



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. 43
2013



**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**

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

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

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

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

Catálogo na Publicação elaborada pela
Seção da Biblioteca/TRT 15ª Região

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

Semestral

n. 43, jul./ dez. 2013

ISSN 1679 - 8694

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

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

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

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

Colaboradores da organização desta edição: Resumos em inglês:

Elizabeth de Oliveira Rei
José Alves de Camargo Neto
Laura Regina Salles Aranha
Luisa Helena Araujo Fernandes
Natália Anseloni Nista

Fernanda Babini
Gisela Franca da Costa
Samuel Jesus de Oliveira

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

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

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

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

Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

- Exterior

Argentina

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

China

Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau

Espanha

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

Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla

Universidad de Sevilla

França

Département des Etudes Internationales, Européennes et Comparatives de L'Université Paris I -

Panthéon-Sorbonne - Paris

Université Cergy Pontoise - Cergy

Portugal

Consulado Geral do Brasil em Portugal

Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique - Porto

Embaixada do Brasil em Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade do Minho - Braga

Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Vila Nova Amalição

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa

Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Faculdade de Direito Universidade Autónoma de Lisboa Luís de Camões

Ministério da Educação - Lisboa

Ordem dos Advogados - Lisboa

Uruguai

Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo

Universidad de la Republica - Facultad de Derecho - Montevideo

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

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

CONSELHO EDITORIAL

Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani - Editora-chefe

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

Exterior:

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

CONSELHO CONSULTIVO

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

CONSELHO TÉCNICO

PARECERISTAS NACIONAIS

Membros do TRT da 15ª Região

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita

Des. Fabio Grasselli

Des. Manoel Carlos Toledo Filho

Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho

Des. Carlos Alberto Bosco

Juiz Fabio Allegretti Cooper

Juiz Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo

Juíza Olga Regiane Pilegis

Juiz Marco Antônio de Souza Branco

Juiz José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz Flávio Landi

Juiz Firmino Alves Lima

Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira

Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima

Juiz José Guido Teixeira Junior

Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca

Juíza Candy Florencio Thomé

Juíza Rosilene da Silva Nascimento

PARECERISTAS INTERNACIONAIS

Professor João Leal Amado - Universidade de Coimbra - Portugal

Professor Álvaro Sánchez Bravo - Universidade de Sevilla - Espanha

Professora Iciar Alzaga Ruiz - Universidade de Educação à Distância de Madrid - Espanha

Professor Jordi Garcia Viña - Universidade de Barcelona - Espanha

Professor Miguel Cardenal Carro - Universidade de Extremadura - Espanha

Professor Alberto Levi - Universidade di Modena e Reggio Emilia - Itália

Professora Luísa Galantino - Universidade di Modena e Reggio Emilia - Itália

Professora Martha Elisa Monsalve Cuellar - Universidade La Gran Colombia - Colômbia

Professor Diego López Fernández - Universidade do Chile - Chile

Professor Carlos Alberto Toselli - Universidade de Córdoba - Argentina

Professor Hugo Roberto Mansueti - Universidade Católica de Buenos Aires - Argentina

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE

Flavio Allegretti de Campos Cooper

VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO

Fernando da Silva Borges

VICE-PRESIDENTE JUDICIAL

Henrique Damiano

CORREGEDOR REGIONAL

Eduardo Benedito de Oliveira Zanella

VICE-CORREGEDOR REGIONAL

José Pitas

DESEMBARGADORES

Luís Carlos C. M. Sotero da Silva

Maria Cecília F. Álvares Leite

Olga Aida Joaquim Gomieri

Eduardo B. de Oliveira Zanella

Renato Buratto

Henrique Damiano

Flavio Allegretti de Campos Cooper

Luiz Antonio Lazarim

José Pitas

Nildemar da Silva Ramos

Luiz Roberto Nunes

Lorival Ferreira dos Santos

Manuel Soares Ferreira Carradita

Fernando da Silva Borges

Flavio Nunes Campos

Gerson Lacerda Pistori

Mariane Khayat

Ana Maria de Vasconcellos

Helena Rosa M. da Silva Lins Coelho

Gisela R. M. de Araújo e Moraes

Edmundo Fraga Lopes

Tereza Aparecida Asta Gemignani

Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla

Thomas Malm

Susana Graciela Santiso

Samuel Hugo Lima

Maria Cristina Mattioli

Maria Madalena de Oliveira

Suzana Monreal Ramos Nogueira

Fabio Grasselli

Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi

Valdevir Roberto Zanardi

Dagoberto Nishina de Azevedo

Thelma Helena M. de Toledo Vieira

Manoel Carlos Toledo Filho

Antonio Francisco Montanagna

Rita de Cássia Penkal B. de Souza

Luiz José Dezena da Silva

Francisco A. da M. Peixoto Giordani

João Alberto Alves Machado

Claudinei Zapata Marques

José Otávio de Souza Ferreira

Ana Paula Pellegrina Lockmann

Roberto Nóbrega de Almeida Filho

Helcio Dantas Lobo Junior

Eder Sivers

Antonia Regina Tancini Pestana

Carlos Augusto Escanfella

Eleonora Bordini Coca

Carlos Alberto Bosco

João Batista Martins César

ÓRGÃO ESPECIAL

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

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

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

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

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

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

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

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

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

1ª TURMA

Primeira Câmara

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

Segunda Câmara

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

2ª TURMA

Terceira Câmara

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

Quarta Câmara

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

3ª TURMA

Quinta Câmara

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

Sexta Câmara

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

4ª TURMA

Sétima Câmara

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

Oitava Câmara

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

5ª TURMA

Nona Câmara

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

Décima Câmara

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

6ª TURMA

Décima Primeira Câmara

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

JUIZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO

Em 5.9.2013

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

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

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

Em 5.9.2013

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

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

SUMÁRIO

EDITORIAL

SEÇÃO ESPECIAL

Elevação progressiva da idade mínima para o trabalho e educação de qualidade: alicerces de um novo porvir.....27
OLIVA, José Roberto Dantas

A Lei n. 12.619, de 30.4.2012 e a regulamentação da profissão de motorista.....37
FIGUEIRÔA JUNIOR, Narciso

CLT: longevidade é suficiente para viabilidade?.....55
ZYLBERSTAJN, Hélio

ARTIGOS

Doutrina Nacional

Integração das Convenções e Recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*....71
MAZZUOLI, Valerio de Oliveira

Súmulas do TST: avanço ou retrocesso?.....95
ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim

Os princípios do Direito Processual do Trabalho e o anteprojeto de processo laboral da Décima Quinta Região do Trabalho.....117
FELICIANO, Guilherme Guimarães

A Constituição Federal e o Direito do Trabalho 25 anos depois: da estrutura à função.....145
GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

A interrupção dos efeitos do contrato de emprego pelo deferimento de antecipação de tutela nos pedidos de rescisão indireta do contrato.....155
HINZ, Henrique Macedo

Doutrina Internacional

VIH/SIDA e proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a “tensão para a transparência” e o “direito à opacidade”169
AMADO, João Leal

La OIT en un mundo global.....179
ALBURQUERQUE, Rafael

Vertiente socio-laboral del proceso concursal español.....193
BAJO GARCÍA, Irene

Trabalhos do Meio Científico

O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível.....207
MASTRODI NETO, Josué; ROSMANINHO, Mariane D. Santana

JURISPRUDÊNCIA

3ª Seção de Dissídios Individuais239

Direito Material241

Direito Processual277

Direito Rural293

Execução295

ATOS NORMATIVOS

Atos Normativos301

ÍNDICE

Jurisprudência307

Onomástico317

Normas para Publicação e Submissão325

EDITORIAL

A exemplo de edições anteriores, e dentro da política editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, tem o leitor em mãos mais um rico elenco de trabalhos acadêmicos, oriundos de autores nacionais e estrangeiros. Ainda, a interdisciplinariedade nos temas e nas abordagens constantes nos artigos trazem ao lume uma riqueza de informações e teses que só faz aprimorar o estudo do direito material e processual do trabalho no Brasil.

O artigo denominado “Elevação progressiva da idade mínima para o trabalho e educação de qualidade: alicerces de um novo porvir”, de autoria do também magistrado da 15ª Região e professor José Roberto Dantas Oliva, tem por base palestra proferida pelo mesmo no 5º Seminário Nacional sobre Trabalho Infantojuvenil, promovido pela Amatra XV no dia 7.6.2013, em São José do Rio Preto-SP, na qual defende a elevação progressiva da idade mínima para o trabalho, ampliando-se para tanto o tempo e a qualidade da educação pública. Para tanto, traz à luz dados do IBGE bem como faz uso do que reza o art. 208 da CF, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional n. 59, a Lei n. 12.796/2013, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além da Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, e Recomendação n. 146 da OIT, sobre idade mínima de admissão ao emprego.

O artigo do advogado Narciso Figuerôa Júnior aborda as novidades e alterações trazidas para o mundo jurídico laboral pela Lei n. 12.619/2012, que regulamenta a profissão de motorista. Norma que já nasceu sob o signo da controvérsia, na medida em que trata de conceitos e regula questões de forma algumas vezes distinta de entendimentos jurisprudenciais até então aplicáveis, mas que inova ao decorrer de discussões travadas por representantes das partes envolvidas (Confederação Nacional dos Transportes - CNT e Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres - CNTTT), com participação do Ministério Público do Trabalho. Analisa o autor, com detalhes, os aspectos em que referida lei alterou não só a CLT mas também outras normas, como o Código de Trânsito Brasileiro.

Por sua vez, o professor da FEA-USP, Hélio Zylberstajn, em seu artigo “CLT: longevidade é suficiente para viabilidade?”, que decorreu de sua apresentação no mais recente Congresso do Tribunal Regional do Trabalho da

15ª Região, realizado em 27 e 28 de junho deste ano, analisa a CLT sob os critérios de durabilidade, viabilidade e exequibilidade. Utilizando-se de dados do PNAD/IBGE e da RAIS, tece análises críticas acerca do modelo de regulação do trabalho no Brasil, inclusive traçando uma comparação com o Sistema de Relações Industriais – SRI, elaborado por John Dunlop e aperfeiçoado por Harry Katz e Thomas Kochan. Identifica o autor, no modelo americano, os três elementos do SRI, a saber, estruturas (onde se apuram as representações de interesses de trabalhadores, empresas e governo), processos (meio onde ocorrem as interações entre as estruturas) e resultados (que é o conjunto de regras resultante das dimensões anteriores), e o compara ao modo de criação de normas trabalhistas nacional.

O artigo do professor Valerio de Oliveira Mazzuoli, denominado “Integração das Convenções e Recomendações Internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine*”, no qual revela o modo de elaboração desses instrumentos internacionais, assim como tais convenções e recomendações da OIT se internalizam na ordem jurídica brasileira, para concluir que a aplicação das convenções e recomendações da OIT no Brasil deve pautar-se pelo princípio *pro homine*, segundo o qual a primazia é da norma mais favorável ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos, e, para tanto, investiga a atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e a forma de integração das mesmas ao ordenamento jurídico dos países signatários.

Em seguida, temos o artigo do advogado e professor Luiz Carlos Amorim Robortella, que faz uma análise crítica das Súmulas de jurisprudência de nossos tribunais, mais especificamente de algumas, que usa para análise, oriundas do Tribunal Superior do Trabalho. Utilizando-se de doutrina pátria e estrangeira, inicia pela questão da distinção entre lei e sentença, à luz do princípio da separação dos poderes, passando pela questão do denominado “ativismo judiciário”, para, então, analisando Súmulas do referido Tribunal Superior do Trabalho acerca de remuneração, jornada de trabalho, negociação coletiva e direitos fundamentais, tecer suas conclusões acerca de representarem esses entendimentos um avanço ou um retrocesso na regulação do trabalho brasileiro.

Guilherme Guimarães Feliciano, Juiz do Trabalho deste Regional e também professor universitário, apresenta artigo que trata das discussões empreendidas quando dos trabalhos para a apresentação de um anteprojeto de Código de Processo do Trabalho, desenvolvido em 2007. Esse anteprojeto veio a ser elaborado por uma comissão de magistrados da 15ª Região, em face de iniciativa de seu então presidente, o saudoso Luiz Carlos de Araújo, paralelamente à **reforma do Direito do Trabalho** (material) que a Ordem dos Advogados do Brasil (Seção São Paulo) tencionava propor à sociedade civil, a partir de sua Comissão de Estudos sobre Reforma Trabalhista e Sindical, sob a competente batuta do Professor Amauri Mascaro Nascimento. Referida comissão foi composta pelos então juízes Gerson Lacerda Pistori, Guilherme Guimarães Feliciano e Jorge Luiz Souto Maior, acrescida posteriormente pelos também magistrados Manoel Carlos Toledo Filho e Ricardo Régis Laraia. Demonstra o autor que, no curso dos trabalhos, o foco inicial foi alterado

para não mais formatar um anteprojeto de Código Processual do Trabalho e sim um **anteprojeto de reforma** dos capítulos “processuais” da CLT, cujo resultado veio a ser publicado, posteriormente, em obra monográfica denominada **Fênix: por um novo processo do trabalho** (Editora LTr), destacando o autor que, dentre as maiores virtudes do resultado obtido, reside no positivar princípios que atualmente são apenas intuídos, por dedução, a partir das regras que compõem o vergastado processo do trabalho brasileiro, de base eminentemente celetária.

O artigo seguinte, da lavra da Desembargadora deste Regional e professora universitária Tereza Aparecida Asta Gemignani, estuda a Constituição Federal sob a ótica funcional, adotando para tanto os ensinamentos de Norberto Bobbio. A autora faz essas análises justamente quando se comemoram os 25 anos de promulgação da vigente Carta Magna, e para tanto parte de uma análise histórica, passando pelas dimensões sociológicas e econômicas que envolvem os direitos instituídos na Lei Maior, lançando mão de referências doutrinárias nacional e estrangeira.

Já no artigo denominado “A interrupção dos efeitos do contrato de emprego pelo deferimento de antecipação de tutela nos pedidos de rescisão indireta do contrato”, este escriba pretendeu analisar a possibilidade de obtenção de antecipação de tutela, com a declaração da interrupção dos efeitos do contrato de emprego, nos pedidos de rescisão indireta do contrato de emprego. Para tanto, fez uma breve apresentação da realidade fática vivida no dia a dia forense em relação a esses pedidos, passando pela realidade do contrato de emprego e das características e requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, interrompendo-se os efeitos do contrato.

O trabalho apresentado pelo professor da Universidade de Coimbra, João Leal Amado, denominado “VIH/SIDA e a proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a ‘tensão para a transparência’ e o ‘direito à opacidade’ aborda a sempre problemática tensão entre o princípio de acesso às informações pela população em geral e o do respeito à intimidade. Faz a análise a partir do fato de que a pessoa soropositiva representa, aos olhos dos demais cidadãos, um **perigo de morte**, tendo em conta o caráter transmissível e incurável da doença, leva a que a melhor forma de lidar com ela seja no plano da **prevenção**, a qual, por sua vez, reclama o conhecimento de quem é ou não portador do vírus, tudo à luz do direito laboral português, que pode facilmente ser aplicado na sociedade brasileira, eis que os princípios, constitucionais ou não, são equivalentes.

O artigo de Rafael Alburquerque, doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Sorbonne e Vice-presidente da República Dominicana de 2004 a 2012, denominado “A OIT em um mundo global” (em tradução livre), aborda os desafios da Organização Internacional do Trabalho em elaborar regras aplicáveis aos trabalhadores em um mundo em constante mudança, sujeito a sucessivas crises econômicas, tudo isso dentro da denominada “era digital”. Chama o autor atenção para as conquistas advindas da aprovação da Declaração sobre os Princípios e

Direitos Fundamentais no Trabalho, bem como os estudos sobre a fixação de um piso de proteção social, as campanhas sobre o trabalho infantil etc., concluindo ele que é em razão da inteligência e criatividade de suas diretivas que a OIT conseguiu manter sua atuação e relevância.

Por sua vez, o artigo da professora espanhola Irene Bajo García analisa as consequências das disposições da nova lei falimentar espanhola (Lei n. 22/2003) nos contratos de trabalho. Aborda ela, inicialmente, a crise econômica que assola o continente europeu, especialmente a Espanha, com o conseqüente aumento no número de falências de empresas, colocando que a referida lei falimentar acabou por trazer reflexos não só nas dimensões mercantis e processuais, mas também laborais. Assim, tece considerações acerca dos reflexos da mesma para os contratos de trabalho que ainda se encontrem vigentes, e quais as possibilidades e instrumentos disponíveis para os trabalhadores receberem o que lhes é de direito, tanto em relação às verbas de natureza salarial quanto extra-salarial, incluídas aí as de natureza indenizatória, para concluir que, desde a edição da lei falimentar, essas questões já não podem mais ser respondidas à luz da lei laboral, mas sim pela concorrencial, na medida em que esta assumiu, desde então, a regulação dos principais aspectos trabalhistas a serem utilizados no processo falimentar.

Enfim, o artigo denominado “O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível”, de autoria de Josué Mastrodi Neto e Mariane D. Santana Rosmaninho, busca demonstrar, em termos lógico-analíticos, mas exclusivamente a partir dos textos normativos que compõem o sistema de direito positivo brasileiro, que o direito à moradia, previsto no art. 6º da CF brasileira deve ser interpretado como **direito à moradia adequada**, o que somente pode ser concretizado por meio de políticas públicas, não havendo possibilidade de concretização judicial desse direito simplesmente porque o Estado não possui nenhuma habitação disponível em estoque. Para tanto, dentre outros, leva em consideração o art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226/1991 e ratificado pelo Decreto Executivo n. 591/1992.

Vê-se, assim, que a riqueza e profundidade dos temas abordados, aliada à robusta qualificação de seus autores, provoca a leitura atenta e cuidadosa de todo o a seguir apresentado.

Boa leitura!

Henrique Macedo Hinz,
pelo Conselho Editorial



SEÇÃO ESPECIAL

ELEVAÇÃO PROGRESSIVA DA IDADE MÍNIMA PARA O TRABALHO E EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: alicerces de um novo porvir*

José Roberto Dantas Oliva**

A idade mínima fixada para o ingresso no mercado de trabalho hoje, como se extrai do que preveem o art. 7º, XXXIII, da CF e o art. 403 da CLT é de dezesseis anos, à exceção do aprendiz, que pode começar a trabalhar a partir dos catorze.

É inaceitável atualmente, no entanto, por diversos fatores, mas também pelo aspecto jurídico, do qual nos ocuparemos mais detidamente, a manutenção da referida idade mínima. Não porque seja elevada, (pre) conceito ainda arraigado na sociedade brasileira, mas porque precisa, isto sim, ser progressivamente elevada.

Não é desarrazoado sustentar, inclusive, que hoje só se poderia trabalhar a partir dos 18 anos de idade. E por quê?

Em 2009, foi promulgada a EC n. 59, que conferiu nova redação ao inciso I do art. 208 da CF, que agora tem a seguinte redação (grifos nossos):

Art. 208. O **dever do Estado** com a educação será efetivado mediante a **garantia de:**

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria [...]

Além da previsão constitucional, completou apenas dois meses de vigência no dia 5 deste mês a Lei n. 12.796, de 4 de abril deste ano, publicada no dia seguinte, que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei n. 9.394/1996), para adequá-la ao comando constitucional.

Agora o art. 4º da LDB dispõe:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

*Artigo que tem por base palestra proferida no 5º Seminário Nacional sobre Trabalho Infantojuvenil promovido pela Amatra XV no dia 7.6.2013, em São José do Rio Preto/SP.

**Juiz do Trabalho, Professor e membro da Comissão de Erradicação do Trabalho Infantil da Justiça do Trabalho (TST-CSJT).

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei n. 12.796, de 2013)

a) pré-escola; (Incluído pela Lei n. 12.796, de 2013)

b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei n. 12.796, de 2013)

c) ensino médio; (Incluído pela Lei n. 12.796, de 2013)

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Lei n. 12.796, de 2013)

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino; (Redação dada pela Lei n. 12.796, de 2013)

IV - acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria; (Redação dada pela Lei n. 12.796, de 2013)
[...]

A educação básica desdobra-se, segundo a LDB, em educação infantil (até os 5 anos de idade), ensino fundamental (com duração de 9 anos, ou seja, dos 6 aos 14 anos de idade) e ensino médio, que terá a duração de no mínimo três anos, o que implica dizer que, em situação normal, sem reprovação, o adolescente ingressará no ensino médio aos 15 anos e só o completará com 17 anos de idade.

Ou seja: não havendo qualquer intercorrência, o ensino médio, de ora em diante, estará concluído apenas às vésperas de o estudante completar 18 anos de idade.

Ocorre que o Brasil ratificou a Convenção n. 138 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que trata da idade mínima. Logo, a referida Convenção integra o ordenamento jurídico interno. Por versar sobre direitos humanos fundamentais, tem o *status* de Emenda Constitucional. Mesmo para os que assim não entendem, teria, no mínimo, caráter supralegal, ou seja, embora subordinada à CF, inequivocamente está acima das leis.

E já no seu art. 1º, essa Convenção obriga todo País-membro – e o Brasil é inclusive fundador da OIT – a

[...] seguir uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e **eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho** a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem.” (grifos nossos)

Mas não para aí.

O art. 2º da Convenção, além de determinar que o País-membro que a ratificar deve estabelecer uma idade mínima, acrescenta, no item 3, que a idade mínima não poderá ser inferior “[...] à **idade de conclusão da escolaridade compulsória** [...]”.

Dada a força normativa que tem a Convenção n. 138 da OIT, portanto, é lícito afirmar que ninguém pode trabalhar antes de completar o ensino médio no Brasil, pois este é hoje compulsório. Assim, também é possível assegurar que ninguém pode trabalhar antes dos 18 anos de idade (a não ser na condição de aprendiz, sendo o caso de verificar, inclusive, se não se deveria, também, elevar-se a idade mínima para a aprendizagem).

Quando muito, como se sabe que a implementação dessa nova ordem educacional não se dará do dia para a noite, admitir-se-ia a elevação da idade para 18 anos até 2016.

Vale lembrar que o Brasil também aprovou a Recomendação n. 146 da OIT, sobre idade mínima de admissão ao emprego.

A Recomendação – que não tem força obrigatória, mas representa um plano traçado a ser gradativamente alcançado – estabelece que “[...] os membros da OIT deveriam fixar como objetivo a elevação progressiva para dezesseis anos da idade mínima [...]” (art. 7º, I).

Por um bom tempo, tal previsão gerou até certo conforto ao Brasil no plano internacional, pois o país normatizou, desde 1998 (EC n. 20), aquilo que para muitos é, ainda hoje, um ideal a ser perseguido: a idade mínima de 16 anos para o trabalho.

Entretanto, com o aumento da idade para concluir a educação obrigatória, há que se elevar também a idade mínima para o trabalho. É correto imaginar a necessidade de contínua e progressiva elevação da idade mesmo após os 18 anos, mas sempre associada ao estudo, ao preparo, nunca ao puro e simples ócio pernicioso, que pode, sim, ceifar – a exemplo do trabalho prematuro – o futuro dos nossos jovens.

Logo, são necessárias políticas públicas de inclusão e educação, gratuita e boa, para todos.

Quando o Professor Márcio Pochmann disse que ninguém deveria trabalhar antes de completar 25 anos de idade, em outubro de 2007, em palestra proferida em Barretos durante o XIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho Rural, muitos escarneceram.

Passamos, desde então, a citá-lo, pelo menos para justificar a idade mínima de 16 anos, por muitos ainda combatida.

Em 11 de março de 2010, na 3ª edição de seminário sobre trabalho infantil, realizada em São José dos Campos, na conferência de abertura, o mesmo professor da Unicamp, então também presidindo o

IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, voltou a defender que só se deveria trabalhar depois dos 20 anos de idade. “Quem sabe 25”, completou, justificando a afirmação dizendo que o ensino superior não é mais o **teto**, mas o **piso** necessário – a escolaridade mínima – para se obter um trabalho decente.

Já não causava então tanto assombro, porquanto a EC n. 59 já havia sido editada, tornando obrigatório o ensino dos 4 aos 17 anos de idade.

Era a visão de renomado e respeitado economista, que ressaltava que a idade mínima não é fixa, devendo se levar em conta o movimento histórico em que é analisada, o conceito cultural, o econômico, certamente, a estrutura familiar, a expectativa de vida, as mudanças demográficas, previdenciárias e outras, para só então haver a regulação pública da idade.

Em 1910, dizia Pochmann, a expectativa de vida não superava 35 anos. Era uma sociedade agrária que aceitava e entendia o trabalho aos 5 ou 6 anos de idade. Hoje não mais.

De fato, segundo os últimos números do IBGE¹, que no início de dezembro de cada ano publica a tábua de mortalidade da população do ano anterior e, no caso, incorporou os dados populacionais do Censo Demográfico 2010, “[...] em 2011, a esperança de vida ao nascer no Brasil era de **74,08 anos (74 anos e 29 dias)** [...]” (destacamos).

Vejam só a evolução no período de 1980 a 2011:

Tabela 13 - Esperança de vida ao nascer e taxa de mortalidade infantil para ambos os sexos - Brasil - 1980/2011

ANOS	ESPERANÇAS DE VIDA AO NASCER	TAXAS DE MORTALIDADE INFANTIL (%)
1980	62,5	69,9
1981	66,9	45,1
2000	70,4	30,1
2010	73,8	16,7
2011	74,1	16,1

Fonte: IBGE, Censo Demográfico 1980/2010

¹IBGE. Em 2011, esperança de vida ao nascer era de 74,08 anos. **Sala de Imprensa:** notícias. 29 nov. 2012. Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2271>. Acesso em: 5.6.2013.

Estamos, sem dúvida, caminhando para uma expectativa de vida superior a 100 anos. Outro dia, no *site* do UOL, deparamo-nos com notícia de que na Nova Zelândia um motorista ainda dirigia aos 105 anos de idade.

É preciso, pois, ter em conta, inclusive, que essa expectativa de vida dita também regras previdenciárias. E que hoje, no Brasil, ninguém se aposenta mais por tempo de serviço, mas sim de contribuição, havendo ainda idade mínima para a aposentadoria.

Assim, a equação é perversa. O fato de ter começado a trabalhar mais cedo não assegura a ninguém inatividade precoce. Deste modo, quanto antes começar, mais tempo terá de trabalhar para alcançar a aposentadoria.

Em entrevista que concedeu ao último Informativo do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, o professor e economista Anselmo Luís dos Santos², do Instituto de Economia da Unicamp, disse que o número absoluto de jovens que entram no mercado de trabalho está diminuindo desde 2006. Destacou que isto não se dá apenas porque nasce menos gente no País.

Constatou o professor que “[...] melhorou a renda da família desses jovens de 15, 16, 17 anos, que, antes, já nessa idade, precisavam começar a trabalhar”. Ressaltou, no entanto, que ainda temos muitos jovens trabalhando: “[...] mais de 50% dos jovens de 15 a 19 anos, que deviam estar estudando, estão na verdade no mercado de trabalho”, pontuou.

Reforçando a ideia de que o ensino superior hoje é exigência mínima para a obtenção de um trabalho decente, Anselmo Luís dos Santos disse que o número de jovens com ensino médio ou até curso superior no Brasil cresceu muito. “Mas uma boa parte deles ganha o quê?”, perguntou, para fazer um relato impressionante:

[...] Engenheiros amigos meus saíram com doutorado aqui da Unicamp, em 2001, 2002, falando três línguas, e a única proposta de emprego que tinham era de uma empresa aqui perto, para ganhar R\$ 700 por mês, na época, o que hoje talvez não fosse mais do que R\$ 1.500. Ainda hoje existe gente com curso superior no Brasil que é caixa de loja, ganhando salário mínimo. Mas isso está mudando. O próprio Delfim Netto já escreveu a respeito. O Brasil começa a enfrentar uma realidade diferente, a realidade de um país com um mercado de trabalho menos precário. Em média, o salário no Brasil, hoje, ainda é menor do que em 1980, mas a tendência é isso mudar.

²SEÇÃO IMPRENSA. Testemunha Ocular. **TRT Informativo**: publicação do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, ano 27, n. 241, p. 28-35, jan./mar. 2013. Entrevista: Anselmo Luís dos Santos

A mudança, porém, para as classes menos favorecidas econômica e socialmente, depende essencialmente de educação de qualidade associada à elevação progressiva da idade mínima para haver tempo de preparação para o trabalho.

Hoje, mesmo sem qualquer regulação jurídica que atinja tal nível, os filhos dos ricos – ou da classe média em evolução, segundo a percepção do professor Anselmo Luís dos Santos – só começam a trabalhar após concluir um curso de graduação ou até uma pós-graduação (e isto é uma realidade visível). Não é justo que tal possibilidade não seja assegurada também aos menos favorecidos social e economicamente. Não sendo assim, a disputa continuará sendo desigual, pois as melhores vagas, tanto no serviço público como nas empresas privadas, sempre serão ocupadas por aqueles que, só por terem nascido em berço de famílias mais abastadas, tiveram o tempo necessário para se preparar.

É difícil conscientizar para isto. Parece até que há uma preocupação das classes dominantes com certa “reserva de mercado”. Melhor explicando: no momento em que todos tiverem acesso ao ensino de qualidade e ninguém for condenado a trabalhar precocemente, o acesso ao trabalho decente, se não for para todos, pode fechar portas também para aqueles que já foram beneficiados na concorrência pelo simples fato de nascer rico.

É preciso compreender, porém, que a busca deve ser pelo pleno emprego. E a educação propicia isto. A educação integral, conforme defendeu o então coordenador nacional do Programa Internacional para Eliminação do Trabalho Infantil – IPEC, da OIT, Renato Mendes, em entrevista concedida à Revista Anamatra n. 62, 2ª edição de 2011³, é uma das formas de acabar com o trabalho infantil. Na ocasião, ressaltou ele:

Agora, o segundo passo é aumentar e não reduzir a idade de admissão ao trabalho. No atual nível de desenvolvimento macroeconômico do País, não existem justificativas para admitir mão de obra abaixo de 18 anos. [...]

O pior, entretanto, é que no próprio Congresso Nacional, que aprovou as modificações no ensino básico, ampliando consideravelmente o tempo de estudo obrigatório, há, paradoxalmente, iniciativas que propõem a redução da idade mínima.

A Proposta de Emenda à Constituição n. 18, de 2011, por exemplo, pretende dar “[...] nova redação ao inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, para autorizar o trabalho sob o regime de tempo parcial a partir dos quatorze anos de idade”.

³ANAMATRA. Educação integral: uma das formas de acabar com o trabalho infantil. **Revista Anamatra**. 2. ed., Brasília, ano XXIII, n. 62, p. 6-11, 2011. Entrevista: Renato Mendes

É de iniciativa do Deputado Dilceu Sperafico (PP/PR) e outros.

À ela foi pensada outra PEC, a de n. 35, também de 2011, que pretende alterar “[...] o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal para permitir que o adolescente possa ser empregado a partir dos quatorze anos”, esta de iniciativa do Deputado Onofre Santo Agostini (DEM/SC).

Ambas estão na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e já receberam parecer favorável à admissibilidade do Relator, Deputado Paulo Maluf (PP). O pior é que, para tramitarem, exigem assinatura de 1/3 dos deputados, o que faz concluir que representam risco sério, que não pode ser ignorado, mormente porque já estão surgindo requerimentos para a inclusão das referidas PEC em pauta de votação.

A sociedade precisa ficar atenta e tentar barrar a aprovação no Congresso Nacional. Se isto não for possível, no entanto, caberá ao Poder Judiciário dar resposta eficaz, reconhecendo a inconstitucionalidade das mesmas, com base no princípio da proibição do retrocesso social.

E não há dúvida que haveria retrocesso.

No início da última década do século XIX, em autêntica súplica para o mundo, o Papa Leão XIII, na Encíclica *Rerum Novarum*, de 15 de maio de 1891⁴, já alertava:

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

No Brasil, a CF/1934 já estabeleceu a idade de 14 anos, à qual agora se quer retroagir, o que foi mantido pela CF/1946 (que admitia exceções por autorização judicial). Na CF/1967, depois também com a Emenda de 1969, a idade foi reduzida para 12 anos. Finalmente, a CF/1988 retomou a idade mínima de 14 anos, e, depois, pela EC n. 20/1998, esta foi elevada para 16 anos.

Na PEC n. 35, os seus signatários dizem temer que vários adolescentes “proibidos de trabalhar acabem atraídos pelo mercado informal de trabalho, ou para a prática de mendicância, e até mesmo compelidos ao tráfico”. Ressaltam, ainda, que “a vedação constitucional

⁴LEÃO XIII, Papa. Sobre a condição dos operários. **Carta Encíclica *Rerum Novarum***. Roma, 15 maio. 1891. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 5.6.2013

impossibilita a contratação de um número incalculável de jovens, e retira a oportunidade de obter um sustento digno com uma renda mensal para sua sobrevivência e de sua família”.

Ora, não há dúvida: querem reabilitar o trabalho infantil a partir de falsas premissas e de inversão da lógica de proteção.

Não é possível que o filho do pobre continue tendo, como herança certa, apenas a penúria. Entretanto, se não houver conscientização para o problema, isto continuará ocorrendo. A pobreza é, sem dúvida, uma das razões da existência dele, mas não pode se transformar em salvo-conduto para o trabalho infantil, como tal considerado aquele realizado em idade proibida.

Conquanto o Brasil se poste hoje entre as maiores economias do mundo, não há consciência de que o trabalho precoce faz mal não só para quem o exerce, mas para a Nação inteira, pois é a base de uma população adulta excluída, marginalizada, sem perspectiva, despreparada para contribuir minimamente para o avanço sustentável de competitividade e progresso socioeconômico.

É necessário assegurar à criança o direito ao não trabalho, permitindo que desenvolva atividades lúdicas, obtenha educação de qualidade e, no momento adequado, se qualifique profissionalmente para, só depois, começar a trabalhar.

A CF/1988 já assegura:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O art. 6º da LDB dispõe:

Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade. (NR)

Já o art. 29, da mesma Lei:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (NR)

Por fim, o artigo 26 preceitua:

Art. 26. Os currículos da educação infantil, do ensino fundamental e do ensino médio devem ter base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e em cada estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e dos educandos.

Ora, o trabalho é, sem dúvida, instrumento de dignificação do ser humano. O trabalho precoce, no entanto, que destrói a infância, compromete a educação e promove a desqualificação, alimenta um ciclo vicioso de miséria.

É necessário, pois, combater – e não reforçar – mitos como os de que crianças e jovens pobres devem trabalhar para ajudar a família, que quanto mais cedo começar a trabalhar, mais “esperto” fica e melhoram suas condições de vencer na vida; que é melhor trabalhar do que roubar, além de inúmeros outros que habitam o imaginário das pessoas e que se vivificam mais especialmente quando se constata que os índices de criminalidade envolvendo crianças e adolescentes aumentam.

Não há dúvida que qualquer pessoa sensata responderia que melhor do que roubar, do que virar “soldado” do tráfico, é trabalhar. Há que se oferecer, porém, alternativas a essas tristes sinas. Melhor do que tudo isto é brincar, desenvolver-se de forma sadia, estudar em escola pública boa, qualificar-se e, só depois de convenientemente preparado, ingressar no mercado de trabalho.

Inadmissível conceber que se inverta a lógica de proteção integral e prioritária assegurada no art. 227 da CF e no próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, e se permita que crianças e adolescentes pobres, frágeis criaturas em peculiar condição de desenvolvimento, continuem tendo que trabalhar para ajudar no sustento próprio e de suas famílias.

Esse comportamento é ilegal, é inconstitucional, mas, pior, é desumano. A família, a sociedade e o Estado é que devem proteger crianças e adolescentes. Na falha de um, o dever é do outro, em qualquer ordem. Não podem todos falhar.

Não podemos permitir que haja a reabilitação do trabalho infantil.

Mais do que isto: temos que lutar para a elevação imediata da idade mínima para 18 anos e que, isso associado à educação de qualidade, de preferência em tempo integral, permita, conforme compromisso com a OIT, a elevação progressiva dessa idade, diminuindo as desigualdades e abolindo a pobreza, tornando também o Brasil mais competitivo internacionalmente. Só a educação liberta. Educação de qualidade e elevação progressiva da idade mínima são, sem exagero, alicerces de um novo e venturoso porvir.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. Educação integral: uma das formas de acabar com o trabalho infantil. **Revista Anamatra**. 2. ed., Brasília, ano XXIII, n. 62, 2011. Entrevista: Renato Mendes

BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5.6.2013.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 59, de 11 de novembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc59.htm. Acesso em: 5.6.2013.

BRASIL. Lei n. 12.796, de 4 de abril de 2013. Altera a Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a formação dos profissionais da educação e dar outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12796.htm. Acesso em: 5.6.2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição n. 18, de 3 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=500183>. Acesso em: 5.6.2013.

IBGE. Em 2011, esperança de vida ao nascer era de 74,08 anos. **Sala de Imprensa**: notícias. 29 nov. 2012. Disponível em: <http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&busca=1&idnoticia=2271>. Acesso em: 5.6.2013.

LEÃO XIII, Papa. Sobre a condição dos operários. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Roma, 15 maio. 1891. Disponível em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 5.6.2013

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n. 138. Idade mínima para admissão. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/492>. Acesso em: 5.6.2013.

SEÇÃO IMPRENSA. Testemunha Ocular. **TRT Informativo**: publicação do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, ano 27, n. 241, jan./mar. 2013. Entrevista: Anselmo Luís dos Santos

A LEI N. 12.619, DE 30.4.2012, E A REGULAMENTAÇÃO DA PROFISSÃO DE MOTORISTA*

Narciso Figueirôa Junior**

A Lei n. 12.619, de 30 de abril de 2012, publicada no Diário Oficial da União de 2.5.2012, é uma lei diferente das demais. Ela nasceu de uma grande discussão na sociedade e da carência de se criar um regramento específico na legislação sobre a profissão do motorista, com direitos e deveres inerentes à sua atividade.

A discussão sobre o pagamento ou não de horas extras para motoristas de caminhões e ônibus é antiga, e a jurisprudência sobre a matéria, muitas vezes amparada em certos preconceitos, criou uma insegurança jurídica para patrões e empregados.

A via coletiva para dar tratamento específico ao tema não foi suficiente para solucionar as controvérsias jurídicas existentes.

Dizemos que a Lei n. 12.619/2012 é especial, pois é fruto de um consenso histórico entre a CNT - Confederação Nacional do Transporte - e a CNTTT - Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Terrestres -, com a participação do Ministério Público do Trabalho através da Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região, com sede em Brasília.

E como todo grande entendimento, houve concessões recíprocas para que o texto final aprovado pudesse buscar um equilíbrio entre as pretensões das classes econômica e profissional e os interesses da sociedade.

O texto pode não ser perfeito, mas traz diretrizes básicas fundamentais para que as relações trabalhistas no segmento de transporte atinjam um novo patamar de evolução.

A Lei n. 12.619/2012 dispõe sobre o exercício da profissão de motorista, altera a CLT e a Lei n. 9.503/1997, para regular e disciplinar a jornada de trabalho e o tempo de direção do motorista profissional.

Em razão dos vetos da Senhora Presidente da República ao art. 12 do Projeto de Lei n. 99, de 2007 (n. 319/2009 no Senado Federal), a nova lei entrou em vigor no último dia 17 de junho de 2012 (quarenta e cinco dias após a sua publicação), nos termos do art. 8º, *caput*, da Lei Complementar

*Adaptação da palestra proferida no VI Seminário sobre Relações Trabalhistas, realizado pelo Sindicato das Empresas de Transportes de Cargas de Campinas e Região em parceria com o TRT da 15ª Região, em 13 de junho de 2013, no Sest/Senat - Av. Comendador Aladino Selmi, n.1395, Campinas.

**Advogado, graduado e pós-graduado em Direito do Trabalho pela PUC/SP e assessor jurídico da NTC & Logística – Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística, da FETCESP – Federação das Empresas de Transporte de Cargas do Estado de São Paulo e do SETCESP – Sindicato das Empresas de Transportes de Carga de São Paulo e Região.

n. 95, de 26.2.1998, e art. 1º do Decreto-lei n. 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil). Também em função dos vetos aos artigos 7º, 8º, 10º e 11º do PL n. 99/2007, não houve as pretendidas alterações nas Leis n. 10.233, de 5.6.2001, n. 11.079, de 30.12.2004 e n. 12.023, de 27.8.2009.

Em seu art. 1º, a Lei n. 12.619/2012 dispõe ser livre o exercício da profissão de motorista, atendidas as condições e qualificações profissionais nela estabelecidas, prescrevendo que integram a referida categoria profissional os motoristas de veículos automotores cuja condução exija formação profissional e que exerçam a atividade mediante vínculo empregatício, nas atividades ou categorias econômicas de transporte rodoviário de passageiros e transporte rodoviário de cargas.

Fica claro que a nova lei trata da profissão do motorista com vínculo empregatício na condução de veículos comerciais de transporte de cargas com peso bruto total superior a 4.536 quilogramas, de veículos de transporte e de condução de escolares, de transporte de passageiros com mais de 10 (dez) lugares em estradas pavimentadas ou não, ou em vias públicas urbanas.

Considerando que a função de motorista é categoria profissional diferenciada, entendemos que se aplica a referida lei àqueles que atuam em outras categorias econômicas, mesmo tendo havido vetos aos incisos III e IV do art. 1º, haja vista a presença de condições de vida singulares e a existência de estatuto profissional próprio, nos termos do § 2º do art. 511 da CLT.

De acordo com o art. 2º, são direitos dos motoristas profissionais, além dos direitos sociais previstos nos artigos 6º ao 11 e dos direitos da seguridade social de que tratam os artigos 194 a 204 da CF, os seguintes:

a) acesso gratuito a programas de formação e aperfeiçoamento profissional, em cooperação com o poder público;

b) atendimento profilático, terapêutico e reabilitador, por intermédio do SUS, em relação às enfermidades que mais os acometam, nos termos de levantamento oficial;

c) não responder perante o empregador por prejuízo patrimonial decorrente da ação de terceiro, ressalvado o dolo ou a desídia do motorista, nestes casos mediante comprovação, no cumprimento de suas funções;

d) receber proteção do Estado contra ações criminosas que lhes sejam dirigidas no efetivo exercício da profissão;

e) jornada de trabalho e tempo de direção controlados de maneira fidedigna pelo empregador, que poderá valer-se de anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, ou de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador;

f) seguro obrigatório, custeado pelo empregador, destinado à cobertura dos riscos pessoais inerentes às suas atividades, no valor

mínimo correspondente a 10 (dez) vezes o piso salarial de sua categoria ou em valor superior fixado em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Mister se faz algumas considerações acerca dos direitos elencados no art. 2º, da Lei n. 12.619/2012.

Será necessária norma regulamentadora para definir os critérios de acesso gratuito do motorista profissional a programas de formação e aperfeiçoamento profissional, assim como para o atendimento profilático, terapêutico e reabilitador, através do SUS, e as enfermidades que serão consideradas para os referidos tratamentos médicos.

Também deverá ser definido em norma regulamentar ou em instrumentos coletivos de trabalho (acordos ou convenções) os riscos pessoais inerentes às atividades dos motoristas empregados, de cujas coberturas deve tratar o seguro obrigatório criado com a nova lei.

Na ausência de norma regulamentadora sobre a matéria, entendemos que pelo menos os eventos de morte e invalidez devem ser cobertos pelo seguro, podendo a matéria ser objeto de previsão em Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, conforme prevê o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 12.619/2012.

No que tange ao direito mencionado no inciso III do art. 2º da nova lei, vale destacar que nos casos de culpa do motorista, devidamente comprovada, fica autorizada a sua responsabilização, desde que tenha sido acordada formalmente, nos termos do § 1º, do art. 462 da CLT.

Vale lembrar que a desídia, assim denominada pela doutrina como o descumprimento dos deveres afetos à relação empregatícia, em razão de negligência, de imprudência ou de imperícia do empregado, trata-se de hipótese de justa causa, nos termos da letra “e”, do art. 482 consolidado.

A proteção do Estado contra ações criminosas (inciso IV do art. 2º) trata-se do direito à segurança pública, já previsto no art. 144 da CF como dever do Estado e direito de todo cidadão.

Não há dúvidas que a profissão de motorista, assim como outras não menos relevantes, merece maior atenção do Estado no sentido de oferecer segurança nas estradas e vias urbanas, combatendo o roubo de cargas, uma das chagas do transporte rodoviário que, infelizmente, grassa em todo o país.

No inciso V do art. 2º da nova lei, encontra-se bem delineada a distinção necessária entre a jornada de trabalho e o tempo de direção.

A primeira, relativa aos motoristas profissionais com vínculo empregatício, e o segundo aplicável a todo e qualquer motorista, seja empregado de empresas nacionais ou estrangeiras, bem como ao transportador autônomo de cargas (agregado ou independente, Lei n. 11.442/2007) ou de passageiros.

Com o advento da nova lei, passou a ser obrigação do empregador e um direito do motorista profissional o controle fidedigno da jornada de trabalho por meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos ou através de anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de serviço externo.

Desta forma, não há mais possibilidade de se invocar o disposto no inciso I do art. 62 da CLT para o motorista, valendo destacar que o referido dispositivo não foi revogado pela Lei n. 12.619/2012, ficando a sua aplicação para outras funções e circunstâncias onde o labor externo for incompatível com a fixação de horário de trabalho, o que não é mais a hipótese do motorista profissional.

Vale destacar que a papeleta de serviço externo possui regulamentação no parágrafo único do art. 13 da Portaria MTPS n. 3.626, de 13.11.1991, alterada pela Portaria n. 41 do Ministério do Trabalho e Emprego, de 28.3.2007.

Também em decorrência do inciso V do art. 2º da referida lei, acreditamos que o TST poderá vir a revisar a Orientação Jurisprudencial n. 322 da SDI-1 que dispõe que o tacógrafo, por si só, sem a existência de outros elementos, não serve para controlar a jornada de trabalho do empregado que exerce a atividade externa.

Como já afirmado, a mencionada lei, em seu art. 3º, trouxe alterações importantes na CLT, acrescentando os artigos 235-A a 235-H, bem como alterando a redação do art. 71 consolidado, para incluir o § 5º, de aplicação específica para o transporte coletivo de passageiros.

O art. 235-B passa a elencar os deveres do motorista profissional, que são os seguintes:

- I- estar atento às condições de segurança do veículo;
- II- conduzir o veículo com perícia, prudência, zelo e com observância aos princípios de direção defensiva;
- III- respeitar a legislação de trânsito e, em especial, as normas relativas ao tempo de direção e de descanso;
- IV- zelar pela carga transportada e pelo veículo;
- V- colocar-se à disposição dos órgãos públicos de fiscalização na via pública;
- VI (vetado);
- VII- submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado.

Dispõe ainda o parágrafo único do art. 235-B que a recusa do empregado em submeter-se ao teste e ao programa de controle de uso de

droga e de bebida alcoólica, previstos no inciso VII do mesmo dispositivo, será considerada infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei.

A redação permite a aplicação de sanções disciplinares e, dependendo das circunstâncias, o enquadramento no art. 482, letras “b”, “f” ou “h” da CLT, sendo evidente que dirigir embriagado ou sob efeito de drogas pode acarretar outras consequências de ordem penal, civil e administrativa.

Merece destaque a inclusão, no inciso VII do art. 235-B, da possibilidade de criação pelas empresas de programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, medida preventiva de grande alcance social, para que se possa inclusive identificar os casos de dependência.

É certo que a matéria relativa à submissão do empregado ao teste e ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica pode gerar alguma celeuma, mas não se pode obter mais segurança nas estradas e nas vias urbanas restringindo a aplicação do referido dispositivo legal.

Trata-se de hipótese onde o interesse maior da sociedade deve prevalecer sobre o interesse individual, sendo certo que eventual conflito entre normas constitucionais se resolve pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Sobreleva ressaltar que a ANAC - Agência Nacional de Aviação Civil - é uma das primeiras agências regulamentadoras a seguir as orientações da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) e exigir exames toxicológicos dos empregados das companhias aéreas. O Regulamento Brasileiro da Aviação Civil - RBAC 120 - está baseado na segurança e recuperação de profissionais afetados pelo consumo de substâncias psicoativas e na recuperação destes profissionais, sendo um importante precedente nas boas práticas voltadas à segurança da população usuária do sistema de transporte.

Desta forma, considerando que a finalidade da regra contida no art. 235-B, inciso VII, da CLT é preservar a segurança nas estradas, o que, em última análise, interessa a toda sociedade, entendemos que não há, em princípio, inconstitucionalidade na submissão do empregado a teste de uso de droga e de bebida alcoólica, mas recomendamos alguns cuidados para que se evitem eventuais discussões judiciais e resistência dos próprios trabalhadores em aceitar a nova regra legal.

Em primeiro lugar, a empresa deve instituir um programa preventivo de controle de uso de drogas e de bebidas alcoólicas, até mesmo para distinguir o uso ocasional da dependência. Em segundo lugar, é recomendável que o empregado venha anuir à referida regra através de cláusula específica no contrato de trabalho, para que o mesmo possa ter ciência, inclusive, das regras do programa preventivo. E, por fim, que haja aplicação a todos os motoristas, sem distinção, para que se evite tratamento discriminatório.

Acerca do tema, vale destacar a decisão da 4ª Turma do TST, nos autos do Processo TST-AIRR-24.300.19.2008.5.15.0126, publicada no DJ em 12.8.2011, tendo como relatora a Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, que indeferiu o pedido de indenização por danos morais em função do uso de bafômetro, assim concluindo:

Indenização por danos morais

Sustenta o reclamante fazer jus à indenização por danos morais postulada, aduzindo que restou incontroverso nos autos o fato de a reclamada realizar testes de bafômetro em seus empregados, sendo que, através do depoimento da única testemunha ouvida, restou comprovado que os referidos testes eram obrigatórios aos trabalhadores da parte operacional, aleatórios para os da parte administrativa e dispensados para os cargo de gerência, o que revela tratamento discriminatório entre os empregados. Sustenta, ainda, que a realização de tais testes, cuja obrigatoriedade restou comprovada, esbarra nos princípios constitucionais da inviolabilidade da vida privada e da intimidade, segundo os quais ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

O r. Juízo *a quo* indeferiu o pedido por entender que não restou provada a obrigatoriedade alegada na petição inicial e que, ainda que comprovada a mesma, a atitude da reclamada estaria inserida nos poderes de comando e disciplina do empregador.

Inicialmente, cumpre salientar que a reparação decorrente do dano moral encontra fundamento legal nas disposições contidas no art. 5º, V e X, da Constituição Federal, sendo considerado aquele proveniente da violação dos direitos individuais de cada cidadão relativamente à sua intimidade, privacidade, honra e imagem, de natureza íntima e pessoal em que se coloca em risco a própria dignidade da pessoa humana, diante do contexto social em que vive.

Desta forma, para a configuração do dano moral no âmbito do Direito do Trabalho é necessária a ocorrência de violação à honra pessoal do trabalhador, não bastando a inobservância quanto ao cumprimento das obrigações decorrentes do vínculo empregatício. O dano deve ser proveniente de situações vexatórias em

que o trabalhador se sinta humilhado, desrespeitado intimamente, em decorrência exclusivamente da prestação de serviços.

No caso dos autos, não restou demonstrada qualquer violação à honra e dignidade do autor, eis que a realização de testes de bafômetro pela empresa tinham como finalidade a prevenção de acidentes e era feita de forma geral.

Tal determinação não importa em abuso de poder por parte do empregador, mormente diante da existência de áreas de risco no local de prestação de serviços do empregado, conforme restou esclarecido pela única testemunha ouvida nos autos.

Com efeito, afirmou a referida testemunha, que 'faziam carga e descarga de silos de polietileno e também utilizavam empilhadeira para fazer a carga e descarga do produto', bem como que 'há áreas de risco dentro da área operacional, como tanques de combustível, por exemplo, fenol'.

Ademais, conforme restou comprovado, diante das declarações da testemunha, todos os trabalhadores da parte operacional submetiam-se aos testes de bafômetro, tais como motoristas, ajudantes e operadores, inclusive 'terceiros que vão prestar serviços nessa área de risco'.

Não há falar, portanto, em ofensa aos princípios constitucionais da inviolabilidade da vida privada e da intimidade.

Da mesma forma, não há falar em ato discriminatório por parte da reclamada em relação ao reclamante, eis que todos aqueles que adentravam à área operacional submetiam-se aos testes.

O fato de os empregados da área administrativa realizarem o teste esporadicamente e de os gerentes serem dispensados do mesmo não importa em ofensa aos princípios constitucionais invocados pelo reclamante, já que a isonomia consiste exatamente em tratar com igualdade os iguais e desigualmente os desiguais.

Inexistiu, portanto, violação à honra pessoal com a exposição do autor à situação vexatória que lhe ocasionasse o desrespeito necessário para a configuração do dano moral.

Correta, pois, a r. decisão de origem que indeferiu o pedido de indenização por danos morais.

Mantenho.

O art. 235-C dispõe que a jornada de trabalho do motorista profissional será a estabelecida na CF ou mediante instrumentos de acordos ou convenções coletivas de trabalho (oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, nos termos do art. 7º, inciso XIII, da CF).

Diante das dificuldades em se estabelecer um limite específico para a jornada de trabalho do motorista, optou-se pela regra geral, também prevista no art. 58 da CLT, assim como a permissão de prorrogação da jornada de trabalho por até 2 (duas) horas extraordinárias (§ 1º do art. 235-C), previsão já contida no art. 59 consolidado.

A lei estabelece ainda um intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, além de intervalo de repouso diário de 11 (onze) horas a cada 24 (vinte e quatro) horas e descanso semanal de 35 (trinta e cinco) horas, nos termos do § 3º do art. 235-C.

Em relação aos intervalos inter e intrajornada, nenhuma novidade, pois a CLT já os prevê como regra geral nos artigos 66 e 71. A inovação fica para o repouso semanal de 35 (trinta e cinco) horas como regra geral para o motorista profissional, e de 36 (trinta e seis) horas para aquele que se ativa em viagens de longas distâncias (art. 235-E, § 1º).

Neste tópico, algumas ponderações são necessárias.

O descanso semanal remunerado de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, preferentemente aos domingos, é um direito do trabalhador previsto no art. 67 da CLT e regulamentado pela Lei n. 605, de 5.1.1949 e Decreto n. 27.048, de 12.8.1949, com possibilidade de perda da remuneração quando, sem motivo justificado, o empregado não tiver trabalhado durante toda a semana anterior cumprindo integralmente o seu horário de trabalho (art. 6º da Lei n. 605/1949).

Nos termos do art. 7º, inciso XV, da CF, a determinação de que as folgas devem ser aos domingos, salvo motivo de conveniência ou necessidade imperiosa do serviço, não é mais exigível.

Assim, considerando que a Lei n. 12.619/2012 estendeu, como regra geral, o repouso semanal para os motoristas profissionais para 35 (trinta e cinco) horas, e 36 (trinta e seis) horas para aqueles que trabalham em viagens de longas distâncias, tais repouso poderão ou não coincidir com os domingos.

Estabelece ainda o art. 235-C, em seu § 4º, que as horas extraordinárias serão pagas com acréscimo estabelecido na CF (50%, no mínimo) ou mediante instrumentos de acordos ou convenções coletivas de trabalho, aplicando o adicional de 20% sobre a remuneração para o trabalho noturno (§ 5º do mesmo dispositivo).

Em seu § 6º, o art. 235-C trata de um acordo de compensação de horas, onde o excesso de horas de trabalho em um dia poderá ser compensado pela correspondente diminuição em outro dia, desde que haja previsão em acordos ou convenções coletivas, observadas as regras previstas na CLT.

Vale destacar que o art. 59, § 2º da CLT, com a redação dada pela Lei n. 9.601/1998, institui o chamado banco de horas, cujas regras deverão ser aplicadas à compensação de que trata o § 6º do art. 235-C, bem como as disposições contidas na Súmula n. 85 do TST.

O § 2º do art. 235-C traz uma importante inovação na CLT ao dispor que será considerado como trabalho efetivo o tempo que o motorista estiver à disposição do empregador, excluídos os intervalos para refeição, repouso, “espera” e descanso.

Em relação aos períodos de refeição, repouso e descanso, nenhuma novidade, posto que a própria CLT já os considera como não computados na jornada de trabalho.

A grande inovação trazida pela nova lei está na figura do “tempo de espera”, assim definido no § 8º do referido artigo, como sendo as horas que excederem à jornada normal de trabalho do motorista de transporte rodoviário de cargas que ficar aguardando para carga e descarga do veículo no embarcador ou destinatário, ou para fiscalização da mercadoria transportada em barreiras fiscais ou alfandegárias, não sendo computadas como horas extraordinárias.

O “tempo de espera” não computado na jornada normal de trabalho encontra-se em consonância com a regra geral contida na CLT, em seu art. 4º, de que se considera como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, “salvo disposição especial expressamente consignada”.

Tal exceção, expressamente consignada no novo art. 235-C, em seu § 8º, aplicada ao motorista que atua no transporte rodoviário de cargas, veio ao encontro da necessidade de se estabelecer um regramento para uma situação muito peculiar da atividade, que são as horas de espera para carregamento e descarregamento dos veículos em embarcadores e destinatários das mercadorias, bem como em barreiras fiscais e alfandegárias.

Vale destacar que o § 8º do art. 235-C estabelece que são consideradas “tempo de espera” as horas que excederem à jornada normal de trabalho, ou seja, trata-se de situação peculiar com previsão específica na lei e que deve ter tratamento de exceção, ou seja, somente devem ser assim consideradas as horas além do horário normal de trabalho.

Da leitura do referido dispositivo não vislumbramos a obrigação da empresa pagar primeiramente as duas horas extras máximas diárias para somente após vir a ser considerado o tempo de espera. Desde que sejam respeitados os intervalos inter e intrajornadas, e configuradas as hipóteses de ocorrência previstas no § 8º do art. 235-C, as horas que excederem a jornada normal poderão ser consideradas como tempo de espera.

