los derechos correspondientes del trabajador". La interpretación de ese detrimento, no resulta materia fácil. Si varía el CCT varía el nivel de protección o de derechos y condiciones laborales.

El trabajador eventual puede ser destinado, por ejemplo, a una suplencia en la actividad metalúrgica y, una vez concluida, a la actividad de la construcción. En ese caso, se le aplicarán dos CCT sucesivos y con desniveles en las condiciones laborales. Los desniveles de ingresos y beneficios pueden llegar a significar un "menos-

cabo" de carácter objetivo con afectación de derechos individuales y la necesaria intangibilidad salarial. Si en cualquier trabajador una reducción salarial puede significar un autodespido o la acción de reinstalación por variación de condiciones esenciales del contrato de trabajo (art. 66 LCT), la situación de eventual es más débil en ese punto. De cualquier forma, si la disminución de derechos se topa con una trayectoria laboral fijada en determinadas condiciones, seguramente podrán ejercer las acciones defensivas de tales mejores condiciones.

Se detallan en el reglamento las posibilidades de variaciones en condiciones de trabajo: a) Se puede modificar el horario pero "el trabajador no estará obligado a aceptar un trabajo nocturno o insalubre, o a tiempo total o parcial cuando no lo haya aceptado anteriormente"; b) El lugar de prestación de tareas deberá estar comprendido dentro de un radio de 30 kilómetros del domicilio del trabajador.

La continuidad está garantizada por la obligación del empleador de notificar fehacientemente el nuevo destino y la posibilidad de que el trabajador se considere despedido si no se le otorgan tareas una vez transcurrido el plazo máximo de suspensión o receso laboral, previa intimación en forma fehaciente por un plazo de 24 horas.

"Los desniveles de ingresos y beneficios pueden llegar a significar un "menoscabo" de carácter objetivo con afectación de derechos individuales y la necesaria intangibilidad salarial."

4. Codificación de las eventualidades

Se ha introducido una especie de *codificación* de las causas de contratación de personal por las empresas habilitadas (art. 6 Dec. n. 1.694/2006), las que deben ser apreciadas con criterios de proporcionalidad y justificación respecto del personal total de la empresa usuaria (art. 7º):

“a) Ante la ausencia de un trabajador permanente, durante ese período.

“b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo.

“c) Cuando se tratase de un incremento en la actividad de la empresa usuaria que requiera, en forma ocasional y extraordinaria, un mayor número de trabajadores.

“d) Cuando deba organizar o participar en congresos, conferencias, ferias, exposiciones o programaciones.

“e) Cuando se requiera la ejecución inaplazable de un trabajo para prevenir accidentes, por medidas de seguridad urgentes o para reparar equipos del establecimiento, instalaciones o edificios que hagan peligrar a los trabajadores o a terceros, siempre que las tareas no puedan ser realizadas por personal regular de la empresa usuaria.

“f) En general, cuando por necesidades extraordinarias o transitorias deban cumplirse tareas

ajenas al giro normal y habitual de la empresa usuaria.

Es claro que fuera de esta media docena de posibilidades, la aplicación del régimen de trabajador eventual a otras actividades o en otras circunstancias, lleva a que titular directo y solidario del nexo de trabajo sean responsables por la conversión del contrato de trabajo en por tiempo indeterminado. Al mismo tiempo, el trabajador o la entidad sindical representativa pueden accionar reclamando la correcta registración y eventualmente, la aplicación de la normativa persecutoria de la irregularidad registral (arts. 7 a 17 LNE y art. 1 Ley n. 25.323).

La empresa usuaria y la de servicios eventuales también podrán ser sancionadas administrativamente (arts. 20 y 25 del Dec. n. 1694/2006).

5. Actividades especiales

El Dec. n. 1694/2006 prevé la situación especial de los trabajadores de los llamados “eventos temporarios de las actividades de publicidad y promoción” cuyo crecimiento en los últimos años es obvio y que permanece en gran parte en la irregularidad.

En su art. 8 se indica: “*Cuando el empleador requiera de trabajadores para destinarlos a prestar servicios en eventos temporarios de exhibición, promoción o venta de sus productos, ya sea en ferias, congresos, conferencias, exposiciones o programaciones, deberá optar por: a) contratarlos y registrarlos como trabajadores propios con las modalidades permitidas en la Ley de Con-*

trato de Trabajo n. 20.744 (t.o. 1976) y sus modificaciones; o b) contratar sus servicios a través de una empresa de servicios eventuales, adecuando esta contratación a las normas que regula esta última actividad; o c) subcontratar el evento a terceras empresas, cuya actividad sea de publicidad y promoción⁵”.

Esta prescripción excede la reglamentación referida estrictamente a empresas de servicios eventuales e incluye programación de las posibilidades de los empleadores frente a esta especial forma de trabajo ocasional. Se introduce aquí la alternativa de procurar la contratación con empresas del ramo de la publicidad y promoción, no aclarándose si en este caso, las vinculaciones tienen carácter de permanentes o eventuales. En todo caso, se genera la responsabilidad solidaria de comitente y proveedor de trabajadores según el art. 30 de la LCT.

6. Controles y sanciones

Las reglamentaciones del Dec. n. 1294/2006 (arts. 11 a 25) y la Res. n. 1225/2007 del MTESS contienen un meticuloso sistema de control de funcionamiento de las ESE en los aspectos constitutivos, documentales, registrales, informativos y sancionatorios.

Es interesante resaltar que, según el art. 12 del primer reglamento, se implanta un doble sistema de ingreso de aportes y contribuciones.

Las empresas usuarias se constituyen en “agentes de retención de las obligaciones derivadas de los regímenes de la Seguridad Social”, lo que implica que, al liquidar los costos del servicio, se hacen responsables del ingreso de aquellos fondos. Las ESE son obligadas ante los sindicatos por “cuotas sindicales, los aportes empresariales y las retenciones a los trabajadores que resulten del convenio colectivo de trabajo aplicable a la actividad de la empresa usuaria”.

Esta duplicidad de actuación parece asegurar la imposibilidad de que en definitiva se perjudique a los trabajadores en el sensible aspecto de la antigüedad previsional y, a la vez, procura un mayor control sobre el cumplimiento de las obligaciones solidarias. Esta responsabilidad puede alcanzar no sólo a las indemnizaciones por despido, sino también a la sanción del art. 2 de la Ley n. 25.323 referida al agravamiento por omisión de su pago y a la sanción conminatoria del art. 132 bis de la LCT cuando se ha omitido el ingreso de aportes previsionales del trabajador (*CSJMendoza, “Michiels, Oscar / Impel SRL y ot.”, 27.3.2007*).

7. Relaciones colectivas

Los trabajadores de empresas de servicios eventuales deben ser encuadrados dentro del convenio

⁵ Agrega la norma: “En este caso la contratante deberá, además de cumplir con los recaudos del artículo, 30 segundo párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo n. 20.744 (t.o. 1976), retener las contribuciones con destino a la Seguridad Social que deban efectuarse por los trabajadores destinados a la promoción, exhibición y venta de sus productos, conforme a la normativa que a tal efecto dicte la ADMINISTRACIÓN FEDERAL DE INGRESOS PÚBLICOS (A.F.I.P.), entidad autárquica en el ámbito del MINISTERIO DE ECONOMÍA Y PRODUCCIÓN”.

colectivo que rige la usuaria donde presta servicios. La representación sindical la ostenta la entidad que tiene ámbito de actuación en la empresa de destino (art. 29 bis de la LCT). La disposición se manifiesta como antidiscriminatoria entre trabajadores permanentes y eventuales, desalentando una imaginable especulación con los costos labores inferiores que pudiera significar un enmarque convencional distinto. No resuelve naturalmente, los perjuicios de los sucesivos cambios de convenio ni de representación sindical.

Respecto del primer tema, no podría suscribirse un CCT de trabajadores de servicios eventuales que los exaccionara de los mejores beneficios del convenio de destino. Pero a la vez no habría obstáculo para que los trabajadores eventuales estructuren su propio convenio y asociación sindical atendiendo a las especialidades de su desempeño laboral.

En cuanto al tema convencional, no habría objeciones posibles para un convenio de rama o empresa que contemplara cláusulas especiales, articuladas o coordinadas con respecto al acuerdo colectivo que se aplica en su destino laboral. El problema se presenta por la cuestión del sujeto negociador empresario, ya sea de las empresas usuarias o de las empresas de servicios eventuales y por la superposición eventual de convenios conforme la duración del contrato de provisión de servicios eventuales y la prestación de servicios concretos.

En lo que hace a la representación sindical, es obvio que los trabajadores eventuales padecen ines-

tabilidad sindical. La movilidad en el destino laboral, conspira contra la posibilidad de la representación y participación sindical de los trabajadores eventuales.

El art. 26 del Dec. n. 1694/2006 instituyó un "Observatorio de Buenas Prácticas en materia de servicios eventuales" de carácter paritario y participativo destinado a recibir denuncia, recibir los informes de inspección de trabajo, conciliar en las controversias que le sean presentadas, etc. Se trata de un organismo novedoso y paritario que, por el lado de los trabajadores, estará integrado por los "sindicatos con personería gremial con ámbito de actuación personal en la actividad principal de la empresa usuaria" y tienen sede fijada en Capital Federal. La conformación democrática y representativa no aparece muy clara ya que la actividad de las empresas de servicios eventuales se desarrolla en todo el país y en todo tipo de actividades y empresas.

6 INTERPOSICIÓN Y SOLIDARIDAD

A. Los vastos alcances de la interposición

La intermediación o interposición del sujeto empleador puede resultar de manera ampliada a través de diversidad de supuestos tratados básicamente a través del instituto de la solidaridad laboral. La cuestión está ligada al fenómeno definido de manera corriente como descentralización y deslocalización productivas y que tiene una gran variedad de manifestaciones prácticas y jurídicas.

Según el relevamiento de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social presentado ante el XVIII Congreso Mundial de la Derecho del Trabajo (Paris 2006), son especialmente proclives a esas estructuras los sectores de telefonía y comunicaciones; industria automotriz; suministro de electricidad; atención de la salud en sanatorios y hospitales; obras sociales; bancos; empresas de transporte público de pasajeros (buses, trenes, aviones, buques); entidades deportivas; asociaciones civiles; hotelería; televisión por cable; empresas petroleras; barrios cerrados o countries y estaciones de servicio.

El estudio indicaba que las tareas delegadas pueden ser el zanjeo, colocación de caños, y tendido de cables (empresas de telefonía, y empresas que prestan servicio de internet); el tendido de cables es contratado también por las empresas de televisión por cable; el servicio telefónico para atención de clientes que incluye reclamos, pagos de facturas, consultas, etc. (empresas de servicios en general); impresión y distribución de guías telefónicas (empresas de telefonía); venta telefónica de pasajes (empresas de transporte aéreo); limpieza (es gene-

ralizada la contratación del servicio de limpieza, sin que se destaque ningún sector específico); vigilancia y seguridad; provisión de autopartes y ensamble de las mismas (industria automotriz); colocación y mantenimiento de medidores (empresas de electricidad, gas y agua); facturación (muchas empresas delegan en terceros su facturación sin que se destaque ningún sector en particular); servicios de informática (bancos, sanatorios, estudios de profesionales, etc.); servicio de comedor; tareas de mantenimiento, etc.

De estas variadas fuentes materiales surgen de manera permanente, planteos relativos a la identificación del real empleador y a las responsabilidades de las personas principales e interpuestas en la relación de trabajo.

B. Cesión, contratación y subcontratación

1. Círculos de responsabilidad solidaria

La legislación referente a la cesión (total o parcial), contratación, subcontratación y delegación de establecimientos establecida en el art. 30 LCT⁶ establece dos círculos

⁶ "Art. 30. Subcontratación y delegación. Solidaridad. Quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a los contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo. Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa. El incumplimiento de alguno

de responsabilidad entre el empleador principal y el interpuesto, delimitados por la "actividad normal y específica propia del establecimiento" ("A.N.E.P.E."), según la expresión legal.

La esfera más observada normativamente y en la que se presume la solidaridad, es la que involucra esa actividad ya que el cedente o contratante principal está obligado al control de los contratistas o subcontratistas respecto del cumplimiento de las normas relativas al trabajo y la seguridad social, tanto de modo genérico como mediante pautas especiales de la norma. Según la norma, la omisión de control documental de la principal sobre empresa delegada, hace surgir su responsabilidad solidaria de forma automática.

De otro lado, las actividades delegadas que no conciernen a la ANEPE están en principio exentas de generar responsabilidades solidarias, salvo que se verifique fraude o incumplimiento laboral por parte del empleador directo delegado. La multiplicidad de lecturas de lo que debe entenderse por ANEPE y la laxitud normativa ha sido puesta en cuestión por la jurisprudencia, reticente para admitir la degradación de la responsabilidad de los empleadores dirigen, organizan y se benefician con la actividad laboral.

El incremento de las hipótesis de descentralización, fragmenta-

ción y delegación productiva ha exitado la actividad jurisdiccional de tal forma que se generó, especialmente a partir de la década del noventa una profusa doctrina acerca de esos círculos de responsabilidad.

2. Doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el contexto de transformaciones económicas estructurales dentro de la economía regional, debate sobre la fragmentación productiva ocupó arduamente a la doctrina y jurisprudencia nacional de la década del noventa. No obstante, la coherencia de los pronunciamientos producidos en el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los tribunales inferiores mantuvieron diversidad de criterios, frente a un espectro de posibilidades de aplicación normativa igualmente diversa.

En «*Rodriguez, Juan c/ Cía Embotelladora Argentina SA*» (15.4.1993), la CSJN desestimó la responsabilidad solidaria de una empresa de bebidas gaseosas con respecto a sus distribuidoras. Sostuvo que para que nazca la responsabilidad del art. 30 LCT es necesaria la existencia de una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista, de acuerdo a la implícita remisión que hace la norma en cuestión al art. 6º del mismo ordenamiento laboral. Fue llamativo en el fallo, la apelación al balance de

plimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social. Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley n. 22.250".

economía y derecho en la aceptación de la solución dada al caso. En el caso se dio prioridad al concepto de libertad económica y libre circulación de las mercancías.

Por la misma época y con igual integración de sus miembros, el alto tribunal sostuvo en (CSJN «Luna, Antonio *c/ Agencia Marítima Rigel SA y otros*» (2/7/1993): «(...) las directivas del art. 30 LCT no implican que todo empresario deba responder por las relaciones laborales que tengan todos aquellos otros empresarios con quienes establece contratos que atañen a la cadena de comercialización o producción de bienes o servicios que elabora. El sentido de la norma es que las empresas que, teniendo una actividad propia, normal y específica y estimando conveniente o pertinente no realizarla por sí, en todo o en parte, no puedan desligarse de sus obligaciones laborales, mas sin que corresponda ampliar las previsiones de tal regla...»

En la misma dirección se pronunció el alto cuerpo en las causas «Aguirre, Jorge A. y otros *c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros*» (2.7.1993); «Gauna, Tolentino y otros *c/ Agencia Marítima Rigel S.A. y otros*» (14.3.1995); «Sandoval, Daniel O. y otro *c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros*» (18.7.1995) y «Vuoto, Vicente y otro *c/ Compañía Embotelladora Argentina S.A. y otros*» (25.6.1996).

A finales el siglo pasado, la CSJN desestimó la solidaridad contractual en el caso de la tradicional entidad representativa de los productores agropecuarios, la Sociedad Ru-

ral. Precisamente, indicó que al ser ese su carácter es ajena a la prestación de servicios gastronómicos a cargo de una concesionaria co demandada. En «Escudero, Segundo y otros *c/ Nuave A SA y otro*» (14.9.2000) sostuvo que esa evidencia desautoriza la consideración del carácter de «actividad normal y específica propia del establecimiento...», en el marco de una «...unidad técnica de ejecución...» entre una empresa y su contratista (arts. 6 y 30 de la LCT). Asimismo, la actividad gastronómica coadyuvante se dirigió a brindar «una estada gratificante» en el predio de la entidad rural, no es fundamental para su actividad.

En igual sentido, se pronunció en «Fernández *c/ Buenos Aires Magic*» de 2002, donde entendió que el despliegue por la contratista de una actividad coadyuvante a la actividad principal (en este caso el Club deportivo Boca Juniors), no es suficiente como establecer la solidaridad prevista en el art. 30 LCT.

La nueva conformación de la CSJN (desde el año 2004) no se ha pronunciado explícitamente, a pesar de que ha venido revisando –en algunos casos por mayoría – el conjunto de criterios laborales de la anterior línea jurisprudencial expuesta en los fallos de referencia. Sin embargo en «Páez, Augusto y otro *c/ Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros*» (18.10.2006) se desestimó un recurso interpuesto por la demandada, pretendiendo la revocación de una sentencia dictada por el TSJ de Córdoba en la que se había condenado solidariamente a un sindicato y una obra social en for-

ma conjunta con el concesionario del hotel de su propiedad.

La única disidencia fue la del Vocal Ricardo Lorenzetti que fijó su observación sobre el concepto de ANEPE. Estimó que el art. 30 LCT "establece un primer requisito que es la existencia de un supuesto delimitado por subcontratación o contratación de trabajos o servicios que correspondan a su actividad normal y específica. En el presente caso, no se trata de cesión total o parcial del establecimiento ni tampoco de subcontrato, sino de la simple contratación de servicios prestados por un tercero. En la cesión del establecimiento se trata de una modificación subjetiva por cambio de la figura del empleador, pero los créditos y deudas se transmiten como una posición contractual global, lo que justifica la solidaridad pasiva del cedente y del cesionario".

Agregó que en el subcontrato, hay un contrato principal y uno derivado lo que permite al acreedor del subcontratista accionar contra el deudor del contrato principal, dada la coincidencia de objetos y dependencia unilateral. En cambio, cuando se trata de un contrato que celebra una parte con otra, la regla es que no hay acción directa de los empleados la segunda respecto de la primera, porque se aplica el principio del efecto relativo. Las múltiples contrataciones que puede realizar una empresa con terceros, están sujetas a la responsabilidad limitada que deriva de lo pactado entre ellos y de la circunstancia de que ningún acuerdo que celebre una de

ellas con terceros puede perjudicarla (art. 1195 del Código Civil)".

Concluyó indicando que debe realizarse una "interpretación estricta de esa norma es clara toda vez que es una excepción a la regla general del derecho común" y que una interpretación laxa de la idea de ANPEE "borraría toda frontera entre la delegación laboral, en la que la predomina el control sobre el hacer de la persona, con⁷ los vínculos de colaboración gestaría, en los que el control, aunque existe, es sobre la prestación. La subordinación jurídica, económica y técnica del trabajador se dan, en el caso, respecto de los concesionarios del servicio de hotelería, quienes, por otra parte, son los titulares del interés, lo que es claramente diferente de la delegación gestaría en la que no se da ninguno de esos elementos":

3. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba (TSJ)

Se pronunció en forma retrictiva respecto de la solidaridad en casos de limpieza en "*Pierotti, Rosa c/ Nor Limp*" (25.8.2000) y "*Santucho, Donato c/Tercor SRL*" (1.12.2000); vigilancia en "*Giménez, Juan J. C/ Eugenio Navarro*" (14.11.2000), mantenimiento en "*Pereyra Julio c/ Automaq 99 y ot.*" (18.04.2001); "*Stay José Ramón c/ Auto Maq*" (2000) y "*García, José L. c/ Se. Ma. Tec. de Karina Dévora Oviedo y/u otro*" (2003) y servicios gastronómicos en fábrica en "*Rodríguez Aldo c/ Francisco Ballester y otro*" (28.7.2000) y

⁷ Se indicó en este fallo: "Actividad normal y específica propia es la definitoria, habitual y permanente de la empresa. El mantenimiento industrial es autónomo y escindible, no hace a la unidad técnica de ejecución".

«*Ponce, Juan Domingo c/ Francisco Ballester y otro*» (25.06.2002).

En «*Aliandro Angel C/ CAT. Arg. S.A. Cargo, SISA UTE y/u Otra*» (7.3.2006), se afirmó que “la mera circunstancia de que la principal organice su actividad de ensamble de automotores (Renault Argentina SA), encomendando el re-trabajo del material metálico importado a otra firma específicamente dedicada a ese servicio, no habilita que se le endilgue inadecuada fragmentación de su proceso productivo.⁸ Se trata simplemente de una asistencia que si bien es necesaria para el producto final, no la vincula a las obligaciones laborales del contratista que se la brinda. Actividad normal y específica propia es la definitoria, habitual y permanente de la empresa. La actividad delegada es autónoma y escindible, no hace a la unidad técnica de ejecución”.

Empero, en “*Del Castillo Héctor Noe c/ Etesa e Itron S.A.*” de 2005, se hizo lugar a la solidaridad de dos empresas entre las que había una unidad técnica de ejecución ya que cada una de ellas asumió la concesión que la Municipalidad de Córdoba para la otorgó para la administración integral del sistema de cobro y pago del transporte urbano de pasajeros. Se entendió aplicable las responsabilidades solidarias del art. 30 LCT al verificarse que la empresa demandada solidariamente tenía como ob-

jeto la distribución y recaudación de cospeles y tarjetas electrónicas y por lo tanto las actividades relacionadas o vinculadas, mediante concesiones, licencias o permisos de explotación, tornándose una actividad propia, normal y específica de la empresa aunque hubiese encargado su realización a la otra codemandada. De todos modos, limito la responsabilidad al tiempo en que las dos empresas responsabilizadas mantuvieron el contrato que las relacionaba.

En los mencionados autos «*Páez, Augusto y otro c/ Sindicato del Seguro de la República Argentina y otros*» 18.10.2006 se confirmó la sentencia que había condenado a una sindicato y su obra social como propietarios de un hotel y en forma solidaria con el concesionario de su explotación.

4. Tribunales inferiores

Como se dijo, la controversia jurisprudencia, abarca prácticamente todo el país y seguramente, deberán pasar varios años para que se llegue a cierta uniformidad o línea de acuerdo. Merece destacarse no obstante, la doctrina sentada por el Fallo Plenario 309 de las CNAT en «*Ramírez, María Isidora c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A. y otro s/ despido*» (3.2.2006) adoptando el criterio amplio establecido en el art. 705⁹ del Código

⁸ La actividad de la Unión Transitoria de Empresas (UTE) contratada por Renault SA era la reparación de piezas de chapa abolladas o dañadas, mientras que la de la demandada es la fabricación y ensamble de automóviles.

⁹ Art. 705 CC: “El acreedor, o cada acreedor, o los acreedores juntos pueden exigir el pago de la deuda por entero contra todos los deudores solidarios juntamente, o contra cualquiera de ellos. Pueden exigir la parte que a un solo deudor corresponda. Si reclamasen el todo contra uno de los deudores, y resultase insolvente, pueden reclamarlo contra los demás. Si hubiesen reclamado sólo la parte, o de otro modo hubiesen consentido en la división, respecto de un deudor, podrán reclamar el todo contra los demás con deducción de la parte del deudor libertado de la solidaridad”

Civil para el ejercicio de las acciones ligadas a las obligaciones solidarias.

Este fallo allanó las posibilidades de que el trabajador ejerza acciones en forma indistinta en contra del obligado principal o vicario en las relaciones laborales alcanzadas por los resguardos solidarios en caso intermediación laboral. En otras palabras, el trabajador puede demandar al obligado principal o solidaria de manera conjunta o separadamente. Ello era particularmente problemático cuando el deudor primario ingresaba en un proceso falencial obligando al trabajador a litigar en sede comercial sin poder perseguir al responsable solidario.

Sin embargo, se verifican largos y cruzados torrentes de pronunciamientos si se trata de analizar los casos de las responsabilidades del titular de establecimiento donde se prestan servicios gastronómicos que no se corresponde con el objeto específico de la explotación; la distribución, promoción y venta de productos (especialmente en el caso de la venta de telefonía celular) y los extendidos servicios de vigilancia y limpieza, entre otros sectores en conflicto.

7 INTERMEDIACIÓN POR GRUPO ECONÓMICO

Ya se alertó sobre la cláusula antifraude general del art. 14 de la LCT que pone en observación las normas contractuales no laborales, la interpo-

sición de personas o la utilización de cualquier medio para la elusión de las reglas protectorias laborales. Sin embargo la complejidad de las relaciones económicas, comerciales y financieras ha generado un enmarañado sistema de conexión, muchas veces fuera del alcance de los operadores jurídicos laborales. La vieja unidad productiva dirigida por una persona, un grupo de personas o una sociedad, parece haberse convertido en algunos casos en vagas redes o cadenas de sociedades, muchas facilitadas por la laxitud de la legislación societaria.

"Sin embargo, se verifican largos y cruzados torrentes de pronunciamientos si se trata de analizar los casos de las responsabilidades del titular de establecimiento donde se prestan servicios gastronómicos que no se corresponde con el objeto específico de la explotación; la distribución, promoción y venta de productos (especialmente en el caso de la venta de telefonía celular) y los extendidos servicios de vigilancia y limpieza, entre otros sectores en conflicto."

La ley de Sociedades n. 19.550 prevé el régimen específico en los arts. 31 a 34, indicando limitaciones para las participaciones societarias, las participaciones recíprocas, el control y vinculación societaria y las especialidades de los socios aparentes, ocultos y socios de socios.

La dirección normativa se orienta hacia separación o independencia societaria frente a los terceros. Pero a la vez, los principios de libertad asociacional y de comercio, sumados a los nuevos entramados económicos en los ámbitos transnacionales y nacionales y las propias previsiones legales societarias y fiscales, admiten los sistemas de interrelación empresarios.

La posible sustracción de responsabilidades o de la descapitalización de las empresas que se convierten en primer empleador del trabajador, ocultando una intermediación destinada a velar la presencia

de una empresa o empleador real no expuesto, alertan a los controles legales. Sin embargo, el bisturí normativo no llegaría sino a introducirse en caso de anomalías societarias.

El tratamiento laboral, corre por cuenta del art. 31 LCT: «*Siempre que una o más empresas, aunque tuviesen cada una de ellas personalidad jurídica propia, estuviesen bajo la dirección, control o administración de otras, o de tal modo relacionadas que constituyan un conjunto económico de carácter permanente, serán a los fines de las obligaciones contraídas por cada una de ellas con sus trabajadores y con los organismos de seguridad social, solidariamente responsables, cuando hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria*».

La norma parece exigir dos requisitos, aparte del mero control o relación societarios: la conformación de un conjunto económico de carácter permanente y la existencia de maniobras fraudulentas y conducción temeraria que, naturalmente, produzcan perjuicios laborales o de la seguridad social. Se ha dicho que aquel control debe significar un dominio y una relación jerárquica permanente, un concepto respaldado doctrinaria y jurisprudencialmente.¹⁰

Sin embargo, el concepto debe tomarse con flexibilidad y atendiendo a la realidad de cada situación concreta. Las cuantificaciones de permanencia y dominio pueden adquirir carácter relativo. Por ejemplo, las vinculaciones de control episódicas son idóneas para incidir total o parcialmente en el perjuicio laboral; el dominio o control puede ser parcial y sin embargo producir el mencionado perjuicio laboral. La complejidad de las relaciones sociales lleva a que no siempre se entiendan claramente determinadas decisiones adoptadas por grupos. Menos aún por parte del trabajador que queda sin puesto cuando la empresa controlada, empleadora y que cumple un rol intermediario se encuentra vaciada y no hay posibilidades de encontrar nexos permanentes y de control que satisfagan su crédito de manera solidaria.

En todo caso, como se dijo, hay que apelar a los principios de protección y primacía de la realidad laboral y a los conceptos básicos de empleador real y de fraude laboral (arts. 14 bis CN, arts. 5, 6, 14, 26, 29 y conc. LCT), para encontrar en el tejido intersocietario el hilo de responsabilidad solidaria que lleva al real empleador.

¹⁰ Reseña incluida en el informe nacional argentino ante el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, Paraná, 2006, producido por la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo: OTAEGUI, "Rev. de Derecho Comercial", n. 115, año 20, p. 79; FERRO ASTRAY, "Empresas vinculadas", Bs. As., 1961; CURA, José María, "Las sociedades controladas...", DT 1991 p. 232; LOPEZ, Justo, "Ley de contrato comestada", en López y otros, Bs. As. 2. ed., t. 1, p. 375; VAZQUEZ VIALARD, Antonio, "Tratado de derecho del Trabajo", t. 2, p. 366, Bs. As., 1. ed.; CNAT Sala VIII, 6.12.1996, Gilio Hugo y Otros c/ Kaumar S.A. y Otros, DT 1997-A p. 762; id. 19.5.1998, Corti Jorge c/ Beiro Goma SRL y Otros, DT 1988 B p. 1298, TSS 1988-856; CNAT Sala VI, 30.9.85, Müller Klaus c/ Casa Deik Aceros Boehierit S.A.; DT 1986-A p. 182; CNAT Sala V, 12.7.1996, Brancaloni, Liliana c/ Serono Argentina S.A. y otros, TSS 1999-35; CNAT Sala II, 19.12.2000, Fasanella, Juan c/ Establecimientos Miron S.A. y Otros; id. 29.9.1994, Bulesich, Antonio c/ Industrias Algodoneras Unidas S.A., JA 1996-1-136; CNAT Sala X, 20.11.2000, Romanuzzi, Pedro c/ Capacitación y Desarrollo S.A., DT 2001-A 808; 16.7.1999, Alcaraz Antonia c/ Huss SRL, dt 2000-90; CNAT Sala VIII, 29.5.1989, Aguirre Simeón c/ Gardelick Antonio, DT 1989-B, 1360; CNAT Sala IX, 20.5.1998, Kacnelson, Raul c/ Bineta S.A. y Otros, DT 1999-693; c Tribunal de Trabajo n. 3, Lomas de Zamora, 10.8.1992, Martínez, José c/ Caserio Terenzi e Hijos S.A.C.I., etc.

8 LA SOLIDARIDAD EN LAS FRANQUICIAS

¿El contrato entre franquiciante u otorgante de una marca o denominación comercial, derechos de industrialización, promoción, comercialización y distribución y métodos operativos o asistencia productiva, por un lado, y el franquiciado o tomador de esos derechos, implica una forma de intermediación respecto de los trabajadores del último contratante respecto del primero generando responsabilidad solidaria?

La creciente y sofisticada relación contractual que se implanta entre ambas puntas de la relación llega a identificarlas. Ambos ostentan iguales productos o servicios; se mimetizan locales, vestimenta de personal, procedimientos de comercialización o fabricación, etc.

No existe una reglamentación específica laboral de un fenómeno de reciente data. Parecería que la línea divisoria para la aplicación de los arts. 30 y 31 LCT en términos de solidaridad contractual, pasa por distinguir una simple vinculación comercial y una relación asociativa, de control o de unidad técnica económica y comercial.

Si el franquiciado actúa como unidad empresarial autónoma, con inversiones, establecimiento, dirige su explotación, asume controles directo, riesgos y se atribuye ganancias, el sistema de coordinación que lo une al titular de la marca no debería implicar necesariamente una mera intermediación. En todo caso, el franquiciante impone condiciones que no son esenciales al giro de la explotación sino una asistencia y coordinación técnica y organizativa impuesta a cambio de la conservación de la explotación de la marca. En este caso, la solidaridad opera por vía de los arts. 30 o 31 LCT. Ese fue el resultado por ejemplo de "*Pereyra Liliana María del Milagro c/ Arista, Marcelo Daniel y otro*" (21.9.2005) de la Sala VII de la CNAT.¹¹

Por el contrario, si la relación es condicionante esencial de la actividad del franquiciado, no posee capital propio, autonomía en su capitalización y funcionalidad, organización y conformación societaria, es decir, se trata de una extensión o dependencia del negocio principal, la situación cambia y no hay dudas de que se deben aplicar cuanto menos, las previsiones de

¹¹ "Con denodado esfuerzo, la franquiciante intenta oponer el contrato de franquicia como un elemento defensivo determinante que, a su modo de ver, permitiría apartarse del principio general en materia de solidaridad regido por el art. 30 de la L.C.T. En el caso de autos-no se trata de un empresario que "suministra a otro un producto determinado, desligándose expresamente de su ulterior procesamiento, elaboración y distribución..." (como sostuvo nuestra Corte Suprema en el mentado fallo "Rodríguez..." Fallos 316:713) sino que la venta por terceros de los productos que ella elabora (y de los que se reserva también la posibilidad de "comercializar y distribuir") hace a su actividad propia y específica y al cumplimiento de ese objeto social para el cual fue creada Franquicias Argentinas SA: está entonces a la vista que ésta no se limita pura y exclusivamente a la fabricación de productos alimenticios sino que se concreta y nutre esencialmente con la comercialización de los mismos, sin los cuales -hasta parece obvio- no tendría ningún sentido producirlos (cfme. arg. art. 30 de la L.C.T.); "Admitir lo contrario implicaría aceptar que un fraccionamiento artificial del ciclo comercial le permitiría a la apelante desentenderse de obligaciones que la legislación laboral y previsional ponían a su cargo (v. de esta Sala, en: "Escalante, Patricia Susana c/ Grupo Meffur S.A. y otro s/ Despido"; S.D. 37.545 del 19.05.2004)."

las empresas controladas (art. 31 LCT), sin perjuicio del tratamiento de empleador directo (arts. 5, 6, 14 y 29 LCT) o solidario (art. 30 LCT).

Queda igualmente en pie la imputación de solidaridad en caso de franquicias convertidas en simples recursos fraudulentos en que la solidaridad opera francamente según el art. 30 LCT, tal como se resolvió la Sala III de la CNAT en "*Fernández, Mirta L. C/Aquino, Marciana y ot.*" (28.02.2007).

9 TRANSFERENCIAS DE EMPRESAS Y DE PERSONAL

Con especial incidencia en el rubro comercio y gran cantidad de controversias, la transferencia del contrato de trabajo, genera a su vez, posibilidades de intermediación y solidaridad laboral. Así lo prevén los arts. 225 a 229 de la LCT. Conforme estas reglas, la transferencia del establecimiento o del personal solamente, abren la responsabilidad solidaria amplia de cedente y cesionario.

Debe apartarse de la hipótesis legal la transferencia de determinados elementos aislados que no conforman el fondo de comercio o el simple realquiler del inmueble donde funciona el establecimiento. Los alquileres sucesivos de establecimientos no generan transferencia del contrato si se trata del inmueble sin aditamentos importantes, salvo que tenga un fin e instalaciones específicas que hagan al giro empresario (estaciones de servicios, salas de espectáculos, gastronomía, etc.). En estos casos, el acto secuencial de la transferencia y la continuidad

suele ser un elemento dirimente para arrastrar la continuidad del contrato de trabajo.

Es de destacar que se considera transferido el vínculo laboral con criterio de amplitud ya que el art. 225 comprende cesiones totales o parciales de unidades productivas sin importar el título o tracto realizado entre las partes. En esta definición ingresan la venta, el comodato, el alquiler, el usufructo, fusión, escisión, etc. (arts. 225, 227 y 228). Se incluyen todas las propiedades del contrato de trabajo, incluyendo la antigüedad, principal motivo de conflicto en estos casos por su incidencia en un posible posterior despido del trabajador transferido. En ello se incluyen los mejores beneficios derivados del contrato individual de trabajo, los estatutos profesionales, los acuerdo de empresa o la CCT aplicada hasta la transferencia.

Así surge del art. 225 LCT: *"En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquéllas que se originen con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente, y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven"*.

Los resguardos establecidos para el trabajador dependiente cedido, son de sustanciales y procesales: a) Preservación del conjunto de condiciones laborales; b) Solidaridad; c) Acción de reinstalación; d) Despido indirecto.

Respecto del primer punto, es la prescripción del art. 225, pero aparece asegurada por la amplia solidaridad del art. 228 LCT. La norma refiere a una solidaridad amplia centrada en las obligaciones "existentes a la época de la transmisión" y que afectaren al trabajador, aun en caso de transmisión temporal. Tan es así que el fallo plenario de la Cámara de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, en "*Baglieri Osvaldo D. c/ Nemecc Francisco y Cía. SRL y otro*" (18.8.1997) precisó: "*El adquirente de un establecimiento en las condiciones previstas en el art. 228 de la Ley de Contrato de Trabajo es responsable por las obligaciones del transmitente derivadas de relaciones laborales extinguidas con anterioridad a la transmisión*".

En caso de que la transferencia implicara un ejercicio abusivo del jus variandi del empleador el trabajador podrá intentar la acción de reinstalación o bien considerarse en situación de despido indirecto (arts. 66 y 226 LCT). En principio, el empleador puede disponer la transferencia porque estaría dentro de las facultades organizativas y directivas y aparece avalado por los arts. 64, 65, 66 y 225 LCT. Empero si la cesión es irrazonable, incide en las condiciones esenciales del contrato de trabajo, provoca perjuicio material o moral (art. 66 LCT), se alteran las funciones, cargo o empleo o una disminución patrimo-

nial del empleador (arts. 68 y 226 LCT), el trabajador puede intentar la acción de reinstalación con cese provisorio de la disposición del empleador o el despido indirecto (arts. 66 y 226).

Es de señalar que los agravios que la transferencia pueden producir al trabajador son parte también de un ejercicio directivo y organizativo del empleador original y esta conducta aparece reglamentada por el capítulo VII de la LCT referido a los derechos y obligaciones de las partes y no únicamente por las disposiciones especiales de la transferencia del contrato de trabajo.

Finalmente, la situación de cesión de personal acumula la necesidad de que el trabajador preste un consentimiento expreso y la solidaridad amplia por el nexo laboral cedido (art. 229).

10 SOLIDARIDAD CONVENCIONAL

Los procesos de segmentación productiva han trastrocado ideas tradicionales del derecho del trabajo como es la identidad concreta del empleador como director de los poderes dentro del contrato individual de trabajo. El fenómeno asume diversidad de formas y tiene vocación de transformación regida naturalmente por leyes de mercado¹². Menos debatido en cambio ha sido el tratamiento convencional del

¹² Fenómeno no nacional sino que se registra globalmente. Ver por ejemplo, informe *Trabajo y Empleo*, conocido como informe "Supiot", referido a las transformaciones en el mundo del trabajo de Europa, Supiot Alain et. Al, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999. Se han ocupado de esta cuestión especialistas de todo el mundo en el VIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,

asunto, aún cuando gran cantidad de acuerdos incluyen provisiones al respecto. Pueden señalarse dos formas de tratamiento:

1. Expulsiva. El convenio segrega a las actividades y ocupaciones que no hacen al núcleo de la empresa o sector comprendido.¹³ En algunos casos las declaraciones autónomas son explícitas¹⁴, se genera un área negocial diferenciada dentro de la principal¹⁵ o se segmenta expresamente respetándose el orden público general.¹⁶

2. Inclusiva. Según este criterio, se otorga un tratamiento igualitario a quienes podrían considerar-

se marginados del acuerdo¹⁷, se hostiga la tercerización excluyéndola del ámbito convencional¹⁸ o se hace operar directamente la institución de la solidaridad.

La declaración de existencia de solidaridad entre la principal y la empleadora contratista, subcontratista o cesionaria puede llevar a la aplicación completa y extendida del convenio de la primera a la segunda no obstante que trate de un convenio de empresa. Ocurre que las cláusulas de solidaridad persiguen igualmente el fraude convencional que puede significar la suscripción de un acuerdo colec-

Paris, 5/8 de setiembre de 2006. Ver, De Luca-Tamajo, Rafaële y Perulli, Adalberto, *Derecho laboral (en sus aspectos individuales y colectivos) y descentralización productiva*, ponencia oficial, Tema II y los informes nacionales que le sirvieron de base.

¹³ CCT 769/2006, SMATA-Teskid Argentina SA. "Artículo 5: Están expresamente excluidos los empleados de empresas de servicios especializados que no corresponden a las actividades normales y específicas de la empresa. Consecuentemente, quedan excluidas las que seguidamente se mencionan: construcción, reparación y modificación de obras civiles, seguridad patrimonial (vigilancia), mantenimiento de predios y limpieza general, preparación, distribución y servicio de comidas, manejo, recepción y despacho de cargas y materiales, servicios médicos y de enfermería, servicios de informática".

¹⁴ CCT 666 E ATGAS-Transportadora del Gas del Norte. Art. 3. (...) Las partes entienden apropiado determinar el alcance de la necesidad operativa de realizar distintas tareas, ya sea que se efectúen dentro o fuera de la empresa, o a través de terceros, a través de externalizaciones y/o satelitalizaciones. A continuación se enumeran con carácter enunciativo aquellas actividades susceptibles de ser llevadas a cabo por proveedores: mantenimiento de herramientas y máquinas. Mantenimiento de predios y limpieza general, construcción, reparación y modificación de obras civiles, seguridad patrimonial, servicio de vigilancia, bomberos, serenos, choferes de vehículos de transporte de personal propio o de terceros, preparación, distribución y servicios de comidas, servicio médico y enfermería, servicio de seguridad e higiene industrial".

¹⁵ CCT 760/06, Sindicato del Personal de Industrias Químicas, Petroquímicas y Afines de Bahía Blanca, por la parte sindical y Sertec Servicios y Tecnología en Limpieza Sociedad Anónima: "Art. 11º Actividad Comprendida: Sin que ello signifique excluir actividades no enunciadas, las comprendidas son todas aquellas relacionadas con la limpieza industrial, recolección de residuos industriales, sólidos y líquidos, reciclaje, transporte y disposición de los mismos, que realice SERTEC S.A. dentro de la Empresa PBB POLISUR, cuyo encuadre se halla dentro del Sindicato del Personal de Industrias Químicas Petroquímicas y Afines de Bahía Blanca".

¹⁶ CCT 408/05, Industria del vidrio: "Art. 6º. (...) Los empleados que presten servicios eventuales por intermedio de empresas reconocidas al efecto, quedarán encuadrados en el presente convenio. En todos los casos las empresas prestadoras de dichos servicios eventuales deberán estar inscriptas y reconocidas por la autoridad de aplicación que corresponda en los términos del régimen legal que les sea aplicable".

¹⁷ CCT 435/06, para cooperativas tabacaleras: "Art. 31: Las empresas que proveen trabajos y/o servicios a las cooperativas respecto a los obreros ocupados en tareas específicas alcanzadas por este convenio, deberán cumplir el mismo en todas sus partes".

¹⁸ CCT 364/75, Prensa, Córdoba Capital: "Art. 7. Seguridad en la fuente de trabajo: las empresas en ningún caso podrán contratar servicios propios o normales o empresas ajenas a aquellas cuando las tareas que éstas realicen atenten contra la estabilidad del personal permanente y/o que signifiquen el cierre parcial y/o total de las fuentes de trabajo".

tivo para luego "vaciarlo" mediante la externalización de tareas que hacen a la actividad normal y específica propias del establecimiento principal.

No hay razones para que no operen también en este plano de análisis las reglas de actuación del orden público laboral previstas en los arts. 4 y 8 de la Ley de Convenciones Colectivas de Trabajo n. 14.250 y los arts. 8 y 29 bis LCT. En este último caso, porque analógicamente, es de aplicación el CCT de la actividad principal a los trabajadores de empresas de servicios eventuales y entenderse como nula toda convención o interposición destinada a encubrir renuncias a derechos establecidos en una CCT (art. 12 y 14 LCT).¹⁹

En los casos de solidaridad contractual de los arts. 30 y 31 LCT y en tanto las tareas desplegadas por los cesionarios, contratistas o subcontratistas sean inherentes a la actividad normal y específica propia del esta-

blecimiento y tenga un tratamiento convencional que se le ajuste normativamente, pueden derivar en extensión del convenio colectivo respectivo. Se puede excepcionar esta aplicación extensiva si los contratos de trabajo tratados solidariamente y, se subraya, en las condiciones de los arts. 30 y 31 LCT, tienen su propia convención colectiva específica.

Igualmente, ante una situación de discriminación salarial empresaria respecto de un sector de trabajadores al que se le asigna determinado tipo de tareas, se revisó lo acordado por falta de razonabilidad convencional.²⁰

Finalmente, en el caso de la *transferencia de establecimiento* prevista en los arts. 225 y 228 LCT, se plantea el problema de la consecuente traslado convencional. Los principios de continuidad conven-

cional y de conservación de las condiciones de trabajo ya maduras, llevan necesariamente a admitirla al menos en cuanto a las cláusulas nor-

"Ocurre que las cláusulas de solidaridad persiguen igualmente el fraude convencional que puede significar la suscripción de un acuerdo colectivo para luego "vaciarlo" mediante la externalización de tareas que hacen a la actividad normal y específica propias del establecimiento principal."

¹⁹ CTCba. S. VII, 1/8/05, "Scheurer Carlos C. c/ Sisper SRL y/u otro- Demanda"; Aplicación del convenio a contratista: CTVilla María, 13/10/05, "Olmedo María Esther c/ Eprecomo SRL y Ot.", Act. Jurídica, Año III, Vol. 52, Dic. 2005; CTCba. S. II, 17/6/05, "Loza Gerardo y ot. c/ Servi Todo".

²⁰ CNAT, sala VI, 26/10/04, "Ocampo, Raúl R. c. Trenes de Buenos Aires S.A.", La Ley, 2005-A, p. 755: "Atenta contra el orden público laboral debido a su falta de razonabilidad, el acuerdo paritario suscripto entre una empresa y el sindicato del ramo -en el caso, celebrado el 30/12/96 por Trenes de Buenos Aires S.A. y la Unión Ferroviaria- en el que se excluyó de la escala salarial de la planta prevista en la convención colectiva de trabajo aplicable -convenio 163/95 E- sólo al grupo de trabajadores que desempeña cierta clase de tareas -las de limpieza- con el fin de reducirles sustancialmente su salario" (...) "Si bien por respeto a la autonomía colectiva es ajeno al control judicial el análisis de las razones de conveniencia que motivan las decisiones adoptadas por las partes negociantes, tal principio debe ceder siempre que medie un comportamiento netamente discriminatorio, lo que ocurre cuando se acuerda el desmembramiento de una categoría "peón general" según convenio colectivo 163/95 E, aplicable a la actividad ferroviaria- con el único propósito de establecer para cierto personal -quienes realizan tareas de limpieza- un nivel remunerativo muy inferior al que tendrían derecho según la convención colectiva de trabajo que rige la actividad en cuestión".

mativas, pudiendo rediscutirse las que se refieran exclusivamente a las relaciones entre las partes. Así se dispuso en el plenario CNAT n. 308, 9.12.2005, "*Faillá Juan Carlos y otro c/Duvi SA*" en que la empresa que resultó adjudicataria de líneas de transporte al haber caducado la anterior concesión y por lo tanto, obligada al pago del "premio por productividad no convencional" del que gozaba el personal de la concesionaria primitiva.

11 INTERMEDIACIÓN INSOLVENTE O FRAUDULENTE Y RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE SOCIOS, CONTROLANTES Y ADMINISTRADORES SOCIALES

A. El debate

Cumplida una década de agudo debate sobre la responsabilidad personal de socios, controlantes y administradores sociales por situaciones de irregularidades regis-

trales, por la utilización de sociedades descapitalizadas o "cáscara" y otras formas de fraude societarios en perjuicio de los trabajadores dependientes, las posiciones no se han conciliado. En 1998 se conocieron los fallos «Delgadillo Linares, Adela c. Shatell S.A. y otros» y «Duquelsy, Silvia c. Fuar S.A. y otro» de la sala III de la CNAT que reabrieron o ensancharon el cauce jurisprudencial sobre el tema y desde entonces, las distintas salas de ese tribunal y los de provincias, se han manifestado en forma contradictoria.

Esta patología no es novedosa e involucra diversidad de supuestos de conformaciones y comportamientos ilícitos de las sociedades comerciales. La aplicación e interpretación de las reglas receptadas en los arts. 54, 59, 157 y 274²¹ de la Ley de Sociedades n. 19.550, referida a la actuación de socios y administradores, resultaron el instrumento esencial de resolución de causas laborales en que se reclamaron créditos derivados de irregularidades re-

²¹ Art. 54. "El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de socios o de quienes no siéndolo la controlen constituye a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar sin que puedan alegar compensación con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicará los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".

Art. 59. "Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión."

Art. 157. "(...) Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas en el contrato. Si una pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el Juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada".

Art. 274. "Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave."

gistrales o insuficiencia patrimonial de las sociedades que aparecieron como empleadoras.

Lenta pero sostenidamente, se alinearon las corrientes restrictivas y amplias sobre descorrimiento del velo societario y la penetración. Las primeras sostienen: a) El factor de atribución de responsabilidad directo o solidaria del administrador por actos ilícitos societarios es subjetivo e individual y fundado en la culpa y con la carga probatoria respectiva (arts. 54, 59, 157, 274 Ley n. 19.550); b) No hay responsabilidad automática ni objetiva del órgano social responsable de las irregularidades sino que cada administrador responde por su omisión y en la medida del daño a terceros; c) Para la inoponibilidad de la personalidad jurídica societarias es necesario demostrar la constitución una sociedad como mero recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe; no es suficiente la demostración de fraudes y maniobras destinadas a perjudicar los derechos laborales o de las seguridad social. Esta posición adquirió un mayor predicamento en el ámbito doctrinario comercial y societario.

La corriente amplia, sostenida por un sector de tribunales laborales, puntualiza: a) La actuación o conducta con fines extrasocietarios como recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe en el orden de las relaciones laborales, es suficiente para la responsabilidad de los socios y controlantes (art. 54 LC); b) La responsabilidad de los administradores y representantes sociales surge en la medida que no actúen con la "lealtad y con la diligencia de un buen hombre

de negocios" haciendo surgir de manera objetiva su responsabilidad ilimitada y solidaria " por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión" (art. 59, 157 y 274 LS); c) El sometimiento del trabajador a la irregularidad total o parcial o la interposición de figuras societarias, no sólo importa transgresiones societarias según la normativa citada, sino fundamentalmente fraudes laborales y provisionales y son actuaciones contrarias al orden público y a la buena fe y nulas (arts. 7, 12, 13 14 y 63 LCT).

B. Jurisprudencia de la CSJN

La anterior integración de la CSJN desarrolló una línea jurisprudencial de carácter restrictivo. Comenzó con "*Cingiale, María C. y otro c. Polledo Agropecuaria S.A. y otros*" (15.3.2002). Se indicó que la extensión de la responsabilidad sólo es posible por la utilización ilegal del contrato de sociedad, pero no por la ilegalidad de determinados actos que la sociedad realice. En otras palabras, debería probarse que la sociedad se constituyó en un simple instrumento para realizar actos ilícitos sin asumir sus consecuencias.

Prosiguió con "*Carballo, Atilano c. Kammar S.A.*" (31.10.2003). Se dejó sin efecto un pronunciamiento en que se condenó a un administrador social sobre la base del art. 59 de la L.S. referida al estándar jurídico del buen hombre de negocios — , que "la personalidad diferenciada de la sociedad y sus administradores constituye el eje sobre el cual se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y ésta confor-

ma un régimen especial que se explica porque aquéllas constituyen una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los principales motores de la economía".

En el mismo año judicial, en "*Palomeque, Aldo R. c. Benemeth S.A. y otro*" se dijo: "Es improcedente la resolución que extendió solidariamente la condena a los directivos y socios de la sociedad anónima empleadora por la falta de registración de una parte del salario convenido y pagado al trabajador, si no fue acreditado que se trataba de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso del derecho y con el propósito de violar la ley y que, prevaleciendo de la personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales". Remarcó además el "carácter excepcional de la responsabilidad solidaria en materia societaria". En "*Tazzoli, Jorge Laberto C/Fibracentro y ot.*" (4.7.2003) se ratificó la dirección jurisprudencial impresa sobre el tema.

Los decisorios se centraron en referencias al art. 54 de la LC y obviaron la aplicación de las normas especiales de trabajo que hubiera acarreado la pulidura de los actos objeto de análisis (art. 14 LCT, por ejemplo).

Luego de un lapso relativamente prolongado de mutismo sobre la cuestión y, renovada en su mayoría de integrantes, la CSJN emitió pareció adscribir a la tesis amplia en materia de responsabilidad de los administradores sociales. En "*Davedere, Ana María c/Mediconex S.A. y otros*" (29.5.2007), se pronunció por mayoría denegando un recurso de queda

contra la sentencia que condeno solidariamente al la sociedad demandada y a un director. En este caso se había apelado al art. 54 de la LC para condenar una falencia registral entendiéndose que esta era suficiente para la atribución de responsabilidad.

La única disidencia fue la del ministro Ricardo Lorenzetti que recuerda los precedentes restrictivos del cuerpo, sosteniendo que la responsabilidad personal habilitada por el art. 54 se dirige a sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos y no los que ésta realiza. Afirmo que "la ley responsabiliza a los socios" únicamente en los supuestos de uso desviado de la figura societaria, en las que ésta encubre situaciones ajenas al objetivo social, como lo son las hipótesis relativas a la utilización para posibilitar la evasión impositiva, la legítima hereditaria, el régimen patrimonial del matrimonio o la responsabilidad de una parte del patrimonio ajeno a la sociedad. Por lo tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los incumplimientos a las obligaciones legales que, aunque causen daños a terceros, no tienen su origen en el uso indebido de la personalidad" (considerando 9º, lo subrayado es nuestro).

En especial remarco el juez disidente que aun en este supuesto de insolvencia del deudor "es preciso acreditar el uso abusivo de la personalidad, pues no cabe descartar que la impotencia patrimonial haya obedecido el riesgo propio de la actividad empresarial". En otro pasaje interpreta que los arts. 59 y 274 de la Ley n. 19.550 señalando que re-

sulta imprescindible "demostrar el daño que ha mediado mal desempeño, violación de la ley, estatuto, reglamento, dolo, abuso de facultades y culpa grave".

C. Dos cortes provinciales

1. Provincia de Buenos Aires. La Suprema Corte de la Pcia. de Buenos Aires se adhirió a la posición anterior de la CSJN en "*Avila, Carlos Alberto c. Benjamín Gurfein S.A. y otros s/Despido*" (31.8.2005). En este pleito, se desestimó el reclamo de condena solidaria de los socios de una sociedad anónima invocando la existencia de desvíos del objeto societario, abuso de la personalidad jurídica e interposición fraudulenta a los fines de incumplir la ley.

2. Provincia de Córdoba. Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba asentó una línea jurisprudencia más amplia en la materia. En "*Cossar Marcelo c/RPM y ot.*" (25.2.2003) indico: "La relación precedente revela que carece de razón suficiente la conclusión del Tribunal en orden a la actuación fraudulenta de la sociedad demandada si la única trascendencia de dicha declaración es comprender en la condena a quien fue calificado como "hombre de paja", esto es un insolvente. Es que el a quo debió sancionar a favor del trabajador -tercero perjudicado- la conducta que verificaba, lo que no se lograba con la extensión de la condena a la persona jurídica. Ello por cuanto resulta ineficaz desbaratar el plan en contra de la ley y de los derechos de ter-

ceros, para luego evadir la condena individual de los socios, desde que el obrar por interpósita persona es presunción de la intención de sustraer el patrimonio como garantía del crédito de los acreedores. En idéntico sentido agregado al art. 54, Ley n. 19.550 (párrafo introducido por Ley n. 22.903)".

Se continuó con fecha 13.3.2003 en "*Bongionvanni Darío y Alberto Ferreyra C/La Nueva Calle SA, Leonidas Lasco y/o Diario La Nueva Calle*": "Entrando al fondo del asunto deben analizarse las constancias de autos a fin de dirimir la aplicación del art. 54 LS 19.550. El subexamen refleja la contumacia procesal de la sociedad demandada y su representante a lo largo de todas las actuaciones: ante el reclamo formulado por los trabajadores los accionados no formularon oposición alguna; no comparecieron a la audiencia de conciliación; no ofrecieron elemento probatorio para contrarrestar las afirmaciones contenidas en el libelo inicial; y omitieron injustificadamente su comparecencia a la audiencia de vista de la causa".

Agrega el alto tribunal: "Esta situación de rebeldía condujo al Sentenciante a aplicar la presunción legal de veracidad de los hechos relatados en demanda, la cual, se insiste, no fue desvirtuada por prueba en contrario (...) En definitiva, este modo de actuar irregular de los accionados además trasladado al proceso vulnera el orden público laboral y hace procedente la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica solicitada. Aparece clara la

frustración de derechos de terceros por parte de quienes tenían a su cargo el real manejo de la sociedad, lo cual autoriza a la aplicación del art. 54, de la Ley n. 19.550 (T.O. Ley n. 22.903)".

Finalmente, en "*Cancinos, Enrique Marcelino y otros c/Citam SA y otros*" (7.12.2007), frente a una sociedad que simplemente optó por "desaparecer" no respondiendo obviamente por los créditos dejados a sus trabajadores, se dispuso la condena personal de director y vicedirector de la S.A. que se encontraban en mora con la respectiva inspección; no había antecedentes de la situación patrimonial de los últimos ejercicios; hubo disminución de la situación patrimonial en los últimos ejercicios y esa reducción "respondía a una política empresarial y que la firma se benefició con la venta de activos".

El tribuna sostuvo lo siguiente: "Es cierto que la personalidad diferenciada de la sociedad y de sus administradores constituye el eje sobre el que se asienta la normativa sobre Sociedades Anónimas y que conforma un régimen especial que actúa como herramienta provista al comercio y a la economía por el orden público (DT 2003-B-1.004; DT, 2003-A-221). Pero no se puede desdeñar que se apele -como en este caso- al abuso del derecho o el fraude, para violar la ley afectando el orden público laboral.

En rigor de verdad se trata de remediar los efectos de una maniobra que significó el abuso de la personalidad jurídica. Surge de la prueba que se afectaron con el paulatino vaciamiento de la empresa a espaldas de los trabajadores sus legítimos derechos de muchos años de labor. La disolución fue irregular, se burló a los dependientes dejando impagas indemnizaciones y salarios".

12 BREVES CONCLUSIONES

A. La clásica bilateralidad del contrato de trabajo aparecen en muchos casos inmersa en juegos de espejo que reflejan imágenes falsas, deformadas y hasta inexistentes de un titular del nexo laboral que se esfuma apenas se trata de mirar el revés de la imagen.

En ocasiones, el trabajador ve a su empleador como fondo de un loco e imaginativo calidoscopio.

B. La primera evidencia del recorrido sobre algunas de las posibilidades y consecuencias de la intermediación laboral, es que el tema parece superar las previsiones normativas protectorias. La realidad económica del mercado permeabiliza las instituciones jurídicas más previsoras y astutas. Ello obliga a una alerta permanente sobre las mutaciones cotidianas de la que fuera en otros tiempos una relación permanente, personal y tangible en-

tre un empleador y un trabajador.

C. La responsabilidad solidaria constituye la herramienta que la legislación pone a disposición del trabajador para asegurar sus créditos y en ciertas ocasiones se reconoce su eficacia y amplitud. Pero cuando la dinámica productiva, la debilitación de riesgos empresarios o el simple fraude, desmenuzan la bilateral de contrato de trabajo, el remedio de la solidaridad es insuficiente si el trabajador debe atravesar capas de responsabilidad para encontrar —muchas veces tardíamente— la respuesta a la pérdida del empleo o el crédito perdido.

D. Es evidente que la intermediación de mano de obra genera incertidumbre sobre la estabilidad laboral y socava y hasta liquida la actividad sindical y convencional. El trabajador *intermediado* es un individuo precarizado, sujeto a movilidad contractual y de difícil identificación con un grupo profesional o de actividad. De ahí que el acotamiento, la compresión, el desaliento y hasta la eliminación del trabajo intermediado aparece como un objetivo del derecho del trabajo. Mientras tanto, el Derecho del Trabajo, como Alicia en el País de las Maravillas, debe seguir atravesando espejos...

SUJEITO LIVRE E DISCERNIMENTO DA LEI*

Juan Antonio Senent de Frutos**

Porque sé las cosas, soy
y me sé señor del mundo (...)
solamente la justicia
se me escapa de las manos
por las manos de otros hombres
como yo, señores, libres.

Pedro Casaldáliga

El tiempo y la espera

Resumo: O presente trabalho tem como pano de fundo o problema geral da relação entre as pessoas e os sistemas legais. Em particular, trata a questão da secularização da lei na antiguidade e na modernidade. Para isso, parte-se da perspectiva da lei mostrada por Jesus, como motor da crítica secularizadora. Por sua vez, aborda-se o problema do sujeito em nosso contexto, a crítica da idéia de sujeito na pós-modernidade atual e a reivindicação de outros caminhos para a expressão do humano, a partir de algumas experiências históricas e atuais que possibilitem outro marco de relação com a lei.

Palavras-chave: Secularização. Jesus. Lei. Modernidade. Sujeito.

Sumário: Introdução; 1 Delimitação geral da questão do sujeito livre e o discernimento da lei; 1.1 "Sujeito" e "contexto" de recuperação da "perspectiva do sujeito"; 1.2 Contexto de recuperação da perspectiva do sujeito diante da lei e das instituições; 2. Jesus como sujeito: 2.1 Disposições e atitudes do sujeito diante da lei a partir da perspectiva de Jesus; 2.2 Posição de Jesus diante da lei: o sujeito como senhor da lei; 2.3 Sujeito e teoria jurídica: a questão do Sábado e a superação do universo da lei; 3 Sujeito e modernidade; 3.1 Sócrates e a lei: a impugnação do discernimento diante da lei; 3.2 Fora ou dentro da lei: submissão e liberdade; 3.3 Questionamento da "supremacia" da lei; 3.4 Subjetividade real do sujeito, liberdade, direitos e lei; 3.5 Sujeito, sujeito titular e direitos humanos.

* Original em espanhol publicado na *Revista Isidorianum*, Año XV, 2006, nº 30, páginas 67-109. Tradução para o português de Luciana Caplan.