Dispõe ainda o § 9º do art. 235-C, que as horas relativas ao período do “tempo de espera” serão “indenizadas” com base no salário-hora normal

acrescido de 30% (trinta por cento), ou seja, tal pagamento não repercutirá em nenhuma outra verba trabalhista ou previdenciária, haja vista a sua nítida natureza jurídica indenizatória, haja vista que a lei não possui expressões inúteis.

No particular, vale lembrar que a Instrução Normativa n. 99, de 23.8.2012, expedida pela Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, posteriormente à publicação da Lei n. 12.619/2012 e que dispõe sobre a fiscalização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e das Contribuições Sociais instituídas pela Lei Complementar n. 110, de 29.6.2001, dispõe em seu art. 9º, inciso XXXVI, que não integram a remuneração, para fins do disposto no art. 5º (recolhimento do FGTS), o valor do “tempo de espera”, nos termos do § 9º, do art. 235-C da CLT.

Trata-se de reconhecimento, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, que o tempo de espera possui caráter indenizatório e não incide contribuição para o FGTS.

O tempo de espera é a grande novidade trazida para a CLT pela Lei n. 12.619/2012, baseada em experiência de outros países, sobretudo do Chile e de alguns países da Comunidade Econômica Europeia, visando dar tratamento diferenciado ao motorista profissional em função das características próprias de sua atividade.

Frise-se que a CLT contém previsões específicas para determinadas atividades, no Título III, Capítulo I, ao tratar das disposições especiais sobre duração e condições de trabalho, com destaque para a Seção V, que trata do serviço ferroviário (artigos 236 a 247), onde há previsão de prorrogação do trabalho em até 12 (doze) horas (art. 239), repouso intrajornada de 10 (dez) horas (artigos 239, § 1º, e 243) com regimes de sobreaviso e de prontidão (art. 244) e a Seção VI, que trata das equipagens das embarcações da Marinha Mercante, Navegação Fluvial e Lacustre e do Tráfego nos Portos e da Pesca (artigos 248 a 252).

Todavia, em que pese a nova lei dispor que o tempo de espera do motorista profissional não se computa na jornada de trabalho e deve ser indenizado (sem demais repercussões) com base no salário-hora normal acrescido de 30% (trinta por cento), recomenda-se que não haja abusos ou desvirtuamento na aplicação prática desse instituto, não sendo possível aplicá-lo no lugar dos repousos ou em períodos de descanso do trabalhador ou, ainda, em hipóteses não previstas pela lei, haja vista que a sua interpretação deve respeitar os princípios da razoabilidade e da boa fé.

A Lei n. 12.619/2012, ao inserir na CLT o art. 235-D, dá um tratamento diferenciado para quem labora em viagens de longa distância, assim consideradas aquelas em que o motorista profissional permanece fora da base da empresa, matriz ou filial, e de sua residência por mais de 24 (vinte e quatro) horas, devendo ser observadas as seguintes diretrizes:

I- intervalo mínimo de 30 (trinta) minutos para descanso a cada 4 (quatro) horas de tempo ininterrupto de direção, podendo ser fracionados o tempo de direção e o de intervalo de descanso, desde que não completadas as 4 (quatro) horas ininterruptas de direção;

II- intervalo mínimo de 1 (uma) hora para refeição, podendo coincidir ou não com o intervalo de descanso do inciso I;

III- repouso diário do motorista obrigatoriamente com o veículo estacionado, podendo ser feito em cabine leito do veículo ou em alojamento do empregador, do contratante do transporte, do embarcador ou do destinatário ou em hotel, ressalvada a hipótese da direção em dupla de motoristas prevista no §6º do art. 235-E.

Especificamente para o transporte rodoviário de cargas em longas distâncias, o art. 235-E estabelece que, além das regras previstas no art. 235-D, anteriormente mencionadas, devem ser obedecidos os seguintes repousos:

a) nas viagens com duração superior a uma semana, o descanso semanal será de 36 (trinta e seis) horas de repouso por semana trabalhada ou fração semanal trabalhada, podendo o gozo ocorrer no retorno do motorista à base (matriz ou filial) ou em seu domicílio, salvo se a empresa oferecer condições adequadas para o efetivo gozo do referido descanso;

b) permissão do fracionamento do descanso semanal em 30 (trinta) horas mais 6 (seis) horas a serem cumpridas na mesma semana e em continuidade de um período de repouso diário;

c) dispensa do serviço para o motorista que ficar fora da base da empresa com o veículo parado por tempo superior à jornada normal de trabalho, exceto se for exigida permanência junto ao veículo, hipótese em que o tempo excedente à jornada será considerado de espera;

d) nas fiscalizações em barreiras ou aduanas de fronteira, o tempo parado que exceder a jornada normal será computado como tempo de espera e será indenizado na razão de 30% (trinta por cento) sobre o salário-hora normal;

e) em casos de força maior, devidamente comprovado, permissão de excedimento da jornada de trabalho do motorista profissional pelo tempo necessário para sair da situação extraordinária e chegar a um local seguro ou ao seu destino;

f) jornada de 12 (doze) horas de trabalho por 36 (trinta e seis) horas de descanso, em razão da especificidade do transporte, de sazonalidade

ou de característica que o justifique, desde que prevista em convenção ou acordo coletivo de trabalho;

g) remuneração de 30% sobre a hora normal ao motorista que viajar em dupla no mesmo veículo, em relação ao tempo em que estiver de repouso no veículo em movimento, observado o repouso mínimo de 6 (seis) horas consecutivas fora do veículo em alojamento externo, se na cabine leito, com o veículo estacionado;

h) proibição de remuneração do motorista em função da distância percorrida, do tempo de viagem e/ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante comissão ou qualquer outro tipo de vantagem, se essa remuneração ou comissionamento comprometer a segurança rodoviária ou da coletividade ou possibilitar violação às normas da CLT;

i) possibilidade de regulamentação de jornadas especiais, remuneração, benefícios, atividades acessórias e demais condições de trabalho através de acordos e convenções coletivas de trabalho, desde que não sejam prejudiciais à saúde e à segurança do trabalhador.

Assim como o tempo de espera representa uma novidade trazida com a nova lei, o legislador criou a figura do “tempo de reserva”, assim entendido como sendo o tempo de repouso dos motoristas que trabalham em dupla, se revezando na direção do caminhão.

Diferentemente do tempo de espera, onde os 30% (trinta por cento) sobre a hora normal são indenizados, no “tempo de reserva” a hora normal é “remunerada” em 30% (trinta por cento) e, portanto, deve repercutir nas demais verbas salariais e rescisórias, inclusive no FGTS, valendo destacar a Instrução Normativa n. 99, de 23.8.2012, da SIT do MTE, art. 8º, inciso XXI.

A figura do tempo de reserva também é aplicável ao transporte de passageiros de longa distância em regime de revezamento, nos termos do § 12º do art. 235-E.

Embora a Lei n. 12.619/2012 trate da profissão de motorista, é curioso observar que o § 10º do art. 235-E, aduz que não será considerado como jornada de trabalho nem ensejará o pagamento de qualquer remuneração o período em que o motorista ou o “ajudante” ficarem espontaneamente no veículo usufruindo do intervalo de repouso diário ou durante o gozo de seus intervalos intrajornadas.

A menção ao “ajudante” se justifica, pois não raro o motorista de viagens de longas distâncias se faz acompanhar de um ajudante de carga e descarga, sendo certo que, nessas circunstâncias, esse trabalhador está submetido às mesmas situações peculiares da atividade profissional do condutor, pelo que também a ele podem ser aplicadas, por analogia, algumas regras contidas na nova lei, como por exemplo, o tempo de espera.

Outra importante inovação trazida pela nova lei é a contida no § 11 do art. 235-E, que regula a situação muito comum na região norte do país, onde os veículos de transportes são conduzidos através de embarcações fluviais.

Nesses casos, desde que a embarcação disponha de alojamento para gozo do intervalo de repouso diário previsto no § 3º do art. 235-C (intervalo de 1 hora para refeição e 11 horas a cada 24 horas), esse tempo não será considerado como jornada de trabalho, a não ser o tempo restante, que será considerado de espera.

Sobreleva ressaltar que a nova lei prestigia a negociação coletiva como forma supletiva de regulamentação de algumas condições de trabalho específicas para determinadas especialidades de transporte rodoviário de cargas.

Neste passo, vale destacar os seguintes dispositivos que mencionam a opção de acordo ou convenção coletiva de trabalho: art. 2º, parágrafo único (ampliação do valor mínimo da cobertura do seguro obrigatório); art. 235-C, *caput* (jornada diária de trabalho); art. 235-C, § 4º (ampliação do adicional de horas extras); art. 235-C, § 6º (acordo de compensação de horas); art. 235-F (jornada de 12X36); art. 235-H (outras condições específicas de trabalho, desde que não prejudiciais à saúde e à segurança do trabalhador).

A lei em comento, em seu art. 4º, acrescentou o § 5º ao art. 71 da CLT, que trata do intervalo para repouso e alimentação, para dispor que no transporte coletivo de passageiros, os referidos intervalos expressos no *caput* (uma hora para trabalho que exceda de seis horas) e no § 1º (quinze minutos para o trabalho que não exceda a seis horas), poderão ser fracionados quando compreendidos entre o término da primeira hora trabalhada e o início da última hora, desde que previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais do trabalho, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.

O art. 5º da Lei n. 12.619/2012 traz alterações na Lei n. 9.503, de 23.9.1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para acrescentar os artigos 67-A a 67-D, tratando do tempo de direção ou de condução, assim entendido como sendo o período em que o condutor estiver efetivamente ao volante de um veículo em curso entre a origem e o seu destino (§ 4º do art. 67-A), e dos períodos de descanso obrigatórios.

Tais alterações são necessárias para que a regra do tempo de direção ou de condução seja aplicada a todo e qualquer motorista profissional, seja ele empregado de empresas nacionais ou estrangeiras, bem como aos Transportadores Autônomos de Cargas, assim definidos pela Lei n. 11.442, de 5.1.2007, em seus artigos 2º, inciso I, e 4º, §§ 1º e 2º.

De nada adiantaria haver alterações na CLT para tratar de tempo de direção e jornada de trabalho, obrigando apenas os motoristas profissionais empregados, deixando os milhares de transportadores autônomos de cargas sem a obrigação do cumprimento de um limite máximo de horas ao volante.

Nesse sentido, dispõe o art. 67-A do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela nova lei, ser vedado ao motorista profissional, na condução de veículos de transporte e de condução escolar, transporte de passageiros com mais de dez lugares e os de carga com peso bruto total superior a quatro mil, quinhentos e trinta e seis quilogramas, dirigir por mais de 4 (quatro) horas ininterruptas.

Dispõe o referido artigo, em seu § 1º, que deve ser observado um intervalo mínimo de 30 (trinta) minutos para descanso a cada 4 (quatro) horas ininterruptas na condução dos veículos anteriormente mencionados, sendo facultado o fracionamento do tempo de direção e do intervalo de descanso desde que não completadas 4 (quatro) horas contínuas no exercício da condução.

Admite-se, em situações excepcionais e desde que não comprometa a segurança rodoviária, a prorrogação do tempo de direção por mais 1 (uma) hora, de modo a permitir que o condutor, o veículo e sua carga cheguem a lugar que ofereça a segurança e o atendimento demandados (§ 2º).

Exige o referido artigo, em seu § 3º, que o condutor observe um descanso mínimo de 11 (onze) horas dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas, podendo ser fracionado em 9 (nove) horas mais 2 (duas), no mesmo dia. O descanso pode ser feito no interior do próprio veículo, desde que este seja dotado de locais apropriados para a natureza e a duração do descanso exigido.

O § 5º do art. 67-A do CTB traz uma relevante alteração que visa aumentar a segurança nas estradas, ao exigir que o condutor somente inicie a viagem com duração maior que 24 (vinte e quatro) horas após o cumprimento integral do intervalo de descanso previsto no § 3º (11 horas de descanso dentro do período de 24 horas).

A nova lei define como início de viagem, para fins do previsto no § 5º, a partida do condutor logo após o carregamento do veículo, considerando-se como continuação da viagem as partidas nos dias subsequentes até o destino.

Além disso, ela prevê a proibição ao transportador de cargas ou passageiros, embarcador, consignatário, operador de terminais, operador de transporte multimodal ou agente de cargas, permitir ou ordenar a qualquer motorista a seu serviço, ainda que subcontratado, que conduza o veículo sem a observância do repouso de 11 (onze) horas dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas.

Tal regra criou uma corresponsabilidade entre o embarcador, o transportador e os demais citados no parágrafo anterior, caso seja permitido ou ordenado que o motorista, ainda que subcontratado, conduza o veículo sem a observância do intervalo de 11 (onze) horas dentro do período de 24 (vinte e quatro) horas, e desde que a viagem seja superior a um dia.

Lamentavelmente houve veto ao § 8º do art. 67-A, que responsabilizava solidariamente com o transportador os agentes mencionados no § 7º, anteriormente mencionados, com exceção feita àqueles identificados como embarcadores e/ou passageiros, pelas obrigações civis, criminais e outras previstas em lei, decorrentes da inobservância dos horários de descanso previstos no referido artigo, ao argumento de que, ao se estabelecer solidariedade na responsabilidade criminal, a redação do § 8º é contrária ao princípio da responsabilidade pessoal, previsto no art. 5º, inciso XLV, da CF.

Entretanto, embora o § 7º tenha ficado sem previsão de sanção em caso de descumprimento, a sanção de caráter civil encontra fundamento no art. 186 do Código Civil, que assim dispõe: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Dispõe o art. 67-C que o controle do tempo de direção ou condução é responsabilidade do motorista profissional, respondendo pela não observância dos períodos de descanso, inclusive quanto às penalidades previstas no Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997).

Através do art. 6º, a Lei n. 12.619/2012 alterou a redação do art. 145 do CTB para incluir o parágrafo único, para dispor que a participação em curso especializado previsto no inciso IV independe da observância do disposto no inciso III (não ter cometido nenhuma infração grave ou gravíssima ou ser reincidente em infrações médias durante os últimos doze meses).

Além disso, a Lei n. 12.619/2012 incluiu o inciso XXIII no art. 230 do CTB, para considerar infração grave e sujeita a multa e medida administrativa (com possibilidade de retenção do veículo), a condução em desacordo com as condições estabelecidas no art. 67-A, relativamente ao tempo de permanência do condutor ao volante e aos intervalos para descanso, quando se tratar de veículo de transporte de carga ou de passageiros.

Por fim, em seu art. 9º, dispõe a lei em exame que as condições sanitárias e de conforto nos locais de espera dos motoristas de transporte de cargas em pátios do transportador, embarcador, consignatário, operador de terminais, operador intermodal ou agente de cargas, aduanas, portos marítimos, fluviais, secos e locais para repouso e descanso, inclusive dos motoristas de transporte de passageiros, terão que respeitar o disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego, dentre outras.

Embora não tenha sido prejudicada em sua essência, a Lei n. 12.619/2012 sofreu 19 (dezenove) vetos da Senhora Presidente da República, alguns absolutamente desnecessários, mas outros que prejudicam a viabilização dos repousos e demais benefícios trazidos pela nova lei ao motorista profissional.

Vale destacar os vetos aos artigos 7º, 8º e 10º, PL n. 99 de 2007 (n. 319/2009 no Senado Federal). O art. 7º visava a alteração do art. 34-A da Lei n. 10.233, de 5.6.2001, que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, para incluir o inciso VI, nos casos de concessão de rodovias, a exigência da construção de locais seguros destinados a estacionamento de veículos e descanso para os motoristas, situados a intervalos menores que 200 (duzentos) quilômetros entre si, incluindo área isolada para os veículos que transportem produtos perigosos, e em consonância com o volume médio diário de tráfego na rodovia.

O art. 8º trazia a relevante modificação no art. 2º, da Lei n. 11.079, de 30.12.2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, para incluir o § 5º, afastando as vedações contidas no § 4º dessa última lei citada, quando a celebração e contrato de parceria público-privada tivesse por objeto a construção ou a implantação de pontos de parada em rodovias sob administração direta da União, dos Estados ou do Distrito Federal, para o estacionamento de veículos e descanso dos motoristas. Já o art. 10 também obrigava a adequação dos contratos de concessões de rodovias outorgadas aos concessionários para que fossem construídos os estacionamentos de veículos, situados a intervalos menores que 200 (duzentos) quilômetros entre si.

A justificativa para os referidos vetos foi a de que a proposta acarretaria novas obrigações aos concessionários de rodovias, o que poderia ensejar o reequilíbrio dos contratos e o conseqüente aumento de tarifas cobradas nos pedágios, bem como a utilização do regime de parcerias público-privadas deve se limitar a projetos que exijam recursos vultosos e contratos de longo prazo, os quais permitam a amortização dos valores investidos.

Entendemos que a construção dos pontos de parada ao longo das rodovias, com estacionamentos adequados e com condições de higiene e segurança aos motoristas profissionais é medida urgente, tão importante quanto a definição de intervalos para repousos e limites de tempo de direção e jornada de trabalho, devendo integrar as ações e políticas governamentais do Estado em nome da segurança nas estradas, cujo interesse está acima de eventuais reequilíbrios contratuais com a administração pública.

Neste sentido merece destaque o Projeto de Lei n. 785/2011, de autoria do Deputado Onofre Santo Agostini (DEM/SC), apresentado em 22.3.2011 na Câmara dos Deputados, que obriga a construção e a manutenção de estações de apoio a condutores de veículo de transporte

de carga ou de veículo de transporte público de passageiros, no âmbito das concessões rodoviárias federais.

O referido projeto propõe que em toda rodovia estadual e federal, inclusive as atualmente concessionadas, haja a obrigatoriedade de disponibilizar Ponto de Apoio para usuários da via, em especial aos transportadores de cargas, preferencialmente em áreas que contemplem postos de combustível com estrutura básica para higiene e alimentação, com pátios grandes o suficiente para acomodar os caminhões, com monitoramento para garantir a segurança das cargas transportadas e instalados a uma distância entre um e outro de, no mínimo, 70 e, no máximo, 100 quilômetros.

Em 31.5.2012, o PL n. 785/2011 teve a sua redação final aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, e em 13.6.2012 foi remetido pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados ao Senado Federal, através do Ofício n. 370/12/OS-GSE.

No que tange à fiscalização do cumprimento do tempo de direção, o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN - publicou em 12.6.2012 a Resolução 405, que dispõe sobre a fiscalização do tempo de direção do motorista profissional de que trata o art. 67-A, incluído no Código de Trânsito Brasileiro - CTB - pela Lei n. 12.619/2012.

A referida Portaria estabelece os procedimentos para fiscalização do tempo de direção e descanso do motorista profissional na condução dos veículos de transporte e de condução de escolares, de transporte de passageiros com mais de 10 (dez) lugares, e de carga com peso bruto total superior a 4.536 quilogramas.

Em seu art. 2º, a Portaria 405 do CONTRAN estabelece que a fiscalização do tempo de direção e do intervalo de descanso do motorista profissional dar-se-á por meio de: a) análise do disco ou fita diagrama do tacógrafo ou de outros meios eletrônicos idôneos instalados no veículo, na forma regulamentada pelo CONTRAN; ou b) verificação do diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, fornecida pelo empregador; ou c) verificação da ficha de trabalho do autônomo, conforme Anexo da referida Resolução.

A Resolução 408 do CONTRAN, de 2.8.2012, alterou o art. 8º da Resolução 405, de 12.6.2012, para determinar que até 11.9.2012 os órgãos de trânsito com circunscrição sobre a via somente realizariam fiscalização educativa quanto ao tempo de direção e descanso de que trata o art. 67-A do CTB.

Por fim, foi publicada em 12.9.2012 a polêmica Portaria n. 417 do CONTRAN, que alterou o art. 6º da Resolução 405, de 12.6.2012, para estabelecer uma recomendação para que a fiscalização punitiva se dê nas vias que tenham possibilidade do cumprimento do tempo de direção e descanso, no que se refere à existência de pontos de parada que preencham os requisitos definidos no art. 9º da Lei n. 12.619/2012.

A Portaria n. 417/2012 do CONTRAN estabelece ainda que o Ministério dos Transportes e o Ministério do Trabalho e Emprego publicarão no Diário Oficial da União, Portaria Interministerial, no prazo de até 180 dias, as listas de rodovias federais que ofereçam as possibilidades do cumprimento do tempo de direção e descanso, no que pertine aos pontos de parada.

Embora a Portaria n. 417/2012, pela sua precariedade técnica, tenha sido interpretada como uma prorrogação da fiscalização do tempo de direção nas rodovias federais (há omissão quanto às estaduais), o fato é que a Lei n. 12.619/2012 encontra-se em pleno vigor desde junho de 2012, sobretudo em relação às alterações feitas na CLT e no CTB.

Neste passo, entendemos que as empresas de transporte devem se atentar para as novas regras e rever procedimentos administrativos e cláusulas contratuais para adequá-las às novas diretrizes trazidas pela Lei n. 12.619/2012.

A despeito das dificuldades práticas enfrentadas na aplicação da nova legislação, o fato é que a Lei n. 12.619/2012 representa um avanço sem precedentes nas relações entre capital e trabalho, e traz um novo regramento à profissão de motorista, contendo direitos e obrigações que deverão ser observados por todos os interessados.

Trata-se de uma lei que, antes de sua publicação, foi amplamente discutida entre as categorias econômica e profissional com a participação do Ministério Público do Trabalho e contando com o apoio de diversos parlamentares, o que eleva a responsabilidade na sua interpretação e aplicação.

CLT: longevidade é suficiente para viabilidade?*

Hélio Zylberstajn**

1 INTRODUÇÃO

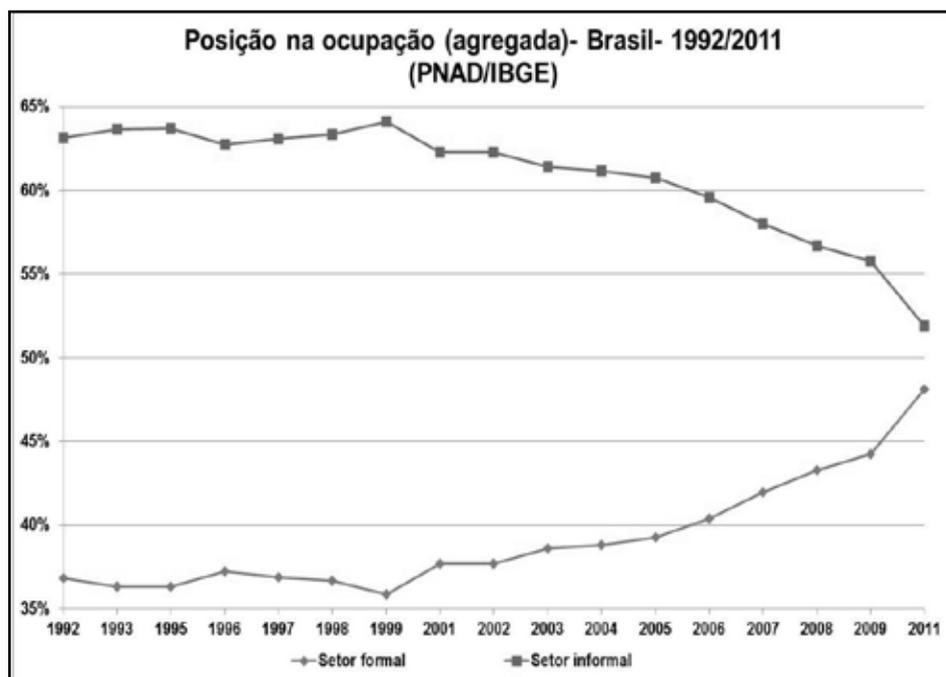
Os organizadores deste evento solicitaram uma reflexão sobre o tema **Viabilidade da CLT**. O primeiro impulso foi me socorrer de um velho amigo, o Novo Aurélio e obtive três significados para as palavras viabilidade e viável, que transcrevo a seguir. Viabilidade significa: “qualidade de viável” e “condição de caminho ou via por onde se pode transitar”. Viável, por sua vez, significa: “duradouro; vivedouro”, “executável; exequível, realizável” e finalmente “que pode ser percorrido; que não oferece obstáculo; transitável”. Portanto, o **Novo Aurélio** oferece três critérios para avaliar a CLT, e este conjunto de critérios parece ser um bom roteiro para balizar a discussão. Os próximos parágrafos e as próximas seções examinam a CLT segundo a durabilidade, a exequibilidade e a capacidade de ser percorrida.

A CLT acaba de completar setenta anos e mostra sinais de muita vitalidade. Muitos gostariam de modificá-la, mas poucos se arriscariam a dizer que os dias da CLT estariam contados. Sem dúvida, no primeiro critério, o da longevidade, a CLT está aprovada.

Quanto ao segundo critério, exequibilidade, o gráfico a seguir demonstra que a CLT não conseguiu atingir o objetivo dos seus formuladores, que era oferecer proteção e tutela aos trabalhadores brasileiros. De acordo com o IBGE, a formalização e, portanto, a proteção da CLT ainda não é acessível a uma grande parte dos trabalhadores. Apesar dos avanços obtidos a partir do final dos anos 1990, a maior parte do nosso mercado de trabalho ainda opera na informalidade. O gráfico utiliza a variável “posição na ocupação” e consolida as informações em dois grupos. O primeiro, o segmento formal, é constituído pelos empregados com Carteira Profissional assinada, pelos funcionários públicos e pelos militares. O lado informal reúne os empregos sem registro, os trabalhadores por conta própria, os trabalhadores sem remuneração e os empregadores. Os números infelizmente deixam evidente que a CLT cobre apenas metade do mercado de trabalho e assim oferece apenas parcialmente a proteção desejada pelos formuladores das políticas públicas. O grau de cobertura alcançado depois destes 70 anos indica que a CLT não pode ser considerada exequível.

*Palestra apresentada no 13º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, organizado pelo TRT da 15ª Região, na **Sessão Viabilidade da CLT**. O Congresso foi realizado em Paulínia, no Estado de São Paulo, em 27 e 28 de junho de 2013.

**Professor da Faculdade de Economia da Universidade de São Paulo - FEA/USP



O terceiro critério remete a uma série de perguntas. É possível transitar pela “estrada” CLT? Há obstáculos? Se há, seriam intransponíveis? É possível “consertar” a estrada? Haveria “atalhos” “viáveis”? E mais: a própria durabilidade da CLT seria um atestado de qualidade (viabilidade)? Ou sinal de defeito?

Aparentemente, a durabilidade pode ser interpretada como um indício de deficiências, já que houve tentativas de reformá-la em quatro dos últimos cinco mandatos presidenciais. Fernando Henrique Cardoso modificou aspectos pontuais dos direitos individuais tendo sempre o cuidado de remeter as modificações à negociação coletiva. Lula, por outro lado, tentou uma reformulação mais profunda, a reforma sindical, mas fracassou, e depois do fracasso voltou à estratégia de seu antecessor. Promoveu a reforma de alguns pontos, principalmente na esfera dos direitos coletivos.

A insatisfação dos dois presidentes em relação à CLT indica que para eles a CLT não poderia ser bem avaliada no terceiro critério, o da sua “navegabilidade”.

Dos três critérios propostos, portanto, a CLT seria aprovada apenas em um, o da durabilidade. Evidentemente, o resultado obtido não poderia ser considerado como definitivo, pois foi obtido apenas com uma reflexão rápida e superficial. Apesar disso, não pode ser descartado e deve ser considerado como um motivador a um exame mais profundo e reflexivo sobre a CLT, que é feito nas próximas seções. A metodologia

escolhida é a de examinar a CLT e as instituições dela decorrentes como um sistema de relações industriais, conceito que é utilizado como referencial para a comparação e para a avaliação mais definitiva. A seção 2, a seguir, introduz o conceito de Sistema de Relações Industriais e seus elementos, propostos por John Dunlop. A seção 3 examina sucintamente a CLT à luz do conceito de Sistema de Relações Industriais. Finalmente, a seção 4 resume a avaliação da viabilidade da CLT e apresenta considerações finais.

2 O SRI - SISTEMA DE RELAÇÕES INDUSTRIAIS

O conceito de SRI - Sistema de Relações Industriais foi criado por John Dunlop em 1958 e mais recentemente aperfeiçoado por Katz e Kochan¹. É um conceito pouco difundido e pouco utilizado pelos estudiosos brasileiros, embora de ampla aceitação na literatura das relações de trabalho². Para Dunlop, o SRI é um subsistema contido em um sistema mais amplo, a sociedade, e é influenciado pela tecnologia, pelos mercados, pela distribuição do poder na sociedade e pela ideologia, que formam o contexto do SRI. Na concepção de Dunlop a função essencial do SRI é produzir as regras para a regulação do mercado de trabalho, e o autor americano apontava três elementos no SRI: estruturas, processos e resultados. A Figura a seguir representa graficamente o conceito do SRI.



¹V. DUNLOP, John T. **Industrial relations Systems**. Revised Edition. Boston: Harvard Business School Press, 1993 e KATZ, Harry C.; KOCHAN, Thomas A. **An introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations**. 2nd. Edition. Boston: Irwin/McGraw Hill, 2000.

²Para uma discussão sobre o distanciamento e o desconhecimento da comunidade brasileira de estudiosos das relações de trabalho em relação ao conceito, ver HORN *et alii*. John T. Dunlop e os 50 anos do Industrial Relations System. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 1047-1070, 2009.

Dunlop designou por **estruturas** os esquemas de representação dos interesses das três partes: trabalhadores, empresas e governo. As estruturas que representam os trabalhadores são os sindicatos, mas não apenas eles, pois incluem todas as formas de representação, desde as que se organizam nos locais de trabalho até as organizações de cúpula, como as centrais sindicais. As empresas também organizam suas estruturas de representação, que incluem o pessoal da área de RH e assemelhados, passando pelos sindicatos patronais e chegando também às organizações de cúpula, como as confederações patronais. O governo, por sua vez, se estrutura por meio de agências que lidam com os diferentes temas do mercado de trabalho, desde a inspeção do trabalho, as agências de emprego, até os órgãos que operam os mecanismos de solução de divergência.

As estruturas descritas por Dunlop interagem por meio de **processos** os quais incluem a consulta, a informação, a negociação coletiva, as ações de *lobby* junto aos três poderes do Estado - Executivo, Legislativo e Judiciário. Dunlop sustenta que há diversas combinações possíveis para a convivência das estruturas, sendo a ideal aquela em que trabalhadores e empresas compartilham o controle sobre a produção das regras do sistema. Para Dunlop, o SRI desejável seria aquele em que a negociação coletiva fosse o mecanismo preferencial de regulação do mercado de trabalho. Mas Dunlop reconhece que há sistemas em que um dos lados prevalece, e um exemplo seria o caso em que o Estado detém a maior parcela de poder na criação das regras.

Finalmente, o terceiro elemento do SRI, na concepção de Dunlop, é o conjunto de resultados, e para ele resultados são as regras, ou as normas que a interação das estruturas produz por meio dos processos de interação. Dunlop menciona que o SRI produz uma “rede de regras” (*web of rules*) e entende como regras, por exemplo, os salários, a duração da jornada, as férias, os benefícios, as garantias de emprego, as normas relativas às condições de trabalho e assim por diante. Dunlop faz uma classificação importante em relação às regras, dizendo que há três tipos de regras: a) regras para produzir regras; b) regras propriamente ditas; e c) regras para interpretar regras e resolver disputas. As regras para produzir regras são as normas segundo as quais o “jogo deve ser jogado”, ou seja, são as normas que balizam o processo de produção das regras. Uma norma que estabeleça que as partes devam negociar em boa fé seria um exemplo desse tipo de regra. O direito a organizar sindicatos e a negociar coletivamente seria outro exemplo. Salários, benefícios, jornada etc. constituem o segundo tipo de regras e, finalmente, mecanismos para solucionar divergências seriam exemplos do terceiro tipo de regras.

Um dos elementos do contexto no SRI: a compatibilidade ideológica entre as estruturas de representação. Dunlop considera muito importante este elemento, a tal ponto que o conceito de SRI somente faz sentido quando existe alguma compatibilidade ideológica entre trabalho e capital. Para que haja alguma interação, e que esta interação produza

resultados (regras), é preciso que os representantes dos trabalhadores e das empresas reconheçam mutuamente as respectivas representações. Sem um patamar mínimo de reconhecimento, não pode haver interação e não há produção de regras por processos negociais entre trabalho e capital.

Outro aspecto vital para entender o pensamento de Dunlop é a ideia de que o SRI reconhece a diferença de poder entre a empresa e o trabalhador, e tenta corrigir garantindo aos trabalhadores condições e garantias para a existência de estruturas de representação e de processos de tal maneira a estabelecer processos e relações mais equilibrados.

Finalmente, Dunlop - como continuador da tradição dos pensadores institucionalistas americanos - reconhece a natureza conflituosa da relação de trabalho, e vê no SRI a possibilidade de construção de mecanismos e instrumentos para administrá-lo. Assim, os resultados da interação entre trabalho e capital vão além das regras propriamente ditas, e incluem a construção de procedimentos autônomos para solucionar as divergências.

3 A CLT SOB A ÓTICA DO SRI

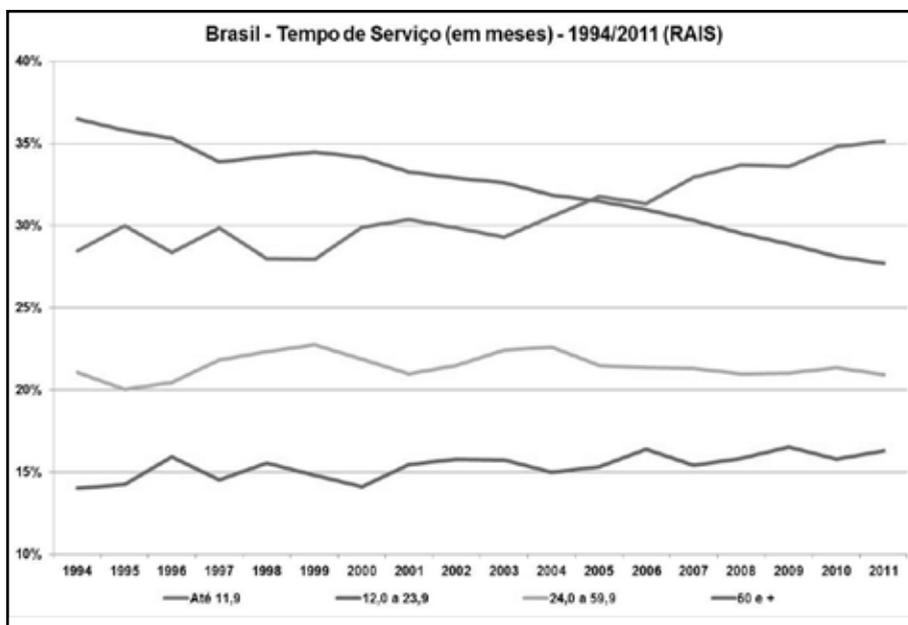
Nos anos 1930 e 1940, o Brasil iniciava a transformação de uma sociedade eminentemente rural para uma sociedade urbana e industrial. Getúlio Vargas entregaria a CLT para evitar, na medida do possível, que o conflito trabalhista obstruísse a transição desejada. O país não estava pronto para construir um SRI de tipo ideal, pois faltavam os elementos essenciais listados por Dunlop.

Naqueles tempos não havia compatibilidade ideológica entre trabalhadores e empresários. O estilo de gestão nas empresas brasileiras daquela época era predominantemente autoritário e os empresários teriam dificuldades para aceitar e para lidar com os sindicatos e com os interesses dos trabalhadores. Por outro lado, o movimento sindical era fortemente influenciado pela ideologia do sindicalismo europeu, que ainda via no socialismo a única solução para as questões trabalhistas.

A “entrega” da CLT e do sistema pronto de relações de trabalho foi a solução que Getúlio encontrou para superar a deficiência essencial da distância ideológica. A solução previa a predominância de um ator na operação do sistema de relações de trabalho: o Estado. Para justificá-la, os formuladores da época utilizaram o conceito da hipossuficiência, segundo o qual o trabalhador, sendo incapaz de cuidar de seus interesses, necessita da tutela estatal para não ser massacrado pela empresa. O modelo da CLT produziu estruturas controladas e cooptadas por diversos mecanismos, e além de controladas, a interação entre as estruturas de representação se daria por meio de processos restritos. As restrições impostas às estruturas de representação (sindicatos de trabalhadores e de empresas) e as limitações à interação entre as mesmas

criaram um sistema de representação de interesses com vícios de origem, que se transformou em um conjunto de sindicatos pouco representativos e de questionável legitimidade. O sistema da CLT desde o início procurou limitar a autonomia das estruturas de representação de interesses, para concentrar no Estado a capacidade de produção de normas.

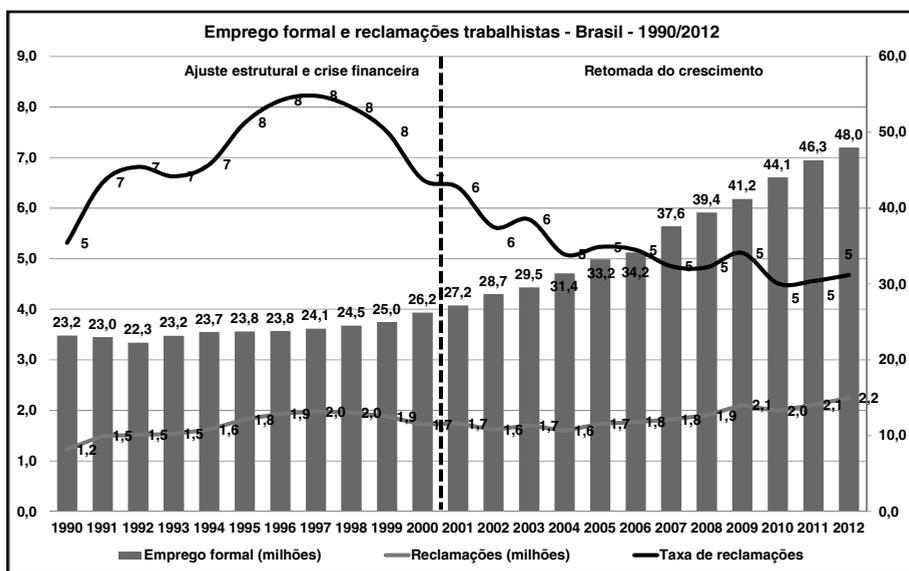
Os resultados do sistema, ou seja, as regras foram entregues juntamente com o próprio sistema. A CLT foi uma espécie de “prato feito”, um conjunto abrangente, generoso e extremamente detalhado de normas de proteção aos trabalhadores. Enfatiza os direitos individuais e deixa pouco espaço para a autonomia dos atores sociais. A fonte preferencial de direitos é a legislação, e a própria operação do sistema é preferencialmente deixada ao Estado também. Ironicamente, apesar da preocupação enfática com a proteção, a CLT produziu um mercado de trabalho com duas características opostas ao desejo dos seus formuladores. Primeiro, o mercado de trabalho é ainda hoje majoritariamente informal, indicando que a CLT tem eficácia questionável e alcance bastante limitado (aspecto já mencionado na seção 1). Segundo, apesar do detalhamento das normas de direitos individuais, o mercado de trabalho é muito flexível, pois mais da metade dos trabalhadores formais brasileiros não completam dois anos no mesmo emprego, conforme demonstra o gráfico a seguir, construído com as estatísticas da RAIS.



O exame do sistema CLT sob a óptica do SRI requer um olhar para as regras para a produção de regras, e as regras para a administração das divergências. Estas regras seguem o mesmo padrão das regras propriamente

ditas e são preferencialmente deixadas para o Estado, resultando num enorme sistema de solução de conflitos sem paralelo no mundo: a Justiça do Trabalho. A enorme quantidade de reclamações indica que o sistema não consegue administrar e prevenir o conflito e, mais que isso, aparentemente induz ao litígio, que é uma forma pouco eficiente de manifestação do conflito.

No gráfico a seguir, que cobre os últimos 22 anos, as colunas verticais representam a quantidade de postos formais de trabalho registrados na RAIS. Neste período, o mercado de trabalho mais que duplicou de tamanho, passando de 23 milhões em 1990 para 48 milhões em 2012. A linha cinza que corta as barras representa a quantidade de novos processos nas Varas do Trabalho, e indica que o volume de processos passou de 1,2 milhões para 2,2 milhões nestes 22 anos. Finalmente, a terceira linha, de cor negra, representa a relação entre reclamações trabalhistas e empregos, e indica a quantidade de processos instaurados para cada 100 empregos existentes. Historicamente, esta taxa é de cinco reclamações para cada 100 empregos formais, ou seja, 5%. A taxa oscilou para cima nos anos 1990, período em que a economia brasileira experimentou um profundo processo de ajuste com abertura do comércio exterior, privatizações, desregulamentações, e finalmente a estabilização do Plano Real e as crises financeiras do final da década. Nesta fase, o emprego ficou estagnado e o gráfico mostra um crescimento expressivo na taxa de reclamações, que chegou ao nível de 8%. Nos anos seguintes, com a retomada do crescimento do emprego, a taxa de reclamações voltou ao patamar histórico de 5%.



O gráfico indica uma propensão exagerada ao litígio no Brasil. Mais ainda, mostra que a propensão ao litígio é sensível à conjuntura econômica:

em tempos difíceis, os trabalhadores tendem a reclamar mais na Justiça do Trabalho. Mas quando a situação melhora e as oportunidades de emprego aparecem, reclamam menos. É como se a Justiça do Trabalho exercesse a função do Seguro-Desemprego. Terceiro, se o emprego formal continuar a crescer, será necessário criar mais Varas do Trabalho para absorver o crescimento paralelo das reclamações. Pior ainda, se o emprego estagnar, a taxa de reclamações crescerá como nos anos 1990, sufocando a Justiça do Trabalho. Se voltássemos hoje aos 8% dos anos 1990, haveria quatro milhões de reclamações por ano, demandando uma expansão enorme da Justiça Trabalhista. Os números indicam que o modelo da CLT, que transforma o conflito trabalhista em processos na Justiça do Trabalho, pode estar próximo da exaustão.

Em síntese, esta seção analisou a CLT com a óptica do SRI, ou seja, procurou encontrar na CLT os elementos correspondentes à descrição de Dunlop para o Sistema de Relações Industriais e identificou seguintes elementos, sintetizados no Quadro 1, a seguir:

Quadro 1: A CLT vista sob a óptica do SRI

Aspectos/elementos	SRI	CLT
Conflito trabalhista	Reconhece o conflito e o considera como a essência da relação de trabalho. Deve ser administrado, de preferência autonomamente pelas partes.	Pernicioso, deve ser evitado e remetido para fora, para evitar contaminação do ambiente. Cabe ao Estado administrar.
Condição dos trabalhadores	Tem menos poder que a empresa. O SRI precisa corrigir a diferença de poder, oferecendo garantias para a representação dos interesses dos trabalhadores (direito de organizar sindicatos de negociar).	O trabalhador é hipossuficiente e a legislação deve oferecer tutela. Subsidiariamente, deve oferecer garantias (controladas) para a sindicalização. Negociação coletiva tem menor importância.
Estado	Preferencialmente, garantidor das regras do jogo.	Papel preponderante.
Produção de regras	Preferencialmente pelas partes (trabalhadores e empresas)	Preferencialmente pelo Estado
Ênfase	Nas estruturas (de representação) e nos processos (de interação)	Nos resultados (regras)
Instituições no local de trabalho	Onde a interação começa e a base da representação se estabelece. Negociação coletiva contínua neste nível	Território da empresa. Não prevê representação de interesses nem interação. Negociação coletiva indireta por meio do sindicato, organizado em bases externas à empresa.
Solução de divergências	Por meio de mecanismos criados e operados autonomamente pelas partes	De competência do Estado

No quadro 1, há um o aspecto que tem implicações críticas para o sistema como um todo. Trata-se das instituições existentes no local de trabalho, cuja existência e cujo formato definem a essência do sistema como um todo. Na concepção de Dunlop, os alicerces do SRI são fincados neste nível. Não seria exagero dizer que se a negociação coletiva for escolhida como meio de produzir resultados para o sistema, ela deve se iniciar no local de trabalho. A partir da negociação direta no local de trabalho, a representação dos dois lados se estrutura para fora, para dimensões mais altas. Na concepção de Dunlop, não poderia haver SRI se não houvesse espaço e autonomia para a negociação coletiva no local de trabalho. Não coincidentemente, a CLT prevê a negociação coletiva, mas não oferece garantias para sua estruturação no local de trabalho. Este talvez seja o principal defeito do sistema brasileiro, pois implica na incapacidade das partes definirem com autonomia as regras mais apropriadas para si mesmas. Elas ficam reféns de regras produzidas fora do âmbito do local de trabalho, por instituições centralizadas e distantes que desconhecem suas necessidades. Esta faceta do nosso sistema não foi coincidência. Pelo contrário, faz parte da própria concepção da CLT, que visava retirar das partes a autonomia para a produção de regras e para a administração de divergências.

Levando em conta o contexto em que a CLT foi elaborado, o cuidado e a preocupação que seus formuladores tiveram talvez se justificasse. Afinal, o Estado brasileiro estava queimando etapas para apressar a industrialização, e o país talvez não estivesse preparado institucionalmente para a transformação rápida que chegaria. Talvez a CLT tenha sido necessária porque não tínhamos atores sociais amadurecidos e ideologicamente preparados para gerir autonomamente o conflito trabalhista. Se o argumento era aceitável para os anos 1930/1940, é pouco defensável nos dias de hoje, especialmente neste momento em que os cidadãos demonstram nas ruas que definitivamente não podem ser qualificados de hipossuficientes.

É possível que a tutela do Estado ainda seja justificável em determinadas situações e regiões do país. É possível que ainda persistam traços de atraso nas relações de trabalho que nos remetem às primeiras décadas do século passado. Mas são cada vez mais evidentes e frequentes os sinais de que a CLT e suas instituições não atendem às necessidades de trabalhadores e empresas em muitas áreas e em muitas atividades. Se a tutela do Estado ainda for necessária em alguns casos, ela é dispensável em muitos outros. Um exemplo de evolução nas relações de trabalho é o Acordo Coletivo Específico, proposto pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e pelas empresas automobilísticas daquela região. De acordo com esta proposta, empresas que reconheçam a representação sindical no local de trabalho e sindicatos que representem 50% mais um dos trabalhadores na empresa poderiam firmar acordos para aplicar a legislação trabalhista ajustando-a às suas necessidades. Esta proposta não seria compulsória. Ao contrário, apenas empresas e sindicatos que quisessem poderiam adotar este instrumento, que teria caráter voluntário.

O Compromisso Nacional é outro exemplo de progresso nas relações de trabalho. Trata-se de instrumento firmado por centenas de empresas do agronegócio da cana e sindicatos que representam os respectivos empregados, que cria uma espécie de autorregulação ambiental e social. Empresas que aderirem concordam em se submeter a auditoria provada independente para avaliação do grau de conformidade ao padrão definido no Compromisso Nacional que firmaram. A auditoria deve ser feita na presença de representante sindical, sem o que o resultado da auditoria não é válido, mesmo que não tenham sido encontradas não conformidades.

As duas inovações vêm de setores bastante distintos, mas têm duas semelhanças importantes. Primeiro, em ambos o lado empresarial reconhece a legitimidade da representação de interesses dos trabalhadores e vice-versa. Ou seja, o ponto de partida das duas propostas é a explicitação do compartilhamento de alguns valores ideológicos. Segundo, nos dois casos, os proponentes não ambicionam patrocinar uma ampla reforma trabalhista. Apenas pretendem obter segurança jurídica para poder voluntariamente negociar arranjos diretos entre si. São dois casos de manifestação de interesse pela autorregulação das relações de trabalho. São dois casos que testemunham o desejo de estabelecer, nos respectivos âmbitos, seus Sistemas de Relações Industriais preconizados no tipo ideal do SRI de Dunlop.

O teor das duas propostas sugere que o sistema da CLT, com a administração de divergências por meio da Justiça do Trabalho, e com a tutela do Estado não são mais desejados por estas empresas e estes trabalhadores. Não são mais funcionais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto inicialmente recorreu ao dicionário para buscar critérios para avaliar a viabilidade da CLT. Submetida aos os três critérios encontrados, a conclusão inicial foi a de que a CLT não passou no critério da eficácia, já que mais ou menos metade do mercado de trabalho ainda é informal. O segundo critério encontrado foi o grau de facilidade com que a CLT pode ser cumprida. As diversas tentativas de reforma da CLT promovidas pelo governo indicam que existe descontentamento entre trabalhadores e também nas empresas. Portanto, a CLT não passou pelo crivo deste critério também. O único critério de viabilidade no qual a CLT foi aprovada foi a longevidade, que já chega a 70 anos. Longevidade é de fato um indicador de viabilidade, mas pode ser também um resultado da dificuldade de mudar o sistema. Esta hipótese não pode ser descartada. É possível pensar na possibilidade de que a CLT seja hoje mais útil aos seus operadores do que a muitos dos trabalhadores cujos interesses supostamente ela deveria atender. O Quadro 2, a seguir, pode ilustrar este argumento.

Quadro 2: Produção de regras em quatro cenários - Controle na produção de regras e Representatividade das estruturas de representação

		Estruturas e controle na produção de regras	
		Não controlam	Controlam
Estruturas	Não representativas	Cenário 1 Regulação externa (CLT/Brasil)	Cenário 2 Funcionalidade viesada
	Representativas	Cenário 3 Funcionalidade cerceada (ABC e Cana)	Cenário 4 Funcionalidade recíproca

Trata-se de uma matriz de dupla entrada, que combina a representatividade das estruturas (nas linhas) e o controle na produção de regras (nas colunas). A combinação de estruturas representativas e não representativas com estruturas que podem controlar ou não controlar a produção de regras resultou em quatro células, representando quatro cenários.

O Cenário 1 representaria um sistema com estruturas não representativas e que não controlam a produção de regras. As regras são produzidas externamente, como é o caso do Brasil da CLT, com regras e sistemas de administração de divergências sem correspondência com as necessidades das partes. O Cenário 2 representa uma situação em que as estruturas não são representativas, mas uma delas prevalece sobre a outra. O resultado é um sistema com funcionalidade viesada para os interesses da estrutura predominante. O Cenário 3 combina estruturas representativas que, entretanto, não controlam a produção de regras. Este é o cenário vivenciado pelos metalúrgicos do ABC e pelo agronegócio da cana no Brasil. Os dois lados são bem representados, mas não têm ainda a garantia legal da capacidade de produzir suas regras e administrar autonomamente suas divergências. Finalmente, o Cenário 4 combina a estruturas com representatividade de interesses e o controle da produção de regras. Esta é a situação à qual os metalúrgicos do ABC e os canavieiros gostariam de chegar. Provavelmente, há muitos outros segmentos que almejavam atingir esta situação para poder administrar com autonomia suas relações de trabalho.

Os defensores da imutabilidade e da universalidade da CLT costumam defender seu ponto de vista argumentando que ainda existem no Brasil empresas e empresários que submetem seus empregados a condições degradantes e proporcionam empregos precários. Esta linha de argumentação é uma mistificação e também uma contradição. Contradição porque se a CLT fosse um instrumento tão poderoso como apregoam seus defensores, depois de setenta anos de vigência não poderia ainda haver tanta informalidade e tanta precariedade no nosso mercado de trabalho.

Mistificação porque nenhum crítico da CLT sugere sua revogação, mesmo porque muitos dos seus dispositivos foram transportados para a Constituição. A crítica à CLT apresentada neste texto não propõe a instalação da lei das selvas no mercado de trabalho. Longe disso, apenas demonstra que a CLT é uma legislação datada, paternalista, excessivamente protecionista e ineficaz. Admite até ter havido necessidade dela na época em que foi elaborada. Mas também constata que hoje existem segmentos que não precisam mais da tutela do Estado. Se o desenvolvimento é antes de tudo um processo de aprimoramento qualitativo e institucional da sociedade, para estes segmentos a CLT é talvez um obstáculo ao seu aprimoramento.

Se nos anos 1930/1940 o Brasil tivesse adotado uma estratégia de desenvolvimento diferente, que enfatizasse a qualidade do crescimento ao invés de privilegiar a quantidade do produto, talvez tivéssemos criado um mercado de trabalho mais desenvolvido e formalizado. Ao invés de enfatizar o crescimento quantitativo do produto industrial deveríamos ter buscado o crescimento do emprego, que eliminaria o excesso estrutural de mão de obra e equilibraria a balança de poder no mercado de trabalho. Isso certamente teria tido um efeito maior na qualidade do emprego do que a escolha mais simplista da estratégia de regulamentação paternalista da CLT.

A defesa da CLT com o argumento da hipossuficiência universal é uma estratégia para confundir o debate que aparenta generosidade, mas que na realidade esconde certo cinismo. Não deve ser coincidência que seja utilizada pelos setores que têm interesse na permanência de instituições retrógradas, cujos serviços sobrevivem graças ao primitivismo do nosso sistema de relações de trabalho.

5 REFERÊNCIAS

DUNLOP, John T. **Industrial relations Systems**. Revised Edition. Boston: Harvard Business School Press, 1993. (edição original de 1958)

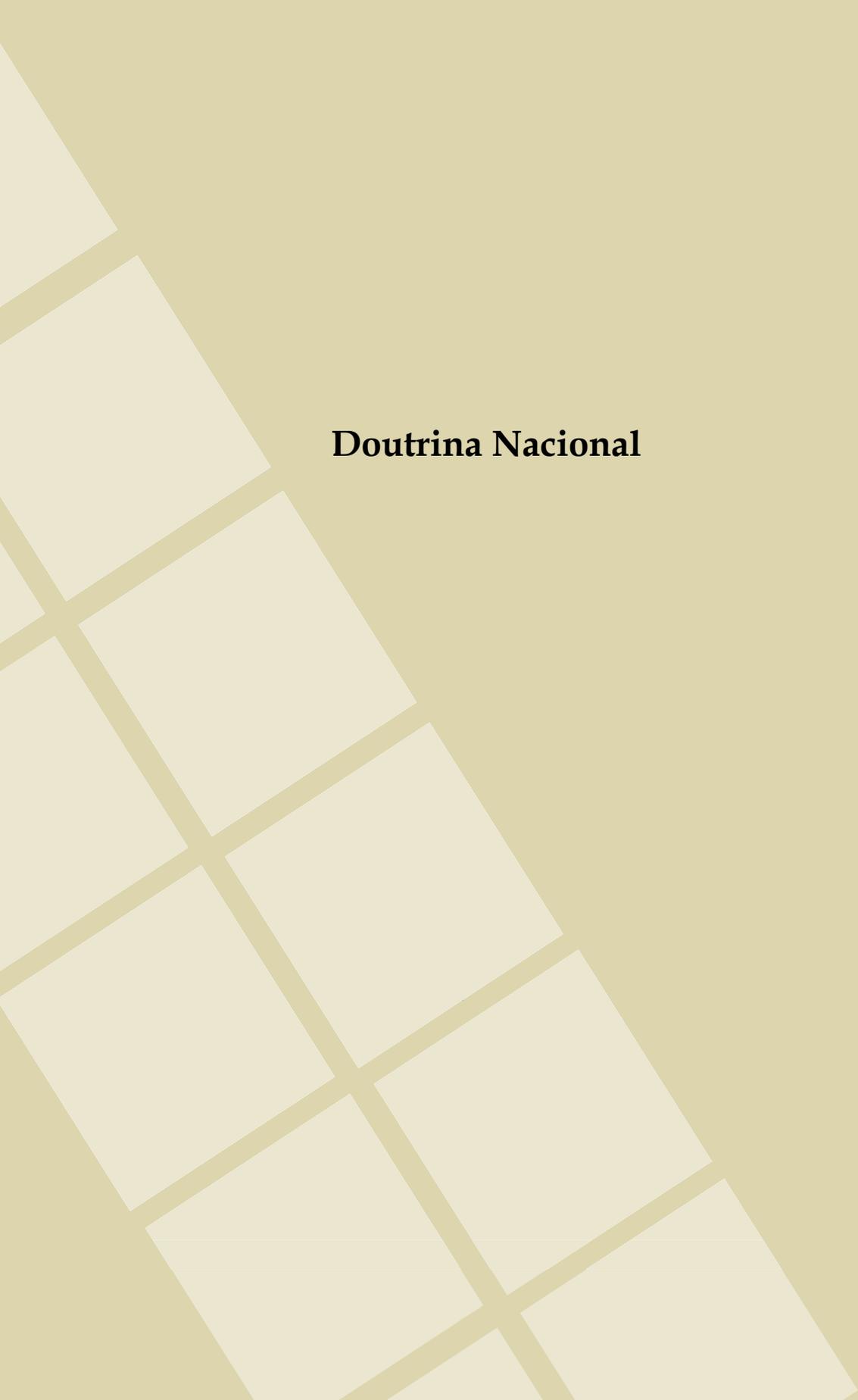
FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1999.

HORN, C. H.; COTANDA, F. C.; PICHLER, W. A. John T. Dunlop e os 50 anos do Industrial Relations System. **Dados - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 52, n. 4, p. 1047-1070, 2009.

KATZ, Harry C.; KOCHAN, Thomas A. **An introduction to Collective Bargaining and Industrial Relations**. 2nd. Edition; Boston: Irwin/McGraw Hill, 2000.



ARTIGOS



Doutrina Nacional

INTEGRAÇÃO DAS CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES INTERNACIONAIS DA OIT NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO PRINCÍPIO *PRO HOMINE*

INTEGRATION OF INTERNATIONAL CONVENTIONS AND RECOMMENDATIONS OF THE ILO IN BRAZIL AND ITS APPLICATION UNDER THE PERSPECTIVE OF PRINCIPLE *PRO HOMINE*

Valerio de Oliveira Mazzuoli*

Resumo: Este ensaio investiga a integração das convenções e recomendações da OIT no Brasil sob a perspectiva do princípio *pro homine*. O estudo revela o modo de elaboração desses instrumentos internacionais, assim como tais convenções e recomendações da OIT se internalizam na ordem jurídica brasileira. O artigo conclui que a aplicação das convenções e recomendações da OIT no Brasil deve pautar-se pelo princípio *pro homine*, segundo o qual a primazia é da norma mais favorável ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos.