** Professor de Filosofia do Direito. Universidad de Sevilla. senent@us.es

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como pano de fundo o problema geral da relação entre as pessoas e os sistemas legais. A partir desse marco, aborda-se a questão da secularização da lei desde uma dupla perspectiva, histórica e atual. Em termos históricos, buscam-se os elementos que, no contexto cultural ocidental, deram lugar a esse processo complexo. Parte-se da perspectiva da lei mostrada por Jesus como motor da crítica secularizadora. Na história, suspeitou-se mais das pessoas que das boas instituições legais ou políticas. Diante disso, irrompe a posição de Jesus de que as instituições são meios a serviço da vida das pessoas, que são, portanto, o fim ao qual devem servir. Este é o ponto de partida para uma crítica secularizadora e humanizadora das instituições. Quando se entra em diálogo com outras posições de nossa Antigüidade, por exemplo, com o mundo grego, esta posição mostrará alguns dos limites que o funcionamento das instituições legais tem para os seres humanos. Na modernidade, onde também se parte de uma secularização que busca a humanização das instituições, adota-se uma posição de defesa da pessoa diante do sistema legal e político, fundamentalmente propondo direitos do indivíduo, prévios à lei e ao Estado. Os sistemas le-

gais tornam-se melhores incorporando direitos humanos, mas antepondo, novamente, instituição à pessoa. Nesse contexto, e diante dos limites que este processo de aperfeiçoamento das instituições tem, surge de novo, na atualidade, a necessidade de pensar um marco de relação entre os sujeitos e as instituições, que não seja de simples subordinação. O que se propõe não é somente a questão do tipo de instituição a implantar, mas o tipo de sujeito e de relação que será mantida com as instituições. Aí se localiza, então, a possibilidade do discernimento da lei.

“Nesse contexto, e diante dos limites que este processo de aperfeiçoamento das instituições tem, surge de novo, na atualidade, a necessidade de pensar um marco de relação entre os sujeitos e as instituições, que não seja de simples subordinação. O que se propõe não é somente a questão do tipo de instituição a implantar, mas o tipo de sujeito e de relação que será mantida com as instituições. Aí se localiza, então, a possibilidade do discernimento da lei.”

Isso exige, por sua vez, recuperar o problema do sujeito em nosso contexto, a crítica da idéia de sujeito na pós-modernidade atual e a reivindicação de outros caminhos para a expressão do humano, a partir de algumas experiências

históricas e atuais que possibilitem outro marco de relação com a lei.

Quanto ao modo de abordar essas questões assinaladas, tratei de desenvolver uma reflexão livre a partir de alguns temas abordados por Franz J. Hinkelammert no livro *El grito del Sujeto. Del teatro mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización* (San José, 1999). Aí se propõe a possibilidade de elaborar uma crítica da lei e do poder, inspirando-se nos textos do evangelho de João. Em meu ponto de vista, o evangelho de João é um livro que ilumina a história, no sen-

tido de Zubiri, já que permite reconhecer novas possibilidades de intersecção para a ação humana. O livro de Hinkelammert trata de apontar essas possibilidades. Uma vez mais, o "novo" reside na recuperação da "originalidade". Isto é, em sua capacidade para voltar a ler nas origens a experiência histórica do cristianismo. Aí se vislumbram possibilidades de ação e hábitos, de formas de construir e de estar na realidade a partir de onde relacionar-se com a lei e com o poder que foram fechadas, ainda que não extintas, com a inculturação do cristianismo na sociedade do império romano. Desde este fundamento, tratei de lançar alguns problemas e de ensaiar alguns caminhos, em forma, ainda muito experimental.

1 DELIMITAÇÃO GERAL DA QUESTÃO SUJEITO LIVRE E DO DISCERNIMENTO DA LEI

1.1 "Sujeito" e contexto de recuperação da "perspectiva do sujeito":

Propor, hoje, a questão da relação dos sujeitos diante das instituições legais pode parecer uma tarefa impossível em tempos pós-modernos e pós-metafísicos. No terreno das idéias, nos dizem que não há certezas de nenhum tipo. Neste contexto, se nos perguntamos pelo sujeito, em meios acadêmicos, nos dirão, parafraseando a Nietzsche, que não há "sujeitos", mas "interpretações de sujeitos".

Assim, não haveria fatos, mas interpretações de fatos. E uma interpretação não deixa de ser um artifício entre outros possíveis. Não há uma verdade do "sujeito" acessível. Este é o preconceito sobre o qual gira a moderna teoria do conhecimento "crítica". Não há acesso às coisas "em si". Nietzsche culminará este caminho crítico da modernidade introduzindo-nos na pós-modernidade. Como não há acesso, o conhecimento está desfundamentado, qualquer opinião vale porque nenhuma vale nada. O conhecimento, então, é uma grande mentira, legitimado pela aparência de verdade que se pretende a partir da história, da moral, da religião ou do poder. A saída de Nietzsche, neste ponto onde desemboca sua radicalização do criticismo moderno¹, é postular uma instância radical de verdade, que nos permite não apenas conhecer nosso modo de conhecimento, mas os autênticos instintos que criam nossa realidade humana. Desde o conhecimento "fisiológico", o único que pode pretender oferecer a verdade de ser humano, pretende-se discernir entre os instintos fortemente humanos e os debilmente humanos. Esse conhecimento fisiológico é o que, mais além de Nietzsche, orienta o realismo político hegemônico. O homem é o lobo do homem, da natureza, e das outras culturas, religiões e Deus - ou domina, ou será dominado. O grande desconstrutor dos resíduos metafísicos do ocidente lançados, por sua vez, paradoxalmente,

¹ Conill, J., *El poder de la mentira*, Madrid, 1997, p. 22 e ss.

à mesma incomovível segurança sobre o destino do humano à que nos projeta o realismo político. Paradoxalmente, de "interpretações", passamos a evidências.

Por isso, dizia a princípio, que propor um marco para que possa existir uma relação entre os sujeitos e as leis é uma tarefa só aparentemente impossível, pois o discurso pós-moderno tem um caráter fortemente ideológico. Se existe algo assim como uma relação anterior ou coetânea dos sujeitos frente às instituições legais, estas seriam inviáveis. Ou os sujeitos estão no marco institucional subsumidos e regulados, ou a regulação seria um sem-sentido. Nesse discurso, esconde-se um pressuposto ou idéia forte de ser humano de caráter dogmático e que pretende fechar qualquer outro caminho de expressão e construção do humano.

Nesse sentido, vivemos tempos duplamente nietzschianos. (Sem que isso suponha outorgar-lhe qualquer poder de causação do tempo presente). No plano das idéias, movemo-nos na incerteza. No plano das realizações da razão prática hegemônica, atua-se desde o postulado de que a dominação, em última instância a morte do outro, é a garantia de vida para si. Esta é a maior segurança metafísica de nosso tempo sócio-histórico.

Já sabemos o que a história deu de si. O grande profeta de nosso tempo recorda-nos caso tenhamos esquecido: "A história inteira não é outra coisa senão a refutação

empírica do princípio relativo à chamada "ordem moral do mundo".² Por isso, "sabemos que o mundo onde vivemos é imoral, não-divino, inumano".³

A partir das idéias dominantes da cultura ocidental, costuma-se apresentar o ser humano como defrontado e oposto ao mundo. Este sujeito é um pressuposto metafísico que se historiciza. Se conseguir permanecer em seu ser, é vencendo ao mundo (sujeito da técnica moderna), e quando se articula social e juridicamente com os outros, ou é negando-se a si próprio (abandonando seu ser-estado *natural*), para entrar domesticado no circuito da obediência ao poder, ou negando aos demais (indivíduo proprietário). Na realidade, uma ou outra posição expressa o medo do outro; tanto da natureza como dos outros sujeitos. Socialmente domesticado para evitar o caos a que conduziria a livre expressão da subjetividade de cada pessoa (declaração de guerra desde cima, fonte de diversos totalitarismos), ou outro caminho "deixar-lhe" que faça a guerra para que produza ordem entre os outros submetidos (declaração de guerra entre os iguais, para que produzam desigualdade, ou seja, a geração de ordem por meio do mercado). Por diferentes caminhos, o mesmo ponto de partida conduz ao mesmo ponto de chegada.

Apontemos alguns caminhos tomados a partir desses pressupostos. Para Hobbes, a pessoa é um complexo material movido pe-

² Nietzsche, F., *Eccc homo. Como se llega a ser lo que es*, Madrid, 1993, p. 163.

³ ———, *El nihilismo: Escritos póstumos*, Península, Barcelona, 1998, p. 38.

los instintos⁴, e resguarda-se dominando aos demais. Para Locke, o corpo está dirigido pela razão que lhe ordena sua auto-preservação individual, não havendo responsabilidade pelos outros.⁵ Para Nietzsche, a salvação do ser humano está em seguir os instintos mais fortes, mais perigosos, na vontade de poder que é um plágio da vontade de dominação.⁶ O pano de fundo da proposição weberiana do poder fundamenta-se na dominação da fera que é o ser humano. Para Weber⁷, a "arte real da política na qual *não há quebras*" é, em última instância, a guerra.⁸ O "Estado só é definível sociologicamente por referência a um meio específico que possui: a violência física. Todo estado está fundado na violência (...). A violência não é naturalmente nem o meio normal nem o único meio de que o Estado se vale, mas sim o seu meio específico".⁹ Esse meio distintivo, que é/ deve ser monopolizado pelo poder

público, é a possibilidade radical de ser tal poder. O que é primeira ratio, desde um ponto de vista interno e circular, também pode ser sua última ratio. Não é a violência a última ratio do Estado porque, em última instância, depois de outras máscaras sociais, há sempre uma fera a ser submetida? De outra parte, qual é a fera a ser submetida? É simplesmente o sujeito perigoso de condutas agressivas e anti-sociais, ou é também a *hybris* dos fracos que querem orientar o funcionamento das leis e do poder a seu serviço, que pretendem que "outro mundo é possível"?

Os cantos de sereia da pós-modernidade querem nos despistar de que vivemos tempos *modernos, demasiadamente modernos*. Por isso, o problema de nossa época não é a afirmação de certezas perdidas, mas a abertura de novos sentidos da história e, com isso, a busca de melhores possibilidades de vida para todos. Um mundo, apesar de

⁴ Hobbes, Th. *Leviatán* (1651) Parte I.

⁵ Locke, J. *Segundo tratado del gobierno civil* (1690), *passim*.

⁶ A partir dos instintos fortes, libera-se o poder destrutivo-criador. Sendo a destruição, a abolição da solidariedade dos fracos, do amor ao próximo, da compaixão, do desejo de vida longa; e estando o caminho do humano, na luta sem piedade, liberado da compaixão, para assegurar a assimetria da dominação que prescreve o espírito aristocrático, rebelião contra o espírito democrático, por trás do qual se escondem os perdedores e os decadentes. Contudo, os fortes não estão seguros, por trás da falsa humildade dos fracos se esconde seu ressentimento, que volta por trás do instinto de rebanho e seu desejo de igualdade para combater aos melhores tipos. O imperativo é "nunca fazer igual ao desigual", nisso consiste a rebelião dos melhores: "os mais fortes e afortunados são fracos quando têm contra si os organizados instintos do rebanho, a covardia dos fracos, superiores em número. [...] Ainda que pareça estranho: sempre há que se armar os fortes diante dos fracos, aos afortunados diante dos desafortunados, aos sãos diante dos degradados e tarados geneticamente" (Nietzsche, F. *El nihilismo: Escritos póstumos*, Barcelona, 1998, p. 131-132). Por isso, "Aos iguais, igualdade; aos desiguais, desigualdade – assim fala a justiça para nós. E o que se depreende disso: nunca fazer igual ao desigual" (*ib.*), p. 163. Nestes tempos neonietzscheanos, não deve surpreender que este autor (ainda que isto não se escute com frequência), tenha o mesmo ideal de justiça que o grande preceptor de Alexandre Magno: Aristóteles.

⁷ Max Weber, apesar das diferenças, move-se no mesmo horizonte metodológico que Carl Schmitt. Para este, o espaço do político está delimitado pela distinção de amigo e inimigo. Inimigos são aqueles outros a quem se pode, potencialmente, fazer a guerra e, por tanto, matar fisicamente. Entre os "amigos" (o espaço social próprio que está construído politicamente pela delimitação do interno e do externo), sobre os quais tem autoridade um soberano, pode se dar o Direito em sentido estrito.

⁸ Weber, M. *La política como vocación*, trad. F. Rubio Llorente, p. 170 (sub. meu).

⁹ *ib.* p. 83.

Nietzsche, mais humano e, por isso, mais divino.

Assinala John Holloway que a luta revolucionária é, hoje, "uma luta contra a reificação e a certeza".¹⁰ Se Nietzsche tem razão, então também a tem Ellacuría: cansados já da repetição da história da dominação, há que se "reverter a história, subvertê-la e lançá-la em outra direção". Na realidade, não é nada novo. É a luta de sempre que cada vez se vê mais necessária. O ser humano acaba por não se conformar com a habitualidade do medo, do sofrimento e da desesperança. Mais uma vez, bate nas portas do céu. Não sabe o que é o céu, mas o inventa, o projeta e o experimenta em suas *relações reconstruídas* como superação do tempo presente. O animal de realidades, como gostava de dizer Zubiri, revela-se como um ser rebelde: não se conforma com o inferno na terra.

Nesse contexto, dá-se o "retorno do sujeito", não em forma de idéia, mas a partir das condições práticas de nossa história atual. É teoria, em um segundo e derivado momento.

Há uma ubiqüidade de experiências limite (insuportabilidade, inaceitabilidade da vida/vidas na sociedade mundial globalizada), por isso são globais. Afetam-nos a todos, ainda que não a todos em

condições iguais. Concerne a todos e isso é cada vez mais visível. Nem as ilhas de riqueza e de segurança com o primeiro mundo se acreditam a salvo ou podem assegurar aquilo que pretendem.

O retorno do sujeito se dá em forma de sujeito crítico-prático. Diz Holloway sobre o sujeito crítico:

[...] somos pessoas cuja subjetividade é parte do lodo da sociedade em que vivemos, somos moscas presas na teia de aranha./ Quem somos, pois, e como podemos criticar? A resposta mais óbvia é que nossa crítica e nosso grito surgem de nossa experiência negativa da sociedade capitalista, do fato de que estamos oprimidos, de que somos explorados. Nosso grito provém da experiência da separação entre o fazer e o feito, diariamente repetida, uma separação experimentada mais intensamente no processo de exploração, mas que impregna cada aspecto da vida".¹¹

Considero que é assim, mas, ademais, há que se indicar que, como assinalamos antes, todos estão afetados¹² pelas dinâmicas de exploração pluriformes, os críticos e os não-críticos. O "anti-sujeito" pretende se assegurar continuando as tendências destrutivas do sistema global. O sujeito rebela-se contra elas. Mas essa rebelião é já potencialmen-

¹⁰ HOLLOWAY, John. *Cambiar el mundo sin tomar el poder. El significado de la revolución hoy*, 2002, p. 192.

¹¹ *Ib.*, p. 193.

¹² Os fabricantes das telas de aranha também se vêem envoltos em suas próprias armadilhas. De alguma maneira, a não solidariedade exercida contra outros e contra a natureza volta, às vezes, inesperadamente. Assim, por exemplo, como já vamos conhecendo cada vez com maior clareza e atualidade, há uma responsabilidade social na geração de desordens meio-ambientais que termina afetando negativamente às condições de sobrevivência e desenvolvimento da vida humana. Muitos dos chamados desastres naturais estão agravados e potencializados pela atividade social. A negação da própria responsabilidade pode terminar sendo suicida.

te ubíqua. Pode se dar em qualquer lugar, em qualquer momento e por qualquer um. A tópica clássica dos sujeitos revolucionários é, hoje, redimensionada.

Por isso, assinala Hinkelammert, que

[...] o ser humano não é sujeito, mas há um processo no qual se revela que não pode viver sem se fazer sujeito. Não há sobrevivência porque o processo que se desenvolve em função da inércia do sistema é autodestrutivo. Esmaga o sujeito, que cobra consciência de ser chamado a ser sujeito enquanto resiste a

esta destrutividade.

Tem que se opor à inércia do sistema se quer viver e, ao se opor, desenvolve-se como sujeito.¹³

Nesse contexto, não é outro *a priori* construído o que se propõe, mas refutar o *a priori* metafísico que orienta o dinamismo

de nossa história: "Por isso, o sujeito não é um *a priori* do processo, mas resulta como seu *a posteriori*".¹⁴

Ainda supondo que a verdade transcendental do ser humano consistisse em um afã predatório auto-referencial inscrito em seus dinamismos instintivos mais recorrentes; surge um grito, uma necessidade, uma exigência, um pedido, outra projeção, uma posição e uma disposição diferentes: outro sujeito é possível. Surge da experiência vivi-

da, da consciência lúcida, iluminada e esperançosa; do cansaço da verdade construída e repetida, normalizada, projetada e realizada uma e outra vez, da vontade rebelde que não se entrega à morte rápida e que busca reproduzir a vida; da cotidianidade das vidas simples.

Nem a dominação nem a ferocidade destrutiva do ser humano são a última palavra da história sobre o poder ou sobre a expressão do ser humano. O sujeito se revolve e se rebela, cansado da mecânica cega retributiva, que parece triunfar na

ordem empírica: o poder está para dominar; a segurança do direito para a insegurança dos fracos; a economia a serviço dos fortes. A partir daí, interpela o funcionamento das instituições para subvertê-las com uma orientação includente.

"Nem a dominação nem a ferocidade destrutiva do ser humano são a última palavra da história sobre o poder ou sobre a expressão do ser humano. O sujeito se revolve e se rebela, cansado da mecânica cega retributiva, que parece triunfar na ordem empírica: o poder está para dominar; a segurança do direito para a insegurança dos fracos; a economia a serviço dos fortes. A partir daí, interpela o funcionamento das instituições para subvertê-las com uma orientação includente."

No entanto, para interpelar a dinâmica da ordem histórica, tem que "reinventar-se" como sujeito. Por isso, a teoria reflexiva do sujeito a partir das experiências de oposição às tendências destrutivas, visualiza outra idéia de sujeito, que não pode se inscrever em outras conceitualizações da pessoa, como é a de "indivíduo" (pré-social e desvinculado moral e materialmente, na tradição liberal-burguesa); ou a de "sujeito do conhecimento" (na perspectiva epistemológica e

¹³ Hinkelammert, F., "La vuelta del sujeto reprimido frente a la estrategia de la globalización" em *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Herrera, J. (ed.), Bilbao, 2000, p. 212.

¹⁴ *ib.*

metafísica da filosofia moderna) desvinculado do mundo-objeto; mas tampouco é o mero "sujeito de direito" (que opera no Direito graças ao próprio Direito e ao reconhecimento do Estado).

O "sujeito" não é um ente metafísico transmundano nem uma futilidade, mas um ser deste mundo, constituído em uma rede social e natural, que é transcendente no mundo. Esta transcendência intramundana é a que lhe permite *reconhecer-se* vinculado, atravessado tanto pelos outros humanos como pela natureza. A idéia "assassinato é suicídio"¹⁵, onde assassinato é tanto o do outro como a morte da natureza, dá conta da seriedade com que o sujeito se reconhece sendo também pelo outro e pelo natural e, portanto, sabe radicalmente de sua interdependência. Esta conceitualização da pessoa como "sujeito" expressa a necessidade de superar outras visões insuficientes e ineficazes da realidade humana, mas ela é fruto de uma "perspectiva", de uma visão transcendente porque não se esgota no limite da pele, mas busca, além disso, sua realidade imediata, o que também forma parte de sua realidade e de sua experiência, mas que não pode levá-las em consideração, senão "descentrando-se". Ao transcender o limite de seu corpo e de seu interesse e realização auto-centrada, pode se reconhecer inscrito em um "circuito social e natural". A "saída" de si para responsabilizar-se pela sorte dos outros e da natureza não é

decadência nem enfermidade da vontade, não é "esquecimento ou negação de si" e permite um reencontro mais pleno com sua subjetividade enriquecida pelo real. A afirmação da vida como "centramento em si" aparece, então, desde esta perspectiva, como engano, a mentira que lhe impede de ver que os outros/o outro são condição de possibilidade de sua vida.

O sujeito não é um ponto de partida: é uma reação que busca alterar a mecânica de reações previsíveis do sistema enquanto excludente. Reação que segue a ação, *mas que não se segue dela*. O ser humano se faz sujeito quando trata de introduzir uma novidade na ordem empírica, subvertendo-a.

1.2 Contexto de recuperação da perspectiva do sujeito diante da lei e das instituições

Na América Latina brota de novo a crítica da lei, propiciada pela experiência cotidiana de que o funcionamento da legalidade não *serve* em muitos casos¹⁶ às necessidades das maiorias populares mas, a meu juízo, intensificado por um caso extremo. O cumprimento da lei que obriga ao pagamento da dívida externa como conjunção da legalidade do Estado de Direito e das leis do mercado e que condena as maiorias populares de tantos países latino-americanos a situações de abandono social e lhes cerra possibilidades de desenvolvimento humano. A

¹⁵ Hinkelammert, F., *Solidaridad o suicidio colectivo*, Costa Rica, 2003, p. 91 e ss.

¹⁶ É algo que foi mostrado por Elsa Tamez em "Pablo y la ley en Romanos. Una relectura desde América Latina", 2004. (Texto documentação DEI).

lei é cumprida a partir de uma dupla necessidade, (1) cumprir com as obrigações assumidas nos contratos (2) para que possam seguir operando as leis de mercado. Sem cumprimento das obrigações assumidas, rompe-se a confiança para seguir operando economicamente. Ou pagamento ou exclusão do mercado global. E, no entanto, pagando a dívida, nunca se chega a cumprir plenamente com a obrigação. Aprofundam-se, então, os efeitos da pauperização social que mostram a insuportabilidade e a irracionalidade da legalidade que condena ao pagamento da dívida externa.¹⁷ Neste contexto, emerge a necessidade de pensar sobre o cumprimento das leis, jurídicas e econômicas. A reflexão, então, questiona tanto o Estado de direito como o capitalismo, pensando também sobre suas possíveis alternativas.

O que se percebe não é meramente o que tantas vezes se falou acerca dos países latino americanos, sobre a corrupção dos administradores públicos e sobre o déficit de institucionalização dos mecanismos do Estado de direito. Se em sua origem os compromissos de financiamento surgem, às vezes, de dinâmicas de corrupção, o cumprimento fiel das obrigações assumidas é fruto de uma "melhora" na dinâmica de funcionamento do Estado de direito. Quanto mais se cumpre, mais "segurança jurídica" existe de que o credores têm garantida a cobrança dos juros e do capital emprestados. Se um país trata de pagar, então pode-

rá seguir recebendo novos créditos, para poder pagar os créditos anteriores. O caso da Argentina, nos últimos anos, mostra como quanto mais segurança jurídica conseguem os credores internacionais, mais insegurança social se pode gerar. Esta experiência, como outras semelhantes, mostra uma quebra da justificação universal de pagamento das dívidas.

A ideologia hegemônica impôs duas evidências: a primeira, sem cumprimento universal da lei não é possível a vida social, sendo o Estado a instância para sua efetividade: o Estado de direito servindo à lei evita o caos. A segunda é que não há alternativa ao Capitalismo: ou leis do mercado sem distorções ou miséria e morte. A subjetividade estaria, então, ideologicamente subsumida e garantida tanto pelo funcionamento do Estado de direito como pela economia capitalista.

Quando, nas últimas décadas, a realidade social desmente estas evidências, aparece, então, a vida esmagada tanto pelo Estado de direito como pelo sistema econômico. O que se postulava como mediações necessárias para possibilitar a vida humana em sociedade, aparece como instituições que aprisionam e que chegam a executar vidas. Por isso, o que se apresentava como esperança civilizatória para enfrentar os males sociais, apresenta-se, hoje, como problema.

Surgem, então, os dilemas cuja apresentação *não prejudica* nenhuma solução de antemão. A vida

¹⁷ Hinkelammert, F., "¿Hay una salida al problema de la deuda externa?", em *EL huracán de la globalización*, Hinkelammert, F. (compilador), San José, 1999.

ou a lei, o capitalismo ou a vida. Não há soluções unipolares, só há a emergência do problema que antes não podia ser reconhecido com a mesma intensidade. A problemática, em si mesma, reside em que se rompe a identidade entre proteção da vida e funcionamento da instituição. Ao não estar assegurada, ao contrário, colocada em perigo pela própria dinâmica institucional, surge, então, a reflexão pelo tipo de instituições a implantar. Entretanto, esta não é a maior reflexão. Os dilemas surgem porque se visualiza a *tensão* entre vida dos sujeitos e instituições. A tensão existente ("alta") pode dar lugar a uma "reforma" das instituições legais e econômicas. Mas não é este o fato maior, de onde a pergunta que surge não é *que lei/instituição* estabelecer, mas *que relação com a lei/instituição* manter, inclusive com as "boas" leis e as "boas" instituições econômicas e políticas. A partir daí, apresenta-se a necessidade de realizar e manter um "discernimento da lei e das instituições", discernimento que não é simples ato, mas processo que acompanha a vida dos sujeitos do mesmo modo que lhe acompanha o funcionamento das instituições. Dada a tensão, não pode haver com elas uma relação ingênua. É um processo vigilante e problematizador que não se fecha com a institucionalização de lutas emancipadoras.

À visualização da problemática, chega-se como resultado de uma análise "legal e institucional". São as disfunções que surgem no cumprimento destas que derrubam as suspeitas de que não realizam automaticamente aquilo que prometem. Sur-

ge de uma perspectiva antropocêntrica e secularizadora: centrada nos seres humanos e centrada no mundo dos seres humanos.

Portanto, a partir da vida dos seres humanos, valora-se, critica-se e denuncia-se, neste caso o caráter superior, hipostasiado das que são vistas como *mediações*, que não podem ser tomadas como fins em si próprias. Por isso, desde a secularização crítica, a lei, o Estado ou a economia não são considerados como a manifestação da suprema bondade, perfeição, conhecimento, nem como supremo fundamento da vida humana que unicamente operam a saúde humana. Mas a secularização crítica não é a demonização das instituições. Nem as vê como simples expressões superiores ou divinas nem como simples mecanismos infernais. Reconhece a necessidade de instituições legais, políticas ou econômicas, mas sempre subordinadas a um horizonte humano, com um caráter instrumental.

A denúncia surge, neste contexto, com o funcionamento automático das instituições. Ainda quando há instituições pretensamente "boas"; como desde a modernidade hegemônica se tentou construir um sistema legal que, em seu conjunto, possa ser considerado racional, ou um sistema político legítimo, ou um sistema econômico eficiente; sua aplicação não deve ser mecânica ou automática. A pretensa racionalidade, legitimidade ou eficiência por si mesmas, não garantem em seu desenvolvimento aquilo que prometem. Não é somente questão de desvio dos tipos ideais, mas da confiança na qual,

a partir da sua orientação, só operam resultados "ideais". A partir desta confiança, surge o afã de justificação subjetiva daqueles que se crêem justificados pela justificação objetiva da instituição. Os administradores das instituições, cumprindo com suas exigências internas, consideram-se justificados para mais além dos resultados. Se há resultados adversos (para os seres humanos), há que assumi-los sem que isso mude a pretensão de justificação da instituição ou a justificação objetiva.

Neste contexto, a "perspectiva do sujeito" e sua crítica às instituições e da institucionalidade se vê potencializada por uma tradição que lhe provê ferramentas. Trata-se de nova proposição da teologia cristã da lei e sua crítica anti-idolátrica, que parte da perspectiva de Jesus como sujeito, seguindo aqui a análise de Franz Hinkelammert em sua obra "El grito del sujeto". O "discernimento da lei" implica em uma *disposição* e uma *posição* do "sujeito rebelde" peculiar diante da lei. É o que consideraremos, a seguir, para avançar na questão.

2 JESUS COMO SUJEITO

2.1 Disposições e atitudes do sujeito diante da lei a partir da perspectiva de Jesus

Apresentaremos, aqui, de forma sumária, algumas características que expressam as disposições e atitudes de Jesus diante da lei. Isso permitirá avançar para uma maior inteligibilidade da posição de Jesus diante das instituições:

1. A *rebeldia*:

A partir de onde se expressa o sujeito? O sujeito expressa-se como "rebelião". É a emergência da vida submersa pelo peso da lei. Jesus assume a perspectiva do sujeito diante da lei como resposta à vida do povo afogado pela lei. Rebelar-se contra a prática da lei que seguem seus administradores em seu contexto, os "doutores da lei". "Ai de vós, os juristas, que impondes aos homens cargas intoleráveis!" (Lc 11, 46ª; Mt 23, 4ª). O poder é também ocasião de domínio tirânico, mas resiste a se conformar com esta lógica e trata de introduzir outra orientação nas relações sociais (Mc 10, 42-45). É a ruptura da cumplicidade e conivência com a dominação em nome das instituições para abrir outras possibilidades de funcionamento institucional, não para anulação.

2. *Rebeldia e liberdade*:

Para se fazer livre diante dos poderes sociais, há que se rebelar, mas para se rebelar há que ser de algum modo livre previamente. Entretanto, não tem porque se considerar como uma disposição fundada numa condição ontológica estática, mas por outro lado, consiste na disposição a se fazer livre no processo da vida. A disposição do "sujeito rebelde", onde a liberdade é anterior, estruturalmente, à lei, não é atitude circunstancial (pode se dar ou não como oposição), mas uma disposição radical que permite dessacralizar e se relacionar com a lei de um modo reflexivo. Por isso, o sujeito considera as normas e qualquer instituição em função da vida dos sujeitos afetados, tomando-as

“como instrumentos”, não como “fins em si mesmos”.

3. Reflexividade e liberdade:

reação diante da vida impossibilitada:

Por isso, nos casos em que a vida concreta, por ação ou omissão conforme a lei, faz-se praticamente inviável, ou seja, quando ela interfere impossibilitando a vida dos sujeitos, ela deve ser suspensa. Por isso, o excepcionamento da lei não é banal, nem para situações irrelevantes. Não se propõe que seja ele a atender às exigências legais, mas que para cumprir o que imputa como suprema exigência legal, que é o serviço à vida, há que se reorientar a interpretação da lei (“não vim para abolir”, Mt 5, 17). Quando a vida humana está comprometida por consequência de certos atos que permitem ou impedem a lei, esta deve ser anteposta.

“Quando a vida humana está comprometida por consequência de certos atos que permitem ou impedem a lei, esta deve ser anteposta.”

4. Reconhecimento relativo:

A lei pode ser boa e necessária e, no entanto, não há porque de seu cumprimento universal seguir, em todas as situações, um bem para os sujeitos. Portanto, sua “bondade” é questionada. A “bondade ou maldade” das leis está em relação, em respectividade, com seus efeitos sociais e pessoais. O pagamento das dívidas pode ser obrigação legal e, ademais, há boas razões para pagá-las. Neste sentido, poder-se-ia falar de uma lei “boa”. Entretanto, nem a lei com maior legitimidade que se pretenda pode

ser considerada incondicionalmente boa, nem mesmo que sua origem a dote de uma virtude incontestável, como então se atribuía às leis de origem divina e que, hoje, poderíamos falar de leis surgidas por meio de procedimentos democráticos. Se a legalidade é considerada de forma absoluta e, portanto, “solta” ou separada do contexto social em que se insere, então nos encontramos diante de algo que escapa ao horizonte do humano.

5. Razoabilidade dialógica:

No tratamento da lei, se exige “levá-la a sério”.

Só a partir desta atitude se pode emitir um juízo crítico responsável que não é um capricho fruto de uma vontade indolente nem despótica (não vim para derrogar nem uma vírgula, mas para dar cumprimento). Por isso, o sujeito pode dar razão a

seu comportamento (no caso de Jesus, tem razões para dar e o faz para explicar sua posição diante da lei, no entanto, nem sempre pode comunicá-las, como no caso do Juízo, quando permanece em silêncio, dada a impossibilidade de entabular um diálogo real).

6. Descentralização e universalidade:

Trata-se, portanto, de uma consideração instrumental, “a serviço das” pessoas. Mas esta função de serviço deve ser “universal”. A partir de outras disposições, a lei pode estar a serviço de alguém; a serviço

do poder econômico, político ou religioso; da sociedade em geral, mas de cada pessoa em particular (“convém que um morra para que o povo viva” - Caifás -). A experiência histórica da humanidade esteve marcada pela consciência de que a lei costuma estar a serviço dos que detêm o poder, a cujo lado se inclina e serve. O código de Hamurabi já pretendia, desde as alvoradas da memória histórica, subverter o signo usual da função da lei para evitar que o poderoso oprima ao débil.¹⁸ A lei não apenas deve amparar as situações dos que estão por cima, como também deve proteger e servir aos que estão abaixo. Somente assim sua função instrumental pode pretender universalidade. Se a lei, “dada para a vida”, produz ou induz à morte de alguém, é a derrota de uma vida, mas também o “fracasso da lei”. O sujeito livre denuncia o cumprimento torpe da lei, mas não somente no que diz respeito à sua pessoa, mas também diante dos outros. Não defende somente “sua vida”, mas também a vida dos outros. Acaso poderá seguir vivendo depois do fracasso dos outros?

7. *Conhecimento da lei:*

Reclama-se a chave da ciência, que foi arrebatado aos oprimi-

dos (Lc 11, 52). O conhecimento não é competência técnico jurídica: ele pode existir ou não.

No caso de Jesus, ele discute com autoridade as entrelinhas da lei, no entanto, a denúncia de Jesus orienta-se para outro problema: usurpou-se a possibilidade de julgar a interpretação da lei por parte de seus administradores, sobre seu sentido e sobre a obediência/excepcionamento em caso de conflito com a vida. (Davi comeu dos bens consagrados no templo porque teve fome).

Conhecimento num sentido fundamental é a experiência de estar sob o jugo da lei¹⁹, a qual é universal e não separa os “doutores da lei”²⁰ dos não doutores. A partir desta experiência, qualquer um pode emitir um juízo sobre a lei ou ser simples peça de sua execução.

8. *Oposição aos ídólatras/idolatrias/sacralizações das instituições:*

Os “ídólatras” são os que assumem uma posição de descarga da responsabilidade nas instituições e mandatos de poder. Fazem-se seus servos e funcionários. Pretendem que não lhes caiba nenhuma responsabilidade porque a deslocaram toda para cima. Cumprem com seu dever desde a lógica da formalidade do

¹⁸ “[...] então Anum e Enlil designaram a mim, Hamurabi, príncipe piedoso, temeroso de meu deus, para que proclamasse no País a ordem justa, para destruir ao malvado e ao perverso, para evitar que o forte oprima ao fraco, para que, como faz Shamash, Senhor do Sol, me alce sobre os homens, ilumine o País e assegure o bem-estar das pessoas.” (Fragmento inicial do Código).

¹⁹ O corpo é, assim, última instância do conhecimento da lei. É algo que retoma, genialmente, Kafka em sua obra *Na colônia penal*, quando ao condenado nem sequer se comunica a sentença, embora, o condenado, mesmo desconhecendo o idioma da decisão, chega a conhecê-la em seu corpo. Em outro contexto, também pode ser visto no Salmo 82.

²⁰ Ainda quando os “doutores” sejam quem impõe o jugo ao povo, eles situam-se formalmente como escravos da lei, que igualmente têm de fazer escravos ao restante. Ainda que tratem de buscar subterfúgios para escapar fraudulentamente (juízo de Jesus, p. e., Mt, 1-14) ao cumprimento rigoroso da lei aparentam não poder fazer outra coisa senão servir à lei/instituição por sobre qualquer outra causa.

mandato dado o teor literal da lei. Podem ser rigorosos, até chegar ao rigor da morte. A lei/instituições e seus idólatras têm poderosas razões para senhorear sobre a vida e a morte dos submetidos, sem que nem a vida ou a morte sejam significativos como limites insuperáveis porque, em última instância, lhes parecem circunstâncias banais em comparação com a superioridade do poder/dever a que estão sujeitos.

9. Crítica reveladora:

Na crítica da lei, Jesus assume a posição do "mago sem magia".²¹ Num primeiro sentido de "mago" como alguém que se situa na mesma altura dos administradores para conhecer e relevar as armadilhas com que operam para fazer passar como magia a relação com a lei, em seus sentidos de produção de algo intocável, que gera uma relação de "encantamento" por sua condição de maravilhoso/não natural-ordinário. Neste sentido, é um mago ao contrário. Mas, também por isso, em um segundo termo, "sem magia", a desconstrução dos mitos da lei e do poder, situando-os em um horizonte de finitude devido à "infinitude" dos seres humanos ("sois deuses", Jn 10, 34? Sal 82, 6), realiza-se "sem magia". A relação com a lei e com o poder não é sempre vitoriosa, não há uma onipotência do sujeito que se livra dos processos de mau fim. Procura-se reorientar para outros dinamismos funcionais a vida dos sujeitos, mas nem sempre é possível porque nem

em todos os casos é tolerado ou se consegue (Jn, 8, 1-12).

2.2 Posição de Jesus diante da lei: o sujeito como senhor da lei

Começamos pela conhecida afirmação de Jesus: "O Sábado é para o homem e não o homem para o Sábado", que pode ser tomada como ponto de partida para mostrar uma posição diante de qualquer lei ou instituição humana.

A partir desta posição, a liberdade do sujeito diante da lei é anterior à lei. Não pode se fundar nela, ainda que possa fazer valer também a liberdade a partir da lei. A lei não lhe constitui como sujeito livre, mas somente pode reconhecer quem é capaz de liberdade. Porque não é uma criatura da lei, pode transcender o ponto de vista interno, ainda que ela não lhe permita expressamente. A posição de Jesus não pode ser entendida de plano como a afirmação de uns direitos anteriores ao direito das sociedades (reconduzível ao debate clássico jusnaturalismo/positivismo). Trata-se de algo mais modesto, mas também mais radical. A pessoa tem liberdade e responsabilidade diante da lei e de seu cumprimento. Porque tem estas faculdades, poderá, neste caso, como fazem algumas tradições de pensamento, reivindicar o respeito a direitos determinados que podem ser desconhecidos pelo poder. Mas isto não é o primordial, nem tem que se dar nestes termos. Para reivindicar "direitos, tem que ser sujeito. Pode se relacionar com

²¹ Tomo a expressão do livro de Mara Selvini Palazoli *El mago sin magia. Cómo cambiar la situación paradójica del psicólogo en la escuela*, Barcelona, 1996, embora dando-lhe outros sentidos.

distância crítica dos sistemas vigentes e questioná-los ou denunciar disfunções para as pessoas afetadas por esses sistemas. Pode, inclusive, distanciar-se criticamente de presumidos “direitos naturais anteriores às leis”, quando lhe obrigam a exercer a violência protetora destes frente às ameaças sociais e políticas.

Busca afirmar sua vida e a de todos. Sua responsabilidade não é somente diante do funcionamento da lei (sistemas normativos), mas também diante de seus próprios direitos (sejam legais, morais, naturais...). Dispor de um *status*, ou de boas razões para atuar não lhe justifica, em última instância diante de tudo, ou seja, não lhe constitui como irresponsável uma vez que disponha de algum modo de justificação jurídica ou moral. Dito em linguagem do Velho Testamento, porque é responsável, sempre lhe assaltaria uma pergunta desestabilizadora: “onde está teu irmão?”, ao que não pode simplesmente responder “sou eu acaso o guardião de meu irmão?” Um sistema (social, pessoal...) que funciona com vítimas está sempre posto em questão e sua justificação tem os pés de lodo. Dado um sistema normativo, a justificação pode se pretender em função dele mesmo. Então, os executores da lei, declaram-se inocentes: “Eu somente cumpria a lei”.

Ainda que a questão da subjetividade constituída pela atribuição

e reconhecimento da lei seja um assunto tipicamente tematizado na teoria jurídica moderna, contrapõe-se também a perspectiva de Jesus. Quando no pórtico de Salomão, acode ao Salmo 82 (“sois deuses”, e não deveis ser violentados pela prática da lei e do poder²²), de algum modo está presente a questão, para romper o poder de atribuição/não atribuição de subjetividade jurídica²³ no reconhecimento das necessidades. A discussão do pórtico tem como pano de fundo a questão da blasfêmia contra Deus que os fariseus imputam a Jesus. Mas a blasfêmia há de ser entendida no contexto da discussão sobre a lei. Jesus se reclama a filiação divina, mas com isso não reclama senão o que é condição de todos (“Não está escrito em nossa Lei: *Eu disse: deuses sois?*”, Jn 8, 34b). Na pretensão de Jesus, “um de tantos”, era de filiação divina. Diante disso, para os fariseus o Deus do céu não se podia fazer terreno. O inassumível para os administradores da lei era que Deus deixara seu trono (celestial), projetando-se em cada um dos seres humanos; com isso, não se podia seguir sustentando o jugo da lei. Parecia que se Deus se fazia como um qualquer, a autoridade dos administradores da lei deixava de estar “por cima”, pois o Deus que se abaixou desmontou sua aparência de superioridade, fazendo-lhes também “um de tantos”. A divinização dos seres humanos apa-

²² “Deus se levanta na assembléia divina,/ em meio aos deuses julga:/ Até quando julgareis iniquamente,/ e fareis acepção dos ímpios?/ Julgai a favor do fraco e do órfão,/ ao humilde, ao indigente fazei justiça;/ ao pobre liberai,/ da mão dos ímpios arrancai-lhes!/ Não sabem nem compreendem, caminham em trevas,/ todos os alicerces da terra oscilam./ Eu havia dito: “Vós, deuses sois, / todos vós filhos do Altíssimo ?”

²³ Nesta linha, o Salmo 112, nos diz: “Ele levanta do pó o desvalido,/ do esterco faz subir o pobre/ para sentar-lhe com os príncipes/ com os príncipes de seu povo”.

ga a supremacia das hierarquias mundanas e põe em pé de igualdade aos seres humanos com os príncipes, os juizes e as leis, que tratam de alçar-se sobre o restante e ocupar a posição do Altíssimo para submetê-los graças a seu endeusamento.

Sintetizando a posição de Jesus diante da lei, diríamos que se trata da afirmação do sujeito como senhor da lei e da instituição. Em termos joânicos, poderíamos dizer que está na lei sem ser da lei: trata-se de um senhorio não despótico sobre a lei que busca enfrentar aos dinâmismos “mundanos”, ou seja, destrutivos da vida dos seres humanos.

2.3 Sujeito e teoria jurídica: a questão do Sábado e a superação do universo da lei

Na teoria jurídica contemporânea, as discussões sobre a lei giram, sobretudo, a partir das possíveis relações, conflitos, ou no caso da possível identidade, entre duas dimensões fundamentais: de um lado, a *validade*, da lei; e, do outro, a *legitimidade* ou justiça da lei. As discussões entre as diversas posições do positivismo jurídico e as diversas posições jusnaturalistas recaem fundamentalmente em torno do par validade/legitimidade da lei. As dimensões fundamentais da lei são essas²⁴, e sobre elas deve girar o universo da lei. Este universo auto-centrado na modernidade, em última instância pretende repousar em si

mesmo. Os seres humanos e as sociedades são vistos como peças desse mundo que os totaliza, assim como a natureza externa.

Entretanto, há outras discussões sobre as dimensões da lei que podem ter sua projeção na teoria jurídica, por parte de alguns tutores que tratam de pensar criticamente os fenômenos jurídicos a partir do contexto latino-americano nas últimas décadas, e que introduzem novos elementos analíticos e conceituais que permitem, a meu juízo, ampliar a discussão sobre as dimensões da lei, e com isso, dar passo a uma reconceitualização crítica e política da lei. É o caso, por exemplo, de Franz Hinkelammert, Enrique Dussel ou Ignacio Ellacuría. Neste momento, simplesmente trataremos de apresentar, a partir do primeiro destes autores, um problema esboçado em seu livro *El grito del sujeto*.

Se levarmos a sério a afirmação de Jesus diante dos fariseus no contexto de sua crítica à lei, haveria que se reformular a teoria jurídica comum, porque a partir dela não pode ser inteligível: “Não é Moisés quem lhes deu a Lei? E nenhum de vós cumpre a Lei” (Jn, 7, 19).

Os fariseus diziam-se fiéis servidores da lei, portanto reconheciam sua “validade” e a acatavam e cumpriam. Também defendiam a santidade e a justiça da Lei de Moisés. Hoje, diríamos que para eles era uma lei absolutamente “legítima”.

²⁴ Outros aspectos materiais dessas duas dimensões podem ser considerados como manifestações empíricas destas, e neste sentido como algo derivado delas, ainda que não em um sentido causal, mas como suas hipóteses. Junto da legitimidade, estariam os processos de legitimação do direito, e junto da validade, estão os processos de eficácia material das normas, o que, em última instância, dotaria de existência as normas (ainda que essa existência tivesse sua primeira instância em outro “lugar”).

Eles imputavam a Jesus sua violação, por haver rompido a validade da lei do Sábado, por haver curado um homem num Sábado. Também por haver tratado de deslegitimá-la.

No entanto, Jesus pretende, por sua vez, ser autêntico cumpridor da lei de Moisés, a qual consideraria, para dizer em nossos termos, “válida” e “legítima”. E mais, ele se apresenta não como quem pretende abolir a lei, mas como seu cumpridor e “aperfeiçoador”. Aqui não há, em primeiro plano, um problema de reforma do Direito, ou seja, da diacronia da lei, de uma lei melhor que substituta a prévia com conteúdos mais emancipadores, mas de *sincronia* da lei, não de mudança de leis, mas de tê-los com as leis neste momento existentes e já em operação e submetendo o mundo das interações humanas. Isso implica que haja um conflito de fundo entre duas visões do Direito, entre duas “teorias”, não elaboradas, mas sim presentes de alguma maneira em seus juízos.

Jesus transgride a lei de Sábado e viola seu teor literal e a interpretação que dela fazem seus administradores. No entanto, violando esta lei, Jesus não se reputa nem como delinqüente nem como hoje poderíamos pensar “desobediente civil” (quem viola uma lei injusta deliberadamente e publicamente para que *no futuro* essa lei seja derogada e alterada por outra que incorpore os aspectos reivindicados). Entretanto, os que guardam sua validade e legitimidade são seus descumpridores. Ele se entende a si próprio como

seu aperfeiçoador. Mas, para isso, estabelece o juízo de reflexividade sobre a lei, que supõe um discernimento para outro tipo de cumprimento. Para isso, rompe o universo autopoiético da lei, descentralizando-o em favor do universo dos seres humanos concretos e do povo. Para poder “cumprir” em um novo sentido, não no cumprimento literal, ritual e mortal da lei, é necessária *outra relação com a lei*, onde ela não seja um ídolo violento, mas um instrumento a serviço dos seres humanos e do povo.

Como assinala Hinkelammert, neste contexto, “a lei não é para a vida, por conseqüência, há de ser suspensa para que sirva a vida”.²⁵ Dito isto, insistimos que esta suspensão não supõe, para Jesus, uma pretensão de anulação ou de derrogação formal, em resumo de questionamento de sua validade, nem tampouco de sua legitimidade. Isso implica, para não ser autocontraditório em sua posição, outra idéia de validade, e outra idéia de legitimidade.

Se teorizamos esta perspectiva, diríamos que há duas dimensões da lei não presentes na teoria hegemônica, que poderíamos denominar uma primeira de “factibilidade social” e, uma segunda, de “factibilidade pessoal”.

Jesus interpela a aplicação da lei que supõe um jugo insuportável para o povo. Para Jesus, não pode haver um cumprimento da lei pelos seres humanos, se acontece às custas do mal-estar e da vida do povo

²⁵ *Ib.*, p. 36.

no qual ela opera. Hoje, poderíamos ver esse juízo de factibilidade social²⁶, por exemplo, em relação ao cumprimento das leis que obrigam ao pagamento das dívidas externas.

Mas também assume o ponto de vista da "factibilidade pessoal". Ainda que somente seja um ser humano particular o submetido, e portanto sua vida seja impedida por ocasião da lei, esta deve ser suspensa. Jesus cura um enfermo no Sábado, transgredindo esta lei, mas pretendendo que com isso se faça o seu autêntico reconhecimento (da lei) como possível instrumento de humanização.

Dito isso, para que a visão de Jesus seja consistente, estes outros momentos ou dimensões da lei que surgem a partir do discernimento e, portanto, da relação livre diante da lei e partindo de seu próprio juízo (e continuando essa lógica implícita na situação prática descrita), têm que estar integrados sistematicamente uns com os outros. Poderíamos considerar desde esta perspectiva:

1. Validade
2. Legitimidade
3. Factibilidade social
4. Factibilidade pessoal²⁷

Nesse contexto, desde o juízo de reflexividade uns níveis aperfeiçoaram aos anteriores, sem derogá-los, mas integrando-os numa unidade mais complexa, em um universo plural ancorado num horizonte a serviço dos seres humanos.

Não se trata por isso meramente de uma apelação ao sentido da lei, ainda que a inclua (que poderia ser entendida como uma interpretação teleológica), ou do reconhecimento de um princípio jurídico que altere o sentido da aplicação de uma norma (princípios jurídicos vs. normas), nem de um juízo moral externo ao direito que o desacredita e propugna por sua substituição mas, em última instância, de tomar as leis como sujeitas ao processo de reprodução da sociedade e de seus integrantes, e por isso que o juízo de validade e de legitimidade, integre os outros momentos de factibilidade social e pessoal.

Se forem tomados como níveis integráveis, então surge outra idéia de validade onde esta se "aperfeiçoa" a partir do nível 2, 3 e 4²⁸. Se a lei se aplica somente a partir dos níveis 1 e 2, podem ocasionar o fracasso da vida coletiva e pessoal. Dada uma lei vigente e legítima, como as que obrigam ao pagamen-

²⁶ A estabilidade e subsistência, ou seja, a factibilidade de um sistema político está também tensionada, condicionada e possibilitada pela própria factibilidade do conjunto social. A factibilidade social não se apresenta com isso como apolítica. Mas seja dito de passagem, tampouco a factibilidade pessoal está alheia ao campo da factibilidade política, podendo, em algumas ocasiões, propor um sacrifício pessoal a aceitação de uma instância política.

²⁷ Poderíamos falar, neste contexto, de uma quinta dimensão de "factibilidade ecológica" resultante de um sistema jurídico e social, mas deixamos isto de lado, por ora, em prol da brevidade.

²⁸ Desde a perspectiva contrária, podem se dar por sua vez esquemas da legalidade que prescindam de uma ou várias dimensões. Por exemplo, desde o esquema de legalidade que postula o realismo político (por exemplo, em Caifás), prescinde-se do nível de factibilidade pessoal para pretender assegurar a factibilidade social e a continuidade da lei e da instituição ("Convém que um homem morra para que o povo viva"). Um sistema de legalidade como o nazista desentende-se da factibilidade pessoal, social e da legitimidade (ou a subsume na validade).

to das dívidas, se não se tomam em consideração os níveis 3 e 4, esta deixa de "servir". O grau de bem comum haveria de ser considerado em relação à integração dos níveis 3 e 4 no universo legal-institucional que pretende girar exclusivamente ao redor dos níveis 1 e 2. Ou, dito de outra maneira, o centro de gravidade de uma sociedade onde reinasse o bem comum, como bem de todos e do todo, assenta-se sobre a potenciação da factibilidade social e pessoal que aspira à utopia de uma sociedade na qual caibam todos, e tenham vida em abundância.

Se os níveis estão desintegrados, se dá lugar a diversas formas de despotismos e de totalitarismos.

O desenvolvimento de tudo isso iria longe, pois são muitas as colocações habituais que se problematizam. O caminho não se fez sem começar. Por outra parte, é necessária a delimitação do discernimento da lei que leva a postular outras dimensões necessárias dos sistemas normativos vigentes, a respeito de categorias e questões afins e interconectadas, ainda que não reconduzíveis a meu juízo a eles, como são a objeção de consciência, a desobediência civil/insubmissão, a interpretação teleológica, a moralização do direito, o estado de necessidade, dentre outras.

A seguir, propõem-se duas figuras. A primeira (figura 1) no que seria o modelo a partir da perspectiva proposta. A segunda (figura 2) trata de expressá-la graficamente.

Como metáforas visuais, não podem ser senão instrumentos aproximativos e não representações acabadas.

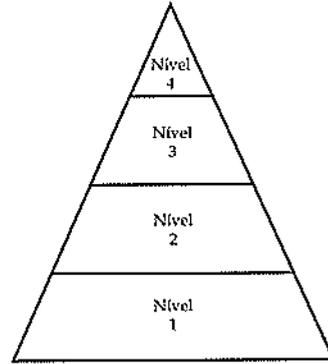


Figura 1²⁹: Representação do que não seria uma concepção complexa e integrada, mas como níveis sobrepostos.

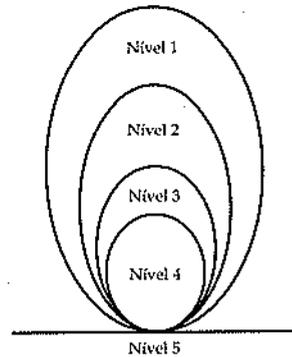


Figura 2. Nível 1: Validade-existência; Nível 2: Legitimidade-legitimação; nível 3: Factibilidade social; nível 4: Factibilidade pessoal; nível 5: Factibilidade ecológica.

Os níveis 4 e 3 (e 2) participam todos do nível 1, mas este nível da validade, em parte pode excluir os outros níveis. Quanto maior é a ex-

²⁹ Os diversos tipos de desintegração poderiam ser representados isolados. A figura 1, p. ex. valeria para expressar não somente a desintegração entre níveis como, por exemplo, o despotismo individual que não busca um lugar para todos senão à custa de todos.

clusão, maiores seriam as dificuldades para sua subsistência. O universo hegemônico da lei é descentralizado em favor dos sujeitos que se erigem no centro³⁰ da estabilidade do sistema legal. Um sistema legal pode funcionar produzindo *casualties* pessoais (n.4), subsistindo o sistema social onde se desenvolve o sistema legal. Nesta hipótese, o sistema legal tem elementos de irracionalidade (sem sentido) e de não factibilidade para as suas vítimas e para aqueles que são capazes de vê-las. Se o desenvolvimento e cumprimento de um sistema legal coloca em crise as estruturas de manutenção e reprodução do conjunto social, podemos dizer que se trata de uma ordem não estável destinada a seu próprio fracasso (por exemplo, o sistema nazista), incluindo o próprio sistema político. Se um sistema legal não tem em conta de modo suficiente a necessidade de legitimação e da legitimidade de um sistema legal, pode ter problemas de eficácia.

3 SUJEITO E MODERNIDADE

A seguir, quero apresentar algumas discussões em relação à posição dos sujeitos diante da lei, partindo da diversa posição diante da lei em Jesus e em Sócrates, mas incidindo em algumas correntes da moder-

nidade e as tensões que o processo de institucionalização jurídica e política representa para os sujeitos.

3.1 Sócrates e a lei: a impugnação do discernimento diante da lei

Voltemos, um momento, a Sócrates. Desde Sócrates, pesa uma maldição sobre quem quer julgar a lei porque está além dela. No diálogo de Platão, *Críton*, impugna a posição daquele que pretende se situar num horizonte maior que o da lei: "pensas ter direitos iguais à própria lei e que te seja permitido devolver sofrimentos por sofrimentos, pelos que eu pudera ter te fazer passar?".³¹ Não é questão de conflito entre lei civil/lei natural. Para Sócrates, a sujeição absoluta à lei está assegurada tanto civilmente como pelas leis dos deuses e

pelas exigências da razão. Todas as leis abocam o mesmo, a própria razão que discerne o justo do injusto confirma o veredicto. Sócrates não encontra saída, pois todos os caminhos lhe conduzem a sua perdição, que ele toma como vitória. A entrega à morte injusta está, para ele, hiper legitimada. Não deixa de encontrar em seu diálogo com Críton mais que poderosas razões para isso.

Sócrates é moderno? Benjamin Constant falava da liberdade dos

"...o sistema legal tem elementos de irracionalidade e de não factibilidade para as suas vítimas e para aqueles que são capazes de vê-las. Se o desenvolvimento e cumprimento de um sistema legal coloca em crise as estruturas de manutenção e reprodução do conjunto social, podemos dizer que se trata de uma ordem não estável destinada a seu próprio fracasso, incluindo o próprio sistema político. Se um sistema legal não tem em conta de modo suficiente a necessidade de legitimação e da legitimidade de um sistema legal, pode ter problemas de eficácia."

³⁰ Integrados em um circuito natural e, portanto, dependentes por sua vez da factibilidade ecológica do conjunto do sistema de ações e orientações normativas da sociedade.

³¹ Platão, *Críton o del deber. Diálogos*, Madrid, 1980, p. 34.

antigos e da liberdade dos modernos. O moderno, por exemplo, na versão jusnaturalista liberal, como depois veremos, pretende ter direitos anteriores e superiores ao Estado, de maneira diferente dos antigos que somente podiam concebê-los e realizá-los no seio da polis. No entanto, creio que a modernidade de Sócrates reside em sua capacidade de renúncia e de sacrifício em prol de uma ordem legal instituída e é indiferente para estes fins que tenha uma origem convencional/civil, natural ou divina, ou fossem exigências absolutas da razão. Dado um dever, e os direitos naturais podem ser igualmente uma fonte de dever diante de si mesmo, dos demais ou do poder que os garante, somente resta como boa solução, sua aceitação incondicional, ainda que pagando com a própria vida. A saúde do corpo não é nem sequer causa de objeção. A "moral do povo" tem um ponto de vista terreno e Sócrates, um ponto de vista celestial. Mas, em seu céu, somente há ídolos paternais³² ("patriarcais", diríamos hoje desde a crítica feminista) que permitem/exigem o sacrifício. Em seu céu estão as leis da república, os mandatos desta, as leis dos deuses, as boas razões que afirmam uma virtude desconectada das necessidades das pessoas.

O que escapa/rompe a submissão, inclusive para ser devorado pelas leis e pela república, é tido

como violência que ameaça desintegrar a continuidade da ordem social. Poderá dizer-se que os modernos, alguns, tinham uma espécie de reserva escatológica nos direitos naturais com os quais enfrentar as ameaças sociais, legais ou políticas. No entanto, o indivíduo na concepção moderna é igualmente preso num esquema legal ou racional que o obriga à mesma violência.

Entretanto, não se trata de alguém fazer-se lei, com seu caráter sacrificial, mas de ser capaz de olhar a lei de frente, como sua "igual", mas não como "o mesmo", nisso consiste a verdadeira rebelião. Quem se faz lei não se rebela, continua na mesmidade da lei, pois não produz nada novo e, portanto, é escravo da lei. O sujeito como senhor da lei não busca repetir sua violência, mas trata de superá-la.

Nesta linha, na lógica de Sócrates, o pecado de Jesus seria o da *hybris*.³³ Jesus interpela de muitas maneiras. Por exemplo, se pergunta: pode-se fazer o bem no Sábado? A interpelação desborda o funcionamento institucional e o situa como mediação que não pode ser absolutizada, senão revisada e criticada como impedimento. Fazer o bem (devolver a saúde a um sujeito) é o que, neste contexto, o leva a interpelar a lei. Pelo contrário, os guardiões da absolutização da ins-

³² "É preciso respeitar a pátria em sua cólera, ter com ela a submissão e atenção que se tem com um pai, atraí-la pela persuasão ou obedecer a suas ordens, sofrer sem murmurar tudo o que quer que se sofra, ainda quando se veja açoitado ou carregado de correntes, e que se nos enviam para a guerra para ser ali feridos ou mortos, é preciso marchar para lá, porque ali está nosso dever (...) o mesmo nos campos de batalha que perante os tribunais" (ib.).

³³ "Hybris": orgulho, altivez, insolência; ultraje, insulto, violência; dano.

"híbrido": ser soberbo, insolente, descarado; maltratar, injuriar, escarnecer; comportar-se de maneira injusta ou ofensiva. (Diccionario Griego-Español, J. M. Pabón, 17 ed., 1983).

tituição lhe imputam injúria, ultraje, em última instância, dano, porque coloca em perigo a instituição e, com isso, a segurança do povo.

A *hybris* é o que condena a Jesus, não seu pecado. No entanto, quem enfrenta a *hybris* do poder e dos administradores da legalidade é acusado exatamente daquilo que denuncia. Nem o poder nem os legalistas aceitam facilmente a reorientação das instituições em função das necessidades dos esmagados por seus mecanismos. Antes, os que se alçam contra seus despotismos são acusados de periculosidade social. Colocam-se em questão o funcionamento das instituições e estas se defendem acusando-os de perigosos não só para elas, mas sobretudo *para* a comunidade.

3.2 Fora ou dentro da lei: submissão e liberdade

A questão da submissão absoluta ou da liberdade está vinculada à capacidade para ver, e isso implica "ir para fora", ou dito de outra maneira, há que se "tomar distância". Esta distância, em seus justos limites, implica situar a lei no horizonte global da vida humana em comunidade. Esse horizonte global é a condição de possibilidade para vislumbrar a função e os limites desse funcionamento. O sujeito livre, dito em termos negativos, é aquele que não está "cego diante da lei". Esta cegueira é a incapacidade para assumir reflexivamente as limitações próprias do funcionamento da lei e a função de "serviço universal". Ao contrário, este cego é também um "obediente

total". Como "cego", não pode se orientar, está perdido e quanto guia os outros, os perde também. Perde porque seu único critério de orientação é o "cumprimento legalista da lei". Não pode interpretar, relativizar nem julgar a lei, que, "só vê por seus olhos". Mas os "olhos da lei" são como os dos baales: têm olhos, mas não vêem, ouvidos, mas não ouvem, coração, mas não sentem. Repete e aplica mecanicamente as palavras da lei, o que considera que é o "ponto de vista da lei". Ainda que dito com propriedade, não admite que haja pontos de vista, mas uma só visão: a da lei, a cujo serviço está. O "horizonte global da vida humana em comunidade", onde a lei é uma mediação a mais, não se pode perceber, porque está "dentro da lei".