Palavras-chave: Tratado internacional. OIT. Direitos humanos. Lei brasileira. Incorporação.

Abstract: This paper investigates the integration of ILO conventions and recommendations in Brazil from the perspective of the *pro homine* principle. The study reveals the way that those international instruments are developed, as well as how those ILO conventions and recommendations are internalized in the Brazilian legal system. The article concludes that the application of Conventions and Recommendations of the ILO in Brazil should be guided by the *pro homine* principle, under which the primacy is given in favor of the rule that is more favorable to human being (worker) subject of rights.

Keywords: International treaty. ILO. Human rights. Brazilian law. Incorporation.

*Pós-doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Clássica de Lisboa. Doutor *summa cum laude* em Direito Internacional pela UFRGS. Mestre em Direito pela UNESP, *campus* de Franca. Professor Adjunto de Direito Internacional Público na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Membro efetivo da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (SBDI) e da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD).

1 INTRODUÇÃO

A atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT) consiste basicamente na elaboração de **convenções e recomendações** internacionais do trabalho, cuja finalidade é promover justiça social entre os Estados, de maneira equitativa e de modo que não exista concorrência desleal entre eles¹. Até 2010 a OIT já havia aprovado 188 Convenções e 199 Recomendações, as quais versam temas dos mais diversos e dos mais importantes para o cenário jurídico laboral.

Contudo, as convenções e as recomendações são instrumentos jurídicos distintos, merecendo ser analisados separadamente. Tais instrumentos, que examinaremos a seguir, têm sua regulamentação prevista na Constituição da OIT, a qual os Estados ratificantes se comprometeram a cumprir e a fielmente executar. Sua aplicação interna, porém, há de atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual, havendo conflito entre as disposições internacionais e as de Direito interno, deve-se optar pela norma **mais benéfica** ou **mais favorável** ao ser humano sujeito de direitos. É sob esse prisma que se deve compreender a integração das convenções e das recomendações da OIT no Brasil.

2 AS CONVENÇÕES DA OIT

Na gênese, as convenções da OIT tinham por finalidade proteger apenas os trabalhadores da indústria. Posteriormente (por decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, de 1922) atingiram também os trabalhadores agrícolas. Com o passar do tempo, evoluiu-se para a proteção dos trabalhadores tanto do setor público como do privado, passando depois a também atingir os autônomos e cooperados. Atualmente, até mesmo grupos ou sociedades tradicionais, como os índios e povos tribais, são protegidos pelas convenções (destaque-se, v.g., a Convenção 169 de 1989). Essa “ação normativa” da OIT tem sido, ao longo dos anos, a **pedra angular** de todo o sistema internacional de proteção ao trabalho e ao trabalhador².

Deve-se, portanto, compreender a mecânica dessas convenções (sua natureza jurídica, modo de elaboração, vigência internacional etc.) e seu processo de integração à ordem jurídica interna, para depois investigar como há de ser aplicado o princípio *pro homine* quando em jogo a utilização de uma convenção da OIT no Brasil.

¹Para detalhes, vide. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 1075-1091.

²Vide SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 176.

2.1 Conceito de convenção

As convenções da OIT são tratados multilaterais abertos³, de natureza normativa, elaborados sob os auspícios da Conferência Internacional do Trabalho, a fim de regulamentar o trabalho no âmbito internacional e também outras questões que lhe são conexas.

Por autorização da própria Constituição da OIT, a Conferência Internacional do Trabalho poderá adotar **convenções, recomendações e resoluções**, no que se percebe que o labor da Conferência é essencialmente normativo e de controle⁴. Abstraindo-se esta última categoria de normas (as **resoluções**), o conjunto normativo consubstanciado nas convenções e nas recomendações da OIT é chamado de **Código Internacional do Trabalho**, figurando as resoluções e outros documentos como seus anexos⁵.

A diferença entre as convenções e as recomendações da OIT é puramente **formal**, uma vez que, materialmente, ambas podem tratar dos mesmos assuntos ou temas. Em sua essência, tais instrumentos nada têm de diferente de outros tratados e declarações internacionais de proteção dos direitos humanos: versam sobre a proteção do trabalho e do trabalhador e um sem número de matérias a estes coligados. Mas, formalmente, ambas se distinguem, uma vez que as **convenções** são tratados internacionais em devida forma e devem ser ratificadas pelos Estados-membros da Organização para que tenham eficácia e aplicabilidade nos seus respectivos Direitos internos, ao passo que as **recomendações** não são tratados e visam tão somente sugerir ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT mudanças no seu Direito interno relativamente às questões que disciplina.

As convenções ratificadas (e em vigor internacional) constituem **fonte formal** de Direito, gerando para os cidadãos direitos subjetivos, que podem ser imediatamente aplicáveis (desde que não se trate de norma com conteúdo meramente programático, cuja aplicação fica condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes). É certo que a aplicação imediata das convenções ratificadas tem maior possibilidade jurídica de concretização nos países cujas Constituições adotam o **monismo jurídico** na regência das relações entre o Direito interno e o Direito Internacional (como é o caso do Brasil)⁶. Mas tal não significa que em outros

³Vide a exceção do art. 21, § 1º, da Constituição da OIT (*infra*).

⁴Cf. SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 230.

⁵Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 173.

⁶V. LEARY, Virginia A. **International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982, p. 35-41; e MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 87-89.

sistemas não possa o juiz interno aplicar imediatamente uma convenção da OIT quando do exercício (que pode ser até mesmo exercido *ex officio*) do controle da convencionalidade das leis⁷. Já as convenções não ratificadas constituem **fonte material** de direito, na medida em que servem como **modelo** ou como **fonte de inspiração** para o legislador infraconstitucional⁸.

Segundo Américo Plá Rodríguez, em sua obra clássica sobre o tema, as convenções da OIT, no que tange à natureza de suas normas e seus objetivos, podem ser classificadas em quatro tipos: a) convenções de uniformização; b) convenções de princípios; c) convenções de igualdade de direitos; e d) convenções de igualdade de procedimentos⁹. A esses quatro tipos também podem ser adicionadas as chamadas “convenções particulares” (bilaterais ou plurilaterais), como referidas pelo art. 21, § 1º, da Constituição da OIT¹⁰, que são convenções **fechadas**, restritas aos países que as firmam, em contraposição às **convenções universais**, adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho, cuja característica principal é a de sempre permanecerem abertas à ratificação ou à adesão dos Estados-membros da OIT, ou dos que, porventura, vierem a se tornar parte da Organização¹¹.

É oportuno transcrever o art. 5º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969), segundo o qual:

A presente Convenção aplica-se a todo tratado que seja o instrumento constitutivo de uma organização internacional e a todo tratado adotado no âmbito de uma organização internacional, sem prejuízo de quaisquer normas relevantes da organização.

O que pretendeu a Convenção de Viena de 1969 dizer é que, relativamente aos tratados constitutivos de organizações internacionais (como é o caso da Constituição da OIT) e aos tratados concluídos sob os auspícios dessas organizações (a exemplo das convenções da OIT), é a própria Convenção de Viena que deverá ser aplicada, salvo se houver “normas relevantes da organização”, que, neste caso, são normas especiais que se aplicam em detrimento das normas gerais contidas na Convenção de Viena de 1969.

⁷Sobre essa temática, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

⁸Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 174.

⁹PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965, p. 233-235.

¹⁰Eis o que dispõe: “Todo projeto que, no escrutínio final, não obtiver dois terços dos votos presentes, poderá ser objeto de uma convenção particular entre os Membros da Organização que o desejarem”.

¹¹Cf. SÜSSEKIND, *op.cit.*, p. 182-183.

2.2 Natureza jurídica das convenções

As convenções internacionais do trabalho pertencem à categoria dos **tratados multilaterais abertos**, uma vez que não têm destinatário certo, estando abertas à ratificação ou à adesão dos países-membros da OIT, ou ainda daqueles que, no futuro, tornar-se-ão partes da Organização. No que tange à substância, à diferença dos tratados firmados entre Estados, que visam (de regra) à concessão de vantagens recíprocas, as convenções da OIT têm por meta a universalização das normas de proteção ao trabalho e sua incorporação ao Direito interno dos Estados-membros¹².

Tais convenções integram o que a doutrina chama de **tratados-lei** ou **tratados-normativos**, que têm por objetivo fixar normas gerais de Direito Internacional Público pela vontade paralela das partes, confirmando ou modificando costumes adotados entre os Estados.

Relativamente à proteção internacional do trabalho, também não se descarta a existência de tratados entre Estados, concluídos nos moldes clássicos conhecidos pelo Direito dos Tratados, bilaterais ou multilaterais, versando questões decididas entre eles. Dentre os tratados de que o Brasil é parte em matéria trabalhista, merece destaque o Tratado de Itaipu, concluído com o Paraguai em 26 de abril de 1973, sobre a aplicação de normas trabalhistas às relações de emprego e previdenciárias em Itaipu, assim como o Tratado de Assunção, que instituiu o Mercosul em 1991.

2.3 Método negocial

As convenções da OIT apresentam método negocial distinto das convenções multilaterais em geral, primeiramente por serem produzidas em foro único: a Conferência Internacional do Trabalho¹³. Mas o característico peculiar à negociação de tais convenções está na participação de outras representações para além dos plenipotenciários estatais. Ou seja, enquanto da negociação das convenções multilaterais em geral participam apenas **governos**, da negociação daquelas (à Conferência anual da OIT) participam também representantes dos **empregadores** e dos **trabalhadores**. É certo, esclarece Rezek, que os representantes classistas são **designados** pelo governo de origem, mas o são, necessariamente, de acordo com os grêmios profissionais mais representativos das duas classes¹⁴.

¹²Vide. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. v. 2, 20. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002, p. 1.491.

¹³Cf. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 99-100, que por esse e outros motivos consideram as convenções internacionais do trabalho como tratados *sui generis*.

¹⁴Vide. REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 159-160.

Em suma, a diferença negocial entre as convenções da OIT e outras convenções multilaterais está em não serem discutidas, aprovadas e assinadas somente por representantes **dos Estados** contratantes, mas também por representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

O texto final da convenção é registrado nas atas da correspondente reunião e assinada pelo Presidente da Conferência e pelo Diretor-geral do *bureau* Internacional do Trabalho.

Frise-se que apesar de a Constituição da OIT referir-se à “ratificação” das convenções, o mais correto seria chamar o engajamento do Estado de “adesão” ao tratado multilateral aberto, seguindo a terminologia utilizada pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados para a hipótese, pois as convenções da OIT não são firmadas pelos representantes dos Estados que a adotam, mas apenas pelo Presidente da reunião (à Conferência Internacional do Trabalho) e pelo Diretor-geral do *bureau*. Em princípio, só se ratifica o que anteriormente se assinou; como no caso das convenções da OIT não houve assinatura anterior (dos plenipotenciários dos Estados), o que existe tecnicamente é a possibilidade de adesão ao texto convencional¹⁵.

2.4 Vigência internacional

Para que uma convenção internacional do trabalho tenha vigência no plano internacional basta que a mesma seja ratificada por um número determinado de Estados, normalmente previsto na própria convenção, e que tenha havido o decurso de um prazo determinado. Ainda que o Estado já tenha ratificado a convenção, esta não terá qualquer vigor interno se, no momento de sua ratificação, não se encontrar em vigor internacional¹⁶. Como qualquer outro tratado internacional de que um Estado seja parte, as convenções internacionais do trabalho somente terão vigência interna depois de já estarem vigorando no âmbito internacional, não se concebendo que um tratado internacional tenha validade interna em determinado país se o mesmo (que sequer existe como ato jurídico perfeito) ainda não vigora internacionalmente¹⁷.

Em regra, as convenções da OIT têm estabelecido que a sua vigência internacional terá início após o prazo de doze meses do registro de pelo menos duas ratificações no *bureau* Internacional do Trabalho,

¹⁵Vide. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 211.

¹⁶Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. v. 2, 20. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002, p. 1.491.

¹⁷Nesse exato sentido, vide. CAMPOS, Francisco, **Direito constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 318-319.

competindo ao Diretor-geral desse *bureau* comunicar tal data a todos os Estados-membros da Organização. Uma vez em vigor internacional, a convenção obrigará cada um dos seus Estados-partes em relação à OIT, doze meses após a data em que registrar a respectiva ratificação¹⁸.

Não obstante poderem ser denunciadas após um período de dez anos, as convenções da OIT têm vigência indeterminada, caracterizando-se como tratados **permanentes**. São, também, instrumentos **mutualizáveis**, uma vez que a saída de uma parte da convenção não prejudica a execução integral do tratado em relação às demais partes no acordo¹⁹.

2.5 Integração ao Direito brasileiro

Depois de adotadas na Conferência, as convenções internacionais do trabalho seguem basicamente o mesmo trâmite interno de qualquer outro tratado internacional em devida forma celebrado pelo Estado brasileiro, à diferença inicial que tais convenções do trabalho dispensam a formalidade da **assinatura**, visto que a Conferência a adota, garantindo a autenticidade do texto apenas **duas** assinaturas: a do Presidente e a do Secretário-geral da Conferência²⁰. Afora isso, a integração das convenções da OIT ao Direito brasileiro dá-se da mesma forma que qualquer outro tratado, devendo por igual respeitar as regras gerais do Direito dos Tratados e as normas internas relativas à sua celebração previstas na Constituição, em particular os artigos. 84, inciso VIII, e 49, inciso I, que tratam, respectivamente, da competência do Presidente da República para concluir tratados e do Congresso Nacional para referendá-los, autorizando sua posterior ratificação por parte do governo²¹.

Entretanto, no que diz respeito ao caso específico da integração das convenções da OIT no nosso Direito interno, algumas peculiaridades se apresentam, causando sérias divergências na doutrina.

Como se sabe, pela teoria geral do Direito dos Tratados, a submissão de um tratado à autoridade interna competente para referendá-lo não é obrigatória, sendo apenas uma **faculdade** (ou seja, ato discricionário) do Presidente da República. Este, que jamais poderia ter deflagrado o processo de celebração de tratados, tem o poder de decidir se vai ou não submeter o texto do tratado assinado à autoridade (interna) competente,

¹⁸SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. v. 2, 20. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002, p. 1.492.

¹⁹Para o entendimento dos tratados mutualizáveis, vide. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 81.

²⁰Cf. REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 160-161; e PEREIRA DE ARAÚJO, João Hermes. **A processualística dos atos internacionais**. Rio de Janeiro: MRE, 1958, p. 131.

²¹Para detalhes, vide. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 341-388.

que irá verificar a viabilidade de o País se engajar definitivamente ao tratado anteriormente assinado. Se esta autoridade interna entender viável a participação do País no tratado em questão, aprovará o seu texto autorizando a sua ratificação, que é levada a cabo pelo chefe do Poder Executivo. Esta **ratificação** de competência do governo também é facultativa (discricionária), uma vez que o ato aprobatório da autoridade interna não vincula o Executivo, que poderá ratificar ou não o acordo, a depender (no momento da ratificação do tratado, que pode ocorrer anos e anos depois de sua aprovação interna) da conveniência e oportunidade do ato.

O que ocorre é que, relativamente às convenções da OIT, essa processualística não é seguida *in totum*, o que gera dúvidas na doutrina. A confusão tem lugar em virtude da redação do art. 19, § 5º, alínea b, da Constituição da OIT, que assim dispõe:

[...] 5. Tratando-se de uma convenção:

b) cada um dos Estados-Membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a convenção à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza.

O art. 19, § 5º, letra d, do mesmo tratado, deixa entrever ser obrigatória a ratificação da convenção, quando assim estabelece:

d) o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, **comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção** e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção. [grifo nosso]

Como se infere dos dispositivos acima transcritos, os Estados-partes nas convenções internacionais do trabalho contraem a obrigação formal de submeter tais convenções à autoridade competente *ex ratione materiae* para aprovar tratados indicada pelo seu Direito interno. Essa obrigação em submeter a convenção à autoridade competente, segundo a doutrina mais abalizada, subsiste também na

hipótese de os delegados do Estado terem votado contra a sua adoção, não terem participado da reunião, ou ainda no caso de o Estado ter ingressado posteriormente na OIT²².

A “autoridade competente” a que se refere o dispositivo deve ser encontrada à luz do que dispõe o texto constitucional de cada país, sendo certo que, no Brasil, tal autoridade é o Poder Legislativo, pois é o único órgão com função típica de legislar, a fim de dar efeitos à aplicação da convenção internacional do trabalho no plano nacional²³. Ora, se nos termos da Constituição brasileira compete à União “manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais” (art. 21, inciso I), bem como legislar sobre Direito do Trabalho (art. 22, inciso I, *in fine*), e se cabe “ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República (...), dispor sobre todas as matérias de competência da União” (art. 48, *caput*), sendo ainda de sua competência exclusiva “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou aos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, inciso I), a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a “autoridade competente” referida pela Constituição da OIT é, no Brasil, o Congresso Nacional. À mesma conclusão já havia chegado a comissão de notáveis para a aplicação das convenções e recomendações, reunida na Conferência Internacional do Trabalho (36ª sessão) realizada em Genebra em 1953: “A expressão ‘autoridade competente’ significa a autoridade que tem o poder de legislar sobre as questões que são objeto da convenção ou da recomendação, que é, na maioria dos casos, o Parlamento”²⁴.

A dúvida que surge na doutrina diz respeito à aparente obrigatoriedade de serem tais convenções **ratificadas** pelo Presidente da República, uma vez aprovadas pelo Congresso Nacional, tendo em vista que o art. 19, § 5º, alínea b, da Constituição da OIT, dispõe que, tratando-se de uma convenção, cada Estado-membro

²²Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 195.

²³Vide. SÜSSEKIND, Arnaldo. op.cit, p. 202-203 e p. 206-207, respectivamente; e CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010, p. 72. Em idêntico sentido na doutrina argentina, v. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 153-155. Alguns autores, como João Hermes Pereira de Araújo, entendem que a expressão “autoridades competentes” incluiria “tanto o Poder Executivo como o Legislativo” (**A processualística dos atos internacionais**. Rio de Janeiro: MRE, 1958, p. 177). No mesmo sentido, vide. HURD, Ian. **International organizations: politics, law, practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 167, para quem: “As autoridades competentes podem ser o legislativo ou o executivo internos, ou (no sistema federal) um governo subnacional, como uma província ou cantão”.

²⁴Vide. COURTIN, Michel. La pratique française en matière de ratification et l'article 19 de la Constitution de l'O.I.T. **Annuaire Français de Droit International**, Paris, v. 16, 1970, p. 601.

[...] compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano, a partir do encerramento da sessão da Conferência (...), a convenção à **autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria**, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza.

Apesar de o tratado da OIT não se referir expressamente à obrigatoriedade dessa ratificação, esta, entretanto, pareceu a Celso de Albuquerque Mello uma consequência lógica, “principalmente levando-se em consideração a natureza social destas convenções e ainda ser o nosso século caracterizado pelo conflito social que só tende a se agravar”²⁵. Nesse caso, entendeu a referida doutrina que uma vez referendada a convenção pelo Poder Legislativo, a ratificação do Presidente da República deixaria de ser um ato discricionário para tornar-se obrigatório.

Parece lógico que se o Presidente da República é **obrigado** a submeter a convenção internacional do trabalho ao Parlamento, uma vez que este **a aprova**, não há de ser discricionária a posterior ratificação. Perceba-se que o tratado constitutivo da OIT afirma que as convenções deverão ser submetidas às “autoridades competentes” para que estas “a transformem em lei”. Ora, o único órgão capaz de fazer leis é Poder Legislativo. Não é função típica do Executivo esta tarefa. De forma que a melhor exegese do tratado constitutivo da OIT é a de que ele obriga a submissão das convenções internacionais do trabalho à manifestação do Congresso Nacional, sendo certo que uma vez referendadas por este Poder deverão ser obrigatoriamente ratificadas pelo Executivo²⁶. Essa tese é corroborada pelo próprio art. 19, § 5º,

²⁵Vide. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 280; e também, REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 162, para quem: “Obtido que seja o consentimento da ‘autoridade competente’, o governo do Estado membro **deverá ratificar** a convenção internacional do trabalho, fazendo chegar à secretaria da OIT o pertinente instrumento de ratificação. Quebra-se, assim, por duas vezes, a sistemática usual, em que o governo nem está obrigado a **submeter** ao parlamento o projeto de tratado a que não lhe interesse dar sequência, nem tampouco, ocorrendo a submissão e a aprovação, a levar adiante seu primitivo intento, **ratificando** o tratado”. Em sentido contrário, entendendo que os Estados “não são obrigados a ratificar as convenções”, vide. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 99; e também SEITENFUS, Ricardo, **Manual das organizações internacionais**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 232, que assim leciona: “A obrigatoriedade imposta aos Estados de submeter o texto das convenções aos seus Parlamentos não implica uma automática ratificação. Os Estados podem negar-se a fazê-lo. No entanto, os textos poderão servir de orientação para ações governamentais. Do ponto de vista do direito internacional, portanto, as normas oriundas da OIT não devem ser assimiladas a uma legislação internacional, pois dependem de um ato de concordância por parte dos Estados”. Vide, ainda, MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 59, que entendem que “a submissão [à autoridade competente] não significa ratificação, ainda que o objeto daquela seja possibilitar posteriormente a ratificação”.

²⁶Cf. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Ratificação de tratados: estudo de direito internacional e constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966, p. 77-80. Na lição desse

alínea d, do tratado constitutivo da OIT, segundo o qual o Estado-membro que tiver obtido o consentimento da autoridade interna competente para aprovar tratados “comunicará ao Diretor-Geral a **ratificação formal da convenção** e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção”.

Portanto, somos da opinião de que, uma vez submetidas ao Congresso Nacional para aprovação, e uma vez aprovadas por este, as convenções internacionais do trabalho deverão ser **obrigatoriamente** ratificadas pelo Presidente da República, segundo a melhor exegese do art. 19, § 5º, alíneas b e d, da Constituição da OIT. Trata-se de excepcionalíssima exceção (sic) no Direito Internacional Público, à faculdade (discricionariedade) da ratificação pelo Chefe do Executivo, que não ocorre ordinariamente na conclusão dos tratados internacionais em geral.

Caso o Congresso Nacional não concorde integralmente com a convenção poderá transformá-la em lei ou tomar outras medidas, segundo o que entender conveniente, mas sem que haja a possibilidade de ratificação do tratado, salvo a hipótese de o próprio instrumento prever a possibilidade de sua aprovação (e consequente ratificação) parcial.

Frise-se, entretanto, que, segundo alguns autores, a referência feita pela Constituição da OIT relativamente à submissão das convenções às autoridades competentes, a fim de que estas a “transformem em lei” ou “tomem medidas de outra natureza”, estaria a permitir, neste último caso (tomar medidas “de outra natureza”), que autoridades **executivas** (sem a anuência do Congresso Nacional) tomassem tais medidas²⁷. Contudo, pensamos que essa interpretação não tem razão de ser, pois se assim fosse seria de todo desnecessária a existência de prazo para a submissão à autoridade competente, além do que tornar-se-ia inócua a disposição do art. 19, § 5º, alínea d, da Constituição da OIT, segundo a qual

[...] o Estado-Membro que tiver obtido o consentimento da autoridade, ou autoridades competentes, **comunicará ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção** e tomará as medidas necessárias para efetivar as disposições da dita convenção.

mesmo internacionalista: “Devemos assinalar que com relação ao Convênio da OIT a ratificação deixa de ser um ato discricionário do Poder Executivo; entretanto, isto não significa que o Estado se veja obrigado a ratificá-la, bastando para não ocorrer tal fato que elas sejam rejeitadas pelo Legislativo. A ratificação permanece como um ato discricionário do Estado, mas deixa de sê-lo por parte do Poder Executivo” (*Idem*, p. 80). Para João Hermes Pereira de Araújo, mesmo no caso de o Poder Executivo não julgar oportuna uma convenção, deverá submetê-la ao Congresso Nacional, mas acompanhada de uma Exposição de Motivos solicitando, naturalmente, a sua rejeição; e caso o Congresso não a rejeite, “o Presidente seria obrigado a ratificar a contragosto um ato internacional, pois o mesmo art. 405 do Tratado de Versailles [antigo correspondente do art. 19, § 5º, alínea b, do convênio constitutivo da OIT] torna obrigatória a ratificação dos atos aprovados” (**A processualística dos atos internacionais**. Rio de Janeiro: MRE, 1958, p. 179).

²⁷Nesse sentido, vide. VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Trad. José Mª Treviño. Madrid: Tecnos, 1977, p. 467-469.

Não teria sentido o governo submeter **a ele próprio** o texto do tratado e, posteriormente, comunicar ao Diretor-Geral a ratificação formal da convenção. Assim, parece evidente que a autoridade competente a que se refere o dispositivo é uma autoridade distinta do próprio governo²⁸.

Uma vez depositado (junto ao *Bureau* Internacional do Trabalho) o instrumento de ratificação, em virtude do que prescreve o art. 20 da Constituição da OIT, incumbirá ao Diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicar a ratificação da convenção ao Secretário-geral das Nações Unidas, para fins de registro, de acordo com o art. 102 da ONU, obrigando apenas os Estados-membros que a tiverem ratificado. Mais correto seria dizer que – no caso específico das convenções da OIT – os Estados **aderem** ao tratado multilateral aberto, uma vez que tais convenções não são, em verdade, assinadas pelos plenipotenciários dos Estados, “mas apenas pelo Presidente da reunião da Conferência que as aprovou e pelo Diretor Geral da Repartição Internacional do Trabalho”²⁹.

Depois de ratificada, a convenção internacional do trabalho é ainda – como qual qualquer outro tratado ratificado pelo Brasil – promulgada por **decreto** do Poder Executivo (indicando-se, nesse instrumento, o número do Decreto Legislativo do Congresso Nacional que aprovou a convenção e a data do registro de sua ratificação no *Bureau*) e publicada no **Diário Oficial da União**³⁰. A necessidade de **promulgação executiva** desses tratados provém de uma *praxe* adotada entre nós desde o Império, não havendo qualquer regra constitucional a exigir tal ato presidencial para que o tratado surta efeitos no plano do Direito interno. Assim sendo, não é irrazoável supor que as convenções internacionais do trabalho têm aplicação imediata no ordenamento brasileiro a partir de suas respectivas ratificações (desde que, é claro, já se encontrem em vigor no plano internacional), devendo apenas ser publicadas no Diário Oficial da União³¹.

2.6 Incorporação material e formal

Não se pode esquecer que, sendo as convenções internacionais do trabalho tratados internacionais que versam sobre **direitos humanos**³² (notadamente direitos sociais), sua integração ao Direito brasileiro dá-se

²⁸Cf. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965, p. 262.

²⁹SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 211.

³⁰*Ibidem*, p. 213.

³¹Cf. LEARY, Virginia A. **International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982, p. 44-50.

³²V. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 89. Cf. em paralelo, RUSSOMANO, Mozart Victor. Considerações gerais sobre o impacto das normas internacionais trabalhistas na legislação interna. **Genesis** - Revista de Direito do Trabalho, Curitiba, v. 17, maio 1994, p. 457-463.

com o *status* de norma materialmente constitucional, em virtude da regra insculpida no art. 5º, § 2º, da CF/1988, que assim dispõe:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, **ou dos tratados internacionais [de direitos humanos] em que a República Federativa do Brasil seja parte.**

Caso se pretenda atribuir hierarquia de norma constitucional formal a tais convenções, basta aprová-las (antes de sua ratificação) pelo *quorum* que estabelece o § 3º do mesmo dispositivo constitucional, fruto da EC n. 45/2004, que assim estabelece:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão [depois de ratificados] equivalentes às emendas constitucionais.

Segundo o nosso entendimento, o § 3º do art. 5º da Constituição acima transcrito não retira o *status* de norma constitucional que os tratados de direitos humanos já têm em razão do § 2º do mesmo dispositivo constitucional. Para nós, o que o § 3º do art. 5º da Carta de 1988 faz é simplesmente permitir que, além de materialmente constitucionais, os direitos humanos constantes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil sejam também **formalmente constitucionais**³³.

Assim, as convenções internacionais do trabalho ratificadas pelo Brasil, para além do seu *status* materialmente constitucional, poderão ainda ter os efeitos formais das emendas constitucionais, caso aprovadas pela maioria qualificada (e em dois turnos) do Congresso Nacional antes de ratificadas.

O *status* materialmente constitucional das convenções internacionais do trabalho reforça o argumento de sua aplicabilidade **imediata** a partir das respectivas ratificações, obrigando os juízes e tribunais do trabalho a aplicá-las a partir daí (desde que já em vigor no plano internacional) em quaisquer casos concretos *sub judice*. Ou seja, uma vez ratificadas deve o Estado-juiz dar seguimento ao cumprimento **imediato**

³³Para detalhes, vide. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 378, ano 101, mar./abr. 2005, p. 89-109; e MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 57-76.

das convenções em causa, especialmente (mas não exclusivamente) quando autoaplicáveis; no caso das convenções de caráter **programático**, a aplicação imediata também é de rigor, não obstante condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes³⁴. Esse exercício que deve fazer o juiz – de aplicar imediatamente as convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis – pertence ao âmbito do que se denomina **controle da convencionalidade** das leis na modalidade **difusa**³⁵.

Caso não se entenda que as convenções da OIT têm hierarquia de norma constitucional no Brasil, não se pode deixar de atribuir-lhes o nível, no mínimo, **supralegal**³⁶, a partir da decisão do STF no RE 466.343-1/SP, julgado em 3 de dezembro de 2008³⁷. De uma forma ou de outra, a superioridade hierárquica das convenções da OIT relativamente às leis ordinárias terá repercussão na aplicação judiciária de diversas normas do art. 7º da CF/1988 (direitos dos trabalhadores urbanos e rurais) combinadas com os direitos previstos nas convenções adotadas pelo Brasil³⁸.

2.7 Primazia da norma mais favorável (princípio *pro homine*)

Não obstante a reforma do texto constitucional brasileiro, pela EC n. 45/2004, ter autorizado a integração formal de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (como é o caso das convenções da OIT) no ordenamento jurídico nacional, ainda assim pensamos que em havendo conflito entre uma convenção internacional do trabalho ratificada e as leis internas nacionais, deverá prevalecer a norma **mais favorável** ao ser humano,

³⁴Cf. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 68-69.

³⁵Se forem tais convenções da OIT aprovadas pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Carta de 1988, poderão ainda (após ratificadas) servir de paradigma ao controle **concentrado** de convencionalidade perante o STF.

³⁶Assim é na Argentina, depois da reforma constitucional de 1994. De fato, prevê o art. 75, inciso 22, da Constituição argentina, que “os tratados e concordatas têm hierarquia **superior** às leis”. Portanto, na Argentina, as convenções da OIT têm, **no mínimo**, hierarquia *supralegal*. Perceba-se que o mesmo art. 75, inciso 22, da Constituição argentina atribui expresso **nível constitucional** a vários instrumentos de direitos humanos nominalmente citados (v.g., a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, as convenções contra o genocídio, a tortura e a discriminação racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção sobre os Direitos da Criança). O legislador argentino não incluiu nesse rol as convenções da OIT. Porém, a última parte do dispositivo deixa entrever que **outros tratados** de direitos humanos (v.g., as convenções da OIT) poderão atingir o dito **nível constitucional** se aprovados por dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara do Congresso Nacional.

³⁷Para as nossas críticas à tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, e em defesa do *status* constitucional desses instrumentos ao nosso direito interno, vide, o nosso estudo (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 378, ano 101, mar./abr. 2005, p. 89-109).

³⁸Cf. CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010, p. 74.

em homenagem ao princípio *pro homine*³⁹. Sendo um dos propósitos da OIT a universalização das regras trabalhistas, não seria bom para o trabalhador que eventuais normas das convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho fossem **menos favoráveis** à proteção dos seus direitos em relação às normas do Direito interno de seu país. Daí ter a Constituição da OIT prescrito expressamente, no § 8º do seu art. 19, que:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições **mais favoráveis** que as previstas pela convenção ou recomendação.

Esta disposição é exemplo do que chamamos de “cláusula de diálogo” ou “vaso comunicante” (ou ainda “cláusula de retroalimentação”) entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (no caso, o Direito Internacional do Trabalho) e outras normas de proteção (*v.g.*, o Direito interno do Estado, seja escrito ou costumeiro etc.)⁴⁰. Tais **cláusulas** são aquelas presentes nos tratados contemporâneos de direitos humanos que interligam a ordem jurídica internacional com a ordem interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos e fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” para resolver – eles próprios – qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se as duas deverão prevalecer concomitantemente) quando presente uma situação de antinomia⁴¹. Aliás, pode-se dizer que o art. 19, § 8º, da Constituição da OIT é uma cláusula de diálogo **especial**, vez que, como se nota, ultrapassa aquilo que concerne exclusivamente às **leis**, para também dizer respeito às **sentenças, costumes** ou **acordos** que assegurem aos trabalhadores condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação. Daí a possibilidade de uma norma jurídica interna – assim como uma sentença, ou um costume ou eventual acordo – ser aplicada em detrimento do estabelecido por uma

³⁹Vide. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 104-105 e 118-120, respectivamente. Para idêntica discussão no direito argentino, vide. MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 36-38.

⁴⁰Para um estudo completo dessas “cláusulas de diálogo” entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, vide. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 116-128.

⁴¹Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: **Recueil des Cours**: Collected Courses of the Hague Academy of International Law v. 251 (1995). p. 259.

convenção ou recomendação internacional do trabalho, uma vez que o princípio adotado pela OIT não é a primazia das normas internacionais do trabalho sobre o Direito interno estatal, mas a prevalência da norma **mais favorável ao trabalhador**.

Frise-se, assim, que o art. 19, § 8º, da Constituição da OIT, é **mais amplo** que o conhecido art. 29, alínea b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, que prevê que nenhuma de suas disposições pode ser interpretada no sentido de

[...] limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos **em virtude de leis** de qualquer dos Estados-partes ou **em virtude de Convenções** em que seja parte um dos referidos Estados.

Ora, se a Convenção Americana não exclui a possibilidade de **leis internas** ou outras **convenções internacionais** ampliarem o seu âmbito material de incidência, a fim de garantir **para mais** os direitos e liberdades nela reconhecidos, a Constituição da OIT, como se nota, vai mais além e autoriza que também uma **sentença**, um **costume** ou um eventual **acordo** que amplie as garantias trabalhistas consagradas em qualquer convenção ou recomendação internacional do trabalho tenha sua aplicação garantida em detrimento da própria convenção ou recomendação em causa. Daí, como pensamos, tratar-se de um dispositivo **especial** dentre as normas internacionais de proteção dos direitos humanos⁴².

Na aplicação de uma convenção internacional do trabalho em um dado caso *sub judice*, deve o magistrado trabalhista primar por verificar qual a norma **mais benéfica** ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos, se a normativa internacional ou a interna. Ao “escutar” o que as fontes dizem – para falar como Erik Jayme⁴³ –, deve o juiz optar pela aplicação da norma que, no caso concreto, mais proteja os interesses da pessoa. Tal é exatamente o sentido e o conteúdo do princípio *pro homine*, que abre as possibilidades de o julgador decidir com mais justiça um caso concreto, sem restar “preso” a critérios previamente definidos de solução de antinomias.

⁴²Normas como esta em análise reforçam a ideia de que cabe aos juristas em geral (e aos aplicadores do Direito, em especial) compreender o diálogo que todas as fontes jurídicas mantêm entre si, a fim de aplicar sempre a que **mais proteja** o ser humano em um dado caso concreto.

⁴³Cf. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: **Recueil des Cours**: Collected Courses of the Hague Academy of International Law v. 251 (1995). p. 259.

2.8 Interpretação das convenções

Por fim, é necessário registrar que o art. 37, §§ 1º e 2º, da Constituição da OIT, prevê dois procedimentos para a resolução das dificuldades relativas à interpretação da própria Constituição e das convenções internacionais do trabalho adotadas pela Conferência. Nos termos do § 1º do citado dispositivo,

[...] quaisquer questões ou dificuldades relativas à interpretação da presente Constituição e das convenções ulteriores concluídas pelos Estados-membros, em virtude da mesma, serão submetidas à apreciação da Corte Internacional de Justiça.

Mas, não obstante o disposto neste parágrafo, diz ainda a Constituição da OIT que o Conselho de Administração poderá

[...] formular e submeter à aprovação da Conferência, regras destinadas a instituir um tribunal para resolver com presteza qualquer questão ou dificuldade relativa à interpretação de uma convenção que a ele seja levada pelo Conselho de Administração, ou, segundo o prescrito na referida convenção. (art. 37, § 2º)

Este tribunal especial da OIT, criado em virtude deste § 2º do art. 37, deverá regular seus atos pelas decisões ou pareceres consultivos da CIJ, devendo qualquer sentença por ele pronunciada ser comunicada aos Estados-membros da OIT, cujas observações, a ela relativas, serão transmitidas à Conferência.

3 AS RECOMENDAÇÕES DA OIT

Para além das **convenções**, a atividade normativa da OIT compreende também a celebração de **recomendações** internacionais do trabalho. Tais instrumentos distinguem-se das convenções tão somente sob o aspecto **formal**, uma vez que, como já se disse, ambas podem tratar dos mesmos assuntos sob o enfoque **material**. Enquanto as **convenções** são tratados internacionais em sentido estrito, as **recomendações** não são tratados e visam tão somente **sugerir** ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT mudanças no seu Direito interno relativamente às questões que disciplina.

Assim como se fez relativamente às convenções da OIT, é também importante verificar o que são propriamente as recomendações, qual sua natureza jurídica e como se integram ao ordenamento jurídico pátrio.

3.1 Conceito de recomendação

As **recomendações** da OIT são instrumentos internacionais, destituídos da natureza de tratados, adotados pela Conferência Internacional do Trabalho sempre que a matéria nelas versada não possa ser ainda objeto de uma convenção. A criação de uma recomendação pode dar-se, dentre outros motivos, pelo fato de as disposições aprovadas pela Conferência da OIT não terem contado com número suficiente de adesões. Portanto, em regra, o acordo constitutivo da OIT visa a criação de **convenções**, determinando, contudo, que a proposição examinada terá a forma de uma **recomendação** caso a questão tratada, ou algum dos seus aspectos, não se preste, no momento, para a adoção de uma convenção (art. 19, § 1º).

Segundo Valticos, é possível distinguir três funções principais das recomendações: a) regulamentar certo assunto ainda não suficientemente discutido para ser versado numa convenção; b) servir de complemento a uma convenção, sendo útil, v.g., como inspiração aos governos sobre determinado tema; e c) auxiliar as administrações nacionais na elaboração de legislação uniforme sobre a matéria (deixando-as, porém, à vontade para implementar as adaptações que sejam necessárias de acordo com o Direito local)⁴⁴.

Tais recomendações, entretanto, apresentam certas peculiaridades, que as transformam em verdadeiras normas internacionais *sui generis*. Ao contrário do que sucede com as demais recomendações conhecidas em Direito Internacional Público, que não criam obrigações jurídicas para os Estados que as adotam, as recomendações da OIT caracterizam-se por impor aos Estados-membros dessa organização internacional certas obrigações, ainda que de caráter **formal**. Tal decorre do estatuído no art. 19, § 6º, alíneas b e d, da Constituição da OIT, que **obriga** cada um dos seus Estados-membros submeter a recomendação à autoridade interna competente para que esta, baseando-se na conveniência e oportunidade da recomendação, a transforme em lei ou tome medidas de outra natureza em relação à matéria nela versada. Aos Estados-membros da Organização, nos termos do mesmo dispositivo, compete ainda informar o Diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação, devendo também precisar nessas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar os dispositivos da recomendação, e indicar as modificações destes dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los.

Eis a redação do art. 19, § 6º, alíneas b e d, da Constituição da OIT, que merecem ser transcritos:

⁴⁴Cf. VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Trad. José Mª Treviño. Madrid: Tecnos, 1977, p. 234-235. Ainda sobre o tema, vide. FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 38, n. 150, abr./jun. 2001, p. 195-404.

[...] 6. Em se tratando de uma recomendação:

b) cada um dos Estados-membros compromete-se a submeter, dentro do prazo de um ano a partir do encerramento da sessão da Conferência (ou, quando, em razão de circunstâncias excepcionais, tal não for possível, logo que o seja, sem nunca exceder o prazo de 18 meses após o referido encerramento), a recomendação à autoridade ou autoridades em cuja competência entre a matéria, a fim de que estas a transformem em lei ou tomem medidas de outra natureza.

[...] d) além da obrigação de submeter a recomendação à autoridade ou autoridades competentes, o Membro só terá a de informar o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho – nas épocas que o Conselho de Administração julgar convenientes – sobre a sua legislação e prática observada relativamente ao assunto de que trata a recomendação. Deverá também precisar nestas informações até que ponto aplicou ou pretende aplicar dispositivos da recomendação, e indicar as modificações destes dispositivos que sejam ou venham a ser necessárias para adotá-los ou aplicá-los.

Portanto, a peculiaridade das recomendações da OIT – não obstante elas não serem tratados, estando dispensadas de ratificação – consiste no fato de serem elas **obrigatoriamente** submetidas à “autoridade competente” (que, no Brasil, como já se disse, é o Congresso Nacional), ao contrário do que sucede com as demais recomendações votadas na maioria das conferências e congressos internacionais, em que depois de assinadas já passam a valer internacionalmente. Tal peculiaridade torna a recomendação da OIT norma internacional *sui generis*, que cumprirá a função de fonte **material** de direito⁴⁵.

Não existe também a obrigatoriedade de as recomendações da OIT serem promulgadas internamente. Não obstante isso, o Decreto n. 3.597, de 12 de janeiro de 2000, promulgou a Recomendação n. 190 da OIT.

3.2 Natureza jurídica

As recomendações distinguem-se das convenções internacionais do trabalho apenas sob o aspecto **formal**, e não do ponto de vista **material**, como

⁴⁵Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 186-187; e PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965, p. 237.

já falamos. Assim, ainda que ambas possam cuidar de assuntos semelhantes, apenas as convenções devem ser **ratificadas** pelos Estados-membros da OIT, o que significa dizer que as recomendações não têm de passar pelos mesmos trâmites internos pelos quais deve passar um tratado internacional para a sua efetiva integração ao Direito brasileiro. Disso se deduz que, ao contrário das convenções, as chamadas **recomendações** da OIT não pertencem à categoria jurídica dos tratados internacionais. São, como o próprio nome está a indicar, propostas e sugestões feitas aos seus Estados-membros relativamente a questões ligadas ao direito do trabalho não estabelecidas em convenções internacionais⁴⁶. Não sendo tratados, as recomendações – repita-se – estão dispensadas de percorrer todo o procedimento (interno e internacional) relativo à conclusão dos acordos internacionais em devida forma.

Contudo, como já se observou, apesar de estarem destituídas da natureza jurídica de **tratados**, as recomendações da OIT não estão dispensadas de serem submetidas à “autoridade competente” para que esta as transforme em lei ou tome medidas de outra natureza relativamente à matéria nelas versada. Assim, tanto as convenções como as recomendações da OIT devem ser submetidas ao Congresso Nacional para que este, no primeiro caso, autorize a sua ratificação e, no segundo, analise a viabilidade de se adotar as normas constantes da recomendação. Dessa forma, se o Congresso Nacional (no caso brasileiro) tem a intenção de transformar em Direito interno os princípios e regras constantes da recomendação, deve adotar uma lei especial em que contenha tais disposições da recomendação, o que não seria necessário no caso das convenções, as quais, uma vez aprovadas pelo Parlamento, já ingressariam automaticamente no ordenamento jurídico brasileiro após ratificadas e uma vez em vigor no plano internacional⁴⁷.

3.3 Integração ao Direito brasileiro

Estando destituídas da natureza de **tratados**, em princípio não se poderia falar em verdadeira **integração** das recomendações da OIT no Direito interno brasileiro. Contudo, como já se viu, a Constituição da OIT impõe certas obrigações formais aos seus Estados-membros, sobretudo a

⁴⁶Para alguns autores, como René Mirolo e Patricia Sansinena, as recomendações da OIT têm apenas “força moral orientadora”, à diferença das convenções, que criam “obrigações jurídicas de fundo, tão logo sejam ratificadas” (MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010, p. 59). No mesmo sentido, v. SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 4. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 230, para quem: “Ao contrário das convenções, as recomendações não possuem um efeito vinculante e tampouco implicam obrigatoriedade para os Estados. São elas manifestações, que têm o peso de aconselhamento, e não da imposição. Contudo, o fato de redigi-las e divulgá-las cria um ambiente favorável ao encaminhamento de soluções que, porém, originam-se na vontade dos Estados”.

⁴⁷Cf. DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 2. ed., México, D.F.: Porrúa, v. 1, 1943, p. 280.

de submeter as recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho à autoridade interna competente para a sua análise. Portanto, no caso específico das recomendações da OIT – ao contrário das demais recomendações conhecidas pelo Direito Internacional em geral – tal integração formal existe, devendo ser respeitado o que dispõe a Constituição da OIT.

Assim, sob o aspecto formal, tanto as convenções da OIT quanto as suas recomendações, depois de firmadas, devem ser submetidas, no caso brasileiro, ao crivo do Congresso Nacional para que este, no caso das convenções, autorize a sua ratificação – que é ato próprio do Presidente da República –, e no das recomendações, adote medidas legislativas relativamente às disposições constantes de seu texto (ou seja, as transformem em lei) ou tome medidas de outra natureza. Caso o Congresso Nacional pretenda transformá-las em lei, total ou parcialmente, deverá enviar o respectivo Projeto de Lei para a sanção do Presidente da República, momento a partir do qual suas normas serão transformadas em norma de Direito interno. Mas, como lembra Arnaldo Süssekind, quando

[...] a recomendação versar matéria da competência dos decretos executivos ou regulamentares, caberá apenas ao Presidente da República adotar as medidas adequadas que entender (art. 84, inciso IV, da CF).⁴⁸

Ainda no caso das recomendações, outra diferença é que o Estado-membro não está obrigado a enviar ao *Bureau* Internacional do Trabalho relatórios anuais sobre a sua aplicação no país, ainda que suas regras correspondam à legislação nacional, cumprindo-lhe somente esclarecer, quando solicitado pelo Diretor-geral do *Bureau*, qual o estado atual de sua legislação e a prática relativa à matéria versada na recomendação, precisando em que medida ela foi posta em execução ou em que medida pretende executá-la e, também, quais as modificações que considera necessárias para poder adotar e aplicar as suas normas, nos termos do art. 19, § 6º, alínea d, da Constituição da OIT⁴⁹.

As recomendações da OIT servem ainda de fonte de inspiração ao legislador nacional para que adote os parâmetros mínimos de proteção propostos pela Organização Internacional do Trabalho. Porém, havendo disposição interna **mais benéfica** aos seres humanos (trabalhadores) sujeitos de direito, as recomendações (assim como as convenções) cedem às normas internas mais benéficas, em homenagem ao princípio *pro homine*.

⁴⁸SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. v. 2, 20. ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002, p. 1.500.

⁴⁹Cf. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986, p. 208-209.

4 CONCLUSÃO

A integração das convenções e recomendações da OIT no Brasil – assim como a de quaisquer tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado – deve atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual o intérprete deve sempre optar pela aplicação da norma **mais favorável** ao ser humano (trabalhador) sujeito de direitos. Como se viu, há na Constituição da OIT (art. 19, § 8º) preceito segundo o qual em caso algum a adoção

[...] de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

Essa “cláusula de diálogo” (ou “vaso comunicante”) convencional permite que se aplique sempre a norma **mais favorável** num caso concreto, técnica de solução de controvérsias inspirada no princípio *pro homine*.

No que tange especificamente às **convenções** da OIT, conclui-se que sua integração ao Direito brasileiro dá-se com o *status* (no mínimo) materialmente constitucional, com aplicação **imediata** a partir da respectiva ratificação (desde que a convenção já esteja em vigor internacional). Tal significa que os juízes e tribunais do trabalho já estão obrigados a aplicar ditas convenções a partir daí em quaisquer casos concretos *sub judice*. Uma vez ratificadas, deve o Estado-juiz dar seguimento ao cumprimento **imediato** das convenções em causa, especialmente (mas não exclusivamente) quando autoaplicáveis; no caso das convenções de caráter **programático**, a aplicação imediata também é de rigor, não obstante condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas de otimização existentes.

O exercício que há de fazer o magistrado trabalhista – de aplicar imediatamente as convenções da OIT, invalidando as leis internas com elas incompatíveis – pertence ao âmbito do chamado **controle de convencionalidade** das leis na modalidade **difusa**. Assim procedendo, estará o magistrado respeitando o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (desde 2006) tem ordenado: que os juízes e tribunais nacionais controlem, em primeira mão, a convencionalidade das leis locais em face dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no país⁵⁰.

⁵⁰V. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Tratando-se de instrumentos internacionais de direitos humanos, a aplicação das convenções e recomendações da OIT no plano do direito doméstico há de atender ao princípio *pro homine*, segundo o qual a primazia é da norma que, no caso concreto, mais proteja o trabalhador sujeito de direitos.

5 REFERÊNCIAS

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

COURTIN, Michel. La pratique française en matière de ratification et l'article 19 de la Constitution de l'O.I.T. **Annuaire Français de Droit International**, Paris, v. 16, 1970.

CRIVELLI, Ericson. **Direito internacional do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. 2. ed., México, D.F.: Porrúa, v. 1, 1943.

FONTOURA, Jorge; GUNTHER, Luiz Eduardo. A natureza jurídica e a efetividade das recomendações da OIT. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 38, n. 150, abr./jun. 2001.

HURD, Ian. **International organizations: politics, law, practice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: **Recueil des Cours**: Collected Courses of the Hague Academy of International Law v. 251 (1995).

LEARY, Virginia A. **International labour conventions and national law: the effectiveness of the automatic incorporation of treaties in national legal systems**. The Hague: Martinus Nijhoff, 1982.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos tratados**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 378, ano 101, mar./abr. 2005.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Ratificação de tratados: estudo de direito internacional e constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

MIROLO, René R.; SANSINENA, Patricia J. **Los convenios de la OIT en el derecho del trabajo interno**. Córdoba: Advocatus, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA DE ARAÚJO, João Hermes. **A processualística dos atos internacionais**. Rio de Janeiro: MRE, 1958.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los convenios internacionales del trabajo**. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1965.

REZEK, José Francisco. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Considerações gerais sobre o impacto das normas internacionais trabalhistas na legislação interna. **Genesis - Revista de Direito do Trabalho**, Curitiba, v. 17, maio 1994.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das organizações internacionais**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1986.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**. v. 2, 20. ed. atualizada por Arnaldo Sússekink e Lima Teixeira. São Paulo: LTr, 2002.

VALTICOS, Nicolas. **Derecho internacional del trabajo**. Trad. José Mª Treviño. Madrid: Tecnos, 1977.

6 BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Francisco, **Direito constitucional**. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

SÚMULAS DO TST: avanço ou retrocesso?

SYNOPSIS OF THE TST: advance or retreat?

Luiz Carlos Amorim Robortella*

Resumo: A interpretação dinâmica e a liberdade ampliada do julgador levam à reconhecimento da lei e à produção do direito. Porém, a busca pela concretização dos princípios constitucionais não pode desvirtuar a legalidade, e sim conciliar norma e interpretação - o ativismo judicial deve observar limites. Nesse sentido, e em razão do caráter persuasivo que assume, a aplicação das Súmulas do TST está sujeita à desconsideração da realidade heterogênea das relações trabalhistas e da visão moderna do direito. Classificá-las valorativamente ajuda a ilustrar situações, revelando se há compromisso ou comprometimento. Vislumbrando o papel de cada um na sociedade atual, cabe ao TST a revisão das práticas que agravam o estado anacrônico e disfuncional que afeta o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Interpretação da lei. Jurisprudência. Súmula. Mercado de trabalho.

Abstract: The dynamic interpretation and the judge's extended freedom take to the recognition of the law and the right production. However, the search for carrying out the constitutional principles may not alter the legality, but it may conciliate the rule and the interpretation - the judicial activism must observe limits. In this point and within reason of the persuasive character which assumes the application of the TST Synopses is subjected to the inconsideration of the heterogeneous of the labor relationship and the modern vision of the law. To classify it valorously it helps illustrate some situations, showing if there is an obligation or commitment. Recognizing the role of each one in the current society, it is up to TST the revision of the practices that makes worse the outdated and dysfunctional condition that affects the juridical order.

Keywords: Interpretation of the law. Jurisprudence. Synopsis. Job market.

*Advogado. Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Professor do Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995). Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado (2000/2008). Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho (cadeira n. 91). Membro do Instituto Latino Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

1 LEI, SENTENÇA E SEPARAÇÃO DE PODERES

Segundo a doutrina clássica, a sentença judicial declara a vontade concreta da lei. O juiz, ao decidir o caso concreto, expressa o que se contém na lei, estando a ela subordinado, até pelo princípio da separação dos poderes.

Mas a interpretação do direito é dinâmica e, na atualidade, ampliou-se a liberdade do julgador, que não se limita a revelar o conteúdo da norma, mas também a atualizá-la, produzindo o direito. Passou de mero aplicador a intérprete da lei, com visão jurídica, política e social dos fenômenos que lhe são submetidos, no exercício do poder estatal.

Não faz sentido um Poder Judiciário que aplique a lei de forma inflexível e acrítica; por isto se pode afirmar que a interpretação faz uma “reconhecimento” da lei, com efeito produtivo do direito.

Todavia, corrente mais extremada considera a lei apenas um projeto de ordenamento jurídico, pois este, ao fim e ao cabo, só nasceria verdadeiramente da sentença, sendo o juiz, portanto, também um legislador.

É o pensamento dos adeptos contemporâneos do ativismo judicial, que buscam a concretização dos princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal mediante postura mais ativa do juiz, recriando e ressignificando valores espalhados no ordenamento, ainda que à custa da ampliação, redução ou desconsideração do preceito legal.

2 ATIVISMO JUDICIAL

É claro que a sentença não é operação mecânica; o juiz não se limita a subsumir automaticamente o fato à norma.

Sucedem que os defensores desse ativismo judicial vão além: atribuem à sentença judicial uma eficácia legislativa negativa, ou seja, o juiz teria o poder de decidir contra o texto legal, principalmente quando se trata de garantir direitos fundamentais previstos na Constituição, como se colhe nesta página de Maria Cecília Máximo Teodoro:

Por ativismo entende-se a atuação de um juiz que incorpora as vicissitudes do meio social, as conquistas das classes envolvidas, a própria evolução do Poder Judiciário e tem por fim a realização de direitos fundamentais [...]. Pelo ativismo judicial o magistrado se mostra um protagonista judicial se sua decisão criar a norma adequada para o caso concreto. Ressalte-se que somente um juiz com formação ética humanista e que busca a justiça desenvolverá o ativismo para efetivar direitos trabalhistas, podendo ser que para isso tenha até mesmo que negar a lei, caso esta venha a acarretar decisões injustas.¹

¹TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

Alessandro Santos de Miranda, concedendo ao juiz a mesma dimensão extraordinária de poderes, diz que ele deve guardar e proteger os direitos fundamentais mediante uma postura de interpretação intervencionista e transformadora das relações sociais, sem grande apego ao direito positivo; afirma que o

[...] ativismo judicial responsável para a afirmação dos direitos sociais está legitimado na própria essencialidade desses direitos, devendo rechaçar quaisquer omissões intoleráveis ou abusivos do Governo ou do Legislativo, bem como os comportamentos desviados de suas finalidades constitucionais.

E arremata:

[...] a função específica do Poder Judiciário, cujo poder estatal lhe é conferido, é a de assegurar a exigibilidade dos direitos em clima de interdependência, e não de independência dos poderes. Somente quando o sistema de freios e contrapesos funciona adequadamente é que se pode fazer menção à separação de poderes.²

Tais opiniões, embora acertem ao criticar o apego excessivo ao positivismo jurídico, caem na visão maniqueísta quando propõem um método de interpretação jus-naturalista, de inspiração kantiana, uma espécie de moralismo jurídico que, para suprir a deficiência ou injustiça da lei, rompe com a noção de ordenamento estatal formado por normas interdependentes e hierarquizadas.

Abrem as portas para o voluntarismo judicial; o juiz pode adotar a decisão e depois preparar a fundamentação para adequá-la ao que já estava decidido. No dizer do Professor Juan Damián Moreno, da Universidade Autônoma de Madrid, a argumentação jurídica se torna simples pretexto, uma espécie de maquiagem para criar fundamentos objetivos³.

Embora evidentemente não sejam cegos aplicadores da lei, os magistrados estão sempre a ela subordinados, inclusive quanto aos métodos de interpretação que utilizam nos julgamentos. O ato de julgar deve respeitar processos lógicos formais e materiais que, por sua vez, se contêm nas normas legais.

²MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais**: a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

³DAMIÁN MORENO, Juan. *El Juez Ante La Ley*. In: ROVIRA, Antonio (coord.). **Gobernanza Democrática**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

Quando se cai no apaixonado ativismo judicial, a lei se torna mera possibilidade ou projeto de construção da sociedade, pois só adquire concretude se essa for a vontade do juiz. Como diz Maria Isabel Garrido Gómez, da Universidade de Alcalá,

[...] la interpretación se desvincula del texto, prescindiendo del documento que se debe interpretar. Em realidad, la postergación del texto no es más que una consecuencia del debilitamiento del valor de la ley que vincula, sin embargo, para mantener el principio democrático, el modelo que guía la actuación judicial es el de la búsqueda discursiva de la verdad.⁴

Esse ativismo judicial descontrolado produz a desqualificação da legitimidade que se reconhece à legalidade, podendo conduzir a uma crise do estado de direito, do princípio da separação de poderes e da própria democracia.