Na modernidade, Montesquieu declara com a expressão que fez história: "os juízes são a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor delas". Não creio que Montesquieu fosse nenhum ingênuo. A partir daí, se gerou um grande debate sobre a função judicial. Entretanto, o que aí se postula em primeiro momento não é presumidamente uma descrição realista e ingênua do que fazem os juízes, que haveria que superar com melhores explicações do comportamento real dos juízes. É um mandato do comportamento a seguir. Os juízes hão de estar sujeitos ao horizonte da lei enquanto poder. Eles hão de ser os grandes garantidores da manutenção da lei que se antepõe a outros interesses pessoais e sociais. Se a submissão à lei viola ou-

tros bens sociais, não hão de se desviar. O postulado da pureza da lei já está aqui implicado. Dito de outra maneira, toda realidade humana, social ou natural é vista a partir da lei. Se cumprir a lei implica em colocar em perigo ou destruir vidas ou condições sociais de vida, pior para as vidas. Com a metáfora de Montesquieu, o que se afirma é que os juízes são *boca*³⁴, parte do corpo da lei. A lei, então, é o espírito do corpo (seres inanimados). Os juízes devem emprestar seus corpos e suas mentes para serem habitados pela lei. Os interesses pessoais, as crenças, as solidariedades para com os outros devem ser deslocados para se converter em executor da instituição legal a cujo serviço está. O juiz pode ser o caso paradigmático dos muitos funcionários da lei³⁵, que não *pode/deve* ter um juízo sobre a lei, mas ser seu primeiro servidor/executor.

Coloquemos um caso. O despejo da moradia da idosa de Sevilha.³⁶ Seguramente, o juiz e os funcionários sentir-se-iam mal pessoalmente por ter, primeiro que ditar sentença dando razão ao proprietário que, por um mínimo não pago a tempo, postula a sua pretensão de despejar a anciã da casa onde viveu toda sua vida. Da mesma forma que

“executou” a lei de propriedade e o contrato que ampara ao dono pela falta de pagamento, tem que ordenar a execução da sentença. Seguramente, pensaria que o dono é uma má pessoa, que se aproveitou do esquecimento da idosa para expulsá-la de sua moradia habitual e desarraigá-la nos últimos anos de sua vida. Ele não tem misericórdia, mas lhe assiste a lei que obriga ao cumprimento dos contratos. Mas o juiz, o secretário e os oficiais de justiça têm que deixar de lado seu juízo moral, seus sentimentos pessoais e sua solidariedade com a mulher para cumprir sua missão: executar a lei. Por alguma razão, “a lei é a lei”. Então, o juiz é a boca. A boca é um órgão “controlado” pelo cérebro. Claro que o juiz poderia haver ditado outra sentença. Poderia haver ponderado outros bens e valores em conflito e haver tomado outra resolução. Mas, então, romperia a interpretação ritual e formal da lei, que se decanta em direção ao lado dos que têm um poder social superior. Os proprietários estão seguros de que farão valer judicialmente com êxito seu direito de propriedade e o contrato nos mesmos termos que foram pactuados, sempre dentro da lógica do mercado.³⁷ Se há uma de-

³⁴ *Del Espíritu de las leyes*, XI, 6.

³⁵ O caso do oficial de justiça: tem que cumprir com o mandado de despejo e torná-lo efetivo. Pode, talvez, atrasá-lo algumas horas ou uns dias, dissimulando e postergando o assunto e executando outros. Mas, finalmente, não poderá demorar mais e terá que cumprir a ordem. Será obrigado pela parte vencedora e não poderia opor nada. Se quiser cumprir com seu dever profissional, terá que fazê-lo como “agente da autoridade judicial”.

³⁶ Ver anexo I.

³⁷ Digo isto porque os contratos são interpretados e resolvidos judicialmente segundo a lógica do mercado. No mercado, em termos de racionalidade liberal, uma ação se desenvolve somente se não é “antieconômica”, onde o antieconômico é aquilo cujos custos superam os benefícios para os autores (arranjo da casa). É claro do teor literal da lei de locações que a manutenção estrutural do bem imóvel é uma carga jurídica da propriedade. No entanto, esta “clareza” não é a que se aplica judicialmente ou governativamente. O descumprimento dessa obrigação legal do proprietário usualmente não se faz

mora no pagamento da renda, os proprietários se lançarão processualmente contra a arrendatária, com a certeza jurídica de que colocarão o poder do Estado de direito a seu serviço. Se, em troca, houvesse uma resolução de sinal contrário, violentar-se-ia o que o senso comum do poder atribui à literalidade da lei e que lhe permite se distanciar dela, fazer uma crítica aos preceitos a partir dos fins que pensa que devem satisfazer as leis em sua globalidade, a que situa, então, a interpretação da lei em função das necessidades sociais, ainda que a lei não lhe assista expressamente neste empenho. O automatismo da lei rege, aqui, de acordo com a lógica de mercado.

3.3 Questionamento da “supremacia” da lei

Um dos dogmas centrais da teoria jurídica moderna é a supremacia da lei. Esta supremacia pode ser mediata ou “imediate”. Na tradição hobbesiana, o poder supremo/soberano é o Estado, de quem nasce a lei. A lei é soberana diante dos súditos em virtude da soberania de quem manda. Na tradição do “estado constitucional”, todos estão sob a supremacia formal da lei, o Estado que a garante está, tal como os cidadãos, submetido à lei (desde Locke ao constitucionalismo contemporâneo ocidental). Nes-

ta segunda linha, surge a idéia “Estado de direito”, em cujo centro encontra-se o dogma do “império da lei”.³⁸ O “imperium” desloca-se, assim, do artífice da lei, o poder político soberano, à própria lei. Mas o esquema segue sustentando o pano de fundo de uma lógica imperial.

Com o modelo de relação implícito na idéia do império da lei ou da submissão à lei, o sujeito se apresenta sob o domínio da lei. A condição de sobrevivência da ordem social é o “império da lei”. Por isso, desde este esquema, a única alternativa possível: o império da lei ou o caos.

Considero que não é casual o manejo de metáforas espaciais para descrever a relação com a lei que hão de ter diversos sujeitos. Na civilização ocidental, no lugar de cima, os céus, encontra-se Deus, os deuses ou a divindade. Enquanto os mortais ocupam o espaço sob o céu: a terra. Desde o céu, governava-se/cuidava-se do destino da terra e seus seres. Quando os mitos religiosos anteriores deixam de ter centralidade política e cultural, nem por isso deixa de funcionar a metáfora espacial para explicar a relação de submissão e subordinação à vontade ou às leis de quem governa. Com o chamado processo de “secularização”, não deixa de estar presente a idéia de uma instância superior, boa em si mesma e que tem o poder de vida

governativamente. O descumprimento dessa obrigação legal do proprietário usualmente não se faz valer sempre e quando isso suponha um custo superior ao da renda obtida mediante a locação em curso por parte do proprietário. A função social dos bens, o valor de uso vinculado com a satisfação de alguns direitos fundamentais como o direito à moradia, deve ceder diante da rentabilidade em curto prazo do bem para seu dono.

³⁸ Por exemplo, a Constituição espanhola, na linha do constitucionalismo contemporâneo, afirma em seu Preâmbulo: “A Nação espanhola, desejando estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promover, no exercício de sua soberania, proclama sua vontade de: (...) Consolidar um Estado de Direito que assegure o império da lei como expressão da vontade popular” (sub. meu).

e morte sobre suas criaturas; que assume características sagradas, ainda que nem sempre se apresente em seu próprio discurso com tal aparência. Por isso, discrepo da tese generalizada de que a secularização³⁹ é um processo histórico-cultural onde se expulsa definitivamente a autoridade do sagrado, veiculada antes pelas autoridades das Igrejas cristãs, da centralidade do espaço público, incluída a legalidade e moralidade pública, para encerrá-lo na intimidade das consciências individuais e das comunidades religiosas sem transcendência pública. Em certa medida, isso se dá nestes termos. No entanto, o que geralmente não se costuma propor é que com isso o poder e a lei seguem sendo um plágio do sagrado, adquirindo em boa medida, o papel de ídolo substitutivo.⁴⁰ O processo de racionalização da origem do poder e da lei, considerada na modernidade fruto livre (imediate e mediato, respectivamente) do consentimento da sociedade leva aparelhado um funcionamento da administração do poder e da lei que exige a necessidade *prima facie* de submissão plena ao poder do Estado e cumprimento universal da lei que, em virtude do consentimento da cidadania, estes (e aqueles) estão sob o domínio da lei.

Ainda que a lei seja um produto humano, não divino, este pro-

duto produzido pelo poder com capacidade normativa, ao criá-la, gera algo que não é somente “criatura”, mas que é algo substantivado e tem melhor os atributo do criador: o poder funda-se na legalidade, esta lhe outorga o marco de validade e de legitimidade de seus atos (ainda que seja uma relação circular, na modernidade o marco da legalidade é superior funcionalmente), lhe dota de fins e valores a seguir em sua práxis, de limites que não deve ultrapassar, em função dela se julga e se condena a quem ocupa o poder. A lei é uma mediação institucional para organizar a vida em comunidade; mas na modernidade esta mediação é absolutizada/hipostasiada, ainda desprovida formalmente de origem divina: só pode estar “a serviço de”, se considerada “por cima da” comunidade. Neste sentido, continua-se na relação mítica em que se costumava apresentar a lei na tradição ocidental antiga. As metáforas espaciais seguem nutrindo de conteúdos míticos a relação com a lei. No mundo secularizado da modernidade, a lei segue ocupando o lugar divino e senhoreia sobre a vida e a morte dos submetidos terrenamente ao poder de cima. É quem dá e permite a vida e quem pode ocasionar a morte. Recordemos, mais uma vez, a título de exemplo, toda a justificação de um dos pais do constitucionalismo mo-

³⁹ Nesta linha, entre outros, Anthony Giddens assinala que “a secularização refere-se à perda de influência da religião”, em *Sociologia*, Madri, 1994. Peter L. Berger, em *Para uma teoria sociológica de la religión* (Barcelona, 1971) indica que, com este processo “as legitimações religiosas do Estado ou são totalmente suprimidas, ou subsistem como ornamentações retóricas despojadas de realidade”. Certamente, a legitimação procedente de uma religião institucionalizada poderia deixar de ser central, no entanto, nada se diz com isso da função substitutiva do sagrado que poderia desempenhar o Estado moderno.

⁴⁰ Isto é algo que, ao contrário, pode ser visualizado com grande precisão no *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* de Thomas Hobbes (1651), que merece uma consideração particular *in extenso* que agora não podemos fazer.

dero (J. Locke) da pena de morte, da escravidão, da tortura, da privação de bens para aqueles que são tidos como levantados contra a lei e que são declarados não-humanos, vidas não-humanas.

A "ação mais grandiosa jamais havida"⁴¹, o assassinato de Deus, como teatralmente descrevia Nietzsche, no entanto, não conduziu à "morte de Deus", mas à sua suplantação pelas máscaras de deus. Ao assassinar a Deus, representado desde uma lógica imperial, fruto da recepção do cristianismo pelo império romano⁴², usurpa-se seu lugar e seguem ficando os restos funcionais da violência do sagrado.

3.4 Subjetividade real do sujeito, liberdade, direitos e lei

A subjetividade e liberdade do sujeito diante da lei não podem descansar nela. O "direito a ter direitos" não pode ser uma concessão do poder político, mas seu fundamento pessoal/social. Mas nem sequer pode ser um "direito", senão que expressa uma posição que consiste numa origem "retro projetada": no princípio devem estar os sujeitos orientando os processos de institucionalização da vida social.

Na teoria jurídica moderna hegemônica, a questão aparece transformada. Porque a subjetividade é produto da lei, seja lei civil ou lei natural. Quem a lei converte em *sui iuris*, em sujeito de direito, ou em

sua forma política "cidadão", é quem pode operar no marco da lei no âmbito que esta lhe conceda. Com o reconhecimento da subjetividade jurídica "plena", ou seja, ser centro de imputação de direitos, de deveres e responsabilidades, parece que a lei "cria" o sujeito. O sujeito "natural" não é reconhecido pelo direito. Por exemplo, os escravos negros na América do Norte não eram sujeitos ainda que fossem materialmente. A Constituição norte-americana conviveu "pacificamente" com este fato até a abolição da escravidão na segunda metade do século XIX. No entanto, os negros submetidos à escravidão não começaram a serem pessoas quando lhe foi dado o estatuto da cidadania. De fato, a teoria moderna da subjetividade com transcendência jurídica, outorga o primado deste estatuto à própria construção legal e não tanto à capacidade real da pessoa para operar no Direito como tal. Desta forma, a universalidade fática da condição humana é administrada por quem tem o poder de outorgar o reconhecimento, com a conseguinte capacidade de exclusão e inclusão no círculo social dos que têm condição humana reconhecida.

Consideremos, para clarificar esta questão, três posições, representadas por Th. Hobbes (posição positivista radical); outra por J. Locke (posição jusnaturalista liberal) e, uma terceira, representada pelo barão de Montesquieu (constitucionalismo clássico).

⁴¹ NIETZSCHE, F. *La gaya ciencia*, §125.

⁴² HINKELAMMERT, Franz. *El grito del sujeto*, p. 191 e ss.

1. Th. Hobbes. *Positivismo radical*:

Para Hobbes, quando surge a lei é porque “morre” o poder “natural” do sujeito. O sujeito, para começar a viver com a lei e, portanto, sob um soberano que a sustenta e garante, despede-se de todos seus poderes e capacidade, de seu “onímodo direito a tudo”. Somente lhe é permitido o que a lei lhe atribui e concede. Para isso, tem que “despojar-se de tudo”, um nascer de novo, sendo isto graças ao soberano e para a obediência da lei. Despede-se, também, de seu conhecimento/discernimento da lei. A subjetividade real é anulada e substituída por um súdito definido pela lei. Por isso, também perde a possibilidade de julgar a lei: a lei somente pode ser obedecida e não questionada ou criticada. Se o faz, entra em uma atitude sediciosa; o que seria como se declarasse guerra à lei e ao soberano e a única resposta deste é sua destruição. E mais: a submissão à lei e não lhe opor nada é sua obrigação civil e também religiosa/cristã. A lei, quando enfrenta ao sedicioso, não lhe infere nenhuma injustiça. Porque não há justiça mais além da lei. O que se faz a partir da lei é justo e seus frutos não podem produzir injustiça.

No entanto, desde o autor do Salmo 82, denuncia-se a injustiça que cometem os príncipes e juizes. Somente se há alguém mais além da lei do soberano e da prática dos tribunais é que se pode imputar injustiça. Este “mais além” não é outra ordem normativa superior que concorre com a lei aplicada, avalia-a e lhe descredita por não respeitar seu primado; mas os outros como instância

social que, sendo também “deuses”, julgam a partir de suas vidas as injustiças que sofrem em nome da lei. A injustiça é aqui um fato fáctico, é a partir da vida impossibilitada onde se denuncia e não ainda a partir de uma lei violada. O escândalo não é a violação de uma lei “superior”, mas a violência da lei com a qual a vida é impedida. A partir desta instância da vida ameaçada, chamam e reclamam. O sujeito aqui é *nu* sujeito, não pode opor nenhum status legal porque o poder lhe foi negado. O único que tem é a “si próprio”. Desde sua nudez, situa-se em pé de igualdade com a soberania da lei (se reconstruimos o salmo, diríamos, Deus se alça *em meio* da assembléia de deuses (príncipes-juizes), para dizer aos submetidos, todos vós “sois deuses” igualmente e não deveis ser violentados).

2. J. Locke. *Jusnaturalista liberal*:

Desde o jusnaturalismo liberal, a questão da subjetividade real do sujeito tampouco aparece no Direito, pois também é uma subjetividade constituída a partir da lei. Todavia, ainda que haja uma grande convergência de fundo com o monismo positivista, a proposta é formalmente diferente. Há uma instância legal primordial que são os direitos naturais da lei natural. Para preservar essa ordem legal de caráter racional e necessário, surgem a sociedade politicamente constituída e a lei civil. A lei positiva tem como fundamento e limite os direitos naturais da lei natural. A lei e o poder, ao contrário do positivismo hobbesiano, podem cometer injustiça quando desconhecem ou alteram os

direitos naturais. A lei positiva é julgada a partir destes direitos naturais e o poder deve ser dissolvido pela "sociedade civil" (os indivíduos proprietários) quando atropelam seus direitos. Postula-se outra ordem legal concorrente a partir da qual se possa criticar a lei civil.

Aqui, o escândalo é a violação da lei natural e as pessoas são peças que dependem de seu restabelecimento (alguns deles, para que viva a lei natural terão que ser destruídos como "feras selvagens" porque eles desconhecem essa lei⁴³). Não há um sujeito que se alça frente à lei. É uma luta de legalidades a que se dá, e nesta luta de legalidades o sujeito livre não está presente porque está subsumido no indivíduo que é possuído por seus direitos naturais. O indivíduo não "tem" direitos, mas é "tido" por seus direitos. Os direitos lhe conferem um status irrenunciável, mas também um mandato irrevogável para suas ações: preservar suas propriedades, sendo seus direitos naturais uma propriedade a defender. O indivíduo não pode renunciar a seus bens, é um mandato da lei natural, e quando seus bens são afetados deve cumprir com a "sagrada lei de autopreservação". Os direitos naturais típicos (direito à própria vida, aos próprios bens, à própria liberdade) e sua preservação e acréscimo individual mar-

cam o horizonte de ação do indivíduo. A liberdade, por isso, está circunscrita no marco dos direitos individuais que não pode ultrapassar nem "descentralizar", diante de outras negações com as quais não pode/deve se solidarizar, onde não cabe reconhecer outros direitos diferentes de outros sujeitos. Tem, então, que se fazer violento para responder à violência da lei civil. É a resposta do indivíduo liberal das revoluções liberais que não pode suportar, nos séculos XVII ou XVIII, o Antigo Regime, nem, no século XX, as intromissões das democracias no mercado, limitando o exercício de seus direitos (como foi, por exemplo, o caso do Chile, entre outros muitos na América Latina). O neoliberalismo finissecular, também se levanta dentro da mesma lógica, com a resposta contra os estados democráticos que *intervêm* na economia para garantir direitos sociais e que violentam a liberdade e a propriedade dos indivíduos, que são os "verdadeiros" direitos humanos.

Há diversas manifestações de que este modelo onde a subjetividade real está subsumida em um status legal que chega a enganar, não somente aos outros, mas também ao próprio "titular".

Consideremos o caso do incêndio em uma grande loja repleta de público de um centro comercial do

⁴³ "se lhe houvesse degradado e não pertencesse já à ordem das criaturas naturais, *lhes é negada também a liberdade de julgar, ou de defender seus direitos*" §91 (sub. meu).

Paraguai, ocorrido em 1º de agosto de 2004. Quando se manifestou o incêndio, os donos (pai e filho) ordenaram o fechamento das portas de saída para evitar, segundo seu julgamento, o saque de quem na fuga do fogo aproveitaria para roubar tudo o que pudesse neste momento. Os vigilantes de segurança obedeceram e fecharam as saídas (os vigilantes cumpriram com seu dever de obediência à ordem de seus superiores na relação contratual). Houve mais de 500 mortos⁴⁴, entre mortos pelo fogo ou asfixiados. Mas também todo o gênero (não humano) foi destruído. Os proprietários trataram de cumprir com seu dever natural: proteger sua propriedade. Lamentaram as perdas humanas, ao mesmo tempo em que lamentavam a grande perda que eles haviam sofrido no gênero destruído (diante das câmeras, assinalaram este fato, lamentavam todas as perdas, mas que eles também eram vítimas pelo grande investimento que haviam perdido). Cumpriram com a lei da propriedade e perderam suas propriedades, mas, no momento, também sua liberdade. Não podiam deixar de cumprir esta lei. Que eram centenas de vidas comparadas com o cumprimento de seu dever de prote-

ger suas propriedades? Se atendermos à lógica lockeana⁴⁵, eles não estavam obrigados a ajudar a seus clientes a sair do fogo e dos gases tóxicos se com isso cerceavam seu direito de propriedade. Eles converteram-se, por arte das presunções acerca da natureza humana, em uma multitude de ladrões potenciais. Sobre os proprietários pesou a maldição do que está “dentro” da lei e, finalmente, o assassinato do outro é suicídio.

3. Montesquieu. *Constitucionalismo clássico*:

Para Montesquieu, a liberdade dos seres humanos fundamenta-se na segurança procedente da ordem jurídica: “a liberdade política consiste na segurança”.⁴⁶ Apresenta o cidadão submetido a um dilema insuperável: o de ser livre de fato⁴⁷, ou ser livre de direito. Se for livre de fato e, portanto, retiver sua condição primária, a constituição não poderá ser livre.⁴⁸ A liberdade da constituição reside em sua conformidade a uma série de condições de articulação do poder (separação de poderes) e da submissão a uma forma de legalidade que inclui certas regras a seguir no exercício do *ius puniendi* dos estados.⁴⁹ “a liberdade somente pode fun-

⁴⁴ *El país*, Madrid, 12 de Agosto de 2004.

⁴⁵ 1º: O estado de natureza é um estado de perfeita liberdade, “sem pedir permissão nem depender da vontade de nenhum outro homem” §4. 2º: cada um está obrigado a preservar-se a si mesmo e “também se verá obrigado a preservar ao resto da humanidade na medida em que lhe seja possível, quando sua própria preservação se veja ameaçada por isso; a menos que se trate de fazer justiça com quem tenha cometido uma ofensa, não poderá tirar a vida, nem entorpecê-la, nem colocar obstáculos aos meios que são necessários para preservá-la, atentando contra a liberdade, a saúde” §6. 3º: Castigo: 11§. 4º Vigência das leis naturais: “as leis municipais dos diferentes países só resultam justas quando se basciam nas leis da natureza mediante a qual devem ser reguladas e interpretadas” §12.

⁴⁶ *Del espíritu de la leyes*, XII, 2.

⁴⁷ “A liberdade natural [é a que provém da] legislação dos selvagens”, cf. XI, 5.

⁴⁸ XII, 1.

⁴⁹ “Os conhecimentos adquiridos em alguns países e que serão adquiridos em outros, sobre as regras mais seguras a observar nos juízos criminais, interessam ao gênero humano mais que qualquer outra coisa no mundo” (XII, 2).

damentar-se sobre a prática destes conhecimentos. Um homem a quem se processa e que devesse ser preso no dia seguinte seria mais livre em um Estado onde existam as melhores leis possíveis que um paxá na Turquia".⁵⁰

A liberdade "de direito", enquanto segurança do procedimento e certeza de direito, gera para este autor o benefício insuperável do automatismo que anula a arbitrariedade do poder. Uma vez alcançadas com o processo de racionalização do poder e do Direito "as melhores leis possíveis", entramos no paraíso da autêntica liberdade e segurança humanas. O automatismo com que regem as leis físicas é a imagem para que olha Montesquieu para projetar o esquema da lei na modernidade. As leis devem ter algumas características (cf. XXIX, 16), como univocidade, fixidez, clareza, não contradição, não sujeitas à arbitrariedade, responder ao "senso comum". A técnica legislativa deve aspirar a produzir boas leis que sejam aplicáveis "sem poder duvidar", que gerem certeza no direito: "é essencial que as palavras das leis suscitem as mesmas idéias em todos os homens".⁵¹

Se for produzido um direito certo, sua aplicação não é responsabilidade humana, mas a serviço da mesma lei: "nos julgamentos por delito, quem castiga é mais a lei que o magistrado". Em todo o caso, a única responsabilidade consiste em ser fiel aplicador. Como *Na colônia penal* de Kafka, a responsabilidade

do oficial é lubrificar bem a máquina para que funcione por si mesma: "Até agora intervenho eu, mas daqui em diante, o aparato funciona absolutamente sozinho".⁵² Mas o oficial tampouco é autônomo. É servidor que corre atrás da utopia da organização perfeita que alcançou o comandante. Os legisladores, na modernidade, são os artífices do direito racional e perfeito, diante do qual só cabe a admiração, o acatamento e a entrega. É impossível a consecução de um sistema de direito perfeitamente racional e certo. O debate na teoria do direito do século XX dá conta da dificuldade de tal utopia. Mas o decisivo não é que o seja, mas que se considere *como se* fosse racional e perfeito.

Diante do céu da perfeição das leis, a vida concreta, a "liberdade natural", a segurança do corpo é pura miséria que não pode entrar em consideração para que não tenha que parar a beleza da engrenagem que deve seguir seu curso, ainda que suponha o fim de seu artífice/mantenedor. A reflexividade do sujeito é dissolvida diante do monumento da lei.

3.5 Sujeito, sujeito titular e direitos humanos

Diante do que já foi exposto, vemos que é necessário distinguir entre "sujeito", "sujeito titular" e "direitos humanos". O sujeito, na origem, é todo desagregado. Primeiro, no "sujeito titular". Aqui,

⁵⁰ *Ib.*

⁵¹ XXVI, 24

⁵² KAFKA, F., Madrid, 1996, p. 7 e ss.

visualiza-se a outra face do reconhecimento de um status ativo graças ao qual recebe um mandato de comportamento que chega inclusive a colocá-lo em perigo (e também aos outros, evidentemente). A condição de "titular" subsume ao sujeito ao definir o comportamento social a ser realizado. Tem que sacrificar aos que supõe uma ameaça/agressão e tem que se sacrificar em prol da manutenção do status alcançado, podendo, inclusive, perder-se com ele. O indivíduo proprietário tem que salvar a bolsa antes da vida, ainda que a vida siga nele (podendo ser um efeito indireto, não desejado). Se distinguirmos de um lado o pólo da subjetividade e o pólo da lei, do outro, o "sujeito titular" é a "síntese" dos dois pólos, anulando a tensão estrutural entre o sujeito e a lei. Esse é, então, o problema: o sujeito, enquanto sujeito titular está inscrito no âmbito delimitado pela institucionalização legal dos "direitos humanos". De *nu* sujeito, chega-se ao reconhecimento, à legalização. Ao chegar ao pólo da legalidade, é produzida a criação do "sujeito titular" que é a síntese que desloca ao sujeito em função de uma institucionalização. Evidentemente, esta idéia de direitos humanos é expressa pelo ponto de vista hegemônico, não crítico. Mas o tema está em problematizar o ponto de vista hegemônico, pois é

onde se conforma em grande medida o processo de institucionalização dos direitos. Por isso, hoje, os "direitos humanos" chegam a ser, em si mesmos, uma grande causa de violência. Ao pretender manter a ordem institucionalizada como garantia para as sociedades, desata-se o que podemos chamar de "despotismo em nome dos direitos humanos". Com isso, se apresenta o paradoxo dos direitos humanos: sendo pretensamente instituições destinadas a proteger a vida, liberdade ou segurança dos seres humanos, podem converter-se em uma fonte de violência para eles.

Vejamos esta manifestação. Dada uma lei natural, uns "direitos naturais", ou para dizer em termos mais atuais, uns "direitos humanos", entendidos estes como "lei de cumprimento", quando estas leis são violadas, então exige sua "inversão" para o restabelecimento da lei descumprida: nenhuma liberdade para os inimigos da liberdade, nenhum direito para os inimigos dos direitos. Em termos não já de "guerra fria", mas mais atuais: guerra total contra os terroristas. Para restabelecer a ordem legal dos direitos humanos, então é lícito acabar com a vida dos culpados de sua violação, assumindo com naturalidade os chamados efeitos colaterais: as mortes em massa de inocentes.⁵³ Mas o so-

⁵³ Em 17 de Setembro de 2004, ouvia uma notícia entre as que inundam nossa cotidianidade geopolítica. Ao menos 60 civis haviam morrido no Iraque quando as tropas norte-americanas bombardearam a suposta residência do líder do Al-Qaeda no Iraque. Com certeza, já não se pedem nem desculpas e menos ainda se oferecem reparação/indenização pelo dano causado às vítimas inocentes. Em 8 de Novembro de 2004, foi lançada pelo exército norte-americano, uma operação militar de destruição da cidade iraquiana de Faluya. Era a operação "Amanhecer". Mas este amanhecer, ainda que o pretensamente piedoso Presidente dos Estados Unidos veja assim, não tem a ver com a ação do Deus dos cristãos "que faz nascer o sol sobre os bons e os maus".

frimento e o sacrifício da morte dos inocentes não são em vão, mas são para o restabelecimento dos "direitos humanos" como ordem legal.

Por isso, consideramos que os seres humanos são o limite crítico para o funcionamento da legalidade, não "os direitos humanos", pois esta categoria pode ser cooptada para um funcionamento despótico da legalidade. Claro que os sujeitos podem ser também despojados da capacidade de questionar o funcionamento da legalidade: os que são declarados maus absolutos, cúmplices ou simpatizantes daqueles que são declarados não-humanos; ou também as declaradas vítimas inocentes "não intencionais" ao serem justificadas suas mortes como fruto de ações "necessárias". Mas ao se tratar de operação de repressão, é incapaz de destruir todos os rastros de sua humanidade perdida e/ou sacrificada acidentalmente. É a volta do sujeito reprimido. Os sujeitos deixam rastro. A memória dos despojos humanos volta para mostrar a bestialidade dos vencedores.

REFERÊNCIAS

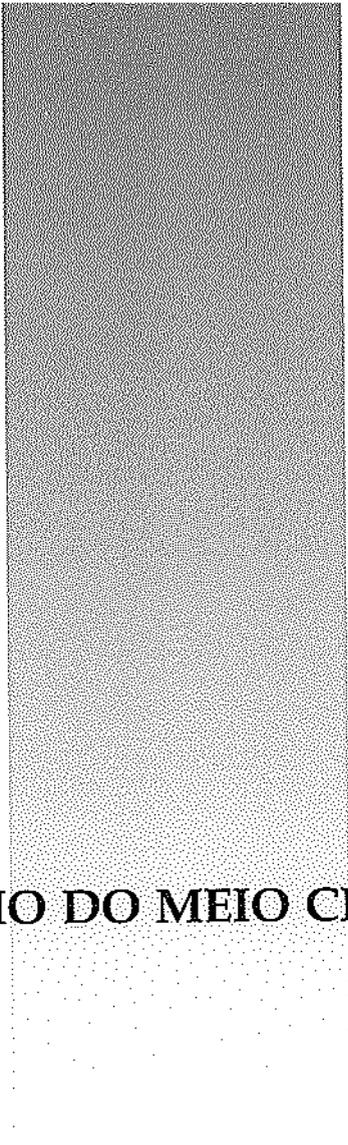
- Berger, P. *Para una teoría sociológica de la religión*. Barcelona, 1971.
- Conill, J. *El poder de la mentira*. Madrid, 1997.
- Giddens, A. *Sociología*. Madri, 1994.
- Herrera Flores, J. (Ed.). *El vuelo de Anteo: Derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao, 2000.
- Hinkelammert, F. *Grito del Sujeto: Del teatro mundo del evangelio de Juan al perro mundo de la globalización*. San José, 1999.
- _____. *Solidaridad o suicidio colectivo*. Costa Rica, 2003.
- _____. "¿Hay una salida al problema de la deuda externa?", em *El huracán de la globalización*. Hinkelammert, F. (Comp.). San José, 1999.
- Hobbes, Th. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (1651). Parte I.
- Holloway, J. *Cambiar el mundo sin tomar el poder: El significado de la revolución hoy*. 2002.
- Kafka, F. *En la colonia penitenciaria*. Madri, 1996.
- Locke, J. *Segundo tratado del gobierno civil* (1690).
- Montesquieu. *Del espíritu de la leyes*.
- Nietzsche, F. *Ecce homo: Como se llega a ser lo que es*. Madrid, 1993.
- _____. *El nihilismo: Escritos póstumos*. Península, Barcelona, 1998.
- _____. *La gaya ciencia*.
- Pabón, J. M. *Diccionario Griego-Español*, 17 ed., 1983.
- Palazoli, M. S. *El mago sin magia: Cómo cambiar la situación paradójica del psicólogo en la escuela*, Barcelona, 1996.
- Platão. *Critón o del deber: Diálogos*,

Madrid, 1980.

Tamez, E. *"Pablo y la ley en Romanos. Una relectura desde América Latina"*, Texto documentação DEI –

Departamento Ecuménico de Investigaciones. 2004.

Weber, M. *La política como vocación*, trad. F. Rubio Llorente. 2004.



TRABALHO DO MEIO CIENTÍFICO

PROTECIONISMO E LIBERALISMO NA CRISE DO DIREITO DO TRABALHO*

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira**

Resumo: O presente artigo objetiva analisar as relações contemporâneas de trabalho, desde sua origem e suas funções clássicas no Direito do Trabalho. Inicia tratando das causas e conseqüências da chamada Crise do Direito do Trabalho, identificada, nas relações entre pós-modernidade, globalização e neoliberalismo, com as crises do Estado, da Ciência, do Direito e do Trabalho e suas repercussões: a flexibilização, desregulamentação e terceirização. Enquanto alternativa à crise, duas correntes doutrinárias antagônicas: flexibilista e protecionista, aderindo a segunda corrente.

Palavras-chave: Princípio da proteção. Direito do trabalho. Flexibilização.

Abstract: The objective of this article is to analyze the contemporary relations since its origin and its classic functions in Work Law. The thesis begins with the causes and consequences of the so called Work Law Crisis that is identified, in the relations between pos-modernity, globalization and neoliberalism, with the State, the Science, the Law and the Work crisis. The repercussions of this crisis are the flexibilization, deregulation and outsourcing. There are, as crisis alternative, two doctrinal antagonistic tendencies: the flexibility and the protectionism. The article makes its option for the second one.

Key-words: Work law. Flexibility. Protectionism.

Sumário: 1 Introdução; 2 A crise do Direito do Trabalho; 3 Reflexos da crise; 4 Repensando o Direito do Trabalho; 5 Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O tempo presente é sintomaticamente um período de crise! Ao

mesmo tempo em que o trabalho pode representar a possibilidade de uma inclusão social advinda da proteção legal dos direitos sociais, pode

* Este trabalho é uma síntese da defesa de tese de ingresso no Instituto Baiano de Direito do Trabalho, ocorrida em 10/02/2006.

** Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 9ª Região, Especialista em Direito do Trabalho, Mestre em Direito pela UFBA e Doutorando em Direito pela UFPR. murilosampaio@yahoo.com.br.

também propiciar a exploração excessiva, seja pela precariedade ou mesmo pelo trabalho análogo ao de escravo. Por este confronto essencialmente contraditório, a idéia de crise da sociedade contempla seu atual momento. A etimologia do termo crise indica sua definição como conflito, tensão ou modificação brusca e intensa. Indaga-se, então, qual é o momento conflituoso vivido atualmente? Qual tensão que acomete a sociedade? Que modificação brusca se encontra?

As respostas são tão difíceis quanto as questões suscitadas, mas justamente por esta razão carecem de resoluções ou, ao menos, de tentativas de respostas. Pode-se, em linhas gerais, identificar o contexto crítico principalmente no caráter paradoxal da vida humana e suas possibilidades: ao mesmo tempo em que o homem desenvolve inúmeros instrumentos (ciência, direito e trabalho) que propiciam, além da sua autonomia perante a natureza, incontáveis possibilidades de uma vida digna, enfrentam-se, por outro lado, problemas persistentes que assolam todos os segmentos sociais, gerando medo, insegurança, guerras e incertezas.

O momento conflituoso está umbilicalmente associado à crise do Estado e das formas de se organizar a sociedade. Apesar da derrocada das experiências comunistas no leste europeu, o capitalismo sobrevivente não tem conseguido oferecer soluções e modelos de Estado que assegurem uma vida digna. Pelo contrário, tem-se visto a retomada de guerras e invasões de caráter

mundial, especialmente aquelas produzidas pelas políticas autoritárias e unilaterais dos Estados Unidos. À medida que a concepção hegemônica de Estado impõe um Estado Mínimo – não intervencionista – as garantias individuais e os direitos sociais são cada vez menos assegurados. Privilegia-se a liberdade em detrimento da igualdade.

A tensão decorrente da incapacidade do Direito moderno em regular eficaz e agilmente as relações sociais (Crise do Direito) é outro componente importante da crise. A efetividade das normas jurídicas, principalmente das normas constitucionais – justamente as mais importantes, tem encontrado cada vez mais obstáculos, os quais são produtos da cultura jurídica predominante, calcada no modelo jurídico individualista, formalista e patrimonialista, que não mais se adequa a atual sociedade plural, desigual e diferente. O acesso ao Judiciário tende a se restringir, em face da tensão entre o Direito e a realidade, ensejando o surgimento de juridicidades não-estatais e práticas pluralistas. Ademais, uma considerável parte da legislação existente é incompatível com a situação fática contemporânea, não possuindo, portanto, eficácia, enquanto inúmeras situações cotidianas, sem regulação, que resultam em conflitos; não, portanto, tem como ser solucionadas à luz das normas positivas.

A sociedade vive uma mudança brusca, decorrente dos avanços tecnológicos, que com a microeletrônica, robótica e tele-informáti-

ca, têm redimensionado as formas de viver globalmente. Tais adventos tecnológicos construíram um mundo altamente interligado com múltiplas possibilidades comunicativas, provocando aumento intenso das relações internacionais, como as trocas comerciais, culturais, entre outras. Imaginar que se esteja interligado instantaneamente a qualquer lugar deste planeta é indubitavelmente uma mudança brusca. O mundo do trabalho é inteiramente reorganizado, criando-se novas formas de execução e até mesmo se tem cogitado o seu fim, provocando uma Crise no Trabalho.

O conflito, a tensão e as mudanças bruscas conformam a *crise*, que são as circunstâncias que ocasionam a crise do Direito do Trabalho, especificamente. Destarte, pretendemos com este trabalho apresentar, em termos gerais, as concausas da Crise do Direito do Trabalho, seus reflexos e as perspectivas.

2 A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO

Para compreender a crise do Direito do Trabalho em sua integralidade, torna-se imprescindível considerar a conjuntura econômica e social que engloba esta disciplina. Nesse sentido, a série de crises da sociedade contemporânea enseja desdobramentos nas instituições basilares, como o Estado, a Ciência e o Direito. Conseqüentemente, a crise Direito do Trabalho estará

concatenada com a crise que assola a sociedade, posto que sendo o Direito uma Ciência Social Aplicada, refletirá as conseqüências das crises do Estado, da Ciência e do Trabalho. Registre-se que, tratando-se o presente trabalho de uma síntese da monografia, optamos por resumir os tópicos sobre Crise do Estado, Crise da Ciência e do Direito, primando pelo aprofundamento sobre a Crise do Trabalho.

A globalização, norteadada pelo neoliberalismo, ao promover as integrações das economias mundiais, também impõe uma redução na atuação estatal. Em verdade, estabelece como diretriz um Estado-Mínimo em contraposição ao Estado-Providência. A autonomia privada ressurgiu com força, criticando a intervenção estatal, que segundo esse pensamento, tem propiciado obstáculos para o crescimento econômico. Esse contraste entre um Estado, ainda interventor, que sofre reduções, limitações e privatizações provoca uma crise particular do Estado.

Em concomitância, os estudos científicos mais profundos têm demonstrado a própria crise da ciência, especialmente porque têm apontado seus limites. A epistemologia¹ pós-moderna desconstrói os mitos científicos da modernidade, quais sejam: o cientificismo e a neutralidade. Vislumbra-se, portanto, uma crise nos paradigmas científicos, que caminham na direção de relativizações, na compreensão de

¹ Epistemologia compreendida como teoria do conhecimento, disciplina filosófica, que pretende investigar a possibilidade, a produção, organização e validade do conhecimento científico.

que todo conhecimento é provisório, inconcluso e inacabado, ou seja, de que não existem verdades absolutas e tampouco a ciência, ou melhor, a racionalidade científica possui o monopólio na produção de verdades. Tem-se a crise na Ciência, que também repercute no Direito².

Na seara jurídica, as discussões sobre a crise do Direito são aventadas em consideração às críticas ao positivismo jurídico e do paradigma moderno do Direito³. Todas essas séries de questões conduzem à crise do Direito que, além de tributária da crise da ciência, advém da crise de efetividade das normas jurídicas, resultante tanto da dificuldade de acesso à Justiça, como decorrentes da cultura jurídica moderna individualista, positivista e formalista, inclusive gerando um distanciamento e declínio das tradicionais formas legais de composição dos conflitos, em face de uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada.

No plano do trabalho, a fábrica pós-fordista, hegemônica pelo modelo toyotista adota estratégias de fragmentação, heterogenei-

zação e externalização do trabalho. Em sua essência, o toyotismo ampara-se no contexto da complexidade-diferenciação pós-moderna, para constituir-se um novo paradigma no processo produtivo. É caracterizado por ter sua produção vinculada à demanda, desenvolvimento de produtos diferenciados, adequados aos interesses e necessidades do adquirente, resultado de ação em equipe de técnicos com multifunções e especialidades. Complementa Ricardo Antunes (2003):

O processo organizativo pós-fordista está em constante aperfeiçoamento, obtendo ganhos de produtividade em escala ascendente, por conseguinte, gerando mais riqueza. Particularmente, o toyotismo representa o sistema organizativo mais produtivo já visto e mais compatível com o contexto pós-moderno da complexidade, isto segundo os detentores dos meios de produção. Infelizmente, toda a melhoria nesses processos, especialmente o aumento de produtividade e riqueza, não tem, em contra-partida, assegurando aos trabalhadores melhores con-

“Na seara jurídica, as discussões sobre a crise do Direito são aventadas em consideração às críticas ao positivismo jurídico e do paradigma moderno do Direito.”

² A crise da Ciência, mais precisamente a transição entre racionalidade moderna e a pós-moderna, promove profícuos questionamentos aos limites e o próprio papel da Ciência. O Direito, considerado como Ciência Social, sofre, por derivação, consequências gravosas, particularmente a crítica severa ao positivismo jurídico e a cultura jurídica moderna, conforme se verá no tópico seguinte.

³ Sustenta Antônio Carlos Wolkmer que um dos fundamentos da crise do Direito é a crise da legalidade estatal, isto é, do monismo jurídico. É que justamente esta concepção de Direito não consegue mais regular ou oferecer parâmetros de resolução dos conflitos nesta nova realidade atual. Essas instabilidades ou crises sociais provocam também crises no Direito ou, nos termos de Antônio Carlos Wolkmer (1997, p. 62), “o esgotamento do modelo jurídico tradicional”. É preciso perceber que o Estado, notadamente o seu modelo atual centralizador e burocrático, não consegue mais produzir normatividades capazes de corresponder à nova organização social.

dições de trabalho ou mesmo salariais. Aliás, toda evolução da organização da produção que tem obtido aumento de produtividade não tem traduzido para o trabalhador sua contrapartida, isto é, melhoria nas condições de trabalho e vida.

Todas essas circunstâncias provocam reflexos importantes no Juslaboralismo, pois implicam redução da atuação legiferante do Estado, na redução de custos – redução de direitos e fragmentação da classe trabalhadora. De fato, o Direito do Trabalho termina sendo o direito de poucos trabalhadores. A partir de uma visão liberal, Arion Romita ilustra a crise do Direito do Trabalho como:

Inadequação dos instrumentos legislativos vigentes, imprestáveis antes às novas exigências de uma quadra econômica particularmente difícil, marcada pela recessão, pela ameaça constante do fechamento de empresas e conseqüente desemprego e pelo aviltamento do nível real dos salários, única fonte de subsistência do trabalhador e sua família. (ROMITA, 2000, p. 188).

Constata-se que as crises do Direito do Trabalho sempre estiveram correlacionadas com os momentos de crise econômica. Nesse sentido, Arion Romita (2000, p. 189) historiciza que Hugo Sinzheimer publicou artigo intitulado “A crise do Direito do Trabalho” já em 1933. Relata, também, que Polomeque Lopez caracterizou a crise econômica como “companheiro de viagem histórico do Direito do Trabalho”.

Destarte, o objetivo principal deste trabalho é caracterizar a crise do Direito do Trabalho como resul-

tante dos reflexos de três crises que acometem a sociedade: a crise do Estado; a crise da Ciência e do Direito; a Crise do Trabalho. Identificadas, ainda que rapidamente, as causas que circunscrevem a crise no Direito Laboral (Crise do Estado, Crise da Ciência e do Direito), pode-se, então, aprofundar a análise sobre a Crise do Trabalho, bem como os reflexos da crise, e entender as perspectivas que são apresentadas.

3 REFLEXOS DA CRISE

Entende-se como reflexo a reação a uma estimulação. As reações à crise do Direito do Trabalho podem ser sintetizadas no discurso da redução de custos, nas práticas flexibilizantes, na precarização do trabalho, na terceirização e na heterogeneização do trabalho.

O principal argumento utilizado para propor alterações no Direito do Trabalho é a redução de custos, que é considerada como imprescindível perante a concorrência global. Esse discurso tem encontrado intenso respaldo nos países em desenvolvimento, nos quais, contrariamente, os trabalhadores ainda estão sujeitos a intensa exploração e baixa remuneração. No Brasil, é notória a alegação de que os encargos sociais impedem novas contratações, que o trabalho é extremamente oneroso, que a legislação brasileira é excessivamente benéfica. Porém, não se chega a esta conclusão quando se compara os custos do trabalhador brasileiro com de outros países.

Ainda que considerado o custo paralelo do direito do trabalho, o custo de

mão-de-obra, no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, é baixíssimo, se comparado a outros países. Segundo informações de Arnaldo Sussekind o custo da mão-de-obra no Brasil é igual a R\$ 2,79, enquanto que esse mesmo custo no Japão é R\$ 12,84; nos EUA de R\$ 14,83; e, na Alemanha, R\$ 21,50. Relevante destacar, também, que o valor do salário mínimo no Brasil equivale a US\$ 75,00, enquanto que em outros países o valor é bastante superior: Itália, US\$ 500,00; Espanha US\$ 600,00; EUA, US\$ 680,00; Canadá US\$ 920,00; França US\$ 1.000,00; Holanda, US\$ 1.075,00; Dinamarca, US\$ 1.325,00. (SUSSEKIND, 2002, p. 59).

A segunda estratégia consiste na flexibilização. Flexibilizar é o ato de vergar-se ou curvar-se perante algo ou alguém. No entanto, os defensores da flexibilização contextualizam seu sentido como apenas flexibilidade ou adaptação da norma, face à situação econômica mundial em crise e intensa concorrência. Então, a flexibilização preconiza a redução de vantagens e direitos, permitindo que o empregador, diminuindo custos, obtenha sucesso no cenário competitivo.

Outro fenômeno que tem ascendido no contexto da crise do Direito do Trabalho é denominado comumente de desregulamentação, embora se adote, neste trabalho, por ser mais adequado, cunhá-lo como precarização (FREITAS, 2001):

A precarização é, de fato, a eliminação do Direito do Trabalho, uma vez que "torna o contrato e as condições de trabalho mais frágeis ... tornam as empresas mais livres para contratar

e dispensar empregados ... retiram do Estado atribuições relacionadas à proteção trabalhista e/ou previdenciária" (FREITAS, 2001, p. 6).

Dessa forma, pode ser considerada uma postura mais extrema do que a flexibilização porque pretende a retirada de regulamentação, delegando para a autonomia privada o estabelecimento das condições de trabalho e sua retribuição. A título de diferenciação, a flexibilização reside na seara interna do contrato, realizando redução/adaptação dentro dos termos estabelecidos no contrato de emprego, enquanto que a precarização age na seara externa do contrato, uma vez que não assegura qualquer direito ou vantagem estabelecida no contrato, por isso é chamado de contrato precário.

A Terceirização, originada no toyotismo, fundamenta-se em argumentos de ordem técnica que sustentam uma maior e melhor produtividade, por meio dessa forma organizativa da produção. A terceirização caracteriza-se pela presença de um intermediário entre o trabalhador e a empresa que usufrui dos serviços deste. Trata-se da sublocação, isto é, na terceirização a força de trabalho não é locada diretamente à empresa que recebe o resultado do trabalho, mas inicialmente locada a um terceiro, que subloca a uma outra empresa, que corresponde à tomadora dos serviços.

É preciso desvelar que a terceirização compreende uma estratégia externalizante. Com efeito, repassa para uma terceira a responsabilidade por uma etapa do processo

produtivo, e, por consequência, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias. Registre-se que também possibilita um regime de diferenciação entre os empregados diretos e os terceirizados, confirmada pela distinta representação sindical e inclusive com parâmetros salariais incompatíveis. Propicia, então, o surgimento de pequenas empresas ao redor da tomadora, sem idoneidade, incorrendo, geralmente, no inadimplemento dos créditos trabalhistas:

Mas existe outro detalhe importante. Na verdade, como vimos, o que a empresa faz é um duplo movimento. Ela expulsa o trabalhador protegido e o retorna sem proteção, seja por meio de terceirizações internas, como por meio das externas (VIANA, 2002, p. 785).

Além desses problemas, a terceirização representa o enfraquecimento da categoria e dos sindicatos de trabalhadores, pois dificulta a organização associativa. No sistema jurídico brasileiro, o enquadramento sindical é definido pela atividade econômica predominante da empresa, que implica dizer que os trabalhadores terceirizados não têm direitos às vantagens coletivas praticadas nas empresas tomadoras dos serviços, pois seu vínculo não é com essa empresa que terceiriza o serviço, na qual ele trabalha, mas sim com uma terceira, que comumente tem

como atividade econômica a prestação de serviços ou locação de mão-de-obra.

Percebe-se, então, que há imediatamente uma exclusão das vantagens normativas, não obstante o trabalhador terceirizado exercer uma função que, se não houvesse o vínculo interposto com uma terceira, lhe garantiria as mencionadas vantagens. Há, também, uma dispersão da categoria de prestadores de serviços que dificulta a formação ou o fortalecimento de um sindicato que possa representar e pleitear melho-

ria nas condições de trabalho. Portanto, o modelo terceirizante e toyotista é nitidamente anti-sindical e prejudicial ao trabalhador, criado com o intuito de reduzir salários e enfraquecer os sindicatos. Nesse sentido,

[...]a quebra do movimento operário se ex-

plica pela terceirização. Foi ela a arma secreta que o capitalismo (re)descobriu ou (re) inventou. Ela permite resolver a contradição entre a necessidade do trabalho coletivo e a possibilidade de resistência coletiva (VIANA, 2002, p. 789).

Por fim, verifica-se que, como último reflexo da crise do Direito do Trabalho, o mundo do trabalho é atualmente caracterizado pela heterogeneização das formas de trabalho, particularmente com o decréscimo do trabalho classicamente assalariado, o emprego. Frise-se que a redução do emprego em favor de relações supos-

"É preciso desvelar que a terceirização compreende uma estratégia externalizante. Com efeito, repassa para uma terceira a responsabilidade por uma etapa do processo produtivo, e, por consequência, a responsabilidade pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias."

tamente autônomas ou precarizadas importa em exclusão de um imenso contingente de trabalhadores do sistema protetivo trabalhista, social e previdenciário. Esse novo mundo do trabalho criou, conseqüentemente, uma classe trabalhadora, assim definida por Antunes:

Essas mutações criaram, portanto, uma classe trabalhadora mais heterogênea, mais fragmentada e mais complexificada, dividida em trabalhadores qualificados e desqualificados do mercado formal e informal, jovens e velhos, homens e mulheres, estáveis e precários, imigrantes e nacionais, brancos e negros, etc., sem falar nas divisões que decorrem da inserção diferenciada dos países e de seus trabalhadores na nova divisão internacional do trabalho. (2000, p. 184).

Assim, a heterogeneização implica a conformação de um mundo do trabalho plural, diferenciado, multifacetado e difuso. Vejamos a referida pluralidade nas possibilidades de trabalho no mundo contemporâneo:

Encontramos entre essas formas o trabalho temporário, o estágio, o trabalho em tempo parcial, autônomos, falsos autônomos, cooperados, trabalhadores organizados em forma empresarial, eventuais, avulsos, free-lancers, domésticos, diaristas, horistas, empreiteiros, subempreiteiros, trabalhadores com emprego partilhado (job sharing), trabalhadores a distancia, contrato de solidariedade externo ou expansivo, trabalhadores engajados em contratos civis, etc. (CARELLI, 2004, p. 17).

Pode-se, portanto, analogicamente dividir o mundo do trabalho

em dois grupos de trabalhadores: os incluídos, com perfil de profissional especializado e/ou detentor de técnica, contratados nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, embora representem um pequeno contingente no total dos trabalhadores; os excluídos, os demais não englobados no tipo anterior e que não se configuram como autônomos, por não ter perfil especializado, sendo submetidos a contratações precárias ou mesmo a uma relação civil de prestação de serviços, na qual prevalece a hiper-exploração, em razão de que cabe aos trabalhadores todo o risco e custo da atividade, não obstante seja da empresa contratante a possibilidade de fixação da retribuição. O modelo toyotista pretende, então, "em vez de incluir, excluir – empregados, direitos, políticas sociais, etapas do processo produtivo." (VIANA, 2002, p. 779).

4 REPENSANDO O DIREITO DO TRABALHO

Como visto, o contexto crítico que perfaz a crise do Estado – decorrente da globalização e do neoliberalismo, a crise da ciência – advinda das críticas pós-modernas ao cientificismo e o positivismo, a crise do Direito – inserta na crise da ciência, mas acrescida das críticas ao formalismo, patrimonialismo e individualismo, e a crise das formas tradicionais de trabalho, notadamente o emprego, engendram a crise do Direito do Trabalho, uma vez que atingem seus pilares principais, quais sejam, o Estado, o Direito e o Trabalho. Márcio Túlio Viana assinala:

Para um regime instável de hoje, um direito precário, fragmentado, quebradiço. Um direito que poderia até ser chamado de pós-moderno, posto que pragmático, caótico, oscilante. Mas que nem por isso deixa de ter uma diretriz: quer se estabilizar na instabilidade, quer flexibilizar para endurecer [as formas de exploração do trabalhador]. Afinal, a empresa exige redução de custos, e um de seus custos é o próprio direito (VIANA, 2004, p. 169).

Constata-se, no plano jurídico, que os efeitos da crise do Direito do Trabalho são confirmados pela adoção da flexibilização, precarização e sub-contratação (ou terceirização), ressaltando-se a heterogeneidade das formas de trabalho. A título de perspectivas, têm-se identificado tendências ou alternativas para o direito laboral. A grosso modo, pode-se agrupá-las em duas direções: liberalizantes e protecionistas.

Esse primeiro grupo sugere que as relações de trabalho devem ter uma maior liberalização na tutela do empregado, afrouxando ou diminuindo a proteção ou mesmo as vantagens estabelecidas na lei ou nas estipulações coletivas ou individuais no contrato de trabalho. Pregam, conseqüentemente, a prevalência da autonomia privada em detrimento da legislação trabalhista, sustentando que seria esta a única forma de garantir empregos diante da competitividade global e das novas formas produtivas.

O sentimento que inspira essa liberalização pode ser representado na afirmativa de Maurice Cohen (apud ROMITA, 2000, p. 185): "O volume do Código de Tra-

balho engrossa continuamente, enquanto diminui o número de trabalhadores aos quais ele se aplica".

Percebe-se que esse pensamento conduz o Direito do Trabalho de retorno ao plano da igualdade de partes, que caracteriza o Direito Civil. A opção por este modo de conceber o juslaboralismo, importa, de fato, na própria anulação da autonomia do Direito do Trabalho, gerando sucessivamente sua destruição, eis que negaria a sua função eminentemente protetiva do trabalhador, que é a característica essencial.

Portanto, a liberalização, que inspira a flexibilização, a precarização e a terceirização, se levada a cabo integralmente, provocará o fim do Direito do Trabalho, porque ao aplicar ao empregado e ao empregador a igualdade civilista, além do retrocesso, estaria ignorando – como almejam seus defensores, a função de proteção dos trabalhadores ante a exploração existente no trabalho subordinado.

O pensamento protecionista é ainda hegemônico, mas encontra-se mitigado por posturas moderadas, que têm aceitado a flexibilização, a precarização e a terceirização, desde que observados certos limites. O fundamento desse protecionismo é originado diretamente na exploração do trabalho na sociedade capitalista que impõe ao trabalhador uma condição mais fraca e dependente. Além desse fundamento, há que se destacar que a dignidade humana é o fundamento maior dos ordenamentos jurídicos contemporâneo, que no Direito do Trabalho atrai a proteção ao trabalhador.

Nesse sentido, não se pode comparar ou tratar igualmente o trabalhador, ainda hipossuficiente, e por conseqüência fraco e dependente do trabalho para assegurar sua sobrevivência, com o empregador que detém o poder de admitir e despedir numa conjuntura de altos índices de desemprego e de exclusão social. Com razão Luiz Otávio Renault ao dizer que:

O Direito do Trabalho não se convence do argumento corriqueiro atualmente rechaçado em acanhada proporção até pelo novo Código Civil, que entrou em vigor no dia 11.1.2003, de que todo homem é livre e igual, capaz em direitos e obrigações, por isso apto a celebrar e a cumprir o contrato que desejar com as cláusulas que bem entender, sem dirigismo estatal, sem preocupação com a difusa destinação social do contrato. (RENAULT, 2004, p. 66).

A reestruturação produtiva, as novas tecnologias e a diminuição da intervenção estatal não têm provocado melhoria nas condições de trabalho e remuneração na atualidade, o que mantém a condição de hipossuficiência dos trabalhadores, reafirmando a necessidade de proteção. Depara-se, ao revés, não com trabalhadores dependentes, em larga escala, proveniente da grande fábrica no Estado do Bem Estar Social, mas encontra-se precisamente uma fragilidade difusa, heterogênea

e complexa, dificultando a organização coletiva desses trabalhadores e sua capacidade de reivindicação, que têm que conviver com o aterrorizante desemprego.

Urge confirmar a dignidade humana. Na análise de documentos normativos (Carta Internacional dos Direitos Humanos e Constituição Federal) pode-se identificar uma filosofia subjacente aos direitos humanos, centrada na dignidade essencial do homem, que impede toda forma de instrumentalização do ser humano (coisificação). Sendo assim, as modificações nos processos

"A reestruturação produtiva, as novas tecnologias e a diminuição da intervenção estatal não têm provocado melhoria nas condições de trabalho e remuneração na atualidade, o que mantém a condição de hipossuficiência dos trabalhadores, reafirmando a necessidade de proteção."

produtivos advindos dos avanços tecnológicos, a reestruturação produtiva e a redução de custos têm que observar esses preceitos, devendo, ainda, ser compromissárias da reinvenção da concepção de trabalho, como expressão de dignidade humana.

Em consonância com uma postura protecionista, sustenta-se que o Direito do Trabalho urge em ser repensado, com o objetivo de conferir maior efetividade na proteção aos empregados e ampliar-se para ofertar proteção aos trabalhadores heterogêneos e diferenciados, mesmo que, para esses últimos, se instale uma tutela menor do que para os empregados. Considerando que a ontologia do juslaboralismo se adstringe ao protecionismo, os princípios do Direito do Trabalho devem assumir dimensão mais ampla e compatível com uma sociedade em

transição para o pós-fordismo e para a pós-modernidade.

Repensar o Direito do Trabalho implica compreender que as inovações tecnológicas e a reestruturação produtiva forjaram uma crise no conceito clássico de subordinação. Diga-se, de passagem, que a fuga à subordinação tradicional é notadamente um movimento intencional, pois procura fugir da tutela trabalhista da relação empregatícia, visando à redução das despesas.

Forçado à autonomia, o trabalhador não chega a ser autônomo de fato: mesmo em seu micro-negócio, carrega um estigma de desempregado. Aliás, muitas vezes, continua a ser um verdadeiro empregado, pois a relação de dependência não termina: apenas se desloca e se traveste (VIANA, 2004, p. 185).

Precisa-se, então, resgatar a essência do Direito Laboral advinda de sua gênese. Na análise da origem do Direito Trabalho, pode-se encontrar seu sentido e sua ontologia, que teve surgimento a partir das ações e reivindicações da coletividade dos trabalhadores. No contexto em que a igualdade jurídica era basilar, o Direito do Trabalho afirma a desigualdade como fundamento de sua existência, inferindo a necessidade da proteção do hipossuficiente. No dizer de Arnaldo Sussekind (2003) "é o produto da reação verificada no século XIX contra a exploração dos assalariados por empresários". A atual realidade repete os dilemas de surgimento do Direito do Trabalho: a excessiva exploração do trabalhador por formas distintas da relação de emprego, com a agravante de relativizar o conceito de subordinação jurídica.

Precisa-se, então, resgatar a essência do Direito Laboral advinda de sua gênese. Proveniente, diretamente, do mundo fático, o Direito do Trabalho nasceu com eminência e particularidade na seara jurídica.

É mister, então, repensar o Direito do Trabalho para encontrar novos parâmetros e fundamentos que justifiquem sua existência, uma vez que o discurso liberalizante sugere, em contra-senso, a sua redução ou o seu fim.

Destarte, a superação da crise, numa vertente protecionista, deve ser executada pela ampliação ou expansionismo do Direito do Trabalho. Orlando Gomes e Elson Gottschalk já esboçavam uma projeção, quando se referem à noção de expansionismo no Direito do Trabalho, *ex vi*:

O expansionismo do Direito do Trabalho manifesta-se em sua tendência de alargamento de suas fronteiras, quanto às pessoas que devem reger. Esta tendência contemporânea se explica essencialmente pelo fato de ser o Direito do Trabalho uma legislação de proteção aos economicamente débeis. (2005, p. 34).

Portanto, sustenta-se que a perspectiva futura do Direito Laboral deve-se coadunar com sua ontologia originária: a proteção ao ser humano. Partindo dessa premissa de proteção ao homem, o Direito do Trabalho não pode silenciar acerca das diversas formas de trabalho não-subordinado atuais que afetam assustadoramente a dignidade do homem. Urge, assim, a releitura do Direito do Trabalho, para que este assegure a proteção a esses trabalhadores.