Afasta-se inclusive da lógica do razoável que, embora aponte os erros do positivismo jurídico, denuncia também os excessos da interpretação judicial jus-naturalista.

A lógica do razoável, efetivamente, critica o monopólio pelo Estado da produção do direito e, ao mesmo tempo, condena o caráter dogmático da jurisprudência, eis que é forma de saber o direito baseada no princípio da autoridade⁵.

Por tudo isto, são definitivamente necessários limites para que não se desvirtue a atividade jurisdicional. Há que controlar o arbítrio judicial para impedir que da interpretação se passe à criação ou mesmo à revogação da norma, como escreveu Satta. O direito não pode depender do bom ou mau humor do magistrado, ou mesmo de suas atuais convicções ideológicas.

Afinal, a lei, além de se legitimar pelo processo legislativo, provém da vontade popular, através de representantes eleitos, sendo importante instrumento de direção da sociedade, em sua mais moderna aceção.

Os critérios legais de interpretação garantem ao juiz, ainda que submetido ao império da lei, amplo espaço de liberdade quando se trata de aplicação de princípios constitucionais, podendo até mesmo declarar a insubsistência da norma inconstitucional.

⁴GARRIDO GÓMEZ, Isabel. **La Democracia em La Esfera Jurídica**. Pamplona: Civitas, 2013; Thomson Reuters, 2013.

⁵LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

O juiz pode criar pragmaticamente o direito, a partir de princípios constitucionais, para proteger direitos constantes da própria Constituição, mas não pode ter um comportamento cético diante da lei, transformando-se no absolutista desiludido a que alude Hart⁶.

Se a interpretação é evolutiva, recebendo influência de circunstâncias sociais, econômicas e políticas, não menos certo é que o primado da legalidade oferece estabilidade e segurança jurídica.

O imperativo de conciliar interpretação judicial e norma mereceu a advertência do Professor Miguel Reale:

Não nos atemoriza, em mais esta oportunidade, afirmar que a verdade está no meio-termo, na conciliação dos extremos, devendo o juiz ser considerado livre, não perante a lei e os fatos, mas dentro da lei, em razão dos fatos e dos fins que dão origem ao processo normativo, segundo a advertência de Radbruch de que a interpretação jurídica, visando o sentido objetivamente válido de um preceito, 'não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas, pelo contrário, um saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outro, observação que deve ser completada com a de que a interpretação de uma norma envolve o sentido de todo o ordenamento a que pertence'.⁷

Tudo está a recomendar que a interpretação judicial, como ato humano, estando sujeita a tantas variáveis ideológicas e psicológicas, não pode ser conferida da forma ampla defendida por esse ativismo judicial.

Assentadas tais ideias, cabe analisar o que se passa nos domínios da jurisprudência trabalhista brasileira.

3 SÚMULAS DE JURISPRUDÊNCIA

As súmulas do TST, ao cristalizarem os precedentes judiciais, cumprem importante função uniformizadora, considerando-se o caráter federal da legislação trabalhista.

⁶DAMIÁN MORENO, Juan. El Juez Ante La Ley. In: ROVIRA, Antonio (coord.). **Gobernanza Democrática**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁷RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Tal sistema, semelhante ao *stare decisis* do direito anglo-americano, favorece a coerência e a previsibilidade das decisões judiciais, facilitando a tarefa dos juízes e o funcionamento do aparelho judiciário, eis que funciona também como limitador do direito de recurso.

Todavia, a prerrogativa de editar verbetes, que representam a cristalização da jurisprudência, vem sendo afetada pelo ativismo judicial criticado no tópico anterior, produzindo impactos negativos nas relações e no mercado de trabalho.

Esse ativismo parece contaminar o processo de elaboração das súmulas, com alguns reflexos negativos.

Embora não sejam obrigatórias ou vinculantes, as súmulas do TST são persuasivas, influenciando as decisões da própria Corte ou dos demais magistrados, para preservar a integridade, a harmonia e a previsibilidade das decisões judiciais.

Muitas vezes as circunstâncias do julgamento são desconsideradas pelo juiz que, persuadido, aplica a súmula porque provém de um órgão superior e não por considerá-la justa no caso concreto.

Bentham, sempre contrário aos precedentes do sistema anglo-saxônico, descreveu-o como forma de “atuar sem razão, para a exclusão explícita da razão e, ao cabo, em oposição à razão.”⁸

Há quem considere, sob o ponto de vista lógico, que os precedentes constituem verdadeiras falácias porque o fato de se chegar a uma solução no passado não significa que seja a mais correta para todos os casos semelhantes⁹.

As súmulas têm origem em conflitos reiteradamente julgados no TST, cada qual com suas peculiaridades jurídicas, econômicas, sociais e ambientais. A relação conflitiva, embora inerente e necessária, é aqui chamada patológica, em oposição à relação não-conflitiva, aqui denominada fisiológica.

A relação não-conflitiva faz parte da fisiologia das relações de trabalho; nasce, cresce e morre sem desembocar no Judiciário, constituindo a imensa maioria.

A relação conflitiva tem um elemento patológico, exigindo a solução judicial, o que constitui a minoria.

A repetição da solução judicial acaba adotada como súmula que, por sua vez, vai interferir em relações que não têm potencial conflitivo, mas passam a ter. Relações que não tendiam a gerar conflitos se transformam porque o patológico serve de modelo para o fisiológico.

⁸SCHAUER, Frederick. **Pensar como um Abogado**: uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013.

⁹*Ibidem*

Por outro lado, notável doutrina vem condenando leis tutelares que pressupõem homogeneidade de situações jurídicas, quando se sabe que o mercado de trabalho é cada vez mais heterogêneo. Esse tratamento coletivista, característica marcante da legislação, se revela disfuncional e anacrônico quando incide sobre uma realidade multiforme, variada.

No entanto, a mesma técnica coletivista é reproduzida pelas súmulas que, quase sempre abstratas e genéricas, serão aplicadas de modo a acentuar o tratamento homogêneo de situações heterogêneas. À igualdade abstrata, em face de uma realidade heterogênea, arrisca-se criar uma desigualdade concreta¹⁰.

A jurisprudência do TST revela uma tradição enraizada: interpretar as leis de forma ampliativa mediante verbetes genéricos, tornando mais onerosa a contratação.

Não se está a perceber que a lei alterada pelos tribunais no sentido e teleologia, gerando direitos e obrigações novas, enseja desequilíbrios no futuro e até desarranjos no passado.

Invocam-se os princípios da proteção e da regra mais favorável para a criação de precedentes *contra legem e praeter legem*. É um ativismo judicial que extrapola os limites traçados pela CF e legislação ordinária, permitindo a pergunta: de que vale a lei, fruto da vontade popular, se pode ser modificada arbitrariamente pelo juiz ?

Ora, nem mesmo a igualdade clássica entre trabalho manual, técnico ou intelectual é justificável nos dias de hoje. Já se admite até um direito do trabalho intelectual ou de alta qualificação, com tipos especiais de contrato e proteção diferenciada¹¹.

A dinâmica dos negócios, as novas tecnologias e os métodos produtivos exigem crescente qualificação profissional dos trabalhadores, fazendo desaparecer a tradicional subordinação jurídica.

A liberdade de iniciativa e de contratar passaram a ter maior importância nas atividades de alta qualificação.

4 SÚMULAS. VISÃO CRÍTICA

Com a crescente valorização dos direitos humanos fundamentais, não se pode comparar o capitalismo de nossos dias com a sórdida exploração de mão de obra do Século 19 e início do Século 20.

¹⁰ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O novo conceito de proteção no direito do trabalho. In: ZAINAGHI, Domingos Sávio *et alii* (coord.). **Temas de direito do trabalho e seguridade social**. São Paulo: LTr, 2013.

¹¹DRAI, Laurent. **Le droit du travail intellectuel**. Paris: LGDJ, 2004.

As atuais práticas empresariais trazem fortes ingredientes de respeito ao trabalhador, decorrentes de uma evolução comportamental e social, para a qual muito contribuem os princípios adotados nos tratados internacionais, incorporados pelo nosso sistema jurídico.

Mas é verdade também que a aparatosa legislação trabalhista e as súmulas de jurisprudência não conseguem, lamentavelmente, impedir os desvios, as condutas patronais nocivas ao trabalhador. Entretanto, isto não justifica o retorno ao velho protecionismo.

O excesso de proteção pode redundar em prejuízo do trabalhador. Assim, por exemplo, a multiplicação de estabilidades aumenta a contratação atípica, precária ou menos onerosa, deixando intocável o sistema. Surge uma grande quantidade de novos contratos, periféricos; é uma flexibilidade pelas pontas, com a tutela do emprego permanente à custa de maior precarização dos demais.

A lei e a jurisprudência deveriam ser mais seletivas quanto às matérias que disciplinam. Há que abrir, certamente, mais espaço para a proteção aos direitos humanos, mas ao mesmo deveria o Estado se abster de excessos de regulação de aspectos econômicos da relação de trabalho.

Foi altamente louvável a normatização jurisprudencial da dispensa coletiva pelo TST, belo exemplo de como aplicar princípios constitucionais no vazio da lei, modernizando nosso sistema jurídico.

Entretanto, é difícil conciliar a visão moderna do direito do trabalho com súmulas que punem o empregador ao oferecer maior conforto no transporte dos empregados, para compensar o abominável e intolerável transporte público.

O deslocamento até o local de trabalho em indústrias foi transformado em jornada itinerante, o que se afigura ilegal. Muitos empregados, nas grandes cidades, utilizam o transporte público por horas e ainda caminham para chegar ao posto de trabalho, mas esse tempo não é computado como jornada itinerante.

Quando se teme a desindustrialização do país, lançar tal ônus sobre empresas industriais não favorece a atividade econômica.

Há súmulas que impedem a concessão de mais intervalos durante a jornada para todo e qualquer empregado, como se fosse um mal.

A rígida fixação dos minutos em cartões de ponto, quando há verdadeiros exércitos de trabalhadores, e sem possibilidade de negociação, é um claro exagero. Aliás, em face das novas tecnologias, é ingenuidade acreditar que o empregado cumpre efetivamente a jornada integral, com toda a liberdade e quantidade de informações através da *internet*. Em sua mesa de trabalho ele se põe em contato com o mundo.

Pode-se imaginar a perplexidade de um desempregado, de um autônomo, de um informal ou de um trabalhador precário, todos com escassa proteção legal, diante de súmulas que ampliam sem parar os benefícios do emprego permanente.

Diante dessas constatações, uma classificação valorativa das súmulas do TST, em termos de impacto no sistema, pode dividi-las em necessárias, contraditórias, prejudiciais e ilegais.

As necessárias confirmam o empenho e compromisso do Tribunal Superior do Trabalho na defesa dos direitos humanos, matéria que deve, axiologicamente, ocupar cada vez maior espaço na dogmática trabalhista.

As contraditórias, prejudiciais e ilegais, ao contrário, comprometem a política judiciária, o desenvolvimento econômico e social do país.

A partir dessa classificação, selecionamos, exemplificativamente, algumas súmulas, com alguns comentários pertinentes, quando úteis para justificar a crítica.

4.1 Remuneração

Súmula n. 152 do TST - **PREJUDICIAL**

GRATIFICAÇÃO. AJUSTE TÁCITO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O fato de constar do recibo de pagamento de gratificação o caráter de liberalidade não basta, por si só, para excluir a existência de ajuste tácito (ex-prejulgado n. 25).

Súmula n. 253 do TST - **CONTRADITÓRIA E PREJUDICIAL**

GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL. REPERCUSSÕES (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A gratificação semestral não repercute no cálculo das horas extras, das férias e do aviso prévio, ainda que indenizados. Repercute, contudo, pelo seu duodécimo na indenização por antigüidade e na gratificação natalina.

Súmula n. 372 do TST - **ILEGAL E CONTRADITÓRIA**

GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 45 e 303 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

I - Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ n. 45 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)

II - Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ n. 303 da SBDI-1 - DJ 11.8.2003)

Súmula n. 101 do TST - **CONTRADITÓRIA E ILEGAL**
DIÁRIAS DE VIAGEM. SALÁRIO (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 292 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

Integram o salário, pelo seu valor total e para efeitos indenizatórios, as diárias de viagem que excedam a 50% (cinquenta por cento) do salário do empregado, enquanto perdurarem as viagens. (primeira parte - ex-Súmula n. 101 - RA 65/1980, DJ 18.6.1980; segunda parte - ex-OJ n. 292 da SBDI-1 - inserida em 11.8.2003).

Súmula n. 91 do TST - **PREJUDICIAL**

SALÁRIO COMPLESSIVO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Nula é a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador.

Diante da heterogeneidade do mercado de trabalho, especialmente em se tratando de altos empregados ou salários elevados, não faz sentido a Súmula n. 91 proibir genericamente o salário comlessivo; outras legislações, por exemplo, concedem mais liberdade contratual para as altas remunerações.

4.2 Jornada de trabalho

Súmula n. 90 do TST - **ILEGAL E PREJUDICIAL**

HORAS IN ITINERE. TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas ns. 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais ns. 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula n. 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas *in itinere*. (ex-OJ n. 50 da SBDI-1 - inserida em 1º.2.1995)

III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas *in itinere*. (ex-Súmula n. 324 - Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)

IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas *in itinere* remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula n. 325 - Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)

V - Considerando que as horas *in itinere* são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ n. 236 da SBDI-1 - inserida em 20.6.2001).

Súmula n. 320 do TST - **PREJUDICIAL**

HORAS *IN ITINERE*. OBRIGATORIEDADE DE CÔMPUTO NA JORNADA DE TRABALHO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O fato de o empregador cobrar, parcialmente ou não, importância pelo transporte fornecido, para local de difícil acesso ou não servido por transporte regular, não afasta o direito à percepção das horas *in itinere*.

Súmula n. 118 do TST - **CONTRADITÓRIA E ILEGAL**
JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Os intervalos concedidos pelo empregador na jornada de trabalho, não previstos em lei, representam tempo à disposição da empresa, remunerados como serviço extraordinário, se acrescidos ao final da jornada.

Súmula n. 366 do TST - **CONTRADITÓRIA E ILEGAL**
CARTÃO DE PONTO. REGISTRO. HORAS EXTRAS.
MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 23 e 326 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005

Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário do registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. Se ultrapassado esse limite, será considerada como extra a totalidade do tempo que exceder a jornada normal. (ex-Ojs da SBDI-1 ns. 23 - inserida em 3.6.1996 - e 326 - DJ 9.12.2003)

Súmula n. 429 do TST - **ILEGAL**

TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. PERÍODO DE DESLOCAMENTO ENTRE A PORTARIA E O LOCAL DE TRABALHO - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011

Considera-se à disposição do empregador, na forma do art. 4º da CLT, o tempo necessário ao deslocamento do trabalhador entre a portaria da empresa e o local de trabalho, desde que supere o limite de 10 (dez) minutos diários.

Súmula n. 428 do TST - **ILEGAL**

SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

Esta Súmula n. 428, ao proclamar que período de descanso, diante da mera possibilidade de um chamado para o serviço, deve ser remunerado como sobreaviso, faz falsa analogia com o trabalhador ferroviário.

A norma é de 1943, tempo em que o ferroviário residia na estação, não tinha celular e não podia se afastar em momento algum. É uma fonte inesgotável de conflitos. Período de descanso, definitivamente, não se confunde com tempo à disposição.

Súmula n. 437 do TST - ILEGAL E CONTRADITÓRIA COM A SÚMULA N. 444

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensivo à negociação coletiva.

Súmula n. 444 do TST - NECESSÁRIA

JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012 - republicada em decorrência do despacho proferido no processo TST-PA-504.280/2012.2 - DEJT divulgado em 26.11.2012

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas.

A Súmula n. 437 não permite a redução do intervalo intrajornada; a n. 444 realisticamente admite a norma coletiva que institui jornada de 12 por 36 horas, o que parece muito mais danoso à saúde e segurança do trabalho. É uma contradição.

Súmula n. 291 do TST - ILEGAL

HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011

A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

A Súmula n. 291 não tem base legal quando institui uma indenização de horas extras suprimidas, além de contradizer a lógica do art. 468 da CLT.

4.3 Negociação coletiva

A negociação coletiva integra o repertório de técnicas de gestão de recursos humanos e administração empresarial. Segundo Bronstein e Córdova, permite ao sindicato tomar consciência de seu papel no sistema político, às vezes mais importante do que na própria estrutura de relações de trabalho, principalmente na América Latina¹².

A sacralização dos direitos individuais, em face da negociação coletiva, é incompatível com o atual estágio do direito coletivo.

Não se pode argumentar com a desigualdade das partes ou a dificuldade de fazer atuar a vontade individual do trabalhador quando a alteração se faz mediante negociação coletiva, onde é garantida a igualdade das partes¹³.

Os acordos coletivos não têm a vocação da eternidade. As vantagens obtidas, ainda que resultando em benefícios individuais,

¹²BRONSTEIN, Arturo S.; CÓRDOVA, Éfren. A Negociação Coletiva. *In: As Relações Coletivas de Trabalho na América Latina*: um estudo de seus autores, suas diversas manifestações e seus conflitos, com especial referência ao setor privado. Maria Luiza Jacobson (tradutora). São Paulo: LTr: OIT: IBRART, 1985.

¹³OJEDA AVILÉS, Antonio; ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.). *La negociación colectiva en América Latina*. Madrid: Trotta, 1993.

não perdem sua natureza de normas coletivas autônomas, com duração predeterminada. Não há como garantir direitos, mesmo que projetados em relações individuais, quando não há a ratificação do grupo.

A teoria da incorporação admite integração aos contratos individuais das normas acordadas, mesmo após a perda de vigência do instrumento coletivo, pois já teriam aderido de forma automática e irreversível.

Muitos rejeitam essa teoria, considerando-a um fator de rigidez e empobrecimento da negociação coletiva e do papel dos sindicatos.

A cláusula coletiva não tem sua natureza alterada pelo fato de incidir sobre as relações individuais; continua a ser expressão da autonomia coletiva e não da vontade individual.

Está restrita ao período de vigência negociado coletivamente. Se houver incorporação, estará se retirando do sindicato a possibilidade de negociar no interesse da coletividade, pois suas mãos estarão permanentemente atadas pelos direitos individuais intangíveis. Tornar-se-ia, em poucas palavras, refém de interesses individuais, em prejuízo do bem jurídico de maior realce, que é o interesse coletivo.

Para Adrian Goldín, não há desequilíbrio negocial no plano das relações coletivas e, por outro lado, o acordo coletivo deve ser ágil, adequando seus conteúdos às circunstâncias cambiantes e à conjuntura econômica ou social; defender a incorporação é restringir o âmbito da negociação coletiva e debilitar o sindicato, que se veria impotente para responder a situações adversas que afetam a empresa e os trabalhadores. A liberdade de negociar, para melhor, mas também para pior, é prerrogativa que enriquece a ação sindical¹⁴.

Santiago Pérez del Castillo faz analogia com a revogação da lei, a qual, a partir desse momento, não mais incide sobre a relação jurídica¹⁵.

Para Montoya Melgar, a manutenção de condições mais benéficas contidas em normas coletivas, como se direitos adquiridos fossem, bloqueia a regulação, convencional e até mesmo estatal das condições de trabalho. Ademais, cria dois tipos de trabalhadores, com regimes distintos, inviabilizando o planejamento empresarial¹⁶.

Se a própria lei não se incorpora ao contrato individual de trabalho, não se pode incorporar a norma coletiva. A norma coletiva, por pertencer à classe das normas jurídicas autônomas, ao lado das heterônomas,

¹⁴GOLDIN, Adrian. Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos. **Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**, Buenos Aires, n. 22, p. 14, 1991.

¹⁵PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das Fontes no Direito do Trabalho. *In: Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*: grupo das quartas-feiras. São Paulo: LTr, 1998.

¹⁶*Ibidem*

não se confunde com a cláusula contratual e, assim, tem validade restrita ao período de vigência. Somente as cláusulas contratuais ajustadas individualmente aderem de forma absoluta à relação jurídica individual¹⁷.

Como diz Arion Sayão Romita,

[...] as fontes formais do Direito do Trabalho não se inserem nos contratos individuais. A ninguém acudiria a idéia de que os dispositivos da Constituição que tratam de temas trabalhistas se incorporam aos contratos de trabalho, ou que os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho ou da Lei do FGTS ou da Lei de Greve etc. passam a fazer parte do contrato individual de trabalho. Se a convenção coletiva de trabalho é fonte de direito, os efeitos que suas cláusulas irradiam sobre o contrato individual são os mesmos produzidos pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais.¹⁸

A incorporação gera uma incongruência terrível. O empregado, na assembléia sindical, pode votar pela alteração da norma coletiva para pior, eis que, com a incorporação, não será por ela atingido, mas apenas os contratados na vigência da nova regra. Não há nada mais injusto e discriminatório.

Na Itália, o art. 2074 do Código Civil admite a ultravigência ou ultratividade da norma coletiva, após o período de validade, mas não se aplica aos contratos coletivos de direito comum, que predominam no direito italiano¹⁹.

No direito francês, lembra Renato Rua de Almeida que não há a incorporação definitiva da norma coletiva ao contrato individual, salvo, excepcionalmente, em se tratando de vantagem adquirida pelo empregado na esfera individual, não-dependente de evento futuro e incerto. Assim, por exemplo, se o empregado, na vigência da norma que assegura estabilidade em face de acidente do trabalho, vem a sofrer o infortúnio, a terá automaticamente incorporada ao seu patrimônio individual, mesmo após a expiração do prazo da convenção coletiva²⁰.

¹⁷DELGADO, Mauricio Godinho. **Introdução ao direito do trabalho**: introdução ao direito de trabalho e relação de emprego. São Paulo: LTr, 1995.

¹⁸ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da cessação de vigência da convenção coletiva de trabalho. **Trabalho & Doutrina**: processo jurisprudência, São Paulo, n. 23, 1999.

¹⁹GIUGNI, Gino. **Direito sindical**. São Paulo: LTr, 1991, p. 146-147.

²⁰ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. **Revista LTr**: Legislação do Trabalho, São Paulo, v. 60, n. 12, p. 1604, dezembro 1996.

O mesmo não se dá com outras vantagens, que dependem da prática de atos jurídicos futuros, como períodos de férias mais longos, adicionais de hora extraordinária maiores, prêmios ou gratificações condicionados à produtividade. Tais condições, por se condicionarem a eventos futuros e incertos, não resistem ao final da vigência da norma coletiva, sendo reguladas pelas normas temporalmente em vigor.

Merece críticas, diante disto, a atual Súmula n. 277:

Súmula n. 277 do TST - **PREJUDICIAL**

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.9.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

4.4 Direitos fundamentais

A Súmula n. 244 estendeu a estabilidade à gestante, mesmo no contrato por prazo determinado. Essa mudança de orientação é muito elogiável, por várias razões:

- a) a CF tem normas de proteção à maternidade e ao nascituro;
- b) os acórdãos do STF estenderam a servidoras públicas e empregadas gestantes, inclusive contratadas a título precário, independentemente do regime jurídico de trabalho, o direito à licença-maternidade de 120 dias e estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (Levandowski, Eros Grau, Luiz Fux, Ellen Gracie, Carlos Veloso, Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Gilmar Mendes);
- c) a recolocação da gestante é muito difícil, tendo esta súmula notável suporte no princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, III, da CF;
- d) as normas de direitos fundamentais devem ser aplicadas, interpretadas e integradas ao ordenamento jurídico a fim de que tenham eficácia, conforme forte corrente da doutrina constitucional. São aplicados os princípios da proporcionalidade, da dignidade, da valorização social do trabalho, da função social da empresa, do meio ambiente de trabalho seguro, da boa-fé objetiva e da não-discriminação;

e) a Declaração Universal de 1948, assim como o Pacto Internacional de 1966, proclamam que a mulher grávida e a criança têm direito a proteção, cuidados e auxílio especiais;

f) o art. 227 da CF assegura proteção à criança;

g) não se pode admitir o argumento de que a gravidez, que tem reflexos por toda a vida da família (pai, mãe, nascituro e avós), por vezes seria proposital, apenas para manter o emprego durante a gestação e mais 5 meses;

h) o Brasil ratificou a Convenção 103/1952, da OIT, que garante proteção à maternidade, e a Convenção 183/2000 garante a proteção a todas as mulheres, inclusive em empregos ocasionais, temporários, subcontratadas ou em domicílio.

Por fim, há um argumento centrado nas regras de hermenêutica. A interpretação da Constituição não se faz a partir da lei ordinária; ao contrário, a Constituição é que ilumina a interpretação da lei.

A linguagem constitucional tem mais conteúdo político que jurídico, ou seja, sem vinculação estreita com a dogmática de um específico ramo do direito. Quando veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da gestante, seu conteúdo axiológico é mais amplo porque está a defender valores fundamentais da sociedade, espalhados por todo o seu texto.

Não se pode extrair uma vedação da estabilidade provisória da mulher contratada por tempo determinado.

Outro argumento é infraconstitucional e tem a ver com a coerência do sistema jurídico. A Lei n. 9.601/1998, no art. 1º, § 4º, que admite contrato a termo mediante convenção coletiva, estende a estabilidade provisória à gestante.

Por outro lado, em harmonia com a teoria da responsabilidade social, a empresa que se defronta com a gravidez da empregada contratada por tempo determinado deveria merecer redução dos encargos incidentes sobre a remuneração paga além do prazo estipulado no contrato.

Não se há de negar que tal medida pode diminuir a inevitável discriminação contra a mulher.

Por sua vez, em se tratando de acidentado do trabalho, dispõe a Súmula n. 378, III, que o empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/1991.

A inspiração, claramente, é a mesma da Súmula n. 244; negar tal direito ao acidentado é puni-lo duplamente.

A nova redação estimula a empresa a adotar ainda maiores cuidados no que tange aos acidentes do trabalho.

A proteção ao acidentado também é prevista na Lei n. 9.601/1998 e, ademais, o contrato de experiência não cumpre seu objetivo em caso de acidente.

A Convenção 155/1981 da OIT cuida da prevenção dos acidentes do trabalho e a CV 187 exige uma cultura nacional de prevenção em saúde e segurança.

Enfim, há que criar um habitat laboral saudável.

Da mesma forma, parece-me que se deve invocar o princípio da solidariedade social, de modo a que esses custos não sejam suportados apenas pelo empregador; essas estabilidades interessam a toda a sociedade.

5 CONCLUSÕES

À empresa cabe contribuir para o desenvolvimento econômico, gerar lucros aos seus acionistas, propiciar qualidade de vida aos trabalhadores e estimular sua integração.

O protecionismo moderno não é mais estático, baseado na lei, mas sim dinâmico, ancorado na negociação coletiva.

Não há mais lugar para o elemento utópico que marcou a dogmática trabalhista. A proteção ao empregado continua, mas tem ao seu lado outros valores, como a sobrevivência da empresa e o equilíbrio no mercado de trabalho.

O modelo de relações de trabalho tem importante papel no nível de emprego, na prosperidade das empresas e na qualidade de vida dos trabalhadores.

Os tribunais devem contribuir para o direito do trabalho assumir seus valores econômicos e sociais, atuando como síntese dos interesses comuns ao capital e ao trabalho.

O TST deveria rever os processos de criação, redação e aplicação das súmulas, privilegiando a proteção efetiva dos direitos fundamentais constitucionais, abstando-se de criar normas a fim de que nosso ordenamento jurídico trabalhista não se torne ainda mais disfuncional e anacrônico, tanto pela rigidez quanto pela homogeneidade de tratamento de uma realidade heterogênea.

A regulação do mercado de trabalho pode ser prejudicada pelo ativismo judicial que impregna a produção das súmulas.

São Paulo, inverno de 2013.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**, São Paulo, v. 60, n. 12, p. 1604, dezembro 1996.

BRONSTEIN, Arturo S.; CÓRDOVA, Éfren. A Negociação Coletiva. *In: As Relações Coletivas de Trabalho na América Latina: um estudo de seus autores, suas diversas manifestações e seus conflitos, com especial referência ao setor privado.* Maria Luiza Jacobson (tradutora). São Paulo: LTr: OIT: IBRART, 1985.

DAMIÁN MORENO, Juan. El juez ante la ley. *In: ROVIRA, Antonio* (coord.). **Gobernanza Democrática.** Madrid: Marcial Pons, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Introdução ao direito do trabalho:** introdução ao direito de trabalho e relação de emprego. São Paulo: LTr, 1995.

DRAI, Laurent. **Le droit du travail intellectuel.** Paris: LGDJ, 2005.

GARRIDO GÓMEZ, Isabel. **La Democracia em La Esfera Jurídica.** Pamplona: Civitas, 2013; Thomson Reuters, 2013.

GIUGNI, Gino. **Direito sindical.** São Paulo: LTr, 1991, p. 146-147.

GOLDÍN, Adrian. Autonomía colectiva, autonomia individual e irrenunciabilidad de derechos. **Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires**, Buenos Aires, n. 22, p. 14, 1991.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MIRANDA, Alessandro Santos de. **Ativismo Judicial na Promoção dos Direitos Sociais:** a dimensão política da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais: o Supremo Tribunal Federal como formador de novos parâmetros de civilidade social e propagador do ativismo judicial. São Paulo: LTr, 2013.

OJEDA AVILÉS, Antonio; ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.). **La negociación colectiva en América Latina.** Madrid: Trotta, 1993.

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. Hierarquia das Fontes no Direito do Trabalho. *In: Estudos sobre as fontes do direito do trabalho:* grupo das quartas-feiras. São Paulo: LTr, 1998.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. La revision del convenio para disminuir los beneficios. *In*: OJEDA AVILÉS, Antonio e ERMIDA URIARTE, Óscar (coord.). **La negociación colectiva en América Latina**. Madrid: Trotta, 1993.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O novo conceito de proteção no direito do trabalho. *In*: ZAINAGHI, Domingos Sávio *et alii* (coord.). **Temas de direito do trabalho e seguridade social**. São Paulo: LTr, 2013.

ROMITA, Arion Sayão. Efeitos da cessação de vigência da convenção coletiva de trabalho. **Trabalho & Doutrina**: processo jurisprudência, São Paulo, n. 23, 1999.

SCHAUER, Frederick. **Pensar como um Abogado**: uma nueva introducción al razonamiento jurídico. Madrid: Marcial Pons, 2013.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O Juiz Ativo e os Direitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2011.

7 BIBLIOGRAFIA

CORREDOR LANAS, Cristina; PENÃ ECHEVERRÍA, Javier (coord.). **Derechos com Razón**: filosofia y derechos humanos. Valladolid: Fundación Aranzadi Lex Nova, 2013.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Fragments do Ativismo da Magistratura**. São Paulo: LTr, 2006.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. São Paulo: LTr, 2013.

OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO E O ANTEPROJETO DE PROCESSO LABORAL DA DÉCIMA QUINTA REGIÃO DO TRABALHO

THE PRINCIPLES OF PROCEDURAL LAW OF WORK AND THE DRAFT BILL OF LABOR PROCESS OF FIFTEENTH REGION

Guilherme Guimarães Feliciano*

Resumo: Os textos legais que regulam o processo laboral brasileiro pertencem ao século passado, cronológica e ideologicamente. Nada obstante, incorporam como poucos os fundamentos da oralidade *chiovendiana*, acenando para o futuro de um processo efetivo e desburocratizado. A proposta de reforma do processo do trabalho elaborada para o TRT da 15ª Região aprofunda essa convergência, buscando uma plena ancoragem constitucional, à mercê da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Princípios gerais de direito. Processo do trabalho. Reforma.

Abstract: Legal acts about Brazilian labor process belong to the last century, chronologically and ideologically. Nonetheless, these acts include the fundamentals of Chiovenda's orality, waving to the future of an labor process effective and reducing bureaucracy. The reform of the labor process developed for the Labour Court of the 15th Region reinforces this convergence, seeking a full constitutional anchoring by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: General Principles of law. The work Process. Reform.

*Juiz titular da 1ª VT de Taubaté/SP. Doutor e livre-docente em Direito pela USP. Professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e de Seguridade Social da Faculdade de Direito da USP. Professor-assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (UNITAU).

1 INTRODUÇÃO

Em meados de 2007, o saudoso Juiz Luiz Carlos de Araújo, então Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, anunciou a intenção de constituir, sob os auspícios daquela Presidência, uma comissão de magistrados da 15ª Região com o mister de debater, construir e finalmente propor um **anteprojeto de código de processo do trabalho** para o Brasil, paralelamente à **reforma do Direito do Trabalho** (material) que a Ordem dos Advogados do Brasil (seção São Paulo) tencionava propor à sociedade civil, a partir de sua “Comissão de Estudos sobre Reforma Trabalhista e Sindical”, sob a competente batuta do Professor Amauri Mascaro Nascimento.

Para compor a referida comissão (que não chegou a ser nomeada por ato administrativo formal), foram inicialmente designados, sob a presidência do primeiro, os juízes Gerson Lacerda Pistori, Guilherme Guimarães Feliciano e Jorge Luiz Souto Maior. Ulteriormente, por decisão dos membros originais, foram integrados à comissão, para a revisão do anteprojeto, os Juízes Manoel Carlos Toledo Filho e Ricardo Régis Laraia. E, após uma série de reuniões preliminares, puseram-se a redigir.

Nocursodotrabalhos, ofoco inicialfoi alterado, mercê dos caminhos que a própria comissão da OAB-SP vinha trilhando, para já não mais formatar um anteprojeto de código processual do trabalho (como à comissão parecia mais adequado), e sim um **anteprojeto de reforma** dos capítulos “processuais” da CLT. Com isso, a comissão de juízes da 15ª Região viu-se poupada do trabalho de redesenhar a estrutura legislativa do processo laboral. Por outro lado, o novo foco e a premência do tempo levou a comissão a propor, no texto da CLT, alterações diversas e acréscimos tendentes a solver os grandes “gargalos” do processo laboral (atualização, integração, procedimentos ordinários, tutelas de urgência e inibitórias, execução, recursos), sem interferir com aspectos menos relevantes ou inadiáveis, como os relacionados à organização judiciária, aos serviços e às instituições auxiliares (*e.g.*, as secretarias e as procuradorias da Justiça do Trabalho, respectivamente) e aos procedimentos especiais de jurisdição trabalhista (como as ações possessórias, as ações rescisórias, as consignatórias e os procedimentos de jurisdição voluntária trabalhista); ou, ainda, aqueles aspectos sob direta ancoragem constitucional, como a questão da competência material da Justiça do Trabalho (art. 114 da CRFB). Embora fosse propósito original lidar também com tais aspectos, a administração do tempo e das prioridades terminou relegando-as a uma incômoda resignação.

Enfim, após dezoito meses de estudos e compilações, veio a lume o **anteprojeto de reforma do processo do trabalho da 15ª Região**, publicado há alguns anos em obra monográfica denominada **Fênix**: Por um novo processo do trabalho (Editora. LTr). Dentre as suas maiores virtudes, a principal talvez residisse no escopo de positivar princípios que hoje são apenas intuídos, por dedução, a partir das regras que compõem o vergastado processo do trabalho brasileiro, de base eminentemente *celetária*.

O presente estudo debruça-se sobre aqueles princípios processuais - que, independentemente dos destinos incertos reservados àquele anteprojeto, parecem-nos ainda hoje **imanentes** à ordem jurídico-processual brasileira.

2 DA OMISSÃO À LITERALIDADE

Conquanto de suma importância para a operação e a compreensão mesma do Direito contemporâneo, os **princípios** — entendidos como “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”¹ — foram historicamente negligenciados por uma produção legiferante de viés formal-positivista, típica do chamado “direito moderno”. Quando acaso enunciados, tendiam a não ser identificados como linhas-mestras ou pressupostos nomológicos do (sub)sistema legislativo, restando-lhes a enunciação indiscriminada ao lado de normas-regras (por vezes desprovidas de qualquer conteúdo axiológico). Veja-se, *e.g.*, os artigos 1º a 12 do Código Penal, alternando princípios e regras; o art. 460, *caput*, do CPC (princípio da correlação entre a demanda e a sentença), em meio a uma sequência de regras com elevado grau de concretude; o art. 9º do Código Tributário (princípios enunciados como “disposições gerais”, seguidos por uma série de “disposições especiais” que não passam de normas-regras); e assim sucessivamente.

¹Definição de Miguel Reale para Os Princípios Gerais de Direito (**Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 304) - que serve, todavia, para a definição dos princípios jurídicos em geral (mesmo os **específicos**, desde que se limite a acepção de “ordenamento jurídico” à respectiva zona de influência). O conceito alcança, como se vê, quase todo o conteúdo axiológico peculiar que Canotilho (**Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, p. 1145-1146) atribui aos **princípios**, extremando-os das **regras**: **a)** quanto ao **grau de abstração** (os princípios são normas com elevado grau de abstração, enquanto as regras possuem maior concretude como comandos de condutas); **b)** quanto ao **grau de determinabilidade** (os princípios são vagos e indeterminados, carecendo geralmente de mediações concretizadoras — do legislador, do administrador ou do juiz —, enquanto as regras admitem aplicação direta); **c)** quanto ao **carácter de fundamentalidade no sistema das fontes** (os princípios são normas de natureza estruturante, em posição hierárquica usualmente superior, à diferença das regras, normalmente subalternas); **d)** quanto à “proximidade com a idéia de direito” (os princípios são *standards* juridicamente vinculantes que radicam diretamente nas próprias exigências ético-sociais de “justiça”, enquanto as regras podem ter conteúdo meramente funcional; e **e)** quanto à **natureza normogenética** (os princípios são fundamento e gênese de regras, isto é, “são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas”). Doravante, utilizaremos sempre a dicotomia **norma-princípio vs. norma-regra**, o que deve remeter o leitor aos presentes conteúdos.

Apenas mais recentemente, na chamada “era dos estatutos”² (ou da “descodificação”), os princípios passaram a ser sistematizados no direito positivo, ora com precisão, ora ainda com atecnia. No Brasil, essa tendência manifestou-se sobretudo em searas de direito material, com a novel preocupação de introduzir ou organizar o conjunto de normas-regras a partir de um catálogo de “direitos básicos” ou “direitos fundamentais” da pessoa (normas que geralmente têm caráter de **princípios**³). Nesse sentido, confirmam-se os títulos I (Das Disposições Preliminares), em especial os artigos 4º a 6º, e o Título II (Dos Direitos Fundamentais) da Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); ou, ainda, o Capítulo III (Dos Direitos Básicos do Consumidor) do Título I da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Da mesma forma, no direito comparado, merece menção o Código do Trabalho português que, em sua atual versão (Lei n. 7/2009), reservou o título I (fontes e aplicação do direito) e em especial a subseção II do título II (“Direitos de personalidade”) para explorar os princípios fundamentais da matéria e a partir deles enunciar comandos concretos (normas-regras). Cite-se, ademais, o *Estatuto de los trabajadores* espanhol (Ley n. 8/1980), que na *sección 2ª* do *capítulo primero* de seu *título primero* cuida, em termos muito gerais, dos “*derechos y deberes laborales básicos*” dos empregados (direito ao trabalho e à liberdade de profissão, liberdade sindical, negociação coletiva, direito de reunião e de greve, não-discriminação, dever de cooperação e boa-fé — que a doutrina tradicional identificava como “princípio do rendimento”⁴ —, dever de diligência etc.).

Cremos, porém, que a melhor técnica para a enunciação legislativa de princípios é aquela que os extrema, na medida do possível, das regras que deles advêm. Sistematizando-os dessa maneira, e conferindo **explícita positividade** aos princípios (enunciados como tais, em elenco próprio), dá-se

²Cfr., por todos, TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 08.

³Alexy atribuiu às normas de direitos fundamentais o chamado *Doppelcharakter*, reconhecendo-lhes uma natureza combinada de norma-princípio e de norma-regra (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 122-125). Assim, as normas de direitos fundamentais também são, à maneira dos demais princípios jurídicos, **mandatos de otimização**. Na jurisprudência, essa natureza principiológica das normas de direitos fundamentais — logo, objetiva, transindividual e irradiante — foi primeiramente reconhecida na esfera do Direito do Trabalho alemão, por Hans Carl Nipperdey, presidente do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht*), em julgamento no ano de 1954, no qual reconhecia que os direitos fundamentais são **princípios ordenadores da vida social**, com relevância direta nas relações interprivadas. Nesse sentido, cfr., por todos, BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?*. In: **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Ingo Wolfgang Sarlet (org.). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 309-310.

⁴Cfr., por todos, PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. trad. Wagner Giglio. São Paulo: LTr, 1996, p. 266-267.

ao intérprete um horizonte hermenêutico mais seguro, conferindo plenitude à função interpretativa dos princípios. Bom exemplo dessa técnica está no PL n. 2.057/1991, da Câmara dos Deputados, que pretende criar o “estatuto das sociedades indígenas” e inicia suas disposições com o título I, Dos Princípios e Definições⁵ (Capítulo I do Título I, artigos 1º a 7º).

Essa não é, porém, uma realidade para a legislação trabalhista (material e processual). Uma e outra — ambas concentradas na CLT, do longínquo ano de 1943 — seguiram o padrão legislativo do “direito moderno”, alternando indiscriminadamente normas-princípios, normas-regras e normas explicativas (*e.g.*, artigos 2º e 3º, *caput*). Os Títulos I e II da CLT sequer conhecem um elenco de direitos fundamentais (ou “básicos”) do trabalhador.

No campo do processo judiciário do trabalho (basicamente o título X da CLT e a Lei n. 5.584/1970), praticamente não há princípios enunciados. Devem ser **inferidos** da malha do direito positivo, como no caso do **princípio da conciliabilidade** (que se infere do art. 764 da CLT), do princípio inquisitivo (que se infere do art. 765 da CLT), do **princípio do prejuízo** (em sede de nulidades: *pas de nullité sans grief*, conforme art. 795 da CLT⁶), e assim sucessivamente.

Como se sabe, aos princípios jurídicos atribuem-se amiúde três funções básicas: a **informativa** (subsidiando a ação legiferante e dando vazão ao caráter *normogênico* das normas-princípios), a **normativa** (integrando o direito em casos de lacunas — art. 4º da LICC, art. 8º da CLT — e, mais que isso, **afastando** ou **neutralizando** a ação de normas-regras incompatíveis com princípios superiores — *e.g.*, os radicados constitucionalmente —, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata⁷) e a **interpretativa** ou **hermenêutica** (iluminando e orientando os intérpretes na compreensão do sentido e do alcance das normas-regras — supra). A essas, acresça-se a função de **sistematização** (conferir ao subsistema jurídico ou legislativo a sua “coluna vertebral”, de onde devem partir e para onde devem fluir todos os demais dispositivos).

Na segunda metade do Século XX, ante a **omissão** da legislação processual trabalhista brasileira, todas essas funções secundaram uma primeira operação fundamental, de ordem *nomológico-intelectiva*, que foi a **descoberta** mesma dos princípios, a partir da interpretação dos textos legais. Noutras palavras, as próprias **matrizes da interpretação** tiveram de ser construídas, elas próprias, pela via da interpretação. E, silente o legislador, essa tarefa

⁵Na proposta substitutiva do Deputado Federal Luciano Pizzatto (2000), a estrutura principiológica mereceu ainda maiores cuidados, para se tratar exclusivamente dos **princípios** entre os artigos 1º a 7º.

⁶Que, de resto, pode já ser considerado um **princípio geral de processo** (vejam-se os artigos 563 do CPP e art. 249, §1º, do CPC).

⁷A esse “movimento”, que reconhece a primazia dos princípios e os aplica diretamente, tem-se denominado “pós-positivismo”.

coube aos tribunais (notadamente ao TST, ante a sua tarefa constitucional de uniformizar a inteligência da lei federal trabalhista). Ora, os tribunais em geral (assim entendidos os corpos de magistrados de 2º grau ou de grau superior) tendem a apresentar **duas características** sociologicamente descritas: **a)** a longo prazo, são global e tendencialmente conservadores⁸ (i.e., sujeitam-se a certa inércia jurisprudencial que recrudescer na proporção direta do tempo de uniformização de certa matéria); **b)** a curto e médio prazos, são pontualmente inconstantes (i.e., tendem a decidir questões de direito de modos diversos e sob óticas diferentes, sensibilizando-se com clamores públicos e novas ideologias, até a definitiva uniformização, ou às vezes mesmo depois dela⁹).

Diante dessas características, o resultado previsível era o de que jamais se consolidasse doutrinariamente, com boa margem de segurança, um **rol de princípios próprios** do Direito Processual do Trabalho brasileiro (diversamente do que se deu, ao revés, no Direito do Trabalho, em grande medida por influência estrangeira¹⁰ e, mais tarde, em função do rol de direitos sociais fundamentais que a Constituição de 1988 positivou). Daí porque, hoje em dia, dificilmente se logrará encontrar consenso doutrinal sobre um elenco mínimo de princípios próprios do processo laboral. Afastados os princípios gerais do processo (inércia, inafastabilidade da jurisdição, concentração, oralidade etc.), talvez os únicos pacíficos sejam o da simplicidade das formas, o da “conciliabilidade” (ou conciliação) e o do *ius postulandi* das partes (esse em vias de relativização ou extinção, mercê do art. 133 da CRFB). Para além desses, há princípios e princípios, de diversos matizes e denominações, alguns tão polêmicos que ora são reverenciados, ora repudiados (e.g., o princípio da *ultrapetição* e o princípio da proteção no processo)¹¹.

⁸Nesse sentido, em debate recente, confirmam-se os anais do painel Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado e a Importância Global da Sustentabilidade Pan Amazônia, que abriu a programação oficial **V Fórum Mundial de Juizes**, em Belém/PA (2009), sob a coordenação do presidente da Escola Nacional da Magistratura (ENM) Eládio Leclý. No campo trabalhista, para tanto perceber, basta comparar a Súmula de Jurisprudência do TST (ultimamente revisada pela Resolução Administrativa n. 121/2003) com os Enunciados da 1ª Jornada de Direito Processual e Material do Trabalho da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA, 23.11.2007). A discrepância de entendimentos — ali, mais conservadores e literais, e aqui, mais progressistas e principiológicos — chega a ser gritante.

⁹*Ad exemplum*, veja-se, no STF, a guinada jurisprudencial representada pelo entendimento de que a vedação de progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados seria **inconstitucional** (STF HC n. 82.959-7), contrariando jurisprudência anterior do mesmo tribunal (não sumulada).

¹⁰No caso brasileiro, teve especial ascendência a obra **Principios de derecho del trabajo** (1975), do uruguaio Américo Plá Rodríguez, já referida acima. A doutrina passou a simplesmente repeti-la e diversificá-la, qual “variações sobre o mesmo tom”. Mas muito antes dele, na Europa, Hernain Marquez já vinha de enunciar os “princípios específicos” do Direito do Trabalho (cfr. HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. **Tratado Elemental de Derecho del Trabajo**. 10. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969, p. 88-91).

¹¹Apenas para se ter uma ideia, o texto atualmente disponível da *Wikipedia* brasileira identifica nada menos que **vinte e nove** princípios do Direito Processual do Trabalho (alguns absolutamente gerais, outros específicos e outros ainda discutíveis ou até mesmo

Esse estado de coisas obviamente confere muita insegurança e até certo arbítrio no mister hermenêutico. Dispostos desse modo, sem mínima convergência doutrinária ou jurisprudencial, os princípios dificilmente conseguem cumprir suas funções (notadamente a interpretativa). Debruçando-se sobre o tema, juristas tornam-se palco e público de seu próprio espetáculo, digladiando-se permanentemente em torno da existência e do conteúdo dos princípios retores, sem grande serventia ou interesse para o fim maior do direito processual: prover direitos materiais (no limite, prover **cidadania**) por intermédio da jurisdição.

Daí porque, ao projetar uma reforma legislativa para o Direito Processual do Trabalho brasileiro, pareceu-nos curial pensá-la a partir de um **rol de princípios** que, uma vez positivados e bem dimensionados, comporão o *leit motiv* de toda a reforma (= função sistematizadora) e servirão de norte seguro para a interpretação de todas as regras subsequentes (= função hermenêutica), como ainda para a própria regência concreta do processo e do procedimento, à míngua de regras ditadas ou compatíveis (= função normativa), e também para a inspiração do legislador em futuras modificações da lei processual laboral (= função informativa). Para isso se propôs, já na abertura do capítulo I do título X (Do Processo Judiciário do Trabalho) da Consolidação — que passa a tratar Dos Princípios e das Disposições Fundamentais e Complementares —, uma **Seção I** destinada a tratar, **exclusiva e literalmente**, dos **princípios** e das disposições fundamentais do processo do trabalho.

Sobre isso, alfim, dois esclarecimentos.

A uma, positivar princípios não significa “engessar” o labor jurisprudencial ou doutrinário. Significa dar-lhe o primeiro rumo. É claro que a descoberta de princípios pelo exercício dedutivo (i.e., por sucessivas abstrações e comparações das regras em vigor) segue aberta à atividade intelectual de juízes e juristas. E da mesma forma, no futuro, a atualização legislativa levaria à revelação paulatina de novos princípios, como sói acontecer em um direito multicultural, temporal e cambiante como é o chamado “direito pós-moderno”¹².

A duas, positivar princípios é fazer escolhas políticas. Não fosse assim, a própria ideia de positivá-los seria inútil, porque princípios são necessariamente enunciados axiológicos (*supra*, nota n. 1). Como enunciá-los de modo “neutro”, sem optar por valores e fins? Não seriam princípios, seriam carcaças vazias de retórica formal. Nessa ordem de ideias, a opção da Comissão Informal de Juristas instituída no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da Décima

contraditórios, como, p.ex., o **princípio dispositivo** e o **princípio inquisitivo**).

¹²Nesse sentido, cfr., por todos, SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. n. 30. Coimbra, Centro de

Quinta Região em 2008 foi, desde a primeira hora, a opção por um processo laboral **progressista, deformalizado, instrumental e eficaz**. Tudo a convergir para uma **tríplice concepção** do processo¹³, a saber:

concepção publicista do processo: o processo do trabalho persegue objetivos de inapelável **interesse público**, razão pela qual ao juiz cabe agir ativamente na busca da verdade real e das medidas necessárias para a preservação da ordem pública (o que importa em reconhecer que da irrenunciabilidade do Direito do Trabalho material deriva também uma indisponibilidade de natureza processual, em vários níveis);

concepção humanista do processo: o processo do trabalho é um instrumento para a concretização de interesses ligados historicamente ao rol dos chamados direitos humanos de segunda dimensão (e, para além deles, a direitos de primeira, terceira e quarta dimensão vulnerabilizados no contexto da relação de emprego); por isso, tal processo não pode se prender a formalismos desnecessários, devendo antes ser simples e efetivo, sob a direção de uma Magistratura de perfil humanista, que compreenda o sofrimento daqueles que batem às suas portas clamando por justiça;

concepção social do processo: o que melhor caracteriza o Direito Processual do Trabalho é a sua finalidade precípua de realização do Direito Social por excelência, i.e., do Direito do Trabalho (material).

É como se guia, desengadamente, a proposta de reforma, nesta seção particular (**princípios**) e em todas as subsequentes. Desde logo, portanto, será possível ver a malha principiológica cumprindo a sua função sistematizadora (no que, diga-se, a proposta já mereceria enormes encômios, tão-só pela coerência, se comparada a inúmeros códigos em vigor no direito brasileiro atual).

Aos princípios, portanto.

Estudos Sociais, 1990, p. 13-44.

¹³A contribuição, neste particular, é de Jorge Luiz Souto Maior, que pretendia inclusive inseri-la no texto legislativo (Parte II, Capítulo II), o que à comissão não pareceu apropriado.

3 OS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO LABORAL

Pretendeu-se designar por **princípios fundamentais** aqueles que estão na base de todo o processo do trabalho e lhe conferem imediata **ancoragem constitucional** (explícita ou implícita), podendo ser geralmente reconhecidos em quaisquer dos ritos trabalhistas. Desta ordem são os seguintes princípios:

- a) o princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB);
- b) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (implícitos ao art. 1º, *caput, in fine* — princípio do Estado de Direito —, ao art. 5º, § 2º¹⁴, e/ou ao art. 5º, LIV, todos da CRFB);
- c) os princípios da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CRFB);
- d) o princípio da efetividade da jurisdição (implícito ao art. 5º, LIV, CRFB);
- e) o princípio do juiz do trabalho natural (art. 5º, XXXVII e LIII, CRFB);
- f) o princípio da publicidade (art. 5º, LX, e art. 93, IX, CRFB);
- g) o princípio da ação (art. 5º, XXXV e LIV, CRFB);
- h) o princípio da oficialidade (implícito ao art. 5º, LIV, CRFB);
- i) o princípio da conciliabilidade (outrora explícito no art. 114, *caput*, da CRFB, anteriormente à EC n. 45/2004, e hoje imanente ao art. 5º, LXXVIII, *in fine*, e ao art. 114, § 2º, ambos da CRFB);
- j) o princípio da instrumentalidade das formas (implícito ao art. 5º, LIV e LXXVIII, CRFB);
- k) o princípio do devido processo laboral (art. 5º, LIV, CRFB);
- l) o princípio da oralidade (implícito ao art. 5º, LXXVIII, CRFB).

¹⁴Nesse sentido, no Brasil, e especificamente para a questão dos **direitos fundamentais** (porque supomos que, a bem cumprir seu papel de **elemento de calibragem**, o princípio da proporcionalidade deve servir para a solução de colisões de **quaisquer espécies** de princípios jurídicos, ainda que desprovidos de jusfundamentalidade), cfr. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. *In: Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 278; BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 396. Ambos derivam o princípio da proporcionalidade da norma do art. 5º, § 2º, da CRFB.

Referenciá-los em uma declaração de princípios processuais tem função semântica e hermenêutica. Semanticamente, firmam-se os alicerces axiológicos do processo do trabalho (hoje de difícil identificação, o que redundará em grandes dissensos doutrinários e jurisprudenciais). Hermeneuticamente, engendra-se **interpretação autêntica** (i.e., oriunda do Poder Legislativo federal) para uma série de dispositivos constitucionais que vazam princípios jurídicos e cujos consectários são atualmente produto de ilações da doutrina e da jurisprudência. Confere-se, no âmbito da norma processual trabalhista, maior **estabilidade** para o binômio “interpretação/aplicação”, sem prejuízo da opção legislativa por um modelo processual efetivo, progressista e pós-positivista. Aliam-se melhor, portanto, os imperativos da **justiça material** e da **segurança jurídica**.

O leitor observará que vários dos princípios fundamentais são extraídos do art. 5º, LIV, da CRFB (*due process of law*). Há uma razão para isso.

Com efeito, a cláusula constitucional do devido processo legal formal (*procedural due process of law*) é hoje dotada de “jusfundamentalidade” ontológico-material¹⁵ em todos os Estados Democráticos de Direito, ainda quando não a contemplem os textos literais das constituições modernas. Tal cláusula possui um núcleo essencial irreduzível¹⁶, ligado ao exercício útil dos direitos constitucionais de ação e de defesa. Daí se desdobram, por um lado (= exercício útil do direito de ação), as tutelas sumárias e cautelares, dando guarida ao **princípio da efetividade da jurisdição** e ao próprio princípio da oficialidade, no que diz com a concessão *ex officio* de tutelas de urgência (*infra*). Por outro (= exercício útil do direito de defesa), desdobra-se a universalização do contraditório e do seu conteúdo mínimo, albergando-se, nesse passo, o **princípio do contraditório e da ampla defesa** (também explicitado no inciso LV do art. 5º da CRFB).

De outra parte, na melhor tradição anglo-saxônica, a cláusula do devido processo legal admite uma dimensão **substantiva** (*substantive due process*), que diz com a **concordância prática** dos direitos fundamentais¹⁷, i.e., com o próprio **princípio da proporcionalidade**.

¹⁵Para a ideia de “jusfundamentalidade material”, cfr., por todos, ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, *passim* (na tradução espanhola [Madrid, 1993], à p. 503: **La fundamentalidad de las normas iusfundamentales**).

¹⁶A ideia de “núcleo essencial” irreduzível radica na teoria constitucional alemã, *ex vi* do art. 19, 2, GG (“Em nenhum caso a essência de um direito fundamental poderá ser transpassada”). Veja-se, e.g., ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**, p. 267-272 (sobre a denominada “garantia de conteúdo essencial” e seu caráter absoluto ou relativo). O mesmo se dá no constitucionalismo espanhol, *ut* artigo 53, 1, da *Constitución*; confira-se, a propósito, PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003, p. 230-237. Outras constituições - como é o caso da brasileira e da portuguesa - não possuem cláusula semelhante. Pensamos, todavia, que ainda assim todos os direitos humanos fundamentais **têm núcleos irreduzíveis**, sob pena de se descaracterizarem como tais.

¹⁷Cfr. HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970, p. 28-29 e 132 e ss.

Vamos compreendê-lo, aqui, como o princípio a veicular

[...] a idéia de que, na ‘esfera de conformação’ do legislador (*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*) — e, por extensão, no âmbito de atuação criativa dos demais poderes públicos —, o **excesso** pode configurar a *ilegitimidade* de uma dada providência ou de sua abstenção, por derivação do *princípio do Estado de Direito*, que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequadas à consecução dos fins a que afinal se prestam. Isso significa que toda providência oficial (i.e., posta com *‘auctoritas’*), ao restringir direitos fundamentais, admite apreciação material à luz dos fins sociais a que se destina e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato administrativo ou em ato jurisdicional. Cuida-se de saber, então, se a medida restritiva guarda, com os seus fins legítimos, uma relação de *adequação* (*Geeignetheit*) e de *necessidade* (*Erforderlichkeit*), de modo que há violação ao princípio da proporcionalidade sempre que um juízo material de compatibilidade revelar *contraditoriedade*, *incongruência*, *irrazoabilidade* ou *inadequação* entre meios e fins.¹⁸

No campo do processo, tal dimensão tem especial interesse com respeito ao **direito probatório**, sobretudo “para fins de admissão ou recusa processual das provas invalidamente constituídas”, porque a aplicação inflexível das *exclusionary rules* conduziria, não raro, ao sacrifício de direitos fundamentais tão ou mais valiosos que aquele tutelado pela regra de proibição¹⁹. Nesse diapasão, pode-se bem entender o princípio da proporcionalidade como um **dispositivo de calibragem** do sistema²⁰, pelo qual o juiz do Trabalho se

¹⁸FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2007, p. 72. Com essa acepção, como antecipado alhures, o princípio da proporcionalidade deriva da própria ideia de **Estado de Direito**, tal como foi assentado pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*) em março de 1971. Sobre esse jurisprudência e o seu desenvolvimento posterior, cfr. MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38-54. Cfr. também SCHNEIDER, Hans. **Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen**. In: STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, v. 2, p. 390-391.