Em termos conclusivos, defende-se a manutenção da tutela do empregado e a necessidade de invenção de novas tutelas para os trabalhadores heterogêneos e diferenciados são indicativos para a superação da crise do Direito do Trabalho. Todavia, a ontologia juslaborista – que inspira a expansão do Direito do Trabalho, indica que a proteção ao trabalho é a própria proteção do homem e de sua dignidade e que, portanto, não deve se restringir a somente uma categoria de trabalhadores, os empregados. Enfim, assegurar proteção ao todo e qualquer tipo de trabalho é assegurar proteção ao homem e sua dignidade, valor maior da Constituição e da própria sociedade.

5 REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** 7. ed. São Paulo: Cortez, Universidade Estadual de Campinas, 2003.
- AZNAR, Guy. **Trabalhar menos para trabalharem todos.** São Paulo: Página Aberta, 1995.
- CARELLI, Rodrigo Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTr, 2004.
- DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Novos contornos da relação de emprego diante dos avanços tecnológicos. São Paulo: **Revista LTr**, v. 67, n. 5, p. 545-555, maio, 2003.
- DE MASI, Domenico. **Desenvolvimento sem trabalho.** São Paulo: Ed. Esfera, 1999.
- FREITAS, Carlos Eduardo. **Precarização e leis do trabalho na era FHC.** São Paulo: CUT, 2001.
- GOMES, Orlando, GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho.** 17. ed. Atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. Pai, afasta de mim esse cálice. São Paulo: **Revista LTr**, v. 67, n. 12, p. 1424-1442, dez. 2003.
- MARX, Karl. **Contribuição à crítica da Filosofia do Direito de Hegel.** In Manuscritos Econômicos Filosóficos. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **Crise do Direito do Trabalho.** Monografia de especialização em Direito do Trabalho. Salvador: Fundação Faculdade de Direito, 2004.
- _____. Repensando o Direito do trabalho. **Jornal a Tarde**, Salvador, 17 out. 2004, Judiciárias.
- PEDREIRA, Luiz Silva de Pinho. Os Princípios do Direito do Trabalho em face da Globalização In FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (Org.). **Presente e futuro nas relações de trabalho.** São Paulo: LTr, 2000.
- PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios do Direito do Trabalho.** São Paulo: Ltr, 1978.
- RENAULT, Luiz Otávio Linhares. O

Direito do Trabalho? *In* PIMENTA, José Roberto Freire (Org.). **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

ROMITA, Arion Sayão. A flexibilização das leis do trabalho em debate: choque e correntes. *In* FILHOFRANCO, Georgenor de Souza (Org.). **Presente e futuro nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 6. ed. São Paulo: Cortez Editora, 1999.

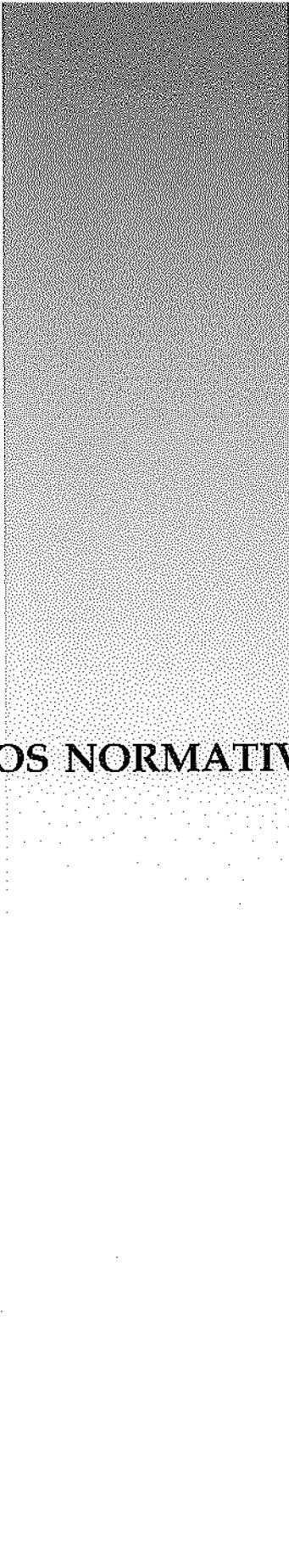
SÜSSEKIND, Arnaldo. O futuro do Direito do Trabalho no Brasil. São Paulo: *Revista LTr*, v. 64, n. 10, p. 1231-1235, out. 2000.

TRINDADE, Washington Luiz da. O globalismo e a macdonaldização das relações jurídicas. São Paulo: *Revista LTr*, v. 64, n. 12, p. 1504-1507, dez. 2000.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do jurídico. São Paulo: *Revista LTr*, v. 64, n. 7, p. 775-790, jul. 2003.

_____. Proteção social do trabalhador no mundo globalizado. *In* PIMENTA, José Roberto Freire (Org.). **Direito do Trabalho: evolução, crise, perspectivas**. São Paulo: LTr, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 2. Ed. São Paulo: Alfa Ômega, 1997.



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Assento Regimental n. 8, de 6 dez. 2007. DOE 7 dez. 2007, p. 1
Acrescenta o parágrafo único ao art. 130 do Regimento Interno.

Assento Regimental n. 9, de 6 dez. 2007. DOE 7 dez. 2007, p. 1
Transforma o parágrafo único do art. 60 em parágrafo primeiro. Acresce os parágrafos segundo e terceiro ao art. 60 do Regimento Interno.

Assento Regimental n. 1, de 9 jan. 2008. DOE 16 jan. 2008, p. 1
Adota a denominação de desembargador Federal do Trabalho para o cargo de juiz de segundo grau.

Assento Regimental n. 2, de 11 mar. 2008. DOE 13 mar. 2008, p. 1
Normatiza a participação dos Juízes Auxiliares designados para Atuar em nos Gabinetes dos desembargadores da Administração nos Órgãos Fracionários do TRT da 15ª Região.

Ato GP/CR n. 17, de 10 dez. 2007. DOE 14 dez. 2007, p. 3
Garante o direito de defesa às empresas em processo de sucessão.

Ato Regulamentar GP n. 15, de 27 nov. 2007. DOE 5 dez. 2007, p. 1
Institui a Política de Segurança da Informação no âmbito do TRT da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP n. 2, de 9 jan. 2008. DOE 22 jan. 2008, p. 1
Cria o serviço judiciário itinerante e regulamenta sua instalação.

Ato Regulamentar GP n. 4, de 20 fev. 2008. DOE 14 mar. 2008, p. 1
Dispõe sobre a concessão de Auxílio-Transporte aos servidores do TRT da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP n. 7, de 13 mar. 2008. DOE 19 mar. 2008, p. 1
Estabelece os critérios e procedimentos para a concessão do Adicional de Qualificação aos servidores do TRT da 15ª Região.

Comunicado DGCA n. 8, de 28 fev. 2008. DOE 18 mar. 2008, p. 1
Comunica aos servidores deste Tribunal, em exercício neste ou em outros Órgãos, bem como os servidores requisitados, em exercício provi-

sório e removidos de outros Órgãos, os procedimentos para apresentação da declaração de Imposto de Renda, exercício 2008 (ano calendário 2007), e dá outras providências.

Comunicado GP n. 66, de 4 dez. 2007. DOE 5 dez. 2007, p. 1

Comunica que as Secretarias do Tribunal, Judiciária e das Turmas deixarão de notificar as partes e seus procuradores, no período de 10 a 19 de dezembro do corrente ano, sem prejuízo das notificações relativas às medidas urgentes, e ainda, que as notificações serão retomadas imediatamente após o recesso. Torna sem efeito o Comunicado GP n. 65/2007, publicado em 4.12.2007.

Comunicado GP n. 4, de 9 jan. 2008. DOE 16 jan. 2008, p. 1

Fixa o valor máximo dos honorários periciais para casos de justiça gratuita.

Comunicado GP n. 6, de 21 jan. 2008. DOE 29 jan. 2008, p. 1

Republicado no DOE 6 fev. 2008, p. 1
Comunica, nos termos do art. 22, XXVI, do Regimento Interno do TRT da 15ª Região, as listas de antigüidade dos Magistrados que integram este Regional, aprovadas pelo Egrégio Tribunal Pleno em Sessão Administrativa realizada em 06.12.2007.

Comunicado GP n. 9, de 25 jan. 2008. DOE 8 fev. 2008, p. 1

Altera parcialmente o procedimento para pagamento de honorários periciais em casos de justiça gratuita.

Comunicado GP n. 21, de 3 abr.

2008. DOE 14 abr. 2008, p. 1

Republicado nos DOEs 14 e 23 abr. 2008

Comunica aos Excelentíssimos Senhores Desembargadores e Juízes os procedimentos para protocolar cópia da declaração de Imposto de Renda apresentada à Receita Federal, exercício 2008 (ano calendário 2007), e dá outras providências.

Portaria n. 4, de 24 jan. 2008. DOE 28 jan. 2008, p. 1

Torna público o Relatório de Gestão Fiscal desta Corte.

Portaria CR Única, de 6 dez. 2007. DOE 10 dez. 2007, p. 1

Republicada no DOE 12 dez. 2007
(Consolidação das Normas da Corregedoria, Cap. "ORD", art. 10)
Divulga os Feriados Municipais a serem observados no ano de 2008 nos Órgãos de primeira instância do TRT da 15ª Região.

Portaria GP n. 32, de 21 dez. 2007. DOE 7 jan. 2008, p. 1

Dispõe sobre o ressarcimento de despesas com passagem, combustível e pedágio, a servidores e juízes que se deslocarem para outra localidade, no interesse da Administração, por meio de transporte próprio ou coletivo.

Portaria GP n. 2, de 11 jan. 2008. DOE 21 jan. 2008, p. 1

Republicada no DOE 3 mar. 2008.
Regulamenta os serviços de saúde no TRT da 15ª Região. Revoga a Portaria GP n. 21, de 18.07.1991, e art. 3º e seu parágrafo único da Portaria GDG n. 20, de 26.05.1998.

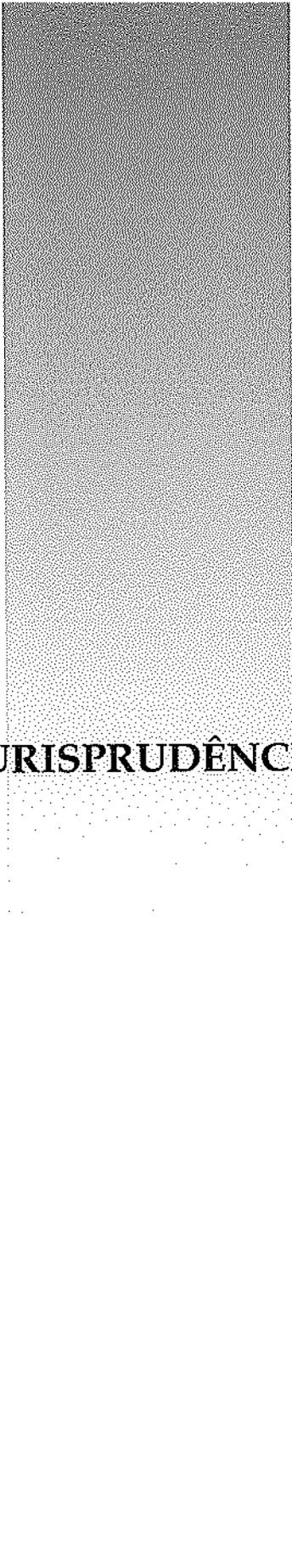
- Portaria GP n. 3**, de 22 jan. 2008. DOE 30 jan. 2008, p. 1
Altera a Portaria GDG n. 02/1995, que disciplina o uso do Suprimento de Fundos e o estende à 1ª instância deste Tribunal e dá outras providências.
- Portaria GP n. 5**, de 31 jan. 2008. DOE 1º fev. 2008, p. 1
Revogada pela Portaria GP n. 11/2008, de 31.03.2008.
Determina, no âmbito da 15ª Região, a suspensão dos feitos em que sejam partes a União, as autarquias e fundações públicas federais, a partir da publicação desta Portaria, até que se encerre a greve.
- Portaria GP n. 6**, de 6 fev. 2008. DOE 11 fev. 2008, p. 1
Dispõe sobre a delegação de competência ao Diretor-Geral de Coordenação Administrativa.
- Portaria GP n. 7**, de 6 fev. 2008. DOE 11 fev. 2008, p. 1
Dispõe sobre a subdelegação de competência aos Diretores de Pessoal, de Saúde, Administrativa e de Orçamento e Finanças.
- Portaria GP n. 8**, de 19 fev. 2008. DOE 28 fev. 2008, p. 1
Regulamenta a centralização de recebimento de notificações pela empresa Companhia de desenvolvimento Habitacional e Urbano do Estado de São Paulo – CDHU.
- Portaria GP n. 10**, de 25 mar. 2008. DOE 1º abr. 2008, p. 1
Fixa em R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais), a partir de 1º.01.2008, o valor mensal do benefício de Auxílio Alimentação, de que trata a Resolução Administrativa n. 5/1997.
- Portaria GP n. 11**, de 31 mar. 2008. DOE 3 abr. 2008, p. 1
Revoga a Portaria GP n. 5/2008.
- Portaria GP/CR n. 13**, de 7 abr. 2008. DOE 14 abr. 2008, p. 1
Determina a suspensão do expediente no edifício-sede deste Tribunal no dia 02.05.2008. Prorroga para o primeiro dia útil subsequente os prazos que vencerem nessa data. Transfere o plantão judiciário dos dias 1º, 02, 03 e 04, bem como dos dias 17, 18, 24, 25 e 31.05.2008 e 1º.06.2008 para o Fórum Trabalhista de Campinas.
- Provimento GP/CR n. 1**, de 9 jan. 2008. DOE 16 jan. 2008, p. 1
Altera os Capítulos “PET” (do Registro de Petições), “NOT” (das Notificações e Intimações) e “AUT” (da Autuação de Processos) na Consolidação das Normas da Corregedoria, em razão do procedimento relativo ao pré-cadastro (PRECAD), distribuição e autuação das petições iniciais.
- Provimento GP/CR n. 3**, de 31 mar. 2008. DOE 1º abr. 2008, p. 1
Dispõe sobre a instalação do serviço de Justiça Itinerante, como posto avançado do Fórum Trabalhista de Araraquara, no Município de Américo Brasiliense, e dá outras providências.
- Resolução Administrativa n. 1**, de 20 fev. 2008. DOE 25 fev. 2008, p. 1
Republicada nos DOEs de 27 e 28 fev. 2008

Aprova Súmula n. 23 da Jurisprudência dominante do TRT da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 2, de 11 mar. 2008. DOE 13 mar. 2008, p. 2 Altera a Resolução Administrativa n. 1/2007, que regulamenta as autorizações para que Magistrados do TRT

da 15ª Região residam fora das respectivas jurisdições.

Resolução Administrativa n. 3, de 11 mar. 2008. DOE 13 mar. 2008, p. 1 Regulamenta o uso do Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, no âmbito do TRT da 15ª Região.



JURISPRUDÊNCIA

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

1 - DECISÃO QUE ALTERA EX OFFICIO

Os termos de acordo homologado em Juízo, exigindo o cumprimento de obrigação que não consta do título exequendo, viola direito líquido e certo da impetrante ao devido processo legal, garantido pela CF em vigor (art. 5º, LIV, CF/1988). TRT/SP 15ª Região 1978-2006-000-15-00-0 - Ac. 1ªSDI 64/08-PDI1. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 18 jan. 2008, p. 4.

2 - MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRA ATO JUDICIAL. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO, AINDA QUE COM EFEITO DIFERIDO. NÃO CABIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, II, LEI N. 1.531/1951

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. 1.533/1951). Nesse sentido, já firmou, há muito, o C. STF entendimento segundo o qual não

cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição (Súmula n. 267), tese compartilhada também pelo Egrégio TST, ao editar, mais recentemente, sua Of SDI-II n. 92, que estabelece que não cabe mandado de segurança contra decisão judicial passível de reforma mediante recurso próprio, ainda que com efeito diferido. TRT/SP 15ª Região 1111-2007-000-15-00-6 - Ac. 1ªSDI 34/08-PDI1. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DOE 18 jan. 2008, p. 3.

3 - PENHORA. DE 30% DOSSALÁRIOS OU PROVENTOS DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE

A interpretação que relativiza a impenhorabilidade dos salários e dos proventos de aposentadoria se faz conforme a Constituição, que tem na dignidade humana um fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/1988). Além disso, preserva-se tanto a sobrevivência do executado (art. 620 do CPC), não se deixando de atender também às necessidades urgentes do trabalhador que, no mais das vezes, aguarda, com ansiedade, o

resultado prático da ação trabalhista que lhe foi favorável. O resultado prático é, sem delongas, a satisfação de seu direito já declarado. Tal solução, ainda, dá maior credibilidade às decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Certa de que a tradição jurídica tem de dar lugar a efetivação dos direitos constitucionais, cuja inspiração, mais do que a tradição, repousa em preceitos de direito natural, de distribuição de justiça e anteriores à própria tradição é que esta Relatora mantém a determinação exarada na origem, por meio da qual se permite a penhora de 30% do valor existente na conta-salário/aposentadoria da impetrante. TRT/SP 15ª Região 1358-2007-000-15-00-2 - Ac. 1ª SDI 982/07-PDI1. Rel. Desig. Mariane Khayat. DOE 30 nov. 2007, p. 3.

4 - PREVENÇÃO DE OUTRA RELATORIA LITISPENDÊNCIA. FERROBAN. DECISÃO PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA RELATIVO À DECISÃO EXARADA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO CABIMENTO

Não há falar em litispendência, nos termos do art. 104 da Lei n. 8.078/1990, diante do disposto no art. 21 da Lei n. 7.347/1985 e parágrafo único do art. 8º da CLT, os quais estabelecem

que não induzem litispendência, para ações individuais, as ações coletivas previstas nos incisos I e II, parágrafo único, do art. 81 da referida lei. O fato de existir, além deste, um outro mandado de segurança, que discute decisão proferida em ação civil pública, não impede o interessado de, individualmente, ajuizar reclamatória trabalhista para defesa de seus direitos e, muito menos, constitui óbice à concessão de antecipação da tutela nessa mesma ação individual, pois isso afrontaria o direito individual do cidadão de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República). MANDADO DE SEGURANÇA. FERROBAN. EXTINÇÃO DO FEITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA RATIFICADA POR SENTENÇA PROLATADA NA RECLAMATÓRIA TRABALHISTA, QUANDO AINDA EM CURSO A AÇÃO DE SEGURANÇA. PERDA DO OBJETO. Sendo confirmada a prolação da sentença nos autos da reclamatória trabalhista, resta inequívoca a perda do objeto desta ação de segurança, contra ato que concedera tutela antecipada naquela, na conformidade do que dispõe a Súmula n. 414, inciso III, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 631-2007-000-15-00-1 - Ac. 1ª SDI 19/08-PDI1. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 18 jan. 2008, p. 3.

DIREITO MATERIAL

5 - AÇÃO DE CUMPRIMENTO. AJUIZADA PELO SINDICATO COMO SUBSTITUTO PROCESSUAL. PRESCRIÇÃO

A substituição, ou sub-rogação processual, torna aplicável à ação de cumprimento o prazo prescricional próprio dos créditos trabalhistas, previsto no art. 7º, XXIX, da CF. Os trabalhadores cujo direito se pleiteia através do sindicato não podem ficar em situação de vantagem ou desvantagem com relação aos empregados que optarem pela ação individual. Destarte, a prescrição aplicável é a quinquenal, sendo que só poderão se habilitar, em fase de liquidação, os empregados que estavam trabalhando para a empresa requerida no biênio que antecedeu o ajuizamento da ação. O termo da prescrição bienal não é a vigência da convenção coletiva, mas a rescisão contratual de cada empregado. TRT/SP 15ª Região 1485-2006-113-15-00-5 - Ac. 7ª Câmara 63.849/07-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 11 jan. 2008, p. 122.

6 - AÇÃO DE CUMPRIMENTO. NORMA COLETIVA APLICÁVEL. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO AUTOR

Uma vez constatado que a norma coletiva apresentada pelo reclamado é, genericamente, mais benéfica aos empregados e por melhor atender às especificidades das condições de trabalho dos seus empregados, não há que se cogitar de aplicação, unicamente, da cláusula de reajuste salarial prevista nas convenções coletivas juntadas pelo sindicato, porquanto deve ser observada a teoria do conglobamento, sendo aplicável o instrumento normativo mais favorável, em sua totalidade, aos empregados. Precedentes do C. TST. Recurso ordinário improvido. TRT/SP 15ª Região 488-2006-041-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 13.039/08-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 14 mar. 2008, p. 21.

7 - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 927 DO NOVO CC. APLICAÇÃO RESPONSÁVEL

A aplicação da responsabilidade objetiva nas ações de indenização por acidente de trabalho requer responsabilidade extrema por parte do profissional do Direito, pois, consoante brilhante fundamentação do Excelentíssimo Juiz Alexandre Vieira dos Anjos, a lei nova "não outorgou carta branca aos empregados para fazer uso da auto-lesão como fator apto para gerar o pagamento de indenização vultosa. Aquele que se expõe ao perigo, de forma proposital, apenas para obter a benesse do afastamento, buscando o enriquecimento sem causa, através de indenização, não pode ser premiado pela sua conduta". Decisão por unanimidade. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 927 DO NOVO CC. FATOS PRETÉRITOS. INAPLICABILIDADE. Não se aplica ao reclamante o disposto no parágrafo único do art. 927, do novo CC, pois o acidente se verificou antes da vigência deste diploma legal. Embora o novo CC tenha modificado a sistemática anterior, passando a considerar o risco da atividade como fator preponderante para o pagamento da indenização por acidente de trabalho, no Direito Brasileiro ainda prevalece o princípio da irretroatividade das leis, não havendo como retroagir a lei para beneficiar o obreiro. Imprescindível, assim, a demonstração da culpa da empresa pela ocor-

rência do acidente, nos termos do inciso XXVII, do art. 7º, da CF, o que não ocorreu. Decisão por unanimidade. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO CABIMENTO DE REPARAÇÃO CIVIL. Consoante preconiza Sebastião Geraldo de Oliveira, em sua obra Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional, "Quando o acidente do trabalho acontece por culpa exclusiva da vítima não cabe qualquer reparação civil, em razão da inexistência de nexos causal do evento com o desenvolvimento da atividade da empresa ou com a conduta do empregador. (...) Ocorre a culpa exclusiva da vítima quando a causa única do acidente do trabalho tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador. Se o empregado, por exemplo numa atitude inconsequente, desliga o sensor de segurança automática de um equipamento perigoso e posteriormente sofre acidente por essa conduta, não há como atribuir culpa em qualquer grau ao empregador, pelo que não se pode falar em indenização. O 'causador' do acidente foi o próprio acidentado, daí falar-se em rompimento do nexos causal ou do nexos de imputação do fato ao empregador". Decisão por unanimidade. ACIDENTE DE TRABALHO. FORNECIMENTO E FISCALIZAÇÃO DE USO DE EQUIPAMENTO APTO A AFASTAR QUALQUER POSSIBILIDADE DE LESÃO. IMPERICIA DO EMPREGADO. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. Comprova-

dos o fornecimento de equipamento de proteção individual apto a elidir o risco de lesão, a orientação, o treinamento e a fiscalização de seu uso, além da prática do obreiro, deve-se analisar a participação do empregado na ocorrência da lesão. No caso, como escorreitadamente ponderado pelo Excelentíssimo Juiz Alexandre Vieira dos Anjos, "Apenas a execução incorreta do movimento do corte da cana geraria a lesão nos dedos da mão esquerda. Com efeito, se o manejo do podão é realizado com a mão direita, a esquerda fica livre. Como o corte da cana-de-açúcar é feito rente ao solo para que não haja desperdício da matéria prima para o fabrico do álcool e do açúcar, se a mão esquerda foi levada à frente no instante em que o golpe com o podão foi desferido para cortar a planta, sinal inquestionável da presença de dolo do próprio empregado para produzir a auto-lesão". Decisão por unanimidade. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. CONFISSÃO FICTA DO OBREIRO ALIADA À PRODUÇÃO DE PROVAS POR PARTE DA RECLAMADA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Improcedente a ação de reparação de danos fundada em responsabilidade civil, decorrente de acidente de trabalho, não apenas porque o autor deixou de comparecer à audiência em que deveria depor, não obstante tenha sido advertido das cominações aplicáveis à hipótese, o que fez incidir a confissão ficta quanto à culpa exclusiva pela ocorrência da lesão, mas também porque a reclamada demonstrou-se extremamente diligente, ao comprovar, durante a instrução, que

entregara ao reclamante, apenas alguns dias antes do sinistro, todo o equipamento de proteção necessário, e que fiscalizava e exigia sua utilização. Decisão por unanimidade. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO. NÃO UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO INDIVIDUAL DE PROTEÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Uma vez comprovado que o uso de equipamento individual de proteção fornecido pela reclamada (apto a elidir o risco de lesão) era de uso obrigatório e que todos os obreiros tinham ciência de que "cortar cana-de-açúcar sem usar luva pode provocar o deslizamento do facão sobre a mão do cortador, em razão do suor decorrente do desenvolvimento de referida atividade, bem como da exposição aos raios solares, o que pode causar acidente", não se justifica o fato de o obreiro auto lesionar-se, tornando-se inevitável a conclusão de que o obreiro detém a culpa exclusiva pelo acidente. Decisão por unanimidade. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO EXTEMPORÂNEA. PRECLUSÃO. Consoante se infere da análise da Seção V, Capítulo II, da CLT, não serão declaráveis as nulidades, sem que a parte alegue na primeira oportunidade e haja ocorrência de prejuízo, sem o que, o ato inquinado convalida-se. Não se olvide que, nos termos do que dispõe o art. 795, da CLT, as nulidades não serão declaradas senão mediante provocação das partes, as quais deverão arguí-las à primeira vez em que tiverem de falar em audiência ou nos autos. Portanto, se o Juízo, por ocasião da audiência e

após rejeitar o requerimento de realização de nova prova pericial, concede às partes prazo para apresentação de razões finais, oportunidade não aproveitada pelo autor, que permanece silente, considera-se tardia a arguição em grau recursal. Decisão por unanimidade. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE NOVA PERÍCIA. NÃO OCORRÊNCIA. Não há afronta ao princípio da ampla defesa na negativa do Juízo ao pedido de realização de nova prova pericial para a comprovação do acidente de trabalho, sobretudo quando as justificativas para o novo requerimento não se sustentam: em audiência, alegou o obreiro que o pedido de realização de nova perícia escorava-se na teoria da responsabilidade objetiva, tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 927 do CCB, havendo o Juízo fundamentado no sentido de que "na data em que aconteceu o acidente do trabalho (20.01.2002) não estava em vigor o novo CC. A norma não retroage para alcançar situação consolidada sob a égide do direito anterior". Em recurso, por outro lado, aduziu o reclamante que o objetivo da nova prova pericial seria comprovar a ocorrência de acidente de trabalho, o que evidencia, mais uma vez, a dispensabilidade do procedimento, uma vez que tal ocorrência trata-se de fato incontroverso como, aliás, o próprio recorrente reconhece ao tratar do mérito recursal. Decisão por unanimidade. NULIDADE PROCESSUAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE NOVA PERÍ-

CIA. NÃO OCORRÊNCIA. Não havendo comparecido o reclamante à audiência em que seria colhido seu depoimento, tendo sido considerado confesso quanto à matéria de fato, demonstra-se correto o procedimento judicial, pois a negativa de produção de novas provas estaria amparada pelos arts. 130 do CPC e 765 da CLT. Em razão da confissão ficta aplicada ao reclamante, foi presumida a culpa exclusiva deste pela ocorrência da lesão, tornando-se desnecessária a produção de nova prova pericial para a solução da lide. Decisão por unanimidade. TRT/SP 15ª Região 462-2006-117-15-00-9-Ac. 12ª Câmara 6.208/08-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 15 fev. 2008, p. 35.

8 - ACIDENTE. SOFRIDO PELO TRABALHADOR NO DESLOCA- MENTO DE SUA RESIDÊNCIA AO LOCAL DE TRABALHO. AUSÊN- CIA DE DOLO OU CULPA DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA

A condenação ao pagamento de indenização por danos morais pressupõe a inequívoca conclusão no sentido de que o empregador tenha agido com dolo ou culpa, sendo que a jurisprudência admite a responsabilidade subjetiva se a culpa se verificar em qualquer de seus graus - grave, leve ou levíssima. Tendo o trabalhador sofrido acidente de trabalho no trajeto da sua residência até o local de trabalho, não há como reconhecer a existência de dolo ou culpa - nem mesmo a levíssima -, sendo que, não obstante o infortúnio do trabalhador, não há como penali-

zar o empregador com a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. TRT/SP 15ª Região 1595-2006-082-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 763/08-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 11 jan. 2008, p. 82.

9 - ACIDENTE DE TRABALHO. AUSÊNCIA DE CULPA DO EMPREGADOR. USO DE APARELHOS QUE PÕEM EM RISCO A INTEGRIDADE DO TRABALHADOR. PROCEDÊNCIA. ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CC E ART. 1º, III, DA CF

Se a atividade da empresa obriga utilização de equipamentos que põem em risco a integridade de seus empregados, em caso de acidente, deverá o empregador reparar o dano independentemente de culpa. Inteligência do art. 927, parágrafo único, do CC, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da CF. TRT/SP 15ª Região 1229-2006-014-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 12.956/08-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 14 mar. 2008, p. 19.

10 - ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA DO EMPREGADOR CARACTERIZADA. CUMULAÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E ESTÉTICO COMPENSAÇÃO VITALÍCIA. RECURSO ORDINÁRIO

É perfeitamente possível o deferimento concomitante de indenização por dano moral e estético e pensão vitalícia, visto que a primeira decorre do sofrimento físico e do constrangimento impingidos ao trabalhador,

ao passo que a segunda é devida em virtude da ocorrência de incapacidade parcial do reclamante para o trabalho e de forma permanente (amputação de dois dedos da mão direita. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 714-2006-024-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 57.628/07-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 14 nov. 2007, p. 16.

11 - ACIDENTE DE TRABALHO. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA. SÚMULA N. 54 DO C. STJ. APLICABILIDADE

Controvérsias à parte e nada obstante a generalidade das normas da Lei n. 8.177/1991, devem os juros de mora decorrentes de condenações por danos morais em acidentes de trabalho incidir a partir da data do fato, não só por estar respaldada na Súmula n. 54 do C. STJ, mas também porque essa é a inteligência que se extrai da regra do art. 398 do (atual) CC, o qual leva em consideração a condenação por culpa extracontratual. TRT/SP 15ª Região 9742-2005-143-15-00-8 - Ac. 9ª Câmara 56.448/07-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 09 nov. 2007, p. 60.

12 - ACIDENTE DE TRABALHO. PEQUENO EMPREITEIRO. EQUIPARAÇÃO A EMPREGADO. FALTA DE USO DE EPI'S. RESPONSABILIDADE CIVIL DO DONO DA OBRA

Para efeito de responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho, o pequeno empreiteiro equipara-se ao empregado, já que, sob o ponto de

vista prático, social e econômico, não há nenhuma distinção entre ambos (STJ, REsp. n. 533.233, DJ 05.04.2004). Logo, o dono da obra é responsável por acidente de trabalho ocorrido por falta de uso, pelo pequeno empregado, de EPIs adequados à eliminação dos riscos da atividade. Aplicação do art. 166 da CLT e do art. 5º da LICC. Recurso ordinário parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 199-2006-033-15-85-1 - Ac. 5ª Câmara 5.755/08-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 1º fev. 2008, p. 42.

13 - ACIDENTE DO TRABALHO. EXPERIÊNCIA. SUSPENSÃO DO CONTRATO

O disposto no § 2º do art. 472, da CLT, é de caráter excepcional e abrange somente as hipóteses nele mencionadas ("exigências do serviço militar ou de outro encargo público"). O acidente do trabalho suspende o contrato de trabalho, mesmo quando ajustado por prazo determinado, e o período de afastamento não pode ser computado na contagem do prazo ajustado, independentemente de qualquer ajuste especial nesse sentido. TRT/SP 15ª Região 2721-2006-011-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 59.294/07-PATR. Rel. Desig. Paulo de Tarso Salomão. DOE 23 nov. 2007, p. 63.

14 - ADESÃO A PROGRAMA DE INCENTIVO À APOSENTADORIA. EFEITOS. RECURSO ORDINÁRIO

A transação extrajudicial resultante da adesão do empregado a plano de incentivo à aposentadoria só quita as parcelas e valores expressamente

discriminados no recibo, de acordo com a OJ n. 270 da SBDI-1. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 1361-2006-013-15-00-1 - Ac. 3ª Câmara 1.062/08-PATR. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DOE 11 jan. 2008, p. 85.

15 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. EMPREGADO PÚBLICO

Nos termos da Súmula n. 17 do TST, desde que seja previsto em lei, convenção coletiva, acordo coletivo ou sentença normativa salário superior ao mínimo legal, este salário é que deve ser considerado para o cálculo do adicional de insalubridade, e não o mínimo estatuído em lei. Assim, se a legislação municipal, estadual ou distrital estabelece para os servidores empregados salários acima deste patamar, o adicional deve ser apurado sobre esses mesmos salários, pois correspondem ao mínimo para as respectivas classes ou funções. TRT/SP 15ª Região 2080-2005-117-15-00-9 - Ac. 3ª Câmara 55.044/07-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 31 out. 2007, p. 24.

16 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENUNCIADO N. 331, IV DO C. TST

A tomadora beneficiária dos serviços prestados pelo empregado de empresa contratada responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas não adimplidas, notadamente diante da inidoneidade econômica da prestadora, ocorrendo hi-

pótese de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Consagração da teoria da culpa extracontratual, baseada no dever geral de não causar dano a outrem, consoante art. 186 do CC. Hipótese da Súmula n. 331, IV do C. TST. Igualmente, o art. 71 da Lei n. 8.666/1993 não a exclui, pois o ente público encontra-se investido no poder-dever de fiscalizar as empresas contratadas com o escopo de garantir a qualidade dos serviços e, não cumprindo esse direito-dever, incorre em culpa *in vigilando*. Ainda, o princípio administrativo da moralidade, que rege a Administração Pública (art. 37, *caput* e § 6º da CF), elenca a responsabilidade objetiva e impede que a mesma venha a se furtar a responder pelos seus próprios erros e de seus agentes. TRT/SP 15ª Região 2176-2004-032-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 63.941/07-PATR. Rel. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DOE 11 jan. 2008, p. 125.

17 - ALICIAMENTO DE TRABALHADORES. PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO EXTERIOR. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO COM A PESSOA FÍSICA CONTRATANTE

Tentativa de frustração das disposições preconizadas pela Lei n. 7.064/1982. Verificado que trabalhadores eram angariados no Brasil pelo reclamado, pessoa física, que, por sua vez, embora tenha negado qualquer relação jurídica com a construtora tomadora dos serviços em Luanda, se fez presente no canteiro de obras dando ordens e realizando pagamentos aos mesmos trabalhadores, pre-

sentes estão os requisitos que autorizam a declaração de vínculo de emprego. Na hipótese, ademais, a intenção era de frustrar-se a aplicabilidade do direito material brasileiro, devida por efeito da Lei n. 7.064/1982. No mais, caracterizada está a hipótese de aliciamento, tipificado como crime pelo art. 206 do CP. Prestação de serviços em condições análogas a de escravo. Tipificada a hipótese do art. 149 do CP. Determinação de expedição de ofícios ao Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal e Ministério Público Estadual, nos termos do art. 40 do CP. Apurado a partir do depoimento testemunhal, o cumprimento de jornada de trabalho excessiva, sem folga semanal e sob condições degradantes, bem como, havendo notícia, dentre outros fatos, que uma arcada dentária de porco foi encontrada no prato de comida da própria testemunha, tipificado está o trabalho em condições análogas a de escravo, a teor do disposto no art. 149 do CP. Feitas tais constatações, com respaldo no art. 40 do mesmo Código, devem ser expedidos ofícios ao Ministério Público do Trabalho, ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público Estadual, a fim de que tomem as medidas cabíveis. TRT/SP 15ª Região 305-2006-042-15-00-5 - Ac. 2ª Câmara 5.415/08-PATR. Rel. Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. DOE 1º fev. 2008, p. 17.

18 - APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. DIREITO DO EMPREGADO À MANUTENÇÃO DO PLANO DE ASSISTÊN-

CIA MÉDICA FORNECIDO PELO EMPREGADOR

Nos termos do art. 475 da CLT, a aposentadoria por invalidez não é causa de extinção do contrato de trabalho, mas de mera suspensão. Ainda, conforme dispõe o art. 47, inciso I, da Lei n. 8.213/1991, tal suspensão perdura após a concessão da aposentadoria, desde que o empregado não seja reabilitado para o trabalho. Desse modo, como permanece íntegra a relação jurídica de emprego durante o período de suspensão do contrato, fica o empregador obrigado a manter o plano de saúde concedido ao empregado, nas condições em que foi ajustado, ainda que sua instituição tenha se dado por mera liberalidade. A supressão da referida vantagem, efetuada de forma unilateral pela empresa, constitui alteração contratual ilícita, a teor do que dispõe o art. 468 da CLT, por força da incorporação do benefício ao contrato celebrado entre as partes. Recurso ordinário apresentado pela reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 761-2007-097-15-00-4 - Ac. 10ª Câmara 8.082/08-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 22 fev. 2008, p. 100.

19 - APOSENTADOS E PENSIONISTAS. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. VIOLAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO E DA COISA JULGADA. CEF

Ao criar o mesmo benefício aos empregados da ativa, com roupagem nova, mas, com a mesma característica e a mesma finalidade, e desva-

lorizar aquele que os inativos percebiam, a intenção foi burlar as decisões judiciais que reconheceram o direito à continuidade do que havia sido instituído há mais de 20 anos, e que motivou a edição da OJ n. 51 da SDI-1 - Transitório - do TST. Condenação mantida. TRT/SP 15ª Região 1764-2006-001-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 12.617/08-PATR. Rel. Edison Giurno. DOE 14 mar. 2008, p. 26.

20 - BANCÁRIO. LUVAS. EMPRÉSTIMO PESSOAL. NATUREZA JURÍDICA

Embora denominado empréstimo pessoal ou luvas, o pagamento comprovadamente efetuado como contraprestação, pela manutenção dos serviços por um determinado período, de interesse do empregador, ostenta inequívoca natureza jurídica salarial, por se tratar de gratificação ajustada, o que impede seu reconhecimento como mera indenização, face ao princípio da primazia da realidade. TRT/SP 15ª Região 696-2006-051-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 63.647/07-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 11 jan. 2008, p. 52.

21 - BANCO SAFRA. EMPRÉSTIMO PAGO AO EMPREGADO SEM PREVISÃO DE QUITAÇÃO. NATUREZA SALARIAL

Reveste-se de natureza salarial o valor pago ao empregado, a título de empréstimo, com o fim de garantir sua permanência no emprego. As partes, desde a contratação, jamais pactuaram a quitação do emprésti-

mo, sendo claro o caráter de contra-prestação ao trabalho do empregado. Portanto, nos termos do art. 457 da CLT, trata-se de verba salarial. Recurso do reclamado a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 543-2007-045-15-00-0 - Ac. 7ª Câmara 63.928/07-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 11 jan. 2008, p. 125.

22 - CESP. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SEXTA-PARTE. INDEVIDA

Empregado da CESP não tem direito à sexta-parte prevista no art. 129 da Constituição paulista. Na medida em que, embora a norma constitucional estadual não faça distinção entre funcionário público e empregado público, ambos pertencentes ao gênero: servidor público; não alcança o empregado de sociedade de economia mista estadual, tendo em vista a sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às questões trabalhistas (art. 173, § 1º, II, da CF). Aliás, o servidor público celetista também tem tratamento diferenciado em termos de estabilidade, a teor da Súmula n. 390 do C. TST. Sentença mantida. TRT/SP 15ª Região 2717-2006-144-15-00-0 - Ac. 12ª Câmara 3.143/08-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 18 jan. 2008, p. 89.

23 - CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. MUNICÍPIO. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS. UTILIZAÇÃO, AINDA QUE PARCIAL, DA ESTRUTURA DE ENTE PRIVADO

É assegurada na CF a obrigação do Poder Público garantir o fornecimento e o acesso à educação infantil fundamental e profissionalizante, saúde e assistência ao portador de deficiência, seja ao lado da iniciativa privada ou em associação com esta, nos termos da lei. O Constituinte originário fixou tais atividades sociais como funções precípua do Estado, habituais e não-acessórias. Não se trata de simples opção, uma benesse, uma iniciativa meritória da administração. Constitui, de pleno direito, uma necessidade, uma obrigação do Estado e um direito do cidadão. Ao transferir a execução de uma de suas atividades próprias a uma instituição privada, através de uma das modalidades de terceirização, o Município não transfere, junto, a obrigação que lhe é característica. Conclui-se, assim, ter o primeiro apelante se beneficiado diretamente dos serviços da reclamante, devendo ser considerado responsável subsidiário pelas obrigações trabalhistas da prestadora, segundo o disposto no inciso IV do Enunciado n. 331 de E. TST. TRT/SP 15ª Região 515-2005-126-15-00-1 - Ac. 9ª Câmara 55.730/07-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 09 nov. 2007, p. 53.

24 - CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA. PRETENSÃO DA RECORRENTE EM ELIDI-LA OU REDUZIR-LA TÃO-SÓ AOS SALÁRIOS DEVIDOS SOB O ARGUMENTO DE QUE É PARTE ILEGÍTIMA OU QUE A APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 331 DO C. TST DEVE OBSERVAR A DISCIPLINA DA OUTRA DE N. 363. ARGUMENTO REJEI-

TADO. CONDENAÇÃO SUBSIDIÁRIA MANTIDA

Pretende a Recorrente a elisão da sua condenação subsidiária no adimplemento das verbas deferidas à Autora, ou a sua limitação tão-só aos salários, argumentando que é parte passiva ilegítima ou que, como tomadora de serviços, não deve responder por obrigações superiores às que a Súmula n. 363, também do C. TST, reconhece. Argumentos rejeitados porque, se não há norma *stricto sensu* disciplinando a responsabilização subsidiária dos tomadores de serviços terceirizados, o art. 8º da CLT elenca as demais fontes de direito aplicáveis às relações de trabalho, dentre elas a jurisprudência. Portanto a Súmula n. 331 do C. TST traduz interpretação sistemática dos arts. 8º e 455 da CLT à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana positivado pelo art. 1º, inciso III, da CF. Já a Súmula n. 363 traduz o entendimento do C. TST quanto aos efeitos e à limitação de direitos de servidor contratado sem o crivo do concurso público após a promulgação da CF/1988, o que não se verifica neste caso. Recurso desprovido. Condenação subsidiária mantida. TRT/SP 15ª Região 1265-2005-135-15-00-8 - Ac. 7ª Câmara 55.683/07-PATR. Rel. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DOE 09 nov. 2007, p. 49.

25 - CONTRATO A PRAZO. ANOTAÇÃO NA CTPS. EXIGÊNCIA LEGAL

Embora o art. 443 da CLT defina, como regra geral, que o contrato de

trabalho pode ser realizado verbalmente ou por escrito, a anotação da CTPS não é opcional, mormente em se tratando de contrato a prazo, nos termos do disposto no art. 29 da CLT, que exige, expressamente, o registro com os principais dados, além das condições especiais da contratação. Por outro lado, o art. 41 da CLT, em seu parágrafo único, determina que conste da CTPS a duração do contrato, dentre outras informações. Sendo assim, em se tratando de contrato de experiência, a forma escrita é inafastável, ao menos por meio de anotação na CTPS, não havendo como ser acolhida a alegação de que o pacto foi realizado verbalmente. TRT/SP 15ª Região 92-2005-119-15-00-1 - Ac. 12ª Câmara 8.732/08-PATR. Rel. José Pitas. DOE 29 fev. 2008, p. 88.

26 - CONTRATO DE EMPREITADA. PROVA

O contrato de empreitada é um negócio jurídico e, portanto, não admite prova exclusivamente testemunhal, quando o valor seja superior a dez salários mínimos da época em que efetuado, conforme se extrai do teor do art. 227 do CC, aplicável ao processo do trabalho de forma subsidiária, por força do art. 8º da CLT. TRT/SP 15ª Região 1808-2006-109-15-00-1 - Ac. 12ª Câmara 2.931/08-PATR. Rel. José Pitas. DOE 18 jan. 2008, p. 83.

27 - CONTRATO DE JOGADOR DE FUTEBOL. CLÁUSULA PENAL

As obrigações legais não se confundem com as contratuais e seu des-

cumprimento acarreta a incidência da sanção estabelecida na norma respectiva. A cláusula penal é devida quando ocorre o descumprimento das obrigações estipuladas nas cláusulas contratuais. Inteligência do art. 28 da Lei n. 9.615/1998. TRT/SP 15ª Região 1450-2004-089-15-00-5 - Ac. 1ª Câmara 2.670/08-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 18 jan. 2008, p. 23.

28 - CONTRATO DE TRABALHO. PLANO MÉDICO. MANUTENÇÃO. QUANDO MAIS SE TORNA NECESSÁRIO FAZÊ-LO

De observar que, se no momento em que o obreiro precisa de plano médico, ainda que por um período maior, a dadora de serviço pretende cortar o benefício, passa o mesmo a ser ilusório, beirando o embuste, mantê-lo apenas enquanto saudável o trabalhador, o que, força é convir, provoca inconciliável cizânia com a boa-fé que deve presidir o regular desenvolvimento de um vínculo de emprego. TRT/SP 15ª Região 613-2007-071-15-00-7 - Ac. 5ª Câmara 12.655/08-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 14 mar. 2008, p. 27.

29 - CONTRATO DE TRABALHO. PRAZO DETERMINADO. ENTE PÚBLICO. NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE

Tratando-se de serviços relacionados às necessidades permanentes do Poder Público, não se aplicam as disposições

contidas no inciso IX, do art. 37, da CF, resultando nula a contratação que deixa de observar o disposto no inciso II do mesmo dispositivo constitucional. Recurso do autor a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1207-2005-056-15-00-7 - Ac. 10ª Câmara 54.693/07-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 31 out. 2007, p. 50.

30 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ACORDO. DISCRIMINAÇÃO INEFICAZ

A discriminação para fins previdenciários é ineficaz quando, em acordo firmado na primeira audiência, se imputa o pagamento à multa prevista no art. 467 da CLT, pois ausente o fato gerador da sanção. TRT/SP 15ª Região 803-2005-099-15-00-8 - Ac. 7ª Câmara 4.145/08-PATR. Rel. Fábio Grasselli. DOE 1º fev. 2008, p. 49.

31 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EM ACORDO HOMOLOGADO. SEM VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Na prestação de serviços, quando não reconhecido o vínculo empregatício, é devida a contribuição previdenciária sobre o total, nas alíquotas de 20% a cargo da empresa e 11% do contribuinte individual, nos termos do art. 216, § 26 do Decreto n. 3.048/1999. Ressaltando que a responsabilidade pelo recolhimento é exclusiva da empresa conforme a redação do art. 4º da Lei n. 10.666/2003. TRT/SP 15ª Região 24-2004-015-15-00-8 - Ac. 12ª Câmara 8.819/08-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DOE 29 fev. 2008, p. 91.

32 - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PENALIDADE DO ART. 467 DA CLT

É devida a contribuição previdenciária sobre a penalidade decorrente do art. 467 da CLT se as partes firmaram acordo à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, por inexistir qualquer fundamento legal para aplicação da referida norma consolidada. TRT/SP 15ª Região 0095-2007-042-15-01-9 - Ac. 2ª Câmara 6.956/08-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 08 fev. 2008, p. 62.

33 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

A contribuição sindical prevista nos arts. 578/610 tem natureza tributária (art. 8º, IV, *in fine*, c/c com o art. 149 da CF/1988). Está sujeita à atividade vinculada de lançamento (art. 142/CTN). O sindicato é parte legítima para cobrá-la, mediante ação de execução, mas é preciso que haja publicidade para que a parte atingida possa ter conhecimento. Não basta expedição de boleto (!) A petição inicial deve vir instruída com a prova de publicação de editais de que trata o art. 605 da CLT. Não se exige a expedição de certidão para completar os documentos exigíveis para o ajuizamento da ação. Necessário se faz que a parte afetada tenha ciência do quanto devido, mediante os editais, assim como missiva registrada com idêntico fim. Desta forma, as partes envolvidas têm a exata noção do dever do outro. Quando a parte contrária comparece em Juízo, a ques-

tão resta superada. TRT/SP 15ª Região 416-2006-088-15-00-9 - Ac. 12ª Câmara 8.883/08-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 29 fev. 2008, p. 94.

34 - CONTRIBUIÇÕES. DEVIDAS AO INSS POR ACORDOS SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO

O tomador dos serviços sem vínculo empregatício recolhe 20% de previdência social sem observância de qualquer teto de contribuição, mas não tem obrigação de recolher o valor devido pelo prestador de serviços, cuja contribuição se dá através de carne de contribuinte individual, cujo recolhimento depende de análise de regras próprias, como salário de contribuição e valores auferidos no curso do mês. A Lei n. 10.666/2003 não revogou a Lei n. 8.212/1991, que rege o recolhimento do contribuinte individual, cujos recolhimentos são regulamentados pelo Decreto n. 3.048/1999, com as alterações que lhe foram proporcionadas pelo Decreto n. 4.729/2003. TRT/SP 15ª Região 177-2007-153-15-01-5 - Ac. 3ª Câmara 6.482/08-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 08 fev. 2008, p. 70.

35 - CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. X ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. APLICABILIDADE

Inaplicável aos empregados do Banespa (Santander) as normas coletivas convencionadas com a FENABAN. Isto porque, a tese de

que a convenção coletiva celebrada com toda a categoria deveria ser aplicada ao caso concreto, dada sua evidente condição mais benéfica, que refletiria sobre a complementação da aposentadoria, nos termos do art. 620 da CLT realmente impressiona, porém, a investigação mais cuidadosa do caso concreto, nos conduz a conclusão diversa. A Convenção Coletiva em questão não previu reajuste imediato, em 1º.09.2004, mas apenas o reajuste quando o INPC ultrapassasse 8,5%, excluindo, ainda, a aplicação de qualquer outro reajuste decorrente de convenção coletiva, como já se mencionou. Contudo, não se pode retalhar o ordenamento jurídico, importando e exportando cláusulas mais benéficas entre os sistemas normativos. Cada sistema jurídico deve ser analisado em sua integralidade, como um feixe de normas, para que a comparação seja realizada entre sistemas e não entre normas aleatoriamente escolhidas. Ora, o mandamento previsto no art. 620 da CLT deve ser interpretado de forma sistemática e não literal, muito embora não se discuta a existência do princípio da norma mais favorável no Direito do Trabalho. Todavia, os Acordos Coletivos de Trabalho devem, a despeito do que preconiza o art. 620 da CLT, prevalecer sobre Convenções Coletivas, porque é regra de hermenêutica que as regras especiais prevalecem sobre as regras gerais. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1371-2006-048-15-00-0 - Ac. 2ª Câmara 56.337/07-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 09 nov. 2007, p. 28.

36 - CONVENÇÃO COLETIVA. ILÍCITA É A CLÁUSULA QUE OBRIGA EMPREGADOR A CUSTEAR SINDICATO PROFISSIONAL, POR AFRONTA À CONVENÇÃO N. 98 DA OIT

Qualquer que seja sua denominação, cláusula que impõe ao empregador obrigação de custear sindicato profissional é ilícita, ainda que o desconto não seja repassado para o salário dos empregados, porque fere o princípio da liberdade sindical, limitando sua autonomia, conforme tipificado na Convenção n. 98 da OIT. TRT/SP 15ª Região 110-2006-058-15-00-0 - Ac. 8ª Câmara 1.730/08-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 18 jan. 2008, p. 53.

37 - CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS. FATO GERADOR. EFETIVA DISPONIBILIDADE DO CRÉDITO

O fato gerador da contribuição previdenciária é o efetivo pagamento das parcelas devidas ao trabalhador e reconhecidas em juízo. Entendimento diverso seria admitir o recolhimento do acessório, créditos previdenciários, antes mesmo do principal, crédito do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 754-2006-034-15-00-9 - Ac. 10ª Câmara 60.015/07-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 30 nov. 2007, p. 30.

38 - DANO MORAL. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana foi adotado como um dos fundamentos da República do Brasil,

conforme dispõe o art. 1º, III, da CF/1988. Portanto, constituindo a essência dos direitos fundamentais, de modo que é forçoso concluir que, se a finalidade maior da CF é tutelar a pessoa humana - a quem reconheceu direitos fundamentais -, a autonomia das relações privadas, inclusive as relações de trabalho, encontra limites na preservação da dignidade da pessoa humana. Note-se que a CF/1988, ao tutelar o meio ambiente (*caput* do art. 225), tinha como finalidade a proteção da vida humana, como valor fundamental, de sorte que, ao considerar incluído o local de trabalho no conceito de meio ambiente, constatamos que a proteção constitucional se volta à prevenção dos riscos ambientais para resguardar a saúde físico-psíquica do trabalhador enquanto cidadão. Apesar de não ser pacífica a questão da responsabilidade civil do empregador frente ao dano à saúde ou vida do empregado decorrente da agressão ao ambiente de trabalho, há, ainda, a previsão do CC/2002 que, apesar de concebido na década de 1970, adotou a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco na hipótese de atividade que, ao ser normalmente exercida, oferecer risco potencial da ocorrência de dano a direitos de outrem (parágrafo único do art. 927). Sendo assim, com supedâneo no parágrafo único do art. 927 do novo CC e art. 7º, *caput* que assegurou outros direitos além dos previstos em seus incisos, a tendência atual da jurisprudência é inclinar-se pelo reconhecimento da responsabilidade do empregador independente de culpa ou dolo no caso do empregado vir a

exercer atividade perigosa ou que o exponha a riscos. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 236-2006-133-15-00-7 - Ac. 5ª Câmara 63.047/07-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 11 jan. 2008, p. 109.

39 - DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. DEVIDA

O Juiz não está necessariamente adstrito ao laudo pericial, devendo sopesar o pedido em face de todo o conjunto probatório dos autos. Exsurge, pois, que o reclamante foi vitimado no trabalho. O exame demissional aduziu isto. A primeira perícia médica, embora não levada a cabo, fez essa constatação e, com maior veracidade, uma vez que se situou às barras do acontecido. Consigne-se, também que a demora na feitura ou na solução encontrada para a finalização da prova pericial só correu por conta do reclamante. No caso em tela, incontroverso que a lesão ocupacional existia e se manifestou no rompimento laboral, por motivos sabidos por qualquer homem médio: o temor da perda do emprego, o estresse advindo da perda dele. A reclamada, por sua vez, por consideração aos 24 anos de trabalho desse seu "colaborador" deveria ter investigado mais, se abstraído de sua condição monárquica, verificando com acuro a efetiva situação de saúde do trabalhador que intencionava, com respaldo estupidamente legal, demitir. Entendo clara a existência dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil do empregador, devendo responder por indenização por dano mo-

ral, por ter atentado contra a saúde física e emocional do trabalhador, despedindo-o, após um quarto de século de labor digno (inexistem quaisquer elementos de prova contra uma ilibada conduta funcional do trabalhador). Recurso a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 190-2003-033-15-00-5 - Ac. 6ª Câmara 3.282/08-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 24 jan. 2008, p. 71.

40 - DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONDUTA LESIVA NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE TRABALHO. FONTE DO DIREITO MATERIAL. NATUREZA CIVIL E NÃO TRABALHISTA. PRESCRIÇÃO. REGIME DO CC

Tratando-se de reparação por danos materiais e morais decorrente de lesão aos direitos da personalidade, por ato de um dos protagonistas da relação de emprego, a competência para dirimir a controvérsia é da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, VI, da CF/1988. Ainda que o pedido de indenização por danos morais derive de ato patronal no âmbito de relação de emprego, o seu fundamento e natureza não decorrem de direitos trabalhistas *stricto sensu*, na medida que sua fonte são o art. 5º, X, da CF/1988 e o os arts. 186 e 927 e 934 do CC/2002. Na hipótese, tal circunstância deve ser levada em consideração, para rejeitar a pretensão de ver reconhecida a prescrição nuclear da pretensão, porque a ação foi ajuizada perante a Justiça Comum, sendo remetida à Justiça do Trabalho somente em função da superveniência da EC n. 45/2000.

Assim, todo o contexto fático deu-se enquanto se entendia que a competência era da Justiça Comum Estadual, onde o regime prescricional é do CC e não o Trabalhista. Era esta a expectativa do reclamante quando da propositura da ação. Nesta fase de transição é razoável que se aplique a prescrição do regime comum, em detrimento do regime trabalhista. No Direito Civil, a prescrição é a perda da pretensão ou da exigibilidade de reparação do direito violado, pela fluência de prazos, conforme as regras de direito material. Nos demais ramos do nosso ordenamento jurídico o sistema prescricional está inteiramente disciplinado por regras de direito material, tanto no Código Penal, como no Código Civil e no Código Tributário ou na parte de direito material da CLT. Assim, a perda da pretensão ou da exigibilidade de reparação por lesão aos direitos da personalidade que tem por fonte o Direito Civil e não de Direito do Trabalho, ramos bem distintos de direito privado, o sistema prescricional é do Código Civil e não da CLT ou da CF. A circunstância de o ato deflagrador da lesão ocorrer no âmbito da relação de emprego não transmuda a sua natureza Civil para Trabalhista, assim como a lesão corporal, o furto, a apropriação indébita, o assédio sexual, os crimes contra a organização do trabalho e outros delitos praticados pelo empregador, no ambiente de trabalho, não lhes retiram a natureza de conduta reprimida pelo direito criminal, nem alteram o regime prescricional. O fato de a ação ser competência da Justi-

ça do Trabalho é uma questão de distribuição de trabalho entre os órgãos do Poder Judiciário, cujas regras são de natureza processual que não podem alterar o regime prescricional, todo ele, repita-se, regido por normas de direito material. Assim, *data venia* dos que entendem o contrário, doravante perfilho o entendimento de que a prescrição da pretensão de reparação de danos morais e materiais, decorrente de lesão de direitos no âmbito da relação de emprego, é regida pelo art. 206, § 3º V, do CC, se o fato detonador da lesão ocorreu após a entrada em vigor e eficácia da Lei n. 10.406 de 10.01.2002, ou seja, 11.01.2003, conforme seu art. 2.044. No caso, inaplicável a prescrição do art. 7º, inciso XXIX da CF, neste período de transição, tratando-se de ação proposta originariamente na Justiça Comum. Isto porque, tratando-se de ato lesivo praticado na vigência do CC/1916, a prescrição será de vinte anos, conforme o seu art. 177. Ora, a disposição do art. 2.028 do novo CC (Lei n. 10.406/2002) é clara em afirmar que somente se transcorrido mais da metade do prazo prescricional da lei "velha", na data de sua entrada em vigor (10.01.2003) é que aquela seria aplicável. Na hipótese, o término do contrato de trabalho ocorreu em 13.12.1997, tendo o reclamante interposto a presente ação de indenização por danos morais perante a Justiça Comum em 11.10.2002. O novo CC, entrou em vigor em 10.01.2003, tendo este reduzindo de 20 anos para 03 anos o prazo de prescrição para a pretensão de reparação civil (art. 206, § 3º, V, do CC). Assim, con-

siderando-se que a ação foi interposta perante a Justiça Comum, e que o novo CC entrou em vigor a partir de janeiro/03, e que este reduziu o prazo de ação pessoal de 20 para 3 anos, este prazo, na hipótese dos autos, contados a partir da vigência do novo CC, não decorreu. Recurso ordinário desprovido. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROVA CONVINCENTE DE LESÃO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. VIABILIDADE. Nas relações de trabalho, a lesão aos direitos da personalidade, para ensejar reparação de danos morais, depende da conduta patronal que coloque o empregado em situação vexatória, indigna e com potencial ofensa à honra, a imagem, a dignidade, a privacidade etc. A tutela jurídica destes bens, não suscetíveis de valoração econômico, está expressa em nosso ordenamento jurídico, na própria CF, que não só proclama a "dignidade da pessoa humana" como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), como preceitua serem invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (art. 5º, inciso X). Na dinâmica da atividade econômica soe acontecer que o empregador, ainda que de boa-fé, acabe tendo conduta que fere direitos fundamentais do cidadão. *In casu*, pelo contexto fático restou plenamente comprovado que o reclamante, como pessoa humana, sofreu lesão grave na esfera de valores que são próprios da sua personalidade, na convivência com os seus semelhantes, a ponto de ensejar

reparação não patrimonial. Recurso Ordinário da reclamada a que se nega provimento também nesse particular. TRT/SP 15ª Região 0941-2005-028-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 1.865/08-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 18 jan. 2008, p. 62.

41 - DANOS MORAIS. EMPREGADA PORTADORA DE AIDS. ATOS DE DISCRIMINAÇÃO NO AMBIENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA

Restando comprovado nos autos que a reclamante, em razão de ter contraído o vírus da AIDS, era usual e corriqueiramente discriminada no ambiente de trabalho, por seu chefe e demais colegas, através de "fofocas" sobre seu estado de saúde, bem como de repúdio à sua proximidade e contato físico, tem-se por comprovado o agravo ao seu patrimônio moral. É absolutamente inaceitável que uma pessoa portadora de moléstia incurável - por si só apta a causar todo tipo de dor e angústia -, ainda seja submetida a tratamento desumano e vexatório em seu ambiente de trabalho. Nessa circunstância, é de rigor a condenação da reclamada ao pagamento de indenização à autora, a título de danos morais, sendo certo que lhe cabia a coibição - e de forma rigorosa - dos atos discriminatórios de seus empregados. TRT/SP 15ª Região 392-2006-034-15-00-6 - Ac. 5ª Câmara 54.862/07-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 31 out. 2007, p. 27.

42 - DANOS MORAIS. OFENSAS DE CONOTAÇÃO RACIAL E EM

DESRESPEITO À PRÓPRIA NACIONALIDADE BRASILEIRA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. CONDENAÇÃO DE RIGOR

É absolutamente inadmissível que, em nosso próprio país, os trabalhadores brasileiros sejam ofendidos, discriminados, desrespeitados, em razão de sua nacionalidade, sendo chamados de "burros" e "vagabundos", por empregadores estrangeiros. A CF confere igualdade de tratamento aos brasileiros e estrangeiros residentes em nosso país, garantindo-lhes a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*). Ora, se nós brasileiros, por um princípio de índole constitucional, devemos respeitar e tratar igualmente os estrangeiros, muito mais ainda os estrangeiros a nós, como povo soberano que somos. É de todo inaceitável que, conferindo-se a tais pessoas o direito de aqui construir suas vidas, famílias e riquezas - com a utilização dos recursos de nossa terra e com a força de trabalho de nosso povo -, não saibam elas respeitar a nossa dignidade e soberania, afrontando, inclusive, a própria Justiça Brasileira. Nessa circunstância, e constando ainda dos autos que os diretores da reclamada referiam-se ao reclamante como sendo "escuridão", "escurinho", "negrinho", ou seja, injuriavam-no em razão de sua raça, é absolutamente de rigor a condenação da empresa ao pagamento de indenização a título de danos morais, em favor do obreiro. TRT/SP 15ª Região 2220-2005-152-15-00-6 - Ac. 5ª Câmara

ra 2.660/08-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 18 jan. 2008, p. 43.

43 - DIARISTA. FAXINEIRA

O labor da(o) faxineira(o) em locais em que se desenvolve atividade econômica, mesmo que ocorra cada quinze dias, deverá ser visto por ótica diversa. Faz parte do "negócio" apresentar o local em boas condições higiênicas. Inclui-se o numerário nas despesas oriundas da administração do empreendimento. Haverá relação empregatícia. Nos lares em que a laborista (faxineira) se apresenta para trabalhar, a situação se mostra peculiar. É importante que a casa seja limpa frequentemente, mas não necessariamente. Normalmente irá se ativar uma/duas vezes por semana, ou cada quinze dias. Não há que se falar em relação empregatícia. TRT/SP 15ª Região 787-2006-043-15-00-0 - Ac. 12ª Câmara 2.940/08-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 18 jan. 2008, p. 83.

44 - DIFERENÇAS SALARIAIS. CONTRATO DE TRABALHO ROMPIDO. POSTERIOR CELEBRAÇÃO DE NOVO CONTRATO DE TRABALHO EM CURTO PERÍODO. ART. 453, CLT. INDENIZAÇÃO LEGAL. INTERPRETAÇÃO DE NORMA CONTIDA NA CLT

O art. 453 da CLT, estabelece o cômputo do tempo de serviço anterior, se quando readmitido, não tenha o empregado recebido indenização legal. Todavia, aludido dispositivo legal não pode servir de broquel para

que agressões ao princípio da razoabilidade sejam perpetradas, sem quaisquer ônus para quem assim aja. Assim, tem-se como agredido aludido princípio quando o dador de serviço rompe um pacto laboral e num pedaço, readmite o empregado, para aviar os mesmos misteres, mas com salários mais baixos. É de se considerar que uma norma contida na CLT, há de ter cunho protetor, que irradie seus efeitos, de modo a ceifar tentativas de, por vias transversas, ferir-se, justamente, essa sua marcante feição protetora, e não servir de escudo para, protegendo uma situação, propiciar o desrespeito a outra situação não menos necessitada de proteção. TRT/SP 15ª Região 1376-2005-114-15-00-3 - Ac. 5ª Câmara 7.206/08-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 15 fev. 2008, p. 26.

45 - DIFERENÇAS SALARIAIS. DECORRENTES DE REVISÃO ANUAL DE SALÁRIOS. POSSIBILIDADE

O art. 37, inciso X da CF traz dois comandos: aumento salarial e revisão anual, que constituem-se em dois institutos distintos, eis que o primeiro consiste em "acréscimo remuneratório real" enquanto o segundo se refere à "recomposição do poder aquisitivo da moeda em decorrência das perdas inflacionárias". Pois bem, considerando-se que o aumento de vencimentos está ligado à discricionariedade do administrador, que decidirá da oportunidade, necessidade e conveniência de sua concessão, entende-se que é depen-

dente de dotação orçamentária e de lei específica, em razão da imprevisão da data e índice de sua concessão. Contudo o mesmo entendimento não se aplica à revisão anual, posto que esta é previsível, na medida em que é concedida anualmente e em percentuais suficientes para recompor as perdas inflacionárias, tanto é assim que o art. 169, § 1º, I, da CF, quando exige prévia dotação orçamentária e autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, está se referindo ao aumento salarial e, não, à revisão anual de remuneração. Nesse sentido, houve pronunciamento do STF em decisão da lavra do Ministro Marco Aurélio, que, relatando o MS n. 22.439-8/DF, afirmou que: "O art. 37 da Constituição tem eficácia imediata, prescindindo-se, para mera revisão de vencimentos, da lei mencionada no art. 61, § 1º, II, "a" da CF, a qual refere-se tão-somente à aumento de vencimentos". E acrescenta o Ministro: "... para a conclusão de ser dispensável, na hipótese, lei específica considerados cada um dos Poderes, mesmo porque, em se tratando de revisão geral, não seria pertinente legislação, sob pena de colocar-se em risco a almejada isonomia. A iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo está ligada a instituto diverso do representado pela revisão, ou seja, a aumento, sempre a depender de decisão a ser tomada no campo discricionário, presentes os critérios de conveniência e oportunidade. A revisão não é procedimento a depender de penada única, mas sim de garantia constitucional assegurada na Carta de 1988 aos servidores,

visando, acima de tudo, a manter a equação inicial relativamente à comutatividade do ajuste - art. 13 da Lei n. 8.112/1990, onde despontam direitos e obrigações recíprocos. Sendo o Direito uma Ciência, institutos, expressões e vocábulos têm sentido próprio e somente ao leigo é possível confundi-los. Aumento e revisão de vencimentos são coisas distintas...". Observe-se, também, que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seus arts. 22, parágrafo único, inciso I, e 71, confirma a não-exigência de prévia dotação orçamentária quando se trata de revisão anual, eis que faz ressalva a respeito de tal instituto. Assim sendo, reformulando posição anteriormente adotada, defiro a revisão pretendida. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 840-2006-049-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 63.043/07-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 11 jan. 2008, p. 109.

46 - DIREITOS. ORIUNDOS DA RELAÇÃO DE EMPREGO. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL. INVIABILIDADE

Os direitos oriundos da relação de emprego não são passíveis de renúncia ou transação extrajudicial, uma vez que, em sua grande maioria, encontram-se respaldados por normas de ordem pública, sendo, portanto, indisponíveis pelas partes, principalmente considerando-se o caráter alimentar dos créditos e a sujeição que se encontra o empregado frente ao empregador. Nesse caminho, a única hipótese constitucional que outorga validade à redução

salarial é a prevista no art. 7º, inciso VI da CF/1988, que dispõe expressamente sobre a participação do sindicato da categoria nas questões que suscitem a redução salarial. No caso, considerando os problemas orçamentários e financeiros mencionados na defesa, deveria a reclamada ter acionado o sindicato da categoria, de modo a realizar um acordo competente para cancelar a redução salarial. Há que se ressaltar, também, que a autorização individual do reclamante não valida o ato, porque, como já dito, a redução não é passível de transação ou renúncia. Por fim, a redução da jornada semanal ocorreu no interesse da reclamada, fato que não pode redundar em prejuízo ao obreiro, sob pena de ofensa ao art. 468 da CLT. Recurso conhecido e provido. TRT/SP 15ª Região 1833-2006-145-15-00-9 - Ac. 10ª Câmara 5.025/08-PATR. Rel. Desig. José Antonio Pancotti. DOE 1º fev. 2008, p. 63.

47 - DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO. ATRAVÉS DE AÇÕES DA EMPREGADORA DESDE QUE PREENCHIDOS DETERMINADOS PRESUPPOSTOS. CABIMENTO DO BENEFÍCIO SOMENTE NO ANO EM QUE A EMPRESA RECONHECEU TER SIDO A META ATINGIDA. AUSÊNCIA DE PROVA, A CARGO DO EMPREGADO, DE QUE A DISTRIBUIÇÃO TERIA SIDO DEVIDA EM OUTROS EXERCÍCIOS. DIREITO DE O TRABALHADOR OPTAR ENTRE O RECEBIMENTO EM DINHEIRO OU EM AÇÕES. NECESSIDADE, NO SEGUNDO CASO, DE FORNECIMENTO, PELO EMPREGA-

DO, DA DOCUMENTAÇÃO LEGALMENTE EXIGIDA

A empresa multinacional que estabelece participação igualitária dos seus empregados nos lucros globais, através da distribuição de ações, uma vez atingidos determinados limites de resultado, só está obrigada a adimplir a obrigação no exercício em que reconheceu ter sido a meta atingida. Constitui ônus do empregado, relativamente aos outros anos em o benefício perdurou, demonstrar o seu cabimento, já que as correspondentes informações encontravam-se disponíveis em informativos internos da empresa e em página da *intranet*. Optando pelo recebimento das ações e não o seu respectivo valor em dinheiro, deverá cumprir a legislação pertinente, especialmente no que concerne ao fornecimento dos documentos necessários à operação. TRT/SP 15ª Região 1959-2006-144-15-00-7 - Ac. 8ª Câmara 13.392/08-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 14 mar. 2008, p. 40.

48 - DONO DA OBRA. SERVIÇO CONTRATADO INERENTE À ATIVIDADE EMPRESARIAL. TERCEIRIZAÇÃO. NÃO APLICAÇÃO DA OJ N. 191 DA SDI-1 DO TST

Obra revestida de caráter lucrativo, com a qual a empresa pode realizar seu empreendimento, faz surgir a figura da tomadora de serviços e não dona da obra. Estando presente a exploração da atividade empresarial com a realização da obra, caracteriza-se a terceirização do serviço, com conseqüente apli-

cação da Súmula n. 331, IV, do TST. TRT/SP 15ª Região 857-2005-087-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 57.630/07-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DOE 14 nov. 2007, p. 16.

49 - EMBRIAGUEZ. HABITUAL OU EM SERVIÇO. CAUSA DE SUSPENSÃO CONTRATUAL

O alcoolismo é considerado doença, constando do CID T-51. O CC, art. 4º, II, reputa os ébrios habituais como relativamente incapazes. Sofrendo de moléstia, ainda que rejeitada socialmente, caberia o encaminhamento ao órgão previdenciário para tratamento e ser inserido nos programas de reabilitação (art. 62 da Lei n. 8.213/1991), e não descarte do empregado com justa causa. TRT/SP 15ª Região 319-2006-063-15-00-0 - Ac. 8ª Câmara 1.495/08-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 18 jan. 2008, p. 46.

50 - ESTABILIDADE DA GESTANTE NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. INCABÍVEL

No curso do aviso prévio indenizado nenhuma estabilidade provisória se forma, nem mesmo a da gestante, por se tratar de projeção fictícia do tempo de serviço (art. 487, § 1º da CLT). TRT/SP 15ª Região 2229-2005-059-15-00-3 - Ac. 1ª Câmara 57.368/07-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 23 nov. 2007, p. 38.

51 - HORAS EXTRAS. DIFERENÇAS. REMUNERAÇÃO POR PRODUTIVIDADE. OJ N. 235 DA SDI-I DO TST

Apesar de respeitável o entendimento consubstanciado na OJ n. 235 da SDI-I do TST, as horas extras realizadas por empregado que recebe por produtividade devem ser remuneradas também com base no valor da hora normal, e não apenas com o respectivo adicional (legal ou normativo), haja vista a prevalência de princípios constitucionais que asseguram a saúde e a higidez do trabalhador (CF/1988, art. 7º, XII). TRT/SP 15ª Região 987-2004-029-15-85-7 - Ac. 9ª Câmara 53.513/07-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 31 out. 2007, p. 45.

52 - IMPOSTO DE RENDA. INDEMNIZAÇÃO DE FÉRIAS E ADICIONAL DE 1/3 PAGOS NA RESCISÃO CONTRATUAL

Dada a natureza indenizatória dos pagamentos realizados a título de férias e adicional de 1/3 não há que se falar em incidência imposto de renda sobre os mesmos. Aplicação do disposto no art. 6º, V, da Lei n. 7.713/1988 e art. 39, XX do Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 3.000/1999. TRT/SP 15ª Região 586-2005-003-15-01-5 - Ac. 7ª Câmara 7.864/08-PATR. Rel. Regiane Cecília Lizi. DOE 22 fev. 2008, p. 92.

53 - JORNADA DE TRABALHO. DIVERSA DA CONSTANTE DO EDITAL DO CONCURSO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO DO TRABALHO

Não é lícito à Administração Pública voltar-se contra ato seu, submetendo o seu empregado à jornada de

trabalho diversa daquela que constou do edital de concurso devidamente homologado, sob pena de restarem violados os princípios da legalidade, boa-fé objetiva e proteção da confiança, impondo-lhe responder por prejuízos eventualmente causados e experimentados pelos que nela confiaram legitimamente. Recurso do Reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 15-2006-119-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 676/08-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 11 jan. 2008, p. 80.

54 - JUSTA CAUSA. APLICAÇÃO PRECIPITADA. ALEGAÇÃO PATRONAL SEM CONSISTÊNCIA. REVERSÃO. DANO MORAL

A aplicação açodada de justa causa ao empregado, aliada ao desinteresse em comprová-la cabalmente em juízo, revela a insubstância da alegação patronal, pelo que, ademais das parcelas rescisórias diretas, deve o empregador pagar uma indenização pelo dano moral ocasionado ao laborista. Recurso do reclamante provido neste aspecto. TRT/SP 15ª Região 1878-2003-003-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 54.927/07-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 31 out. 2007, p. 20.

55 - JUSTA CAUSA. DESÍDIA. AUSÊNCIA DE PUNIÇÃO DE FATOS ANTERIORES

A desídia constitui violação do dever de diligência. Pode constituir um ato isolado, extremamente grave, a ponto de impedir o prosseguimento do pacto laboral. Também pode

constituir um fato final, não necessariamente grave, que, inserido num conjunto de vários fatos não suficientemente graves pretéritos e sucessivos, que, agrupados, impossibilitam a continuidade da relação de emprego. Todavia, para que tal conjunto de fatos anteriores justifique a dispensa por justa causa por conta de um fato final, é necessário que tenham sido anteriormente punidos. Se tais fatos anteriores não foram punidos, devem ser considerados como tacitamente perdoados, não podendo, assim, integrar o painel dos fatos geradores da pena máxima trabalhista. Excluídos os fatos não punidos, se restarem apenas poucos fatos punidos, não suficientemente graves, constitui rigor excessivo a rescisão por justa causa sob alegação de desídia. TRT/SP 15ª Região 497-2005-006-15-00-5 - Ac. 6ª Câmara 63.999/07-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 11 jan. 2008, p. 114.

56 - JUSTA CAUSA. EMBRIAGUEZ HABITUAL. ALCOOLISMO. CLT, ART. 482, F. INSUBSISTÊNCIA

A embriaguez habitual, ou alcoolismo, não pode mais ser motivo para a dispensa por justa causa, por ser reconhecida como doença pela Organização Mundial de Saúde e por ser catalogada como tal no item F 10.2, da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID 10). De sorte que se encontra parcialmente derogada a alínea *f*, do art. 482, da CLT. EMPREGADO PÚBLICO. ESTABILIDADE APÓS A EC N. 19.

INEXISTÊNCIA. DESPEDIMENTO ARBITRÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Após a EC n. 19, não se garante ao o empregado público a estabilidade prevista no art. 41, da CF. Todavia, por força da teoria dos motivos determinantes, seu despedimento deve fundar-se em causa relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseado nas necessidades de funcionamento da administração, sob pena de invalidação do ato, por violação aos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição da República. TRT/SP 15ª Região 1329-2005-020-15-00-3 - Ac. 3ª Câmara 62.292/07-PATR. Rel. Ricardo Regis Laraia. DOE 11 jan. 2008, p. 70.

57 - MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. MULTA APLICADA PELA DELEGACIA DO TRABALHO DECORRENTE DE DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO DE TRABALHADOR RURÍCULA NÃO-SINDICALIZADO, CALÇADO EM CLÁUSULA CONVENCIONAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO À SUA NÃO-EXIGIBILIDADE. ATO NÃO ABUSIVO NEM ILEGAL. AÇÃO MANDAMENTAL IMPROCEDENTE

A multa aplicada pela fiscalização do trabalho à empresa que desconta da folha de pagamentos de trabalhador rurícola não-sindicalizado contribuição assistencial destinada a Sindicato não é abusiva nem ilegal. Cláusula convencional pactuada viola os princípios constitucionais da liberdade de filiação sindical, da

intangibilidade salarial e da legalidade. Inteligência do Precedente Normativo n. 119 do C. TST. Recurso provido, denegando a segurança e restaurando a validade do Auto de Infração lavrado. TRT/SP 15ª Região 651-2005-061-15-00-0 - Ac. 1ªSDI 838/07-PDI1. Rel. Ana Amaryllis Vivacqua de Oliveira Gulla. DOE 09 nov. 2007, p. 13.

58 - MANDADO DE SEGURANÇA. DEPÓSITO PRÉVIO A TÍTULO DE HONORÁRIOS PERICIAIS. ILEGALIDADE

Afigura-se ilegal a exigência de depósito prévio para custeio de honorários periciais, mormente quando a parte reúne os requisitos para a concessão da justiça gratuita, que alcança também a verba honorária pericial. OJ n. 98 da SBDI-2 do C. TST e art. 790-B da CLT. TRT/SP 15ª Região 1508-2007-000-15-00-8 - Ac. 1ªSDI 987/07-PDI1. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 30 nov. 2007, p. 3.

59 - MOTOBOY. RESTAURANTE. COOPERATIVA DE MOTOCICLISTAS. INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. FRAUDE

A adesão a cooperativa cuja finalidade é atender a atividade fim do tomador de serviços é nula, a teor do disposto no art. 9º da CLT, porquanto irrefragável a presença da dependência prevista pelo art. 3º deste mesmo diploma. E tal é a situação do motociclista que efetua, de modo intenso e permanente, entregas dos produtos de um restaurante para os clientes deste. Recurso do

reclamante conhecido e provido. TRT/SP 15ª Região 1230-2005-092-15-00-5 - Ac. 3ª Câmara 62.276/07-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DOE 11 jan. 2008, p. 70.

60 - MUNICÍPIO. CARGO EM COMISSÃO. SUBMISSÃO AO REGIME CELETISTA. RESCISÃO CONTRATUAL. AVISO PRÉVIO E MULTA FUNDIÁRIA DE 40%. DEFERIMENTO

O inciso II, do art. 37, da CF, não faz qualquer referência à modalidade de contratação dos cargos comissionados - se por prazo determinado ou indeterminado. Inequívoca, entretanto, a natureza transitória deles, não só em razão da presunção de sua extinção ao término do governo, como, também, porque dependente do Administrador a fidúcia depositada no exercenté. Contudo, quando a portaria de nomeação não discrimina o período de vigência, situação dos autos, não há como se afastar a hipótese de contratação por tempo "indeterminado", já que o contrato tanto pode durar o período máximo da Administração contratante (até quatro anos), como, também, encerrar-se, *ad nutum*, dentro de curto período; daí a incerteza da vigência e o enquadramento antes referido. Acresça-se, ademais, a hipótese remota, porém real, de o contrato não sofrer solução de continuidade, ou seja, prorrogar-se pelo próximo governo, a critério do novo Administrador. Portanto, se Constituição autoriza a nomeação para cargo em comissão e, ao mesmo tempo, não proíbe que se o faça pelo regime da CLT,

em sendo esta a opção do Administrador (ainda que a nosso ver não seja essa a opção mais adequada, vale realçar), estará ele obrigado a seguir as regras da Consolidação, inclusive no tocante à concessão de aviso prévio. Como corolário, a dispensa do trabalhador comissionado, a qualquer tempo dentro desse período indefinido de contratação, quando não motivada, revela-se arbitrária e, portanto, confere o direito à multa fundiária de 40%, nos exatos termos do art. 7º, I, da CF, e art. 10, do ADCT. TRT/SP 15ª Região 1169-2006-038-15-00-1 - Ac. 9ª Câmara 53.466/07-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 31 out. 2007, p. 44.

61 - MUNICÍPIO. CONTRATO DE TERMINADO. NECESSIDADE TEMPORÁRIA DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. ERRADICAÇÃO DA DENGUE. REGULARIDADE DA CONTRATAÇÃO

A contratação pela Administração Pública, à título temporário, para atender necessidade premente de interesse público e anteriormente à vigência da Lei n. 11.350/2006, está albergada no art. 37 da CF/1988. A hipótese dos autos - contratação pelo Município reclamado de pessoal para atuar no combate à dengue para sua erradicação, por força de convênio mantido com o Ministério da Saúde com esse desiderato, atento às datas de formalização do referido convênio e do registro do contrato a termo certo em CTPS, observados os ditames legais pertinentes à espécie e mediante aporte a título precário de numerário pelo Minis-

tério da Saúde, tornam inequívoca a regularidade da contratação temporária, por observado o disposto no art. 37 da Magna Carta. Recurso ordinário provido. TRT/SP 15ª Região 124-2007-049-15-00-4 - Ac. 5ª Câmara 9.077/08-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DOE 29 fev. 2008, p. 41.

62 - NATUREZA JURÍDICA. DO VALOR DEVIDO PELO INTERVALO INTRAJORNADA NÃO CONCEDIDO

Trata-se o intervalo não concedido de verba integrante da remuneração, nos termos do § 4º, do art. 71, da CLT e sobre a qual, portanto, incidem contribuições previdenciárias, nos termos do art. 22, I, da Lei n. 8.212/1991. TRT/SP 15ª Região 1387-2006-088-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 3.447/08-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DOE 24 jan. 2008, p. 64.

63 - OFENSA AOS PRINCÍPIOS. DA ISONOMIA E DA NÃO DISCRIMINAÇÃO. CONDIÇÃO PREVISTA EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO

Ainda que a Reclamante tenha sido contratada nos termos do edital do respectivo concurso que estipulava a jornada de 8 horas diárias, se exerce a mesma função que outros técnicos e ganha o mesmo salário, não obstante esses trabalhem apenas 6 horas por dia, há ofensa aos arts. 3º, inciso IV e 5º, *caput* da CF e, especialmente, art. 461 da CLT, bem como Convenção n. 111 da OIT, em matéria de discriminação em ma-

téria de emprego e ocupação, ratificada pelo Brasil. Pedido de pagamento de horas extras, além da 6ª diária, julgado procedente como meio de se promover a isonomia de tratamento entre os empregados da Reclamada. TRT/SP 15ª Região 1410-2006-010-15-00-7 - Ac. 9ª Câmara 4.278/08-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 1º fev. 2008, p. 53.

64 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. NORMAS COLETIVAS. REQUISITOS. RECURSO DA RECLAMADA

Comprovando o empregador que concedeu reajustes salariais optativos previstos pelas normas coletivas que o isentam do pagamento da verba "participação nos lucros e resultados", resta indevida a postulação inicial. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ISENÇÃO. ENTIDADE FILANTRÓPICA. O acolhimento do pedido de isenção de contribuições previdenciárias, em se tratando de entidade filantrópica, depende da comprovação dos requisitos legais, inclusive com a exibição de certificado de isenção passado pelo Órgão Previdenciário. RECURSO DA RECLAMANTE. PEDIDO INICIAL. INÉPCIA. Inepto o pedido inicial que não apresenta causa de pedir. ANUÊNIO. DIFERENÇAS. Apurado pela prova documental que o empregador instituiu por norma interna o pagamento de anuênios, assiste ao empregado o direito ao pleito de diferenças, em face da ausência de comprovação do correto pagamento da verba contratual. GARANTIA SEMESTRAL DE SALÁRIOS. NORMA COLETIVA. Excepcio-

nando a norma coletiva a não integração do prazo do aviso prévio para fins da garantia semestral de salários, a vontade das partes instituidoras do direito deve ser respeitada, sob pena de ofensa ao preceito do art. 7º, XXVI da CF/1988. **MULTA CONVENCIONAL. LIMITAÇÃO.** As cláusulas convencionais que impliquem sanções pecuniárias devem ser interpretadas restritivamente, de molde que o valor da multa não suplante o valor do principal devido. Art. 412 do CC. **APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. DIFERENÇAS. DIREITO.** O STF, no julgamento da ADI-MC 1720-DF e ADI-MC 1721-DF, proclamou o entendimento no sentido de que a aposentadoria espontânea não é causa de extinção do contrato de trabalho. Em face da decisão do STF, o C. TST cancelou a OJ n. 177 da SBDI-1 - DJ 30.10.2006, que dispunha em sentido contrário. A multa de 40% preconizada pelo art. 10, I, do ADCT deve incidir sobre a totalidade dos depósitos da conta vinculada do empregado, inclusive os referentes ao período anterior à jubilação do obreiro. TRT/SP 15ª Região 690-2006-084-15-00-2 - Ac. 1ª Câmara 2.746/08-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 18 jan. 2008, p. 26.

65 - PERICULOSIDADE. MOTORISTA. ABASTECIMENTO. CONTATO EVENTUAL. ADICIONAL INDEVIDO

O contato intermitente com inflamável é aquele que se repete por diver-

sas vezes numa mesma jornada de trabalho e a "intermitência" é "a interrupção momentânea" (Aurélio Buarque de Hollanda Ferreira), enquanto "intermitir" significa "parar por intervalos" (**Grande Dicionário Larousse Cultura da Língua Portuguesa**). Nas normas técnicas, a intermitência está regulada na Portaria MTb n. 3.311, de 29.11.1989, e nela exige-se a repetição do mesmo acontecimento por diversas vezes, numa mesma jornada de trabalho, para a sua caracterização. O motorista, que cuida de abastecer o veículo por ele dirigido apenas uma vez ao dia, ingressa em área de risco de modo meramente eventual, por apenas alguns minutos e não faz jus ao adicional de periculosidade. Além disso, a atividade não está relacionada no Quadro 03 do Anexo 02 da NR n. 16, do MTb. TRT/SP 15ª Região 88-2005-066-15-00-2 - Ac. 4ª Câmara 58.959/07-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 23 nov. 2007, p. 59.

66 - PRESCRIÇÃO. AÇÕES DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO. APLICAÇÃO DE REGRA DE TRANSIÇÃO

O trabalhador não pode ser surpreendido com decreto de prescrição do seu direito, se ajuizou a ação no prazo fixado pela Lei então vigente e perante o juízo competente à época. Incidência do disposto no art. 2.028 do CC/2002. Se o acidente ocorreu em 04.08.1987, quando da entrada em vigor do novo CC em 12.01.2003 já havia decorrido mais da metade do prazo estabelecido no Código

anterior, razão pela qual o prazo para interposição da ação é de 20 anos. Correta a sentença que afastou o decreto da prescrição do direito de ação com base no prazo de 02 anos para os créditos trabalhistas, inaplicável ao caso dos autos. TRT/SP 15ª Região 1309-2003-101-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 64.081/07-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 11 jan. 2008, p. 151.

67 - PRESCRIÇÃO IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR RETROATIVAMENTE O PRAZO PRESCRICIONAL REDUZIDO PELO CC

Imprópria a invocação, pelo julgador, do art. 2.028 do CC para decidir pelo sepultamento do direito acional, quando a demanda foi ajuizada no Cível muito antes de 11.01.2003, data da vigência do diploma no qual alicerçou o *decisum*. **JULGAMENTO IMEDIATO PELO TRIBUNAL.** Exaurida a fase instrutória, ainda que se trate de matéria fática, imperioso o imediato julgamento da ação, à vista dos objetivos norteadores do § 3º do art. 515 do CPC: celeridade, economia processual e efetividade do processo. **INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL (ART. 7º, XXVIII DA CF).** O reparo vindicado com fundamento no texto constitucional exige prova inequívoca de que a empregadora haja concorrido para o sinistro com dolo ou culpa em uma de suas modalidades. TRT/SP 15ª Região 737-2005-008-15-00-4 - Ac. 8ª Câmara 54.570/07-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 31 out. 2007, p. 39.

68 - PRESCRIÇÃO. INTERRUÇÃO. REINÍCIO DA CONTAGEM. CC, ART. 202, PARÁGRAFO ÚNICO

A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper (CC, art. 202, parágrafo único), isto é, do último ato decisório ou de seu equivalente, pelo qual tenha restado inequívoco o exercício do direito à pretensão. A norma não deve ser interpretada em seu sentido literal, mas de maneira finalística. Do contrário, qualquer movimentação do processo interromperia o curso do prazo prescricional ou mantê-lo-ia interrompido indefinidamente pela inércia da parte, do Juízo ou de seus órgãos auxiliares, em oposto ao que pressupõe o instituto. TRT/SP 15ª Região 1360-2005-114-15-00-0 - Ac. 3ª Câmara 3.512/08-PATR. Rel. Desig. Ricardo Regis Laraia. DOE 24 jan. 2008, p. 66.

69 - PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO. NÃO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. PRECAUÇÕES

O princípio da proteção do processo do trabalho objetiva a facilitação da demanda proposta pelo empregado, mediante um processo equilibrador, simplificado e célere. Assim, o princípio da proteção deve ser examinado sob o prisma processual e não material. Em outras palavras, o princípio da proteção do processo do trabalho objetiva a facilitação da demanda obreira, jamais a facilitação da procedência total e irrestrita dos seus pedidos.

Considerando a omissão no processo do trabalho, bem como a inexistência de afronta ao princípio da proteção, inexistente no art. 219, § 5º do CPC qualquer quebra do princípio de proteção processual, que, aliás, está de acordo com o princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Certamente que a decretação de ofício da prescrição não deve ser aplicada de forma açodada e irresponsável pelo Juiz do Trabalho. Vislumbrando tal possibilidade, respeitando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, deverá prudentemente indagar expressamente ao autor acerca da existência, ou não, de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas da prescrição. TRT/SP 15ª Região 3137-2005-133-15-00-6 - Ac. 6ª Câmara 55.381/07-PATR. Rel. Desig. Samuel Hugo Lima. DOE 31 out. 2007, p. 33.

70 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. ESTRANGEIRO IRREGULAR. PROTEÇÃO AO TRABALHO. NULIDADE

A interpretação sistemática dos arts. 5º da CF c/c com o art. 359 da CLT, à luz dos princípios da igualdade, da dignidade humana, da realidade dos fatos e da hipossuficiência do trabalhador, impõe a conclusão de que o contrato de trabalho celebrado por estrangeiro irregular, contanto que não fira legislação específica aplicável, não é nulo, mas anulável, com efeitos *ex nunc*, reputando-se válido e submetido a todos os direitos e obrigações previstos na lei trabalhista, enquanto subsistir. TRT/SP 15ª Região 858-2006-011-15-

00-0 - Ac. 9ª Câmara 59.148/07-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 23 nov. 2007, p. 99.

71 - REPRESENTANTE COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 4.886/1965

Diante da existência de norma específica regulando a prescrição do representante comercial em cinco anos, no art. 44, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965, para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos pela legislação em questão, tem-se como inaplicável a prescrição decenal prevista no art. 205, do CCB ou mesmo a bienal trabalhista prevista no art. 7º, inciso XXIX, da CF. TRT/SP 15ª Região 0313-2006-140-15-00-7 - Ac. 8ª Câmara 1.506/08-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DOE 18 jan. 2008, p. 47.

72 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. CLUBE. COMODATO. LANCHONETE

Constatando-se que pelo contrato de comodato, havia ingerência do comodante nas atividades desenvolvidas pelo comodatário, e que os serviços prestados nos locais cedidos visavam atender, primordialmente, os sócios do clube comodante, é de se reconhecer a responsabilidade subsidiária deste pelos créditos deferidos ao Reclamante, nos termos da Súmula n. 331, IV, do TST. TRT/SP 15ª Região 136-2007-003-15-00-1 - Ac. 1ª Câmara 12.802/08-PATR.

Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 14 mar. 2008, p. 11.

73 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. SÚMULA N. 331, IV DO C. TST

A tomadora beneficiária dos serviços prestados pelo empregado de empresa contratada responde subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas não adimplidas, notadamente diante da inidoneidade econômica da prestadora, ocorrendo hipótese de culpa *in eligendo* e *in vigilando*. Consagração da teoria da culpa extracontratual, baseada no dever geral de não causar dano a outrem, consoante arts. 186 e 187 do CC. TRT/SP 15ª Região 99-2006-123-15-00-3 - Ac. 7ª Câmara 58.327/07-PATR. Rel. Laurival Ribeiro da Silva Filho. DOE 23 nov. 2007, p. 82.

74 - SALÁRIO COMPLESSIVO. POSSIBILIDADE

Na verdade, não há ilegitimidade no pagamento de salários comlessivos. O objetivo da Súmula n. 91 do TST, contudo, consiste em rejeitar essa forma de pagamento, se alguma confusão permanecer. TRT/SP 15ª Região 2413-2006-010-15-00-8 - Ac. 12ª Câmara 62.030/07-PATR. Rel. José Pitas. DOE 11 jan. 2008, p. 159.

75 - SERVIDOR PÚBLICO. CARGO EM COMISSÃO. MULTA RESCISÓRIA DE 40% DO FGTS. RECEBIMENTO DE BOA-FÉ. INDEVIDA A RESTITUIÇÃO

O servidor público admitido para o

exercício de cargo em comissão, demissível *ad nutum*, não está obrigado a restituir o valor recebido a título de multa rescisória de 40% do FGTS, em observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica e considerando, ainda, que o entendimento assente no C. TST é no sentido de ser devida a aludida multa. TRT/SP 15ª Região 1375-2006-124-15-00-7 - Ac. 8ª Câmara 59.594/07-PATR. Rel. João Batista da Silva. DOE 30 nov. 2007, p. 24.

76 - TRANSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO

Após o trânsito em julgado, qualquer acordo firmado pelas partes não poderá nem deverá prejudicar a incidência dos recolhimentos fiscais e previdenciários sobre o valor homologatório para a decisão. Afinal, a norma do art. 844 do CC é cristalina ao estabelecer que a transação não aproveita, nem prejudica senão aos que nela intervierem, mesmo que diga respeito a coisa indivisível. Além disso, a inteligência do § 3º do art. 764 da CLT conduz à idéia de ser lícito às partes celebrar acordos apenas para fins de pôr termo ao processo, o que é diametralmente diferente da hipótese de abrir mão daquele direito já reconhecido (ou declarado) pela coisa julgada. Essa é, aliás, a exegese que se pode extrair da OJ n. 132 da SDI-II do TST, plenamente aplicável à hipótese em que a Autarquia Federal do INSS pretende a incidência da contribuição previdenciária sobre valor representa-

tivo da coisa julgada, e não em face do *quantum* transacionado pelos litigantes. TRT/SP 15ª Região 366-2005-032-15-85-7 - Ac. 9ª Câmara 59.238/07-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DOE 23 nov. 2007, p. 102.

77 - TREINAMENTO. ANTERIOR À CONTRATAÇÃO. VÍNCULO NÃO CONFIGURADO. DIREITO DO TRABALHO

O período de treinamento anterior à contratação, quando parte integrante do processo seletivo da empresa, não configura vínculo anterior à assinatura do contrato de experiência, porquanto neste período não há efetiva prestação de serviço, mas recebimento de instruções e conhecimento da empresa. Vínculo não conhecido. Recurso da Reclamada provido. TRT/SP 15ª Região 1116-2006-043-15-00-6 - Ac. 3ª Câmara 59.317/07-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 23 nov. 2007, p. 53.

78 - UNIFORME. EXIGÊNCIA PATRONAL

É considerado tempo à disposição do empregador (art. 4º da CLT) os minutos gastos para a colocação do uniforme, antes do início do expediente. TRT/SP 15ª Região 238-2007-051-15-00-0 - Ac. 1ª Câmara 10.054/08-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 29 fev. 2008, p. 20.

79 - UNIVERSIDADE. CONTRATAÇÃO OU DISPENSA DE PROFESSORES. ÓRGÃO COLEGIADO

A contratação e a dispensa de pro-

fessores das universidades, mesmo particulares, deverá ser submetida ao seu órgão colegiado, em face da previsão do parágrafo único do art. 53 da Lei n. 9.394/1986. TRT/SP 15ª Região 1513-2006-043-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 103/08-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 11 jan. 2008, p. 68.

80 - VÍNCULO DE EMPREGO. CARACTERIZAÇÃO. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-FIM

O trabalho na triagem, preparação e autenticação de documentos mediante chancela com valor de recibo, dentre os quais cheques sob custódia, insere-se no âmbito da atividade-fim de uma instituição bancária. Tal conclusão é reforçada pelo fato de a prestação de serviços ter perdurado por mais de 11 anos, exclusivamente em benefício do banco (2ª reclamada), dentro de suas instalações, havendo subordinação direta aos seus empregados. Nesse contexto, não há como admitir a contratação por intermédio de empresa interposta, a teor do que dispõe o art. 9º, da CLT, visto que tal procedimento configura terceirização da atividade-fim da empresa, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo forçoso o reconhecimento da relação jurídica de emprego diretamente com o tomador de serviços. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 53-2007-045-15-00-4 - Ac. 10ª Câmara 6.754/08-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DOE 08 fev. 2008, p. 91.

DIREITO PROCESSUAL

81 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO COM EFEITO SUPRA-REGIONAL. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. CONCORRENTE. PREVENÇÃO

A regra de competência, em se tratando de decisão a ser proferida em ação civil pública, com efeito supra-regional, é concorrente, podendo ser fixada pelo local do ilícito ou da capital do Estado, em prol da efetividade jurisdicional, de modo a favorecer o acesso ao Judiciário e habilitar o juízo do local do dano, funcionalmente, na colheita dos elementos de convicção para o deslinde da lide. Necessário, contudo, a observância de certa peculiaridade no Estado de São Paulo, acerca da existência de 02 TRTs, com abrangência territorial bastante distinta. Assim, considerando que os efeitos da decisão a ser proferida na ação civil pública extrapolam a jurisdição da Vara de Bauru, mas que estariam limitados a outros municípios integrantes da jurisdição do TRT da 15ª Região, a prevenção ocorreu com o MM. Juízo de Bauru, razão pela qual deve ser aplicado o art. 2º da Lei n. 7.347/1985 e inciso I, do art. 93, do CDC, sendo deste Juízo a competên-

cia para dirimir o conflito. TRT/SP 15ª Região 509-2006-005-15-00-6 - Ac. 10ª Câmara 59.918/07-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 30 nov. 2007, p. 27.

82 - AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL E LEGAL. PRESCRIÇÃO. PROCEDÊNCIA

A decisão que afasta a incidência da prescrição quinquenal, por entender que a aplicação do art. 7º, XXIX, da Constituição da República está condicionada à edição de lei complementar, viola o referido dispositivo constitucional, implicando, por decorrência, a desconstituição em parte do julgado. TRT/SP 15ª Região 1629-2006-000-15-00-9 - Ac. 2ª SDI 434/07-PDI2. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DOE 31 out. 2007, p. 6.

83 - AÇÃO RESCISÓRIA. COLUÇÃO. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Consoante o eminente processualista Manoel Antônio Teixeira Filho (Ação

Rescisória no Processo do Trabalho. 3. ed. LTr, 1998, p. 233 e 235), há três requisitos necessários e suficientes à configuração da colusão de que trata o inciso III, do art. 485, do CPC: "... que: a) a colusão tenha sido realizada pelas partes (aqui compreendidos, igualmente, os seus advogados, prepostos ou representantes legais); b) o pronunciamento jurisdicional reflita a influência nele exercida pela colusão; c) esta haja sido posta em prática com o objetivo de fraudar a lei". Além disso, das lições do mesmo autor, extrai-se que: "Do latim *collusio*, a palavra colusão é indicativa do conluio, do acordo fraudulento realizado em prejuízo de terceiro. Não é diversa a sua acepção no campo processual, onde designa a fraude praticada pelas partes, seja com a finalidade de causar prejuízo a outrem, seja para frustrar a aplicação da norma legal". Por sua vez, assinala Vicente Greco Filho (**Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 2. Saraiva, 1996, p. 424): "A colusão é o conluio entre as partes para obtenção de fim ilícito. O juiz tem poderes para impedir que o fim ilícito se consuma (art. 129), mas, se ao juiz passou despercebido o conluio e o fim ilícito foi alcançado com o trânsito em julgado da decisão, só resta a ação rescisória." Já para Carnelutti (citado por Teixeira Filho, à 234 da obra mencionada): "Configura-se a simulação processual fraudulenta com o ato de um dos litigantes, em conluio com o adversário, consistente em simular uma ação em face do outro, com o propósito de obter uma sentença que, mais tarde, possa ser oposta a terceiro, cujo direito foi afetado por ela". **AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. COLU-**

SÃO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. Os elementos dos autos não são suficientes para caracterizar a ocorrência de colusão. Os fatos apresentados na exordial da rescisória dependiam de dilação probatória, pois se tratam de meras suposições. Todavia, o banco autor não cuidou de comprovar suas assertivas. Ressalte-se, ainda, que a via especialíssima da ação rescisória desserve ao revolvimento de fatos e provas, pois tal não é sucedâneo de recurso. Improcede a ação rescisória. **AÇÃO RESCISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. COLUSÃO. NÃO-CONFIGURAÇÃO.** A alegada colusão pressupõe um acordo entre os litigantes com o fito de alcançar-se um objetivo ilícito, ou seja, fraudar a lei. Entretanto, em que pese o fato de a reclamada não haver oferecido defesa, não só na reclamação trabalhista que originou a presente ação, mas também em outras, da mesma natureza, há de se levar em consideração que a empresa reclamada encontra-se em vias de desativação e dispondo de escassos recursos financeiros, sem aparato, portanto, para contratar e manter assessoria jurídica, o que tornou recorrente a declaração de revelia diante da ausência de ânimo de defesa em ações trabalhistas contra ela proposta. Nesse sentido, o fato de o advogado da empresa reclamada ser parente dos sócios conta a seu favor. Ademais, note-se que o próprio banco autor juntou aos autos embargos à execução propostos pela empresa reclamada, em bem redigida petição. Denota-se, assim, que não houve inércia da empresa reclamada. Improcede a ação rescisória. TRT/SP 15ª Região 501-2004-000-15-00-6 - Ac. 2ªSDI 38/

08-PDI2. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 1º fev. 2008, p. 5.

84 - AÇÃO REVISIONAL. NÃO CABIMENTO

Nos termos do art. 471 do CPC, inciso I, há a possibilidade de revisão da sentença coberta pelo manto da coisa julgada, quando tratar de relação jurídica continuativa, e sobrevir mudança no estado de fato ou de direito. Em que pese a argumentação recursal, a alteração da interpretação da lei, ou do posicionamento jurisprudencial sobre determinada matéria, não correspondem a mudança dos estados de fato nem de direito. As circunstâncias que justificaram o pedido, referentes à relação jurídica havida entre as partes, não sofreu modificação. As leis que a regulavam também não. O novo direcionamento das decisões judiciais superiores não se enquadra em qualquer desses casos. Os autores buscam utilizar a ação revisional fora dos casos previstos no art. 471, I, do CPC. Saliente-se que não cabe, aqui, interpretação ampliativa, considerando-se a importância da preservação da segurança jurídica através da coisa julgada, que somente pode ser revista nas hipóteses expressamente indicadas na legislação. Mantida a extinção do processo por ausente condição da ação. TRT/SP 15ª Região 1674-2006-056-15-00-8 - Ac. 2ª Câmara 8.252/08-PATR. Rel. Mariane Khayat. DOE 22 fev. 2008, p. 76.

85 - ACORDO. MANIFESTAMENTE LESIVO AO RECLAMANTE. NÃO HOMOLOGAÇÃO. DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O PRINCÍ-

PIO TUTELAR DO TRABALHADOR

A Justiça do Trabalho não é um mero órgão homologador de acordos, sendo certo que, para esse fim, existem os sindicatos e o Ministério do Trabalho. Não pode esta Justiça Especializada simplesmente cancelar os acordos celebrados nas lides trabalhistas sem que haja manifesto interesse dos litigantes, sobretudo do reclamante. Máxime no caso dos autos, em que o valor "acordado" entre as partes corresponde a apenas 13,44% dos valores postulados no exórdio, tendo o próprio obreiro declarado em Juízo que somente o estava aceitando em face seu estado de necessidade. A não homologação da avença não importou em qualquer "ilegalidade" ou "arbitrariedade", mas, ao contrário, teve por escopo tutelar os direitos do trabalhador, impedindo a prática de atos manifestamente lesivos aos seus interesses, em perfeita consonância com o princípio cardeal desta Justiça Especializada. TRT/SP 15ª Região 1244-2006-092-15-00-0 - Ac. 5ª Câmara 62.247/07-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DOE 07 dez. 2007, p. 74.

86 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUIMENTO DENEGADO AO RECURSO. APLICAÇÃO DO ART. 518, § 1º, NESTA ESPECIALIZADA. POSSIBILIDADE

A Lei n. 11.276/2006, a fim de imprimir maior celeridade processual e efetividade em relação ao sistema recursal pátrio trouxe substanciais modificações ao CPC, incluindo a novel redação do § 1º do art. 518, que instituiu

a chamada súmula impeditiva de recurso. Com efeito, a inovação em questão visa adiantar a solução definitiva da lide, à medida que permite ao juiz *a quo* obstar seguimento ao recurso interposto de decisão originária respaldada em entendimento jurisprudencial sedimentado pela respectiva instância revisora. A despeito da sua aplicação nesta Especializada, sobretudo em razão de o texto normativo não mencionar expressamente as modalidades recursais trabalhistas ou as súmulas do C. TST, não vislumbro qualquer incompatibilidade, mormente em face do quanto disposto no art. 769 da CLT e, ainda, porque o art. 455 do CPC, de conteúdo similar, é aplicado no âmbito trabalhista sem maiores controvérsias, consoante reconheceu, inclusive, o C. TST, com a edição da IN n. 17/2000, item III.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUIMENTO DENEGADO AO AGRAVO DE PETIÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 518, § 1º, NESTA ESPECIALIZADA. SÚMULA INCOMPATÍVEL COM POSTERIOR LEGISLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO. DESTRANCAMENTO DO RECURSO. Não se pode admitir como impeditiva de recurso súmula incompatível com posterior legislação sobre o assunto. Em outras palavras, o texto legal há de prevalecer, por óbvio, sobre o entendimento sumular anterior e dissonante. Aliás, para que se possa conferir efetividade ao comando legal inserto no § 1º do art. 518, evitando-se distorções e ilegalidades, mister se faz a constante atualização e revisão, por parte dos tribunais superiores, dos respectivos entendimentos sumulados. TRT/SP 15ª Região 1825-

2004-015-15-00-0 - Ac. 4ª Câmara 58.991/07-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 23 nov. 2007, p. 61.

87 - COMPETÊNCIA DE JURISDIÇÃO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

O art. 651 da CLT trata da competência trabalhista interna, pois se encontra situado no Título VIII, capítulo II, seção II da CLT, que trata especificamente da competência das VTs, integrantes da Justiça do Trabalho brasileira. E como a CLT é omissa no tocante à disciplina da competência de jurisdição, deve-se aplicar, de forma subsidiária (art. 769 da CLT), o Capítulo II, do Título IV, do Livro I do CPC, que em seus arts. 88 a 90, regulamenta a competência internacional ou de jurisdição. Analisando-se tais dispositivos legais, conclui-se pela competência da jurisdição nacional para conhecer e decidir esta demanda, com fulcro no art. 88, I e parágrafo único do CPC, pois todas as reclamadas possuem domicílio no Brasil.

CONFLITO DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. Existindo conflito de leis trabalhistas no espaço, há dois critérios jurídicos a serem sopesados; aquele que privilegia a legislação do local da celebração do contrato (*lex loci actum*), existente na Lei de Introdução ao CCB, ou aquele que elege a legislação do local de execução do trabalho (*lex loci executionis*) existente no Código de Bustamante (Decreto n. 18.871, de 13.08.1929). No caso em análise deve prevalecer este último, pois inserido em lei especial posterior, que derroga o critério previsto na lei geral. TRT/SP 15ª Região

1326-2005-013-15-00-1 - Ac. 1ª Câmara 57.510/07-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DOE 23 nov. 2007, p. 41.

88 - COMPETÊNCIA. EM RAZÃO DA MATÉRIA E DO LUGAR. LITÍGIO DECORRENTE DE ELEIÇÃO SINDICAL. LITISCONSÓRCIO. SENTENÇA QUE DECRETA A EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, EM RELAÇÃO A UM DOS LITISCONSORTES PASSIVOS E NA SEQUÊNCIA, ACOLHE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RAZÃO DO LUGAR. NULIDADE

Por aplicação do inciso III, do art. 114, da CF, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir litígios entre sindicatos e seus associados, decorrentes de eleições sindicais. A simples apresentação de exceção de incompetência em razão do lugar provoca a imediata suspensão do feito (arts. 265, IV e 306 do CPC e art. 799 da CLT) e “implica vedação à prática de todo e qualquer ato do processo, ressalvados os urgentes” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de Direito Processual Civil*. V. III, 4. ed. Malheiros, p. 480), de modo que o juiz não pode, sob pena de nulidade, apreciar e acolher preliminar de ilegitimidade de um dos litisconsortes passivos, fugindo da aplicação do art. 94, § 4º, do CPC, antes de resolver a exceção que lhe foi apresentada. Preliminar de incompetência em razão da matéria rejeitada. Sentença anulada, *ex officio*, para que outra seja proferida, de modo a ser apreciada, primeiramente, a exceção de incompetência

em razão do lugar. TRT/SP 15ª Região 1077-2006-101-15-00-3 - Ac. 5ª Câmara 5.717/08-PATR. Rel. Jorge Luiz Costa. DOE 1º fev. 2008, p. 41.

89 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. CONCILIAÇÃO. PAGAMENTO A TÍTULO DE VERBA INDENIZATÓRIA POSTULADA EM ADITAMENTO À PETIÇÃO INICIAL, SEM CAUSA DE PEDIR. INCIDÊNCIA

O aditamento à petição inicial em audiência, apresentando-se pedido de natureza indenizatória (dano moral no caso em apreço), sem causa de pedir e a imediata realização de acordo a esse título caracterizam o objetivo de eximir a reclamada de sua responsabilidade previdenciária. Apelo da União a que se dá provimento, pois não há justificativa para o não recolhimento das contribuições sociais sobre o valor total da conciliação. TRT/SP 15ª Região 452-2006-064-15-00-2 - Ac. 2ª Câmara 61.701/07-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DOE 07 dez. 2007, p. 54.

90 - DEPÓSITO RECURSAL. ISENÇÃO DAS DESPESAS PROCESSUAIS PELO JUÍZO ORIGINÁRIO. NÃO INCLUSÃO. EXIGIBILIDADE. DESERÇÃO

Não tem o depósito recursal natureza jurídica de despesa processual, não se inserindo, portanto, dentre aquelas onde ao juízo é facultado conceder o benefício da justiça gratuita (CLT, art. 790, § 3º). Mera garantia de eventual execução que é, a gratuidade da justiça não o alcança, sendo exigível mes-

mo na concessão desta. Nem a deferida recuperação judicial pela justiça paulista, na forma da Lei n. 11.101/2005, mitiga a situação da apelante. Com efeito, não é caso de falência, onde se tem por inexigível referido depósito (Súmula n. 86). O instituto da recuperação judicial substitui a antiga concordata; e se nesta o depósito era exigível, situação incontroversa, entende-se, por analogia, que também o seja na recuperação judicial. TRT/SP 15ª Região 0186-2007-082-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 6.647/08-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 08 fev. 2008, p. 88.

91 - DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. ENTE PÚBLICO. REGIME JURÍDICO HÍBRIDO. SERVIDORES PÚBLICOS CELETISTAS E ESTATUTÁRIOS. ISONOMIA. INDIVISIBILIDADE DO OBJETO. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. POSSIBILIDADE

Na hipótese do ente público adotar regime jurídico híbrido, com servidores regidos pela CLT, de um lado, e servidores regidos por estatuto próprio, de outro, é admissível a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar o Dissídio Coletivo de Greve pertinente a todos os trabalhadores, inclusive os estatutários. A decisão do C. STF no sentido de suspender toda e qualquer interpretação que inclua na competência desta Especializada a apreciação de causas envolvendo servidores estatutários restringiu-se à análise da expressão "relação de trabalho" contida no inciso I, do art. 114 da CF/1988, não alcançando, pois, o

inciso II, do citado artigo constitucional, que estabelece a competência para os conflitos de greve. Ademais, o objeto do presente feito é indivisível, o que implicaria em admitir que, ainda que a decisão se referisse apenas aos celetistas, não haveria como os servidores estatutários serem excluídos dos efeitos do comando sentencial. Somese a estes argumentos, a observância do princípio da efetividade e a ausência de Poder Normativo da Justiça Comum, nas hipóteses em que a greve traz consigo a necessidade de análise da pauta de reivindicações, como no caso presente. Por fim, deve-se ter em mente o poder geral de cautela atribuído a todos os magistrados, que autoriza a concessão de tutelas emergenciais, ainda que por juízes incompetentes. TRT/SP 15ª Região 2166-2007-000-15-00-3 - Ac. SDC 43/08-PADC. Rel. Elency Pereira Neves. DOE 15 fev. 2008, p. 4.

92 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. COM EFEITO MODIFICATIVO. AUSÊNCIA DE VISTA À PARTE CONTRÁRIA

É nula a decisão que concede efeito modificativo aos embargos de declaração sem oferecer oportunidade para a parte contrária se manifestar, nos termos da OJ n. 142 da SDI-I do C. TST. TRT/SP 15ª Região 2504-2003-032-15-00-8 - Ac. 5ª Câmara 62.243/07-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 07 dez. 2007, p. 74.

93 - INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quando o objeto da lide se refere a interesses que advêm de origem comum, e ostentam natureza homogênea, está justificada a legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da ação civil pública, o que vem conferir celeridade na solução dos casos de macro-lesão e garantir maior segurança jurídica, evitando decisões conflitantes. TRT/SP 15ª Região 1322-2005-091-15-00-9 - Ac. 1ª Câmara 914/08-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DOE 18 jan. 2008, p. 14.

94 - LEGITIMIDADE E COMPETÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FABRICANTE DO EQUIPAMENTO. ACORDO ENTRE SUCESSORES DO ACIDENTADO E A EMPREGADORA. PROSSEGUIMENTO CONTRA O FABRICANTE. POSSIBILIDADE

O acordo ajustado entre a esposa e a filha do acidentado falecido, com outorga de quitação somente em relação à empregadora, não impede o prosseguimento da ação de reparação de danos contra o fabricante do equipamento que teria concorrido para o evento danoso. Em tal situação, a competência para dirimir a controvérsia continua sendo da Justiça do Trabalho, porque a pretensão está fundada em acidente do trabalho (inciso VI do art. 114, CF), ainda que dependente da apuração de culpa do fabricante do equipamento ou do descumprimento de Normas Técnicas. TRT/SP 15ª Região 259-2006-120-15-00-5 - Ac. 4ª Câmara 56.088/07-PATR. Rel. Paulo de Tarso Salomão. DOE 09 nov. 2007, p. 36.

95 - MULTA. POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROCRASTINATÓRIOS OPOSTOS PELO RECLAMADO NA VARA DO TRABALHO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS DECRETADA NO REGIONAL. MANUTENÇÃO DA MULTA

Os embargos de declaração, especialmente na primeira instância, se destinam a sanar obscuridade, contradição e omissão, sendo manifestamente incabíveis para apontar eventual injustiça da sentença. O art. 538 do CPC pune a parte que, de forma procrastinatória e irresponsável, opõe embargos de declaração manifestamente incabíveis e procrastinatórios. É irrelevante que o Regional, apreciando recurso ordinário patronal, julgue improcedentes os pedidos, pois o provimento recursal não tem o condão de anistiar procedimentos procrastinatórios anteriores. Não é por outro motivo que o legislador tomou como base de cálculo da multa o valor da causa e não o da condenação. Multa mantida. TRT/SP 15ª Região 176-2006-053-15-00-9 - Ac. 6ª Câmara 56.811/07-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DOE 09 nov. 2007, p. 41.

96 - PRESCRIÇÃO. INTERCORRENTE. APLICABILIDADE OU NÃO. REQUISITOS

Embora entenda pertinente a aplicação da prescrição intercorrente no Processo Trabalhista, por expressa autorização do art. 884, § 1º, da CLT, deve-se, contudo, observar para o seu acolhimento os requisitos a saber: que o exequente tenha sido intimado pessoalmente a prosseguir

nos autos e que haja a figura jurídica em comento sido postulada pelo interessado, o executado, não se admitindo a declaração de ofício. Apelo a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 904-2002-126-15-00-4 - Ac. 6ª Câmara 3.300/08-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcelos. DOE 24 jan. 2008, p. 71.

97 - RECURSO ORDINÁRIO. INTEMPESTIVIDADE CONFIGURADA. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR

Nos moldes do art. 393, parágrafo único, do CC, o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos era impossível evitar ou impedir. Na hipótese dos autos, o fato era totalmente previsível, qual seja, o exacerbado movimento da instituição bancária. Esta situação é, infelizmente, freqüente em nossos dias, não sendo possível caracterizá-la como caso fortuito. Ademais, deixou a agravante para recolher o preparo e interpor o apelo somente no último dia do octidío legal, sendo de fácil constatação que tal procedimento implica a assunção de maiores riscos. Sentença. Disponibilização. A mensagem automática enviada pelo sistema de informática deste Egrégio Tribunal visa, tão-somente, informar aos interessados acerca das atualizações dos andamentos processuais no Sistema de Acompanhamento Processual (SAP) e não notificá-los das decisões, não operando, portanto, efeitos legais. As partes foram cientificadas nos moldes da Súmula n. 197 do C. TST, contando-se daí o prazo recursal. TRT/

SP 15ª Região 2403-2005-018-15-01-5 - Ac. 2ª Câmara 56.226/07-PATR. Rel. Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho. DOE 09 nov. 2007, p. 24.

98 - REVELIA. PENA DE CONFISSÃO. PREPOSTO. PROPRIEDADE RURAL. PESSOA FÍSICA. MEMBRO DA FAMÍLIA

A aplicação da Súmula n. 377/TST é de ser entendida como mecanismo para afastar a industrialização da figura do preposto, de forma a preservar a representação do empregador por pessoa que efetivamente gerencie os seus negócios. No meio rural, onde se tem a figura do empregador - pessoa física - que detém o direito de propriedade do imóvel, o preposto - filho do patriarca de clã familiar - que detém o gerenciamento dos negócios do pai atende aos requisitos preconizados pelo art. 843, § 1º da CLT, ferindo o princípio da ampla defesa - art. 5º, LV, da CF/1988 - afastar a legitimidade do representante familiar em audiência. TRT/SP 15ª Região 1305-2006-117-15-00-0 - Ac. 1ª Câmara 55.282/07-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DOE 31 out. 2007, p. 16.

99 - TERCEIRIZAÇÃO. ÔNUS DA PROVA

Comprovada a prestação de serviços em favor do tomador, cabe a ele o ônus da prova do fato modificativo do direito do trabalhador, qual seja a licitude da terceirização. Não trazendo aos autos o contrato escrito ou qualquer outra prova concernente à forma e finalidade da

prestação de serviços, presume-se ilícita a terceirização. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR CONCEDIDA DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. Não há previsão legal para concessão, de ofício, de indenização suplementar para coibir o dano social causado pelo mau empregador contumaz. A hipótese do art. 404 do CC limita-se aos casos em que a reparação é pedida e o dano comprovado pelo credor. A congruência objetiva da sentença e a observância dos limites previstos na lei são imprescindíveis para que se preserve a segurança jurídica, o contraditório e o devido processo legal. Recurso parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 1769-2004-096-15-85-1 - Ac. 7ª Câmara 61.176/07-PATR. Rel.

Manuel Soares Ferreira Carradita. DOE 07 dez. 2007, p. 88.

100 - VÍCIO DE CITAÇÃO. AÇÃO CABÍVEL PARA NULIDADE DA SENTENÇA. IRRELEVÂNCIA

Em face da gravidade do vício resultante de citação inicial irregular, o meio processual utilizado para sua correção é de pouca relevância, podendo ser feito por meio de Ação Declaratória de Nulidade, por meio de Ação Rescisória e, até mesmo, por declaração do juiz na própria execução. Decisão por unanimidade. TRT/SP 15ª Região 1046-2006-043-15-00-6 - Ac. 12ª Câmara 62.148/07-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DOE 11 jan. 2008, p. 165.

DIREITO RURAL

101 - TRABALHADOR RURAL. COLHEITA DE LARANJA. SISTEMA "FRUTA POSTA". RESPONSABILIDADE DA AGROINDÚSTRIA PELO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS

Levando em conta a atividade econômica desenvolvida pela Recorrente, bem assim pelo grupo empresarial de que faz parte, dúvida não resta de que a colheita de frutas cítricas insere-se no contexto da atividade-fim da produção industrial do suco de laranja. É público e notório que até o ano de 1994 a indústria citricultora do interior do Estado de São Paulo adquiria a safra da laranja "no pé", sendo que a partir do ano de 1995 passou a exigir dos produtores a modificação dos contratos, a fim de que os frutos passassem a ser "postos" na indústria. Referida modificação, contudo, operou-se no aspecto meramente formal já que o modo de realização da colheita continuou a ser exatamente o mesmo, ou seja, com a indústria determinando o momento da colheita e o pomar, com base no ponto de maturação da fruta, bem como

a quantidade de trabalhadores envolvidos na apanha, inclusive com repasse de recursos aos produtores para o pagamento da colheita. Em suma, a Recorrente impõe aos produtores rurais toda a responsabilidade social pelo trabalho humano inerente às etapas de plantio, colheita e transporte dos frutos, mas reserva para si a triagem dos pomares e o fluxo de entregas, de modo a atender tão-somente as conveniências da sua linha de produção. Quando adquire as frutas cítricas cultivadas pelos produtores rurais da região e a estes repassa - por força de contrato - a colheita e o transporte, assume a Recorrente posição privilegiada diante de uma dinâmica empresarial engendrada com o único e inequívoco propósito de lhe tirar das costas a responsabilidade que deriva de sua atividade social. A mudança do sistema "fruta no pé" para "fruta posta na indústria" operada na década passada objetivou, apenas, escamotear as responsabilidades dos grupos industriais, inclusive abrindo campo para a atuação fraudulenta de cooperativas de mão-de-obra, posterior-

mente combatida com veemência pelo Ministério Público do Trabalho. Isto porque, absolutamente nada mudou na concretude do processo produtivo, já que a indústria continuou a determinar, como sempre fez, o conteúdo da atividade agrícola, cabendo ao produtor rural papel meramente figurativo. Recurso ordinário não provido, neste particular. TRT/SP 15ª Região 1867-2006-022-15-00-1 - Ac. 10ª Câmara 8.006/08-PATR. Rel. Marcos da Silva Pôrto. DOE 22 fev. 2008, p. 98.