¹⁹FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2007, p. 95. Veja-se, p.ex., BRASIL. STF. HC n. 76.060-4, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 31.3.1998. **Lex-STF**, n. 237, p. 304-309 (evocando o princípio da proporcionalidade para afastar a possibilidade de obtenção de provas sanguíneas *manu militari* com vistas a exame de DNA).

²⁰FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 175-176.

obriga, na interpretação/aplicação da norma processual trabalhista, a observar um critério razoável de adequação entre meios e fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições ou sanções inapropriadas ou em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento da finalidade pública do processo (i.e., o acesso à ordem jurídica justa e a pacificação social). Assim, p.ex., a despeito dos amplos poderes outorgados pelo art. 765 da CLT (que no anteprojeto da 15ª Região era preservado *in integrum*), não se admitirá a medida instrutória desproporcional, lesiva de interesses jurídicos ou mesmo jusfundamentais (e.g., a exumação de cadáver para a prova da contaminação química ou a constrição cautelar de testemunha recalcitrante para colheita de oitiva), quando houver meio menos gravoso para a formação do convencimento judicial (e.g., a confissão da empresa reclamada, o oferecimento espontâneo de amostras sanguíneas de paradigma para exame químico-toxicológico, a existência de testemunha sucedânea que se disponha a falar voluntariamente etc.). Nesse contexto, **razoabilidade** e **proporcionalidade** praticamente se confundem, conquanto haja autorizada doutrina que pretenda reconhecer diferenças conceituais entre um e outro princípio²¹.

Ainda nessa perspectiva, cremos já ser passada a hora de se reconhecer, no âmbito do processo laboral, os precisos contornos do *due process of law* (para além do contraditório e da razoabilidade/proporcionalidade), seguindo o exemplo recente do processo penal. Com efeito, os processualistas penais procederam, nos anos oitenta e noventa, a uma **particularização** do conceito de devido processo legal (formal), chegando à concepção do chamado “devido processo penal”. Nessa alheta, e com iguais pretensões, temos designado por **devido processo laboral** o princípio de que decorre

[...] a concordância harmônica de todos os demais princípios do processo do trabalho para a obtenção, em tempo razoável, da justa composição do litígio perante o juiz do trabalho natural, independente e imparcial, a que as partes acederão em condições de pleno acesso à Justiça, atendendo-se a que as garantias processuais do réu jamais obstem a satisfação ideal dos direitos sociais violados ou a satisfação integral dos créditos alimentares sonegados.

²¹Cfr., por todos, SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. Ano 91, n. 798. São Paulo, RT, abr. 2002, p. 23-50. Para o autor, “1. Proporcionalidade e razoabilidade não são sinônimos. Enquanto aquela tem uma estrutura racionalmente definida, que se traduz na análise de suas três sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), esta ou é um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins; 2. Na forma como discutida neste artigo, a regra da proporcionalidade tem origem na jurisprudência alemã, e não na jurisprudência inglesa ou norte-americana; 3. A aplicação da regra da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal consiste apenas em um apelo à razoabilidade; 4. As sub-regras da proporcionalidade guardam uma relação de subsidiariedade, o que significa dizer que nem sempre será necessária a aplicação de todas elas [...]”.

No anteprojeto da 15ª Região, essa noção foi **positivada**, com vistas à construção de uma base *deontologica* e epistemologicamente segura para a posteridade, que servirá de ponto de partida às ulteriores derivações conceituais e pragmáticas de doutrina e jurisprudência. Reúnem-se no conceito tanto a **dimensão procedural** (= juiz do trabalho natural + independência funcional + imparcialidade subjetiva + tempo razoável) como a **dimensão substantiva** (= satisfação ideal de direitos sociais e/ou satisfação integral de créditos alimentares, i.e., efetividade), avançando em relação à própria figura do **devido processo penal**. Engendra-se, dessarte, o mais importante elemento de calibração para a atividade intelectual de interpretação/aplicação da norma processual laboral, permitindo a dialética de todos os demais princípios em um macroprincípio complessivo, dinâmico e construtivo.

O **princípio da legalidade**, por sua vez, merece expressa referência para significar que os exercentes do poder público *in concreto* — neste caso, os juízes do Trabalho — devem observância a um quadro normativo “que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos”, fiando-se em normas **gerais e abstratas** (e, por isso mesmo, **impessoais**)²². Tem ainda a ver, numa acepção mais restrita, com o **primado da lei** (em sentido formal) sobre as demais espécies normativas, no sentido de que,

Por exprimir [...] a vontade geral [= democracia representativa], possui um primado sobre os atos normativos emanados dos demais poderes. Deveras, a administração pública, que a realiza nos casos concretos, apoia-se exclusivamente na lei.²³

É certo, porém, que acima das normas legais estão as normas constitucionais (o que, mais recentemente, vem de ser reconhecido — com todo acerto — no bojo da própria atividade censória e decisória administrativa). A **legalidade formal** cede espaço, paulatinamente, a uma “legalidade constitucional”, que busca a constitucionalidade formal e material dos atos do Poder Legislativo antes de aplicá-los. Isso é tanto

²²MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56-57. Nesse sentido, a legalidade é “o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania”, representando, a um tempo, “o marco avançado do Estado de Direito, que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão”, e também a garantia dos particulares “contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em conseqüência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito a apenas um deles, qual seja o Legislativo, obrigar aos particulares”. Mas há gradações em regimes genuinamente constitucionais, como se dirá em seguida.

²³Cfr., por todos, CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 140.

mais verdadeiro no imo do Poder Judiciário²⁴. Logo, a positivação do princípio da legalidade já não pode exprimir, em absoluto, o compromisso mecânico do julgador com uma legalidade de cariz formal e positivista, como outrora se pensava. Ao contrário, exprime um sentido **material** de legalidade, ligado à própria ideia da ponderação de interesses (proporcionalidade) e do devido processo legal substantivo.

O **princípio da publicidade** garante às partes, no processo do trabalho (como nas demais manifestações do processo judicial: civil, penal, fiscal etc.), a divulgação oficial dos atos judiciais, a realização de audiências públicas e a possibilidade de consultas motivadas aos autos e documentos, com extração de certidões, ressalvados os casos legais de sigilo judiciário, nos termos da Constituição (art. 93, IX, CRFB) e da legislação federal ordinária (e.g., art. 155 do CPC). Tais exceções geralmente dizem com a salvaguarda de direitos fundamentais como a intimidade, a privacidade e a imagem, num juízo de ponderação concreta de valores que remete ao *substantive due process* (*supra*).

Já os **princípios do contraditório** e da **ampla defesa** asseguram aos réus, no Direito Processual do Trabalho, o direito à comunicação dos atos procedimentais, à defesa oral ou escrita, à livre e razoável produção de provas (o que significa, em contrapartida, que o juiz do Trabalho pode **indeferir** provas protelatórias, inúteis, impertinentes ou desproporcionais), ao livre acesso dos autos, às alegações finais e à interposição de recursos (ressalvando-se, é claro, os casos legais nos quais esses consectários sofram restrições proporcionais e justificadas; assim, p.ex., no caso da irrecorribilidade das decisões interlocutórias²⁵). Como bem se vê, neste parágrafo e no anterior, os princípios jurídicos não atuam isoladamente. Ao contrário, interpenetram-se em perene tensão axiológica de efeitos construtivos. Nesta hipótese, os consectários procedimentais dos princípios do contraditório e da ampla defesa experimentam modulações quando tensionados com o princípio da proporcionalidade e com o princípio da legalidade. Será sempre assim, embora as tensões possam se revelar com maior ou menor intensidade.

O **princípio da ação**, de que é *contraface* o princípio da **inércia jurisdicional** (*ne procedat iudex ex officio*), justifica-se no processo do trabalho apenas para a **instauração de instância**, porque o juiz do Trabalho não poderá se arvorar simultaneamente em autor e julgador da causa (o que traduz a garantia do *procedural due process* na melhor tradição anglo-americana, desde a *Magna Charta* de 1215 e, pouco depois, o célebre postulado “*no making a man a judge in his own case*”²⁶). Daí porque, na nova ordem constitucional e legal, normas como a do art. 856 da CLT —

²⁴Sobre essa nova visão de mundo no Judiciário — que tem amiúde desafiado críticas contra um suposto “ativismo judicial” — ver, de nossa lavra, “Ativismo judicial” para bom Entendedor. **Folha de São Paulo**, 25.5.2009, p. 3.

²⁵Artigo 893, § 1º, da CLT, mantido no anteprojeto da 15ª Região.

²⁶Cfr., por todos, ORTH, John V. **Due Process f Law: A Brief History**. Lawrence: University Press of Kansas, 2003, p. 15-32.

onde previa a instauração do dissídio coletivo pelo próprio presidente do Tribunal Regional do Trabalho — já não fazem mais sentido. Não foram recepcionadas. Entretanto, ultrapassada a fase de instauração do *actus trium personarum*, o **impulso oficial** torna-se a regra no processo laboral, reconhecendo-se ao juiz do Trabalho, ante a dignidade dos interesses que normalmente se inserem sob a sua competência (direitos sociais — i.e., direitos humanos de segunda geração — e, vinculados a eles, direitos humanos de primeira e de terceira geração²⁷), **amplos poderes** na condução do processo e na concretização de tutelas de urgência e garantia, **independentemente** de provocação das partes. Essa ressalva, uma vez positivada, não fará mais que formalizar entendimento já recorrente entre os magistrados do Trabalho, especialmente no que tange à antecipação dos efeitos da tutela de mérito (artigos 273 e 461 do CPC)²⁸.

Daí se falar justamente em um **princípio da oficialidade**, a afastar, no processo do trabalho, o chamado “princípio dispositivo”, e a temperá-lo para a consecução de suas finalidades (porque, a despeito das boas vontades e das melhores intenções, o processo laboral não seria mais que um processo de perfil **liberal-formal**, próprio do Século XVIII, se abrigasse ao mesmo tempo, com todos os seus desdobramentos, o princípio da ação e o princípio dispositivo). Pelo princípio da oficialidade — que a doutrina processual trabalhista mais ortodoxa ainda hesita em reconhecer e consagrar —, o juiz do Trabalho pode lançar mão de medidas liminares cautelares ou antecipatórias de mérito, *ex officio* e/ou *inaudita pars*, com vistas à urgente salvaguarda do interesse público (que ora se manifestará como interesse de preservação de direitos fundamentais em risco²⁹, ora como interesse de resguardo da dignidade da Justiça³⁰).

²⁷Entre os de primeira geração, citem-se o direito à vida, o direito à integridade física e o direito à privacidade/intimidade nas relações de trabalho; e entre os de terceira geração, refira-se, entre outros, o direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (art. 225, *caput*, c/c art. 200, VIII, da CRFB). Poder-se-ia tratar até mesmo de direitos de **quarta geração** ligados ao mundo do trabalho (como, *e.g.*, o direito à informação ou à democracia sindical). A esse respeito confira-se, de nossa lavra, Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. v. 32, n. 121. São Paulo, RT, 2006, *passim*.

²⁸Nesse sentido, veja-se, por todos, MENEZES, Cláudio Armando Couce de; DIAS, Leonardo. **Tutela Antecipada e Ação Monitória na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 43.

²⁹Como hoje reconhecem majoritariamente os privatistas, o tema dos **direitos fundamentais** é um tema de **direito público** (i.e., de **ordem pública** ou de **interesse público**), não de direito privado. Nesse sentido decidiu o *Conseil d'État* francês, no célebre caso do *lancer de nain* (= arremesso de anão) da cidade de Morsang-sur-Orge: “**Que le respect de la dignité de la personne humaine est une des composantes de l'ordre public**; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui porte atteinte au respect de la dignité de la personne humaine” (*Décision* n. 136727, 27.10.1995 — g.n.). No Brasil, cfr. GOMES, Joaquim B. Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. **Seleções Jurídicas**. n. 12. ADV, 1996, p. 17 e ss.

³⁰Assim, *e.g.*, nas hipóteses do art. 600 do CPC.

Quanto ao **princípio da conciliabilidade**, fora ele expressamente positivado na Constituição de 1988, cujo art. 114 acometia à Justiça do Trabalho, no *caput* de sua redação original, a competência para **conciliar** e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores (sem equivalente em nenhum outro dispositivo constitucional delimitador de competência material). Hodiernamente, a redação do art. 114 já não refere o mister conciliatório; mas o princípio ainda subjaz imanente a pelo menos dois dispositivos constitucionais (art. 5º, LXXVIII, *in fine*, e art. 114, § 2º), mesmo após a EC n. 45/2004. Ademais, decorre taxativamente da lei ordinária (art. 764, *caput* e §§ 1º e 3º, e art. 649 da CLT), como outrora decorria da própria denominação original dos órgãos de 1º grau da Justiça do Trabalho (as antigas Juntas de **Conciliação** e Julgamento). Por ele, entende-se que o juiz do Trabalho pode propor a conciliação a qualquer tempo, inclusive recorrendo aos dados do processo e às quantificações que lhe parecerem relevantes (i.e., pode formular **propostas concretas** de conciliação, com valores, discriminações e incidências), nos autos do processo ou em audiência. Isso porque não lhe compete apenas “provocar” a conciliação (o que se pode fazer com uma inútil e burocrática indagação, do tipo **há acordo?**), mas — nos estritos termos do art. 764, § 1º, da CLT (mantido pelo anteprojeto da 15ª Região) — também **persuadir** das qualidades e das vantagens da conciliação judicial para certo caso concreto (*si et quando* reconhecê-la como factível e vantajosa, obviamente).

Por oportuno, registre-se que o princípio da conciliabilidade é também um princípio de **conciliação responsável** (o que revela outra vez a dialética com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade; ou, no plano jurídico-material, a dialética com o próprio princípio da irrenunciabilidade). Quer-se com isso dizer que o juiz do Trabalho pode, também por ele, **recusar homologação** a acordos ruinosos (i.e., espoliativos), fraudulentos (e.g., os simulatórios), genéricos (e.g., os desproporcionalmente *quitatórios*) ou ainda os tendentes a fins ilegais (e.g., aqueles instrumentalizados para a evasão fiscal). A “conciliabilidade” permite, pois, caminhar-se num sentido ou noutro, conforme as circunstâncias do caso concreto.

O **princípio da instrumentalidade das formas** é especialmente importante para o bom funcionamento do processo laboral. Tal princípio supõe que as **normas primárias** (normas de direito material — imperativas, proibitivas ou permissivas) carecem da possibilidade de se fazerem respeitar **coativamente**; daí, com o fito de lhes suprir tal carência, associaram-se-lhes **normas secundárias** (normas-sanções), além de se conceber, *in abstracto*, um **direito geral de ação** que assegurasse ao sedizente titular de uma situação jurídica o **acesso aos tribunais judiciais** (e/ou **administrativos**, onde houver), para reclamar e obter, perante terceiros, a efetividade das normas de conduta (substantivas). As chamadas normas adjetivas (processuais/procedimentais), subclasse daquelas **normas secundárias**, só fazem sentido nesse restrito contexto.

Sob o pálio do princípio da instrumentalidade, celebrizado na doutrina brasileira pela obra de Dinamarco³¹, compreendem-se três premissas: **a)** a de que os atos processuais trabalhistas independem de forma determinada, exceto quando a lei ou os regulamentos dos tribunais expressamente a exigirem, de modo justificado e proporcional; **b)** a de que, mesmo nessas hipóteses, terão validade os atos processuais quando, a despeito das irregularidades formais, houverem atingido as suas finalidades (= visão funcional do processo); **c)** a de que não serão declarados nulos ou anulados os atos processuais que não tenham causado prejuízos relevantes (*pas de nullité sans grief*³²), como tampouco os que não tenham influído na apuração da verdade real ou na decisão final do processo.

Pela sua própria tradição, breve (1943-2010) porém sólida, não se concebe um processo do trabalho solene e burocrático, em que se preze a forma pela forma. Processo sem franca e rematada instrumentalidade poderá ser tudo, menos processo do trabalho.

4 OS PRINCÍPIOS INERENTES À ATIVIDADE PROCESSUAL CONCRETA. OS PRINCÍPIOS INERENTES À AUDIÊNCIA TRABALHISTA. OS “PRINCÍPIOS ESPECIAIS”

Pensando na atividade processual **concretamente considerada** (i.e., no encadeamento de atos procedimentais informados pelo contraditório³³), identificam-se dez **princípios inerentes**:

- a) o princípio da motivação dos atos judiciais decisórios (art. 93, IX, CRFB);
- b) o princípio da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, *in fine*, CRFB);
- c) o princípio da economia processual (v., e.g., art. 841 da CLT, mantido no anteprojeto da 15ª Região);
- d) o princípio da simplicidade (v., e.g., art. 840, §§ 1º e 2º, da CLT, mantido no anteprojeto da 15ª Região);
- e) o princípio do ônus dinâmico da prova (v. e.g., a Súmulas 16, 212 e 338 do C.TST);

³¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994, *passim*.

³²Confira-se o art. 794 da CLT (mantido no anteprojeto da 15ª Região). Assim, p.ex., não se anulará a citação editalícia não publicada em jornal oficial, apesar do que dispõe o art. 841, § 1º, da CLT, se houver evidências de que o réu tomou conhecimento da ação no átrio do fórum, lendo os editais ali afixados.

³³FAZZALARI, Elio. **Istituzioni de diritto processuale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989, p. 60-80.

- f) o princípio do livre convencimento racional e motivado (art. 131 do CPC);
- g) o princípio da identidade física do juiz (contra as Súmulas 222 do STF e 136 do TST);
- h) o princípio da pluralidade regrada de instâncias (artigos 893 e ss. da CLT);
- i) o princípio da irrecorribilidade das decisões interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT);
- j) o princípio da gratuidade.

Pouco assombro pode haver com a positivação desses princípios. A maior parte deles já é reconhecida pela lei ou pela jurisprudência. Cuidemos, pois, de examinar apenas o que houver de novo.

Quanto à **simplicidade**, o espírito da reforma não escapa à percepção histórica de que o processo do trabalho sempre teve caráter **deformalizado**, regrando-se por normas arreadas a quaisquer entraves burocráticos ou formalidades do tipo *ad substantiam* (ressalvadas raras exceções, a exemplo da prova compulsória do art. 195, § 2º, da CLT). Por isso, os prazos recursais estão unificados desde a Lei n. 5.584/1970 (art. 6º: oito dias). Por isso, ainda, admite-se a validade da notificação postal desde que seja recebida no local de endereçamento, independentemente da identificação física do recebedor (o que certa jurisprudência já vinha de identificar como subprincípio – o de **impessoalidade dos atos de comunicação**³⁴). Por isso, enfim, dispôs o art. 840 da CLT que o peticionamento na Justiça do Trabalho tanto pode ser verbal como escrito; e, sendo escrita, deverá conter simplesmente

[...] a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante (art. 840, § 1º, CLT).

Isso tudo demonstra que, entre nós, o princípio da simplicidade tem desempenhado sua **função normogênica** com boa desenvoltura, desde a origem do processo do trabalho, modulando as regras diretoras dessa especialidade processual. Positivá-la no anteprojeto de reforma significou, portanto, ratificá-lo e revigorá-lo, sobretudo para que venha a cumprir mais

³⁴Cfr., e.g., a Súmula n. 16 do C.TST, pela qual “presume-se recebida a notificação quarenta e oito horas depois de sua regular expedição”, independentemente de quem a receba.

amiúde a sua **função hermenêutica**, orientando a interpretação das normas processuais laborais de modo a neutralizar tendências reformalizadoras ou feitos burocráticos³⁵ que episodicamente ganham corpo em primeiro e segundo graus de jurisdição (ou mesmo na jurisdição extraordinária). Não se escusa, porém, a “simplicidade” leviana e precarizadora, que fere de morte a segurança processual e transforma o juiz em oblíquo porta-voz dos interesses da parte. Por isso, ressalva-se que as formas procedimentais, conquanto simples, devem ser suficientes para “propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos de autores e réus”.

Quanto ao **princípio da motivação**, constitucionalizado no art. 93, IX, da CRFB, enuncia-se-o como o dever de se fundamentar toda e qualquer decisão judicial (afastados, pois, os **despachos de mero expediente**, que não têm conteúdo decisório), delas constando objetivamente os seus pressupostos de fato e de direito. Com efeito, a **fundamentação judicial** é, ao lado do **contraditório**, a maior garantia dos cidadãos perante o Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito (e não uma estéril e anódina “legalidade”, como afirmavam os modernos). Motivar de **modo objetivo**, aliás, é também dialogar com o princípio da simplicidade: a decisão judicial deve ser plenamente inteligível para os iniciados e suficientemente inteligível para os leigos. Nessa medida, uma fundamentação hermética, atulhada de latinismos, estrangeirismos e linguagem gongórica, por não ser clara e objetiva, decerto não atende bem ao princípio da motivação.

³⁵Vale recordar aqui, à conta de ilustração, o paradigmático caso da reclamação trabalhista que tramitou pela 1ª VT de Taubaté, nos inícios da década de noventa do século passado, e que foi extinta por “inépcia”, porque a petição inicial supostamente “falaria demais”, violando a regra legal da “breve exposição dos fatos” (art. 840, §1º, CLT). Submetido o julgado ao Regional (pela via do recurso ordinário), o relator - acompanhado pela turma - entendeu que a inépcia não poderia ser declarada sem que antes se franqueasse à parte um prazo para emenda (art. 284 do CPC). Por essa razão, de modo surpreendente, o TRT anulou a sentença, sem qualquer juízo de fundo sobre a “tese” perfilhada acerca do instituto da inépcia, e determinou a baixa dos autos para que o juiz de 1º grau concedesse ao autor prazo para completar ou emendar a inicial... Ora, o que haveria a completar, se a razão da “inépcia” era a verborragia? Na mesma perspectiva, o que haveria a emendar (a não ser que se admitisse uma curiosa “emenda supressiva” da petição inicial)? Eis aí notório exemplo de um uso burocrático e manietador da norma processual, a demonstrar que a regra do art. 840 da CLT foi esgrimida, por duas ocasiões, sem qualquer comprometimento com o seu valor-força original (i.e., com o princípio da simplicidade). Ademais, registre-se que, a nosso sentir, se acaso estiver inepta a petição inicial ao tempo do julgamento (*in totum* ou nalgum de seus pedidos), o resultado deve ser a mera extinção do processo sem resolução de mérito, nos termos do art. 295, I, do CPC, “e não a determinação de sua emenda, pois os casos de inépcia não estão sujeitos à correção prevista no art. 283, do CPC” (cfr. MAIOR, Jorge Luiz Souto, *Inépcia da Inicial. Pedido de Declaração de Vínculo Empregatício. Revista Nacional de Direito do Trabalho*. v. 16. Ribeirão Preto, Nacional de Direito, agosto/1999, p. 24). Daí porque quaisquer correções - notadamente aquelas relacionadas a erros materiais do exórdio - devem ser providenciadas em audiência, aos cuidados do juiz e sob contraditório, para que constem do termo antes do ato ou da data do julgamento. Essa “informalidade” de procedimento na alteração de petições iniciais - muitas vezes mal compreendida por entusiastas do processo civil moderno-formal - também está relacionada ao princípio da simplicidade.

A **celeridade** — hoje com *status* constitucional (art. 5º, LXXVIII, *in fine*, CRFB) — é igualmente prestigiada, como não poderia deixar de ser, dada a sua tradição no processo do trabalho, que é sabidamente a mais célere modalidade processual (i.e., comparada *in genere* com o processo civil e com o processo penal). E assegura-se a celeridade não apenas com normas procedimentais simples e deformalizadas (no que outra vez dialogam os princípios, desta feita os da simplicidade e da celeridade), mas também com “os meios necessários à tramitação célere de [...] processos perante a Justiça do Trabalho”, o que implica conferir especial prestígio às tutelas de urgência no processo laboral (i.e., medidas cautelares, decisões antecipatórias dos efeitos da tutela de mérito, provimentos mandamentais liminares etc.). Note-se que, a rigor, o **princípio da celeridade processual** não se confunde com o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, 1ª parte, CRFB), embora apresentem indiscutíveis entroncamentos. Entretanto, o princípio da duração razoável do processo dialoga igualmente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, no sentido de que um processo complexo, que demande provas técnicas e instrução cuidadosa, não pode ser decidido de forma açodada, a bem de uma “celeridade” sem parâmetros, que elimine os debates e as provas minimamente necessárias para a decisão do caso concreto. Daí porque se privilegiou, na proposta de reforma do processo laboral, o princípio da celeridade, tradicionalmente identificado com o processo do trabalho: o da duração razoável perfaz princípio mais geral e inespecífico, afeto sobretudo à Teoria Geral do Processo.

No campo do direito probatório, rompendo com o modelo de 1943 (art. 818 da CLT, ainda fiel à vetusta máxima *semper onus probandi incumbit qui dicit*), a reforma propõe a positivação do **princípio da distribuição dinâmica do ônus da prova**, que a prática forense trabalhista vem consagrando há muitos anos, ainda que seletivamente (veja-se, e.g., o quanto disposto pelas Súmulas ns. 212 e 338 e pela O.J. n. 233 da SDI-1 do C.TST). Desse modo, liberta-o do dogmático modelo processual civil de 1973 (art. 333 do CPC), inspirado nas teorias do alemão Leo Rosenberg, que hoje tem foros de relativa hegemonia no processo do trabalho, mercê da regra de remissão do art. 769 da CLT. Embora esse modelo remanesça residualmente (mesmo na proposta de reforma), indicam-se ao menos quatro **condições circunstanciais objetivas** idôneas a autorizar, nos casos concretos, a inversão útil das respectivas regras distributivas do ônus da prova — que, portanto, passam a ser tacitamente reconhecidas como **regras de procedimento** (e não como meras regras de julgamento) —, ao judicioso e racional tirocínio do magistrado oficiante, que deverá **fundamentar** e **publicitar**, devida e previamente, a sua decisão de inverter o ônus (concedendo-se, aqui, ao chamado **princípio da não-surpresa**). São elas:

a) a **melhor aptidão para a prova** (critério sempre válido para os casos em que a lei ou o regulamento impõe ao empregador a preconstituição da prova, que todavia injustificadamente não se apresenta ou não está conforme; assim, e.g., nas hipóteses hoje ventiladas pela Súmula n. 338 do C.TST);

b) as **constelações de indícios** (critério que positiva o valor probante dos indícios globalmente considerados, o que hoje em dia é especialmente valioso nos casos de assédio sexual no trabalho, em que dificilmente se conseguem provas cabais do molestamento³⁶);

c) a **verossimilhança objetiva das alegações** (critério recorrente no direito comparado para os casos de **discriminação** no acesso ou na manutenção do emprego³⁷);

d) a **utilidade do processo** (critério geral pelo qual não se preservará a repartição formal do *onus probandi* segundo o modelo de Rosemberg quando essa condição tornar inútil o objetivo do processo; assim, p.ex., se se exige dos sucessores ex Lei n. 6.858/1980 a prova de que o *de cuius* faleceu por envenenamento químico laboral, tratando-se de cadáver já sepulto)³⁸.

Por fim, quanto à **gratuidade** – outro princípio tradicional do processo do trabalho, que desde a origem dispensou o recolhimento antecipado de custas e generalizou a isenção de despesas, intercorrentes ou finais, em favor dos hipossuficientes econômicos (o que historicamente lhe valeu muitas críticas, por uma alegada “permissividade” com toda e qualquer tese ou alegação aventureira) –, o anteprojeto propôs mantê-la e aprofundá-la, mas também renová-la com regras mais claras e atuais, dispondo que: **a)** a regra geral será mesmo a de isenção de despesas ou de taxas quaisquer, em processos judiciais de jurisdição contenciosa ou voluntária, ressalvadas

³⁶O que não significa, em absoluto, preordenar uma “indústria” de condenações patronais por assédio sexual. No exercício da jurisdição, em rumoroso caso de assédio sexual, tivemos ocasião de absolver réu acusado de assédio sexual (e, conseqüentemente, o seu empregador), apesar da inversão do *onus probandi* predisposta em audiência, mercê da constelação inicial de indícios (autos do processo n. ***, 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, em segredo de justiça).

³⁷A esse propósito, veja-se, por todos, o art. 25º, n. 6, do Código do Trabalho português (já alterado pela Lei n. 7/2009): ao autor, basta indicar o(s) trabalhador(es) em relação ao(s) qual(is) sente-se discriminado, cabendo ao **empregador** “provar que a diferença de tratamento não assenta em qualquer factor de discriminação” (i.e., o próprio **tratamento desigual**, objetivamente admitido, faz supor a **verossimilhança** da alegação de discriminação, competindo ao empregador o ônus de provar que havia razões objetivas e não-discriminatórias para a diferenciação).

³⁸Em tais casos, sendo evidente a impossibilidade de os autores produzirem prova que em princípio lhes competiria (artigos 818 da CLT e 333, I, CPC), para que o processo não perca a sua utilidade (que é a de **colher evidências** tendentes a provar - ou não - a tese autoral), ao juiz do Trabalho entreabrem-se duas possibilidades: ou **inverte o ônus da prova** (exigindo da empresa laudos, relatórios de auditorias e outras provas contemporâneas aos fatos que atestem índices seguros de exposição), ou - remanescendo a dúvida - **chama para si** a responsabilidade da prova (art. 765 da CLT), determinando a exumação e o periciamento do cadáver, como outrora já ocorreu na Justiça do Trabalho. Diga-se, por justiça, que o critério da **utilidade do processo** foi inserido na redação original por sugestão do colega Jorge Luiz Souto Maior, com base em sua própria experiência forense. Adiante, considerando hipóteses como a que sugerimos *supra* (e que talvez não se resolvessem bem pelos demais critérios), houvermos por bem concordar com a inclusão.

aquelas previstas em lei (notadamente as do art. 789 da CLT, integralmente mantido no anteprojeto); **b)** mesmo estas últimas não serão cobradas daquelas que forem presuntivamente hipossuficientes econômicos (ressalvados os casos de prova bastante em sentido contrário, produzida pelo *ex adverso* ou pelo magistrado oficiante); **c)** presumir-se-ão hipossuficientes econômicos, para todos os efeitos legais (i.e., presunção legal *iuris tantum*), os seguintes:

a) nas ações reclamationárias e promocionais trabalhistas (cfr., *infra*, o Capítulo 3): os trabalhadores desempregados ou com remuneração mensal não superior a dois salários mínimos legais federais;

b) nas ações emergentes de acidentes de trabalho e/ou de doenças ocupacionais (art. 114, VI, CRFB): as vítimas de acidentes de trabalho ou de doenças ocupacionais (i.e., moléstias profissionais e/ou doenças do trabalho, nas acepções do art. 20, I e II, da Lei n. 8.213/1919), bem como os seus familiares, em caso de morte relacionada àqueles fenômenos;

c) em todos os casos: os titulares de pequenas e microempresas que comprovem receita bruta anual não superior a R\$ 100.000,00 no ano imediatamente anterior (valor passível de revisão periódica pela via legal ordinária);

d) em todos os casos: as pessoas físicas que declararem, de próprio punho e sob as penas do art. 299 do Código Penal (crime de falsidade ideológica), situação econômica que inviabilize a demanda judicial sem prejuízo do próprio sustento ou da família.

Como se percebe, o texto proposto não apenas reproduz a regra geral atualmente em vigor (artigos 14, §1º, da Lei n. 5.584/1970 e 790, §3º, da CLT), mas também **inova** substancialmente, alcançando inclusive a situação do empresário que não tem condições de arcar razoavelmente com as custas e despesas processuais. Avança-se, pois, sem paternalismos.

O anteprojeto da 15ª Região particularizava, ademais, os **princípios inerentes à audiência trabalhista**, por considerá-las — as **audiências** — o **clímax existencial** do processo do trabalho (não raro, mais do que a própria sentença, ao contrário do processo comum). Nesse particular, positivam-se três princípios usualmente vinculados à ideia de **oralidade**, segundo as já clássicas lições de Giuseppe Chiovenda³⁹:

³⁹Como bem ponderam Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco, “mais do que a verdadeira oralidade, em seu sentido primitivo, **a oralidade entre nós representa um complexo de idéias e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos**, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da concentração, da imediação ou imediatidade, da identidade física do juiz, da irrecorribilidade das interlocutórias” (**Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 275 – g.n.). No mesmo sentido, v. LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito Processual Civil**. trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 47. Os (sub) princípios da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e da identidade física do juiz já foram considerados *supra*, entre os princípios inerentes à atividade processual concreta.

- a) o princípio da imediatidade (para que os juízes tenham contato direto com as provas, no momento de sua colheita, sem interpostas pessoas, e para que julguem a partir de suas próprias percepções);
- b) o princípio da concentração dos atos processuais (que esteve no cerne do processo laboral desde 1943, mercê dos artigos 813, 843 e 851 da CLT, mas que infelizmente se perdeu em algumas realidades, ante o volume processual e a necessidade de se ‘cindir’ as audiências – originalmente **unas** – em duas ou por vezes até três sessões distintas);
- c) o princípio da primazia da palavra (amiúde confundido idealmente com a própria **oralidade**⁴⁰, o princípio impõe que, à semelhança dos procedimentos romanos do sistema das *legis actiones*, privilegie-se a palavra **falada**, em detrimento da palavra escrita ou dos registros documentais).⁴¹

Enfim, o anteprojeto da 15ª Região ainda positivava dois **princípios especiais** do processo laboral, “dominantes nos casos e procedimentos adiante especificados” (i.e., nas hipóteses do art. 762-C, § 21º, do anteprojeto, e noutras que o legislador eleger), e “subsidiários nos demais casos”. Tais princípios – o da **ultrapetição** e o da **extrapetição** – permitem que, em circunstâncias especiais, o juiz do Trabalho decida um litígio em termos não-coincidentes com a sua configuração formal originária. Noutras palavras, autorizam que o juiz circunstancialmente decida **além** do pedido (*quid iuris*, p.ex., se, na petição inicial, o autor deduzir formalmente

⁴⁰Confusão que, ao menos geneticamente, não tem respaldo na doutrina italiana que universalizou os méritos da oralidade (CHIOVENDA), como visto na nota anterior.

⁴¹O que, a rigor, também está consagrado na legislação processual trabalhista: tanto os artigos 828, parágrafo único, e 851, *caput* (procedimento ordinário), como - mais recentemente - o art. 852-F (procedimento sumaríssimo), prevêm que o registro das falas e de todos os demais trâmites de instrução e julgamento, *si et quando* houver efetivo registro (vide o art. 851, § 1º), seria invariavelmente **resumido**, sem reprodução de detalhes. No art. 852-F da CLT (*ut* Lei n. 9.957/2000), particularmente, dispôs-se que da ata de audiência deveria constar somente a descrição dos atos essenciais, as afirmações fundamentais das partes e as informações úteis à solução do litígio trazidas pela prova testemunhal (a critério do juiz oficiante); tudo isso **resumidamente**, e nada mais. Entretanto, a despeito da letra da lei, a praxe tem sido registrar nos termos de audiência, num e noutro procedimento, o teor **integral** das falas das partes e das testemunhas (diversamente do que se passa, e.g., no processo laboral espanhol, i.e., nos processos que tramitam perante os *juzgados de lo social*), com possibilidade de incidentes por questão de vírgulas. A isso temos designado, com certa ironia, como sendo o “princípio da desconfiança” pragmaticamente reinante no processo laboral brasileiro, sobretudo entre juízes e advogados. Oxalá o diálogo interinstitucional e as boas práticas modifiquem, no futuro próximo, essa cultura de desconfiança.

um pedido de dez horas extras semanais, mas as provas orais demonstrarem que se ativava em quinze horas extras semanais?)⁴², ou mesmo **fora** do pedido (como se vê, p.ex., na iterativa jurisprudência que admite deferir-se indenização do período estável, mesmo quando o pedido da ex-empregada gestante limite-se à reintegração no emprego⁴³). São, pois, dois princípios que **excetua** um terceiro, muito caro ao modelo legal-formal do processo civil moderno, que é conhecido como **princípio da congruência** ou da **correlação entre a demanda e a sentença** (art. 460 do CPC)⁴⁴.

Proibitivos no processo civil, há grande discussão sobre o seu **caráter** ou mesmo sobre a sua **existência** no atual estado do processo trabalhista brasileiro (diversamente do que se passa, e.g., em Portugal, onde os fenômenos da ultrapetição e da extrapetição foram genericamente positivados no art. 74º do Código de Processo do Trabalho⁴⁵). Inserir-los na CLT será a melhor maneira, a uma, de assegurar-lhes a viva presença no ordenamento jurídico-positivo e, a duas, de conferir balizas hermenêuticas seguras à sua aplicação forense cada vez mais encontrada (evitando que se manifestem ao sabor da discricionariedade

⁴²Quando a petição inicial **quantifica** as horas extras no pedido, os juízes do Trabalho tendem a não admitir, em liquidação de sentença, a fixação de extraordinárias em bases horárias superiores àquelas originalmente ditas, mercê do próprio art. 879, § 1º, da CLT. Nada obstante, no campo jurisprudencial, um exemplo próximo de julgamento *ultra petita* plenamente autorizado pode ser encontrado na Súmula n. 293 do C.TST, pelo qual se admite que o juiz do Trabalho defira o adicional de insalubridade ainda que a perícia técnica identifique agente insalubre **diverso** daquele descrito na petição inicial (e.g., ruído ao invés de calor). *In verbis*: “A verificação mediante perícia de prestação de serviços em condições nocivas, considerado **agente insalubre diverso do apontado na inicial, não prejudica o pedido de adicional de insalubridade**” (Res. 3/1989, DJ 14.4.1989 – g.n.). A nosso sentir, mercê do necessário encadeamento lógico entre *petitum e causa petendi* (veja-se, **ao contrário**, o art. 295, parágrafo único, II, do CPC) e do próprio **princípio da substanciação** que rege o processo civil brasileiro, julgar o pedido fora dos limites da causa de pedir é, de modo oblíquo, decidir *ultra petita*.

⁴³Cfr. a Súmula n. 396 do C.TST: **ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA (conversão das Orientações Jurisprudenciais n. 106 e 116 da SDI-1)** - Res. n. 129/2005 - DJ 20.4.2005. **I** - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego. **II - Não há nulidade por julgamento extra petita da decisão que deferir salário quando o pedido for de reintegração**, dados os termos do art. 496 da CLT” (g.n.).

⁴⁴Pelo princípio da congruência, “[...] o limite da sentença é o pedido, porque como ato de entrega da tutela jurisdicional, deve ficar adstrito aos limites estabelecidos pela demanda, ou seja, uma sentença não pode ficar aquém do que foi pedido, ou seja, não pode o magistrado sentenciar sem ter apreciado todos os pedidos em juízo (*infra* ou *citra petita*), superior ao pedido (*ultra petita*) e tampouco julgar coisa diversa do que foi pedido (*extra petita*). Mais uma vez percebe-se o silogismo entre a sentença e o pedido” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, v. 2, p. 426-427).

⁴⁵*In verbis*: **Artigo 74. Condenação extra vel ultra petitum**. O juiz deve condenar em quantidade superior ao pedido ou em objecto diverso dele quando isso resulte da aplicação à matéria provada, ou aos factos de que possa servir-se, nos termos do art. 514.º do Código de Processo Civil, de preceitos inderrogáveis de leis ou instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho” (g.n.).

judicial, como hoje se vê episodicamente). Eis as balizas para o julgamento *extra vel ultra petitum*: **a)** quando assim resultar da lei em sentido formal (i.e., com autorização legislativa expressa e específica); **b)** quanto assim decorrer dos acordos e/ou das convenções coletivas do trabalho aplicáveis à categoria (conferindo-se dimensão e concretude processual à norma constitucional do art. 7º, XXVI); **c)** quando o exigir a natureza imperativa e irrenunciável do direito material reconhecido (reflexo processual do **princípio da irrenunciabilidade** – como hoje já se vê, aliás, na Súmula n. 293 do C.TST).

Positiva-se ainda o **princípio da equidade**, também como princípio especial, para que a doutrina e a jurisprudência adiante lhe circunscrevam o alcance e as potencialidades, porque já não poderão se omitir. De se ver que a própria legislação processual trabalhista em vigor flerta com tal princípio, parecendo inclusive admitir julgamentos por equidade, nos termos do art. 127 do CPC, especialmente no caso do art. 852-I, §1º, da CLT (para o procedimento sumaríssimo)⁴⁶.

5 CONCLUSÕES

Reconhecer princípios é reverenciar valores. É estabelecer sentidos e descobrir nortes para a fria ordem burocrática dos preceitos legais.

Com essa perspectiva, o anteprojeto de reforma do processo laboral da 15ª Região pretendia avançar, na linha da metodologia cada vez mais recorrente na já referida “era dos estatutos”: uso generoso de **cláusulas gerais** e de **conceitos jurídicos indeterminados**, com vista à abertura semântica para a construção judicial *in concreto*, em busca de um processo judicial mais humanista e efetivo. Nesse encaixe, enunciavam-se princípios. Na acertada dicção de Oliva Santos, Díez-Picazo Giménez e Vegas Torres,

[el] carácter primariamente legal del proceso no debe exacerbarse puesto que las normas positivas procesales son **subordinadas de principios generales del Derecho**, que deben inspirarlas y que, en todo caso, han de resultar **eficaces para la interpretación e incluso corrección de aquéllas**. Por otra parte, si la artificiosidad legal del proceso aumenta hasta grados superlativos la importancia de la buena técnica jurídica en el manejo del Derecho Procesal, **la subordinación del artificio legal a**

⁴⁶*In verbis*: “O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar **mais justa e equânime**, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum” (g.n.). Para a nossa interpretação a respeito desse preceito, cfr. FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre o procedimento sumaríssimo no processo do trabalho. **O Neófito**. [S. l.] 7 mar.2000. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/trab48.htm>. Acesso em: 5.4.2010.

critérios jurídicos generales impide que, también en esta parcela, los juristas pretendan ser simples expertos técnicos, 'neutrales' y asépticos.⁴⁷

Com a positivação dos princípios, tencionava-se obter um processo do trabalho mais **dúctil e integrado**, tanto institucional como ideologicamente, a proporcionar amplo e rico diálogo entre as diversas fontes do direito processual positivo (o que incluía, na proposta original, o CPC e o próprio CPP). Aquele anteprojeto repousa, hoje, em berço bem pouco esplêndido. A sua razão de ser, porém, ainda grita silenciosamente no espírito do processo do trabalho, que não pode ser radicalmente “asséptico”, porque não pode ser estéril. Cedo ou tarde, o tempo sempre redescobre os valores do ser. Não será diferente com o ser processual.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La fundamentalidad de las normas iusfundamentales. *In*: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid, 1993. p. 503, *passim*

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996. p. 122-125

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos privados?. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 309-310

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 396

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 76.060-4, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. **Lex**: STF, n. 237, p. 304-309, 31 mar. 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, [1991?]. p. 1145-1146

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 140

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 1994. *passim*

⁴⁷OLIVA SANTOS, Andrés de la; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Derecho procesal**: introducción. 3. ed. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2004, p. 45 (g.n.).

FAZZALARI, Elio. **Istituzioni de diritto processuale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 1989. p. 60-80

FELICIANO, Guilherme Guimarães. 'Ativismo judicial' para bom entendedor. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 maio 2009. p. 3

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2007. p. 72 e 95

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Sobre o procedimento sumaríssimo no processo do trabalho, **O Neófito**. [S. l]: 07 mar. 2000. Disponível em: <<http://www.neofito.com.br/artigos/art01/trab48.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2010.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Tutela processual dos direitos humanos nas relações de trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 32, n. 121, 2006. *passim*

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 175-176

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O poder de polícia e o princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência francesa. **Seleções Jurídicas ADV**, n. 12, p. 17 e ss., 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 275

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 278

HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. **Tratado Elemental de Derecho del Trabajo**. 10. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969. p. 88-91

HESSE, Konrad **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 4. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller, 1970. p. 28-29 e 132 e ss

LECEY, Eládio (coordenação) [Presidente da Escola Nacional da Magistratura]. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Equilibrado e a Importância Global da Sustentabilidade Pan Amazônia (1º Painel). In: V Fórum Mundial de Juízes. **Anais...** Belém/PA: 2009.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 1, p. 47

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Inépcia da Inicial. Pedido de Declaração de Vínculo Empregatício. **Revista Nacional de Direito do Trabalho**, Ribeirão Preto, v. 16, p. 24, ago. 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 56-57

MENDES, Gilmar. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 38-54

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; DIAS, Leonardo. **Tutela Antecipada e Ação Monitória na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 43

OLIVA SANTOS, Andrés de la; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Derecho procesal**: introducción. 3. ed. Madrid: Editorial Ramón Areces, 2004. p. 45

ORTH, John V. **Due Process of Law**: a brief history. Lawrence: University Press of Kansas, 2003. p. 15-32

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. Wagner Giglio (tradução). São Paulo: LTr, 1996. p. 266-267

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 230-237

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 304

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito processual civil, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2. ed, v. 2, p. 426-427, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna, **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 30, p. 13-44, 1990.

SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. In: STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2, p. 390-391

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 8

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO DO TRABALHO 25 ANOS DEPOIS: da estrutura à função

FEDERAL CONSTITUTION AND THE LABOUR LAW 25 YEARS LATER: from structure to function

Tereza Aparecida Asta Gemignani*

“As instituições no Brasil sofrem de artificialismo de origem, nascendo mais por enxerto, do que nutridas pelo solo natural.”

Sérgio Buarque de Holanda. **Raízes do Brasil**

Resumo: Contextualizando historicamente a evolução da lei máxima brasileira, o presente artigo ressalta os efeitos libertários à cidadania, ao mesmo tempo que revela as implicações paradoxais das atuais tecnologias sobre as relações de trabalho, ora mergulhadas numa intrincada vulnerabilidade. Nesse sentido, aponta-se para o desafio da preservação do caráter emancipatório possibilitado pela CF/1988, observadas as adequadas implementações.

Palavras-chave: Constituição Federal. Cidadania. Direito do Trabalho.

Abstract: By putting the evolution of the utmost Brazilian law into historical context, this article highlights the libertarian effects to the citizenship, whilst reveals the paradoxical implications of the current technologies on labor relationships, now immersed in intricate vulnerability. On this regard, the focus is on the challenge for preserving the emancipatory nature provided by Federal Constitution of 1988, the suitable implementations being observed.

Keywords: Federal Constitution. Citizenship. Labour Law

*É Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Campinas. Doutora em Direito do Trabalho- pós graduação *stricto sensu* pela USP-Universidade de São Paulo. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho- cadeira 70. Membro da REDLAJ- Rede Latino Americana de Juizes e Professora universitária.

1 INTRODUÇÃO

A revolução industrial, que teve seu epicentro na Inglaterra, conferiu perspectiva coletiva ao ato de trabalhar e deu visibilidade à questão social. O conflito, que ao longo do tempo se espalhou do local de trabalho para toda sociedade, colocou em xeque a legitimidade de um ordenamento até então direcionado para a proteção do direito de propriedade.

As lutas e revoltas, que agitaram a Europa no Século XIX, aportaram ao Brasil nas primeiras décadas do Século XX e encontraram eco em uma sociedade invertebrada por longos anos de escravidão, em que as relações de trabalho se mesclavam com o pretensão “direito” de vida e morte que uma parte tinha sobre a outra.

Diversamente do que ocorreu com as Cartas Políticas anteriores, a Constituição de 1934 reconheceu a relevância da questão social. Por isso, além da declaração de direitos e garantias individuais, acrescentou um capítulo sobre a ordem econômica e social, sob notória influência da constituição alemã de Weimar. Apesar do retrocesso da Carta outorgada de 1937, a Constituição de 1946, promulgada após o término da II Guerra Mundial, vai retomar esta vertente de proteção aos direitos sociais.

A Constituição de 1967 sofreu notória influência da Carta de 1937, priorizando as questões afetas à segurança nacional, mas albergou também direitos sociais e trabalhistas. Dois anos depois passou por modificações profundas com a Emenda Constitucional de 1969.

A Nova República levou à promulgação da Carta Política de 1988, a “Constituição Cidadã”, que assegurou em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a promover o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, em uma sociedade alicerçada sobre o trabalho como valor, assim alçando os direitos sociais e trabalhistas entre os fundamentais para sua sustentação.

Um século depois da abolição da escravatura em 1888, dá um giro copernicano de alto impacto, abrindo caminho para superar o artificialismo de origem de nossas instituições.

Não é pouca coisa.

2 A EVOLUÇÃO

Os efeitos irradiantes da Constituição Federal logo foram absorvidos pelo sistema, como evidenciou o Código Civil de 2002, ao caminhar nesta nova senda quando instituiu o combate à onerosidade excessiva e ao enriquecimento sem causa e reconheceu o estado de perigo como defeito do negócio jurídico, colocando na centralidade do direito obrigacional conceitos como boa-fé objetiva, função social da propriedade e dos contratos.

Importante pontuar, que os embriões destes conceitos já vinham despontando desde os primórdios do direito trabalhista, quando atrelava o patrimônio empresarial como garantidor do contrato de trabalho e criava solidariedade jurídica atípica no art. 2º da CLT, traçava limites ao poder diretivo do empregador, preservava a irredutibilidade dos salários, impedia a dilação excessiva da jornada e a supressão dos intervalos para repouso e alimentação.

Como reconheceu nossa Carta Política de 1988, a gênese do direito do trabalho está marcada por esta perspectiva de libertação, por um compromisso com a emancipação cidadã pelo trabalho, caminhos cuja preservação se revela imperiosa no presente, para que possamos alcançar um desenvolvimento sustentado no futuro, conceito definido pelo ganhador do prêmio Nobel, Amartya Sen¹, como um processo de expansão das liberdades substantivas dos cidadãos.

Para o nosso direito, longe de aprisionar o homem no reino da necessidade, como a antiga mentalidade escravocrata apregoava, o trabalho se constitui numa porta de acesso à liberdade, pois é através dele que o cidadão consegue prover sua subsistência com dignidade.

Mas não é só.

3 OS NOVOS DESAFIOS

Ao instituir o trabalho como valor fundamental de um Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 superou também sua esfera contratual/individual, explicitando o escopo de resgatar a legitimidade da atuação coletiva dos corpos intermediários, notadamente pela representação sindical, estabelecendo o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho como um dos direitos fundamentais, a ser admitido também quanto às questões afetas ao salário e jornada, como dispõem os incisos VI, XIII, XIV e XXVI do art. 7º.

Assim, chamou atenção para a necessidade de abrir maior espaço jurídico para a implementação do valor institucional do agir coletivo.

Tocou num vespeiro.

Rios de tinta, papel e saliva foram gastos na tentativa de equacionar o novo modelo do “negociado/legislado”

Discussões intermináveis e inconclusivas tentaram apontar alternativas para o modelo sindical corporativo/estatal, num momento em que a sociedade mostrava sua crescente, e impaciente, demanda por legitimidade de representação.

¹SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p. 40 e seguintes.

Como contraponto à matriz individual, veio indicar em seu art. 7º que na sociedade contemporânea, complexa e interconectada, os direitos fundamentais se apresentam cada vez mais imbricados com os princípios da socialidade e solidariedade devendo, assim, alçar novos horizontes.

Neste contexto, oportunas as reflexões de Boaventura de Souza Santos², ao observar que das três instâncias de regulação: Estado, mercado e comunidade, esta foi a mais negligenciada, por longo tempo absorvida pelos outros dois. Entretanto, é a que detém melhores condições para “instaurar a dialética positiva” com o novo pilar de emancipação, notadamente quando considerada sua dimensão quanto à participação e solidariedade, concluindo que “se a pós-modernidade de oposição significa alguma coisa, é justamente esse desequilíbrio dinâmico ou assimetria a favor da emancipação”.

Conferir relevância à aplicação de princípios como os da socialidade e solidariedade entre os direitos fundamentais, assim incorporando-os ao ordenamento, é o novo desafio a ser enfrentado pelo direito do trabalho quando atinge horizonte emancipatório, que mantém a centralidade do trabalho como valor social.

Com efeito, ao analisar os sentidos do trabalho, Ricardo Antunes³ ressalta que, ao contrário dos “autores que defendem a perda da centralidade da categoria trabalho, na sociedade contemporânea, as tendências em curso, quer em direção à maior intelectualização do trabalho fabril ou ao incremento do trabalho qualificado, quer em direção à desqualificação ou à sua subproletarização, não permitem concluir pela perda dessa centralidade no universo de uma sociedade produtora de mercadorias”.

Os grandes avanços tecnológicos, que permearam o final do Século XX, num primeiro momento levaram à ilusão de que haveria diminuição das horas de trabalho e aumento dos períodos de lazer.

Ledo engano.

No início do Século XXI os tempos dedicados ao trabalho estão aumentando.

O uso de celulares e notebooks permite que se trabalhe sempre, em qualquer lugar, sendo apenas aparente a atuação individualizada, quando na verdade o agir é interconectado, alçando uma esfera coletiva em parâmetros até então desconhecidos.

Diferentemente do apregoado pelo sociólogo Domenico De Masi⁴, que alardeava com a ampliação do universo daqueles que poderiam desfrutar

²SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Editora Cortez, 2000. p. 75 e seguintes.

³ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009. p. 210 e seguintes.

⁴DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução: Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympino Editora, 1999.

do “ócio criativo”, na era contemporânea o número de horas trabalhadas vem crescendo com a utilização de novas ferramentas tecnológicas, que permitem a invasão dos tempos da vida privada pelos tempos destinados ao trabalho.

Com efeito, enquanto no século passado o trabalho era prestado num determinado espaço físico, e o trabalhador dele se desligava quando encerrava o expediente e as portas se fechavam, hoje a prestação do trabalho se dá também de forma virtual e, como tal, não para nunca, não fecha as portas, embora mantenha o velho esquema de limitar a atuação do empregado a espaços compartimentalizados, agora fixados pelas senhas de acesso ao sistema.

Tudo ficou muito mais controlado.

Depois do taylorismo, do *toyotismo*, do *just in time*, o esquema que pautou o velho fordismo parece renascer.

Travestido e repaginado, é verdade.

Mas com o mesmo espírito usurpador da liberdade.

Só que muito mais intenso

Usa-se tecnologia de ponta. Mas as condições de vida no trabalho pioraram.

Retrocedemos.

E, o que é pior, de forma subreptícia, o que dificulta a compreensão do processo e impede a reação, pois ao invés de empregados, o sistema agora trata de colaboradores.

Ora, colaborador é parceiro. Parceiro não se insurge contra outro parceiro, porque a estratégia da palavra os coloca lado a lado, na mesma trincheira, supostamente com o mesmo objetivo.

Como acertadamente lamenta Olgária Matos⁵, num ambiente de virtualização o “mundo construído pela ciência e pela multiplicação de instrumentos técnicos que medeiam e, frequentemente, prescindem do contato direto entre os homens, culmina em sua desertificação técnica desresponsabilizadora de ações”, dificultando a identificação dos que detêm os instrumentos de controle e, por consequência, a reação dos que sofrem as consequências deste processo de precarização.

O trabalhador voltou a ser parte de um macro-sistema, acessível a qualquer hora, independentemente do período estipulado no contrato de trabalho.

Explica Manuel Castells⁶ que esta nova realidade fática provoca uma vulnerabilidade que atinge não somente a força de trabalho

⁵MATOS, Olgária. **Discretas esperanças**: reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo. São Paulo: Nova Alexandria, 2006. p. 57.

⁶CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Kaluss Brandini Gerhardt. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999. p. 297 e seguintes. (A era da informação: economia, sociedade e cultura)

não-qualificada, mas também a especializada, num paradoxo em que o “trabalho nunca foi tão central para o processo de realização de valor. Mas os trabalhadores (independentemente de suas qualificações) nunca foram tão vulneráveis”, notadamente porque, embora a economia global ainda esteja longe de ser um sistema único e não diferenciado, em decorrência da nova organização produtiva a “interdependência de seus processos e agentes avançou em ritmo veloz num curto período de tempo”, levando a um aumento da carga de trabalho, que passa a entremear de forma difusa os tempos da vida privada, conferindo maior precarização à vida do trabalhador

Neste contexto, a “sociedade em rede parece uma meta desordem social para a maior parte das pessoas. Ou seja, uma sequência automática e aleatória de eventos, derivada da lógica incontrolável dos mercados, tecnologia, ordem geográfica ou determinação biológica”, que pretende marcar os ritmos da vida, trazendo novamente para a arena trabalhista questões de liberdade e emancipação, assim reprimando os desafios enfrentados pelo Direito do Trabalho desde suas origens, exigindo novas respostas, que agora não podem mais ficar limitadas ao plano contratual/individual, exigindo novas formulações na esfera coletiva/sindical.

Neste contexto, a dubiedade que a Constituição Federal de 1988 demonstrou, ao acolher conceitos contrapostos como “liberdade” e “unicidade”, foi entendida por uns como fragilidade, mas diagnosticada por outros, entre os quais me incluo, como atualidade necessária, por apresentar o retrato fiel de uma sociedade em mutação. Ao lado da unicidade de uma estrutura sindical pautada pelo modelo de corporativismo estatal, conferiu maior amplitude ao exercício da negociação coletiva, cuja implementação demanda legitimidade de representação, por reconhecê-la como instrumento necessário para oferecer respostas mais ágeis e específicas às novas questões que estão surgindo no mundo do trabalho.