102 - TRABALHADOR RURAL. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. HORAS EXTRAS

O trabalhador rural para continuar produzindo, depois de cumprir a jornada regulamentar de trabalho, com intervalo reduzido e exposto ao tempo e às condições duras do la-

bor do campo, despense uma energia humana que não pode ser retribuída apenas com o pagamento do adicional de horas extras. O entendimento que fundamenta a OJ n. 235 do C.TST não leva em conta tal fator, pois parte do pressuposto que todo o trabalho prestado foi remunerado pela produção, ou em outras palavras, toda a energia humana empregada pelo trabalhador braçal, o que não corresponde à realidade do trabalho rural. Prevalência da disposição constitucional de limitação da jornada sobre o tipo de salário ajustado que se concretiza com o deferimento da hora acrescida do adicional de hora extra para o trabalhador rural que labora em jornada extraordinária. TRT/SP 15ª Região 259-2006-029-15-00-4 - Ac. 9ª Câmara 12.380/08-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DOE 14 mar. 2008, p. 41.

EXECUÇÃO

103 - AGRAVO DE PETIÇÃO. DECISÃO DENEGATÓRIA DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NÃO CABIMENTO

Decisão que rejeita exceção de pré-executividade tem natureza jurídica nitidamente interlocutória, porquanto não terminativa do feito. Nesse sentido de raciocínio, dela não cabe o recurso do agravo de petição, à luz do quanto prevê o § 1º, do art. 893, da CLT. De outro lado, as questões suscitadas nesse meio de defesa poderão ser renovadas por ocasião de eventuais embargos do devedor, desde que garantido o juízo da execução, evidentemente (CLT, art. 884). TRT/SP 15ª Região 2206-1996-083-15-00-0 - Ac. 9ª Câmara 53.340/07-PATR. Rel. Valdevir Roberto Zanardi. DOE 31 out. 2007, p. 40.

104 - AGRAVO REGIMENTAL. EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA OU DEFINITIVA. BLOQUEIO DE NUMERÁRIO

A discussão acerca da execução, se é definitiva ou provisória, não pode ser

analisada em mandado de segurança, pelo que prevalece o entendimento da autoridade dita coatora, de que se trata de execução definitiva, sendo o *mandamus* apreciado sob este enfoque. A r. decisão atacada, qual seja, a determinação judicial para a realização de bloqueio de contas correntes do executado, comporta impugnação mediante recurso próprio. A ação mandamental possui via de aplicação estreita, cujos lindes concentram-se na verificação, por este órgão julgador, de possível ilegalidade ou abusividade de direito em ato da autoridade indicada como coatora, desde que superada preliminar análise acerca do seu cabimento. Dispondo a parte de recurso nos próprios autos do processo de execução, para atacar a decisão que determinou o bloqueio das suas contas bancárias, se revela incabível o presente *mandamus*. Agravo Regimental que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1425-2007-000-15-00-9 - Ac. 1ª SDI 47/08-PDI. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DOE 18 jan. 2008, p. 4.

105 - AGRAVO RETIDO. AUSÊNCIA DE RENOVAÇÃO

Decisão interlocutória, objeto de agravo retido no Cível, não agitada em recurso ordinário interposto nesta Especializada, não devolve ao Tribunal seu conhecimento, tornando-a definitiva (art. 893, § 1º da CLT). **INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPROPRIEDADE DA SENTENÇA QUE AS ENGLOBA.** As indenizações por dano material e moral exigem fixações diversas, eis que a primeira é paga sob forma de pensão mensal. **TERMO AD QUEM DO PENSIONAMENTO.** Restrita ao descendente, o marco final do pagamento da indenização por dano material deve ser a maioria civil ou, se houver prova nos autos, 24 anos quando, via de regra, o jovem conclui a universidade. **CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL (ART. 475-Q DO ESTATUTO ADJETIVO).** A constituição de capital, disciplinada pelo art. 475-Q do CPC só se justifica se houver prestações vincendas. **EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA DESCABIDA.** A execução por quantia certa não enseja fixação de multa diária, de cunho cominatório, regida pelo art. 461, § 4º do mesmo códex. TRT/SP 15ª Região 1985-2005-004-15-00-7 - Ac. 8ª Câmara 56.977/07-PATR. Rel. Vera Teresa Martins Crespo. DOE 09 nov. 2007, p. 52.

106 - DEVEDOR RECALCITRANTE. EXECUÇÃO DE PEQUENA MONTA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Devedor que não paga a execução de pequena monta, e se insurge contra penhora judicial sobre bem imóvel, alegando a existência de vários

bens móveis além de crédito perante terceiros concernente à renda de aluguel de imóvel que corresponde à quase três mil por cento do ínfimo valor do *quantum debeatur* age, no mínimo, com manifesta má-fé. TRT/SP 15ª Região 1436-2001-046-15-00-0 - Ac. 11ª Câmara 13.364/08-PATR. Rel. Nora Magnólia Costa Rotondaro. DOE 14 mar. 2008, p. 57.

107 - EMBARGOS DE TERCEIRO. EM EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. SÓCIO RETIRANTE. VIABILIDADE

A incorporação da doutrina do *disregard of legal entity* ao ordenamento jurídico pátrio deu-se através do art. 28 da Lei n. 8.078/1990, CDC, e do art. 50 do novo CC, que prevê a possibilidade de, uma vez esgotados os bens da empresa, o patrimônio dos sócios responder pelas dívidas da sociedade, conforme arts. 592 e 596 do CPC; arts. 134, 135, 185 e 186 da Lei n. 5.172/1966 (CTN); art. 10, do Decreto n. 3.708/1919; art. 121 do Decreto-lei n. 2.627/1940, arts. 117, 154, 155, 156, 158 e 245 da Lei n. 6.404/1976; arts. 292 e 339 do Código Comercial; art. 1.396 do CC e arts. 4º e 29 da Lei n. 6.830/1980, *ex vi* do art. 889 da CLT. Na hipótese, desnecessária a citação pessoal do ex-sócio, ainda que retirante, na medida em que ao tempo do ajuizamento da ação detinha cargo de mando e gestão na reclamada. Agravo de petição em Embargos de Terceiro a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 651-2005-095-15-85-0 - Ac. 10ª Câmara 1.857/08-PATR. Rel. José Antonio Pancotti. DOE 18 jan. 2008, p. 62.

108 - EXECUÇÃO. ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE

Não há que se falar em omissão da CLT quanto ao que dispõe o art. 475-J do CPC, haja vista o disposto nos arts. 880 a 883 do texto consolidado. TRT/SP 15ª Região 2712-1996-029-15-00-4 - Ac. 12ª Câmara 62.116/07-PATR. Rel. José Pitas. DOE 11 jan. 2008, p.163.

109 - EXECUÇÃO. DEPÓSITO PARA GARANTIA. SUBSISTÊNCIA DE CONTAGEM DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

A realização de depósito judicial para garantia da execução, por parte do devedor, nos termos do art. 884 da CLT não ostenta eficácia liberatória própria do depósito efetuado para pagamento, não impedindo a fluência da correção monetária e dos juros de mora. Se o numerário não estava disponível para o credor, o depósito não se equipara à quitação plena, e sendo a taxa de juros aplicada ao crédito trabalhista superior àquela praticada pelas instituições de crédito, não compete ao credor suportar o prejuízo e arcar com a diferença, o que implica em redução do efetivo valor do crédito. Inteligência do art. 39 da Lei n. 8.177/1991. TRT/SP 15ª Região 1078-2003-015-15-00-0 - Ac. 10ª Câmara 11.346/08-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DOE 07 mar. 2008, p. 141.

110 - EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO QUE NÃO EXERCE PODERES DE GERÊNCIA

O art. 50 do CC positivou a teoria da

desconsideração da personalidade, sem qualificar a situação do sócio no âmbito da sociedade, nem o tipo de sociedade a que se dirige. A regra geral que hoje vigora em nosso ordenamento jurídico é a da aplicação da doutrina do *disregard off the legal veil*. As idiosincrasias de cada caso concreto serão apreciadas por ocasião do ajuizamento de eventual embargos à execução, quando ambos os litigantes poderão melhor comprovar as suas alegações, inclusive com possibilidade de produção de provas (art. 884, § 2º, da CLT e art. 740, do CPC). TRT/SP 15ª Região 245-1999-003-15-00-8 - Ac. 4ª Câmara 55.909/07-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 09 nov. 2007, p. 30.

111 - EXECUÇÃO PROVISÓRIA. AGRAVO DE PETIÇÃO. NECESSIDADE DE INDICAR VALORES INCONTROVERSOS

A circunstância de ser provisória a execução, não exclui a obrigação da agravante apontar os valores incontroversos. A apuração de tais valores há de ser realizada em relação aos cálculos apresentados pelas partes, pois o agravo de petição ataca a sentença de liquidação, e não os títulos discutidos no recurso. (art. 899, *caput*, da CLT). TRT/SP 15ª Região 617-1995-016-15-00-9 - Ac. 4ª Câmara 63.453/07-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 11 jan. 2008, p. 93.

112 - PENHORA. DE 30% DA CONTA SALÁRIO DO EXECUTADO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO

Face à colisão entre direitos fundamentais, ou seja, de um lado os direitos trabalhistas, de caráter alimentar, e de outro, a impenhorabilidade do salário, constitucionalmente garantida, e que não se coaduna com a aplicação do princípio de unidade da Constituição o sacrifício total de um direito fundamental em favor de outro e, ainda, tendo em mente que o conflito somente se estabelece no campo da aplicação ao caso concreto e não abstratamente, há de se encontrar a melhor forma de solucionar o conflito entre normas constitucionais, a fim de que ambas possam ter aplicabilidade, realizando a escolha sempre se pautando na rigorosa análise do caso particularizado e com amparo nos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, com destaque, nesta Especializada, para a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho. TRT/SP 15ª Região 1720-2007-000-15-40-0 - Ac. 1ªSDI 131/08-PDI1. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DOE 22 fev. 2008, p. 37.

113 - PREVIDENCIÁRIO. ACORDO HOMOLOGADO. PARCELA INDEMNIZATÓRIA. REEMBOLSO DE DESPESAS DE TRANSPORTE

Não incide a contribuição previdenciária sobre a parcela do acordo homologado, especificada de reembolso de despesas de transporte, tendo em vista a natureza indenizatória da verba; na medida em que não se considera salário a vantagem concedida pelo empregador, referentemente ao transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público, a teor

do art. 458, § 2º, III, da CLT. Recurso improvido. TRT/SP 15ª Região 1117-2006-040-15-01-4 - Ac. 12ªCâmara 8.652/08-PATR. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DOE 29 fev. 2008, p. 85.

114 - PROCESSO DE EXECUÇÃO. ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE

Em razão de haver no processo do trabalho regramento próprio para a execução que disciplina a citação e o pagamento da dívida (arts. 880 a 883 da CLT), não há que se falar em omissão da CLT quanto ao que dispõe o art. 475-J do CPC. TRT/SP 15ª Região 377-2004-096-15-00-2 - Ac. 1ªCâmara 12.823/08-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DOE 14 mar. 2008, p. 12.

115 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. LIMITES

A responsabilidade da prestadora de serviços não alcança, de início, a figura de seus sócios. Não tendo como satisfazer a execução, esta se voltará contra a devedora subsidiária. Apenas na impossibilidade de os bens das duas empresas suportarem a execução, é que os sócios serão incluídos no polo passivo da execução. A devedora principal citada para satisfazer a execução deixar de cumprir a sua obrigação ou de apresentar bens idôneos á penhora, resta caracterizada a sua insuficiência econômica e autorizada a continuação da execução na figura da devedora subsidiária. TRT/SP 15ª Região 346-2004-086-15-00-4 - Ac. 4ªCâmara 4.813/08-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DOE 1º fev. 2008, p. 23.

MATÉRIA NOVA

116 - ACIDENTE DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TEORIA DO RISCO. DANO DECORRENTE DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. DEVER DE INDENIZAR, INDEPENDENTE DE DOLO OU CULPA. RECONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 225, § 3º, CF E 927, PARÁGRAFO ÚNICO, CC

A dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da República Federativa Brasileira (art. 1º, CF). Traduz-se, em essência, na necessidade de respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, sobretudo quando trabalhador, destinatário de maior interesse público. Dentre os direitos fundamentais de dignidade do trabalhador insere-se, indiscutivelmente, o de um ambiente de trabalho seguro e adequado, capaz de salvaguardar, de forma eficaz, sua saúde e segurança. Esse é um dever do Estado e de toda sociedade, mas sobretudo do empregador, a quem compete proteger e preservar o meio ambiente de trabalho, com a implementação de adequadas condições de saúde, higiene

e segurança que possam, concretamente, assegurar ao empregado sua dignidade plena, em consonância com o desiderato constitucional. Ao dever de preservação do meio ambiente (art. 225, CF) - assim entendido, também, o meio ambiente do trabalho - se contrapõe a obrigação de reparação de danos, quando decorrentes da responsabilidade civil. A evolução na dogmática, após alongados debates e à vista do art. 927 do CC, trouxe para o tema a teoria do risco, segundo a qual nos casos em que a atividade da empresa implique naturalmente risco aos trabalhadores, é objetiva a responsabilidade do empregador pelos danos causados, vez que oriundos do meio ambiente do trabalho, dispensando, por isso mesmo, comprovação de dolo ou culpa patronal. Assim sendo, verificado que o acidente laboral insere-se nas hipóteses naturais do risco da atividade empresária, é do empregador o dever de indenizar, em face da sua responsabilidade objetiva no evento. INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE. APTO PARA O TRABALHO.

IRRELEVÂNCIA. RECONHECIMENTO. DEVIDA. A circunstância de se reconhecer, num caso concreto, tão-somente uma eventual diminuição da capacidade laborativa, não significa que o obreiro não possa ser indenizado, sob pena de ser penalizado por demonstrar sua superação pessoal, executando suas tarefas com mais dificuldade, superando sua perda. INDENIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO MATERIAL ANTE O RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. EQUÍVOCO. DEVIDA. Não há que se falar em ausência de prejuízo material em virtude de recebimento de benefício previdenciário. Ora, esses benefícios decorrentes de acidente do trabalho objetivam substituir a remuneração mensal do segurado, garantindo-lhe condições mínimas de sobrevivência, por meio de prestações periódicas, de caráter alimentar. Diante desta natureza jurídica, por certo, não impõe a reparação dos danos - inábil, pois, a restabelecer a situação existente antes do dano. TRT/SP 15ª Região 1720-2005-029-15-00-5 - Ac. 4ª Câmara 4.912/08-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 1º fev. 2008, p. 28.

117 - CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL. NATUREZA JURÍDICA. ASSOCIAÇÃO CIVIL DE DIREITO PRIVADO

A Lei n. 11.107/2005, que regulamentou disposição constitucional, asseverou no § 1º do art. 1º que: "O consórcio público constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado". Enquanto em seu art. 6º dis-

põe que o consórcio público adquirirá personalidade jurídica: "I - de direito público, no caso de constituir associação pública, mediante a vigência das leis de ratificação do protocolo de intenções; II - de direito privado, mediante o atendimento dos requisitos da legislação civil". Cuidando-se de consórcio constituído sob a forma jurídica de Sociedade Civil e sob a regência do CCB, mediante a adesão dos municípios representados por seus prefeitos e não através de lei, há que se reconhecer sua natureza de direito privado, ainda que receba aporte de verbas oriundas dos municípios participantes, mesmo porque o recebimento de verbas públicas decorrente da prestação de serviços públicos de saúde mediante convênios firmados com a União e com a Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo não é suficiente para transmudar a natureza privada do órgão constituído com a finalidade de facilitar os serviços de saúde aos munícipes da região. Em sendo assim, é forçoso reconhecer que o consórcio é entidade privada que age no interesse público, assemelhando-se a empresa pública, que, de acordo com o art. 173, § 1º, inciso II da CF, submete-se ao regime jurídico das empresas privadas, conforme expressamente disposto na Lei n. 11.107/2005. Recurso do reclamante a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 189-2006-069-15-00-3 - Ac. 5ª Câmara 9.132/08-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DOE 29 fev. 2008, p. 42.

118 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONVENCIONADOS. PERCENTUAL ESTABELECIDO EM LEI

PRÓPRIA. REEMBOLSO DAS DESPESAS EFETUADAS. POSSIBILIDADE

Os honorários convenionados - uma das formas asseguradas pelo art. 22 da Lei n. 8.906/1994 de recebimento, pelos advogados, dos serviços prestados, além dos sucumbenciais e dos arbitrados judicialmente -, não podem ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB (§ 2º). Assim, restando incontroversa a pactuação verbal no percentual de 30%, incabível a sua fixação em valor menor, com fulcro na norma processual que trata de honorários sucumbenciais. Além disso, optando por contratar advogada que reside e possui escritório em outra cidade, deve a parte reembolsar as despesas efetuadas com deslocamentos e demais gastos com os processos por ela patrocinados. Inteligência do item "3" da Tabela de Honorários da OAB/SP c/c art. 676 do CC. TRT/SP 15ª Região 946-2005-048-15-85-0 - Ac. 11ª Câmara 10.907/08-PATR. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DOE 29 fev. 2008, p. 79.

119 - JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA. INCOMPETÊNCIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 114, I, CF

É pacífico, hodiernamente, que a reforma promovida pela EC n. 45/2004 alargou o alcance da competência jurisdicional que, antes, a Constituição da República conferia à Justiça do Trabalho - a fim de, com isso, atribuir-lhe não só as tradicionais

ações decorrentes das relações de trabalho subordinado (relações de emprego), mas também, e agora, aquelas oriundas de novas formas de trabalho humano. Entretanto, isso não significa que a Justiça Especializada passou a absorver qualquer demanda oriunda de qualquer relação que tenha por objeto a execução de uma tarefa. Nesse sentido, escapa da norma do art. 114, inciso I, da CF as ações envolvendo, por exemplo, contrato de parceria agrícola, na medida em que, nessa hipótese, não existe uma relação de trabalho propriamente dita, mas sim uma relação societária especial, através da qual uma parte ingressa com a terra, benfeitorias e infra-estrutura, enquanto a outra, com a força laboral ou alguns investimentos. De todo modo, não se pode dizer que, nesse caso, haverá um tomador e um prestador de serviços, mas sim, nos termos do Estatuto da Terra (Lei n. 4.504, de 30.11.1964), co-interessados no mesmo negócio, uma vez que ambos participam legitimamente dos lucros. Não existindo entre as partes relação de trabalho, mas apenas vínculo de parceria, compete à Justiça Comum apreciar e julgar a demanda. TRT/SP 15ª Região 334-2006-035-15-00-9 - Ac. 4ª Câmara 11.914/08-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DOE 07 mar. 2008, p. 126.

120 - LOGÍSTICA. TRANSPORTE. DIREITO TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE-FIM

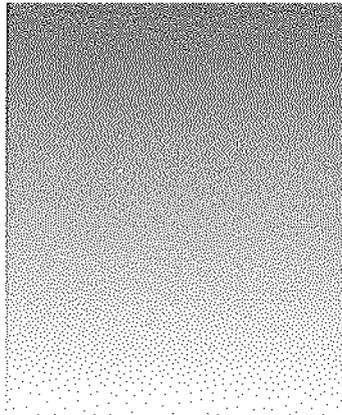
Constando dos atos constitutivos da empresa de logística objeto social as-

sociado ao transporte de qualquer natureza, não há como não reconhecer a característica finalística das atividades diretamente ligadas ao transporte de mercadorias. Nulidade do auto de infração afastada. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 602-2006-116-15-00-2 - Ac. 3ª Câmara 677/08-PATR. Rel. Luciane Storel da Silva. DOE 11 jan. 2008, p. 80.

121 - PROCESSO SELETIVO. NÃO CONTRATAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL

No processo seletivo, embora não exista a certeza de admissão e tendo a empresa o direito de verificar suas conveniências, há limitações. A empresa que submete candidata a tes-

tes de admissão e a aprova, acorda função e salário, autoriza exames médicos admissionais, solicita documentos para a contratação, fornece recibo de vale transporte e de uniforme e, ainda, autoriza abertura de conta salário declarando-a sua funcionária, cria a expectativa de emprego. A não contratação, sem motivo justificável, gera angústias e perdas, já que a candidata rejeitou outras ofertas de emprego diante da iminência deste. Reparação deve ser feita através de indenização por danos materiais e morais. Recurso conhecido e não provido. TRT/SP 15ª Região 454-2006-085-15-00-2 - Ac. 9ª Câmara 56.429/07-PATR. Rel. Nildemar da Silva Ramos. DOE 09 nov. 2007, p. 59.



TRIBUNAL PLENO

122 - AGRAVO REGIMENTAL. DO EXECUTADO. INVERSÃO DA ORDEM CRONOLÓGICA DE APRESENTAÇÃO DOS PRECATÓRIOS. OCORRÊNCIA. CABIMENTO DO SEQÜESTRO

O pagamento de precatório, mesmo que parcial, com data de ofício requisitório posterior a precatório pendente de quitação, provoca a ocorrência de preterição. No caso, deve ser deferida a ordem de seqüestro postulada, por contrariedade ao art. 100, *caput*, da Constituição da República. TRT/SP 15ª Região 645-2005-150-15-00-8 - Ac. TP 3/08-PPLJ. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 18 jan. 2008, p. 1.

123 - AGRAVO REGIMENTAL. DO EXECUTADO. QUITAÇÃO PARCIAL DO PRECATÓRIO. FORMAÇÃO DE UM NOVO PRECATÓRIO. INCABÍVEL

A legislação pátria não permite a confecção de um novo precatório para cobrança de dívida judicial, quitada

parcialmente, em consonância com ofício requisitório expedido anteriormente, haja vista as parcelas pendentes não se configurarem como nova dívida contraída. TRT/SP 15ª Região 1111-1994-035-15-00-4 - Ac. TP 1/08-PPLJ. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 18 jan. 2008, p. 1.

124 - IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE CÁLCULOS. MATÉRIA JÁ DISCUTIDA NA FASE DE CONHECIMENTO OU DE EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DO EXECUTADO

O Presidente do TRT é competente para acolher o pedido de revisão de cálculos, em fase de precatório, nos termos do art. 1º-E da Lei n. 9.494/1997, devendo ser observado, contudo, os ditames da OJ n. 02 do Tribunal Pleno do C. TST. Tendo a matéria sido objeto de debate na fase de execução, não há que se falar em revisão de cálculos. TRT/SP 15ª Região 147-1994-035-15-00-0 - Ac. TP 23/08-PPLJ. Rel. Luiz Carlos de Araújo. DOE 14 mar. 2008, p. 3.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA*

AÇÃO

- civil pública. Decisão com efeito supra-regional. Competência territorial. Concorrente. Prevenção (DP 81), 271
- de cumprimento. Ajuizada pelo sindicato como substituto processual. Prescrição (DM 5), 241
- de cumprimento. Norma coletiva aplicável. Teoria do conglomeramento. Recurso ordinário do sindicato autor (DM 6), 241
- de indenização por acidente de trabalho. Responsabilidade objetiva. Art. 927 do novo CC. Aplicação responsável (DM 7), 242
- de indenização por acidente de trabalho. Responsabilidade objetiva. Art. 927 do novo CC. Fatos pretéritos. Inaplicabilidade (DM 7), 242
- rescisória. Art. 485, V, do CPC. Violação a dispositivo constitucional e legal. Prescrição. Procedência (DP 82), 271
- rescisória. Colusão. Considerações doutrinárias (DP 83), 271
- rescisória. Improcedência. Colusão. Não configuração (DP 83), 272
- revisional. Não cabimento .. (DP 84), 273

ACIDENTE

- de trabalho. Ausência de culpa do empregador. Uso de aparelhos que põem em risco a integridade do trabalhador. Procedência. Art. 927, parágrafo único, do CC e art. 1º, III, da CF (DM 9), 245
- de trabalho. Culpa do empregador caracterizada. Cumulação de indenização por dano moral e estético com pensão vitalícia. Recur-

* Abreviaturas utilizadas: 1º SDI = 1ª Seção de Dissídios Individuais; DM = Direito Material; DP = Direito Processual; DR = Direito Rural; EX = Execução; MN = Matéria Nova; TP = Tribunal Pleno. O algarismo negrito corresponde à numeração referencial das ementas de jurisprudência.

Exemplo: Ação Revisional está na página "273", na Subseção Direito Processual (DP) e é a ementa de número 84.

- so Ordinário (DM 10), 245
- de trabalho. Culpa exclusiva da vítima. Não cabimento de reparação civil (DM 7), 242
- de trabalho. Fornecimento e fiscalização de uso de equipamento apto a afastar qualquer possibilidade de lesão. Imperícia do empregado. Indenização descabida (DM 7), 242
- de trabalho. Indenização. Confissão ficta do obreiro aliada à produção de provas por parte da reclamada. Improcedência do pedido (DM 7), 243
- de trabalho. Indenização. Não utilização de equipamento individual de proteção. Improcedência do pedido (DM 7), 243
- de trabalho. Juros de mora. Incidência. Súmula n. 54 do C. STJ. Aplicabilidade (DM 11), 245
- de trabalho. Pequeno empreiteiro. Equiparação a empregado. Falta de uso de EPIs. Responsabilidade civil do dono da obra (DM 12), 245
- do trabalho. Experiência. Suspensão do contrato (DM 13), 246
- do trabalho. Responsabilidade civil do empregador. Teoria do risco. Dano decorrente do meio ambiente do trabalho. Dever de indenizar, independente de dolo ou culpa. Reconhecimento. Inteligência dos arts. 225, § 3º, CF e 927, parágrafo único, CC (MN 116), 287

- sofrido pelo trabalhador no deslocamento de sua residência ao local de trabalho. Ausência de dolo ou culpa do empregador. Indenização por danos morais indevida (DM 8), 244

ACORDO

- manifestamente lesivo ao reclamante. Não homologação. Decisão em consonância com o princípio tutelar do trabalhador (DP 85), 273

ADESÃO

- a programa de incentivo à aposentadoria. Efeitos. Recurso Ordinário (DM 14), 246

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

- Base de cálculo. Empregado público (DM 15), 246

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA

- Responsabilidade subsidiária. Enunciado n. 331, IV do C. TST (DM 16), 246

AGRAVO

- de instrumento. Seguimento denegado ao Agravo de Petição. Aplicação do art. 518, § 1º, nesta especializada. Súmula incompatível com posterior legislação. Impossibilidade. Provisamento. Destrancamento do recurso (DP 86), 274
- de instrumento. Seguimento denegado ao recurso. Aplicação do art. 518, § 1º, nesta especializada. Possibilidade (DP 86), 273

- de petição. Decisão denegatória de exceção de pré-executividade. Não cabimento (EX 103), 283
- regimental. Do executado. Inversão da ordem cronológica de apresentação dos precatórios. Ocorrência. Cabimento do seqüestro (TP 122), 291
- regimental. Do executado. Quitação parcial do precatório. Formação de um novo precatório. Incabível (TP 123), 291
- regimental. Em mandado de segurança. Execução provisória ou definitiva. Bloqueio de numerário (EX 104), 283
- retido. Ausência de renovação (EX 105), 283

ALICIAMENTO DE TRABALHADORES

- para prestação de serviços no exterior. Reconhecimento de vínculo de emprego com a pessoa física contratante (DM 17), 247

ANUÊNIO

- Diferenças (DM 64), 265

APOSENTADORIA

- espontânea. Extinção do contrato de trabalho. Multa de 40% sobre os depósitos do FGTS. Diferenças. Direito (DM 64), 266
- por invalidez. Suspensão do contrato de trabalho. Direito do empregado à manutenção do plano de assistência médica fornecido pelo empregador (DM 18), 247

APOSENTADOS E PENSIONISTAS

- Auxílio cesta-alimentação. Violação de direito adquirido e da coisa julgada. CEF (DM 19), 248

BANCÁRIO

- Luvas. Empréstimo pessoal. Natureza jurídica (DM 20), 248

BANCO

- Safra. Empréstimo pago ao empregado sem previsão de quitação. Natureza salarial (DM 21), 248

CESP

- Empregado de Sociedade de Economia Mista. Sexta-parte. Indevida (DM 22), 249

COMPETÊNCIA

- de jurisdição. Legislação aplicável (DP 87), 274
- em razão da matéria e do lugar. Litígio decorrente de eleição sindical. Litisconsórcio. Sentença que decreta a extinção do processo, sem resolução do mérito, em relação a um dos litisconsortes passivos e na seqüência, acolhe exceção de incompetência em razão do lugar. Nulidade (DP 88), 275

CONDENAÇÃO

- subsidiária. Município. Terceirização de serviços essenciais. Utilização, ainda que parcial, da estrutura de ente privado (DM 23), 249
- subsidiária. Pretensão da recorrente em elidi-la ou reduzi-la tão-só aos salários devidos sob

- o argumento de que é parte ilegítima ou que a aplicação da Súmula n. 331 do C. TST deve observar a disciplina da outra de n. 363. Argumento rejeitado. Condenação subsidiária mantida (DM 24), 249
- CONFLITO**
- de leis trabalhistas no espaço (DP 87), 274
- CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL**
- natureza jurídica. Associação civil de Direito privado (MN 117), 288
- CONSTITUIÇÃO**
- de capital (art. 475-Q do estatuto adjetivo) (EX 105), 284
- CONTRATO**
- a prazo. Anotação na CTPS. Exigência legal (DM 25), 250
 - de empreitada. Prova . (DM 26), 250
 - de jogador de futebol. Cláusula penal (DM 27), 250
 - de trabalho. Plano médico. Manutenção. Quando mais se torna necessário fazê-lo (DM 28), 251
 - de trabalho. Prazo determinado. Ente público. Necessidade temporária de excepcional interesse público não demonstrada. Ausência de concurso público. Nulidade (DM 29), 251
- CONTRIBUIÇÃO**
- previdenciária. Acordo. Discriminação ineficaz (DM 30), 251
 - previdenciária. Em acordo homologado. Sem vínculo empregatício (DM 31), 251
 - previdenciária. Penalidade do art. 467 da CLT (DM 32), 252
 - sindical (DM 33), 252
- CONTRIBUIÇÕES**
- devidas ao INSS por acordos sem reconhecimento de vínculo (DM 34), 252
 - previdenciárias. Conciliação. Pagamento a título de verba indenizatória postulada em aditamento à petição inicial, sem causa de pedir. Incidência (DP 89), 275
 - previdenciárias. Isenção. Entidade filantrópica (DM 64), 265
- CONVENÇÃO**
- Coletiva de Trabalho. X Acordo Coletivo de Trabalho. Aplicabilidade (DM 35), 252
 - Coletiva. Ilícita é a cláusula que obriga empregador a custear sindicato profissional, por afronta à Convenção n. 98 da OIT (DM 36), 253
- CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS**
- Fato gerador. Efetiva disponibilidade do crédito (DM 37), 253
- DANO**
- moral. Doença ocupacional. Indenização (DM 38), 253
 - moral. Indenização. Devi-

- da (DM 39), 254
- DANOS**
- materiais e morais. Conduta lesiva no âmbito da relação de trabalho. Fonte do direito material. Natureza civil e não trabalhista. Prescrição. Regime do CC (DM 40), 255
 - morais. Empregada portadora de AIDS. Atos de discriminação no ambiente de trabalho. Indenização devida (DM 41), 257
 - morais. Ofensas de conotação racial e em desrespeito à própria nacionalidade brasileira. Indenização devida. Condenação de rigor (DM 42), 257
- DECISÃO**
- que altera *ex officio* (1ªSDI1), 239
- DEPÓSITO RECURSAL**
- Isenção das despesas processuais pelo juízo originário. Não inclusão. Exigibilidade. Deserção (DP 90), 275
- DEVEDOR**
- recalcitrante. Execução de pequena monta. Litigância de má-fé (EX 106), 284
- DIARISTA**
- Faxineira (DM 43), 258
- DIFERENÇAS SALARIAIS**
- Contrato de trabalho rompido. Posterior celebração de novo contrato de trabalho em curto período. Art. 453, CLT. Indenização legal. Interpretação de norma contida na CLT. (DM 44), 258
 - decorrentes de revisão anual de salários. Possibilidade (DM 45), 258
- DIREITOS**
- Oriundos da relação de emprego. Renúncia ou transação extrajudicial Inviabilidade (DM 46), 259
- DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE**
- Ente público. Regime jurídico híbrido. Servidores públicos celetistas e estatutários. Isonomia. Indivisibilidade do objeto. Princípio da efetividade. Competência da Justiça do Trabalho. Possibilidade (DP 91), 276
- DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO**
- através de ações da empregadora desde que preenchidos determinados pressupostos. Cabimento do benefício somente no ano em que a empresa reconheceu ter sido a meta atingida. Ausência de prova, a cargo do empregado, de que a distribuição teria sido devida em outros exercícios. Direito de o trabalhador optar entre o recebimento em dinheiro ou em ações. Necessidade, no segundo caso, de fornecimento, pelo empregado, da documentação legalmente exigida (DM 47), 260
- DONO DA OBRA**
- Serviço contratado inerente à atividade empresarial. Terceirização. Não aplicação da OJ n. 191 da SDI-1 do TST (DM 48), 260
- EMBARGOS**
- de declaração. Com efeito modifica-

- tivo. Ausência de vista à parte contrária (DP 92), 276
- de terceiro. Em execução. Desconsideração da pessoa jurídica. Sócio retirante. Viabilidade (EX 107), 284

EMBRIAGUEZ

- habitual ou em serviço. Causa de suspensão contratual (DM 49), 261

EMPREGADO PÚBLICO

- Estabilidade após a EC n. 19. Inexistência. Despedimento arbitrário. Impossibilidade (DM 56), 262

ESTABILIDADE

- da gestante no curso do aviso prévio indenizado. Incabível (DM 50), 261

EXECUÇÃO

- Art. 475-j do CPC. Inaplicabilidade (EX 108), 285
- Depósito para garantia. Subsistência de contagem de juros e correção monetária (EX 109), 285
- por quantia certa. Fixação de multa diária descabida (EX 105), 284
- provisória. Agravo de petição. Necessidade de indicar valores incontroversos (EX 111), 285
- Responsabilidade do sócio que não exerce poderes de gerência (EX 110), 285

GARANTIA

- semestral de salários. Norma coletiva (DM 64), 265

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

- convencionados. Percentual estabelecido em lei própria. Reembolso das despesas efetuadas. Possibilidade (MN 118), 288

HORAS EXTRAS

- Diferenças. Remuneração por produtividade. OJ n. 235 da SDI-I do TST (DM 51), 261

IMPOSSIBILIDADE

- de revisão de cálculos. Matéria já discutida na fase de conhecimento ou de execução. Agravo regimental do executado (TP 124), 291

IMPOSTO DE RENDA

- Indenização de férias e adicional de 1/3 pagos na rescisão contratual (DM 52), 261

INDENIZAÇÃO

- ausência de prejuízo material ante o recebimento de benefício previdenciário. Equívoco. Devida (MN 116), 288
- Danos materiais. Redução da capacidade. Apto para o trabalho. Irrelevância. Reconhecimento. Devida (MN 116), 287
- por dano material e moral (art. 7º, XXVIII da CF) (DM 67), 267
- por danos materiais e morais. Impropriedade da sentença que as engloba (EX 105), 284
- por danos morais. Prova convincente de lesão aos direitos da personalidade. Viabilidade (DM 40), 256

- suplementar concedida de ofício. Não cabimento (DP 99), 279

INTERESSES

- individuais homogêneos. Legitimidade do Ministério Público (DP 93), 276

JORNADA DE TRABALHO

- diversa da constante do edital do concurso. Impossibilidade. Direito Administrativo. Direito do Trabalho (DM 53), 261

JULGAMENTO

- imediato pelo Tribunal ... (DM 67), 267

JUSTA CAUSA

- aplicação precipitada. Alegação patronal sem consistência. Reversão. Dano moral (DM 54), 262
- Desídia. Ausência de punição de fatos anteriores (DM 55), 262
- Embriaguez habitual. Alcoolismo. CLT, art. 482, f. Insubsistência (DM 56), 262

JUSTIÇA DO TRABALHO

- Ação de indenização. Contrato de parceria agrícola. Incompetência. Inteligência do art. 114, I, CF (MN 119), 289

LEGITIMIDADE

- e competência. Danos morais e materiais. Fabricante do equipamento. Acordo entre sucessores do acidentado e a empregadora. Prosseguimento contra o fabricante. Possibilidade (DP 94), 277

LOGÍSTICA

- Transporte. Direito Tributário e Administrativo. Atividade-fim (MN 120), 289

MANDADO DE SEGURANÇA

- contra ato judicial. Existência de recurso próprio, ainda que com efeito diferido. Não cabimento. Inteligência do art. 5º, II, Lei n. 1.531/1951 (1ªSDI 2), 239
- Contribuição sindical. Multa aplicada pela Delegacia do Trabalho decorrente de desconto em folha de pagamento de trabalhador rurícula não-sindicalizado, calçado em cláusula convencional. Inexistência de direito líquido e certo à sua não-exigibilidade. Ato não abusivo nem ilegal. Ação mandamental im procedente (DM 57), 263
- Depósito prévio a título de honorários periciais. Ilegalidade (DM 58), 263
- Ferroban. Extinção do feito. Antecipação de tutela ratificada por sentença prolatada na reclamatória trabalhista, quando ainda em curso a ação de segurança. Perda do objeto (1ªSDI 4), 240

MOTOBOY

- Restaurante. Cooperativa de motociclistas. Intermediação de mão-de-obra. Fraude (DM 59), 263

MULTA

- convencional. Limitação (DM 64), 266

- por embargos de declaração procrastinatórios opostos pelo reclamado na Vara do Trabalho. Improcedência dos pedidos decretada no Regional. Manutenção da multa (DP 95), 277

MUNICÍPIO

- Cargo em comissão. Submissão ao regime celetista. Rescisão contratual. Aviso prévio e multa fundiária de 40%. Deferimento (DM 60), 264
- Contrato determinado. Necessidade temporária de excepcional interesse público. Erradicação da dengue. Regularidade da contratação (DM 61), 264

NATUREZA JURÍDICA

- do valor devido pelo intervalo intrajornada não concedido (DM 62), 265

NULIDADE PROCESSUAL

- Cerceamento de defesa. Alegação extemporânea. Preclusão (DM 7), 243
- Cerceamento de defesa. Indeferimento de produção de nova perícia. Não ocorrência (DM 7), 244

OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA

- e da não discriminação. Condição prevista em edital de concurso público (DM 63), 265

PARTICIPAÇÃO

- nos lucros e resultados. Normas coletivas. Requisitos. Recurso da reclamada (DM 64), 265

PENHORA

- de 30% da conta salário do executado. Inexistência de ofensa a direito líquido e certo (EX 112), 285
- de 30% dos salários ou proventos de aposentadoria. Possibilidade (1ªSDI 3), 239

PERICULOSIDADE

- Motorista. Abastecimento. Contato eventual. Adicional indevido (DM 65), 266

PRESCRIÇÃO

- Ações de indenização decorrentes de acidente de trabalho. Aplicação de regra de transição (DM 66), 266
- de ofício. Não afronta ao princípio da proteção. Compatibilidade com o Processo do Trabalho. Precauções (DM 69), 267
- Impossibilidade de se aplicar retroativamente o prazo prescricional reduzido pelo CC (DM 67), 267
- intercorrente. Aplicabilidade ou não. Requisitos (DP 96), 277
- interrupção. Reinício da contagem. CC, art. 202, parágrafo único (DM 68), 267

PRESTAÇÃO

- de serviços. Vínculo empregatício. Estrangeiro irregular. Proteção ao trabalho. Nulidade (DM 70), 268

PREVENÇÃO

- de outra relatoria. Litispendên-

- cia. Ferrobán. Decisão proferida em mandado de segurança relativo à decisão exarada em Ação Civil Pública. Não cabimento (1ªSDI 4), 240
- PREVIDENCIÁRIO**
- Acordo homologado. Parcela indenizatória. Reembolso de despesas de transporte (EX 113), 286
- PROCESSO**
- de execução. Art. 475-j do CPC. Inaplicabilidade (EX 114), 286
 - seletivo. Não contratação. Indenização por dano moral e material (MN 121), 290
- RECURSO**
- da reclamante. Pedido inicial. Inépcia (DM 64), 265
 - ordinário. Intempestividade configurada. Caso fortuito ou força maior (DP 97), 278
- REPRESENTANTE COMERCIAL**
- Prescrição. Art. 44, parágrafo único da Lei n. 4.886/1965 (DM 71), 268
- RESPONSABILIDADE**
- subsidiária. Clube. Comodato. Lanchonete (DM 72), 268
 - subsidiária. Limites .. (EX 115), 268
 - subsidiária. Súmula n. 331, IV do C. TST (DM 73), 269
- REVELIA**
- Pena de confissão. Preposto. Propriedade rural. Pessoa física. Mem-
bro da família (DP 98), 278
- SALÁRIO**
- complessivo. Possibilidade de (DM 74), 269
- SERVIDOR PÚBLICO**
- Cargo em comissão. Multa rescisória de 40% do FGTS. Recebimento de boa-fé. Indevida a restituição (DM 75), 269
- TERCEIRIZAÇÃO**
- Ônus da prova (DP 99), 278
- TERMO**
- *ad quem* do pensionamento . (EX105), 284
- TRABALHADOR RURAL**
- Colheita de laranja. Sistema "fruta posta". Responsabilidade da agroindústria pelo cumprimento das obrigações trabalhistas (DR 101), 281
 - Salário por produção. Horas extras (DR 102), 282
- TRANSAÇÃO**
- Contribuição previdenciária. Base de cálculo (DM 76), 269
- TREINAMENTO**
- anterior à contratação. Vínculo não configurado. Direito do Trabalho. (DM 77), 270
- UNIFORME**
- Exigência patronal (DM 78), 270
- UNIVERSIDADE**
- Contratação ou dispensa de professores. Órgão colegiado ... (DM 79), 270

VÍCIO DE CITAÇÃO

- Ação cabível para nulidade da sentença. Irrelevância (DP 100), 279

VÍNCULO DE EMPREGO

- Caracterização. Instituição bancária. Terceirização de atividade-fim (DM 80), 270

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

- ARAÚJO, Luiz Carlos de
- Agravo regimental 291
- Impossibilidade de revisão de cálculos 291
- ARESE, César
- Intermediação de mão-de-obra e responsabilidade solidária (artigo) 149
- AVELINO, Antoniel Ferreira
- O fato gerador e outras questões importantes para a execução de contribuições previdenciárias no Processo do Trabalho (artigo) 79
- BARBOSA, Maria da Graça Bonança
- Ofensa aos princípios da isonomia 265
- Prescrição 266
- Trabalhador rural 282
- BORGES, Fernando da Silva
- Aposentadoria por invalidez ... 247
- Contrato de trabalho 251
- Vínculo de emprego 270
- CARRADITA, Manuel Soares Ferreira
- Ação de Cumprimento 241
- Banco Safra 248
- Indenização 279
- Terceirização 278
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende
- Subordinação estrutural-reticular e "alienidade" (artigo) 127
- COELHO, Helena Rosa Mônaco da Silva Lins
- Recurso ordinário 278
- COOPER, Flavio Allegretti de Campos
- Convenção coletiva 253
- Embriaguez 261
- Representante comercial 268
- COSTA, Jorge Luiz
- Acidente de trabalho 245
- Competência 275
- CRESPO, Vera Teresa Martins
- Agravo retido 283
- Constituição de capital 284

*Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais e dos assuntos em relação a Jurisprudência e aos Atos Normativos.

- Distribuição de lucro 260
 - Execução 284
 - Indenização 267, 284
 - Julgamento 267
 - Prescrição 267
 - Termo *ad quem* 284
- DIAMANTINO, Adriene Sidnei de Moura David
- Aliciamento de trabalhadores 247
- FELICIANO, Guilherme Guimarães
- Distribuição dinâmica do ônus da prova no Processo do Trabalho – critérios e casuística (artigo) 103
- FERREIRA, José Otávio de Souza
- Competência de jurisdição 274
 - Conflito de leis 274
 - Mandado de segurança 263
- GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta
- Bancário. 248
 - Contrato de jogador de futebol . 250
 - Decisão 239
 - Interesses individuais homogêneos 276
 - Penhora sobre faturamento. Questões controversas em Mandado de Segurança e *Habeas Corpus* (artigo) 27
- GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto
- Contrato de trabalho 251
 - Diferenças salariais 258
 - Intermediação de mão-de-obra. Uma leitura que leva à responsabilidade solidária entre as empresas prestadora e tomadora de serviços (artigo) 67
 - Município 264
- GIURNO, Edison
- Aposentados e pensionistas 248
- GOMIERI, Olga Aida Joaquim
- Ação de Indenização 242
 - Ação rescisória 271, 272
 - Acidente de Trabalho 242
 - Mandado de Segurança 240
 - Nulidade processual 243
 - Prevenção 240
 - Vício de citação 279
- GRASSELLI, Fábio
- Contribuição previdenciária 251
- GULLA, Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira
- Mandado de segurança 263
- KHAYAT, Mariane
- Ação revisional 273
 - Convenção coletiva de trabalho 252
 - Penhora 239
- LARAIA, Ricardo Regis
- Adicional de insalubridade 246
 - Emprego público 262
 - Justa causa 262
 - Prescrição 267
- LAZARIM, Luiz Antonio
- Anuênio 265
 - Aposentadoria espontânea 266
 - Contribuições previdenciárias... 265
 - Garantia semestral de salários . 265
 - Multa 266
 - Participação nos lucros 265
 - Recurso 265
 - Responsabilidade subsidiária 268
 - Revelia 278
- LEITE, Maria Cecília Fernandes Álvares
- Honorários advocatícios 288

- LIMA, Samuel Hugo
 - Justa causa 262
 - Multa 277
 - Prescrição de ofício 267
- LIZI, Regiane Cecília
 - Imposto de renda 261
- LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina
 - Acordo 273
 - Danos morais 257
- LOPES, Edmundo Fraga
 - Acidente 244
 - Acidente de trabalho 245
 - Dono da obra 260
- MACHADO, João Alberto Alves
 - Execução 285
- MAIOR, Jorge Luiz Souto
 - Contribuição previdenciária 251
- MENDES, Marcus Menezes Barberino
 - Subordinação estrutural-reticular e "alienidade" (artigo) 127
- MONEGATTO, Regina Dirce Gago de Faria
 - Execução 285
 - Execução provisória 285
 - Responsabilidade subsidiária .. 286
- MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e
 - Agravo regimental 283
 - Embargos de declaração 276
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro
 - O trabalho nas idéias e na realidade (artigo) 47
- NEVES, Elency Pereira
 - Ação Civil Pública 271
- Créditos previdenciários 253
 - Dissídio coletivo de greve 267
- NUNES, Luiz Roberto
 - Estabilidade da gestante 261
 - Processo de execução 286
 - Uniforme 270
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio
 - Protecionismo e liberalismo na crise do Direito do Trabalho (artigo) 217
- PANCOTTI, José Antonio
 - Danos materiais e morais 255
 - Direitos 259
 - Embargos de terceiro 284
 - Indenização por danos morais .. 254
- PELEGRINI, Edison dos Santos
 - Cesp 249
 - Previdenciário 286
- PISTORI, Gerson Lacerda
 - Acidente de trabalho 245
 - Horas extras 261
 - Transação 269
- PITAS, José
 - Contrato a prazo 250
 - Contrato de empreitada 250
 - Execução 285
 - Salário complessivo 269
- PÔRTO, Marcos da Silva
 - Trabalhador rural 281
- RAMOS, Nildemar da Silva
 - Condenação subsidiária 249
 - Prestação de serviços 268
 - Processo seletivo 290
- RONDELLI, Cristiane Montenegro
 - O abuso de direito nas ativida-

- des sindicais (artigo) 113
- ROTONDARO, Nora Magnólia Costa
- Contribuição sindical 252
 - Devedor 284
 - Diarista 258
- RUFINO, Marcelo Magalhães
- Mandado de Segurança 239
- SALOMÃO, Paulo de Tarso
- Acidente do trabalho 246
 - Legitimidade e competência 277
 - Particularidades do piso salarial estadual (artigo) 21
 - Periculosidade 266
- SANTOS, Lorival Ferreira dos
- Consórcio intermunicipal 288
 - Dano moral 253
 - Diferenças salariais 258
- DE FRUTOS, Juan Antonio Senent
- Sujeito livre e discernimento da lei (artigo) 181
- SILVA FILHO, Laurival Ribeiro da
- Administração Pública Direta ... 246
 - Condenação subsidiária 249
 - Responsabilidade subsidiária .. 269
- SILVA, João Batista da
- Servidor público 269
- SILVA, Luciane Storel da
- Jornada de trabalho 261
 - Logística 289
 - Treinamento 270
- SILVA, Luís Carlos Cândido Martins Sotero da
- Acidente do trabalho 287
 - Agravo de instrumento . 273, 274
- Indenização 287, 288
 - Justiça do trabalho 289
- SOUZA, José Pedro de Camargo Rodrigues de
- Ação de Cumprimento 241
 - Acidente de trabalho 245
 - Adesão 246
- TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César
- Contribuições 252
 - O fato gerador e outras questões importantes para a execução de contribuições previdenciárias no Processo do Trabalho (artigo) 79
 - Natureza jurídica 265
- TOLEDO FILHO, Manoel Carlos
- Justa causa 262
 - *Motoboy* 263
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
- Assento Regimental n. 1 233
 - Assento Regimental n. 2 233
 - Assento Regimental n. 8 233
 - Assento Regimental n. 9 233
 - Ato GP/CR n. 17 233
 - Ato Regulamentar GP n. 2 233
 - Ato Regulamentar GP n. 4 233
 - Ato Regulamentar GP n. 7 233
 - Ato Regulamentar GP n. 15 .. 233
 - Comunicado DGCA n. 8 233
 - Comunicado GP n. 4 234
 - Comunicado GP n. 6 234
 - Comunicado GP n. 9 234
 - Comunicado GP n. 21 234
 - Comunicado GP n. 66 234
 - Portaria n. 4 234
 - Portaria CR Única 234
 - Portaria GP n. 2 234
 - Portaria GP n. 3 235

- Portaria GP n. 5	234	- Prescrição	277
- Portaria GP n. 6	235		
- Portaria GP n. 7	235	VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo	
- Portaria GP n. 8	235	- Contribuições previdenciárias .	275
- Portaria GP n. 10	235		
- Portaria GP n. 11	235	ZANARDI, Valdevir Roberto	
- Portaria GP n. 32	234	- Agravado de petição	283
- Portaria GP/CR n. 13	235	- Depósito recursal	275
- Provimento GP/CR n. 1	235	- Município	264
- Provimento GP/CR n. 3	235		
- Resolução Administrativa n. 1 ..	235	ZANELLA, Eduardo Benedito de Oliveira	
- Resolução Administrativa n. 2 ..	236	- Ação rescisória	271
- Resolução Administrativa n. 3 ..	236	- Contribuição previdenciária	252
		- Universidade	270
VASCONCELLOS, Ana Maria de			
- Dano moral	254		
- Penhora	285		

O TRABALHO NAS IDÉIAS E NA REALIDADE*

Amauri Mascaro Nascimento**

I

Conviveram, numa longa trajetória, o desdém pelo trabalho e a importância do trabalho, a sabedoria como contemplação e a ignorância como ação dos subjugados.

O pensamento grego e romano rejeitam a dignidade ao trabalho e valorizam o ócio.

Aristóteles não hesita em desqualificar o trabalho, o trabalhador e a sustentar que a escravidão de uns é necessária para que outros possam ser virtuosos separando produção dos bens materiais da vida, que deve ser confiada aos seres não livres, e contemplação da vida, que deve pertencer aos homens livres.

Hesíodo divergiu e nos aconselhava a trabalhar e a reprovar o ócio. Tinha razão porque as vitórias nos jogos olímpicos só vinham com grandes esforços, fadigas e suores. Pródico concordou com Hesíodo ao afirmar que nada do que é bom e belo, diz, concederam os deuses aos homens sem esforço e estudo.

Minha impressão é que a concepção negativa do trabalho atendeu aos interesses dos vencedores das guerras que escravizavam os derrotados. Era uma avaliação própria da aristocracia guerreira. Mas a julgar pela amplitude da escravidão, na Antigüidade o trabalho foi um desvalor.

O Renascimento muda essa concepção na medida em que rejeita a separação admitida pelo mundo grego e romano entre pensamento e trabalho, o que abre caminho para a descoberta da ciência da cultura.

Daí por diante trabalho e pensamento complementam-se do mesmo modo que cultura e atividade se relacionam.

Imagine-se confrontar a natureza tal como foi posta perante o ser humano no estado bruto (terra, água, fogo, metais etc.), com a natureza acrescida dos bens que nela foram aduzidos pelo homem (cidades, estradas, habitações, escolas, livros, meios de transporte, vestimentas, instituições, fortalezas etc.): o homem acrescentou à natureza tudo que a modificou do estado primitivo em que se

* Palestra proferida no XII Congresso de Direito do Trabalho Rural, realizado pelo TRT da 15ª Região, em 25 e 26 de outubro de 2007. O texto foi redigido com a finalidade de explicar as projeções de imagens na tela e em função das mesmas.

** Juiz do Trabalho aposentado, Professor Titular aposentado de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Usp. Professor Titular de Direito do Trabalho da PUC e FMU de São Paulo. Presidente Honorário da Academia Nacional do Trabalho.

achava, permitindo assim que evoluísse para que pudesse adaptar-se às necessidades vitais do ser humano. Cultura é tudo quanto o homem acrescentou à natureza bruta transformando-a para que nela pudesse viver pelo trabalho. Logo, o trabalho não é um desvalor. Ao contrário, é o motor que propulsiona o progresso das civilizações. O homem é não só criativo, já que foi feito à imagem e semelhança de Deus e gera com a sua atividade o progresso e dele desfruta, razão pela qual quem vive em sociedade tem o dever de participar da sua construção. O dualismo contemplação-atividade não mais como partes separadas e autônomas, com existência própria, mas como um todo que se compõe na vida do homem é uma nova forma de compreensão do trabalho centralizada na importância da atividade.

“São nossas – escreve Gianozzo –, as coisas humanas porque feitas pelo homem, todas as coisas que vemos, as casas, os castelos, as cidades e todos os edifícios sem conta disseminados sobre a superfície da terra. Nossas são as telas, nossas as artes, nossa a ciência, nosso o saber, nossas as descobertas e nossas as formas de línguas e as várias letras”.

Contemplação e ação não se excluem, completam-se, assim como o cognoscente e o cognoscível, o que valoriza o trabalho, que sendo o meio entre o homem e a natureza participa pela cultura da construção

da obra humana na terra.

Giambatista Vico é aqui lembrado porque deixou claro que a idealidade se converte em realidade das concreções da história, que o fato histórico opera no homem valorizando-o enquanto pensamento e consciência. Para Vico o pensamento humano é parte do processo criativo (criativo porque cognoscitivo): o homem conhece os seus produtos históricos e morais enquanto os faz. Conhecer e fazer se identificam como um só todo. Conhece-se o que se faz e somente o que se faz. É necessário *obrar*

para conhecer. O conhecimento só é tal em relação à obra. O *homo cognoscens* é o *homo faber*.

Essas idéias projetaram-se em outras, em Kant com a idéia de síntese, com o nexos entre a teoria e a prática, com o *a priori* e o *a posteriori*, com a relação entre o espírito

e a natureza, como, também, em Hegel com a dialeticidade. Se o espírito é atividade deve-se encontrar nela a satisfação e a felicidade.

Fundadas, assim, estavam as bases da filosofia da ação, da vida como ação e contemplação inter-relacionadas, o que muda o conceito de trabalho.

II

Com o rápido crescimento do comércio e do artesanato nos burgos e a concorrência entre os mercadores e artesãos, a regulamentação da atividade

des econômicas tornou-se necessária. Surgiram, a partir do Século XII, as **corporações de ofício, associações** para regulamentar o processo produtivo artesanal por setores (tecelagem, carpintaria, padarias, construção civil, comércio, tinturaria, ferramentaria etc). Agregavam pessoas do mesmo ofício, fixavam os preços, a qualidade e a quantidade da produção, a hierarquia no trabalho e o aprendizado. Foram a primeira forma organizada de trabalho. Nelas havia três classes de segmentos de membros: os mestres (equivalentes aos empresários), os companheiros (correspondendo aos trabalhadores) e os aprendizes (menores inscritos, nelas matriculados pelos pais para que aprendessem uma profissão).

As Corporações determinavam, também, as regras para as relações de trabalho por meio dos regulamentos internos. Não eram um sindicato. Nem uma empresa. Fora delas os mestres eram proprietários de oficinas e donos das ferramentas. Os companheiros ensinavam os aprendizes. As corporações tinham um santo padroeiro. No dia santificado seus membros saíam às ruas em procissão com a imagem do santo padroeiro. Os aprendizes nada recebiam a não ser os conhecimentos da futura profissão. Era um modo de qualificação da mão-de-obra. Possivelmente o primeiro modo organizado de formação de mão-de-obra e de acesso de menores ao mercado de trabalho.

III

A Revolução Industrial do Século XVIII iniciou uma nova etapa.

A produção antes movida a energia animal e humana passou a utilizar **forças motrizes distintas da força muscular** do homem e dos animais e incentivar a evolução do maquinismo. A primeira máquina a vapor saiu das fábricas em 1775 para mover uma mina de carvão. Depois, outra máquina foi feita para mover altos-fornos. A produção mecânica do movimento punha-se em substituição à produção hidráulica. As suas aplicações subsequentes foram muitas, servindo para o abastecimento de águas, para as empresas industriais, para a movimentação dos moínhos, para a indústria cerâmica, para a indústria de tecelagem e para a máquina a vapor.

Iniciou-se, assim, a **sociedade industrial** e a Inglaterra foi especialmente favorecida. Para que se avalie o significado desses fatos em relação ao nosso problema, basta dizer que todos eles modificaram as condições de trabalho e do trabalhador. A fabricação do aço foi outro passo importante, mesmo porque, junto das indústrias de base, outras se estabeleceram. Tais circunstâncias resultaram, entre outras coisas, na divisão do trabalho e na especialização. As novas formas de produção trariam, posteriormente, métodos de racionalização do trabalho, como, por exemplo, o *taylorismo*. Mais tarde, veio a eletricidade, provocando, a partir de 1880, necessidades maiores de adaptação das condições de trabalho. Os ofícios mecânicos se aperfeiçoaram. O emprego da máquina trouxe os riscos de acidentes de trabalho.

Surgiu o **proletariado** e acentuou-se a **precariedade das condi-**

ções de trabalho. Proletário é um trabalhador que presta serviços em jornadas de 14 a 16 horas, não tem oportunidade de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências da fábrica, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo.

A questão social passou a ser discutida.

IV

O pensamento liberal e os pensadores economistas viam o trabalho como um dos fatores da produção.

Diversas foram as doutrinas econômicas discutidas: o *mercantilismo*, de 1450 a 1750, a *Escola Fisiocrática* (1750), a reação contra o mercantilismo que defendeu o princípio de uma ordem natural e espontânea na qual todos, com base no direito natural, têm o direito de livremente trabalhar e produzir bem, assim como dispor dos produtos do seu trabalho, e a *Escola Fisiocrática*, cujo lema é *laissez faire, laissez passer*, que iria repercutir no pensamento político e influir, grandemente, no desencadeamento da questão social pela omissão do Estado diante da exploração do trabalhador.

Uma dessas Escolas do Pensamento Econômico, *A Escola Clássica Liberal*, tem como representante Adam Smith (1723-1790), autor de *Riqueza das nações*, e que considera o trabalho como a atividade humana aplicada à produção, medida e fundamento do valor. Sustenta que no estado primitivo da sociedade ao trabalhador pertencia o produto

manufaturado e que depois o operário passaria a dividir com o capital o produto do seu trabalho.

Adam Smith foi considerado o mais importante teórico, o pai da economia moderna. Sustentou que o que promove a riqueza das Nações é o interesse dos indivíduos ou, de um modo mais simples e com as suas palavras: *não é da benevolência do padeiro, do açougueiro ou do cervejeiro que eu espero que saia o meu jantar, mas sim do empenho deles em promover seu próprio auto-interesse*. Com isso quis dizer que a iniciativa privada e a economia de mercado devem agir livremente com pouca ou nenhuma intervenção do Governo, pois o progresso é fruto do interesse e da iniciativa de cada um.

V

A Revolução Francesa (1789) incorporou o *laissez-faire - laissez-passer*: liberdade, igualdade e fraternidade foi a sua idéia central.

O liberalismo político, econômico e jurídico, inspirado nos seus princípios, não favoreceu o trabalho. A idéia do individualismo e da liberdade absoluta do homem na procura do seu próprio interesse, sem interferências do Estado, trouxe conseqüências.

Entre elas a supressão das corporações de ofício com o argumento de que contrariavam a liberdade de comércio na medida em que todo agrupamento do homem em associações prejudica a sua liberdade que é substituída pela vontade maior da associação. O individualismo defendeu a supressão dos cor-

pos intermediários entre o Estado e o indivíduo por entender que deveriam desaparecer para que o homem pudesse ser verdadeiramente livre.

Um edito de fevereiro de 1776, na França, inspirado em Turgot – precedido de exposição de motivos na qual as corporações foram consideradas “instituições arbitrárias que não permitem ao indigente viver do seu trabalho”, declara, no art. 1º, sobre a liberdade de comércio e de profissão, considerando extintas todas as corporações e comunidades de mercadores e artesãos e anulados os seus estatutos e regulamentos. Esse edito não conseguiu atingir os seus objetivos porque algumas corporações foram reconstruídas.

Dallarde sustentou: “O direito ao trabalho é um dos primordiais do homem”. O *Decreto Dallarde* considerou livre todo cidadão para o exercício de profissão ou ofício que considerasse conveniente, depois de receber uma patente e pagar o preço.

A *Lei Le Chapelier*, nome do relator da Comissão constituída para o estudo do problema, chegou às seguintes conclusões: a) as corporações que se formaram tiveram por fim aumentar o “preço da jornada de trabalho”, impedir as livres convenções entre os particulares, fazendo-os concordar com contratos de adesão em ameaça à ordem pública; b) não deveria haver mais corporações no Estado e no seu lugar deveria existir apenas o interesse particular de cada indivíduo; c) impunha-se a necessidade de uma convenção livre de indivíduo para indivíduo para fixar a jornada de trabalho de cada trabalhador; d) indis-

pensável se tornava uma lei para coibir esses abusos.

Com essa fundamentação, a Lei Le Chapelier declarou: 1) A eliminação de toda espécie de corporação de cidadãos do mesmo estado ou profissão; 2) A proibição do direito de reunião dos cidadãos do mesmo estado social ou profissão, os obreiros e companheiros de uma arte qualquer.

Daí por diante, a liberdade levou à desigualdade, fragilidade econômica do trabalhador que fez dele um subordinado à lei do patrão já que não havia leis dos Estados. Pensouse, em seguida, numa forma de compensar a desigualdade de posições das partes da relação de trabalho.

VI

A configuração jurídica dogmática do trabalho começa com o **contratualismo**.

Por contratualismo, para o efeito de estudo do conceito de trabalho, entende-se não a teoria rousseauiana da origem do Estado como fruto de um grande contrato social hipotético entre os homens, mas as primeiras fontes formais do Direito aplicadas à relações de trabalho.

A relação de trabalho foi teorizada inicialmente pelos civilistas que tentaram explicar a sua natureza jurídica dentro dos quadros do Direito Civil com as teorias do arrendamento, da compra e venda, da sociedade e da locação de serviços, esta a que maior projeção encontrou, contribuindo para o desenvolvimento da noção de contrato individual de trabalho como ajuste de vontades livres,

segundo um princípio de autonomia da vontade que depois passou a sofrer contestações.

Contratualismo é também a teoria que considerará a relação entre empregado e empregador um contrato. O seu fundamento reside numa tese: a vontade das partes é a causa insubstituível e única que pode constituir o vínculo jurídico.

Há duas fases do contratualismo: a *clássica* e a *moderna*. A clássica é caracterizada pela tentativa de explicar o contrato de trabalho com base nos mesmos tipos contratuais previstos pelo direito civil, a saber, o *arrendamento* (Josserand, Planiol etc.), sendo a força de trabalho arrendada pelo capital; a *compra e venda* (Pothier, Laurent, Carnelutti etc.); porque o empregado é visto como alguém que vende o seu trabalho por um preço pago pelo empregador, que é o salário; a *sociedade* (Chatelain, Villey etc.), porque há uma combinação de esforços em prol de um objetivo comum, que é a produção; e o *mandato* (Troplong etc.), sendo o empregado o mandatário do empregador. Todas essas teorias estão rejeitadas pela doutrina moderna, que prefere ver na relação de emprego um contrato de características próprias e regido por um ramo particular do direito, o direito do trabalho.

O contratualismo é valorizado nos países anglo-saxônicos e nestes às condições de trabalho pactuadas nos contratos é atribuído um

grande valor. Já nos países latino-americanos e europeus, com a maior intervenção da lei, a liberdade contratual é limitada e a concepção anticontratualista prevalece. Na Inglaterra, há uma visão do contrato individual de trabalho como contrato comum de direito civil.

Diversos autores (Barassi, Ramirez Gronda, Ventura, Pierre D'Ollier etc.) sustentaram a natureza contratual, reconhecendo forte interferência estatal, de modo que as leis trabalhistas inserem-se automaticamente no contrato, restringindo a au-

...o Estado capitalista estruturou-se com base em certas peculiaridades: soberania nacional; exercida mediante um sistema representativo; regime constitucional com a tripartição de poderes; separação entre direito público e privado; liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer a não ser em virtude de lei..."

tonomia da vontade das partes. Para alguns, é uma *figura específica*. Para outros, como Orlando Gomes, é um contrato de adesão no qual, ao ser admitido, o empregado adere às cláusulas preexistentes sem possibilidade de discuti-las com o empregador.

No plano político, o individualismo se reveste de características predominantes de tutela dos direitos civis; na esfera econômica parte do pressuposto coerente da existência de uma ordem econômica natural e que se forma espontaneamente, independentemente da atuação do Estado, que, assim, deve omitir-se, *deixar fazer*.

Como consequência desses princípios, o Estado capitalista estruturou-se com base em certas peculiaridades: soberania nacional, exercida mediante um sistema representativo; regime constitucional com a tripartição de poderes; separação

entre direito público e privado; liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer a não ser em virtude de lei; igualdade jurídica sem distinção de sexo, raça, crença religiosa etc.; igual oportunidade de enriquecimento; não-intervenção do Poder Público; o trabalho sujeito à lei da oferta e da procura; respeito incondicional à propriedade privada etc. Portanto, nessa fase do pensamento humano predomina a idéia do individual, da plena expressão da personalidade, na libertação das faculdades de cada um para um desenvolvimento que ao Estado competiria assistir.

Liberalismo é o movimento destinado a afirmar a personalidade humana em todas as suas manifestações e a liberá-la dos vínculos do passado e do império opressivo da autoridade e da tradição.

O Renascimento é o período histórico no qual se evidenciam as suas características mais precisas, no qual se testemunham fecundas iniciativas das primeiras afortunadas lutas do indivíduo pela conquista da liberdade religiosa, intelectual, política e econômica. O movimento religioso, sustentando a interioridade do sentimento religioso e pondo o homem em relação direta com Deus, as teorias dos direitos inatos, da soberania popular e do contrato como meio para criar, resolver e modificar as relações entre os indivíduos e o Estado, o início do regime capitalista de produção de

bens e a propriedade da terra, livre e desligada de todo vínculo tendente a limitar a sua disponibilidade, respondiam ao espírito que favorecia o individualismo, que era não apenas uma expressão de necessidades reais, mas de exigências teoréticas.

A especulação filosófica na dupla direção racional e empírica era a afirmação da individualidade no domínio do pensamento. Caberia aos jusnaturalistas, nos Códigos e Constituições modernas, a tarefa de realizar o individualismo jurídico com base nas doutrinas dos

direitos inatos, da lei e do estado natural, do contrato social, coordenados com premissas do cartesianismo e do empirismo. A doutrina do direito subjetivo, na linguagem da época dos direitos inatos como faculdades subjetivas próprias do indivíduo, foi elaborada

por jusnaturalistas seguindo Descartes. O empirismo invocou o chamado sentido inato do justo, e para o empirismo o indivíduo isolado é princípio e fim da ordem jurídica.

Três direções são identificadas por Solari, decorrentes dessas posições fundamentais, que, em relação à natureza e ao fundamento do direito privado e suas relações com o direito público, prevaleceram no século XVII. A direção jurídica de Grócio, evidenciando a lei natural e o estado de natureza com o princípio do *pacta sunt servanda*, provavelmente regulava todas as possíveis

"...igualdade jurídica sem distinção de sexo, raça, crença religiosa etc.; igual oportunidade de enriquecimento; não-intervenção do Poder Público; o trabalho sujeito à lei da oferta e da procura; respeito incondicional à propriedade privada etc. Portanto, nessa fase do pensamento humano predomina a idéia do individual, da plena expressão da personalidade, na libertação das faculdades de cada um para um desenvolvimento que ao Estado competiria assistir."

relações contratuais entre os indivíduos no estado de natureza, sendo o consenso característico de um *jus voluntarium*. O pacto entra como elemento constitutivo das diversas instituições de direito privado, justificando a propriedade individual, constituindo o fundamento da família, das relações de sucessão e das múltiplas relações mantidas entre os indivíduos. Mais filosófica que jurídica é a direção absolutista de Hobbes, que parte das mesmas premissas do estado de natureza e do direito natural, eliminando todo contraste entre indivíduo e Estado. A terceira direção, de Locke, é liberal, e o seu individualismo empírico; segundo Solari, alimentou um programa de ação da burguesia inglesa convertida em classe dominante e destinada a reger o destino do País, com o individualismo ético associando-se ao econômico: o indivíduo adquire consciência de si no domínio dos fatos econômicos, afirmando-se como *homo economicus* e forja uma ordem política e jurídica correspondente.

O individualismo marcou a sua presença nas codificações que surgiram, no Código prussiano, francês e austríaco, unificados quanto ao significado da codificação civil como um conjunto de regras destinadas a garantir a liberdade civil do indivíduo em sua vida privada e diversificados quanto à orientação fundamental, uma vez que o Código prussiano realiza a idéia individual na ordem das relações privadas por intermédio do Estado e o Código francês e, em maior intensidade, o austríaco concebem o indivíduo e seu direito fora do Estado e

das relações de direito público. No primeiro está presente a influência de Wolf. No segundo, a força da corrente liberal inglesa e fisiocrática. No terceiro, evidencia-se a inspiração filosófica kantiana.

Foi realmente muito expressiva a influência que a codificação do direito civil exerceu sobre a disciplina inicial do contrato de trabalho. O papel desempenhado, ainda que remotamente, pelo Código de Napoleão (1804), pelo Código tedesco (1896) e pelos Códigos italianos (1865 e 1942) não pode ser desconhecido, principalmente porque traziam um cunho marcadamente comum, consagrando a ideologia do contrato que viria a repercutir na forma pela qual as relações entre empregado e empregador viriam a ser conhecidas.

O contrato é o signo da liberdade. Acreditava-se que o equilíbrio nas relações econômicas e trabalhistas pudesse ser atingido diretamente pelos interessados segundo o princípio da autonomia da vontade. Assim, esses Códigos não revelam nenhuma preocupação com o problema social.

A *teoria anticontratuálista* reúne as correntes que negam a natureza contratual do vínculo entre empregado e empregador. Nasceu na Alemanha (*Siebert, Nikisch* etc.), com a *teoria da relação de trabalho*, e expandiu-se para a Itália e a França, com a *teoria do institucionalismo*. A primeira, surgiu sob o signo do nacional-socialismo, sustenta que a empresa é uma comunidade de trabalho na qual o trabalhador incorpora-se para cumprir os fins objetivados pela pro-

dução nacional. Nessa comunidade não existe uma soma de particulares relações contratuais entre os interessados, mas só *uma* relação de trabalho em essência unitária, sem margem para a autonomia da vontade e constituída pela simples ocupação do trabalho humano pelo empregador. A segunda vê na empresa uma instituição, na qual há uma situação estatutária e não contratual. O estatuto prevê as condições de trabalho, que são prestadas sob a autoridade do empregador, que é detentor do poder disciplinar. O vínculo jurídico inicia-se pelo engajamento do trabalhador na empresa e não por uma livre discussão de cláusulas contratuais.

O contratualismo foi um avanço porque separa dois períodos, o do trabalho não assalariado e o do trabalho com salários por contrato, mas não solucionou a questão social.

VII

As reações contra a exploração do trabalho surgiram de fontes do pensamento completamente diferentes.

Karl Marx fez uma análise de grande repercussão sobre o trabalho.

Defendeu uma concepção materialista. Sustenta que a consciência do homem é o reflexo dos fatos que vão acontecendo na vida social na qual a propriedade privada é uma causa da exploração do trabalhador. Elaborou a teoria da alienação, uma forma de ver o produto do trabalho do operário. Em outras palavras, o operário com o trabalho inserem-se

no produto que nasceu fruto do seu trabalho mas que não lhe pertencerá porque dele abre mão para o empregador. Com a teoria da mais valia, ressalta a desvalorização do salário do operário, uma vez que nunca será correspondente ao valor que deveria ter porque dele sempre é retirada uma parte que por direito deveria pertencer-lhe, o lucro, de que se apropria o empregador. Propõe - e aqui os seus equívocos se acentuaram - a luta de classes, a supressão da propriedade privada, fonte de todos os males, e a apropriação, pelo Estado, dos bens de produção para que depois, numa etapa ulterior, os bens de produção possam ser comuns, o que permitiria a evanescência do Estado, que passaria a ser desnecessário, e o desaparecimento do Direito, porque eliminada a propriedade privada já não mais existiriam conflitos entre as pessoas nem classes sociais e a consciência dos homens que não mais teriam interesses contrapostos estaria modificada, todos participando do bem comum. Com esses princípios condena o capitalismo, o trabalho como mercadoria e o salário como preço do trabalho.

O denominado *Socialismo Científico do Marxismo* tem como documento fundamental o Manifesto Comunista de 1848, sugerindo a tomada do poder político pelos trabalhadores para a supressão do capitalismo e das classes sociais, tornando-se possível a autogestão da sociedade.

A proposta de substituição do capitalismo pelo comunismo, passando pela etapa intermediária do socialismo, cuja incumbência principal seria a destruição da proprieda-

de privada, não se concretizou na experiência da história, como também a sua tese da luta de classes com a supressão da classe dominante não se realizou com a desigualdade, que persistiu mostrada no socialismo, entre dominantes e dominados, isto é, entre governantes e governados.

Lênin preocupou-se com os sindicatos e escreveu o livro "Que fazer?" É a pergunta que fez a si mesmo sobre a função dos sindicatos numa ditadura do proletariado, para concluir que não tem sentido num Estado em que os operários detêm o poder, a existência de sindicato reivindicativo, porque se a classe trabalhadora detém os quadros diretivos do Governo, seria um contra-senso o sindicato lutar contra o Estado.

Conclui que diante disso os sindicatos devem ser meras *correias de transmissão* da ideologia política do Governo.

VIII

A doutrina social da Igreja tem nas Encíclicas a sua principal fonte dogmática: a Encíclica *Rerum Novarum*, de 1891, de Leão XIII, a Encíclica *Quadragesimo Anno*, de 1931, de Pio XI, em discursos e documentos pontifícios de Pio XII, as Encíclicas *Mater et Magistra*, de 1961 e *Pacem in Terris*, de 1963, de João XXIII, a Encíclica *Populorum Progressio*, de 1967, e a *Laborem Exercens*, de 1981, de João Paulo II.

Considerando o trabalho como algo que participa da dignidade pessoal do homem e merece a mais alta valoração, a doutrina soci-

al da Igreja tem um forte sentido humanista e prega teses dentre as quais o "justo salário" mediante participação dos trabalhadores nos lucros dos empregadores, direito de associação para que os trabalhadores possam manifestar as suas opiniões e obter melhores contratos de trabalho, direito a uma condição digna da atividade profissional, direito ao emprego, tudo segundo uma visão transcendental da destinação do ser humano.

Para a nova estrutura social em que o trabalho deve ocupar uma posição que não lhe é reconhecida, a doutrina social da Igreja Católica propõe a necessidade de alterações no sistema econômico, condena a luta de classes e a violência.

IX

A configuração jurídica do trabalho ganha maior dimensão com a legislação pioneira de proteção ao trabalhador destinada a protegê-lo com a redução da jornada de trabalho, a garantia dos descansos diários, semanais e anuais, a tutela do trabalho dos menores e das mulheres e a proteção da sua vida, saúde e integridade física.

Nessa diretriz surge o **constitucionalismo social**, movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países.

Inicia-se - embora ao tema já se referisse, porém de modo tímido, a Constituição da Suíça - com a

Constituição do México de 1917, à qual Trueba Urbina dedica o estudo *La primera Constitución político-social del mundo*, publicado em 1971 no México, no qual conceitua Constituição Social como "um conjunto de aspirações e necessidades dos grupos humanos que como tais integram a sociedade e traduzem o sentimento da vida coletiva, distintos dos da vida política".

O principal texto da Constituição do México de 1917 é o art. 123, com 31 incisos, nos quais se incluem o direito à jornada normal diária de 8 horas, jornada máxima noturna de 7 horas, proibição do trabalho de menores de 12 anos e limitação a 6 horas para os menores de 16 anos, descanso semanal, proteção à maternidade, salário mínimo, igualdade salarial, adicional de horas extras, proteção contra acidentes do trabalho, higiene e segurança do trabalho, direito de sindicalização, direito de greve, conciliação e arbitragem dos conflitos trabalhistas, indenização de dispensa, seguros sociais etc.

Observa o mexicano Mario de la Cueva o papel cumprido pela Constituição do seu País: "É indubitável que o nosso art. 123 marca um momento decisivo na história do direito do trabalho. Não queremos afirmar que tenha servido de modelo a outras legislações, nem que seja uma obra original, senão, apenas, que é o passo mais importante dado por um país para satisfazer às demandas das classes trabalhadoras. Seria inútil empenhar-se em encontrar repercussões que não teve: a Europa não conheceu, em termos gerais, nossa legislação. A pro-

mulgação da Constituição alemã de Weimar, unida à excelente literatura que desde o princípio produziu, fez com que a atenção do mundo se fixasse principalmente sobre ela. A falta quase total de estudos sobre o direito mexicano contribuiu também para que fosse ignorado; apenas uma ou outra referência se encontra nos autores franceses e sobretudo nos espanhóis. Tampouco é nosso art. 123 completamente original. A exposição histórica comprova que os legisladores mexicanos inspiraram-se em leis de diversos países, França, Bélgica, Itália, Estados Unidos, Austrália e Nova Zelândia, de tal maneira que a maior parte das disposições que nela foram consignadas eram conhecidas em outras nações. Mas a idéia de fazer do direito do trabalho um mínimo de garantias em benefício da classe economicamente fraca e a de incorporar essas garantias na Constituição, para protegê-las contra qualquer política do legislador ordinário, são próprias do direito mexicano, no qual pela primeira vez foram consignadas".

Na Alemanha a Constituição de Weimar de 1919 também contém um conjunto de preceitos trabalhistas considerados por muitos como base das novas democracias sociais. É a primeira fonte jurídica relevante do setor que hoje se denomina *seguridade social*.

Dispõe sobre: cogestão da empresa, cooperativas de produção e consumo, o trabalho colocado sob a proteção particular do Estado e a criação de um direito unitário do trabalho, a liberdade de coalizão para a defesa e melhoria das condições de

trabalho, o direito à negociação coletiva e a organização pelo Estado de um sistema de seguros para a conservação da saúde e da capacidade de trabalho, a proteção da maternidade e a previsão contra as consequências econômicas da velhice, da invalidez e dos acidentes.

A Constituição de Weimar foi o modelo das Constituições européias em matéria de direitos sociais (Mario de la Cueva).

Sobre a sua expressão, num confronto com as Constituições modernas, diz Pierre Lavigne: "Ela fixou os princípios fundamentais que podem reger o direito da classe obreira nas democracias capitalistas. Aos poucos, todos os seus princípios foram reproduzidos pelas Constituições modernas e todos Estados democráticos... Todas as Constituições democráticas afirmam o dever do Estado de proteger o trabalho; o Estado afirma que ele deve elevar o trabalho humano à dignidade de bem social cuja preservação é do interesse da coletividade. Esta idéia não é nova, ela é o corolário dos princípios afirmados na França em 1848, mas sua expressão é nova...".

Apesar das suas origens não democráticas, a *Carta del Lavoro* da Itália(1927) é o documento fundamental do corporativismo peninsular centralizado segundo uma forte interferência estatal.

X

No âmbito político e como reação à proposta marxista, o *corporativismo como sistema político-trabalhista* exerceu grande influência na Itália, Espanha, Portugal e no Brasil.

Segundo o princípio corporativo econômico da *Carta del Lavoro* italiana, "*il complesso della produzione è unitario dal punto di vista nazionale...*". Por força dessa proposição que contém um princípio de integração dos fins econômicos entre os fins do Estado, os produtores e as suas associações são transformados em órgãos da política econômica estatal, o que importa na responsabilidade pública dos empreendedores, na colaboração, institucionalmente assegurada, entre a categoria profissional e econômica e a estruturação jurídica de órgãos que permitam a realização desses fins.

A *empresa*, no sistema corporativo, continua com as relações que se desenvolvem no seu âmbito e ao seu redor, sujeita às normas de direito privado. Porém, o empresário terá uma responsabilidade de direito público porque o corporativismo considera "*l'organizzazione privata della produzione una funzione d'interesse nazionale; l'organizzatore dell'impresa è responsabile dell'indirizzo della produzione di fronte allo Stato*" (*Carta del Lavoro*, n. VII). Os sindicatos são reunidos em instituições maiores e complexas, unificadas por um supremo órgão diretivo do Estado como resultado de um propósito de unificação e não de contraposição dos interesses divergentes entre empregados e empregadores.

Na organização corporativa, a *categoria profissional*, isto é, os componentes do ordenamento corporativo, não são todos os cidadãos, mas apenas os *produtores*.

São considerados produtores os *empregados* das diferentes ca-

tegorias econômicas, agrícolas, industriais e comerciais, os *trabalhadores* subordinados ou autônomos, intelectuais ou braçais, de funções administrativas ou técnicas e, também, os profissionais liberais. São excluídos os funcionários públicos.

As categorias profissionais são reunidas em *associações sindicais* submetidas ao controle do Estado e segundo o princípio do *sindicato representativo único reconhecido*. Assim, empregadores, trabalhadores e profissionais liberais são enquadrados nas respectivas associações, os sindicatos dependem de reconhecimento do Poder Público e não pode haver mais de um sindicato reconhecido com poderes legais de representação da categoria respectiva. Os sindicatos podem reunir-se em federações e confederações.

Os fins dos sindicatos são os normais, assistência, educação etc. As corporações são diferentes e constituem órgãos diretamente criados pelo Estado e que se inserem na sua própria estrutura, formados com características colegiadas e prevalentemente representativas desses sindicatos e da força política e cultural da nação. São órgãos da política econômica do governo, reunindo em um só colégio os vários elementos de um dado ramo produtivo. Dela fazem parte os representantes exponenciais das grandes organizações econômicas, os elementos do governo e do partido político, objetivando-se realizar a fusão entre a economia e a política. Além de um Conselho Nacional de corporações, existem órgãos corporativos menores criados por lei.

Uma das suas repercussões fez-se sentir sobre o Código de Processo Civil da Itália, de 1940, é a atribuição à magistratura do trabalho de poderes para decidir normativamente os conflitos coletivos de trabalho, orientação que veio a ser afastada da legislação peninsular posterior.

O *corporativismo* desenvolveu um sistema concentrado de dirigismo salarial coerente com os seus pressupostos políticos, econômicos e jurídicos, tão bem examinados por Gaetano Zilio Grandi, ao dizer que o contrato coletivo foi, no corporativismo italiano, verdadeira e própria lei da categoria, inteiramente estadualizado, meio pelo qual o Estado interferiu nas relações coletivas de trabalho, de acordo com rígida disciplina legislativa (Lei n. 563, de 3 de abril de 1926) que imprimiu ao salário corporativo fisionomia própria como expressão do interesse público com eficácia geral inderrogável, *erga omnes*, ganhando expressão, como fontes determinadas do salário, as ordenações corporativas e as sentenças de equidade da magistratura do trabalho e dos *collegi dei probiviri*.

Mais representativa do pensamento corporativista é a obra de Francesco Carnelutti, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, um estudo sobre as três fontes de regulamentação do salário: o contrato coletivo, as ordenações corporativas e as sentenças da magistratura do trabalho.

XI

Mais recente é a experiência político-econômica do O Esta-

do de Bem Estar Social do governo Franklin Delano Roosevelt (1933), que nos Estados Unidos da América recuperou a economia do País depois da crise de 1929 e deu melhores condições de trabalho aos americanos.

É também chamado de Estado-providência (*Welfare State*) e põe em prática as idéias do neoliberalismo. É um tipo de organização política e econômica que, respeitando a propriedade privada e o individualismo, coloca o Estado como agente de promoção social e organizador da Economia implementado com maior intensidade nos Países Escandinavos como Suécia, Dinamarca, Noruega e Finlândia.

Entre os seus objetivos estão a garantia do bom funcionamento do mercado segundo o pensamento de Adam Smith, a defesa dos direitos dos cidadãos na saúde, educação e alimentação e a igualdade de oportunidades.

O modelo trabalhista gerado nos EUA - hoje distanciado do modelo dos países nórdicos - tem características próprias:

a) o retraimento do Estado para que os próprios interlocutores sociais estabeleçam diretamente entre si enlaces jurídicos e formas de composição dos seus conflitos, supondo, para o equilíbrio no eixo que une as duas pontas da questão, os empregadores e os trabalhadores;

b) a tutela do mais fraco não através da intervenção do Estado, mas pela valorização dos direitos coletivos do trabalho, que implica o reconhecimento da liberdade sindical, o desatrelamento dos sindi-

catos do Estado e a ampliação da negociação coletiva;

c) a arbitragem privada como forma substitutiva ou equivalente à solução jurisdicional dos conflitos trabalhistas e o direito de greve como necessário meio de pressão com o qual devem contar os trabalhadores para que possam reivindicar, nas negociações coletivas, com algum grau de possibilidade de atendimento;

d) poucas leis e a idéia de código do trabalho é ignorada. Há a lei de suporte à negociação coletiva, coibindo a má-fé (*Wagner Act*, 1935), o salário mínimo geral, leis contra discriminação, uso abrangente da indenização para reparação de danos inclusive de danos morais, um Tribunal Administrativo em Washington, para investigar e punir atos anti-sindicais, e o Ministério do Trabalho, que põe à disposição dos interessados serviços de mediação quando solicitados por ambos;

e) o movimento sindical com acentuada espontaneidade, independentemente de leis: na empresa os trabalhadores têm o direito de promover a eleição de um sindicato que julgarem em condições de defendê-los. Desde que metade mais um dos empregados da empresa votem por um sindicato, será este que os representará;

f) os conflitos individuais são solucionados na empresa por meio de um procedimento interno de diálogo denominado *grievance*.

g) o salário e outras condições de trabalho são entregues às forças de mercado segundo a necessidade da sua adequação aos impe-

rativos da competitividade entre as empresas e a redução dos seus custos para enfrentar a concorrência e a globalização.

XII

A era Getúlio Vargas tem como maior contribuição, aceitas as premissas políticas do corporativismo, a prática de uma política trabalhista concomitante com a criação de um pólo industrial no Brasil, com a criação da CSN - Companhia Siderúrgica Nacional, a Vale do Rio Doce, A Companhia Hidrelétrica do São Francisco e a Fábrica Nacional de Motores.

Vargas fundou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio(1930), instaurou o Estado Novo (1937), a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e a Justiça do Trabalho (1941), além do salário-mínimo, a Carteira de Trabalho e Previdência Social.

O Estado, por meio de uma ampla legislação, passou a ser garantista e tutelar do trabalhador, por vezes considerado paternalista. O direito individual do trabalho passou a ser o centro do nosso sistema jurídico trabalhista, mas o direito coletivo do trabalho não foi favorecido.

XIII

A dogmatização do Direito do Trabalho na América do Sul deu-se pela contribuição doutrinária que tem na obra de Américo Plá

Rodriguez, "Os princípios do direito do trabalho", a sua mais ampla, conceituada e valiosa formulação. Para o consagrado professor uruguaio, no direito do trabalho há um princípio maior coerente com as suas finalidades, o princípio protetor do trabalhador, por ser um direito destinado, desde as suas origens, a uma função: a tutela do trabalhador, forma de compensar a inferioridade em que se encontra no contrato de trabalho, pela sua posição de dependência ao empregador, com uma tutela jurídica que lhe deve ser dispensada; daí por que, sob

essa perspectiva, cumpre promover o equilíbrio que falta na relação jurídica diante do desnivelamento entre os seus dois sujeitos, em detrimento do trabalhador e favorecendo o patrão.

O princípio protetor, para Plá Rodriguez, subdivide-

se em três outros, também básicos: o *in dubio pro operario* - significando que na dúvida deve-se pender para o operário -, a *prevalência da norma favorável ao trabalhador* e a *preservação da condição mais benéfica para o trabalhador*.

O primeiro, o *in dubio pro operario*, é princípio de interpretação, significando que, diante de um texto jurídico que possa oferecer dúvidas a respeito do seu verdadeiro sentido e alcance, o intérprete deverá escolher, dentre as hipóteses interpretativas viáveis, a mais benéfica para o trabalhador.

"Vargas fundou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio(1930), instaurou o Estado Novo (1937), a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e a Justiça do Trabalho (1941), além do salário-mínimo, a Carteira de Trabalho e Previdência Social.

O Estado, por meio de uma ampla legislação, passou a ser garantista e tutelar do trabalhador, por vezes considerado paternalista. O direito individual do trabalho passou a ser o centro do nosso sistema jurídico trabalhista, mas o direito coletivo do trabalho não foi favorecido."

O segundo, a *prevalência da norma favorável ao trabalhador*, é princípio de hierarquia, para solucionar o problema da aplicação das normas jurídicas trabalhistas, quando duas ou mais operantes no caso concreto dispuserem sobre a mesma matéria, caso em que será precedente a que favorecer o trabalhador.

O terceiro, o *princípio da condição mais benéfica*, tem a função de resolver o problema da aplicação da norma jurídica trabalhista no tempo, quando a norma cronologicamente posterior modificar ou suprimir um direito previsto pela norma anterior revogada, caso em que, para resguardar os direitos do trabalhador diante das transformações prejudiciais que podem afetá-lo, deve enunciar-se a preservação da condição de trabalho que mais beneficiá-lo, como forma de defesa do seu direito adquirido.

Esses subprincípios decorrentes do princípio protetor completam-se, na obra de *Plá Rodríguez*, com outros, os *princípios da realidade, da razoabilidade e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas*. O *princípio da realidade* dá prioridade à verdade real diante da verdade formal. Na interpretação dos fatos revelados pela documentação trabalhista, o intérprete deve agir com o cuidado de verificar se o conteúdo do documento coincide com os fatos, tal como na verdade ocorreram, e estes, não aquele, prevalecem. O *princípio da irrenunciabilidade* dos direitos trabalhistas tem por finalidade fortalecer as conquistas conferidas pelo ordenamento jurídico diante da fragilidade do trabalhador, que poderia

abrir mão destas, realçando a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, sem, contudo, recusar a possibilidade de transações.

XIV

A *sociedade pós-industrial e a globalização* compõem o novo quadro em que as relações de trabalho se desenvolvem no cenário de reavaliações sob a pressão das leis contemporâneas, principalmente na Europa a partir de 1970.

Em 1980, *Lyon-Caen* redigiu um capítulo do livro *Le Droit capitaliste du travail* no qual faz entre outras, a seguinte afirmação: nem a finalidade protetiva exclusiva, nem as intenções mistificadoras explicam realmente o direito do trabalho, porque não se dão conta nem do valor do legislador, nem das decisões do juiz, nem do desenvolvimento das negociações profissionais; a técnica jurídica jamais poderá ser inteiramente favorável a uma ou à outra parte da relação de trabalho porque uma norma tanto poderá ser favorável a uma parte como à outra; o direito do trabalho é o resultado de uma luta cotidiana pelo Direito; o período contemporâneo permite verificar a submissão e a ação, o fluxo e o refluxo, a ação permitindo a melhoria das condições dos trabalhadores, que jamais serão obtidas a título definitivo, sendo um erro supor que o direito do trabalho é progressista, isto é, não suscetível de regressão, pois está na dependência de abalos políticos e a períodos de expansão econômica.

Em 1992, *Jean-Claude Javillier*, em *Droit du Travail*, acrescentou ao debate o seguinte: a finalidade primeira do direito do trabalho é a proteção do trabalhador; mas a proteção desmedida pode contribuir para a deterioração da situação econômica geral e, com isso, revelar-se contrária aos interesses dos próprios assalariados; o direito do trabalho monolítico vem, pouco a pouco, cedendo lugar para um direito do trabalho de alternativas.

Em 1999, o *Relatório para a Comissão Européia*, publicado em língua portuguesa em 2003 pela Associação de Estudos Laborais, com o nome *Transformações do trabalho e futuro do Direito do Trabalho*, redigido por uma Comissão internacional da qual fizeram parte *Alain Supiot e outros*, descreve: o modelo de regulação sócio-econômica no qual se apoiava o direito do trabalho desde o início do século está em crise, com as alterações que se processaram em relação à empresa, o sindicato e o Estado; na empresa, deu-se a reorganização interna do trabalho, a produção tornou-se mais seletiva, com produtos não padronizados, o que pressupõe uma aprendizagem mais larga e contínua do trabalhador; as mulheres entraram em massa no mercado de trabalho, minando o modelo patriarcal fordista; a estabilidade no emprego cede lugar a contratos mais aleatórios; o Estado abandonou a sua política keynesiana para se tornar um Estado anti-inflacionista que controla o seu orçamento, mas não significa isso a *desestruturação* do direito do trabalho em benefício de uma *recontratualização civilista* e a desconexão do social e do econômico.

Em 2001, a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa aprovou a tese de doutoramento da atual professora de Direito do Trabalho, *Maria do Rosário Palma Ramalho*, com o título *Da autonomia dogmática do direito do trabalho* (2000), reafirmadas no seu livro *Direito do Trabalho* (2005).

A autora reavaliou o princípio protetor e dá destaque ao princípio da *compensação da posição debitória*. Admite, como não poderia deixar de ser, que a função do direito do trabalho é a proteção do trabalhador, que acode às necessidades de tutela da sua pessoa e do seu patrimônio.

Destacou no novo ideário do direito do trabalho, o princípio da *salvaguarda dos interesses de gestão do empregador* que assegura as condições necessárias ao cumprimento das obrigações contratuais da empresa e viabiliza o contrato de trabalho.

No mesmo ano, *Boaventura de Souza Santos* publicou um estudo na *Revista Cidadania e Justiça* (Ano 5, n.10, 1º semestre) sobre *As tensões da modernidade*. Identifica três tensões dialéticas. A primeira entre regulação e emancipação social. A segunda entre o Estado e a sociedade civil. A terceira entre o Estado-Nação e a globalização.

Em 2006, na Espanha, *Moneo Pérez*, professor catedrático da Faculdade de Direito de Granada, em seu livro *“Empresa em reestructuración y ordenamiento laboral”* mostra como vê o atual Direito do Trabalho e suas lógicas: “é a lógica da racionalização funcionalista (subjacente e operante à constituição flexível do trabalho), que tende a afastar a lógica da racio-

nalização garantista (subjacente e operante à constituição garantística ou democrático-social do trabalho). Esta última procurava alcançar um equilíbrio entre a razão social e a razão econômica no Direito Social do Trabalho. A lógica da razão funcionalista supõe minimizar as regras de desmercantilização do trabalho subordinado em benefício de normas e regras de procedimento e de organização que favorecem os processos de auto-regulamentação das empresas pelos próprios agentes econômicos e sociais e segundo a respectiva força contratual ou negociadora”.

Enfim, o social e o econômico convivem em oposição entre os contrários e a ordem econômica tem que reabsorver sempre o social e reajustar-se para resolver as assimetrias e as aporias existentes mediante os reclamos da eficiência da produção.

O Direito do Trabalho mergulhou num complexo sistema produtivo no qual a competitividade entre as empresas, a busca da maior eficiência e qualidade nos serviços, a apacidade das empresas de mudar rapidamente as especificações dos seus produtos e de conseguir elevados níveis de qualidade levam as leis trabalhistas a redirecionar os seus fins, mantendo-se como uma legislação tutelar dos trabalhadores mas, ao mesmo tempo, sensível às solicitações válidas da gestão empresarial.

As mais recentes leis do nosso País confirmam as novas tendências.

CONCLUSÕES

No período contemporâneo existem convergências e não apenas divergências entre os interesses das partes do contrato de trabalho. A boa-fé nos contratos é um princípio jurídico e ético válido para ambas as partes do contrato de trabalho. Uma empresa paralisada ou em decadência não pode favorecer aos interesses

nem dos seus gestores nem dos seus trabalhadores, daí ser o crescimento da empresa um objetivo comum e que beneficia as duas partes do contrato de trabalho. Uma empresa em crise não pode manter os salários em dia: é o primeiro passo para a sua inadimplência total o que suscita, como

natural nessas situações, um sentimento de colaboração para que o período negativo possa de algum modo ser superado sem boicotes que possam aprofundar o abismo. Uma empresa informal prejudica a segurança jurídica dos seus atos em detrimento tanto dos empregados como do empregador. Uma empresa com elevado passivo trabalhista é séria candidata à auto-destruição, frustrando os interesses dos trabalhadores e do empregador; daí a convergência na importância do diálogo social.

“Enfim, o social e o econômico convivem em oposição entre os contrários e a ordem econômica tem que reabsorver sempre o social e reajustar-se para resolver as assimetrias e as aporias existentes mediante os reclamos da eficiência da produção.”

As empresas têm prerrogativas legais.

Prerrogativas da empresa são poderes legais: de organização, de direção, de regulamentação e de punição disciplinar, assim como, com fundamento no *jus variandi*, de promover alterações estruturais com seus reflexos diante de imperativos econômicos, técnicos e organizacionais. O *jus variandi* fundamenta alterações relativas à *função*, ao *salário* e ao *local da prestação de serviços*.

Os limites dos direitos dos trabalhadores diante das prerrogativas da empresa situam-se no patamar em que aparece o abuso de direito.

Há a violação desse princípio quando o empregador forja documentos para fraudar direitos do trabalhador, - põe os interesses da política produtiva acima dos direitos fundamentais da pessoa humana, como no trabalho em condições análogas à de escravo;- relaciona-se mal com os representantes dos trabalhadores como se estes fossem uma indesejável intromissão nos poderes empresariais; inclui na composição societária de uma empresa laranjas como sócios de fachada escondendo-se os verdadeiros responsáveis atrás da cortina da transparência dos atos.

Há, também, violação do princípio da boa fé quando o trabalhador forja estabilidades de dirigentes sindicais, cria diretorias de sindicatos com número de cargos incompatível com a dimensão do mes-

mo, impõe uma greve que a maioria dos trabalhadores não quer, o quorum das assembleias sindicais é fictício em atas, das quais consta um número de presentes que de fato não houve, pleitos abusivos são formulados em reclamações trabalhistas, individuais e em substituição processual etc.

O problema está na exata composição entre os aspectos convergentes e divergentes, nos limites dos direitos do trabalhadores e na exata compreensão e competente exercício dos poderes do empregador.

A proteção do trabalhador é a função principal do direito do trabalho porque o trabalho é indissociável de quem o presta, o que exige a sua defesa. As novas leis vêm instaurando uma dupla diretriz para o direito do trabalho, o que provoca a sua tensão dogmática.

A *salvaguarda dos interesses da gestão empresarial* ganha maior espaço na nova legislação. O desenvolvimento econômico é um meio de garantir e de criar empregos. A flexibilização das leis e o incentivo ao diálogo social e à negociação coletiva transformam o direito do trabalho de conflitivo em *compromissório*.

A nova lógica não é exclusivamente unilateralista, funda-se na manutenção do equilíbrio do sistema sem impedir o avanço da tecnologia e a viabilização das exigências normais da organização e da produção.

É certo que a concepção do trabalho como um valor é a base sobre a qual tudo se ergue.

INTERMEDIÇÃO DE MÃO-DE-OBRA UMA LEITURA QUE LEVA À RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE AS EMPRESAS PRESTADORA E TOMADORA DE SERVIÇOS

Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani*

Resumo: O objetivo do presente artigo é o de sustentar que, nos casos de intermediação de mão-de-obra, a responsabilidade da empresa tomadora, quando a fornecedora não paga correta ou integralmente o quanto devido a um seu empregado, deve ser solidária, e não meramente subsidiária, modo de ver que encontra apoio numa nova leitura do disposto no artigo 265, do Código Civil e com uma aplicação mais profunda dos princípios no trabalho mencionados.

Palavras-chave: Responsabilidade. Princípios. Solidária. Subsidiária.

É de se lamentar não pos-
suirmos, aqui no Brasil, lei definin-
do, de maneira mais clara e especí-
fica, como regra, a responsabili-
dade solidária do tomador de servi-
ços, nos casos em que se dá o
inadimplemento das obrigações
trabalhistas, por parte das empre-
sas prestadoras de serviço, as legis-
lações argentina e uruguaia, nesse
particular, são belos exemplos que
bem poderíamos seguir.

Pela conhecida Súmula n.
331, por meio da qual o Colendo Tri-
bunal Superior do Trabalho (TST)
procurou preencher nossa, digamos
assim, insuficiência legislativa, ficou

estabelecido, em seus incisos III e IV,
que:

[...]

III - Não forma vínculo de emprego
com o tomador a contratação de ser-
viços de vigilância (Lei n. 7.102, de
20.06.1983) e de conservação e limpe-
za, bem como a de serviços especiali-
zados ligados à atividade - meio do
tomador, desde que inexistente a
pessoalidade e a subordinação direta.

IV- O inadimplemento das obriga-
ções trabalhistas, por parte do em-
pregador, implica a responsabili-
dade subsidiária do tomador de ser-
viços, quanto àquelas obrigações,
inclusive quanto aos órgãos da ad-

* Juiz do Trabalho da Vara do Trabalho de Campo Limpo Paulista.

ministração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993).

[...]

Abro aqui um parênteses para esclarecer que a preocupação de momento não é com as empresas de trabalho temporário, nem com a distinção entre atividade - meio e atividade - fim, distinção essa que entendendo superficial ou insuficiente para o fim pretendido com sua utilização, mas, sim, a de estabelecer se é mesmo de se cuidar de responsabilidade subsidiária, ou se o correto seria falar em responsabilidade solidária nos casos em que, pela referida Súmula, considera-se como subsidiária a responsabilidade.

Embora existam os que, como sabemos, entendem que o caso é mesmo o de responsabilidade subsidiária, como também há os que defendem a inexistência de qualquer responsabilidade na espécie, quer solidária, quer subsidiária, há a voz daqueles que afirmam que a responsabilidade solidária é a que deveria – e deve – ser a de observar-se, e a voz dessas últimas pessoas, pela força e pelo tom de seus argumentos, impõem-se aos nossos ouvidos, impondo-se tanto mais quanto maior a sensibilidade que tivermos para ouvir as necessidades e as dificuldades por que passam os trabalhadores que, tendo prestado seus serviços, como empregados de uma empresa prestadora de serviços, em prol da em-

presa tomadora, dispensados por aquela sem receberem o que lhes é devido, após os trâmites de um processo judicial, tendo reconhecido os seus direitos, têm ainda que procurar receber da ex-empregadora, normalmente desaparecida, parecendo ter atravessado o Triângulo das Bermudas, ingressando em outra esfera, para só então, voltar-se contra a tomadora de serviços, visando que esta lhe pague o seu crédito.

Com esforço e argumentos consistentes, se sustenta, para mencionar apenas e ligeiramente, algumas dessas ponderações, de que a responsabilidade deve ser solidária, na espécie, pelo fato de que duas empresas – a prestadora e a tomadora – beneficiaram igualmente do mourejar do credor - trabalhador, o que as faz, logo, ambas, responsáveis, e na mesma medida, pelos prejuízos por este experimentados, servindo, para fundamentar referido modo de ver, a natureza das normas protetoras do direito do trabalho, os riscos que assume a empresa tomadora ao optar por concertar com outra empresa a execução de serviços, ao invés de executá-los ela própria, riscos a que também teria sido exposto o trabalhador, configurada a falta de idoneidade econômica da empresa prestadora; cabe lembrar, ainda, o entendimento de que a responsabilidade solidária do tomador se fundamenta na responsabilidade por ato de terceiro, já que a empresa prestadora seria um preposto do tomador, e ainda uma possível aplicação, por analogia, do quanto disposto no art. 455, da CLT.

São normalmente referidos, para embasar aludidos raciocínios,

os arts. 187, 927, 932, III e 942, do Código Civil e 8º, 9º e 455, do Diploma Consolidado.

Está claro que, se se procura tantas justificativas para a responsabilidade solidária, na hipótese em exame, é porque se vê, ou melhor, se sente, que a subsidiária não basta, nem atende aos anseios de justiça, e como sabemos, a função do operador do direito é justamente essa: a de procurar a solução mais justa, atento aos sentimentos de justiça da sociedade em que vive, e não me parece que tais sentimentos restem satisfeitos, quando um trabalhador fique sem receber o que lhe é devido por um largo período, o qual acaba por ser maior ainda, por conta de um posicionamento jurídico, quando outro posicionamento também jurídico e até, permissa vênua, com mais consistência que o primeiro, poderia levá-lo a ter satisfeito seu crédito em menor espaço de tempo.

A essa altura, poderá ser lançada a seguinte objeção (com aquele sorriso de triunfo): a idéia, então, é a de impor uma solidariedade, à margem, tangenciando ou mesmo ignorando o quanto disposto no art. 265, do Código Civil, no sentido de que "A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes".

Com todo o respeito a esse modo de enxergar, penso que não será ele que abalará, por si só, o sentir daqueles que defendem ser a responsabilidade solidária a adequada à hipótese sob análise.

E para tanto, para que esse sentimento não saia enfraquecido, duvidando-se mesmo de sua intensidade, vários argumentos podem ser desfiados, alguns dos quais o serão, a seguir.

Com esse objetivo e por primeiro, de realçar que, tal qual se dá, atualmente, com o princípio da legalidade, no âmbito do direito administrativo, em que se considera, como dilucida o brilhante Professor Juarez Freitas, que:

[...] a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia mitigada.¹

Entendimento esse que leva a que, ainda na lição do renomado lente: "O princípio da legalidade precisa ser, então, compreendido e aplicado, no contexto maior do acatamento que a Administração Pública deve ao Direito".²

Outro não é o sentir de Odete Medauar, como lembra Daniel

¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 43-44.

² Op. cit. p. 45.

Ustároz, em artigo de sua autoria, *verbis*:

Resume a professora Odete Medauar esse importante fenômeno:

[...]o princípio da legalidade significa não mais a relação lei - ato administrativo, mas a dimensão global, ordenamento - Administração'. (O Direito Administrativo em evolução, p. 148, 2ª ed. São Paulo: RT, 2003).³

Percorre a mesma senda Rafael Carvalho Rezende Oliveira, como se percebe com a leitura do seguinte ensinamento seu:

A consagração do princípio da juridicidade não aceita a idéia da Administração vinculada exclusivamente às regras pré - fixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição. Adolfo Merkl, de forma irretocável, asseverava que *'la conexión necesaria entre derecho y administración puede ser designada como principio de la juridicidad de la administración'*.⁴

O mesmo autor por último citado ainda preleciona que:

O princípio da juridicidade dá maior importância ao Direito como um todo, ressaltando inclusive a noção da legitimidade do direito. A atuação da Administração Pública deve ter por norte a efetividade da Constituição e será pautada pelos parâmetros da legalidade e da legitimidade, intrínsecos ao Estado Democrático de Direito. Ao invés de simples adequação da

atuação administrativa a uma lei específica, exige-se a compatibilidade dessa atuação com o chamado 'bloco de legalidade'. Alexandre Santos do Aragão, ao tratar da concepção pós - positivista do princípio da legalidade, afirma com razão: 'Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à 'lei e ao Direito', o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º, parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo'.⁵

Da mesma maneira, quanto ao estatuído no art. 265, do vigente Código Civil, a referência à lei nele contida, deve ser entendida como referência ao direito como um todo, ao ordenamento jurídico em sua totalidade, o que faz com que se considere, numa leitura atual, não só as leis, mas os princípios também.

Esse asserto parece não precisar de maior desenvolvimento para justificar-se, pois, como se sabe, quando estamos diante de um caso concreto e para solucioná-lo da

³ USTÁRROZ, Daniel. Breves notas sobre a boa - fé no Direito Administrativo. In: GERMANO, Luiz Paulo Rosek e GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org.). *Lições de Direito Administrativo - estudos em homenagem a Octavio Germano*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 126, nota de rodapé n. 7.

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). *Perspectivas da teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 64.

⁵ Op. cit., p. 64.

melhor maneira possível, temos que manter diante dos olhos – e da mente também, por óbvio – todo o ordenamento jurídico, o que, com lentes modernas, significa visualizar não só regras, mas princípios também, é dizer:

Diante de um caso, não se aplica uma regra, mas todo o ordenamento jurídico, valendo-se da máxima de Gestalt: não se vê partes isoladas, mas relações, uma parte na dependência de outra parte. As partes são inseparáveis do todo e são outra coisa que não elas mesmas, fora desse todo. E são os princípios que irão conferir unidade a esse todo que é o ordenamento jurídico.⁶

O meu receio em não me alongar demais me contém, de maneira que não vou estender-me no encarecer a importância dos princípios para o direito, nos dias que correm, apenas lembrarei que, hodiernamente, tem-se como claro que as normas se dividem em princípios e regras, e aqueles, como sustenta, dentre tantos outros, Sebastián Borges de Albuquerque Mello: “Os princípios ocupam lugar de destaque no pensamento jurídico contemporâneo porque são eles que irão fornecer as linhas centrais de unidade e ordenação das demais normas jurídicas”.⁷

Evidentemente, considerados os princípios, para se estabelecer a solidariedade, fácil inferir, a questão toma logo novos contornos.

Com efeito, porquanto diversos princípios levam a que se estabeleça a solidariedade em situações como a ora enfrentada, podendo ser citados o da dignidade da pessoa humana, o da proteção da confiança, o da boa-fé objetiva, e até o princípio protetor, tão caro ao direito do trabalho, alguns dos quais diretamente, outros até dando uma mais adequada interpretação a algum artigo, o que também é função dos princípios.

“Evidentemente, considerados os princípios, para se estabelecer a solidariedade, fácil inferir, a questão toma logo novos contornos.”

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, se não olvidarmos da importância ao mesmo atribuída pela nossa Constituição Federal, que o colocou como base e norte de nossos passos, o que faz com que, obrigatoriamente,

seja ele considerado quando da elaboração, execução e/ou interpretação de qualquer norma, e atento aos ensinamentos do ilustre Professor Antonio Junqueira de Azevedo, no sentido de que:

[...] o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um

⁶ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.). Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Podivm, 2007, p. 193.

⁷ op. cit. p. 191.

dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana... Em seguida, numa ordem lógica, e como conseqüência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à existência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais) [...].⁸

Resta firme que, o tolerar-se que alguém trabalhe em prol de um terceiro e para receber o que lhe foi judicialmente reconhecido, tenha que percorrer o árduo caminho acima descrito, o que, muito certamente, aumentará, para esse trabalhador de forma insuportável e desesperadora, a agonia da espera e das privações então decorrentes, magoará, a mais não poder, esse princípio maior e mais reluzente, da constelação de princípios que dão brilho e vida a um ordenamento jurídico, mesmo porque, como lembrado por Ana Silvia Voss de Azevedo, "Além dos valores morais e subjetivos, a dignidade ainda abrange o respeito à integridade física e psicológica do indivíduo, incluindo aí as condições dignas de trabalho";⁹ aqui como num imenso vale descampado soam nítida e claramente, como melhor convém para que encontrem eco também em nossos corações, as seguintes palavras do Ministro Orlando Teixeira da Costa:

"É a dignidade da pessoa humana do trabalhador que faz prevalecer os seus direitos, estigmatizando toda manobra tendente a desrespeitar ou corromper de qualquer forma que seja esse instrumento valioso, feito à imagem de Deus".¹⁰

Aqui chegando, interessante, por certo, o evocar sólido argumento do preclaro Nelson Rosenvald, de que:

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana no Título I, como fundamento da República Federativa do Brasil, demonstra a sua precedência – não apenas topográfica, mas interpretativa – sobre todos os demais capítulos constitucionais.¹¹

Relativamente ao princípio da confiança, é oportuno o recordar, antes do mais, que, como superiormente dito pelo jurista português Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, "Na verdade, cabe a qualquer ordem jurídica a missão indeclinável de garantir a confiança dos sujeitos, porque ela constitui um pressuposto fundamental de qualquer coexistência ou cooperação pacíficas, isto é, da paz jurídica".¹²

Ainda, quanto a importância da confiança para e na vida do homem, vale a transcrição do seguinte excerto:

[...] a confiança, entendida como hábito de depositar expectativas em outrem, é um dos sentimentos que

⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

⁹ AZEVEDO, Ana Silvia Voss de. A terceirização como forma de desvalorização das relações de trabalho sob o enfoque do princípio da dignidade humana. In: VILLATORE, Marco Antônio e HASSON, Roland (Coord.). *Estado & atividade econômica: O Direito Laboral em Perspectiva*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 187.

¹⁰ Op. Cit. p. 187.

¹¹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

¹² FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 19.

mais profundamente definem e constituem a existência humana. Na medida em que nossa existência é temporal e é imprevisível nosso futuro, nessa mesma medida nos vemos obrigado a confiar, e parece coisa certa, quando a mente não se extravía da realidade nem o coração dos valores supremos, que na vida do homem a confiança tem um papel fundamental como elemento aglutinador de energia que reforça o grau de coesão nos grupos humanos.¹³

Com aludido princípio se objetiva a proteção das legítimas expectativas criadas, sem as quais a vida em sociedade se torna muito mais difícil, admitindo-se continue sendo possível, e não se pode imaginar, acredito, que um empregado tenha uma expectativa mais legítima do que a que ele carrega em seu peito - e também

no seu estômago -, no sentido de que, tendo trabalhado como empregado da empresa "x", prestadora de serviço, em prol da empresa "y", a tomadora do serviço, seu mourejar será remunerado, tanto por uma como por outra, atento a que não se pode exigir do trabalhador brasileiro, na quadra atual, que possua perfeito conhecimento do funcionamento jurídico do contrato que uniu as empresas prestadora e tomadora,

para ele, ele trabalhou e deve receber, e o Estado deve garantir "os seus direitos", logicamente da maneira a mais rápida e objetiva possível, o que não permitiria que ele compreendesse, tampouco aceitasse, as conseqüências advindas do reconhecimento de uma responsabilidade meramente subsidiária.

Cuidando agora do princípio protetor, princípio esse caríssimo ao direito do trabalho, os motivos que o fazem forte e resistente a todos os questionamentos de que é alvo, de tempos em tempos, justificando mesmo a existência do direito do trabalho, evidentemente não estariam sendo respeitados, acaso se entendesse ou entendida que a responsabilidade subsidiária é a que deva ser observada na situação que ora nos ocupa.

Falta apenas, para finalizar, uma ligeira "palavrinha", acerca do princípio da boa-fé objetiva, o qual desfruta de enorme prestígio nos dias que correm.

E com esse propósito, não poderia deixar de valer-me da lembrança de Artur Marques da Silva filho, quanto a ter já a boa-fé sido considerada "*estrela polar do direito*".¹⁴

O vigente Código Civil cuida da boa-fé em alguns artigos, mas sua observância jamais precisou de

"O vigente Código Civil cuida da boa-fé em alguns artigos, mas sua observância jamais precisou de previsão em lei, pois não se concebe a existência de um ordenamento jurídico no qual a boa-fé não ocupe um lugar de relevo."

¹³ ALBUQUERQUE, Mário Pimentel de. *Princípio da confiança no Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 87.

¹⁴ SILVA FILHO, Artur Marques da. *Revisão Judicial dos Contratos*. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Contornos atuais da teoria dos contratos*. São Paulo: RT, 1993, p. 144.

previsão em lei, pois não se concebe a existência de um ordenamento jurídico no qual a boa-fé não ocupe um lugar de relevo.

Quanto à boa-fé objetiva, como se não desconhece, ela não tem ligação direta com o que se passa no íntimo do indivíduo, mas atine ao seu modo de agir externo, como o faz, no meio em que vive e interage com os outros, ou como superiormente dito por Mônica Yoshizato Bierwagen, a boa-fé objetiva, "diferentemente da boa-fé subjetiva, que se refere a aspectos internos do sujeito, estabelece um padrão de comportamento externo, vale dizer, impõe um modo de agir consentâneo ao homem probo, leal, honesto, correto".¹⁵

Vale salientar que:

O princípio da boa-fé objetiva ou princípio da probidade ou eticidade, expresso nos arts. 422, 113 e 187 do Código Civil, atua sobre contratos com várias funções: é fonte de direitos laterais, é limite à liberdade contratual e à liberdade de contratar, é cânone de integração e interpretação dos contratos.¹⁶

Atualmente, um contrato não é mais visto como resultado de uma acomodação, um acordo de interesses opostos, mas sim como um vínculo de cooperação, uma convergência de interesses, para a realização do que nele se estipulou, o que reclama de qualquer dos contratantes um comportamento leal e reto, reclama mesmo uma preocupação para com

o outro, de maneira que, num contrato, qualquer dos contratantes deve se preocupar para que a outra parte contratante atinja, com o contrato, aquilo que, por meio do mesmo, procurou obter, para tal fim; a boa-fé objetiva é chamada para desempenhar função de relevo, como também se dá com a função social do contrato.

O Código Civil contém em seu corpo de disposições, uma cláusula geral de boa-fé, o que se constata com a leitura de seu art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé", aludido dispositivo bem pode ser invocado por aqueles que entendem insuficiente a invocação de princípios para o fim de estabelecer a responsabilidade solidária da empresa cliente para com os créditos do credor - empregado.

Nem se alegue que aludido dispositivo tem aplicação apenas entre as partes contratantes, pois, se é fato que as mesmas devem observá-lo, não menos verdade que as obrigações que dele decorrem - deveres tais como os de informação, lealdade, cooperação, honestidade -, vão além das partes, exigindo que terceiros respeitem os contratos celebrados, bem como não sejam atingidos e/ou prejudicados por contratos por outros celebrados.

Com uma consistência ímpar, o preclaro Rodrigo Mazzei deixou firme que:

¹⁵ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código civil*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 52.

¹⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Reconstrução do Conceito de Contrato: do Clássico ao Atual*. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 35.

É certo que a literalidade do art. 422 do CC 2002 estabelece que os contratantes são obrigados a observar a boa-fé; não obstante, há terceiros que por uma proximidade com um dos contratantes podem vir a exigir a observância dos deveres anexos decorrentes da cláusula geral da boa-fé.¹⁷

No que mais de perto nos interessa, há fixar que existem pessoas, tradicionalmente enquadradas no conceito de terceiros, mas que agora aparecem, de corpo inteiro, no cenário jurídico para protegerem-se de contratos que possam violar direitos seus, o que é perfeitamente possível, com base no princípio da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a par de se ajustar à visão moderna do contrato, que mitigou um tanto o princípio da relatividade dos contratos.

Os princípios mencionados impedem que um ajuste, ainda que fruto do mais puro e perfeito acordo de vontades entre as partes, venha a causar danos a quem, não tendo declarado vontade alguma, possa experimentar algum prejuízo em decorrência do contrato.

Basta não esquecer que as partes contratantes sempre querem ver seus contratos respeitados por terceiros, aos quais opõem o que nelles pactuado, e o Direito, regra ge-

ral, lhes dá amparo para assim procederem, para se ver como é natural e funciona mesmo como a outra face da mesma moeda, que esses terceiros, se puderem ser atingidos pelo contrato, tenham meios para evitar os efeitos que possam prejudicá-los.

Então, o terceiro, que é o que não participa da feitura do negócio jurídico, mas acaba por ele obrigado e/ou afetado, de alguma maneira, o que não deve provocar espanto algum, se não olvidarmos a rede em que se constituem as relações humanas, nossos atos, invariavelmente

provocam efeitos e/ou repercutem, na esfera de outras pessoas, por eles afetados, os quais, se devem, por um lado, respeitá-los, não podem, sob outro ângulo, serem por isso prejudicados, o direito há de protegê-los, cumprindo ao operador do direito acertar com qual

a proteção então oferecida.

A doutrina, especialmente, mas não apenas, a alemã e a italiana, diante de tal quadro, desenvolveu a categoria do contrato com eficácia de proteção para terceiros, a qual, por bem se encaixar numa visão mais moderna do contrato, abraçada pelo nosso Código Civil, pode ser invocada entre nós, o que a função social do contrato e a boa-fé objetiva permitem, já sendo, inclusive, objeto,

"A doutrina, especialmente, mas não apenas, a alemã e a italiana, diante de tal quadro, desenvolveu a categoria do contrato com eficácia de proteção para terceiros, a qual, por bem se encaixar numa visão mais moderna do contrato, abraçada pelo nosso Código Civil, pode ser invocada entre nós, o que a função social do contrato e a boa-fé objetiva permitem, já sendo, inclusive, objeto, com vistas ao direito pátrio, de trabalhos jurídicos de fôlego."

¹⁷ MAZZEI, Rodrigo. O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais e suas Mitigações. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2008, p. 217.

com vistas ao direito pátrio, de trabalhos jurídicos de fôlego.

Por meio do contrato com eficácia de proteção para terceiros se reconhece que há terceiros que devem mais estreitamente respeitar algum contrato, pela razão de proximidade que tenham com uma ou ambas as partes contratantes, como também existem – e é o que por ora nos interessa mais de perto – aqueles terceiros que, também em razão de alguma ligação maior com um ou com ambos os contratantes, são merecedores de especial proteção, para que não venham a sofrer prejuízos com a execução do contrato.