4 DA ESTRUTURA À FUNÇÃO

A estrutura jurídica, moldada no Século XX, foi pautada pela pirâmide vertical de Kelsen, em que a atuação do direito se dava como controle social, pela aplicação de sanções negativas, punitivas das lesões já ocorridas, num sistema autopoietico, fechado e independente dos demais.

Explica Norberto Bobbio⁷, que a teoria kelseniana define o direito como ordenamento coativo, que estabelece um “nexo de imputação entre o ilícito e a sanção”, assim entendida como “ato coercitivo”, o que tem se revelado insuficiente para oferecer respostas aos novos conflitos, apresentados pela complexa sociedade que atua em rede por uma intensa e permanente

⁷BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica: Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 53 e seguintes.

interconexão horizontal. Nesse contexto propõe a teoria funcionalista, que visa implementar a função promocional que o direito pode desenvolver mediante a aplicação de sanções positivas, como incentivos e prêmios, que estabelecem uma direção social para impedir a prática de atos socialmente indesejáveis, agindo de forma preventiva para evitar a própria ocorrência da lesão.

Bobbio apresenta a teoria funcionalista como um acréscimo, ressaltando que a “análise estrutural do ordenamento jurídico está em condições de absorver, sem demasiada perturbação, as mudanças introduzidas pela análise funcional”, pois se trata de implementar a efetividade do direito, considerando que o sistema jurídico não é um dado pronto e acabado, mas em permanente construção na era contemporânea

Ressalta que os estudos da teoria geral do direito não podem mais orientar-se apenas pela análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos, sendo crescente o apelo para que passe a enfrentar também a funcionalidade do direito na sociedade contemporânea.

Assim sendo, embora em termos estruturais e formais parecer sustentável entender o direito como um sistema fechado, autopoietico, a função promocional desvela um outro horizonte, ao demonstrar suas articulações e interrelações com o sistema social, político, econômico e cultural em que está inserido.

5 A TEORIA FUNCIONALISTA DE BOBBIO E O DIREITO DO TRABALHO

Ao analisar os efeitos provocados pela Constituição Federal de 1988, e seus reflexos 25 anos depois, a referência a esta teoria se revela oportuna e apropriada, notadamente por indicar a superação da estrutura autopoietica pela implementação da função promocional, que no direito trabalhista vai implicar numa ampliação da perspectiva coletiva, como arena propícia à implementação das sanções premiais positivas e *locus* do necessário diálogo entre os sistemas jurídico, político, econômico e cultural, que marcam a vida de determinada comunidade social, caminho importante para resgatar a legitimidade e eliminar o pecado original do artificialismo, que sempre comprometeu a credibilidade das instituições alienígenas para cá transplantadas sem qualquer aferição de compatibilidade.

Nesta senda, dois exemplos merecem destaque por sua abrangência.

O primeiro se refere aos acidentes de trabalho e doenças profissionais, que vem atingindo número alarmante de ocorrências, demonstrando a ineficácia de um padrão normativo estruturado para tarifar o risco admitido, ao invés de mirar na sua exclusão, indenizar o dano ocorrido, ao invés de priorizar a prevenção da lesão.

Ao questionar “para que serve o direito”, a teoria funcionalista vai abrir uma nova perspectiva, demonstrando que além da aplicação das sanções negativas, a instituição de incentivos e prêmios, que possam estimular a prática de condutas destinadas a implementar o trabalho decente, com a redução/eliminação dos riscos e condições adversas de insalubridade/periculosidade, se revela muito mais adequada para garantir a eficácia da norma trabalhista.

O outro exemplo está atrelado à constatação do *deficit* crescente de funcionalidade da estrutura sindical corporativa, fundada numa unicidade despartada da realidade, fundada no conceito de categoria profissional/econômica.

Com efeito, a realidade contemporânea vem demonstrando o surgimento de novas profissões e a extinção de outras, além da concentração de várias em uma só, em decorrência do acelerado desenvolvimento tecnológico, que forma trabalhadores multi-profissionais.

O conceito de categoria econômica também vem sofrendo notória mutação, notadamente por causa do desenvolvimento das atividades ligadas ao terceiro setor, sendo a última delas a referente ao trabalho doméstico, em que o questionamento surge quanto à catalogação do empregador, que não explora atividade econômica, como integrante de uma categoria patronal.

Não menos controversa a classificação por categoria profissional/econômica, quando se trata de trabalho terceirizado, em que conceitos como “atividade preponderante”, “categoria diferenciada” e “atividades conexas”, outrora estruturantes para um sistema autopoietico, fechado e centrado em si mesmo, passam a apresentar inequívocos deficits de funcionalidade.

6 CONCLUSÃO

Ao concentrar trabalhadores num determinado espaço físico por longos períodos, em situação adversa, a Revolução Industrial deu visibilidade ao fato de que a questão social estava imbricada com as condições de trabalho.

As Constituições brasileiras de 1934 e 1946 se mostraram sensíveis a esse fato e, influenciadas pela alemã de Weimar, passaram a albergar direitos sociais. Porém, a grande guinada foi dada por nossa Carta Política de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, sintomaticamente promulgada um século depois de 1888, quando houve a abolição da escravidão em nosso país, dando um giro copernicano de 180 graus ao assegurar em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, destinado a implementar o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, em uma sociedade alicerçada sobre o trabalho como valor, alçando os direitos sociais e trabalhistas entre os fundamentais para sua sustentação.

Assim, reconheceu que a gênese do direito trabalhista está marcada por esta perspectiva de libertação, por um compromisso com a emancipação pelo trabalho, caminhos cuja preservação se revela imperiosa no presente, para que possamos alcançar um desenvolvimento sustentado no futuro, assim entendido como um processo de expansão das liberdades substantivas dos cidadãos.

Ademais, sensível à funcionalidade do ordenamento e ao valor institucional do agir coletivo, em uma sociedade que emerge cada vez mais complexa, plural e intensamente interconectada, ampliou espaços para a atuação dos corpos intermediários, notadamente através da representação sindical, mediante o estímulo às negociações coletivas em questões nevrálgicas para o direito do trabalho, como salário e jornada, admitindo a insuficiência da teoria estrutural e a urgência na implementação da teoria promocional, calcada na aplicação das sanções positivas premiais, que preventivamente sinalizam a direção do comportamento social, ao invés de apenas penalizar o ato ilícito já praticado.

Entretanto, tal implicará na eliminação do artificialismo das instituições alienígenas, para cá transplantadas por atender a determinados interesses, de há muito entranhadas e mantidas no sistema sem nenhuma preocupação de adequação às peculiaridades de nossa realidade brasileira, além da reformulação de conceitos como “categoria”, “atividade preponderante”, “legitimidade da representação sindical”.

Aceitaremos o desafio ?

7 REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. Revisão técnica: Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer com a colaboração de Kaluss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura).

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial. Tradução: Yadyr A. Figueiredo. Rio de Janeiro: José Olympio, 1999.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MATOS, Olgária. **Discretas esperanças**: reflexões filosóficas sobre o mundo contemporâneo. São Paulo: Nova Alexandria, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Editora Cortez, 2000.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

A INTERRUÇÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO DE EMPREGO PELO DEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS PEDIDOS DE RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO

THE INTERRUPTION OF THE EFFECTS OF THE EMPLOYMENT CONTRACT BY ACCEPTANCE OF ANTICIPATION OF TUTELAGE IN INDIRECT REQUESTS FOR TERMINATION OF CONTRACT

Henrique Macedo Hinz*

Resumo: O presente artigo pretende analisar a possibilidade de obtenção de antecipação de tutela, com a declaração da interrupção dos efeitos do contrato de emprego, nos pedidos de rescisão indireta do contrato de emprego. Para tanto, faz uma breve apresentação da realidade fática vivida no dia a dia forense em relação a esses pedidos, passando pela realidade do contrato de emprego e das características e requisitos para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela, interrompendo-se os efeitos do contrato.

Abstract: This article intends to analyze the faculty to obtain the advance relief, with the declaration of employment contract effects interruption, when the employer asks the indirect rescission of his employment contract. For this purpose, first it is done a brief analysis of the facts related to the day to day in labor courts, also verifying the employment contract reality and the characteristics and requisites to obtain the advance relief, with the declaration of the employment contract effects interruption.

Palavras chave: Processo do trabalho. Rescisão indireta. Contrato de trabalho. Antecipação de tutela.

Keywords: Labor procedure law. Employment contract indirect rescission. Advance relief.

*Juiz do Trabalho Titular da VT de Andradina, do TRT 15ª Região. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Doutor em Desenvolvimento Econômico pela Unicamp. Professor universitário em cursos de graduação e pós graduação. Autor de livros e artigos jurídicos. Membro da Law And Society Association e da American Bar Association (acadêmico). Membro do Conselho Editorial da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

1 INTRODUÇÃO

No presente artigo se pretende analisar o cabimento da antecipação de tutela nas reclamações trabalhistas em que se postule, dentre outros, a rescisão indireta do contrato de emprego, com o requerimento de interrupção dos efeitos do contrato de modo que o trabalhador possa, até o trânsito em julgado de sua pretensão, receber salários e demais benefícios de seu empregador, sem que seja obrigado a trabalhar para o mesmo.

É comum, no dia a dia forense, os empregados “declararem a rescisão indireta do contrato” (*sic*) na petição inicial, ou notificarem extrajudicialmente o empregador, expondo essa pretensão, e nos dois casos deixam eles, simplesmente, de prestar suas atividades, levando à caracterização do abandono de emprego, dado que apenas sentença judicial pode extinguir o contrato por justa causa do empregador.

A interrupção dos efeitos do contrato de emprego antes da declaração da justa causa patronal é hipótese muito pouco utilizada no processo do trabalho, provavelmente porque não se considera a possibilidade de o empregado receber salários e demais benefícios sem que trabalhe, mas é aceito que o empregador sonegue direitos do trabalhador para só depois, se for o caso, pagar o que é devido em face de ação trabalhista contra ele proposta. Propõe-se aqui uma mudança de perspectiva, com os fundamentos fáticos e jurídicos que o embasam.

Para tanto, será analisado, inicialmente, a formação do contrato de emprego e seus efeitos para os sujeitos contratuais, o empregado e o empregador. Feito isso, proceder-se-á a uma breve análise das possíveis violações, por esses mesmos sujeitos, de suas obrigações contratuais, e suas consequências para, então, adentrando-se nos aspectos processuais do estudo, tecer comentários acerca da tutela jurisdicional e da possibilidade de se obter a antecipação de seus efeitos. Feito isso, procede-se às considerações específicas acerca das questões a serem consideradas quando da postulação dessa natureza pelo Reclamante.

2 A FORMA (EQUIVOCADA) COMO SE VEM PROCEDENDO NA RESCISÃO INDIRETA DO CONTRATO DE EMPREGO

Aqueles que atuam na Justiça do Trabalho devem estar acostumados a ver os reclamantes postularem, dentre outros, a rescisão indireta do contrato de emprego sob o argumento de que o empregador vem violando suas obrigações de modo que inviabilizam a manutenção do pacto. Para tanto, ou dizem no próprio corpo da petição inicial que dão por rescindido o contrato por justa causa patronal, ou, antecipadamente, notificaram o empregador dessa tese, entendendo que tal medida é suficiente para caracterizar a justa causa patronal. Mais grave é o fato

de que, a partir desse momento, deixam de trabalhar, levando a que o empregador, em não raras ocasiões, seja vitorioso em sua pretensão de ver declarado judicialmente o **abandono de emprego** pelo empregado.

Não cabe aqui tecer juízos valorativos acerca das formas como se deve proceder para a caracterização da justa causa dentro do modelo jurídico trabalhista pátrio, mas se verifica nesse aspecto uma reprodução de assimetria de poderes entre os sujeitos contratuais, com prevalência para o empregador: a alegação do empregador de justa causa do empregado gera efeitos imediatos; o empregado, para ver declarada a justa causa patronal precisa se utilizar do Judiciário.

Na verdade tal distinção ocorre pelo fato de que, no segundo caso, só pode ato jurisdicional poderá o empregado levantar os valores depositados em sua conta vinculada (FGTS) e receber o Seguro Desemprego. Dessa forma, seja na petição inicial, seja por carta registrada ou por notificação extrajudicial, tem-se por equivocada a atitude do empregado de, notificando simplesmente o empregador, deixar imediatamente de prestar serviços para a empresa, dado que essa conduta faz tipificar, antes da eventual caracterização de violação patronal, a violação do contrato pelo trabalhador.

3 A FORMAÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO E SEUS EFEITOS

Os arts. 442 e 443 da CLT, aliado ao que dispõe o art. 9º da mesma Consolidação, são claros no sentido de que o contrato de emprego surge da ocorrência simultânea dos cinco elementos previstos nos arts. 2º e 3º da CLT, na relação entre quem trabalha e quem contrata esse trabalho, a saber: trabalho prestado por pessoa física, com subordinação, onerosidade, não eventualidade e pessoalidade. Presentes todos esses elementos, quem presta o serviço será o empregado e, conseqüentemente, quem o contrata é o empregador. E essa caracterização da relação empregatícia independe da manifestação expressa de vontade dos sujeitos, podendo mesmo se dar contra a vontade deles.

Formada a relação de emprego, e dada sua natureza **contratual**, gera ela efeitos em relação aos sujeitos, ou seja, cria direitos e obrigações, para os contratantes, dada a natureza sinalagmática do contrato de emprego. A principal obrigação do empregado é prestar serviços para seu empregador, ao passo que a principal obrigação deste é pagar o salário ao empregado; o principal direito do empregado é receber o salário do empregador, e o principal direito deste é receber o trabalho do empregado. São essas as principais obrigações e direitos de empregado e empregador, mas não as únicas: o empregado deve também lealdade, boa fé, sigilo, assiduidade ao empregador, e este, além dessas obrigações, deve ao empregado o pagamento dos demais direitos legal ou costumeiramente estipulados. De qualquer forma, os pilares sobre os quais se assenta a relação de emprego são o trabalho do empregado e o salário do empregador.

Mas na vigência do contrato de emprego existe a possibilidade de ocorrerem hipóteses que levem ao que a doutrina chama de interrupção e suspensão dos efeitos do contrato de emprego, sendo que no primeiro caso o empregado se vê desobrigado de trabalhar, mas fica mantida a obrigação do empregador de pagar salários, e no segundo (suspensão) tanto empregado quanto o empregador são dispensados de, respectivamente, trabalhar e pagar salário.

As figuras da interrupção e suspensão dos efeitos do contrato de emprego vêm reguladas nos artigos 471 a 476 da CLT, embora outras disposições legais, convencionais, contratuais ou mesmo decorrentes dos usos e costumes possam, também, prever hipóteses aplicáveis. O art. 473 da CLT prevê algumas hipóteses de interrupção, ao passo que os artigos 472, 474, 475, 476 tratam de hipóteses de suspensão. O art. 471 estabelece a inalterabilidade do contrato na vigência de suspensão ou interrupção de seus efeitos, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que esse mesmo dispositivo veda a extinção do contrato de emprego pelo empregador em ambas as situações¹. Mas ao lado dessas disposições, podem acordos e convenções coletivos de trabalho, o contrato de emprego, e mesmo os usos e costumes vigentes entre empregado e empregador estipularem outras hipóteses de interrupções e suspensões dos efeitos do contrato de emprego. Férias, descanso semanal remunerado são hipóteses de interrupção dos efeitos do contrato de emprego pois não há trabalho mas o empregado tem direito a receber o salário equivalente; intervalo interjornada e intervalo entrejornadas são hipóteses de suspensão dos efeitos.

É sempre importante lembrar que o que se suspende e se interrompe são alguns dos efeitos do contrato de emprego, e não o contrato em si: esse permanece em plena vigência, de modo que os efeitos não alcançados por essas causas continuam vigentes. Por isso, se os efeitos do contrato de emprego estão interrompidos, por exemplo, em face das férias do empregado, e esse for flagrado furtando bens da empresa, poderá o empregador extinguir o contrato de emprego por justa causa do empregado, a despeito de os efeitos do contrato de emprego estarem interrompidos. O mesmo se dará se o empregado souber que, interrompido ou suspenso os efeitos do contrato, o empregador está maculando sua imagem perante terceiros, causando danos ao seu patrimônio ou violando direitos que lhe são devidos.

¹Alguns autores afirmam que o art. 471 veda a ocorrência de extinção do contrato de emprego por iniciativa de qualquer dos sujeitos, mas se esquecem que o trabalho é uma garantia consagrada na CF (art. 5º, XIII). Assim, a limitação ao poder potestativo para extinção do contrato de emprego se aplica apenas ao empregador, dado que o empregado poderá sempre extinguir o contrato de emprego.

4 VIOLAÇÕES ÀS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS PELOS SUJEITOS DO PACTO LABORAL

Em razão da natureza contratual da relação que une os sujeitos do contrato de emprego, tem-se que a boa fé, a fidúcia e a responsabilidade que ambos devem ter em relação um ao outro são princípios aplicáveis a essa relação pois que basilares dos contratos em geral, e não apenas do contrato de emprego. E a realidade demonstra que violações a esses e outros princípios e obrigações podem ocorrer de parte de um ou de outro.

Pode-se dizer que o modelo jurídico trabalhista é injusto com o empregado: pode ele ser punido pelo empregador com advertências ou suspensões em face de faltas, à juízo deste, cometidas, mas a recíproca não ocorre. Dito de outra forma, o empregador pode, na vigência do contrato de emprego, punir esse trabalhador por atos faltosos que entenda ter ele cometido, mas o empregado não tem como punir o empregador.

É fato que nem um, nem outro, deva cometer violações contratuais, mas os mecanismos punitivos, por lei atribuídos a cada um deles, não é equânime.

As violações ao contrato de emprego são as mais variadas possíveis, indo de pequenas infrações até atos de extrema gravidade. E, face o anteriormente exposto, será a discricionariedade do empregador que aquilatará a conduta do seu empregado, e a punirá como achar adequado; ao empregado não cabe punir o empregador por violações cometidas, só lhe restando buscar a atividade jurisdicional a tanto; mas aí as violações já se concretizaram.

A CLT tipifica em seu art. 482 as condutas dos empregados que, ocorridas, levam à extinção do contrato de emprego por justa causa desse trabalhador; o art. 483 da CLT tipifica as condutas do empregador que levam à extinção do contrato por sua causa e o art. 484 da mesma Consolidação prevê a figura da **culpa recíproca**, situação em que empregado e empregador, simultânea e reciprocamente, cometem atos que, isoladamente, levariam à extinção do contrato de emprego por falta grave do respectivo agente.

É claro que, quando se diz que a ocorrência das hipóteses previstas nos citados dispositivos legais leva à extinção do contrato de emprego, quer-se dizer que tal conduta enseja e justifica tal medida pela parte que se sente violada, mas é necessária a manifestação de vontade nesse sentido, que inclusive deve observar o requisito da **imediatez**, sob pena de caracterização do perdão tácito. O requisito da **proporcionalidade** entre a conduta do agente e a punição pretendida ou aplicada é outro requisito para a validade da justa causa para extinção do contrato de emprego.

5 AS DIFERENTES CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO PARA O EMPREGADO E O EMPREGADOR

As consequências da extinção do contrato de emprego diferem em relação ao empregado e o empregador. Para o empregado, encontrar quem necessite suas atividades e pague por elas é uma constante, dado que, em regra, não dispõe ele de outra fonte de recursos que o oriundo de seu trabalho; o empregador, por seu lado, pode até mesmo prescindir do trabalho de seu empregado, principalmente nos dias atuais em que as máquinas tendem a substituir mais e mais a mão de obra humana, com maior presteza e perfeição. Além disso, o empregador pode, com seus recursos econômicos, independentemente do trabalho de seus empregados, obter seu sustento, o mesmo não se dando em relação àqueles.

Mas essa característica não se restringe à formação ou desenvolvimento do contrato de emprego, dado que é justamente ao se rescindir o contrato que essa diferença se faz mais presente. Não raro as verbas rescisórias que o empregado recebe pela extinção contratual se vão antes que ele obtenha um novo emprego; o empregador normalmente repõe o trabalhador perdido rapidamente.

Soma-se a esse perverso cenário o fato de que a gama de fundamentos para o empregador, unilateralmente, dar por rescindido o contrato de emprego é bastante ampla, desde um simples capricho até a alegação de justa causa do empregado; a esse só cabe o pedido de demissão, ou seja, extinção do contrato de emprego por iniciativa própria sem justa causa do empregador. A justa causa do empregador, pelo que já se inicialmente, depende de declaração judicial, o mesmo se dando com a causa recíproca.

A gravidade de tudo isso repousa no fato de que os valores a serem recebidos pelo empregado a título de verbas rescisórias varia conforme a modalidade de extinção contratual:

- a) Pedido de demissão: tem ele direito a saldo salarial, férias vencidas e proporcionais acrescidas do terço constitucional;
- b) Iniciativa do empregador, sem alegação de justa causa: tem ele direito ao aviso prévio, saldo salarial, gratificação natalina proporcional, férias vencidas e proporcionais, ambas acrescidas do terço constitucional, além de levantar os valores depositados a título de FGTS acrescidos da multa de 40% sobre o total recolhido a esse título. Terá ainda o empregado, caso o contrato de emprego tenha vigido por mais de 6 meses, o direito a receber o Seguro Desemprego;

- c) Iniciativa do empregador, com justa causa do empregado: terá este direito ao saldo salarial e eventuais férias vencidas com seu terço constitucional;
- d) Iniciativa do empregado, mas por justa causa do empregador (rescisão indireta): aqui as verbas rescisórias devidas ao empregado são as mesmas a que teria direito caso se desse a sua dispensa, por iniciativa do empregador, sem justa causa do empregado, tendo também direito de receber Seguro Desemprego e levantar os depósitos de FGTS acrescidos de sua multa de 40%.

Vê-se, assim, que os efeitos da extinção do contrato de emprego diferem para cada um dos sujeitos do contrato de emprego, mas as verbas rescisórias devidas ao empregado, conforme haja justa causa para dar-se por rescindido o contrato de emprego são absolutamente distintas e as devidas quando por justa causa do empregador são desproporcionais.

Mas, como já adiantado no início da presente análise, o empregado não pode, como é o caso do empregador, dar por encerrado o contrato de emprego, sob alegação de justa causa do empregador, por iniciativa própria, obtendo daí todos os efeitos patrimoniais citados. Isso porque essa manifestação não gera o condão de se obrigar o empregador a pagar as verbas rescisórias devidas, nem habilita o empregado a levantar os valores recolhidos em sua conta vinculada acrescidos da multa constitucional ou receber o Seguro Desemprego.

E isso se dá, única e exclusivamente, por falta de amparo legal!

6 A TUTELA JURISDICIONAL E A ANTECIPAÇÃO DOS SEUS EFEITOS

Interesse processual é condição de ação ao lado da possibilidade jurídica do pedido e legitimidade, e se caracteriza pela existência de uma pretensão resistida do réu em face do autor.

Entendendo o empregado que o empregador violou gravemente os deveres legais e/ou contratuais devidos em face do vínculo de emprego que os une, e havendo por parte do empregador resistência em reconhecer tal fato, resta ao empregado a busca da tutela jurisdicional para a garantia de seus direitos, não só fazendo cessar as violações, como receber os direitos previstos em lei.

Juridicamente, seu pedido deve ser no sentido de obtenção de tutela jurisdicional de caráter **declaratório**, com a consequente declaração da prática de ato (s) faltoso (s) por parte do empregador, conforme tipificado no art. 483 da CLT e **condenatório**, com a condenação da agora Reclamada ao pagamento das verbas rescisórias daí advindas além da

entrega das guias para levantamento dos valores recolhidos em sua conta vinculada e recebimento do Seguro Desemprego.

Como já exposto anteriormente, as consequências sociais e patrimoniais da extinção do contrato de emprego por justa causa do empregado são muito sérias. Por graves que sejam, ainda o empregado recebe o saldo salarial e eventuais férias vencidas acrescidas de seu terço. Mas, se por outro lado, é o empregador quem pratica a falta grave, o que se costuma ver é o empregado deixar de trabalhar, não receber qualquer valor e ainda ter de esperar por alguns anos até que consiga executar seus direitos, na busca da rescisão indireta do contrato de emprego. Ou seja, não só a situação fática é extremamente grave como o empregado ainda tem de esperar por um bom período até que ocorra a satisfação de seus direitos.

Foi justamente pensando em situações como esta que o legislador fez inserir, por meio da Lei n. 9.494/1997 a redação do art. 273 do Código de Processo Civil que permite ao juiz antecipar os efeitos da tutela jurisdicional, desde que atendidos os requisitos ali constantes. Dependendo da gravidade da situação, poderá haver mesmo essa antecipação sem a prévia manifestação da parte contrária, o empregador.

7 O CABIMENTO DO PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL COM A INTERRUPÇÃO DOS EFEITOS DO CONTRATO DE EMPREGO

Aqui se encontra o ponto nodal da questão ora analisada, e é onde se encontra a maior dificuldade do empregado em conseguir a tutela pretendida, que decorre na necessidade de comprovar, de **forma verossímil**, a sua alegação de estar sofrendo assédio por parte só empregador ou de preposto do mesmo, tornando assim inviável a manutenção do contrato de emprego.

Doutrina e jurisprudência já vem sendo uníssonas no sentido de que, para a concessão da antecipação de tutela, necessário se faz a prova prévia e robusta das alegações de quem a pretende. E a dificuldade decorre do fato de que, no processo do trabalho, a prova, principalmente a realizada pelo empregado, é a testemunhal, dado que os documentos decorrentes da relação de emprego normalmente ficam apenas na posse do empregador.

Assim, é necessário que o trabalhador junte com a inicial provas das violações perpetradas pelo empregador, como correspondências eletrônicas, filmagens, gravações de vídeo, etc. Pode, também, juntar, por exemplo, cartões de ponto e recibos de pagamento de salário que demonstrem a sistemática exigência de trabalho extra e noturno sem a devida paga. Sem essa prova, que se pode dizer pré constituída, não vemos como o juiz decidir a favor do empregado sem um alto risco de acabar induzido em erro. E, mais que isso, necessário se faz que os fatos alegados

e provados sejam, por si mesmos, graves o suficiente para a caracterização da justa causa patronal, o que afasta situações de mal estar, desconforto ou contrariedade do empregado por determinações de seu empregador.

Para essa comprovação é possível a utilização – pouco vista no processo trabalhista – de **medida cautelar de produção antecipada de prova**, regida pelos artigos 846 a 851 do Código de Processo Civil.

De posse dessas provas, deverá na petição inicial expor esses fatos requerendo não só a declaração da justa causa patronal, com consequente extinção do contrato de emprego por esse fato, como também, e de forma expressa, a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no sentido de ser declarada a interrupção dos efeitos do contrato de emprego. Para que não haja alegação de decisão *extra* ou *ultra petita*, deverá o Reclamante postular, expressamente, a declaração de desobrigação de trabalhar, com a manutenção do direito de receber salários, gratificação natalina, férias e seu terço, recolhimentos do FGTS e eventuais direitos estabelecidos em acordos e convenções coletivos de trabalho (nesse caso é imprescindível juntar, com a inicial, as normas coletivas em que se fundam os direitos postulados, ante o que dispõe o art. 337 do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho ante o que dispõe o art. 769 da CLT).

Assim agindo, como a justa causa patronal só pode ser analisada após a colheita das provas possíveis, dever-se-á postular a antecipação de tutela no sentido de se declarar a **interrupção dos efeitos do contrato de emprego, em relação ao empregado/Reclamante**, de modo que o contrato permanecerá gerando efeitos em relação ao empregador e não em relação ao empregado, especialmente no principal deles, o de trabalhar.

O pedido de rescisão indireta do contrato de emprego, quando julgado improcedente, ou seja, quando não caracterizada a justa causa patronal, leva à extinção do contrato de emprego por iniciativa do empregado, o denominado pedido de demissão. Se o Reclamante não tiver a intenção de deixar de trabalhar, caso seu pedido seja julgado improcedente – o que é muito importante ser observado em se tratando de rescisão indireta do contrato de emprego em casos em que o trabalhador é detentor de garantia provisória de emprego – deverá fazer constar expressamente **pedido sucessivo** no sentido de que só tem interesse em dar por extinto o contrato de emprego se caracterizada a justa causa patronal; se não caracterizada protesta pela manutenção do vínculo de emprego.

Caberá ao juiz a análise e eventual deferimento da antecipação de tutela, inclusive de forma *inaudita altera parte*, desde que solicitado pelo Reclamante, interrompendo os efeitos do contrato de emprego sem a oportunidade de o empregador se manifestar. Para melhor esclarecê-lo do que está ocorrendo, sugere-se que o advogado do Reclamante, de posse da inicial, despache previamente com o magistrado, expondo – de forma clara e sintética – os problemas que o trabalhador vem encontrando para

trabalhar para a Reclamada. Pouco recomendável é a simples distribuição da ação, sem prévia exposição ao juiz do que está acontecendo.

Deferido o pedido e declarada a interrupção do contrato de emprego, ao empregador só caberá a impetração de mandado de segurança, quando deverá então provar seu eventual direito líquido e certo, pois que não estará caracterizado tumulto processual que leve ao cabimento de correição parcial, nem cabe recurso ordinário por inexistir decisão final. Se, por outro lado, o juiz indeferir o pedido de antecipação de tutela, nenhuma medida judicial caberá ao Reclamante, salvo renovar seu pedido quando do final da instrução processual.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A assimetria fática verificada entre empregador e empregado na formação e desenvolvimento do contrato de emprego se mostra mais clara no momento de extinção do contrato por justa causa: o empregador pode, de forma unilateral, declarar a justa causa do empregado, e essa sua manifestação gera os efeitos jurídicos em relação às verbas rescisórias devidas em face dessa modalidade. O mesmo não se dá em relação ao empregado, pelo que se viu até aqui, que depende, para receber as verbas rescisórias pela extinção por justa causa patronal, de pronunciamento jurisdicional. Some-se a isso a situação de que, nessa última hipótese, o empregado vem sendo violado em seus direitos e a extinção do contrato de emprego o lançará na rua da incerteza, até que venha a obter nova colocação.

Essa realidade deve ser levada em consideração pelo juiz quando da apreciação de pedidos de antecipação de tutela em rescisão indireta do contrato de emprego. Mas deverá, também, o magistrado, não descuidar da necessidade de encontrar provas robustas da justa causa patronal para o deferimento do pedido, pois que vem aumentando de forma significativa os pedidos de rescisão indireta do contrato de emprego e de indenização por danos morais por motivos que, ao final, demonstram muito mais uma mera insatisfação do empregado pelas exigências devidas de trabalho, com as quais não concorda, esquecendo-se o trabalhador, não poucas vezes, que ele tem direitos, mas esses só são exigíveis caso ele cumpra, também, com suas obrigações, face a natureza sinalagmática do contrato de emprego.

Ao magistrados trabalhistas cabe a análise equilibrada e sensata dos fatos e pedidos que lhe são submetidos, evitando-se o tão propalado, e porque não dizer perigoso **ativismo judicial**, sem ideias prévias ou preconceitos, quer em relação ao empregado, quer em relação ao empregador, pois que dos juízes se espera imparcialidade, nos termos do art. 125, I do Código de Processo Civil.

9 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 26 jul. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 26 jul. 2013.

10 BIBLIOGRAFIA

CARRION, Valentim. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.



Doutrina Internacional

VIH/SIDA E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DOS TRABALHADORES: entre a “tensão para a transparência” e o “direito à opacidade”*

HIV/AIDS AND THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION AGAINST WORKERS: “the tension towards transparency” versus “the right to opacity”

João Leal Amado**

1 O ESTIGMA DA SEROPOSITIVIDADE E A “TENSÃO PARA A TRANSPARÊNCIA”

Ponto de partida: a pessoa seropositiva representa, aos olhos dos demais cidadãos, um **perigo de morte**, tendo em conta o carácter transmissível e incurável da doença; além disso, a doença ainda surge, por vezes, associada à ideia de culpa, de pecado, de transgressão (como é sabido, as suas primeiras vítimas foram os homossexuais, os drogados e as prostitutas)¹. Ora, o carácter transmissível da doença (o infectado é, também, um potencial infectante) e o facto de ela equivaler, de algum modo, a uma sentença de morte (ainda não há terapia eficaz, ainda não se descobriu forma de “matar a doença que mata”) implicam que tudo se jogue no plano da prevenção, a qual, por sua vez, reclama o conhecimento de quem é ou não portador do vírus. Daí que se faça sentir com grande intensidade neste domínio aquilo que Costa Andrade designa, e bem, por uma “tensão para a transparência”².

*Texto que serviu de base à comunicação apresentada nas **1ª Jornadas Ético-Jurídicas sobre a Infecção VIH/SIDA**, sob o título A proibição da discriminação dos trabalhadores à luz do Código do Trabalho, jornadas que decorreram no Auditório dos Hospitais da Universidade de Coimbra, em 25 de fevereiro de 2010. Uma parte do texto serviu ainda de base para a comunicação Testes em meio laboral: a dupla responsabilidade perante o trabalhador e o empregador e a responsabilidade pela transmissão da infecção, apresentada no **III Congresso da CPLP VIH/SIDA**, Centro de Congressos de Lisboa, 17, 18 e 19 de março de 2010. Para maiores desenvolvimentos sobre esta temática, vd. VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho. In: **Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Prof. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 789-847

**Professor doutor e sub-diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, onde obteve os títulos de Licenciatura em Direito no ano de 1986, de Mestre em Direito no ano de 1991 e de Doutoramento em Direito no ano de 2002.

¹Nas conhecidas palavras do padre Paneloux, de **A Peste**: “*Mes frères, vous êtes dans le malheur, mes frères, vous l’avez mérité*”. E continuava: “*Si, aujourd’hui, la peste vous regarde, c’est que le moment de réfléchir est venu. Les justes ne peuvent craindre cela, mais les méchants ont raison de trembler*” (CAMUS, Albert. **La peste**. Paris: Gallimard, Collection Folio, n. 42, [s.d.]. p. 91-92). Mas a verdade é que no VIH/SIDA, tal como na peste, não há culpados, há, quando muito, condenados.

²ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito Penal Médico. SIDA**: testes arbitrários, confidencialidade e segredo. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 42

Assim é, sem dúvida. Mas devo dizer que, no plano das relações laborais, a grande missão do Direito do Trabalho consiste, justamente, em combater essa “tensão para a transparência”.

2 O MANDATO ANTIDISCRIMINATÓRIO E O SEU SIGNIFICADO

Nesta matéria, o Direito do Trabalho enuncia um **mandato antidiscriminatório**, vedando qualquer discriminação em função do estado de saúde do trabalhador (art. 25, n. 1, do Código do Trabalho, aprovado pela Lei n. 7/2009, de 19 de Fevereiro). Ideia-chave: o trabalhador seropositivo assintomático (isto é, infectado, mas ainda não incapacitado) deve ser tratado como qualquer outro trabalhador; e o trabalhador doente com SIDA deve ser tratado como qualquer outro trabalhador doente, o que significa que as suas faltas ao trabalho serão, em princípio, consideradas justificadas, suspendendo-se o contrato em caso de impedimento temporário que se prolongue por mais de um mês³. Ou seja, e em via de princípio, a seropositividade assintomática deve ter-se, para efeitos laborais, por irrelevante (note-se que entre o contágio e a doença podem mediar mais de 20 anos), ao passo que os estados infecciosos motivados pelo VIH devem valorar-se como são valoradas as demais doenças.

Importa vincar o real significado do princípio da igualdade e da proibição de discriminação. Nas certas palavras de Jorge Leite,

[...] com o **princípio da igualdade** pretende-se que seja tratado de modo igual o que é igual e de modo diferente o que é desigual na proporção da respectiva diferença. Já, porém, com o **princípio da não discriminação** o que se pretende é que se trate de modo igual o que é diferente, por se entender que a diferença é totalmente irrelevante para os efeitos tidos em conta.⁴

Assim, o princípio da não discriminação tutela a própria diferença, ditando a sua neutralização, isto é, evidencia o que distingue os seres humanos uns dos outros, afirmando que, não obstante essas diferenças, todos têm igual dignidade. Em suma, no plano laboral, aquela diferença — a diferença entre o seropositivo e o seronegativo — não pode assumir relevo distintivo (tal como sucede, por exemplo, com as diferenças

³A este propósito, vd., respectivamente, o disposto nos artigos 249, n. 2-d), e 296, n. 1, do Código do Trabalho. Tempos houve em que a **moléstia contagiosa do trabalhador** se encontrava prevista como justa causa de despedimento (art. 11 da Lei n. 1952, do já remoto ano de 1937). Mas, além de tal solução legal há muito ter desaparecido do nosso ordenamento, é muito duvidoso que o VIH/SIDA seja, em rigor, uma doença contagiosa, como veremos *infra*.

⁴LEITE, Jorge. O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. In: SALADA, Ana Paula [Comp.]. **Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens**. Lisboa: DGEEP.CID, Estudos n. 3, 2004. p. 71

na cor da pele dos trabalhadores, com as suas diferenças de género ou de orientação sexual, ou com as suas convicções políticas ou ideológicas)⁵.

3 O “DIREITO À OPACIDADE SEROLÓGICA”

Em todo o caso, a melhor forma de combater as práticas discriminatórias neste domínio, quer no acesso ao emprego, quer na execução do contrato de trabalho, reside na **tutela da privacidade/intimidade do (candidato a) trabalhador**, consagrada no art. 16 do Código do Trabalho (CT). Nos termos do n. 1 deste preceito,

[...] o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

Nesta matéria, o trabalhador goza daquilo que talvez possamos designar, com propriedade, por “direito à opacidade serológica”.

Com efeito, independentemente das questões associadas ao eventual “direito a não saber” de cada indivíduo — direito que garante a cada pessoa um espaço livre de decisão quanto ao que quer e não quer saber sobre si próprio, nomeadamente sobre o seu corpo e a sua saúde⁶ —, a verdade é que, **no plano das relações laborais, existe um direito do seropositivo a manter os outros (sobretudo o actual ou potencial empregador) na ignorância da sua condição**. Assim é que:

a) A lei estabelece que o empregador não poderá exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas à sua saúde (art. 17, n. 1-b, do CT);

b) A lei proíbe que o empregador, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exija a candidato a emprego ou a trabalhador a realização ou apresentação de testes de despistagem do vírus (art. 19, n. 1, do CT);

c) Pensa-se que a nossa lei não proíbe apenas a exigência daquelas informações ou destes testes, mas também a mera solicitação patronal de tais informações ou testes. É que por vezes, numa relação de trabalho subordinado, a linha que separa a solicitação da exigência é de tal modo fina...⁷;

⁵Particular destaque, nesta sede, assume a recente Lei do Trabalho de Moçambique (Lei n. 23/2007, de 1 de agosto), em cujo art. 4 se estabelece que um dos princípios fundamentais e orientadores da interpretação e aplicação das normas do referido diploma é o da “não discriminação em razão da orientação sexual, raça ou de se ser portador do HIV/SIDA”.

⁶A este propósito, ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito Penal Médico. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 22-27

⁷Neste sentido, preceituando que “é vedado ao empregador solicitar ao trabalhador ou

d) A doutrina vem reconhecendo um “direito à mentira” na esfera do (candidato a) trabalhador, ou seja, quando colocado perante questões ilegítimas e impertinentes (por exemplo, questões sobre o seu estatuto serológico), o trabalhador poderá dar ao empregador a resposta que acha que este quer ouvir, seja ela verdadeira ou falsa⁸;

e) Nos casos excepcionais em que tais questões e testes sejam admissíveis, só o médico poderá saber da eventual seropositividade do (candidato a) trabalhador, devendo limitar-se a comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade em causa (arts. 17, n. 2, e 19, n. 3, do CT), assim respeitando o dever de sigilo profissional a que se encontra adstrito⁹;

f) O actual Código do Trabalho eliminou a possibilidade de o titular dos dados de saúde autorizar, por escrito, a sua divulgação pelo médico ao empregador. Esta possibilidade de consentimento do (candidato a) trabalhador era admitida pelo diploma anterior (aprovado pela Lei n. 99/2003, de 27 de Agosto), mas tinha sido objecto de fortes críticas doutrinárias, dada a evidente falta de reais condições de liberdade para garantir a integridade do consentimento do titular dos dados¹⁰. Trata-se, sem dúvida, de uma alteração normativa que merece aplauso;

g) Se o empregador vier a ter conhecimento da seropositividade do trabalhador, deverá guardar silêncio sobre esse facto, visto que, nos termos do n. 2 do art. 16 do CT, o direito à reserva da intimidade da vida privada tanto abrange o **acesso** como a **divulgação** desse dado de saúde.

O ordenamento jurídico-laboral procura, assim, garantir a imperscrutabilidade do estatuto serológico do trabalhador. Para o empregador, esse estatuto deve permanecer um insondável mistério, seja porque o empregador não pode questionar o (candidato a) trabalhador a esse respeito, seja porque o não pode sujeitar a testes de despistagem do vírus, seja ainda porque, nos casos excepcionais em que isso é permitido, tal informação apenas pelo médico deverá ser conhecida.

procurar conhecer, por qualquer outro meio ou método de selecção, informações sobre dados sensíveis, tais como os relativos à (...) saúde”, vd. o art. 45, n. 2, do Código Laboral Cabo-verdiano, aprovado pelo Decreto-legislativo n. 5/2007, de 16 de Outubro.

⁸Sobre o ponto, AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 179-181

⁹Desenvolvidamente, RUEFF, Maria do Céu. O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação — estudo de caso: HIV/SIDA. **Centro de Direito Biomédico**, FDUC, n. 17, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

¹⁰Entre outros, ABRANTES, José João. O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador. [A Reforma do Código do Trabalho]. **Estudos sobre o Código do Trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, n. 52, 2004. p. 165, e VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho. In: **Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais**: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 823-825

Nem podia, aliás, ser outra a postura de um Direito do Trabalho antidiscriminatório: com efeito, **se, com o princípio da não discriminação, o que se pretende é que se trate de modo igual aquilo que é diferente, então o melhor será, na medida do possível, fazer com que a eventual diferença seja desconhecida — pois, sendo desconhecida, não há como discriminar em função dela.** Não devemos ser cínicos em relação à natureza humana. Mas também não podemos ser ingénuos: é bem sabido que uma das melhores formas de neutralizar a diferença, se não mesmo a única forma realmente eficaz de a neutralizar, consiste, justamente, em evitar que essa diferença seja conhecida dos outros, seja quanto às convicções políticas ou quanto à fé religiosa, seja quanto à orientação sexual ou às preferências sindicais, seja quanto ao património genético ou ao estatuto serológico de cada um. E isto vale com particular acuidade, julga-se, no tocante à seropositividade, dadas as reacções irracionais e de autêntica histeria colectiva que esta tende a provocar¹¹.

Isto dito, é claro que nada impede o trabalhador de, voluntariamente, desvelar a sua condição seropositiva. O trabalhador pode assumir publicamente essa condição, pode até envolver-se activamente na luta contra a discriminação dos portadores do vírus VIH/SIDA. O que ele não tem, repete-se, é o **dever** de fazê-lo, o que ele tem é o **direito** de resguardar esse dado íntimo e sensível da curiosidade alheia, *maxime* da curiosidade patronal.

4 AS EXCEPÇÕES À REGRA

Admite-se a existência de excepções às supramencionadas regras proibitivas, ditadas, fundamentalmente, pela necessidade de salvaguardar a saúde de terceiros (dos outros trabalhadores ou dos clientes da empresa, por exemplo). Tais excepções incidirão no domínio das profissões ou actividades laborais em que exista um **risco qualificado de transmissão do vírus**, sendo justificadas pelas particulares exigências inerentes à natureza da actividade em causa¹².

No perímetro demarcado por estas actividades laborais, há que tomar **precauções especiais**, pelo que as questões sobre a seropositividade são legítimas e os testes são obrigatórios para o (candidato a) trabalhador, contanto que seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação. São obrigatórios, note-se, não no sentido de que tais testes dispensem o consentimento informado do visado — até porque o teste, realizado através de uma colheita de sangue, não deixa de constituir um atentado

¹¹Como lucidamente observam Joana Nunes Vicente/Milena Silva Rouxinol, sendo certo que uma correcta acção de formação e informação sobre o VIH/SIDA desdramatiza o conflito e potencia uma maior aceitação da doença no interior das empresas, não o é menos que “a incipiência do percurso rumo à aceitação da (irrelevância) da diferença ainda permite que afirmemos que esta se tolera melhor se se desconhecer” (p. 793-794)

¹²A este propósito, vd. as ressalvas contidas nos artigos 17, n. 1-b), 19, n. 1, e 25, n. 2, do Código do Trabalho.

à integridade física do candidato a emprego ou do trabalhador —, mas no sentido de que uma recusa dos mesmos justificará a não contratação ou, inclusive, o despedimento dessa pessoa. Aqui, o trabalhador seropositivo pode ver as condições de exercício da sua actividade profissional modificadas e, no limite, o seu emprego poderá ficar em xeque: o seu contrato poderá, porventura, caducar (pois poderá ser considerado incapaz para trabalhar quem não pode continuar a trabalhar pelo risco de infecção para terceiros)¹³, tal como ele poderá, quiçá, vir a ser despedido com justa causa (se, por exemplo, ocultar culposamente a sua condição de seropositivo). A submissão a tais testes consiste, portanto, num ónus jurídico característico da actividade laboral de “risco qualificado” que se pretende vir a exercer, para o candidato a emprego, ou num dever jurídico correspondente à actividade laboral que já se exerce, para o trabalhador.

O grande problema reside na demarcação desse perímetro, isto é, na determinação de quais serão essas actividades laborais em que existe um risco qualificado de contágio, nas quais o contágio, mais do que meramente possível, é, de algum modo, **provável**. Neste quadro, ganha relevo a distinção, proposta por alguns autores, entre as **doenças transmissíveis** e as **doenças contagiosas**, sendo estas as que se transmitem independentemente da vontade e do comportamento, através do contacto social, ao passo que os modos de transmissão do vírus HIV são muito limitados (via sexual, via hematológica e via materna)¹⁴. Nesta ordem de ideias, seriam consideradas “profissões de risco” aquelas em que o contacto com fluidos orgânicos (p. ex., sangue) se inscreve na normalidade do exercício das mesmas, como poderá suceder, por exemplo, com médicos e com outros profissionais de saúde¹⁵.

Trata-se, sem dúvida, de uma matéria em que a ciência médica tem a palavra, sendo indispensável conhecer o estado da arte em matéria de transmissibilidade do vírus para poder decidir com ponderação, rigor e acerto¹⁶.

¹³Cumprir notar, contudo, que, estando em causa uma doença crónica, o empregador deverá adoptar medidas adequadas para que o trabalhador possa exercer o seu emprego e nele progredir, excepto se tais medidas implicarem encargos desproporcionados, nos termos do art. 86 do CT.

¹⁴Outros falam, a este propósito, na distinção entre doenças infecciosas e doenças infecto-contagiosas. Sobre a distinção entre doenças transmissíveis e contagiosas, com indicações bibliográficas, RUEFF, Maria do Céu. *O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação — estudo de caso: HIV/SIDA*. **Centro de Direito Biomédico**, FDUC, n. 17, Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 533 e ss.

¹⁵Isto, é claro, para além da actividade dos chamados “trabalhadores do sexo”, conquanto o nosso ordenamento jurídico ainda não reconheça cidadania plena a tais trabalhadores e continue a prevalecer a concepção segundo a qual um contrato de trabalho tendo por objecto, por exemplo, a prostituição, será nulo por violação dos bons costumes. Sobre o ponto, AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 170-173

¹⁶Sobre o ponto, vd. as indicações reflexivas de VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho. *In: Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 815-816

Mas trata-se, igualmente, de matéria muito complexa, como o comprova o Regulamento sobre os Profissionais Médicos Seropositivos, aprovado pela Ordem dos Médicos em 19 de Junho de 2009, nos termos do qual “os médicos, nomeadamente especialistas em áreas cirúrgicas, seropositivos para o VIH podem continuar a praticar procedimentos invasivos e intervenções cirúrgicas”, salvo na hipótese de “demonstrada incapacidade do médico para cumprir os procedimentos básicos de controlo da infecção” ou de “o médico estar, comprovadamente, incapaz funcionalmente para tratar os seus doentes.”¹⁷

Vistas as coisas a esta luz, dir-se-ia que o conceito de “profissões de risco” dá claros sinais de obsolescência, tal como sucedeu com o conceito de “grupos de risco”. Sabemos hoje que, no tocante ao HIV/SIDA, não há “grupos de risco”, mas sim “comportamentos de risco”. E também não parece haver, propriamente, “profissões de risco”, mas sim determinadas condições de prestação da actividade laboral em que o risco existe e não é desprezível, impondo a adopção das necessárias precauções em ordem a evitar a transmissão do vírus.

5 O COZINHEIRO SEROPOSITIVO E O CONTRATO DELE

Será que a actividade de um cozinheiro se inscreve numa das aludidas “profissões de risco”? Assim foi decidido no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007, num aresto que, todavia, suscita múltiplas interrogações e grande perplexidade, seja no tocante à aparente inobservância do sigilo profissional médico verificada, seja no tocante à tese central pelo mesmo perfilhada, segundo a qual

[...] o vírus HIV pode ser transmitido no caso de haver derrame de sangue, saliva, suor ou lágrimas sobre alimentos servidos em cru consumidos por quem tenha na boca uma ferida ou mucosa de qualquer espécie (o famigerado ‘facto provado n. 22’).

Ora, tanto quanto se julga saber, boa parte disto é pura fantasia... Aliás, citando um relatório conjunto elaborado, já em 1988, pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Internacional do Trabalho, Jorge Torgal escrevia, em 1995:

Não há evidência que sugira que a transmissão do VIH envolva insectos, comida, água, espirrar, tossir, casa de banho, a urina, nadar em piscinas, o suor, lágrimas,

¹⁷Em sentido convergente, concluindo pela ilegitimidade da realização de testes diagnósticos de VIH no âmbito do trabalho dos profissionais de saúde, vd. QUEIROS, António José Vilar. VIH, risco e aptidão para o trabalho. In: **A Infecção VIH e o Direito**. IX Congresso Virtual sobre HIV-SIDA, fev. 2010. p. 37-42

partilhar utensílios de comida e de bebida ou outros casos, como partilhar roupas ou telefones.

E Jorge Torgal acrescentava: “Cerca de 15 anos passados desde o início da epidemia da SIDA, estes conhecimentos mantêm-se sem desmentido.”¹⁸

Por nós, diríamos agora: cerca de 30 anos passados desde o início da epidemia da SIDA, estes conhecimentos continuam a manter-se sem desmentido científico. O certo, porém, é que o cozinheiro em causa perdeu o emprego, porque o médico o considerou inapto para as respectivas funções, porque o empregador declarou a caducidade do seu contrato... e porque os tribunais coonestaram essa declaração patronal de caducidade¹⁹.

Este caso mostra bem a diferença que há entre a realidade e a ficção cinematográfica. Num filme famoso sobre o tema (*Philadelphia*, realizado por Jonathan Demme, em 1993), o actor Tom Hanks, encarnando a personagem de um advogado homossexual que havia sido alvo de despedimento por ter SIDA, conseguiu que o tribunal considerasse que o seu despedimento tinha sido discriminatório. Durante o seu impressionante depoimento, e quando foi interrogado sobre aquilo de que mais gostava no Direito, o advogado respondeu: “*It’s that every now and again, not often, but occasionally, you get to be a part of justice being done*”. Lamentavelmente, esta decisão da Relação de Lisboa, depois confirmada pelo Supremo Tribunal, não constituiu uma dessas ditosas ocasiões de realização da justiça...²⁰

¹⁸TORGAL, J. O direito ao trabalho e a não discriminação dos infectados pelo vírus da imunodeficiência humana, VIH/SIDA. **Acta Médica Portuguesa**. Revista Científica da Ordem dos Médicos. n. 7-8, p. 404, 1995.

¹⁹Sobre o caso em apreço, vd. PEREIRA, André Dias. Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA: estudo de um caso. **Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, n. 6, p. 121-135, 2006. Para uma anotação crítica a este aresto da Relação, vd. VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Entre o direito à saúde e o direito a estar doente — comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007. **Questões Laborais**. Coimbra, n. 31, 2008, p. 89-114. Esta decisão veio a ser confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, através do Acórdão de 24 de Setembro de 2008, tendo como relator o Conselheiro Mário Pereira. A decisão do Supremo baseou-se nos factos apurados nas instâncias, dos quais resultava, em síntese, que “o A. é portador de HIV positivo e que esta é uma doença infecto-contagiosa crónica que o torna inapto para o exercício das funções de cozinheiro, dado ter de manipular alimentos e de utilizar objectos cortantes”.

²⁰A propósito destas decisões judiciais, vd. os depoimentos compilados em **ACÇÃO & TRATAMENTOS**. GAT Grupo Português de Activistas sobre Tratamentos de VIH/SIDA - Pedro Santos. Lisboa, n. 13, nov./dez. 2008.

6 REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. O novo Código do Trabalho e os direitos de personalidade do trabalhador. [A Reforma do Código do Trabalho]. **Estudos sobre o Código do Trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, n. 52, 2004.

AMADO, João Leal. **Contrato de Trabalho**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito Penal Médico**. SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAMUS, Albert. **La peste**. Paris: Gallimard, Collection Folio, n. 42, [s.d.].

GAT Grupo Português de Activistas sobre Tratamentos de VIH/SIDA - Pedro Santos. **ACÇÃO & TRATAMENTOS**. Lisboa, n. 13, nov./dez. 2008.

LEITE, Jorge. O princípio da igualdade salarial entre homens e mulheres no direito português. *In*: SALADA, Ana Paula [Comp.]. **Compilação de elementos para uma consulta especializada sobre igualdade de remuneração entre mulheres e homens**. Lisboa: DGEEP.CID, Estudos n. 3, 2004.

PEREIRA, André Dias. Discriminação de um trabalhador portador de VIH/SIDA: estudo de um caso. **Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde**, Coimbra, n. 6, 2006.

QUEIRÓS, António José Vilar. VIH, risco e aptidão para o trabalho. *In*: **A Infecção VIH e o Direito**. IX Congresso Virtual sobre HIV-SIDA, fev. 2010.

RUEFF, Maria do Céu. O Segredo Médico como Garantia de Não-Discriminação — estudo de caso: HIV/SIDA. **Centro de Direito Biomédico**, FDUC, n. 17, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

TORGAL, J. O direito ao trabalho e a não discriminação dos infectados pelo vírus da imunodeficiência humana, VIH/SIDA. **Acta Médica Portuguesa**. Revista Científica da Ordem dos Médicos. n. 7-8, 1995.

VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. Entre o direito à saúde e o direito a estar doente — comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 29 de Maio de 2007. **Questões Laborais**. Coimbra, n. 31, 2008.

VICENTE, Joana Nunes; ROUXINOL, Milena Silva. VIH/SIDA e contrato de trabalho. *In*: **Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. v. 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LA OIT EN UN MUNDO GLOBAL

THE INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION IN A GLOBAL WORLD

Rafael Alburquerque*

1 INTRODUCCIÓN

Martí dijo, y Juan Bosch, el líder y maestro dominicano, lo repetía continuamente en sus alocuciones radiales, que en política suele ser más importante lo que no se ve que lo que se ve. En la génesis, desarrollo y fortalecimiento de la OIT siempre podremos tener a las manos los documentos que emanan de sus órganos de gobierno y de los mismos extraer las conclusiones de cómo y hasta qué punto se han cumplido sus propósitos fundacionales; pero, mucho más importante es desentrañar las circunstancias que dieron origen a su nacimiento, los motivos que impulsaron a los gobiernos de la época a crearla y el interés perseguido por empleadores y trabajadores para que fuera constituida. En fin, lo que no se ve, lo que no trasluce en sus documentos, el *arrière pensée* de sus socios fundadores.

La OIT, y con ella, el Derecho del Trabajo, adquieren carta de ciudadanía en una Europa que había puesto fin a una guerra iniciada en 1914 y terminada en 1918, y en la cual se habían involucrado todas las grandes potencias del mundo. Para darse una idea de la magnitud del conflicto, basta citar que a su término habían perecido veinte millones de personas, el proletariado de todos los países participantes se encontraba sumido en la miseria total, como resultado de los altos impuestos que tuvo que pagar para el sostenimiento de la conflagración, y los imperios de la época que perdieron la contienda, unos desaparecieron, como el austro-húngaro y el otomano, y otros, como el ruso y el alemán vieron reducidos sus territorios.

Europa concluyó la guerra con su economía devastada, sin que de ello pudieran excluirse las potencias vencedoras, que tuvieron que hacer frente a la destrucción de infraestructuras, ferrocarriles y daños civiles en las zonas ocupadas; todo el tejido social se encontraba seriamente deteriorado; y el hambre golpeaba fuertemente a las clases desposeídas. Esta situación de descomposición, y en ocasiones de caos, fue aprovechada por las fuerzas socialistas y de liberación nacional para levantarse en armas contra el sistema

*Doutor em Direito da Universidade Autônoma de Santo Domingo/República Dominicana. Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Sorbonne/França. Vice-presidente da República Dominicana (2004-2012). Membro da Academia Iberoamericana de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Presidente da 101ª Conferência Internacional do Trabalho em 2012.

capitalista. En Rusia, Lenin tomó el poder en 1917, se derrocó al zarismo y se inició una nueva era para la humanidad con el primer Estado comunista del mundo. En Hungría y en Alemania las fuerzas de izquierda también pretendieron tomar el poder, pero fueron derrotadas y sus líderes fusilados.