Parece claro que o trabalhador, que eu não classificaria como terceiro, mas como segundo, dada a sua ligação ou dependência com os contratantes, encontraria aqui sólido fundamento para reclamar, tanto da sua empregadora, como da empresa cliente, ambas solidárias, o pagamento de seu crédito, já que o ajuste por elas levado a efeito não pode, em atenção aos efeitos externos do contrato, fazer com que ele fique, passe a pobreza da locução, no prejuízo, mesmo porque, vale insistir, não são apenas os contratantes que devem ser protegidos contra atos de terceiros, estes também merecem receber proteção, para que não venham a experimentar prejuízos em decorrência do que pactuado pelos contratantes, sentimento esse que deve, no caso que ora nos ocupa, estar muito, muitíssimo vivo, recebendo os aportes doutrinários e jurisprudenciais necessários para robustecer-se cada

vez mais, de modo a não permitir que o engenho e a arte de contratantes despedidos de boas intenções ou mesmo inaceitavelmente indiferentes para com a sorte daqueles que em seu benefício trabalharam, frustrem os escopos que justificam mesmo a existência do Direito do Trabalho.

Muito contribuirá para que esse desiderato seja atingido, olhar e ter pelos princípios a consideração e o respeito com que devem mesmo ser olhados e tidos; tal proceder certamente fará com que a procela que agita o sentir daqueles que acreditam insuficiente a atribuição de responsabilidade subsidiária, na situação aqui enfocada, se acalme e permita-lhes singrar por mares não mais agitados, revoltos, mas, sim, sem tormentas, serenos, com uma tranqüilidade que apenas o reconhecimento de que se deverá responsabilizar, de forma solidária, as empresas prestadora e tomadora, poderá propiciar, a qual repousa na segurança de que essa responsabilidade solidária se justifica pelo fato, a que o direito não pode dar guarida, de que ambas não se portaram com a lealdade e a correção devidas – e exigíveis – para com o trabalhador, magoando, então, os princípios todos mencionados nas linhas transatas.

Finalizo lembrando as palavras de Constantino de Campos Fraga, proferidas já nos idos de 1941, após reproduzir ensinamento do mestre Cesarino Júnior, quando do exame que fez acerca da finalidade das leis sociais, verbis:

Observando a definição do que seja direito social, vemos que as leis por

ele abrangidas, visando o bem comum, têm por objetivo imediato 'auxiliar a satisfazer convenientemente às necessidades vitais próprias e de suas famílias, aos indivíduos que para tanto, dependem do produto de seu trabalho'.

Ora, esta finalidade não pode ser falseada na interpretação dos textos legais. Ela é a bússola que nos indicará a rota certa. Quando dela nos desviarmos, por mais brilhante que se afigure a argumentação, podemos afirmar - estamos errados.¹⁸

Essa busca é que me faz juntar minha fraca voz à daqueles, que a têm muito mais altissonante, visando justificar, de maneira fundamentada, que, na questão examinada, a responsabilidade a ser estabelecida é a solidária.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel de. **Princípio da confiança no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

AZEVEDO, Ana Sílvia Voss de. A terceirização como forma de desvalorização das relações de trabalho sob o enfoque do princípio da dignidade humana. In: VILLATORE, Marco Antônio e HASSON, Roland (Coord.). **Estado & atividade econômica: O Direito Laboral em Perspectiva**. Curitiba: Juruá, 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de Direito**

Privado, São Paulo: Saraiva, 2004.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e regras de interpretação dos contratos no novo Código civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Reconstrução do Conceito de Contrato: do Clássico ao Atual**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2008.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Teoria da confiança e responsabilidade civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

FRAGA, Constantino de Campos. **Interpretação das Leis sociais**. Revista dos Tribunais. 1941.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. O Princípio da Relatividade dos Efeitos Contratuais e suas Mitigações. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2008.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O Princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In: SCHMITT, Ricardo Augusto (Org.).

¹⁸ FRAGA, Constantino de Campos. **Interpretação das Leis sociais**. Revista dos Tribunais. 1941, p. 04.

Princípios penais constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Salvador: Podivm, 2007.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Neoconstitucionalismo: constitucionalização do ordenamento jurídico e a releitura do princípio da legalidade administrativa. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROSEVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil.**

São Paulo: Saraiva, 2005.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão Judicial dos Contratos. In: BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Contornos atuais da teoria dos contratos.** São Paulo: RT, 1993.

USTÁRROZ, Daniel. Breves notas sobre a boa-fé no Direito Administrativo. In: GERMANO, Luiz Paulo Rosek e GIORGIS, José Carlos Teixeira (Org.). **Lições de Direito Administrativo - estudos em homenagem a Octavio Germano.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

O FATO GERADOR E OUTRAS QUESTÕES IMPORTANTES PARA A EXECUÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NO PROCESSO DO TRABALHO¹

Antoniél Ferreira Avelino*

Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa* *

Resumo: A execução de contribuições previdenciárias devidas em face das sentenças proferidas e dos acordos realizados no processo do trabalho e suas peculiaridades é o tema deste trabalho, que tem o objetivo de analisar, mais especificamente, o fato gerador desse tipo de tributo e a importância da atuação do magistrado em sua arrecadação, fator de fortalecimento da previdência social, pela qual todos são responsáveis e da própria Justiça do Trabalho.

Palavras-chave: Contribuição previdenciária. Fato gerador. Conciliação. Magistrado.

Sumário: 1 Introdução; 2 Do fato gerador da contribuição previdenciária; 3 Da repercussão do fato gerador da contribuição previdenciária quanto à forma de cálculo dos valores devidos e responsabilidade pelo seu pagamento. Critérios "caixa" e "competência"; 4 Da atualização das contribuições previdenciárias não quitadas no momento oportuno; 5 Da conciliação e sua não vinculação aos termos da ação e mesmo à sentença transitada em julgado; 6 Das contribuições devidas nos acordos sem reconhecimento de vínculo pelo tomador e pelo prestador de serviços e a situação específica do tomador de serviços domésticos; 7 Da concessão do prazo para discriminação das verbas relativas ao acordo; 8 A necessária averbação do tempo de serviço ou da nova situação

¹ Este texto foi inicialmente publicado em 2002, na Revista do TRT da 15ª Região, nº 19, p. 36 a 47. Agora, em 2008, é atualizado em face das modificações legislativas. Também são inseridas outras questões não anteriormente tratadas, que têm chegado, nos recursos da União, à discussão no E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

* Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT- Centro de Estudos Sindicais e do Trabalho do Instituto de Economia da Unicamp e Mestre em Direito Processual Civil pela PUCAMP. Professor Universitário. Advogado em Campinas.

** Juíza Titular da 2ª Vara do Trabalho de Paulínia - SP, atualmente convocada para substituir no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Mestre em Direito Processual Civil pela PUCAMP, Doutora em Educação pela UNICAMP e Professora Universitária. Foi, durante o período de 1986 a 1990, Fiscal de Contribuições Previdenciárias.

previdenciária para fins de pagamento de benefícios pelo Instituto; 9 Conclusões; 10 Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Escrevemos estas linhas acerca do fato gerador da contribuição previdenciária no processo do trabalho não como *experts* acerca do tema, que não o somos, mas a título de discutir algumas questões para promover, a respeito delas, o necessário debate e instigar outros colegas, mais preparados, a manifestarem-se acerca de tão palpitante problema.

Preliminarmente, entretanto, para que não sejamos mal compreendidos, asseveramos a extrema importância, inclusive política, da competência que foi atribuída à Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional n. 20. E, note-se, essa competência se mostrou tão adequada que foi ampliada pela alteração do art. 876, da CLT, nele tendo sido inserido seu parágrafo único, para conferir à Justiça do Trabalho também competência para a execução dos valores não quitados de contribuições previdenciárias quando por ela reconhecida a existência de vínculo empregatício ou declarado o pagamento de salário "por fora", ou quitados mas não inseridos, oportunamente, em folha de pagamento.

Afinal, a seguridade social é

responsabilidade de todos e por toda a sociedade financiada. Dela depende o bem-estar de milhões de brasileiros e, assim, verificamos a competência atribuída à Justiça do Trabalho como fator de seu fortalecimento, mas também deste ramo do Poder Judiciário, que assim amplia seu relevante papel social. Entretanto, conquanto tal execução deva se desenvolver da melhor forma, perante a Justiça do Trabalho, não é por isso que se pode concordar com o que está sendo chamado de "fúria arrecadadora do INSS", que tem utilizado os céleres e efetivos procedimentos da Justiça Obreira como meio de incrementar sua arrecadação, desconsiderando, entretanto, princípios de Direito Tributário inseridos na Constituição Federal e os próprios trabalhadores, que não têm visto o aproveitamento dos recolhimentos que são efetivados, no processo do trabalho, em seu benefício, situação que já há muito preocupava os autores e que agora passou a ser discutida pela Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho - ANAMATRA.²

Dividimos esta exposição em 8 partes. Parcela deste texto já havia sido publicada, mas agora é adaptado, a ele sendo acrescentadas outras con-

² INSS IGNORA ATÉ A JUSTIÇA. Instrução Normativa exige provas de trabalhadores mesmo depois de sentença nos tribunais. Ana d'Angelo e Tiana Ellwanger. O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ignora até as decisões da Justiça do Trabalho que reconhecem o vínculo empregatício dos segurados mesmo quando há o recolhimento das respectivas contribuições previdenciárias. Nesses casos, em busca da aposentadoria, os segurados são obrigados a ajuizar outra ação na Justiça Federal (que julga as questões envolvendo o INSS por ser autarquia federal) para pedir a contagem daquele tempo de serviço. Normas da Previdência Social exigem dois requisitos para reconhecer o tempo de serviço firmado por sentença trabalhista. Um deles é que os trabalhadores tenham apresentado no processo alguma prova material, além de testemunhas, ou seja, documento que comprove o período trabalhado, como recibos de salário e registros de ponto.

siderações que estão a exigir também o mesmo aprofundado estudo ao qual nos referimos no início deste trabalho:

Do fato gerador da contribuição previdenciária;

Da repercussão do fato gerador da contribuição previdenciária quanto à forma de cálculo dos valores devidos e responsabilidade pelo seu pagamento. Critérios "caixa" e "competência";

Da atualização das contribuições previdenciárias não quitadas no momento oportuno;

Da conciliação e sua não vinculação aos termos da ação e mesmo à sentença transitada em julgado;

Das contribuições devidas nos acordos sem reconhecimento de vínculo pelo tomador e pelo prestador de

serviços e a situação específica do tomador de serviços domésticos;

Da concessão do prazo para discriminação das verbas relativas ao acordo;

A necessária averbação do tempo de serviço ou da nova situação previdenciária para fins de pagamento de benefícios pelo Instituto.

Conclusões.

Sem rodeios, portanto, passaremos a discorrer acerca de nossa visão sobre tão palpitantes temas.

2 DO FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Fato gerador do tributo é aquele descrito em lei que, em ocorrendo, gera a obrigação do seu reco-

A outra condição é que o INSS tenha se manifestado na ação a respeito dessa prova material que teria de ser mostrada. O problema é que não existe previsão legal para o INSS integrar processo entre trabalhador e empregador. Três magistrados do Trabalho, consultados por O DIA, informaram desconhecer reclamações trabalhistas em que o INSS foi chamado a fazer parte. Em outras palavras: o instituto fixa uma condição que não se verifica no dia-a-dia dos tribunais no País. Como revelou O DIA no último domingo, a Justiça do Trabalho tem arrecadado, em média, R\$ 1 bilhão por ano para os cofres do INSS, que pertencem a cerca de 1 milhão de trabalhadores, que não são identificados pela Previdência. A Lei 8.212 obriga juízes a determinar o imediato recolhimento pelos empregadores das contribuições incidentes sobre as verbas trabalhistas. Para dificultar o reconhecimento dessa decisão, o INSS escora-se em outra lei, a 8.213, que exige "início de prova material" para que um processo administrativo seja aberto pelo órgão para analisar o caso do segurado. Para juiz, "normas são injustas". Para o juiz do Trabalho da 15ª Região, Vinícius Casagrande, que é ex-fiscal do INSS, é preciso mudar a legislação. "As normas são injustas. No âmbito administrativo, o reclamante não tem reconhecido o seu tempo de serviço advindo da declaração do vínculo em sede de reclamação trabalhista. No entanto, ocorreu a incidência das contribuições e o efetivo recolhimento, o que torna a Justiça do Trabalho um mero agente arrecadador para o Estado", criticou o magistrado. O Ministério da Previdência informou que só não reconhece as sentenças quando decorrem de acordos homologados pelo juiz do Trabalho, sem nenhuma prova material, havendo a necessidade de o segurado mover nova ação na Justiça Federal. Não é a prática. Conforme informações obtidas por O DIA entre os servidores do órgão, o INSS só reconhece as decisões em que participou do processo. A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho sugere que seja feito um convênio entre o Judiciário e o INSS para que o órgão registre os trabalhadores beneficiados pelo recolhimento das contribuições, o que não é feito atualmente. Uma série de arbitrariedades. Série de reportagens de O DIA revela que o INSS tem desconsiderado documentos que, pela lei, valem como provas de vínculos de emprego. A carteira de trabalho está sendo ignorada pela Previdência quando o tempo de serviço anotado não consta no cadastro do INSS, o CNIS. Foi o que mostrou a primeira reportagem da série, em 21 de janeiro. A Previdência tem recusado ainda contratos de trabalho, termos de rescisão, contracheques comprovantes de saques do FGTS. Na segunda reportagem, em 24 de janeiro, a Previdência admitiu a O DIA que a carteira de trabalho não basta como prova. A equipe de reportagem ouviu servidores que revelaram ser orientados a não aceitar contribuições que não estejam no CNIS. Na reportagem de domingo, O DIA revelou que ações movidas por trabalhadores contra ex-patrões na Justiça do Trabalho enchem os cofres do INSS, mas segurados não têm aumento do tempo de contribuição ou do salário incluídos no cadastro da Previdência.

lhimento. Segundo o art. 114 do CTN, *fato gerador da obrigação tributária principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência*. Leciona Hugo de Brito Machado (1999), analisando a definição acolhida pelo Código Tributário Nacional, que o fato gerador nasce de uma situação, de um fato em sentido amplo, definido em lei em sentido estrito (posto que só a lei, como norma emanada do Poder Legislativo, é capaz de fazer com que um determinado fato seja passível de gerar uma obrigação tributária) que, se verificado, dá origem à obrigação tributária. Assim como para todos os demais tributos, não verificado o fato previsto em lei a ensejar o recolhimento previdenciário, tal contribuição, que tem natureza tributária, repressa-se, não é devida. Necessário, portanto, perquirir-se qual é o fato gerador da contribuição previdenciária a ser executada pela Justiça do Trabalho.

As legislações que trouxeram a discussão do recolhimento previdenciário para o interior do Poder Judiciário Trabalhista sempre se referiram ao seu fato gerador como o pagamento de valores integrantes da remuneração ao trabalhador. Note-se o que se encontrava consignado no art. 12 da Lei n. 7.787/1989 e, posteriormente, o que consignado no art. 43 da Lei n. 8.620/1993:

Art. 12. Em caso de extinção de processos trabalhistas de qualquer natureza, inclusive a decorrente de acordo entre as partes, de que resultar pagamento de vencimentos, remuneração, salário e outros ganhos habituais do trabalhador, o recolhimento

das contribuições devidas à Previdência Social será efetuado incontinenti. Art. 43. Nas ações trabalhistas de que resultar o pagamento de direitos sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias, o juiz, sob pena de responsabilidade, determinará o recolhimento das importâncias devidas à Previdência Social.

Não há dúvida, portanto, de que o fato gerador indicado em tais legislações, do qual decorria a obrigação do juiz de velar pelo recolhimento previdenciário, sempre foi o pagamento de verbas salariais devidas ao trabalhador no curso do processo do trabalho. E não poderia ser diferente, porque o fato gerador da contribuição previdenciária está estampado na Constituição Federal.

O § 3º, do art. 114, da Constituição Federal, lá inserido pela Emenda Constitucional n. 20, de 16.12.1998, atribuiu a competência à Justiça do Trabalho de executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II, da mesma Carta Magna, bem como seus acréscimos legais, hoje dispositivo que se encontra no inciso VIII, do mesmo art. 114, da CF, em face das alterações constitucionais produzidas pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Em face da modificação constitucional inicialmente perpetrada pela EC n. 20/1998, a Justiça do Trabalho passou a contar com competência absolutamente distinta daquela que anteriormente lhe era conferida, concernente a solucionar as lides entre trabalhadores e empregadores e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, competência que tam-

bém abrangia as lides surgidas do cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. E a alteração constitucional foi de todo adequada, tendo em vista que é de interesse da sociedade a manutenção da seguridade social, financiada, segundo o art. 195 da CF, por toda ela, de forma direta e indireta, por recursos do orçamento da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e também de contribuições sociais advindas do empregador e do trabalhador.

O art. 195, I, assevera que o empregador, empresa ou entidade a ela equiparada pela lei, paga contribuições previdenciárias *incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados*, a qualquer título, à pessoa física que lhe presta serviços, mesmo sem vínculo empregatício, e o inciso II, do mesmo dispositivo, assevera que contribuições previdenciárias são devidas também pelo trabalhador e demais segurados da previdência social, justamente ao receber os salários ou os rendimentos de seu trabalho.

Equiparam-se ao empregador, para fins previdenciários, de acordo com o art. 12, parágrafo único, do Decreto n. 3.048/1999, o contribuinte individual que tenha empregados ou pessoas que lhe prestem serviços, a cooperativa, a associação ou entidade de qualquer natureza ou finalidade, a missão diplomática e representação consular, o operador portuário, o órgão gestor de mão-de-obra e o proprietário ou dono da obra de construção civil.

Todos esses têm, em regra, que pagar as contribuições previ-

denciárias, quando efetuam pagamentos a trabalhadores.

Recorde-se que não é do empregado a responsabilidade de recolher a sua contribuição para a Previdência Social, conquanto seja da mesma o contribuinte, desde que tenha sofrido o desconto pertinente no momento do recebimento de valores. Surge aqui outro conceito de Direito Tributário, que é o do responsável tributário, aquele que, apesar de não ser o contribuinte do tributo, é o responsável pelo seu recolhimento, na forma preconizada pelo art. 121, II, do CTN.

O empregador, ou o tomador de serviços, é o responsável tributário pelo recolhimento da contribuição por ele próprio devida e também daquela que deve ser descontada do empregado. Compete-lhe, ao realizar pagamentos, reter os valores devidos à previdência social e efetuar o seu recolhimento. Realizando o desconto e não repassando valores aos cofres da União, comete o crime de apropriação indébita. Não descontando e não recolhendo os valores que seriam devidos, passa a ser o próprio devedor de tais tributos, quando posteriormente cobrados.

O art. 195 da Constituição Federal, inciso I, ao qual se refere o art. 114, VIII, da Constituição Federal, é absolutamente claro, portanto: o fato gerador da contribuição previdenciária é o *pagamento* de valores, pelo tomador, à pessoa física que lhe presta serviços. Em decorrência disso, e como é óbvio, o fato gerador de contribuições previdenciárias para o trabalhador só surge no momento do recebimento de valores a

ele devidos em decorrência do trabalho prestado, mesmo porque o trabalhador nada pode pagar se não receber, visto que sua fonte de subsistência, em geral, vem de seu próprio trabalho, do qual retira seu sustento e o de sua família.

Se o fato gerador da contribuição previdenciária, como estampado no art. 195, I, da Constituição Federal, para o empregador, é o pagamento de valores devidos a quem lhe presta serviços, e para o trabalhador é o recebimento desses valores pagos pelo empregador, claro está que na Justiça do Trabalho o fato gerador é o mesmo, posto que a este dispositivo legal, como já vimos, se refere o art. 114, VIII, da CF. E, finalmente, basta a leitura dos arts. 10 e 11 da Lei n. 8.212/1991 para que se afastem as dúvidas a respeito de qual é o fato gerador de contribuições previdenciárias:

Art. 10. A Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, nos termos do art. 195 da Constituição Federal e desta Lei, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de contribuições sociais.

Art. 11. No âmbito federal, o orçamento da Seguridade Social é composto das seguintes receitas:

I - receitas da União;

II - receitas das contribuições sociais;

III - receitas de outras fontes.

Parágrafo único. Constituem contribuições sociais:

a) as das empresas, incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço;

b) as dos empregadores domésticos;

c) as dos trabalhadores, incidentes sobre o seu salário-de-contribuição;

d) as das empresas, incidentes sobre faturamento e lucro;

e) as incidentes sobre a receita de concursos de prognósticos.

O pagamento feito pela empresa ao trabalhador no curso do processo do trabalho, em decorrência de um acordo ou de uma condenação, faz nascer o fato gerador do tributo e a necessidade do recolhimento das contribuições previdenciárias. Outrossim, em face da alteração do parágrafo único, do art. 876, da CLT, nele procedida pela Lei n. 11.457/2007, que instituiu a Super-Receita, a Justiça do Trabalho passou a ser competente para executar contribuições previdenciárias sobre salários pagos no passado, e não no curso do processo do trabalho, mas cujo pagamento foi nele reconhecido, declarado, em face de se ter verificado a existência de vínculo empregatício não oportunamente anotado em CTPS. Assim, tal dispositivo legal trouxe para esse ramo do Poder Judiciário a competência – antes conferida tão-só à Justiça Federal, de cobrar as contribuições previdenciárias decorrentes dos pagamentos efetivados no curso dos vínculos empregatícios pela Justiça do Trabalho declarados, ou ainda dos pagamentos realizados mas não inseridos nas folhas (salário “por fora”), quando pela Justiça do Trabalho verificada sua ocorrência.

A alteração legislativa procedida no art. 876, parágrafo único da CLT reforça a tese antes por nós defendida na versão original deste artigo de que a Justiça do Trabalho não

tinha competência para cobrar as contribuições previdenciárias decorrentes do reconhecimento do vínculo. E tanto é fato que não tinha esta competência, que a legislação foi alterada, o que é sobremaneira salutar, mas fez surgir outros conflitos subjacentes ao processo, como o aproveitamento dessa contribuição para fins de obtenção de direitos previdenciários pelo trabalhador, questões extremamente relevantes, e que merecem pontual análise.

A alteração legislativa supra indicada não muda, entretanto, em nada, o conceito de fato gerador da contribuição previdenciária – o pagamento de valores tributáveis, de cunho salarial, ao trabalhador, no momento em que ele tenha sido realizado, a partir do qual as contribuições devem ser recolhidas e, momento a partir do qual as mesmas são acrescidas de juros, multas e atualizações pelos critérios previdenciários.

3 DA REPERCUSSÃO DO FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUANTO À FORMA DE CÁLCULO DOS VALORES DEVIDOS E RESPONSABILIDADE PELO SEU PAGAMENTO. CRITÉRIOS “CAIXA” E “COMPETÊNCIA”

Realizado o pagamento de valores salariais no curso do processo do trabalho, por qualquer meio

que ele se der, como, só para citar exemplos, pagamento do valor integral ou parcial da condenação, levantamento do depósito recursal, dação de bem em pagamento, adjudicação de bem, remição da execução, é neste momento que ocorre o fato gerador da contribuição previdenciária, momento no qual é ela incidente e no qual deve ser calculada.

Assim, a primeira conclusão a que chegamos é de que não se pode calcular mês a mês os valores devidos à Previdência Social, quando o pagamento decorre de uma sentença condenatória ou de um acordo homologado, posto que não se pode calcular tributo sem que tenha ocorrido seu fato gerador. É no momento do pagamento que a contribuição deve ser calculada, pela alíquota e pela forma de cálculo incidente naquele momento em que o pagamento está sendo efetivado, respeitado, para o trabalhador, o limite máximo do salário de contribuição.

Entretanto, em tendo havido o pagamento de valores no curso da relação existente entre as partes, pagamentos que a Justiça do Trabalho declarou terem decorrido de vínculo empregatício, ou aos quais atribuiu natureza jurídica salarial (no caso do pagamento de salários “por fora”), a partir deles a contribuição é incidente, utilizando-se o critério da competência para sua apuração, que se dará, portanto, através da apuração dos valores que foram

“...não se pode calcular mês a mês os valores devidos à Previdência Social, quando o pagamento decorre de uma sentença condenatória ou de um acordo homologado, posto que não se pode calcular tributo sem que tenha ocorrido seu fato gerador. É no momento do pagamento que a contribuição deve ser calculada, pela alíquota e pela forma de cálculo incidente naquele momento em que o pagamento está sendo efetivado, respeitado, para o trabalhador, o limite máximo do salário de contribuição.”

mês a mês pagos em favor do empregado. A sentença tão-só declarou o vínculo empregatício ou o pagamento de salário não inserido em folha oportunamente, mas o pagamento se deu no passado. No momento em que ocorreu é que devem ser calculadas as contribuições previdenciárias, pelas alíquotas e regras incidentes naqueles meses nos quais as mesmas eram devidas. E neste caso específico, o trabalhador não tem qualquer responsabilidade pelo recolhimento, que deve ser quitado integralmente por aquele que deixou de cumprir sua obrigação previdenciária no momento oportuno, porque o trabalhador só pode sofrer desconto de valores no momento em que recebe aqueles que são tributáveis. Deixando o responsável tributário de abater e recolher os valores oportunamente, assume a obrigação pelo recolhimento da integralidade dos valores devidos, tanto por ele como pelo trabalhador.

Note-se, para melhor compreensão da tese, a obrigação conferida à empresa no art. 30 da Lei n. 8.212/1991:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

- a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;
- b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea a deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do caput do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo

incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 10 (dez) do mês seguinte ao da competência.

Descumprida a obrigação de descontar e recolher as importâncias devidas à previdência social no momento em que efetiva o pagamento de valores ao trabalhador, a empresa, ou a entidade a ela equiparada, torna-se a responsável pela integralidade dos valores devidos à Previdência Social, conforme consignado na lei já antes indicada, em seu art. 33, § 5º:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal - SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

[...]

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que

deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

Exemplifiquemos, portanto, a forma de cálculo de cada uma das situações supra indicadas para tornar mais compreensível o raciocínio acerca da apuração das contribuições previdenciárias.

O fato gerador da contribuição previdenciária é o pagamento de valores. Verificado que o empregador, no curso dos anos, deixou de quitar horas extras, verba salarial e título que dá origem ao recolhimento de contribuições previdenciárias e proferida uma sentença condenatória, ou mesmo realizado um acordo que reconheça tal situação, apura-se, na situação da sentença, os valores devidos a título de horas extras para cada um dos meses e consolida-se o débito que, quitado, total ou parcialmente, gerará a incidência da contribuição previdenciária, apurada no momento em que ocorrer o pagamento em questão, recolhimento esse que deve ser realizado, abatendo-se o valor devido pelo empregado, até o dia 10 do mês subsequente.

O pagamento do valor deferido pela sentença condenatória ou por um acordo não cumprido, na Justiça do Trabalho, pode ocorrer em momento muito posterior ao da prolação da sentença ou da homologação do acordo, posto que pode decorrer da expropriação do bem penhorado do patrimônio do executado, pela arrematação, pela adjudicação ou pelo usufruto de um imóvel ou empresa, ou, ainda, pela simples liberação do depósito efetivado por ocasião da interposição de um recurso. Apenas quando ingressa no patrimônio do

exequente o bem ou seu valor é que se tem como quitada, total ou parcialmente, a obrigação trabalhista, a ensejar, da mesma forma apontada, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária. Se o exequente recebeu o que lhe era devido através da adjudicação ou da arrematação, pelo valor que a expropriação foi deferida é que se calculará a contribuição previdenciária, a partir deste momento incidente.

Resumindo: não tendo havido o pagamento pelo executado, com o correspondente recebimento efetivo do valor (ou de seu correspondente em bens) pelo exequente, não são devidas contribuições previdenciárias, posto que ainda não caracterizado seu fato gerador.

Por outro lado, se pagamentos foram feitos no curso da relação existente entre as partes, e as contribuições previdenciárias não foram sobre esses pagamentos recolhidas, são devidas desde o momento em que esses pagamentos foram realizados, pelas alíquotas e critérios incidentes à época desses pagamentos. E, aqui, o trabalhador nada terá a quitar, como antes já apontado, porque não sofreu os descontos no momento do recebimento de valores.

4 DA ATUALIZAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS NÃO QUITADAS NO MOMENTO OPORTUNO

As contribuições previdenciárias devem ser quitadas no dia 10, ou primeiro dia útil posterior, do mês subsequente ao do pagamento realizado ao trabalhador, nos termos

do art. 30, I, b, da Lei n. 8.212/1991. Se o pagamento foi realizado no curso da relação vivenciada entre as partes, que a Justiça do Trabalho só declarou como de emprego, as contribuições previdenciárias deveriam ter sido quitadas no mês subsequente àquele ao qual ele foi realizado, e, portanto, a dívida há muito já existia, sendo esse o momento a partir do qual deverão ser os valores apurados, atualizados e acrescidos de juros e multa.

Afinal, não observado o prazo legal para pagamento das contribuições previdenciárias, passam as mesmas a contar com atualização conforme os ditames aplicáveis às parcelas devidas à previdência social, nos termos do § 4º, ao art. 879, da CLT.

Essa atualização é realizável através da aplicação da taxa SELIC, que se soma à aplicação de juros de 1% ao mês. A esses acréscimos são adicionadas, por seu turno, as multas previdenciárias, previstas no art. 35 da Lei n. 8.212/1991, que correspondem aos percentuais de 8% a 20%, em caso de pagamento espontâneo (8% quando a obrigação é paga no próprio mês do vencimento, a partir do momento em que deveria ter sido quitada; 14% se paga no mês seguinte ao do vencimento e de 20% a partir do segundo mês posterior ao vencimento da obrigação) e desde que não haja inscrição dos valores devidos na dívida ativa da União, casos em que as multas são ainda superiores, podendo chegar a 100% do valor do débito.

Em tendo a Justiça do Trabalho reconhecido que esses pagamen-

tos se deram no passado, além de serem corrigidos e acrescidos de juros, os valores devidos à Previdência Social devem ser acrescidos de, no mínimo, 20% de multa, porque já ultrapassado o segundo mês posterior àquele em que deveriam ter sido quitados. Não pagos os valores apurados e iniciada a execução dos mesmos, esse débito deve ser inscrito como dívida ativa da União e, na execução realizada na Justiça do Trabalho, devem ser acrescidas as multas indicadas no item III do art. 35, que ora se transcreve para sua melhor análise:

Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

- a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;
- b) quatorze por cento, no mês seguinte;
- c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;

II - [...]

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

- a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;
- b) setenta por cento, se houve parcelamento;
- c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;
- d) cem por cento, após o ajuiza-

mento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.

§ 1º Na hipótese de parcelamento ou reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos.

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar.

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento.

Na outra situação, quitada a dívida no curso do processo do trabalho, total ou parcialmente, incidem as contribuições previdenciárias que devem ser pagas até o dia 10 do mês subsequente. Não quitadas, a partir daí devem ser acrescidas da taxa *selic*, dos juros e da multa já apontados.

5 DA CONCILIAÇÃO E SUA NÃO VINCULAÇÃO AOS TERMOS DA AÇÃO E MESMO À SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO

A competência que foi atribuída à Justiça do Trabalho para cobrar contribuições previdenciárias, conquanto politicamente importante, não pode se sobrepor ao principal enfoque que deve ser atribuído à solução do conflito capital-trabalho: o de buscar a sua pacificação não pela dicção do direito, mas pela sua efetiva pacificação, que deve ser construída pelas próprias partes envolvidas no litígio.

A conciliação das partes é das mais relevantes missões da Justiça do Trabalho. Tanto é assim que o Juiz deve tentar a conciliação sob pena de nulidade do procedimento, idéia que tem permeado transformações efetivadas no Processo Civil e que tem sido acolhida pelos Tribunais Superiores, que se debruçam, inclusive, na efetivação de campanhas de elucidação acerca da importância da conciliação, como aquela ora designada de "Conciliar é Legal".

O processo, nos novos tempos, como mecanismo do Estado para a solução do conflito de interesses, tem visto na possibilidade da conciliação das partes sua principal forma de efetividade, de permitir que as próprias partes, através de um consenso, possam obter solução que não lhes tenha que ser imposta.

A conciliação deve ser a mais ampla possível. Claro está, e muitos processualistas já analisa-

ram a questão, que a lide sociológica, o verdadeiro conflito de interesses existente entre as partes, não aparece em sua integridade nos autos da ação. Passa pelo filtro da parte (que só relata para o advogado, sua versão dos fatos) e do próprio causídico (que relata os fatos conforme sua apreensão dos mesmos e de forma a promover a melhor defesa de seu cliente).

Cientes dessa especificidade, muito presente no Processo do Trabalho, onde as relações entre trabalhador e empregador são bastante complexas, verifica-se que a verdadeira conciliação só é obtida quando se permite, às próprias partes, conversarem acerca de todos os pontos inerentes a esse relacionamento e não, meramente, os pontos narrados na ação. Tanto é verdade que a conciliação pode decorrer não só da transação, mas também da renúncia, como do reconhecimento do direito do outro, tudo isso, muitas vezes, presentes em um único termo de acordo.

A verdadeira conciliação, a conciliação que apazigua espíritos e que deve ser verdadeiramente buscada pelo magistrado para pacificação do conflito que lhe é submetido à análise, deve levar em consideração todas as vertentes do relacionamento das partes e não só o que se encontra narrado na lide. Analisadas todas as vertentes desse relacionamento, através da me-

dição efetiva para a obtenção do acordo, basta que esse acordo seja efetivamente apaziguador dos espíritos para que ele seja absolutamente válido, não tendo que se atrelar à petição inicial ou aos termos da defesa ou a qualquer outro ato processual antes realizado.

Tanto a Justiça deve obter acordos realmente pacificadores que a sentença homologatória de acordo, ainda que inclua matéria não posta em juízo, é título executivo judicial, conforme está explícito no art. 475-N, III, do CPC.

“A conciliação deve ser a mais ampla possível. Claro está, e muitos processualistas já analisaram a questão, que a lide sociológica, o verdadeiro conflito de interesses existente entre as partes, não aparece em sua integridade nos autos da ação.”

Não bastasse tudo quanto já consignado, o art. 42 da Lei n. 11.457/2007 produziu alteração na redação do art. 832 da CLT, nele fazendo inserir o § 6º, que consigna que o “acordo, celebrado após o trânsito em julgado da sentença ou após a elaboração dos cálculos de liquidação de sentença não prejudicará os créditos da União”. Esse dispositivo, entretanto, e em face do que antes analisado, não comporta tão-somente uma interpretação literal, porque deve ser harmonizado com os dispositivos constitucionais que regem o recolhimento de contribuições previdenciárias e com os princípios gerais que informam o Direito do Trabalho e o Processo, tanto civil quanto do trabalho.

Antes de haver pagamento, não há fato gerador de contribuição previdenciária, não podendo, assim, ser a contribuição executada ou mes-

mo cobrada. Sentença, acórdão, decisão de homologação de cálculos não são e jamais foram fatos geradores de contribuições previdenciárias, como já tão enfatizado neste trabalho. Outrossim, o acordo homologado por decisão judicial, que se equipara a sentença (art. 449, do CPC), substitui aquela antes proferida ou mesmo o acórdão e, assim, destes últimos, não decorrem créditos em favor da União.

E não só isso. Nos termos do art. 125, IV, do CPC, é obrigação do magistrado, a qualquer tempo, tentar a conciliação das partes em litígio, porque dela decorre a própria pacificação social. Também para as partes é lícito e produtivo celebrar, a qualquer tempo, acordo que ponha fim ao processo (art. 764, § 3º, da CLT) e cuja sentença, assim, substituirá qualquer antes proferida nos autos da ação.

Efetuadas tais considerações, se da r. sentença ou da r. decisão homologatória de cálculos não foram realizados pagamentos, que acabaram por decorrer da homologação do acordo, só dele se pode entender que surgiu o fato gerador que faz nascer a obrigação previdenciária e, assim, em momento anterior não havia qualquer obrigação de recolhimento de contribuição previdenciária.

Arrematando o raciocínio, a homologação do acordo é sentença que substitui a antes proferida; se dela valores são quitados, surge daí

o fato gerador da obrigação previdenciária, não se podendo, por outro lado, comprometer, em face de verba acessória, o direito das partes de se conciliarem, posto que é esse o objetivo mais relevante da jurisdição e do qual nasce a pacificação efetiva do conflito.

Portanto, decidido pelo Juiz do Trabalho que há vínculo empregatício em determinada relação de trabalho, ainda assim as partes podem realizar acordos em que afastem essa declaração. Trata-se de direito disponível e, portanto, transacionável e, diga-se, só as partes podem efetivamente saber o que é adequado para a solução da lide por elas deduzida em juízo. Entender que só o Estado, após o proferimento de sua decisão, é que tem razão ou pode, por meio da dicção impositiva do Direito, pacificar as partes em conflito, é desconhecer como funciona o dia-a-dia das Varas do Trabalho. É desconhecer que a melhor solução é aquela encontrada pelas próprias partes em conflito e que muito mais vale o apaziguamento efetivo de espíritos do que a dicção de um direito que, na prática, muitas vezes é até inexequível, frente à situação peculiar das partes envolvidas na ação, e que só pode ser verificada por um juiz empenhado e efetivamente presente, que sabe ouvi-las e compreendê-las. Pouco importa se, pacificado o conflito, contribuições previdenciárias serão ou não recolhi-

"Sentença, acórdão, decisão de homologação de cálculos não são e jamais foram fatos geradores de contribuições previdenciárias..."

das, porque não é esse o fim primordial do processo do trabalho.

O anterior reconhecimento de vínculo em uma sentença, mesmo transitada em julgado, não impede o Juiz do Trabalho de homologar o acordo no qual as partes estabeleçam que não houve vínculo empregatício, posto que o órgão previdenciário sequer foi parte da ação e que, em face dele, portanto, tal sentença não gera qualquer efeito. Afinal, recorde-se, o trabalhador pode meramente renunciar aos direitos que lhe foram deferidos pela sentença e, se pode o mais, também pode o menos, que é transacioná-los.

Atente-se que é costumeiro que os trabalhadores tenham realizado contribuições previdenciárias na condição de autônomos ou contribuintes individuais e que não desejem, ou sequer se interessem pelas anotações de

sua CTPS, inclusive porque já têm garantidos seus direitos previdenciários, o que é muito comum, por exemplo, em reconhecimento de vínculo de representantes comerciais. A declaração do vínculo nenhum direito ou dever acarreta à previdência.

Assim, não se fere direito que não existe. O art. 472, do CPC, é de meridiana clareza no sentido de que a decisão só opera coisa julgada para as partes envolvidas no litígio.

Mas é óbvio que não se está aqui instigando, sem dúvida, partes e advogados a realizarem acordos

sem o reconhecimento do vínculo empregatício, quando esse já foi declarado, nem se está conclamando os Srs. Juízes, indiscriminadamente, a homologar tais acordos. Apenas queremos discutir a questão, posto que a Justiça do Trabalho deve, sempre, mesmo que proferida a sentença, tentar conciliar as partes, como têm feito muito bem, aliás, os Juízes do Trabalho da 15ª Região, que realizam audiências de conciliação em execução, idéia encampada e prestigiada pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

O que se está querendo assegurar é que, verificada a pertinência do acordo, analisadas as condições da conciliação, de forma próxima, pelo magistrado, e sendo ela a mais ampla possível, com pacificação integral da lide processual e sociológica, seja ele homologado, desde

que pertinente e pacificador do conflito. E que a previdência social não atrapalhe o andamento dos processos, já tão complexo.

O que o magistrado deve analisar para homologar ou não o acordo é o interesse das partes em litígio. A conciliação não está atrelada aos limites da lide, fixados pela petição inicial e pela defesa do réu; não está atrelada aos termos da sentença ou mesmo do acórdão, que, diga-se, analisam e são proferidos pelo que dos autos consta, não levando em consideração a efetiva lide sociológica vivenciada pelas partes,

“...a homologação do acordo é sentença que substitui a antes proferida; se dela valores são quitados, surge daí o fato gerador da obrigação previdenciária, não se podendo, por outro lado, comprometer, em face de verba acessória, o direito das partes de se conciliarem, posto que é esse o objetivo mais relevante da jurisdição e do qual nasce a pacificação efetiva do conflito.”

no geral mais ampla do que aquela relatada nos autos do processo.

Finalmente, a decisão que homologa acordo entre as partes antes em conflito substitui a sentença ou mesmo o acórdão anteriormente proferido. E é desta decisão que surgirão pagamentos, que são, estes sim (e não a sentença ou o acórdão) fatos geradores do recolhimento previdenciário.

6 AS CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O ACORDO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. O TOMADOR DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS

A Justiça do Trabalho é competente para executar as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a e II, conforme art. 114, VIII, da CF. O art. 195, da Constituição Federal, deixa claro que essa competência abrange pagamentos realizados pelo empregador, *mesmo sem vínculo empregatício* (final da alínea "a", inciso I), quanto contribuições sociais devidas pelo *trabalhador e demais segurados da previdência social* (inciso II), dentre eles, por certo, os trabalhadores que prestam serviços sem relação de emprego e que, por força do art. 12, da Lei n. 8.212/1991, V, *g/h*, são tidos como contribuintes individuais e obrigatórios do sistema previdenciário.

Para bom entendimento da questão que será tratada neste tópico, note-se o que determinam, respectivamente, os arts. 22 e 30, ambos da Lei n. 8.212/1991:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade So-

cial, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas 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.

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

- a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;
- b) recolher o produto arrecadado na forma da alínea a deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do caput do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 10 (dez) do mês seguinte ao da competência;
- c) recolher as contribuições de que tratam os incisos I e II do art. 23, na forma e prazos definidos pela legislação tributária federal vigente;

II - os segurados contribuinte individual e facultativo estão obrigados a recolher sua contribuição por iniciativa própria, até o dia quinze do mês seguinte ao da competência.

A leitura dos textos supra indicados demonstra que a empresa tomadora de serviços, ou as entidades a ela equiparadas, quer quando recebam o trabalho de empregados, de trabalhadores autônomos ou trabalhadores eventuais, têm uma contribuição social sobre o valor a ele quitado de 20%. Assim, acordos sem reconhecimento de vínculo geram, por ocasião do pagamento do valor acordado (novamente aqui aparece o fato gerador do tributo), a contribuição social de 20% a ser efetivada no dia 10 do mês subsequente ao do pagamento da parcela do valor acordado.

E não adianta, como temos visto consignado em muitas decisões, asseverar que não houve trabalho e que assim não são devidas contribuições previdenciárias, ou que o acordo foi feito por pessoa física. Na primeira situação, se não houve trabalho ou qualquer relação equivalente, a Justiça Obreira sequer teria competência para homologar citada conciliação. A segunda situação também não é excludente do recolhimento, se o tomador de serviços, apesar de pessoa física, se equipara a empresa, porque os recebeu em face da exploração de determinada atividade produtiva.

O fato é que, nos termos da legislação atual, pagamento efetivado na Justiça do Trabalho, inexistente o vínculo de emprego, gera 20% de contribuição previdenciária.

Ocorre-nos, entretanto, uma exceção. Muitas são as ações em que se discute vínculo empregatício para trabalhadores domésticos e que acabam em acordos sem reconhecimento de vínculo empregatício. Nestes, o tomador dos serviços, pessoa física que é tomadora de um serviço doméstico, não se equipara a empresa, situação diversa daquela do contador que recebe o trabalho de um auxiliar, ou de um mecânico, ou um comerciante que, no exercício de tais atividades, é tomador de serviços em face da exploração de qualquer tipo de atividade econômica.

No caso específico do tomador de serviços domésticos,

não há contribuições previdenciárias a recolher quando efetivado o acordo sem vínculo empregatício. Esse não se equipara a empresa. Não é porque um encanador vai às nossas casas consertar o chuveiro que temos que contribuir com 20% para a previdência social. Não estamos, em tal situação e como é óbvio, equiparados às empresas. Note-se a ementa consignada em inúmeros julgamentos pela autora naqueles processos em que tem tido a honra de funcionar, na condição de Juíza Substituta de Desembargadores da 15ª Região:

“...pessoa física que é tomadora de um serviço doméstico, não se equipara a empresa...”

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE ACORDO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. PESSOA FÍSICA QUE RECEBE O TRABALHO PRESTADO NA CONDIÇÃO DE TOMADOR DE SERVIÇOS DOMÉSTICOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA INDEVIDA. Acordos sem reconhecimento de vínculo entre pessoas físicas, na qual se discute prestação de serviços domésticos, não gera qualquer tipo de contribuição previdenciária, só devida pela pessoa física que possa ser equiparada a empresa, ou seja, que explora atividade econômica e, nessa condição, é tomadora de serviços. O empregador doméstico e, em decorrência, o tomador de serviços domésticos, não recebendo a força de trabalho em face de exploração de atividade econômica, não pode ser equiparado a empresa, não lhe sendo aplicável, nestes termos, a contribuição de 20%. A conclusão decorre da análise conjugada do art. 1º, da Lei n. 5.859/1971 e do art. 22, da Lei n. 8.212/1991.

Mais uma situação surge e recorrentemente é trazida à baila, à discussão, pela União, nos processos em que há acordos sem reconhecimento de vínculo. Nestes, tem-se discutido a pretensão de retenção de 11% do valor devido ao trabalhador, para recolhimento como contribuição social. Passemos ao enfrentamento da questão.

A Previdência Social não tem razão quando pretende o desconto de 11% que, segundo ela, seriam devidos pelo “prestador de serviços”.

A alíquota devida pelo contribuinte individual, segundo arts. 21 e 28, III, da Lei n. 8.212/1991, corresponde a 20% de seu “salário de contribuição”, assim entendido como o valor por ele auferido de uma ou de mais empresas durante o mês, sempre observado o limite correspondente ao salário mínimo e o limite máximo previsto no § 5º do art. 28, conhecido como “teto”, valor pelo qual a Previdência Social paga seus benefícios. Essa contribuição tem vencimento distinto da contribuição efetivada pela empresa e é recolhida diretamente pelo contribuinte individual, através de carnê no qual consta

“Através do carnê de contribuinte individual, o trabalhador verifica, *de per si*, sua situação previdenciária, pela qual se responsabiliza (porque dela depende o auferimento dos benefícios correspondentes) e, por ter nuances próprias, esse recolhimento só é efetivado, diz a lei, por *iniciativa do próprio segurado* (art. 30, II, da Lei n. 8.212/1991) e não pode ser meramente e aleatoriamente atribuído ao tomador de serviços, porque dependente de premissas que só o segurado individual conhece.”

sua inscrição, no dia 15 do mês subsequente ao da competência, conforme disciplinado pelo art. 30, II, da Lei n. 8.212/1991, citado no início deste texto, justamente para que sua redação pudesse ser de pronto conferida.

Através do carnê de contribuinte individual, o trabalhador verifica, *de per si*, sua situação previdenciária, pela qual se responsabiliza (porque dela depende o auferimento dos benefícios correspondentes) e, por ter nuances próprias, esse recolhimento só é efetivado, diz a lei, por *iniciativa do*

próprio segurado (art. 30, II, da Lei n. 8.212/1991) e não pode ser meramente e aleatoriamente atribuído ao tomador de serviços, porque dependente de premissas que só o segurado individual conhece. Muito menos se pode pensar que o trabalhador, ao fazer um acordo na Justiça do Trabalho, possa ter dele descontado 11%, se já recolhe, em seu carnê de contribuinte individual, o limite máximo do salário-de-contribuição. A situação implicaria confisco, repudiado pela legislação pátria.

A edição da Lei n. 10.666/2003, sempre invocada pela União ao requerer tal contribuição previdenciária, não revogou os dispositivos anteriormente listados do Plano de Custeio da Previdência Social, Lei n. 8.212/1991 e, além disso, criou um *plus*

para o contribuinte individual, que não mais tem até o dia 15 do mês subsequente para recolher sua contribuição e pode vê-la recolhida por valor superior ao devido.

Finalmente, não fossem as questões supra indicadas, a Lei em questão somente poderia ser aplicada aos cooperados de cooperativa de trabalho e mão-de-obra, posto que foi editada tão-somente para dispor a respeito de concessão de aposentadoria a esses segurados. Note-se outra ementa da lavra da autora e o que consigna em seus votos que tratam de tal matéria:

“...Muito menos se pode pensar que o trabalhador, ao fazer um acordo na Justiça do Trabalho, possa ter dele descontado 11%, se já recolhe, em seu carnê de contribuinte individual, o limite máximo do salário-de-contribuição. A situação implicaria confisco, repudiado pela legislação pátria.”

EMENTA. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS AO INSS POR ACORDOS SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO. INCIDÊNCIA DO RECOLHIMENTO DE 20%, PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS, CALCULADO SOBRE A INTEGRALIDADE DO VALOR PAGO, SEM OBSERVÂNCIA DE QUALQUER TETO. RECOLHIMENTO DE RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. INDEVIDO.

O recolhimento do prestador de serviços não se transfere ao tomador de seus serviços, porque efetivado pelo

próprio contribuinte individual, com observação de regras próprias. Aplicação das Leis n. 10.666/2003 e n. 8.212/91, esta última não revogada, sequer parcialmente, e do Decreto 3.048/1999, com as alterações que lhe foram proporcionadas pelo Decreto 4.729/2003.

O recolhimento do contribuinte individual, portanto, por ter nuances próprias, só é efetivado, diz a lei, por iniciativa do próprio segurado (art. 30, II, da Lei n. 8.212/91) e não pode ser meramente e aleatoriamente atribuído ao empregador, porque dependente de premissas que só o próprio segurado individual pode conhecer.

A Lei n. 10.666/2003 pretendeu modificar o quanto supra indicado, atribuindo ao empregador a obrigação de descontar 20% do contribuinte individual que lhe prestou serviços, sem, entretanto, efetivar as modificações necessárias na Lei n. 8.212/91 e não

observando, inclusive, peculiaridades do próprio sistema de Previdência Social, peculiaridades às quais a Lei primeiro indicada se refere, determinando sua observância. Calçada nessa nova Lei e verificadas suas incongruências, foi editado o Decreto 4.729/2003, que modificou o Decreto que anteriormente regulava a arrecadação (de n. 3.048/99), estabelecendo parâmetros completamente distintos daqueles albergados indevidamente pela Lei n. 10.666, que, reprise-se, não alterou a legislação que regula o custeio previdenciário. A primeira incongruência da Lei n. 10.666 frente ao Regulamento do Custeio da Previdência Social (Lei n. 8.212/91), que não foi por ela alterado, foi impor a dedução de 20% dos valores recebidos pelo contribuinte individual, sem observância de qualquer limite e sem verificação da situação específica desse contribuinte, premissas básicas em que calçado o plano de custeio do INSS com relação aos contribuintes individuais; não observa a Lei n. 10.666 o fato de que o recolhimento do contribuinte individual a ele compete, porque ele só pode recolher até o teto do salário-de-contribuição, limite de qualquer benefício pago pela Previdência Social, sendo assente do sistema previdenciário que não se auferem benefício pelo qual não se paga (a não ser o assistencial, sempre de um salário mínimo) e que não se paga pelo benefício que não se vai auferir (valores superiores ao "teto"). Outrossim, a Lei n. 10.666, de 08.05.2003 dispõe sobre concessão de aposentadoria especial ao cooperado de cooperativa de trabalho ou de pro-

dução e dá outras providências e, assim, não deveria conter, em seu bojo, nenhum parâmetro sobre arrecadação de contribuinte individual, matéria completamente estranha ao motivo que gerou sua edição, reprise-se, tratar de concessão de aposentadoria especial ao cooperado. No máximo, em face da matéria que disciplina, poderia regulamentar contribuições de cooperados, mas não de contribuintes individuais. Em seu art. 4º, meramente atribuiu às empresas a obrigação de descontar 20% do valor devido ao contribuinte individual, recolhendo-a até o dia dois do mês subsequente, não se aplicando este dispositivo, entretanto, nos termos do § 3º do mesmo art. 4º, no caso do contribuinte individual prestar serviços a mais de uma empresa.

Note-se, novamente, que o disposto acima não leva em consideração o "teto" do salário-de-contribuição e nem as peculiaridades inerentes à arrecadação que deve ser procedida pelo contribuinte individual, como data do recolhimento e situação pessoal. A Lei ora analisada não revogou (e nem poderia, tendo em vista os motivos de sua edição) os dispositivos anteriormente listados do Plano de Custeio da Previdência Social, Lei n. 8.212/91 e, mais, cria um plus para o contribuinte individual, que não mais contaria com o prazo especial para recolhimento de sua contribuição e com certeza a veria recolhida em valor superior àquele que deve ser por ele despendido, mormente se prestar serviços a mais de uma empresa, caso que sequer o dispositivo lhe é aplicável.

O legislador deve, no mínimo, editar leis que observem os princípios que ele mesmo adotou como informadores do ordenamento jurídico; que não se contraponham a leis que estão em vigor e, não se verificando essa hipótese na Lei supra indicada, não se pode aplicá-la efetivando uma mera interpretação literal de seus dispositivos. Note-se, ainda, que a própria lei ora analisada, em seu art. 13, invoca a aplicação do Regime Geral de Previdência Social "no que couber" e não revoga qualquer dispositivo anteriormente citado, conforme seu art. 15.

Finalmente, o INSS não demonstrou que o trabalhador não tenha recolhido os valores por ele devidos como contribuinte individual e, assim, por qualquer das vertentes que a questão possa ser analisada, portanto, a irresignação do INSS, neste particular, não merece provimento.

7 DA CONCESSÃO DO PRAZO PARA DISCRIMINAÇÃO DOS TÍTULOS SOBRE OS QUAIS SE REFEREM A CONCILIAÇÃO REALIZADA PELAS PARTES

Outra celeuma que tem sido comum nos inúmeros recursos apresentados pela União ao Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região diz respeito à concessão, pelo magistrado, de prazo para a discriminação das verbas envolvidas no

acordo realizado nos autos da reclamação trabalhista.

Ousamos asseverar que, com a concessão do prazo, os magistrados não interferem na discriminação a ser realizada, deixando de exercer papel político relevante, posto que, como já apontamos, também eles são responsáveis pela regular manutenção do sistema previdenciário, do qual todos dependem.

Se por um lado a decisão que concede prazo para discriminação de verbas pode estar calcada no art. 765, da CLT, na liberdade do magistrado de conduzir o

processo, ousamos apontar que tal decisão também fere esse mesmo dispositivo legal, por acarretar o retardamento do andamento das causas e a adoção de procedimentos, pelas secretarias das Varas, já tão-assoberbadas, desnecessários. Há

apresentação ao protocolo, juntada de nova petição que deve ser levada à análise do magistrado, além da adoção de inúmeros trâmites que só tumultuam o andamento do feito.

Muito mais adequado é que, na presença do magistrado, as partes declarem, com sua adequada intervenção, os títulos e valores aos quais o acordo se refere. Pode o magistrado, neste momento, velar pelo melhor recolhimento das contribuições sociais, evitando que tudo seja pago como mera indenização. E essa função jurisdicional também é relevante.

"Muito mais adequado é que, na presença do magistrado, as partes declarem, com sua adequada intervenção, os títulos e valores aos quais o acordo se refere. Pode o magistrado, neste momento, velar pelo melhor recolhimento das contribuições sociais, evitando que tudo seja pago como mera indenização. E essa função jurisdicional também é relevante."

O magistrado é responsável por velar pelo cumprimento da lei e, como cidadão, por velar para que as instituições funcionem adequadamente. E, interferindo nas discriminações realizadas nos inúmeros acordos que costumam ser realizados nas Varas do Trabalho, certamente melhor desempenhará os inúmeros papéis sociais que o cargo lhe reserva.

8 A NECESSÁRIA AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO OU DA NOVA SITUAÇÃO PREVIDENCIÁRIA PARA FINS DE RECONHECIMENTO DE DIREITOS PREVIDENCIÁRIOS

Desde o início da discussão acerca da competência para execução de contribuições sociais, temos nos deparado com sério problema que é a renitência do órgão previdenciário em averbar nossas decisões para a concessão de direitos ao segurado-trabalhador.

Esta discussão torna-se mais relevante quando se verifica, nacionalmente, que os segurados têm o reconhecimento de seus períodos de trabalho na Justiça Obreira e, quando aportam no órgão previdenciário, aquele entende que, como não foi parte na ação, não está obrigado a reconhecê-lo. Urge uma providência institucional acerca da questão, que, ao que tudo indica, já aportou no próprio Colendo Tribunal Superior do Trabalho e já está sendo por

aquele órgão debatida e analisada.

Enquanto não surge essa decisão política, algumas providências podem ser adotadas pelos Juízes do Trabalho e pelas partes para a regular realização dos recolhimentos. Em primeiro lugar, toda vez que quitados valores, o trabalhador tem que ser identificado, mormente se esses se referem às contribuições decorrentes do reconhecimento do vínculo de emprego. Os recolhimentos não identificados vão para a globalidade daqueles efetivados e não geram, para o interessado, qualquer benefício.

Uma forma fácil de providenciar essa adequação e de que tais recolhimentos sejam corretamente realizados, é atribuir ao empregador o ônus de comparecer ao INSS e confessar o débito, ocasião em que pode efetivar o seu parcelamento, inclusive. Evita apre-

sentação de cálculos na Justiça do Trabalho, sua submissão ao crivo do Instituto (em face dele próprio tê-los preparado) e propicia o recolhimento de valores individualizados em favor do trabalhador. Esse procedimento tem sido obtido com muita adequação por ocasião das audiências de conciliação em execução, propiciadora, também na execução das contribuições previdenciárias, de celeridade no andamento dos feitos.

Outra providência que tem sido adotada por magistrados é a determinação, já na sentença ou no acórdão, de ordem para que o insti-

"Outra providência que tem sido adotada por magistrados é a determinação, já na sentença ou no acórdão, de ordem para que o instituto proceda à averbação do tempo de serviço no prontuário do trabalhador."

tuto proceda à averbação do tempo de serviço no prontuário do trabalhador. Transcreve-se parcela da decisão proferida pela MM. Juíza Maria da Graça Bonança Barbosa:

PROCESSO TRT/15ª REGIÃO - CAMPINAS - Nº 01803-2004-017-15-00-3 INSS-RECURSO ORDINÁRIO OBJETIVANDO RECOLHIMENTOS PREVIDENCIÁRIOS INCIDENTES SOBRE VINCULO DE EMPREGO RECONHECIDO POR DECISÃO JUDICIAL. CONSEQUÊNCIAS. Se O INSS ingressa no feito requerendo o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre vínculo de emprego que foi objeto de decisão judicial, não apresentando qualquer objeção quanto a tal avença e seus efeitos jurídicos, é porque reconhece a validade da mesma, posto que se assim não fosse, não poderia pretender o respectivo recolhimento previdenciário. Apenas relação de trabalho lícita é passível de gerar consequências no mundo jurídico, do qual faz parte a Previdência Social. Entendimento contrário poderia levar ao absurdo de se supor que o INSS buscaria receber contribuições previdenciárias sem reconhecer a mera consequência desse fato, qual seja contagem do tempo de contribuição do trabalhador, o que afrontaria princípios constitucionais impostos à Administração Pública, como moralidade, legalidade e eficiência (art. 37, caput da CF/88). Assim, deve a reclamada comprovar o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre o vínculo reconhecido judicialmente, sob pena de execução e, depois de tudo pago e comprovado nos autos, de-

verá o INSS averbar o respectivo tempo de serviço do Autor, para fins de benefícios previdenciários.

9 CONCLUSÃO

A título de conclusão do quanto aqui analisado é importante relatar que:

1. A competência atribuída à Justiça do Trabalho pelo art. 114, VIII, da Constituição Federal é de extrema importância social e política, devendo o magistrado velar pela integral aplicação da medida;

2. O fato gerador da contribuição previdenciária é o pagamento de valores sobre os quais ela incide, no momento que ele se dá e a partir do qual deve ser calculado o tributo, quitado até o dia 10 do mês subsequente ao do pagamento, sendo incidentes, a partir deste marco, os acréscimos previdenciários pertinentes;

3. O Juiz não deve deixar de homologar acordos que sejam verdadeiramente pacificadores das partes em conflito. Muito pelo contrário. Sua função se agiganta ao ouvir as partes em litígio e ao homologar acordos verdadeiramente pacificadores da lide sociológica. Essa função deve ser exercida em sua inteireza, com discriminação da natureza das verbas sobre as quais o acordo é realizado e sem preocupação com o quanto a sentença, ou mesmo o acórdão, anteriormente decidiu, mas com a busca efetiva de pacificação e da situação específica pelas partes enfrentada, que, no geral, é única e só se revela nos autos daquele processo. Reconhecido o vínculo

de emprego, o empregador deve recolher as contribuições, atrelando-as à identificação previdenciária do trabalhador;

4. Da sentença ou do acórdão não surgem direitos para a previdência social, que sequer foi parte na ação, sendo, portanto, inadequada a dicção inserida no art. 832, § 6º, da CLT;

5. O sistema de recolhimentos previdenciários prevê que o contribuinte individual realize sua contribuição de forma e em prazo diverso daquela que é da empresa exigida, não podendo ser retidos valores, a este título, pela empresa, daqueles que lhe são devidos;

6. O tomador de serviços domésticos não exerce qualquer tipo de atividade que possa equipará-lo, para qualquer fim, a empresa e, assim, não está adstrito às contribuições previstas no art. 195, da CF;

7. O magistrado não deve se preocupar, em nenhum momento, de suas múltiplas funções. Compete-lhe, como ator social que tem inúmeros e relevantes papéis, exer-

cer aquele de fiscal efetivo da arrecadação das contribuições previdenciárias, sem deixar, entretanto, de velar pelo seu principal papel de pacificador das partes em conflito e de respeitar as normas e princípios inseridos na Constituição Federal.

10 BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Tributário**. 3. ed. São Paulo: Editora LTR, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 12. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Emendas Constitucionais ns. 19/1998 e 20/1998. São Paulo: Malheiros, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