El Tratado de Versailles de 1919, y la consagración de normas protectoras del trabajo, deben entenderse como el resultado de una alianza estratégica acordada entre la burguesía y el proletariado de Europa occidental. La primera, temerosa de perder su control sobre el Estado como clase gobernante y dominante, acepta reconocer un extenso abanico de derechos sociales a las clases trabajadoras, y el segundo, consciente de sus limitaciones revolucionarias, pero esperanzado en replicar el triunfo socialista alcanzado por los obreros rusos, desiste de sus pretensiones de subvertir el orden establecido y consiente en reconocer, al menos por el momento, un sistema fundado en el capitalismo liberal, que en lo adelante se transforma para dar paso al Estado de bienestar.

La creación de la OIT y el aliento a las normas del Derecho del Trabajo persiguen proteger a los trabajadores contra los excesos de la explotación del capital; al mismo tiempo, estas normas de tutela se conciben como instrumento de organización y legitimación del régimen de dependencia en que el sistema coloca a los asalariados¹. La lucha de clases entre el capital y el trabajo es amortiguada por un Derecho que “sin abolir las relaciones de poder y dominación asegura un cierto equilibrio entre los protagonistas de la relación de trabajo”². La protección que en lo adelante el Estado debe brindar a los trabajadores funciona como un mecanismo de prevención contra eventuales acciones revolucionarias orientadas a destruir el orden social establecido; el proletariado es en cierto modo integrado al sistema, ya que se le ofrecen garantías mínimas de protección y se le hace partícipe de sus bondades, aunque de forma limitada³. El gran logro del Tratado fue mediatizar la confrontación capital-trabajo, permitiendo así salvaguardar el modo de producción capitalista.

Con la creación de la OIT y el reconocimiento del Derecho del Trabajo se humaniza al sistema, se garantiza la paz social y se preserva el capitalismo⁴. La OIT bien puede definirse como un instrumento de contención de la lucha de clases y el Derecho que organiza podría ser catalogado, al decir del profesor Jeammaud, como un “derecho capitalista del trabajo”⁵.

¹LYON-CAEN, Gérard. **Les fondements historiques et rationnels du droit du travail**. Paris: Dalloz, 2002. *apud* PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. **Droit du Travail**. Paris: Dalloz, 2002. p. 42, nota 1

²PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. **Droit du Travail**. Paris: Dalloz, 2002. p. 43

³*Ibid.*, p. 7, nota 4

⁴*Ibidem*

⁵JEAMMAUD, Antoine. Propositions por une compréhension matérialiste du droit du travail. *apud* PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. **Droit du Travail**. Paris: Dalloz, 2002, p. 42, nota 2

Pero, la empresa de hoy no es la que conoció la OIT en 1919 y años posteriores, como tampoco son las mismas las relaciones de trabajo que se pretendieron regular para esa época y durante el transcurso del denominado Estado de bienestar. Las transformaciones provocadas por la globalización y la revolución tecnológica en el comercio, en las comunicaciones, en el desplazamiento de los seres humanos, y, muy particularmente, en el ámbito de la empresa, han impactado en todos los órdenes, incluso en la OIT y en el Derecho del Trabajo.

Los retos que supone la sociedad post-industrial, que obligan a la empresa a reducir sus cargas y a adoptar nuevo modos de organización y producción, y el surgimiento de nuevos tipos de vinculación del trabajador con la empresa, obligan necesariamente a preguntarse sobre el rol que debe desempeñar la OIT en esta nueva era y sobre la supervivencia de las normas de protección del trabajo asalariado.

2 LA EMPRESA EN LA ERA DIGITAL

Luego de los treinta años gloriosos vividos por el Estado de Bienestar, a partir del final de la Segunda Guerra Mundial, el sistema capitalista entró en una crisis estructural, la cual no ha podido superar hasta el momento. La mayor competitividad a escala mundial producida por el comercio global y la apertura comercial, así como por los procesos de integración regional, obligaron a las empresas a ser más eficientes, reducir costos y responder más rápidamente y con mayor eficacia a las exigencias del mercado. Por su parte, las innovaciones científico-tecnológicas y los avances de las comunicaciones revolucionaron el proceso productivo, dando paso a nuevas formas de organización empresarial y modelos de relaciones de trabajo que hasta ayer se desconocían.

Ante el agotamiento que se achacaba al Estado de bienestar, los sectores políticos dominantes postularon el retorno al liberalismo: se predicó la liberalización del comercio internacional, la desregulación financiera, la venta de las empresas públicas y de los monopolios estatales y, muy especialmente, la libertad absoluta de las fuerzas del mercado, en el entendido de que estas reformas estimularían la productividad y, por ende, el crecimiento sostenible. El neo-liberalismo, como se le identificó a esta corriente, no logró los resultados esperados; por el contrario, la desregularización postulada condujo a la crisis financiera del año 2008 en los Estados Unidos, que luego se propagaría por todos los países industrializados.

A tono con estos predicamentos, en el ámbito laboral se defendió, lo que un maestro colombiano, Guillermo López Guerra, llamó el neo-laboralismo, esto es, la necesidad de flexibilizar las normas de trabajo con la finalidad de impulsar la creación de empleo. La tesis ganó adeptos, particularmente en el sector empresarial, y, lo más curioso, aun hoy se defiende a pesar de las vicisitudes que experimentan las naciones

más desarrolladas como resultado de la liberalización financiera y la reducción del Estado auspiciadas por el neo-liberalismo.

Mientras se extendía la aplicación de la flexibilidad laboral, las empresas también iniciaron un proceso de transformación interna que junto a la primera subvierten todo el orden laboral que hasta hace poco se aplicaba y al producirse un cambio en las reglas tradicionales del mundo del trabajo la legislación nacional se resiente y la acción de la OIT se hace menos vinculante, como de inmediato lo veremos.

2.1 La flexibilidad laboral

Presionados por los reclamos de los empresarios, y altamente preocupados por los efectos de una crisis que se prolongaba e incrementaba sostenidamente el paro laboral, diversos Estados europeos, y más tarde latinoamericanos, estimaron que una forma de combatir la crisis pasaba por la reforma de sus legislaciones de trabajo para tratar de que sus normas fueran menos rígidas. Se consideró, bajo las enseñanzas del neoliberalismo, que las normas reguladoras del trabajo asalariado constituían un freno para la creación de fuentes de trabajo y, que su rigidez contribuía al sostenimiento del desempleo; se argumentó que las normas laborales desestimulaban la inversión, puesto que las cargas que imponen se erigen en una traba para la iniciativa empresarial; en resumen, que el dirigismo de las relaciones de trabajo debía atenuarse –algunos hablan de desaparecer-, ya que el mismo, según se arguye, constituye “un obstáculo del progreso social, del mejoramiento del trabajo y de la creación de fuentes de empleo”⁶.

En nombre de la flexibilidad laboral se fueron adoptando un conjunto de medidas que negaron las reglas e institutos que tradicionalmente se consideraron esenciales e inmutables en el Derecho del Trabajo:

a) La contratación laboral, basada en los principios de la duración indefinida de los servicios y de la estabilidad en el empleo, fue atacada y se la sometió en lo adelante a diversas formas de flexibilidad. El contrato de duración determinada, reservado exclusivamente para labores de naturaleza transitoria, comenzó a utilizarse para la creación y aceptación de una relación laboral que por la continuidad de los servicios debió dar origen a un contrato por tiempo indefinido. Contrato de empleo-formación, contrato de prácticas, contrato de orientación para los jóvenes y hasta contratos para una persona desocupada sometidos a un tiempo de duración. De esta forma se abrió paso a la precariedad, legitimada por la acción de los gobiernos.

La propia extinción del vínculo de trabajo fue liberalizada y se permitió al empleador extinguirla en cualquier circunstancia y sin necesidad

⁶LOPEZ GUERRA, Guillermo. El neolaboralismo, en Homenaje a Mozart Víctor Russomano. **El Derecho al trabajo**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 203, 1986.

de fundamentarla en una causa real y seria; de igual modo, se redujeron los costos del despido para facilitarlos y hasta se ha abogado por la eliminación de las prestaciones laborales al terminarse el contrato y establecer una prima de desempleo pagada por los organismos de la seguridad social;

b) La duración máxima de la jornada de trabajo ha sido combatida sobre el fundamento de que esta rigidez impide a las empresas ajustar fluidamente sus horas de trabajo al nivel de la actividad requerida por la coyuntura. La flexibilidad en este campo se manifiesta en diversas medidas:

La adaptación de horarios variables, principalmente establecidos en el sector terciario de la economía, para dejar a los asalariados la libertad de elegir sus horas de llegadas y de salida del trabajo, dentro de un marco preestablecido, a condición de que no se modifique el número total de horas de trabajo dentro de un período determinado, sea éste semanal, quincenal o mensual.

En algunas legislaciones la duración máxima del trabajo ha pasado a calcularse anual o semestralmente, lo que permite que se laboren menos horas de trabajo en períodos de baja actividad y más horas cuando las circunstancias de la empresa así lo exijan, sin que sea necesario pagar una retribución extraordinaria. Con este sistema, se aduce, las horas trabajadas se aprovechan mejor, pues disminuye el número de horas subutilizadas.

La exigencia del descanso semanal obligatorio se ha liberalizado para adaptarla a la realidad de ciertos centros de trabajo, en donde se alternan períodos de trabajo, incluyendo sábados y domingos, con largos períodos de descanso, tal como sucede en plataformas marinas de explotación de petróleo;

c) La fijación de los salarios mínimos mediante los mecanismos conocidos de las tarifas gubernamentales, ha sido abandonado en algunos países, con el razonamiento de que este mecanismo impide el libre juego de la oferta y la demanda. También, en algunos países se ha puesto de modo el denominado "salario integral" que engloba en una sola suma fija la retribución normal con los beneficios marginales que recibe el trabajador, tales como salario de Navidad, primas de productividad etc.

Excede a los propósitos de este trabajo rebatir las argumentaciones esgrimidas por el neoliberalismo en torno a las bondades de la flexibilidad como una estrategia útil para mejorar la productividad y generar empleo. No obstante, si es oportuno reparar que esta política que hace énfasis en la productividad y la competitividad empresarial contradice los principios fundamentales en que descansa la OIT, cuando en su Declaración de Filadelfia proclama que "el trabajo no es una mercancía".

Lo que es más grave aún. Ante la ofensiva neoliberal, diversos Convenios pierden su eficacia, como los de horas de trabajo, el de descanso

semanal, el de métodos para la fijación de salarios mínimos, el de agencias retribuidas de colocación, etc. Aunque no admita expresamente esta situación, la realidad se impone, y la OIT ha tenido que centrar su política de acción y promoción en lo que ha llamado convenios fundamentales, cuya ratificación promueve y cuyo cumplimiento exige: libertad sindical, negociación colectiva, trabajo forzoso, abolición del trabajo forzoso, igualdad de remuneración, no discriminación en el empleo y ocupación, edad mínima para el trabajo y prohibición de las peores formas del trabajo infantil. Los demás convenios vigentes podrán ser algunos prioritarios y otros no, pero esta clasificación revela que la flexibilidad también ha irrumpido en la Organización.

2.2 La empresa satelital

El tema de la descentralización productiva de las empresas y sus secuelas sobre el mundo de trabajo es un fenómeno relativamente reciente, aunque algunos autores ya llamaban la atención sobre el mismo desde la década de los ochenta. Así, Ameglio, utilizaba la expresión “subempresa” para definir a una empresa de reducidas dimensiones que contrataba su propio personal para ejecutar tareas complementarias o accesorias de una o varias empresas principales⁷.

Se trata de un fenómeno que se origina en las nuevas tecnologías y en la tendencia a la universalización de los mercados, lo que conduce, como bien lo explica Bueno Magano, al “desmantelamiento del modelo tradicional de organización del trabajo” que suponía la

[...] inserción del trabajador en una estructura rigurosamente jerárquica de grandes dimensiones, sujeta a directrices muy puntuales y a controles sobre las modalidades de prestación de trabajo, laborando a tiempo completo y con estricto control de horarios para una solo empleador, retribuido en función del tiempo, independientemente del resultado.⁸

La empresa tradicional que todos conocíamos, alojada en un gran establecimiento donde concentraba a sus trabajadores dedicados a las más variadas actividades destinadas a la consecución de un producto final, tiende actualmente a la fragmentación, a la desconcentración, a la descentralización, no tan sólo de sus actividades periféricas sino también de las labores que son

⁷AMEGLIO, Eduardo J. **Las Empresas Suministradoras de Mano de Obra Temporal**. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1984. p. 77

⁸MAGANO, Octávio Bueno. Alcance e limites de terceirização no Direito do Trabalho. In: PINTO, José Augusto Rodrigues (coord.). **Noções Atuais de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1995, *apud* PASCO COSMOPOLIS, Mario. *Outsourcing*. Subcontratación e Intermediación Laboral. In: **El Outsourcing, Visión Iberoamericana**. México: Editorial Porrúa, 2011, p. 114.

propias de su giro, en un movimiento de desmembramiento dirigido a poner fin a un modo de producción fundamentado en la integración vertical.

La empresa principal contrata a un tercero, sea persona moral o física, para confiarle la ejecución de algunas de sus operaciones; este nuevo modo de producción, calificado por los autores como “satelital”, es altamente positivo para la empresa, ya que reduce sus costos y le permite enfrentar con mayor eficacia la competitividad dentro de un mundo globalizado. La empresa madre, externaliza parte de sus funciones y la traspa a empresas contratistas, aparente o realmente independientes, constituidas por personas morales o simplemente personas físicas, que en lo adelante realizarán buena parte de sus anteriores actividades.

En otras palabras, la empresa tradicional, de estructura vertical, con una gestión funcional jerárquica, con un modelo de organización que controla todo el ciclo productivo, desde la operación inicial hasta el acabado del producto, que concentra a todo su personal, es sustituida por un nuevo modo de producción, que fragmenta el proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios, privilegia la autonomía funcional y da paso a la cooperación con otras empresas a las que confía varias de sus fases del proceso productivo. Se produce una descentralización de la empresa, que contrata a pequeñas y medianas empresas para que se encarguen de ejecutar algunas de sus actividades. Estas giran en torno a la empresa principal de la cual son usualmente económicamente dependientes, pues se dedican predominantemente o exclusivamente a trabajar para aquélla.

Demás está decir que el fenómeno que nos ocupa genera consecuencias negativas para los asalariados contratados por las empresas auxiliares; se trata de pequeñas o a lo sumo medianas empresas que no podrán otorgar condiciones de trabajo similares a las que concede la empresa matriz, no obstante trabajar indirectamente para ésta; la propia organización sindical se debilita, pues los trabajadores concentrados previamente en la gran empresa son diseminados y colocados en pequeñas unidades independientes, con lo cual se pierde el contacto diario y desaparece la solidaridad; la prestación de servicio en estas empresas satélites se torna en ocasiones muy inestable, pues si en su labor se subordinan exclusivamente a la empresa madre, la cesación de la subcontratación implicará la extinción de los contratos de trabajo; la insolvencia que muchas veces acompaña a la empresa satélite conspira igualmente contra el bienestar de sus empleados.

Estamos en presencia de un fenómeno objetivo que difícilmente se pueda evitar y mucho menos condenar. No se trata de la burda simulación de antaño cuando se recorría a la figura del testaferro insolvente para eludir las responsabilidades laborales; en un mundo altamente competitivo el empresario trata de reducir sus costos y de responder con rapidez y agilidad a las exigencias del mercado global, lo que le lleva a este nuevo modo de producción más versátil y flexible, que le permite mayor productividad por

la vía de concentrar sus esfuerzos en una especialización de la actividad que le facilitará la obtención de mejores productos a un menor costo.

No hay dudas de que las normas del trabajo asalariado, concebidas para la empresa vertical, para un sistema de relaciones laborales que organizaba una respuesta a la producción en serie, ejecutada en megafactorías de fuerte integración vertical⁹, se resiente, su aplicación se hace mucho más compleja y el servicio de inspección de trabajo más complicado y costoso. Con la segmentación los trabajadores también se fragmentan, y a la par que subsisten asalariados que gozan de una adecuada protección, surgen y proliferan en estos tiempos trabajadores de segunda, sujetos a condiciones de trabajo mucho más vulnerables y precarias.

La OIT lo ha comprendido, pero es limitado su campo de acción. Su Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, de 1998, es un recordatorio y, a la vez, una respuesta, a estas nuevas modalidades de producción, para que respeten los derechos básicos de los trabajadores. Aunque sin el carácter vinculante de los convenios, la Declaración es un llamado a los Estados miembros para que promuevan y hagan respetar estos principios y derechos fundamentales.

3 EL AMBITO PERSONAL DE APLICACIÓN

También en este ámbito se muestran las alteraciones que ha sufrido la disciplina y que producen inconvenientes hasta en la composición de los órganos de la OIT.

3.1 El trabajador asalariado

El trabajo subordinado, considerado como el prestado por una persona bajo la dependencia y dirección de otra, es el objeto del Derecho del Trabajo. En cambio, el trabajo independiente, que se ejecuta por cuenta propia es regido por otras ramas del Derecho. Por tanto, sólo las relaciones de la persona que presta sus servicios por cuenta y bajo la autoridad y remuneración de otra estarán sujetas al Derecho del Trabajo. La separación de ambos tipos de trabajo es categórica: al subordinado se le aplican las normas de esta rama del Derecho; por el contrario, el independiente no goza de esta protección.

Este sistema binario que separa claramente las normas que rigen al trabajo subordinado de las reservadas al trabajo independiente ha entrado en crisis como resultado de los nuevos modos de producción que las empresas comienzan a emplear, y que han sido descritos anteriormente. Un reputado tratadista explica:

⁹FRASSINETTI, Cesare. **La globalización vista desde los últimos**. España: Grafo, 2000. p. 11

[...] asistimos a un proceso de disgregación del vínculo laboral; proceso que se manifiesta tanto en el surgimiento de los que se vienen llamando trabajos atípicos, como en la tendencia al reforzamiento de la autonomía individual en la fijación de condiciones de trabajo.¹⁰

En efecto, el vínculo del trabajo subordinado tiende a la *deslaboralización*, “como expresión de una estrategia empresarial que busca abaratar costos y flexibilizar la organización del trabajo”¹¹. El *just in time*

[...] invita a tratar cada vez más a los asalariados clásicos ‘como si fueran trabajadores autónomos... en la cadena de la subcontratación, en las largas redes de la externalización’ está emergiendo la figura del intermediario semiartesanal, formalmente independiente, pero, de hecho, reducido progresivamente a la condición de trabajador subalterno, vinculado cada vez más a las especificaciones productivas dictadas por la empresa contratante [...].¹²

Las consideraciones que se exponen poco tienen que ver con el recurso a la simulación que usualmente se ha practicado para encubrir el vínculo laboral bajo el aspecto de una relación de naturaleza jurídica diferente, sea civil, comercial, cooperativista, familiar o de cualquier otra índole. La tendencia a la deslaboralización, aunque también abarata costos como la simulación, responde no tanto a un afán de ocultar la realidad sino a verdaderas circunstancias objetivas en las cuales difícilmente se pueda afirmar inequívocamente que exista un trabajo subordinado. El empresario contemporáneo, forzado por las urgencias de la competitividad mundial, recurre con mayor frecuencia a “una serie de fórmulas flexibles y dinámicas de empleo, impensables en otros tiempos, que pueden ser difíciles de encuadrar entre los elementos clásicos de la relación de trabajo subordinado”¹³.

Los ejemplos abundan. Aunque en el teletrabajo podríamos aceptar la existencia de un trabajo a domicilio, y como tal, sujeto a las normas del Derecho del Trabajo, hay situaciones en las que difícilmente podría considerarse la presencia de la dependencia y dirección, como acontece con el teletrabajo *off line*, en que la intervención del jefe de la empresa se limita a controlar los resultados de la tarea, diluyéndose así la figura de la subordinación.

¹⁰GALIANA MORENO, J.M. Crisis del contrato de trabajo. **Revista de Derecho Social**. Albacete, n. 2, p. 47, 1998.

¹¹RASO DALGUE, Juan. **La contratación atípica del trabajo**. Montevideo: AMF, 2000. p. 51

¹²REVELLI, M. *apud* FRASSINETTI, Cesare. **La globalización vista desde los últimos**. España: Grafo, 2000. p. 46

¹³ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La relación de trabajo: ámbito personal**. Ginebra, 15-19 mayo 2000. p. 27-29

En el mismo proceso de externalización, que anteriormente hemos analizado, las empresas desvían parte de su producción hacia trabajadores independientes y autónomos, como el diario que contrata a un tercero para que le elabore un suplemento deportivo o una revista social o el caso de algunas zonas francas de confección de vestidos que recurren a talleres de costuras de una sola persona a quien encargan de la elaboración final de la prenda de vestir.

La misma modalidad se encuentra en una empresa que otorga una franquicia, la cual no tiene otra vinculación con la empresa cesionaria que la simple concesión de la licencia y el control sobre las condiciones en que vende los servicios y el producto, manteniéndose, en todo lo demás, la independencia entre las dos empresas. La concesionaria será la empleadora de los trabajadores que contrata, con lo cual, miles y miles de trabajadores de una cadena se dispersan en pequeñas unidades, cada una de ellas actuando como empleadora de los asalariados que contrata. La empresa matriz se vacía y se reduce a un establecimiento “escueto”, casi “hueco” en efectivos humanos.

Pero también se observa la *deslaboralización* en el contrato de flete, utilizado por numerosas empresas, que en vez de controlar su propio servicio de transporte de mercancías, contratan dueños unipersonales de camiones para transportar sus productos; camioneros jurídicamente independientes, y, por tanto, no protegidos por la legislación laboral, pero económicamente dependientes de la empresa que los ha contratado.

Los ejemplos pueden multiplicarse, hasta alcanzar el préstamo de planilla, mecanismo por medio del cual una empresa alquila la planilla de personal de otra empresa, constituida exclusivamente para tales fines, la cual se obliga a incorporar en la misma a los trabajadores indicados por el cliente y a efectuar las liquidaciones y pago de haberes por concepto de salario y demás beneficios sociales.

Todas estas modalidades de versatilidad y flexibilidad afectan sensiblemente los parámetros que sirvieron de fundamento al nacimiento de la legislación del trabajo. Si la subordinación jurídica desaparece o se difumina en la vinculación laboral, resulta difícil, por no decir imposible, hacer uso de las normas de protección creadas específicamente para el trabajo asalariado.

Aunque hay países, como Italia y Alemania, que ya han establecido modos de resguardo para el trabajador parasubordinado, y aunque se han practicado estudios en la OIT sobre este nuevo tipo de relación laboral, lo cierto es que hasta hoy no se han adoptado normas internacionales que ofrezcan garantías mínimas de tutela para esta nueva clase de trabajadores periféricos.

No obstante, es justo mencionarlo, en los últimos años la OIT ha colocado en un primer plano de su misión la defensa de un trabajo decente, sin hacer distinción entre el trabajo autónomo y el subordinado, con lo cual, por lo menos llama la atención a la necesidad de que en cualquier tipo de trabajo se respeten los derechos y principios fundamentales en el trabajo.

3.2 El tripartismo

Desde su constitución la OIT se ha integrado con representantes de los gobiernos, los empleadores y los trabajadores. Es la única organización del sistema de Naciones Unidas en que los Estados se hacen representar en esta forma.

Esta composición tripartita fue el fruto de la época de su creación. Como se ha explicado en la Introducción de este trabajo, los gobiernos que participaron en su formación estaban preocupados por la eventualidad de estallidos revolucionarios y alentaron la cooperación entre empresarios y organizaciones sindicales, como una vía de consolidar la democracia y evitar la ruptura del orden establecido; los empresarios, por su parte, temían perder la propiedad, como acababa de acontecer en la Rusia de los zares; y, los sindicatos encontraron en la coyuntura una oportunidad de ver reconocidos los derechos por los cuales venían luchando desde finales del siglo XIX.

Mientras se mantuvo vigente el mundo bipolar, la presencia sola de la Unión de República Socialistas Soviéticas fue siempre un factor que se tomó en cuenta para sostener y animar el tripartismo de la Organización; desaparecida la URSS y con ella la amenaza comunista en Europa, perdió su importancia la estructura de colaboración de los diversos sectores. Si a esto se añade los avances registrados por el neoliberalismo, por lo menos hasta el año 2008, es evidente que el interés de otra época en el tripartismo perdió su sentido. El mismo debilitamiento del movimiento sindical ocasionado por las nuevas formas de producción aportó su grano de arena para que el espíritu de cooperación se atenuara.

El tripartismo continúa vigente en la Organización y hasta la fecha ningún sector ha osado desconocerlo; pero, no cabe la menor duda que en un mundo monopolar dominado por las necesidades del mercado mundial y el individualismo la composición de origen revela sus debilidades y la cohesión de antaño se resquebraja. El consenso, por lo tanto, se hace más difícil y, por ende, el funcionamiento de la Organización se ralentiza, con lo cual, otra dificultad más se manifiesta en su trabajo tesonero por la justicia social.

4 CONCLUSIONES

Gracias a la inteligencia y creatividad de sus directivos, la OIT del mundo global y la era digital ha podido mantener su vigencia. Aunque ha tenido que morigerar su actividad legislativa, los planes y programas que ha impulsado en estos últimos años le ha permitido ganar confianza y respetabilidad ante la comunidad internacional.

Su Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo; sus estudios sobre el rostro humano de la globalización; su recomendación autónoma del piso de protección social, recientemente

aprobada; sus campañas contra el trabajo infantil; su Declaración Tripartita sobre las empresas multinacionales y la política social; y, en especial, su énfasis en la promoción del trabajo decente, le han permitido ganar un merecido prestigio en los diferentes cónclaves mundiales.

El mundo ha cambiado. La productividad y la competencia marcan el rumbo en la globalización, pero vale la pena recordar que el trabajo no es una mercancía y que cualquier medida a adoptar en el marco de una estrategia económica debería respetar un cierto orden de valores o una cierta ética. Es difícil de admitir que no sea de esta manera. Es lo que se ha propuesto la OIT con su insistencia en recordar la justicia social; consciente de que soplan otros vientos, lejos de doblegarse, y a pesar de los recios obstáculos, mantiene en alto la exigencia de una economía al servicio de la humanidad.

5 REFERENCIAS

AMEGLIO, Eduardo J. **Las Empresas Suministradoras de Mano de Obra Temporal**. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, 1984. p. 77

FRASSINETTI, Cesare. **La globalización vista desde los últimos**. España: Grafo, 2000. p. 11, 46

GALIANA MORENO, J.M. Crisis del contrato de trabajo. **Revista de Derecho Social**. Albacete, n. 2, p. 47, 1998

JEAMMAUD, Antoine. Propositions por une compréhension matérialiste du droit du travail. *apud* PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. **Droit du Travail**. Paris: Dalloz, 2002, p. 42, nota 2

LOPEZ GUERRA, Guillermo. El neolaboralismo, en Homenaje a Mozart Víctor Russomano. **El Derecho al trabajo**, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 203, 1986.

LYON-CAEN, Gérard. **Les fondements historiques et rationnels du droit du travail**. Paris: Dalloz, 2002.

MAGANO, Octávio Bueno. Alcance e limites de terceirização no Direito do Trabalho. *In*: PINTO, José Augusto Rodrigues (coord.). **Noções Atuais de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **La relación de trabajo: ámbito personal**. Ginebra, 15-19 mayo 2000. p. 27-29

PASCO COSMOPOLIS, Mario. *Outsourcing*. Subcontratación e Intermediación Laboral. *In*: **El Outsourcing, Visión Iberoamericana**. México: Editorial Porrúa, 2011, p. 114.

PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. **Droit du Travail**. Paris: Dalloz, 2002. p. 7, 42-43

RASO DALGUE, Juan. **La contratación atípica del trabajo**. Montevideo: AMF, 2000. p. 51

VERTIENTE SOCIO-LABORAL DEL PROCESO CONCURSAL ESPAÑOL

SOCIO-LABOUR COMPONENT OF SPANISH INSOLVENCY PROCEEDING

Irene Bajo García*

1 INTRODUCCIÓN

La crisis económica en la que se encuentra inmersa España ha supuesto un incremento exponencial de las solicitudes y declaraciones de concurso de acreedores en dicho país en el último quinquenio. Como dato ilustrativo, en 2012 se presentaron en total 10.290 concursos, un 28,2% más que en 2011, y, si se compara el quinquenio 2003-2007 con el inmediatamente posterior, el incremento es del 429.5%, lo que supone un incremento medio anual del 85.9% (www.poderjudicial.es). Este fenómeno hace aún más necesario responder a los diversos interrogantes que, desde la profunda reforma concursal de 2003 (Ley 22/2003, de reforma concursal; en adelante, LC), plantea este procedimiento, no sólo desde una perspectiva mercantil y procesal, sino también, muy especialmente, desde una perspectiva laboral.

La declaración de concurso de una empresa plantea dos principales interrogantes desde un punto de vista laboral. Por una parte, cuáles pueden ser sus efectos sobre los contratos de trabajo en vigor, su continuidad y las modificaciones que deban producirse en las condiciones en la que se venía llevando a cabo la prestación de servicios por parte de los trabajadores. Y, por otra parte, cuáles son las posibilidades y los instrumentos de que disponen los trabajadores para cobrar las cantidades que el empresario pueda adeudarles por diferentes conceptos (salariales y extrasalariales, especialmente indemnizatorios), devengados antes o después de la declaración de concurso, ya sea debido a que la relación laboral se mantiene en vigor, o por todo lo contrato, esto es, por extinción del contrato de trabajo.

Desde que se produjera la reforma del sistema concursal por Ley 22/2003, ya no debe acudir a la legislación laboral para resolver estos interrogantes más que con carácter subsidiario, puesto que la ley concursal ha asumido la regulación de los principales aspectos laborales del concurso que acaban de indicarse en el párrafo anterior, y cuyo análisis se aborda a continuación.

*Profesora contratada doctora Universidad Alicante.

2 RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO, SU CONTINUIDAD, MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN, TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

La declaración de concurso, por sí misma, no afecta a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas (art. 61.2 LC), y, además, no interrumpe la actividad profesional o empresarial que venga desarrollando el concursado (art. 44.1 LC).

No obstante, el propio art. 44.1 LC somete el ejercicio profesional del empresario a intervención o suspensión por parte de la administración concursal, a lo que hay que añadir que, sólo el juez, mediante auto, puede adoptar medidas de modificación, suspensión o extinción colectiva de contratos de trabajo, de acuerdo con el art. 64 LC. Por tanto, la declaración de concurso sí produce, por sí misma, un cambio, que puede ser de mayor o menor intensidad, sobre quién ejerce el conjunto de facultades y asume el conjunto de obligaciones derivadas de la posición empleadora del contrato.

Así, los actos de gestión laboral ordinaria –aquellos no susceptibles de ser encuadrados en el art. 64 LC- serán adoptados por el empresario con autorización o aquiescencia de la administración concursal en caso de intervención, mientras que, en caso de suspensión, la administración concursal sustituirá al empresario en la toma de cualquier decisión¹. Cuando la gestión de la empresa exija la adopción de medidas que alteren de manera sustancial las condiciones de trabajo pactadas en el contrato (modificación sustancial, traslado, suspensión, reducción de jornada, extinción del contrato), será necesaria la tramitación de un expediente que será resuelto por el juez del concurso.

En efecto, a diferencia del elemento subjetivo, las características de las prestaciones de las partes no experimentan modificación derivada de la declaración de concurso: ni el pago del salario y demás retribuciones por parte del empresario, ni la prestación de servicios por parte del trabajador, varían por mor de la declaración de concurso. Cosa distinta es que las circunstancias económicas por las que atraviesa la empresa, o necesidades técnicas, organizativas o de producción, lleven a la negociación con los representantes legales de los trabajadores de una inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo del sector (art. 83.2 ET); y algo similar cabe que decir respecto a la prestación de servicios de los trabajadores: es evidente que, tras la declaración de concurso, pueden

¹Los actos que el empresario realice infringiendo las limitaciones descritas no serán nulos, sino anulables, siempre a instancia de la administración concursal. no obstante, en caso de que el empresario esté sometido a intervención, cabe que la administración concursal emita una autorización genérica - esto es, no será preciso que cada acto de gestión laboral cuente con autorización *ad hoc* -, aunque, en mi opinión, esa autorización no debiera incluir la realización de actos que supongan la extinción, la celebración o la modificación sustancial no colectiva de contratos de trabajo.

darse las circunstancias que justifiquen una modificación de condiciones de trabajo, o incluso la suspensión o extinción de uno o varios contratos.

Al respecto de esto último, la lc prevé que la modificación sustancial, la suspensión y la extinción colectiva de contratos de trabajo sólo pueda adoptarse por el juez del concurso –como ya he señalado- y tras la tramitación del expediente del art. 64 LC.

El expediente previsto en el art. 64 LC ha sido, originariamente y en numerosos aspectos, un trasunto a la situación de concurso del expediente de regulación de empleo “ordinario” o fuera de concurso, con dos diferencias destacables; por una parte, el órgano competente para conocer del expediente, que cambia de la autoridad laboral al juez del concurso, lo que ha llevado a hablar de una judicialización del expediente en sede concursal; y, por otra parte, el sistema de recursos contra el auto judicial que resuelve el expediente, que será el de la Ley reguladora de la jurisdicción social; lo que se ha identificado con una laboralización del trámite. En ambas cuestiones se produce una importante descoordinación respecto a lo que sucede cuando la modificación, suspensión o extinción del contrato se pretende no habiéndose declarado concurso de acreedores. Y ello porque, tras la entrada en vigor de la reforma laboral prevista en el RD Ley 3/2012 (posteriormente transformada en Ley 3/2012), ha desaparecido la necesidad de tramitar el expediente ante la autoridad laboral en caso de extinciones o suspensiones fuera de concurso, manteniéndose por el contrario si se hubiera producido la declaración del mismo, lo que genera no pocos interrogantes, como se verá a continuación. Y, respecto a la materia de recursos frente a la decisión de extinguir, modificar o suspender los contratos de trabajo, mientras que en el concurso la decisión se contempla en un auto del juez de lo mercantil susceptible de ser recurrido en suplicación, fuera de concurso y tras la reforma laboral, como se ha indicado, la decisión queda en el ámbito del poder de dirección empresarial (si concurren las causas exigidas por la legislación, por supuesto), y su impugnación se produce por un procedimiento específico incorporado a la norma procesal tras la reforma sustantiva que elimina la necesidad de obtener autorización judicial (art. 124 LJS).

Un breve recorrido por la regulación del art. 64 LC debe comenzar indicando que el expediente judicial ha de tramitarse en tres supuestos: cuando, tras la declaración de concurso, el empresario, la administración concursal o los representantes de los trabajadores consideren conveniente la adopción de medidas de modificación, suspensión o extinción del contrato de trabajo; cuando esas medidas sean la consecuencia sobre las relaciones laborales en la empresa de la decisión judicial de cesar, total o parcialmente, la actividad; y cuando las operaciones previstas en el plan de liquidación supongan la extinción, modificación o suspensión de contratos de trabajo.

En cualquiera de estos tres supuestos, el expediente requiere de instancia de parte para su tramitación, siendo los sujetos legitimados el empresario, la administración concursal y la representación de los trabajadores,

pero no los trabajadores individualmente considerados. La legitimación no varía ni siquiera en el supuesto de que, las medidas, sean consecuencia de la decisión judicial de cesar total o parcialmente la actividad, lo que lleva a la paradoja de que el juez sea competente para cerrar la empresa, pero no lo sea para la extinción de los contratos de trabajo producto de ese cierre.

La solicitud, según el art. 64.3 LC, no puede presentarse antes de que la administración judicial, presente, a su vez, su informe, aunque es posible anticipar la solicitud cuando el retraso ponga en peligro la viabilidad de la empresa y, desde la aprobación del RD Ley 3/2009, también cuando peligre el empleo o se cause perjuicio a los trabajadores. En la práctica, ya antes de esta ampliación la excepción se había convertido en la norma, de manera que la presentación anticipada era admitida con carácter general en sede judicial.

Respecto al contenido de la solicitud, la LC se olvida de indicar que, junto a la causa y los objetivos perseguidos, la solicitud debe precisar las medidas que se pretenden, más teniendo en cuenta que esas medidas pueden ser muy variadas, temporales o definitivas, y afectar con mayor o menor intensidad a un número también variable de los trabajadores de la empresa.

El art. 64 menciona tres tipos de medidas que pueden ser solicitadas: modificaciones sustanciales, suspensión y extinción colectiva de contratos de trabajo. Y dos son las dudas fundamentales que plantea el precepto. Una primera duda se refiere a si, el calificativo de colectiva, se predica de cualquiera de las medidas, o sólo de las extinciones. La Ley 38/2011, de reforma concursal, especifica que sólo es necesario tramitar el procedimiento para las modificaciones que, además de sustantivas, reúnan el requisito de ser colectivas, lo cual ya constituía conclusión mayoritaria entre doctrina y jurisprudencia con anterioridad a la reforma. Por el contrario, el calificativo no se extiende a las suspensiones, de forma que cualquier suspensión, sea individual o colectiva, se tramitará por expediente. Esta conclusión no es muy respetuosa con la coherencia interna del precepto (si se extiende el calificativo, debería hacerse a todas las medidas), pero, si se observa la regulación estatutaria de estas mismas medidas, se observa que el procedimiento para llevar a cabo una modificación sustancial colectiva es mucho más complejo que el de las individuales, y que, sin embargo, cualquier suspensión, sea individual o colectiva, se encuentra sometida a idéntico trámite, lo que lleva a concluir que el mismo criterio ha de ser aplicado en el ámbito del concurso.

La modificación sustancial, por su parte, plantea dos cuestiones añadidas; la primera, cuales han de ser los criterios a emplear para distinguir una modificación sustancial de una que no lo es. Al respecto, y dado que la LC no lo precisa, debe acudir al ET, el cual, tras la reforma laboral de 2012 (Ley 3/2012), ha incluido la cuantía salarial entre las cláusulas del contrato de trabajo que pueden ser objeto de modificación sustancial (art. 41 ET). La segunda es la relativa a la inclusión o no, entre las modificaciones sustanciales que requieren de la tramitación del expediente del art. 64 LC, de los supuestos de movilidad

geográfica, dado que en el ET se regulan en un precepto específico (art. 40 ET). Con anterioridad a la reforma concursal por Ley 38/2011, la respuesta doctrinal a esta cuestión ha sido de lo más variada: desde quienes han sostenido que ninguna de las modalidades de movilidad geográfica requieren expediente, hasta quienes defienden que todas ellas han de tramitarse por el 64 LC. Tras la reforma concursal 2011, la inclusión en el art. 64 LC de los traslados colectivos resuelve cualquier duda interpretativa al respecto.

Sea como fuere, si la modificación sustancial que se solicita afecta a condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo estatutario, el art. 66 LC exige acuerdo con los representantes de los trabajadores (lo que contrasta con el régimen previsto en el ET para la inaplicación de condiciones de trabajo pactadas en el convenio aplicable, de acuerdo con el cual en caso de discrepancia entre empresario y representantes respecto a las medidas, la misma es resuelta por un tercero, concretamente la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma donde se encuentre ubicada la empresa).

Junto a las medidas, la solicitud también debe indicar la causa y los objetivos que llevan a su promoción. Aunque pueden encontrarse voces en sentido contrario, entiendo que no es suficiente, como causa de la medida, la sola declaración de concurso, puesto que ésta puede producirse incluso no hallándose la empresa en situación de insolvencia (art. 2 LC). Tras las reformas concursal y laboral, tanto la suspensión como la modificación y la extinción de los contratos de trabajo deben responder a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. Respecto a los objetivos, el apartado 4 art. 64 LC indica que la solicitud deberá exponer los objetivos que se persiguen con la medida para asegurar la viabilidad futura de la empresa y del empleo. Si a esto añadimos que, el apartado 3, también se refiere a la viabilidad de la empresa como fundamento de la solicitud anticipada, parece obligatorio concluir que el expediente sólo puede tener como objetivo esa viabilidad. Sin embargo, es evidente que el objetivo es otro cuando el expediente se tramita por cese de la actividad, anterior o posterior a la declaración. Tampoco la viabilidad de la empresa tiene que ser el objetivo cuando el cese de la actividad es parcial o, simplemente, se pretende una reorganización de la producción. Ello es debido a que el expediente del art. 64 LC se tramita en el seno de un procedimiento más amplio, iniciado con la declaración de concurso, del que forma parte y cuyo objetivo es la satisfacción de los acreedores del concursado. De manera que, durante la tramitación del concurso, la actividad productiva –y, con ella, las relaciones laborales– continuará en la medida en que resulte útil al objetivo de la mejor y más amplia satisfacción de los acreedores, y sólo mientras lo siga siendo.

Continúa la LC indicando que, recibida la solicitud, el juez convoca al concursado, a los representantes de los trabajadores y administración concursal a un período de consultas. Lógicamente, no será recibida la solicitud, sino recibida y admitida, porque si la solicitud presenta defectos, o

el expediente ha sido instado por sujeto no legitimado para ello, el juez dictará auto de inadmisión. Admitida, por tanto, la solicitud, se llama a negociar a representantes de los trabajadores y administración concursal. Pero, qué representación debe ser llamada, ¿la unitaria o la sindical? En mi opinión, cualquiera de las dos, indistintamente, aunque lo lógico es que se llame a la representación que, si ese hubiera sido el caso, solicitó el expediente. En ausencia de representación legal de los trabajadores es posible designar una comisión de tres trabajadores o tres representantes de sindicatos legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio en sustitución de aquella. La reforma concursal 2011 incluye la convocatoria del concursado al período de consultas, si bien sólo contempla su participación en el desarrollo de las mismas si está sometido a intervención, y el juez le autoriza para ello.

Evidentemente, las partes tienen libertad para negociar, sin estar obligadas a ceñirse a las medidas y características de las mismas recogidas en la solicitud de expediente. De hecho, la reforma concursal 2011 admite que la propia solicitud de tramitación del expediente se acompañe de acuerdo suscrito entre las partes, lo que ahorra el desarrollo del período de consultas a posteriori. El único límite se encuentra en el abuso de derecho, el dolo la coacción o el fraude. El acuerdo que se alcance deberá identificar a los concretos trabajadores afectados, así como las indemnizaciones y medidas pactadas. Pueden negociarse indemnizaciones distintas a las legales, aunque no si lo que se pretende es pactar una indemnización inferior a la legal, respuesta que debe ser positiva si se pretende lo contrario, esto es, elevar la cuantía de la indemnización por encima de la legal. Es cierto que algún sector doctrinal expresa sus dudas respecto a esta segunda posibilidad, dada la situación de crisis por la que atraviesa la empresa. Sin embargo, entiendo que la administración concursal estará cumpliendo escrupulosamente su obligación de velar por los intereses de los acreedores si, pactando una indemnización superior, desbloquea una negociación, evita que la empresa conserve una plantilla sobredimensionada o facilita una rápida reorganización de la producción en la empresa. Otro interrogante se deriva de la particularidad del expediente tramitado en situación concursal; dado que lo más frecuente será que los trabajadores afectados por el expediente sean también acreedores de la concursada, la pregunta que debe hacerse es si resulta posible alcanzar en la tramitación de ese expediente acuerdos que alteren alguna de las características de esos derechos de crédito (la cuantía, el privilegio), a cambio de compromisos de otra naturaleza, como una recolocación en otra empresa. Me inclino por una respuesta positiva, siempre y cuando se cumplan dos requisitos: que el sacrificio sobre el derecho de crédito se vea suficientemente compensado por la propuesta alternativa, y que el concreto trabajador afectado preste su consentimiento al respecto, cosa que sólo podría hacer en convenio.

Si no hay acuerdo: el juez “determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral”, en el plazo máximo de cinco días – transcurridos quince días naturales desde la conclusión del período de

consultas sin haberse dictado resolución se entenderán autorizadas las medidas en los términos de la solicitud.

El auto, que ha de ser congruente con la petición inicial, no autoriza al empresario o administración concursal a adoptar las medidas, sino que las decide en sí mismo, determinando el momento de acceso al desempleo de los trabajadores afectados.

Como se ha indicado, el sistema de recursos frente al auto es el de la LJS, siendo competente para conocer de los mismos el orden social. Estarán legitimados la administración concursal, el concursado, los representantes de los trabajadores y el Fondo de Garantía Salarial. Junto a esta previsión, la LC remite a la vía incidental la impugnación del auto por parte de los trabajadores cuando la controversia verse sobre cuestiones que le afectan de manera individual. Hay dos maneras de interpretar esa expresión legal: entender que el trabajador sólo puede impugnar cuestiones como la cuantía del salario que se ha tomado como base para la indemnización, la categoría profesional adjudicada o su derecho preferente a permanecer en la empresa, o entender que el trabajador también puede, por esta vía, cuestionar la concurrencia de causas que fundamenten el expediente o la adecuación de las medidas adoptadas, en definitiva, la corrección del expediente, como defiende un sector doctrinal, al que me adhiero, aunque constatando que la doctrina judicial va en sentido contrario.

Tras la reforma laboral y la desaparición del Expediente fuera del concurso, la decisión empresarial de extinguir de manera colectiva todos o varios contratos de trabajo puede ser impugnada a través del procedimiento previsto en el art. 124 LJS, al cual, en mi opinión, puede acudir en caso de concurso en dos supuestos, esto es, cuando siendo preceptivo no se haya tramitado el correspondiente expediente, y cuando, habiéndose tramitado el mismo, se ha procedido a ejecutar uno o varios despidos no autorizados en dicho expediente.

3 LOS TRABAJADORES COMO ACREEDORES DEL CONCURSO

El segundo interrogante que la declaración de concurso plantea a los trabajadores de la concursada es un interrogante que cada trabajador se hace no como empleado, sino como acreedor; acreedor de salarios o de cualquier otra remuneración devengada por la prestación de sus servicios. Y este interrogante debe resolverse partiendo de la base de que, el trabajador como acreedor, y el salario como derecho de crédito, presentan rasgos característicos muy específicos, dentro de lo que es el sistema legal de créditos.

Así, el trabajador es un acreedor que no toma conciencia de su condición hasta que finaliza el plazo de que dispone el empresario para cumplir su obligación contractual. Los trabajadores no son conscientes de que, desde el mismo momento en que llevan a cabo la prestación de servicios, hasta el momento en el que el empresario cumple su obligación,

esto es, paga la retribución correspondiente, son acreedores de su empresario. Por otra parte, los trabajadores no son profesionales del crédito, así que no tienen las mismas posibilidades que un banco –por ejemplo- de valorar los riesgos que conlleva su operación de crédito, ni, tampoco, tienen excesivas posibilidades de elegir a la otra parte contratante, ni de conocer su solvencia o liquidez. A esto hay que añadir que la retribución pactada en el contrato suele ser la única fuente de ingresos del trabajador, que no puede compensar el impago del empresario con el pago de otros deudores, como sí ocurre, normalmente, con los trabajadores autónomos.

El derecho de crédito del que es titular el acreedor laboral, por su parte, no accede a las garantías que ofrece el mercado a los derechos de crédito, ni reales ni personales, y tiene, además, un claro carácter alimenticio, esto es, el trabajador suele cubrir necesidades perentorias con las cantidades que ingresa en virtud del contrato de trabajo, por lo que no puede soportar grandes retrasos en el pago del salario.

La suma de estas características da como resultado un acreedor y un derecho de crédito más débil que la mayoría de los que circulan en el mercado, a lo que el ordenamiento jurídico ha respondido otorgando una serie de medidas de protección, como son la inembargabilidad, el fondo de garantía salarial y la declaración del crédito como privilegiado.

En caso de concurso, a estas medidas hay que sumar el derecho de ejecución separada –reducido pero no eliminado por la reforma concursal 2003-, la prededucción o satisfacción al vencimiento pese a la tramitación del concurso –reservado a ciertos créditos laborales, como ahora se verá- y una escala específica de privilegios regulada en la LC y que viene a sustituir la que, para concurrencia de créditos en ejecuciones singulares, contempla el ET en su art. 32.

Todas estas medidas ejercen una influencia considerable en las posibilidades de satisfacción del crédito laboral en situación de concurso, y también en las posibilidades de que esa satisfacción sea rápida y completa. En cualquier caso, y al igual que ocurriera en materia de continuidad de las relaciones laborales, conviene recordar que, tras la reforma concursal 2003, la totalidad de los aspectos relativos a la condición de acreedor del concurso de los trabajadores pasaron de estar regulados en la legislación laboral a estarlo en la concursal.

Haciendo un breve recorrido por el camino que ha de recorrer el crédito laboral hasta su satisfacción tras la declaración de concurso, puede observarse que, ese camino, es muy diferente, según disponga o no de derecho de ejecución separada, de prededucción o de carácter privilegiado.

Si dispone de derecho de ejecución separada, su ejecución proseguirá ante el orden social, y se emplearán para la satisfacción del crédito los bienes embargados en dicha ejecución. Ahora bien, los supuestos en los que prosigue la ejecución social se han reducido considerablemente. Antes de la

reforma concursal 2003, la ejecución social podía instarse antes o después de la declaración de concurso, respecto a cualquier crédito laboral, devengado antes o después del concurso, empleando cualquier bien de la masa activa de éste y con independencia del estado en que se hallara su tramitación. Tras la reforma, sólo prosiguen aquellas ejecuciones ya instadas antes de la declaración de concurso, y siempre y cuando en la misma se haya trabado embargo sobre bienes que, además, no pueden ser necesarios para la continuidad de la actividad. A lo que la reforma concursal 2011 ha añadido que, dicha prosecución, se prolonga únicamente hasta la aprobación del plan de liquidación de la empresa, lo que puede ocurrir de manera anticipada si la actividad empresarial es manifiestamente inviable. La reducción, por tanto, es más que evidente. Ahora bien, si a lo largo de la tramitación del concurso ese carácter necesario del bien desaparece (porque cesa la actividad, o se reorganiza), la ejecución social habría de reanudarse. Por otra parte, dado que la ejecución social continúa no porque el crédito sea privilegiado, sino por cuestiones procesales, es posible que, otros créditos que sí tienen que integrarse en el concurso, entre ellos créditos laborales, sean preferentes al de ejecución separada. En ese caso, entiendo que podrá emplearse el mecanismo de la tercería de mejor derecho para alegar la preferencia, que se resolverá de acuerdo con la escala prevista para ejecuciones singulares y no de acuerdo con la escala concursal. Por otra parte, lo obtenido habrá de repartirse entre todos los acreedores del mismo rango crediticio dentro del concurso. Por último, no puede olvidarse que la LC permite que prosigan otras ejecuciones, como apremios administrativos y ejecuciones de garantías reales. El hecho de que se tramiten de manera simultánea al concurso determina que, en esas ejecuciones singulares, no puedan ni ampliarse los embargos, ni decretarse nuevos embargos ni reembargarse, porque el sobrante de cada ejecución debe ir a la masa activa del concurso.

Cuando la ejecución laboral se instó con anterioridad a la declaración de concurso, pero no cumple los requisitos de la LC, esto es, no se embargó antes de la declaración de concurso, o el embargo recae sobre bienes necesarios para la actividad del concursado, la LC impone la suspensión de la ejecución, indicando, únicamente, que el crédito recibirá el tratamiento concursal correspondiente, lo que, en mi opinión, se traduce en que, el crédito pasa a integrar la masa pasiva del concurso, y el embargo -o el valor embargado del bien- para a integrar la masa activa, sin que ese embargo le conceda al acreedor laboral ningún derecho o posibilidad de ser satisfecho preferentemente con lo obtenido de la realización del bien. Incluso, tras la reforma concursal 2011, el juez mercantil puede acordar el levantamiento y cancelación de dicho embargo, siempre que su mantenimiento dificulte gravemente la continuidad de la actividad del concursado.

Cuando la ejecución no fue instada antes de la declaración de concurso, su tramitación posterior es nula, reduciendo considerablemente el derecho de ejecución separada que, antes de la reforma concursal 2003, se concedía a los acreedores laborales.

Esa reducción del derecho de ejecución separada determina que, la práctica totalidad de los créditos de los trabajadores se sometan al procedimiento concursal, y, por tanto, y en primer lugar, a la clasificación en créditos concursales y créditos contra la masa. Esta clasificación es muy relevante, dado que los créditos laborales concursales no se verán satisfechos hasta la conclusión del concurso, mientras que los créditos laborales contra la masa gozan de prededucción, lo que significa que deben satisfacerse a su vencimiento.

Hay tres tipos de créditos laborales contra la masa: los salariales por los últimos treinta días trabajados antes de la declaración de concurso, los devengados tras esa declaración y aquellos créditos laborales con privilegio especial que la administración concursal decide satisfacer sin realizar el bien sobre el que recae el privilegio. Ninguno de ellos puede verse afectado por la facultad de la administración concursal de alterar la norma general de pago al vencimiento (art. 84.3 LC).

Los créditos salariales por los últimos treinta días trabajados se satisfarán de inmediato. Los restantes créditos laborales contra la masa deben satisfacerse al vencimiento, si bien, en ningún caso –tampoco para la satisfacción de créditos salariales– pueden emplearse bienes afectos al pago de créditos con privilegio especial. Esta prohibición supone un retroceso evidente en el caso de los créditos por salarios de los últimos treinta días, puesto que, antes de la reforma, eran superprivilegiados por el art. 32 ET, o, lo que es lo mismo, declarados preferentes frente a cualquier otro, incluso frente a las garantías reales. Si a esto sumamos que será el juez de lo mercantil y no el juez social quien conozca de la ejecución del crédito, y que ésta se suspende hasta un año desde la declaración de concurso, la conclusión es que la reforma concursal 2003 supuso un claro retroceso en las posibilidades de satisfacción de los créditos laborales contra la masa.

Aquellos créditos laborales que no sean contra la masa serán concursales, y, por lo tanto, sometidos a clasificación como privilegiados, ordinarios o subordinados, previo reconocimiento del crédito por parte de la administración concursal. Ese reconocimiento será automático si la existencia y cuantía del crédito resulta de los documentos del deudor, dispone de título ejecutivo o es litigioso, en cuyo caso se reconocerá como contingente. En el resto de casos, será conveniente que el acreedor comunique su derecho de crédito al concurso, pues, si el crédito no es reconocido en la lista de acreedores, simplemente no existirá para el concurso. Si surgen discrepancias sobre el reconocimiento, y éstas versan sobre la existencia del crédito, su cuantía o su naturaleza, el acreedor laboral puede acudir al juzgado de lo social, pero, simultáneamente, habría de impugnar la lista de acreedores, pues, si ésta adquiere carácter definitivo por auto del juez del concurso antes de que el juzgado dicte sentencia, el listado no se modificará y el crédito, de nuevo, no existirá para el concurso.

Los créditos de los trabajadores tendrán privilegio especial sobre los objetos elaborados por ellos mientras sean propiedad del empresario –el precepto, al igual que su homónimo estatutario, habla de posesión, pero lógicamente es un defecto de la legislación que debió rectificarse aprovechando la reforma, y no reproducirlo, como se hizo– Tendrán privilegio general los créditos por salarios que no superen el triple del Salario Mínimo Interprofesional por el número de días pendientes de pago, y las indemnizaciones por extinción del contrato que tampoco superen ese triple. El resto de créditos laborales serán ordinarios, y sólo serán subordinados aquellos créditos que, no siendo de reconocimiento obligatorio, hayan sido comunicados de manera irregular.

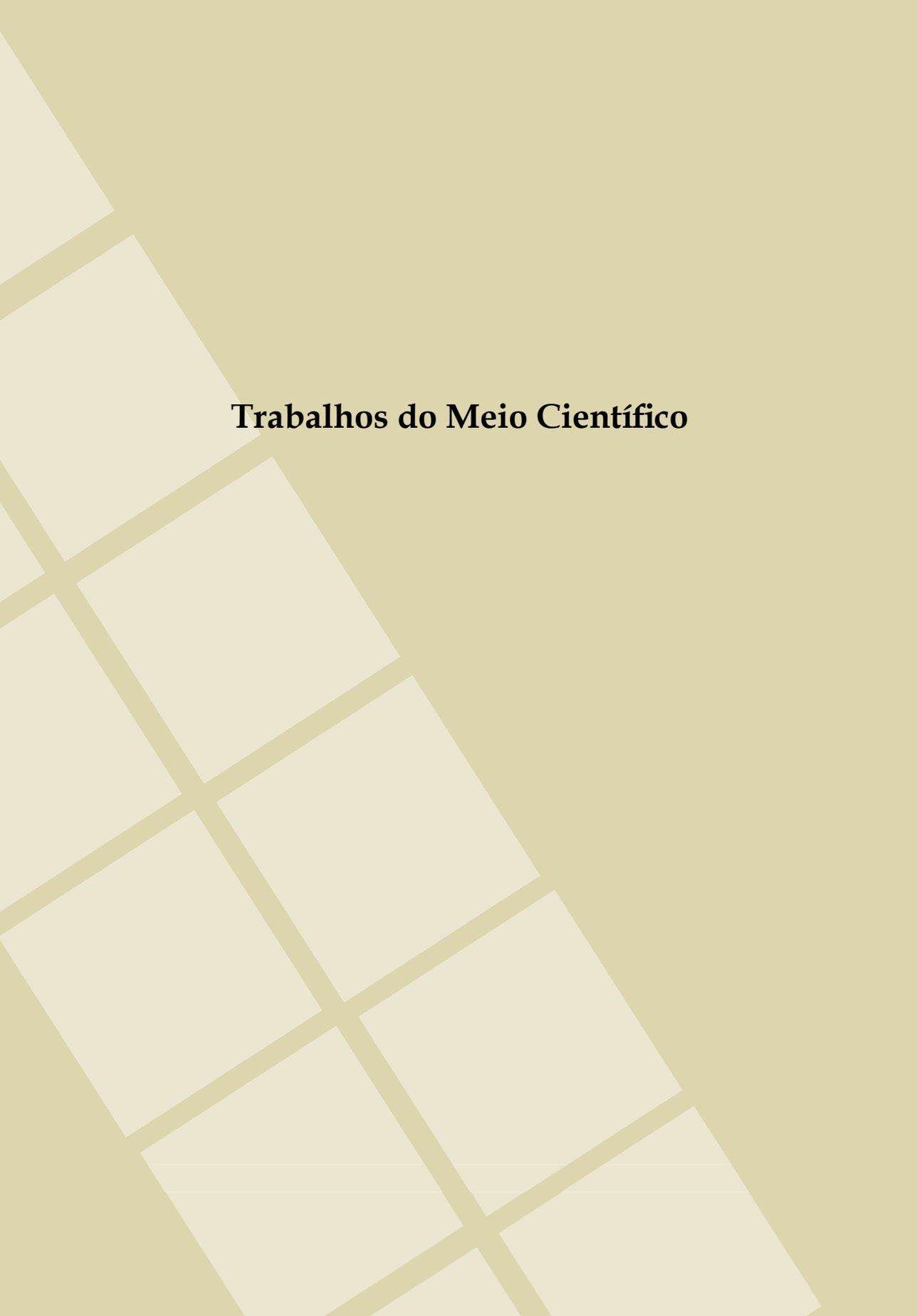
El pago de los créditos laborales concursales se producirá con posterioridad a la de los créditos contra la masa de igual vencimiento, y en función de la solución alcanzada en el concurso, pero también en función de la transmisión o no de la empresa.

En caso de solución convencional, y siempre que la empresa no se transmita, los créditos privilegiados podrán desvincularse de lo acordado en convenio, aunque la LC no precisa cuándo serán satisfechos estos créditos desvinculados, ni qué bienes se emplearán para pagar aquellos de privilegio general. Por el contrario, los créditos ordinarios y subordinados quedarán sometidos al convenio y, por tanto, a las quitas, esperas u otras medidas que allí se pacten. El acreedor privilegiado puede renunciar al privilegio, y someterse a lo pactado en convenio, aunque no será lo más frecuente.

Si el convenio implica la transmisión de la empresa, el adquirente se subroga en las obligaciones pendientes, incluido el pago de los créditos laborales. La subrogación se produce respecto a todos los créditos laborales pendientes de pago, ya sean créditos contra la masa, o créditos concursales, privilegiados o no; pero no en aplicación de la legislación concursal, sino en aplicación del art. 44 ET relativo a los efectos sobre los contratos de trabajo de la transmisión de empresas.

Si la solución es liquidatoria y no hay transmisión de empresa, los créditos laborales se pagarán con lo obtenido de la liquidación y siguiendo el orden resultante de la clasificación de créditos.

Si, por el contrario, la liquidación implicara la transmisión de la empresa, el adquirente vuelve a responder de la totalidad de las deudas laborales anteriores a la transmisión, salvo que el juez del concurso decida exonerarle de pagar aquellos créditos satisfechos por el Fondo de Garantía Salarial, que, en este caso, actúa como responsable directo.



Trabalhos do Meio Científico

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA E A EXISTÊNCIA EFETIVA DA RESERVA DO POSSÍVEL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING UNDER THE RESERVE OF POSSIBILITY

Josué Mastrodi Neto*
Mariane D. Santana Rosmaninho**

Resumo: Buscamos demonstrar, em termos lógico-analíticos, e exclusivamente a partir dos textos normativos que compõem o sistema de direito positivo brasileiro, que o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição Federal brasileira, deve ser interpretado como **direito à moradia adequada**, nos termos do art. 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226/1991 e ratificado pelo Decreto Executivo n. 591/1992, e que esse conteúdo normativo gera ao Estado o **dever de garantir a todos os cidadãos o exercício desse direito social**. Ainda que o direito à moradia tenha caráter fundamental e deva ser compreendido além do mínimo existencial, nos termos do que se convencionou denominar de moradia adequada, ele somente pode ser concretizado por meio de políticas públicas, não havendo possibilidade de concretização judicial desse direito simplesmente porque o Estado não possui nenhuma habitação disponível em estoque.

Palavras-chave: Direitos e garantias fundamentais. Reserva. Possibilidade. Existência.

Abstract: We seek to demonstrate, in logical and analytical terms, and exclusively from the legal texts that constitute the positive Law system in Brazil, that the right to housing set forth in Article 6 of the Brazilian Federal Constitution should be interpreted as the **right to an adequate housing** under Article 11 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), that became normative in Brazil by the Legislative Decree Nr. 226/1991 and Executive Decree Nr. 591/1992, and that this normative

*Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (2008). Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho (2003). Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (1994). Professor-pesquisador da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

**Servidora Pública Federal. Graduada em Engenharia de Produção pela Universidade Federal Fluminense. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

content causes **Government to ensure that all citizens shall exercise this social right**. Although the right to housing has a fundamental character and must be understood beyond the existential minimum clause, due to the concept of an adequate housing, it can only be realized through public policies, with no possibility of achieving this right by judicial means due to the fact Government does not have any house in stock.

Keywords: Fundamental rights and guarantees. Reserve. Possibility. Existence.

1 SOBRE O CONTEXTO DE REALIZAÇÃO DESTA PESQUISA

Esta pesquisa trata do direito à moradia como corolário da dignidade da pessoa humana. Trata-se, portanto, de um estudo segundo perspectiva idealista e racionalista do direito. Nesse sentido, o objeto de nossa análise se desenvolve no âmbito da compreensão analítica dos textos normativos que validamente determinam a existência do direito à moradia, bem como a eficácia jurídica dessas disposições normativas. Embora não haja, na metodologia adotada, envolvimento direto quanto à não-efetividade desse direito, que possui o duplo caráter de direito humano e de direito fundamental, certas incursões no mundo real acabam ocorrendo.

O desenvolvimento da compreensão do direito de moradia, efetivo – e não apenas válido e com aptidão para gerar efeitos que não se realizam na prática –, compreendido a partir de base realista e empírica, é tema de nosso grupo de pesquisa institucional. Contudo, os estudos sobre direitos sociais, ao menos na esfera da ciência do direito, ainda estão **preponderantemente voltados à análise de textos normativos válidos**, com preocupação no máximo secundária à evidência de que todos precisam de uma habitação como condição **biológica** de sobrevivência. Sentimos, assim, necessidade de, ao iniciarmos nossas pesquisas, desenvolver a compreensão do atual estado de coisas na área jurídica sobre o que se entende pelo direito à moradia para, num segundo momento, desenvolvermos a compreensão desse mesmo direito social a partir não mais da validade jurídica, mas da necessidade fática que precisa de reconhecimento normativo; não mais de um direito a uma abstrata moradia, mas direito de uma moradia real, uma condição necessária para o desenvolvimento da vida pessoal e familiar e, nesse sentido, uma condição fática sem a qual não é possível sequer falar em direitos.

2 ALGUMAS NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE O TEMA

O Brasil é constituído segundo um Estado Democrático de Direito e, nos termos do art. 1º, inciso III de sua Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana é norma embasadora e informativa de

toda estrutura estatal e normativa, inclusive das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Não é só. A mesma Constituição, ao tratar da ordem econômica, no art. 170, *caput*, funda-a na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e na justiça social, prevendo a garantia de uma **existência digna** a todos os cidadãos.

O exercício do poder estatal tem a consolidação da dignidade da pessoa humana por pressuposto jurídico-constitucional. Em termos de direito administrativo, diz-se que toda atividade pública deve ser motivada pela dignidade e deve ter como finalidade permanente a satisfação deste princípio na melhor forma possível.

Dentre os direitos fundamentais sociais, está positivado o direito à moradia, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana. O direito à moradia se refere não só à ocupação de um lugar no espaço, mas às condições que tornam este espaço um local próprio para habitação¹, como fornecimento de água e energia elétrica, coleta de esgoto e de lixo, acesso próximo a transportes públicos, hospitais, postos de saúde, creches, escolas, praças, parques e outros serviços públicos². Este direito é tão importante para o exercício da cidadania que, uma vez garantido, acaba por contribuir, também, para o acesso a outros direitos fundamentais sociais como educação, saúde e lazer.

Com a EC n. 26/2000, o direito à moradia foi expressamente elevado ao *status* de Direito fundamental social, por sua inserção no *caput* do art. 6º da Constituição brasileira. No entanto, em que pese a fundamentalidade desse direito a servir de motivo e finalidade para políticas públicas de habitação, não há ações efetivas do Estado visando a solucionar o *deficit* habitacional brasileiro³. É comum haver ocupações irregulares nas cidades, decorrência da necessidade de moradia pelas famílias pobres e do desinteresse estrutural do Estado e da sociedade civil na promoção de políticas habitacionais visando a implementação desse direito em melhores condições⁴.

¹STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano à moradia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 8, n. 8, p. 240, 2010.

²CABRAL, Maria de Fatima. Habitação e questão social – análise do caso brasileiro. **Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales**. Barcelona, Universidad de Barcelona, v. 9, n. 194 (26), p. 4, 2005.

³Recentemente o governo federal propôs, no âmbito do Programa de Aceleração do Crescimento, desenvolvimento de política habitacional, no entanto muito incipiente. Em seguida, propôs por Medida Provisória 459, convertida em Lei n. 11.977/2009, o **Programa Minha Casa Minha Vida**, que efetivamente tem se apresentado eficiente, mas **insuficiente**. Só na cidade de Campinas, ainda que o programa preveja a construção de 7.440 unidades habitacionais até 2012, a Companhia de Habitação do Município – Cohab – informa a existência de 45 mil famílias aguardando inclusão no programa (COHAB, 2012).

⁴ABREU, João Maurício Martins. A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 2, p. 394, 2011.

3 O DIREITO À MORADIA É DIFERENTE DOS OUTROS DIREITOS SOCIAIS?

As normas que consagram os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidas como normas de natureza programática, de eficácia limitada e dependente de legislação integrativa, e, por esta razão, enquanto não existir legislação integrativa, essas normas constitucionais não geram direitos subjetivos públicos ao cidadão.

Essa mesma integração legislativa seria responsável pela indicação dos recursos disponíveis para efetivação desse direito. Os limites econômicos impõem que certas prestações, como a construção e entrega de moradias, situem-se dentro da chamada reserva do possível, isto é, da capacidade material de concretização desse direito. Ou seja, ainda que haja lei prevendo a construção de moradias, não há como construir casas para todos ao mesmo tempo.

O Poder Judiciário tem atuado de forma ativa na promoção de direitos fundamentais. É comum o ajuizamento de ações pelas quais o cidadão requer ao juiz que um direito social lhe seja garantido, em regra por conta da recusa do administrador público de lhe conferir o direito pleiteado. Ainda que haja discussões sobre eficácia restrita e reserva orçamentária para efetivação de direitos, os juízes costumam entender que o direito fundamental deve ser concretizado a qualquer custo: se não há verba disponível, que a administração se organize para que recursos sejam realocados e os direitos fundamentais, satisfeitos. Afinal, decidir de forma diferente seria negar a validade e a eficácia dos direitos constitucionalmente assegurados. Ainda que tal direito seja conferido no âmbito do que se convencionou denominar **mínimo existencial**: concessão de direitos ao menos no limite necessário da sobrevivência.

Não obstante, parece-nos que a moradia é um direito social um pouco diferente dos demais. Ela se refere a um teto, mas também a todo um planejamento habitacional para que o morador tenha acesso a equipamentos públicos, a transporte público etc. **Essas características impedem que haja estoque disponível**, e, com isso, impedem até mesmo que haja intervenção judicial na discricionariedade do administrador, comum no que respeita aos demais direitos.

Só é possível a um juiz exigir do administrador que forneça um medicamento ou que abra (mais) uma vaga em creche ou escola pública porque há condição material de impor essa obrigação judicial: já existem medicamentos em estoque, já existem creches e escolas construídas e servidores públicos contratados; ao juiz é possível exigir que esse equipamento disponível tenha seus serviços ampliados para incluir quem vai a juízo requerer acesso a tratamento de saúde ou vagas escolares. No entanto, no caso de moradia, não há casas disponíveis, não há como o juiz exigir que o administrador entregue uma casa ao autor da ação. Nesse sentido, tanto a tese da reserva do possível quanto da ineficácia imediata da norma constitucional que garante o direito à moradia adquirem seu mais sensível grau de concretude.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, entendemos por bem não repisarmos todo o já consolidado embasamento doutrinário e jurisprudencial quanto à compreensão da natureza das normas constitucionais, já partindo, dentre as várias correntes teóricas sobre validade e eficácia dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, daquela pela qual se conferem eficácias jurídica e social aos direitos sociais, na mesma medida em que se conferem tais eficácias aos direitos individuais, que seria a identificada pela quarta resposta de Hierro, abaixo transcrita:

Tanto no pensamento filosófico jurídico como na doutrina jurídico-constitucional, a divisão entre estas duas categorias de direitos humanos parece constituir um problema, ainda que o problema pareça estar reduzido a saber se os direitos sociais são ou não autênticos direitos. Sobre esta questão podemos encontrar quatro respostas: 1) que os chamados direitos econômico-sociais não são em nenhum sentido autênticos direitos subjetivos, sendo apenas princípios ou objetivos políticos; 2) que os direitos econômico-sociais não são autênticos direitos subjetivos jurídicos mas são autênticos direitos subjetivos em outro sentido (no sentido político; F. Atria...); 3) que os direitos econômico-sociais são autênticos direitos subjetivos cuja proteção suscita problemas específicos e podem ser juridicamente implementados por meio das técnicas específicas adequadas (Abramovich e Curtis...); e 4) que os direitos econômico-sociais são autênticos direitos subjetivos e não suscitam nenhum problema específico que não já tenham suscitado os direitos individuais e políticos e, em consequência, que as técnicas de satisfação e proteção dos direitos não passam pela distinção entre esses dois tipos de direito.⁵

Segundo tal posição, que assumimos para fundamentar esta pesquisa, os direitos individuais e os sociais não possuem qualquer diferença estrutural: ambas as categorias referem-se a direitos **igualmente relativos** (não-universais, não-absolutos, não-definitivos, pois dependentes da estrutura histórica e social para sua promoção), igualmente custosos (há custos para sua promoção, tanto de direitos individuais quanto sociais)⁶.

⁵HIERRO, Libório L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, p. 252, 2007.

⁶Além de Hierro (2007), outros autores que já trataram deste assunto em sentido análogo são Holmes e Sunstein (1999), Abramovich e Curtis (2002) e Mastrodi (2008).

4 COMPREENSÃO HISTÓRICA: DOS DIREITOS HUMANOS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm sido compreendidos conforme diferentes classificações doutrinárias e históricas, invariavelmente identificados em meio a conceitos correlatos, tais como direitos humanos, direitos subjetivos, direitos civis, direitos naturais e liberdades públicas⁷. Para este trabalho, entendemos adequada a distinção sintética apresentada por Koerner⁸, para quem, “do ponto de vista interno, os direitos humanos são traduzidos nos direitos fundamentais da Constituição e na estrutura institucional do Estado de Direito.” Este autor considera, a nosso ver com razão, que os direitos humanos, por não serem instituídos pela ordem jurídica interna de um Estado, possuem caráter moral (“ou, no máximo, quase-jurídico”). Não obstante, seu conteúdo e extensão acabam sendo identificados pela forma como são positivados na ordem estatal:

O direito internacional dos direitos humanos ingressaria na ordem jurídica nacional sobretudo por meio dos direitos fundamentais. Seriam fonte do Direito nacional, com o papel de princípios que dão fundamento às normas constitucionais e servem de base para a crítica de dispositivos particulares da ordem jurídica interna⁹.

Nesse sentido, o conteúdo moral dos direitos humanos se converte em conteúdo jurídico de normas de direitos fundamentais, conteúdo que impõe, por sua coercibilidade, as bases para a construção de possibilidades que permitam a reprodução da vida humana em sociedade de forma digna¹⁰.

Em termos históricos, praticamente todas as Constituições brasileiras, até mesmo a monárquica de 1824, trataram do tema, compreendido sempre segundo a estrutura histórica de cada época¹¹.

⁷Sobre o tema, pode-se conferir extensa exposição classificatória dos vários conceitos que envolvem as expressões direitos humanos e direitos fundamentais. Canotilho (**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 293-398) distingue direitos humanos de direitos fundamentais, expondo estes como positivados em determinada ordem jurídica e aqueles como válidos para todos os povos e a qualquer tempo (dimensão jusnaturalista e universal); apresenta a distinção entre **direitos naturais e direitos civis**, identificando aqueles como direitos prévios à organização da pólis, reconhecidos e declarados por esta, e estes que somente são válidos porque constituídos pela pólis, organização social que é a condição para existência de tais direitos etc.

⁸KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 18, n. 53, p. 146, 2003.

⁹*Ibid.*, p. 147.

¹⁰PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: RT, 2008. p. 121-122.

¹¹Sempre levando em conta que em cada um dos momentos históricos os termos positivados em cada texto normativo foram compreendidos segundo sentidos diferentes, a Constituição

Até a Constituição de 1967, o texto constitucional era compreendido muito mais como um estatuto definidor das competências dos órgãos e agentes estatais. Embora houvesse positividade sobre a validade de certos direitos fundamentais, estes eram entendidos dentro de uma natureza declaratória e não-cogente, pois dependeriam de definição legislativa. A lei era, desde a França de 1789, a única norma pela qual se poderiam prescrever direitos e deveres juridicamente exigíveis. Somente a partir da segunda metade do século XX que se passou a considerar, nas sociedades ocidentais¹² a validade jurídica de direitos constitucionalmente determinados.

Tal evolução da chamada teoria dos direitos fundamentais inverteu a ordem de importância dos temas positivados pelas Constituições: se antes estas primeiro definiam o Estado para, somente então, disciplinarem eventuais direitos dos cidadãos-**súditos**, a Constituição de 1988 determinou o âmbito de proteção dos cidadãos (não mais súditos) para, depois, atribuir ao Estado as competências necessárias para defesa daqueles direitos. Os cidadãos são **desinstrumentalizados**, e o Estado é posto como instrumento a seu serviço, garantidor de direitos de liberdade (direitos civis e políticos) e promotor de direitos de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).

5 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: AS DIMENSÕES DE DIREITOS

Reconhecem-se, atualmente, três dimensões de direitos fundamentais, cada uma vinculada a um dos três valores constantes do tríptico da revolução francesa (liberdade, igualdade e solidariedade). Bonavides¹³, assim como outros autores, classificam os direitos fundamentais em gerações ou dimensões de direitos, que evoluem historicamente da primeira à última dimensão. Os direitos de primeira dimensão (liberdade) são os direitos civis e políticos; os direitos de segunda geração (igualdade) são os direitos sociais, econômicos e culturais; os direitos de terceira geração (solidariedade) são os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade¹⁴.

monárquica de 1824 instituiu a **Garantia dos Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos**; a Constituição republicana de 1891 apresentou uma Declaração de Direitos dos Cidadãos Brasileiros; a de 1934, talvez influenciada pela Constituição de Weimar, pela reconstrução da Europa e dos EUA após o *crack* da bolsa de New York, elevou o país à condição de Estado Social de Direito; a Constituição outorgada de 1937 instituiu Direitos e Garantias Individuais, mesma terminologia das Constituições de 1946 e de 1967. A Constituição de 1988, elevando o Brasil a Estado Democrático de Direito, instituiu, no âmbito dos Direitos e Garantias Individuais, a positividade de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos e também de Direitos Sociais, estes que, na Constituição anterior, eram entendidos como posições jurídicas dependentes da Ordem Econômica e Social.

¹²Por força do golpe de 1964 e dos vinte anos de ditadura militar, esses ventos democráticos chegaram às costas brasileiras somente em meados da década de 1980, ao menos a tempo para arejar os debates constituintes da Assembleia Nacional de 1986.

¹³BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 563-579.

¹⁴Bonavides (2009) afirma a existência de uma quarta dimensão, relacionada à democratização, à informação e ao pluralismo. Não obstante, embora reconheçamos tal estrutura teórica, preferimos manter posição quanto apenas às duas primeiras dimensões de direitos, das quais

Os primeiros direitos fundamentais a se apresentarem no panorama ocidental foram os direitos individuais e, por esta razão, são conhecidos como direitos de primeira dimensão ou direitos de liberdade (especificamente as liberdades civis e políticas). São direitos que possuem o indivíduo como seu titular e que ostentam a proteção da subjetividade como seu traço característico. São direitos de resistência ou de oposição à atuação abusiva do Estado¹⁵ ou mesmo de terceiros.

Caminhando na história, os próximos direitos a se apresentarem no cenário internacional foram os direitos sociais, econômicos e culturais, portanto, conhecidos como direitos de segunda dimensão, e correspondem ao valor de igualdade entre os homens. A partir de meados do século XIX, lutas sociais por melhores condições de trabalho tornam claro que as liberdades conquistadas nas declarações liberais de direito não eram universais, ao contrário, serviam apenas à preservação dos interesses de um determinado grupo social e não da sociedade como um todo, e nem mesmo da maioria da sociedade.

A individualidade dos direitos civis e políticos não garantia o exercício desses mesmos direitos à grande massa trabalhadora. Melhores condições de trabalho para o empregado, porém, representavam custos em que os empregadores não estavam dispostos a incorrer. Melhores condições de vida representavam aumento de salário e a necessidade de realização de obras de urbanização para permitir-se a convivência das grandes aglomerações humanas. O Estado, cuja abstenção (não-intervenção) garantia os direitos de liberdade, é chamado a assumir tarefas pró-ativas, incluindo prestações de serviços públicos, os quais, no século XX, passaram a ser assegurados como direitos inerentes à cidadania.

Diante deste deslocamento da função estatal do Estado Liberal mínimo para o Estado Social, este passa a ter responsabilidade pela promoção da segurança, de bem - estar social e econômico. Tanto a Constituição mexicana de 1917 quanto a alemã (de Weimar) de 1919¹⁶ redefiniram a relação entre Estado e o cidadão. Essas Constituições tinham

as demais dimensões seriam apenas aspectos e, portanto, totalmente dependentes delas. A este respeito, MASTRODI. **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 563-564. Alguns documentos históricos são marcantes para sua configuração e emergência, a saber: a) a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra”; b) o Tratado da Paz de Westfália, de 1648; c) o *Habeas Corpus Act*, de 1679; d) o *Bill of Rights*, de 1688; e) as Declarações de direitos dos Estados Unidos (Declaração de Virgínia, Declaração de Pensilvânia e a Declaração de Maryland), seguida das nove emendas da Constituição, de 1787; f) a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, tendo como principal base teórica e filosófica o Contrato Social de Rousseau e as concepções jusnaturalistas (direitos de todos os homens, em todos os tempos, em todos os lugares). A partir daí estes direitos passaram a ser identificados como universais, inerentes a todos os homens.

¹⁶O Estado Social está conectado intimamente ao constitucionalismo contemporâneo, tendo como marcos históricos, além dessas duas Constituições, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia de 1918 e a estruturação administrativa do governo dos Estados Unidos denominada *New Deal*, promovida pelo presidente Franklin Delano Roosevelt entre 1933 e 1936.

o objetivo de impor condições sociais de igualdade real ou material, pelas quais todos teriam a possibilidade de participação e de utilização dos bens sociais¹⁷. O Estado deixa de apenas se abster (omissão ou atuação negativa) e passa a ter o dever de atuar em algumas situações com a finalidade de assegurar os direitos sociais, econômicos e culturais (ação ou prestação positiva) tais como: moradia, alimentação, segurança social, além de que o direito à propriedade sofre restrições para atender à sua função social¹⁸.

Após a Segunda Grande Guerra (1939-1945), desenvolve-se um processo de internacionalização dos direitos humanos¹⁹ e de pressão da comunidade internacional no sentido de tais conteúdos **quase-jurídicos** serem internalizados nos sistemas normativos dos Estados, na forma de direitos fundamentais. Nesse momento histórico, são afirmados os direitos de terceira geração, como o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (e também os de quarta geração, se considerada esta classificação, tais como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo).

Piovesan²⁰, com acerto habitual, identifica que os direitos, na verdade, independentemente de sua classificação em dimensões, são indivisíveis, dada sua inerente integralidade. Direitos civis, políticos e sociais são apenas dimensões da mesma e única realidade jurídica. Neste contexto, o valor da liberdade se conjuga com o valor da igualdade, a liberdade perde a sua função, meramente negativa, típica do Estado Liberal, e passa a exigir ações positivas do Estado visando a real liberdade do Estado Social, que é a liberdade do igual. Não é outro o entendimento de Canotilho²¹:

¹⁷PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: RT, 2008. p. 128.

¹⁸*Ibid.*, p. 127-128.

¹⁹Neste contexto, por força da formalização de uma proteção internacional dos direitos humanos, cria-se uma sistemática normativa de proteção internacional, com possibilidade de responsabilização do Estado no domínio internacional quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na tarefa de proteger os direitos humanos, a saber: a) Declaração Universal dos Direitos do Homem (Paris, 1948) – coloca no mesmo grau de importância os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais e afirma a interrelação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos; b) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 – cujo maior objetivo foi incorporar os dispositivos da Declaração Universal de Direitos do Homem sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. Este pacto expande o elenco dos direitos sociais, econômicos e culturais da Declaração Universal dos Direitos do Homem, dentre os quais o direito à moradia, que é objeto deste trabalho; c) Convenção Americana de Direitos do Homem, de 1969, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

²⁰PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

²¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 480.

Existe uma relação indissociável entre direitos económicos sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias. Se os direitos económicos, sociais e culturais pressupõem a 'liberdade', também os direitos, liberdades e garantias estão ligados a referentes económicos, sociais e culturais. [...] A liberdade igual aponta para a igualdade real (art. 9º), o que pressupõe a tendencial possibilidade de todos terem acesso aos bens económicos, sociais e culturais. 'Liberdade igual' significa, por exemplo, não apenas o direito a inviolabilidade de domicílio, mas o direito a ter casa; não apenas o direito à vida e integridade física, mas também o acesso a cuidados médicos; não apenas o direito de expressão mas também a possibilidade de formar a própria opinião; não apenas direito ao trabalho e emprego livremente escolhido, mas também a efectiva posse de um posto de trabalho.

Em suma, ainda que se afirmem todas essas dimensões de direitos, elas interagem entre si, complementam-se. O surgimento de uma nova dimensão de direitos não exclui as precedentes. Assim, afasta-se a ideia de sucessão de gerações de direitos e acolhe-se a ideia da expansão, acumulação e fortalecimento dos direitos fundamentais. Daí a tese da indivisibilidade dos direitos humanos e, por decorrência, também dos direitos fundamentais.

Portanto, é equivocado o entendimento que somente os direitos de primeira geração seriam direitos fundamentais. São fundamentais os direitos civis e políticos, que limitam a atuação do Estado (primeira dimensão), como também os direitos sociais, económicos e culturais (segunda dimensão), que exigem do Estado uma atitude ativa, intervencionista, planejadora e comprometida com a promoção do bem-estar económico e social.

Em termos concretos, na vida real, condições materiais são imprescindíveis à plena realização das pessoas. Estas somente são livres se houver condição para o exercício dessa liberdade, e tais condições, como não caem do céu, devem ser promovidas pela sociedade civil organizada. De modo que inexistente direito à liberdade (primeira dimensão) sem o direito à igualdade (segunda dimensão) e vice-versa²². A esse respeito, é expressiva a seguinte consideração:

Os direitos da matriz social passam a ser vistos não como direitos contra o Estado, mas sim como direitos que só podem ser exercidos por meio do Estado, de atuações estatais visando à satisfação das necessidades dos homens. Sua característica principal é a necessidade de

²²PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 144-146.

intervenção do Estado em seu favor, de modo a conferir eficácia e efetividade (i.e., eficácia no plano concreto) a tais direitos. Seriam direitos a receber prestações de serviços públicos pela sociedade e/ou pelo Estado, no sentido de conferirem igualdade concreta de oportunidades a todos os membros do grupo social.

Nesse sentido, os direitos sociais devem ser entendidos como a materialização, no plano concreto, das Liberdades Públicas existentes no plano metafísico da matriz liberal. Os direitos sociais nada são senão as Liberdades Públicas em sua dimensão positiva. Não podemos imaginar direitos mais fundamentais que estes.²³

6 DO SURGIMENTO DO DIREITO À MORADIA NOS DOCUMENTOS NORMATIVOS

Foi na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seus artigos 22 a 27, que pela primeira vez a ordem internacional reconheceu os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais o direito à moradia²⁴. A partir deste diploma a moradia passou a constar de diversos tratados e documentos internacionais, em especial o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, em seu art. 11, § 1º, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992²⁵.

No ordenamento constitucional brasileiro, os direitos sociais foram positivados, a partir da CF/1988, em especial no art. 6º. O direito à moradia foi elevado ao *status* formal de direito constitucional e posto nesse mesmo art. 6º somente no ano 2000, por força da Emenda n. 26.

²³MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 82.

²⁴Art. 25, 1º. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.” Em que pese a Declaração de 1948 afirmar como direito humano o padrão de vida e não a moradia propriamente dita, não há como identificar padrão de vida a uma condição obtida exclusivamente a partir do esforço exclusivo de cada indivíduo.

²⁵Há vários outros documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, em especial: os Comentários Gerais n. 04 e n. 07 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, respectivamente de 1991 e 1997. Aqueles definem a compreensão do art. 11.1 do PIDESC e identificam os componentes do direito à moradia adequada; estes comentam o art. 11.1 do PIDESC especificamente quanto à questão das remoções e despejos forçados; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, em seu art. 5º, e, iii, ratificada pelo Brasil em 1969; a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, de 1979, em seu art. 14, 2, h, ratificada pelo Brasil em 1984; a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, de 1989, em seu art. 27, 3, ratificada pelo Brasil em 1990; a Convenção de Genebra sobre o estatuto dos refugiados (ACNUR) de 1951, em seu art. 21, ratificada pelo Brasil em 1960; a Convenção 169 da OIT, de 1989, em seu art. 20, c, ratificada pelo Brasil em 2002; e as Declarações sobre assentamentos urbanos de Vancouver em 1976 e sobre o direito às cidades de Istambul em 1996 (Agendas Habitat I e II, respectivamente).

Conforme Pansieri²⁶, o Direito à moradia evoluiu. No plano constitucional brasileiro do seguinte modo: a) a Carta Imperial de 1824 e a primeira Constituição republicana de 1891 não traziam previsão expressa na tutela do Direito à moradia, apenas se referiam à propriedade em uma perspectiva individualista típica do momento histórico. Foi na Constituição de 1891 que, pela primeira vez, fez-se menção que a casa seria asilo inviolável. E esta menção foi repetida em todas as Constituições seguintes; b) na Constituição de 1934, o indivíduo deixa de ser o centro do debate e entra o coletivo. Foi a primeira vez que houve a busca por um benefício social coletivo no que concerne à propriedade; c) na Constituição de 1937, é mantida a mesma concepção da Constituição de 1934; na Constituição de 1946 é garantido o direito de propriedade, salvo em caso de desapropriação por necessidade ou de utilidade pública ou por interesse social. Além disso, prevê o uso da propriedade condicionada ao bem-estar social; d) no ano de 1964, ainda sob a égide da Constituição de 1946, o Estatuto da Terra traz um grande avanço quanto à questão da função social da propriedade; e) a Constituição de 1967 trouxe de forma clara a função social de propriedade e fez uma referência à moradia tão discreta quanto ineficaz; f) a CF/1988 traz a moradia pela primeira vez expressa no texto em diversos dispositivos: seja no art. 7º, IV, quando definiu o salário mínimo como aquele capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, dentre elas, a moradia, seja no art. 24, IX, quando dispôs sobre a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “promover programas de construção de moradia e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”; também, a vinculação social da propriedade prevista nos art. 5º, XXIII, 170, III e 182, § 2º, bem como a previsão constitucional de usucapião especial urbano (art. 183) e rural (art. 191).

7 DIREITO À MORADIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF) reclama na sua dimensão positiva a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade²⁷, sempre seria possível reconhecer um direito fundamental à moradia, independente de haver previsão expressa na ordem constitucional, pois a moradia é inequivocamente destinada à proteção da dignidade.

²⁶PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição**. São Paulo: RT, 2008. p. 112-130.

²⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 107 e ss.

De todo modo, somente os direitos expressamente previstos no art. 5º da CF/1988 (direitos de liberdade) são aceitos como direitos fundamentais, por unanimidade, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Quanto aos direitos sociais (direitos de igualdade), previstos constitucionalmente não no art. 5º, mas no 6º, ora são entendidos como direitos humanos apenas, ora como princípios organizadores, ora como direitos, ora como direitos fundamentais de eficácia plena²⁸, e se submetem a quatro correntes quanto à **hierarquia dos tratados de proteção de direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio**²⁹.

Uma dessas correntes atribui às normas contidas no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais a mesma hierarquia de leis federais. Justifica-se esse entendimento – de que o direito à moradia teria força de lei, mas não de princípio constitucional – com base na formalidade do § 3º do art. 5º da CF, que determina que apenas os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelas duas Casas legislativas do Congresso Nacional em dois turnos de votação com maioria qualificada (que é o mesmo procedimento para edição de emendas à Constituição) adquirem o *status* de norma constitucional formal e material.

No entanto, deve-se esclarecer que esse § 3º foi acrescentado ao art. 5º, em 8 de dezembro de 2004, pela EC n. 45. Como o PIDESC foi promulgado em 6 de julho de 1992, ele se incorporou ao nosso ordenamento jurídico antes da referida EC. Fica, então, a dúvida: como pode o PIDESC não ser constitucional se, quando de sua ratificação, foram seguidas todas as formalidades necessárias para sua internalização como norma constitucional, na forma do § 2º do mesmo art. 5º?³⁰

É nesse sentido que uma segunda corrente identifica o PIDESC como norma de natureza constitucional. O art. 5º da Carta de 1988, por seus §§ 1º e 2º, confere ao PIDESC valor jurídico de norma materialmente constitucional e de aplicação imediata, por ser um tratado de proteção dos direitos humanos e por ter sido ratificado pelo Decreto

²⁸HIERRO, Libório L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, p. 249-271, 2007.

²⁹Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional de tais tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal (PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.71).

³⁰Constituição Federal da República de 1988. Art. 5º:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Executivo n. 591/1992, anteriormente à EC n. 45/2004, com ampla maioria nas duas casas do Congresso Nacional, excedendo, inclusive, o *quorum* dos três quintos dos membros de cada Casa.

Assim sendo, em que pese toda a discussão doutrinária³¹, adotamos posicionamento no sentido de que, desde 1992, com a ratificação do PIDESC pelo Brasil (instrumento internacional de proteção aos direitos humanos), todos os direitos humanos ali prescritos, dentre eles o direito à moradia, passaram a ser, também, direitos fundamentais.

Quanto à realização do direito à moradia, nos termos do PIDESC (art. 2º, § 1º, do Pacto), ela deve ser progressiva, uma vez que os Estados se obrigam a adotar medidas, até o máximo dos seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, gradativamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seus comentários, enfatiza o dever de os Estados-partes assegurarem, pelo menos, o **núcleo essencial**³² de cada direito econômico, social e cultural previsto no Pacto³³. Desta forma, o legislador pátrio dos Estados que observam o PIDESC, ao regulamentar os direitos previstos no referido documento, deve observar seus núcleos essenciais, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

8 CONTEÚDO DO DIREITO À MORADIA ADEQUADA

Quanto ao conteúdo do direito à moradia, o legislador constitucional pátrio, ao se referir ao termo “moradia”, no art. 6º da CF, diferentemente do

³¹Defender que somente os tratados que observarem o § 3º, do art. 5º, da Carta Magna terão *status* de norma constitucional é aceitar que o poder constituinte derivado (limitado e subordinado), através da EC n. 45/2004, possa atuar de forma a restringir ou a limitar direitos fundamentais instituídos pelo poder constituinte originário (ilimitado e incondicionado). Tal afirmação seria materialmente inconstitucional, uma vez que os direitos fundamentais de uma ordem constitucional fazem parte da sua essência e, portanto, somente podem ser alterados por uma nova ordem constitucional, ou seja, por um novo poder constituinte originário. Para mais além: não há lógica alguma em defender a retroatividade da aplicação do § 3º e negar *status* de norma constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados **antes** do advento da Emenda n. 45/2004, cujos processos de ratificação não seguiram a regra do § 3º simplesmente porque não haveria como adivinhar o futuro.

³²Existem duas teorias sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a teoria absoluta e a teoria relativa. Pela teoria absoluta, cada direito fundamental tem um conteúdo essencial absoluto fixo; seu núcleo estaria protegido por um limite externo que funcionaria como uma barreira intransponível, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possam haver em sua restrição. Pela teoria relativa, o conteúdo essencial de um direito fundamental não seria fixo, ou seja, não seria sempre o mesmo, dependeria das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 27.).

³³PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181.

que ocorreu em outros países, o fez sem muitas qualificações. Melhor seria se tivesse preenchido seu conteúdo pois, quanto maior a determinabilidade de conteúdo de um direito, maior sua justiciabilidade. Na expressão de Abramovich e Courtis³⁴, maior sua **exigibilidade por via judicial**.

Em que pese o não-preenchimento de seu conteúdo e sua não-adjetivação pelo constituinte, no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, em especial na versão em língua portuguesa ratificada pelo Brasil em 1992, foi utilizada a expressão **moradia adequada**:

Artigo 11 - 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequada para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e **moradia adequadas**, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. (Os grifos não estão no original.)

Nesse sentido, desde 1992, quando o PIDESC foi internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro, **moradia adequada** passou a ser prevista normativamente e seu conteúdo, uma vez que inexistia qualquer outro ato normativo que o definia, deve ter como parâmetros os componentes previstos na Relatoria especial da ONU³⁵ para o direito à moradia adequada, ou mesmo na Agenda Habitat II, em especial pelo conceito proposto pela Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Urbanos de Istambul, de 1996, que estão identificados em seus artigos 60 e 61 que, embora extensos, merecem transcrição:

60. Moradia adequada significa mais do que ter um teto sobre suas cabeças. Isso também significa ter um lugar

³⁴ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madri: Trotta, 2002.

³⁵Integram o conceito de **moradia adequada**: a) uma condição de ocupação estável, ou seja, morar em um local sem o medo de remoção ou de ameaças indevidas ou inesperadas; b) acesso a serviços, bens públicos e infraestrutura, como energia elétrica, sistema de esgoto e coleta de lixo; c) acesso a bens ambientais, como terra e água, e a um meio ambiente equilibrado; d) moradia a um valor acessível ou com subsídios ou financiamento que garantam custos compatíveis com os níveis de renda; e) boas condições de habitação, respeitado um tamanho mínimo, com proteção contra frio, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e suscetibilidade a doenças; f) acesso prioritário à moradia para grupos em situação de vulnerabilidade ou desvantagem; g) localização adequada, com acesso a médicos e hospitais, escolas, creches e transporte, em áreas urbanas ou rurais; h) adequação cultural, construída com materiais, estruturas e disposição espacial que viabilizem a expressão de identidade cultural e a diversidade dos vários indivíduos e grupos que a habitam.

privado, espaço, acessibilidade física, segurança adequada, segurança da posse, estabilidade estrutural e durabilidade, aquecimento, iluminação e ventilação, serviços adequados de infraestrutura básica, incluindo abastecimento de água, saneamento e tratamento de lixo, fatores adequados de qualidade ambiental e de saúde, e uma localização conveniente e acesso ao emprego e serviços básicos, tudo a um custo razoável. A adequação de todos esses fatores deve ser determinada em conjunto com as partes interessadas, tendo em conta as perspectivas de desenvolvimento gradual. [...]

61. Desde a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o direito à moradia adequada tem sido reconhecido como um importante componente do direito a um padrão de vida adequada. [...] A provisão de habitação adequada para todos exige ação não apenas pelos governos, mas por todos os setores da sociedade, incluindo a iniciativa privada, ONGs, comunidades e autoridades locais e organizações e entidades associadas à comunidade internacional. Em um contexto global de criação de condições favoráveis, os governos devem tomar medidas apropriadas para promover, proteger e garantir a realização plena e progressiva do direito à moradia adequada. Tais medidas são, entre outras, as seguintes:

a) prever que, para moradia, a lei deve proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra a discriminação baseada em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição;

b) fornecer a todas as pessoas, incluindo mulheres e pessoas que vivem na pobreza, segurança jurídica da posse e acesso igual à terra, bem como efetiva proteção contra despejos forçados que são contrários à lei, tendo em conta os direitos humanos e observando que os sem-teto não devem ser penalizados por sua condição;

c) adotar políticas destinadas a tornar as moradias habitáveis, acessíveis e disponíveis, mesmo para aqueles que não podem pagar uma moradia condigna por conta própria, por meio, nomeadamente, do seguinte:

- aumentar a oferta de moradia a preços acessíveis com medidas reguladoras e incentivos de mercado;

- aumentar o número de habitações a preços acessíveis através da concessão de subvenções e subsídios de aluguel e outra assistência às pessoas que vivem na pobreza;
 - apoiar programas de habitação para arrendamento de propriedade e de base comunitária, cooperativa e sem fins lucrativos;
 - promover serviços de apoio para sem-abrigo e outros grupos vulneráveis;
 - mobilizar novas fontes de recursos financeiros e outras entidades públicas e privadas de desenvolvimento de habitação e comunidade;
 - criar e promover incentivos baseados no mercado para incentivar o setor privado para atender às necessidades de habitação a preços acessíveis para locação e da propriedade;
 - promover padrões sustentáveis, desenvolvimento geográfico e sistemas de transporte que melhorem o acesso aos bens, serviços, lazer e locais de trabalho;
- d) acompanhar e avaliar eficazmente as condições de moradia, incluindo-se a extensão da falta de moradia e de habitações inadequadas e, em consulta com a população afetada, formulação e adoção de políticas de moradias adequadas e implementar estratégias eficazes e planos para lidar com estes problemas.

Stefaniak³⁶ ressalta que o direito à moradia adequada desenvolvido na Declaração de Istambul serviu à formatação do conceito de direito à cidade, integralmente incorporado ao Estatuto da Cidade, Lei Federal n. 10.257/2001, não sendo portanto possível “questionar a legitimidade do conceito de moradia escrito na carta de Istambul.”³⁷

³⁶STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano à moradia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 8, n. 8, p. 241, 2010.

³⁷Sobre o estatuto da cidade, vale referência ao seu extenso art. 2º, cujos 16 incisos preveem as políticas públicas necessárias à organização do espaço urbano e da promoção das condições necessárias ao uso do solo, entre outros, para o fim de moradia adequada. A relação entre moradia adequada e direito à cidade consta do *caput* do art. 2º e do seu inciso I, ora transcritos: “Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações.”

9 DIREITO À MORADIA E MÍNIMO EXISTENCIAL

Foi a partir da década de 1950, em especial na Alemanha, que se passou a considerar que o princípio da dignidade da pessoa humana não exigia somente a garantia da liberdade (direitos civis e políticos), mas também um mínimo de segurança social (garantia de igualdade). A dignidade da pessoa humana reclama uma existência digna, que para tanto depende de recursos materiais mínimos. Essa linha de compreensão do direito, denominada **Jurisprudência dos Valores**, em claro rompimento com o positivismo jurídico então predominante, passou a pautar tanto a ação de tribunais quanto de legisladores:

Na doutrina do Pós-Guerra, o primeiro jurista de renome a sustentar a possibilidade de reconhecimento de um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. I, da Lei Fundamental da Alemanha, na sequência referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Por esta razão, o direito à vida e integridade corporal (art. 2º, inc. II, da LF) não pode ser concebido meramente como proibição de destruição da existência, isto é, como direito de defesa, impondo, ao revés, também, uma postura ativa no sentido de garantir a vida.³⁸

Tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência alemãs se sustenta que, embora a dignidade da pessoa humana não possa ser quantificada para garantir condições existenciais mínimas, o valor da prestação assistencial, que sempre estará acima do limite da pobreza absoluta, varia conforme a época, a localidade e o padrão socioeconômico vigente em cada sociedade³⁹.

³⁸SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 179, 2007.

³⁹Os alemães fazem uma distinção quanto ao conteúdo e alcance do mínimo existencial, desdobrando-o em **mínimo existencial de caráter fisiológico**, em que seu conteúdo essencial esteja fundado na dignidade da pessoa humana “abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação”, e em **mínimo de caráter sociocultural** (assegura ao indivíduo um mínimo de inserção na vida social e fundado no princípio do Estado Social e no princípio da igualdade).

Em excelente monografia sobre o tema, Krell⁴⁰ afirma que a teoria do “mínimo existencial” tem a função de afirmar ao indivíduo um direito subjetivo contra o Estado nas situações em que esse mesmo indivíduo não tiver recebido do Poder Público prestações dos serviços sociais básicos que possibilitem sua existência digna. No seu entendimento, o “padrão mínimo social” para sobrevivência sempre considerará a necessidade de um atendimento básico e eficiente pelo Estado de direitos sociais como saúde, alimentação básica, vestimentas, educação de primeiro grau e moradia.

No Brasil, esta teoria é pouco explorada e o ordenamento jurídico, embora não tenha previsto expressamente o mínimo existencial, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como norma embasadora e informativa de toda a ordem constitucional (art. 1º, inciso III, da CF/1988). Além disso, ao tratar no art. 170 da ordem econômica, funda-a na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e na justiça social e prevê a garantia de uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Existência digna que, por óbvio, está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Tanto no direito comparado, quanto no direito pátrio, a dignidade da pessoa humana refere-se a uma existência digna. Logo, o Estado, no exercício de seu poder, deve ter como meta a satisfação das condições materiais básicas para consecução deste fim.

10 DIREITO À MORADIA MÍNIMA? ISSO NÃO TEM RELAÇÃO COM O CONCEITO DE MORADIA ADEQUADA

Em que pese a teoria do mínimo existencial como patamar mínimo para exercício de ações estatais visando a promoção de direitos de igualdade, tais como o direito à moradia, o conceito de moradia adequada previsto no art. 11.1 do PIDESC, no art. 60 da Declaração de Istambul e, de forma implícita, no art. 2º do Estatuto das Cidades, dão a conformação mínima ao direito à moradia previsto no art. 6º da CF/1988.

Nesse sentido, não há que se falar em promoção de políticas públicas apenas no sentido de prover um teto aos que não o têm, mas

Também vale a referência à decisão do Tribunal Constitucional de Portugal no acórdão 509/2002 quanto ao mínimo existencial, que reconheceu tanto um direito negativo quanto um direito positivo a serem garantidos em um patamar abaixo do qual não há sobrevivência condigna, “como algo que o Estado não apenas não pode subtrair ao indivíduo, mas também como algo que o Estado deve positivamente assegurar, mediante prestações de natureza material.” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 171-213, 2007, p. 180-182).

⁴⁰KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFe, 2002. p. 62-63.

a realização de toda uma infraestrutura necessária à inclusão social daqueles que, por não terem local de moradia, acabam por não ter acesso a nenhum outro direito, haja vista que a instalação em um local para habitar é condição básica para o exercício de todos os demais direitos. Não adianta nada liberdade de ir e vir se não se tem para onde voltar.

A estrutura normativa brasileira impõe a realização de uma série de políticas de habitação e de infraestrutura urbana que não há como serem consideradas mínimas. Não há, em termos normativos tanto internacionais como de direito interno, qualquer possibilidade de se compreender de outro modo. O ordenamento jurídico impõe ao Estado a aprovação de orçamento para a realização de obras e, ato contínuo, sua devida realização. Em síntese, **o patamar mínimo do direito à moradia adequada previsto no ordenamento jurídico brasileiro é muito mais elevado que a atual vontade política do Estado na promoção desse direito**⁴¹.

Por causa dessa dissociação entre o que o direito manda fazer e o que de fato é realizado, entre outros motivos, para justificar a não-concretização dos direitos sociais em geral e do direito à moradia em particular, desenvolveu-se a tese da **reserva do possível**.

11 A GRANDE ESCUSA À PROMOÇÃO DO DIREITO À MORADIA E DOS DEMAIS DIREITOS SOCIAIS: A RESERVA DO POSSÍVEL

A “reserva do possível” é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações. É uma construção teórica originária do direito alemão, que surgiu no início da década de 1970 e que, em certas situações, faz todo sentido. Porém, sua universalização para todos os casos concretos não faz tanto sentido assim. Nas palavras de Lima⁴²:

No Brasil, qualquer dificuldade, por menor que seja, é utilizada como desculpa para não implementar direitos sociais. Quando não é uma desculpa bem banal, como a alegação de que os direitos sociais são normas meramente programáticas ou a alegação de que a Administração tem plena discricionariedade nessa seara ou uma suposta ilegitimidade do Ministério Público ou outra do estilo, parte-se para construções mais elaboradas, como a reserva do possível, que tem se tornado um verdadeiro instrumento de neutralização dos direitos socioeconômicos.

⁴¹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 145.

⁴²LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. p. 192.

Segundo essa teoria, a efetividade dos direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está condicionada à existência prévia dos respectivos recursos necessários à execução dos serviços. A disponibilidade dos recursos, por seu turno, dependeria da composição do orçamento público, que está dentro da discricionariedade das decisões governamentais e dos parlamentos⁴³. Seguindo essa linha, somente é possível concretizar aquilo que constar do orçamento. Se não houver previsão orçamentária, não há como o Administrador realizar qualquer atividade de promoção de tais direitos.

Essa doutrina foi acolhida e desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a partir da decisão conhecida como *numerus clausus*, em que a Corte alemã analisou a ação proposta por estudantes que não haviam sido admitidos no ensino universitário face à política de limitação do número de vagas em cursos superiores adotada pela Alemanha, na década de 1960⁴⁴.

Ao decidir a questão, o Tribunal Constitucional entendeu que a prestação material a ser efetivada pelo Estado deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Assim sendo, mesmo que o Estado dispusesse dos recursos e tendo o poder de disposição, não se poderia falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável. Conforme Sarlet e Figueiredo⁴⁵, é possível sustentar que a reserva do possível possui uma dimensão tríplice, que abrange:

- a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à exigibilidade e, nesta quadra,

⁴³KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFe, 2002. p. 52.

⁴⁴SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchitiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 188-189, 2007.

⁴⁵*Ibidem*, p. 189.

também da sua razoabilidade. Todos os aspectos referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional.

No Brasil, a cláusula da reserva do possível impõe limites à realização de direitos fundamentais pela via judicial. E isto ocorre devido à escassez de recursos do Estado, ou melhor, em razão dos limites orçamentários. Este argumento, além de outros que limitam a realização por via judicial dos direitos fundamentais, não tem aceitação unânime. As opiniões sobre a eficácia dos direitos sociais podem ser divididas em três teorias: a da eficácia zero, a da efetividade máxima e a da eficácia mínima⁴⁶:

a) Os caudatários da **teoria da eficácia zero** posicionam-se no sentido de que o Poder Judiciário não pode implementar direitos sociais por impossibilidade jurídica, pois tal competência seria de atribuição exclusiva da Administração Pública. Para os adeptos da teoria da eficácia zero, a cláusula da reserva do possível veda o Poder Judiciário de implementar direitos sociais. Entretanto, o mínimo existencial concede ao indivíduo um direito subjetivo contra o Estado em situações em que este mesmo indivíduo não receba do Poder Público prestações dos serviços sociais básicos que possibilitem sua existência digna. Nesse sentido, deve prevalecer a dignidade da pessoa humana e não a integridade do orçamento. Assim, mesmo adotando-se a teoria de eficácia zero, o Estado, com base na cláusula da reserva do possível, deve garantir o mínimo existencial dos direitos sociais;

b) Segundo a **teoria da efetividade máxima**, o Poder Judiciário pode e deve agir para efetivar as normas de direitos fundamentais sociais. Entretanto, a ideia de máxima eficácia dos direitos fundamentais não é tratada de forma uniforme entre os doutrinadores pátrios e, por esta razão, esta teoria pode ser dividida, ainda, em três concepções: absolutista, absolutista particular e moderada:

1) Nos termos da concepção **absolutista**, rejeita-se não só a doutrina da reserva ou cláusula do possível, mas quaisquer óbices à concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, tais como: separação dos Poderes, restrições orçamentárias, complexidade

⁴⁶LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. p. 86-119.

da matéria dentre outras. Posiciona-se no sentido de que os direitos fundamentais sociais, independentemente da hierarquia, devem ser sempre e ao máximo concretizados. No Brasil, em termos de concessão via judicial de remédios e tratamentos médicos pelo Poder Judiciário, Wang apresenta interessante pesquisa pela qual demonstra que o STF se filiava a esse entendimento até 2007, quando “todas as decisões analisadas concediam o medicamento ou tratamento pedido pelo impetrante”⁴⁷. Para os adeptos desta concepção, nada, nem mesmo a cláusula da reserva do possível, pode ser óbice à concretização dos direitos sociais pelo Judiciário;

2) A concepção **absolutista particular** é assim conhecida por entender que o absolutismo refere-se somente aos direitos fundamentais sociais de hierarquia superior ou aos componentes do núcleo essencial do valor da dignidade da pessoa humana. Para os adeptos desta concepção, a cláusula da reserva do possível não seria aplicável aos direitos sociais de hierarquia superior ou aos componentes do núcleo essencial do valor da dignidade da pessoa humana; portanto, se um direito social compuser o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, o Estado não poderia deixar de garantir o mínimo existencial desse direito nem mesmo sob o argumento da reserva do possível. Podemos associar, aqui, a posição doutrinária de Krell⁴⁸:

O condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos ‘condicionantes econômicos’ relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados ‘direitos de segunda categoria’. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito de ‘redistribuição’ (Umverteilung) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

3) Nos termos da concepção **moderada**, entende-se possível a proteção dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, observando os limites impostos pelos custos de sua implementação e as consequências da decisão. Entretanto, segundo esta teoria, em se tratando de um direito fundamental no limite do mínimo existencial, a reserva do possível não autorizaria o Estado a deixar de garantir o direito dentro desse limite. Como adeptos a referida concepção, podemos destacar Sarlet e Figueiredo

⁴⁷WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 543, 2008.

⁴⁸KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: SAFe, 2002. p. 54.

que, ao tratarem sobre a efetividade do direito à saúde na fronteira entre a reserva do possível e o mínimo existencial, afirmam que:

[...] em matéria de tutela do mínimo existencial (o que no campo da saúde, pela sua conexão com os bens mais significativos para a pessoa) há que reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações e uma cogente tutela defensiva, de tal sorte que, em regra, razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito à exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos, já que nem o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária nem o da separação dos poderes assumem feições absolutas.⁴⁹

c) Conforme a **teoria da eficácia mínima**, defendem-se as posições pelas quais o Judiciário somente pode agir negativamente ou, positivamente, no limite necessário para efetivar o mínimo existencial. De modo que o Estado não poderia, nem mesmo com base na da reserva do possível, deixar garantir esse mínimo.

A diferença entre a concepção moderada (3) e a teoria da eficácia mínima (c) reside ao fato que, naquela, o Judiciário não estaria limitado e restrito a agir somente a garantir o mínimo existencial, tal como deveria ocorrer segundo a teoria da eficácia mínima. A concepção moderada exige que Administração Pública explicita os motivos pelos quais existe impossibilidade técnica e orçamentária à promoção de determinado direito social pleiteado em juízo e o modo pelo qual pretende suprir esta impossibilidade no futuro, a fim de concretizar essa exigência social.

12 À GUIA DE CONCLUSÃO: O DIREITO À MORADIA É DIREITO FUNDAMENTAL QUE, EM REGRA, NÃO PODE SER JUDICIALMENTE EXIGÍVEL

A grande falácia da reserva do possível consiste em se afirmar que o orçamento público é o limite para cumprimento das demandas sociais. Não é bem isso. O limite está determinado pelas condições materiais da sociedade, isto é, pela capacidade econômica de produção, pela capacidade de riqueza. O orçamento público, por outro lado, refere-se às decisões políticas quanto ao que fazer com os tributos arrecadados.

⁴⁹SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 201, 2007.

É bem possível, e altamente provável, que as definições sobre orçamento não sejam adequadas à realidade social ou jurídica. Em outras palavras, embora haja necessidade de se eliminar o *deficit* habitacional no Brasil, os recursos dispostos no orçamento para tratar desse problema são muito inferiores ao necessário para resolvê-lo. Não é por outro motivo que, para autores como Krell⁵⁰, o Judiciário teria o dever constitucional de, se chamado a atuar numa situação dessas, determinar a realocação de recursos de outras rubricas orçamentárias, relativas a temas sem relevância constitucional (por exemplo, propaganda de governo), para integrar o recurso necessário à promoção de políticas de moradia.

Se a reserva do possível tem natureza econômica, pois vinculada à escassez de condições materiais para realização de um direito social, a falta de concretização de um direito fundamental social somente poderia ser escusada em caso de ausência de condições materiais, e não porque se decidiu, politicamente, à revelia da ordem constitucional, que uma ou outra política de promoção de direitos não receberia recursos em quantidade adequada.

Levando-se a condição econômica em consideração, é possível entender porque certos direitos sempre foram entendidos como de eficácia plena e outros de natureza programática: a estrutura do Estado de Direito foi construída para a finalidade de proteger os direitos individuais. O poder público está organizado basicamente para garantir a vida, a liberdade e a propriedade. Praticamente todo o orçamento público está direcionado para isso, por exemplo, para manutenção de servidores nos departamentos de polícia, nos tribunais e na organização dos mercados, e é justamente essa estrutura que confere eficácia plena aos chamados direitos de liberdade.

Por outro lado, quando se trata de direitos sociais, o Estado ainda precisa programar atividades para sua promoção e concretização. Tal programação, contudo, jamais utilizará de recursos já alocados para proteção dos direitos de eficácia plena porque, se fossem retirados tais recursos de lá, aqueles direitos perderiam sua eficácia plena e se tornariam de eficácia programática, pois ficariam dependentes de programações estatais. Ou seja, o que confere eficácia plena ou eficácia programática a um direito é a estrutura posta a serviço de sua proteção. Afinal, todo direito demanda custo.

Em virtude dos recursos escassos, há que se fazer escolhas, mas não se pode escolher algo em sentido contrário ao já decidido pelo poder constituinte. Como a moradia adequada é direito fundamental, o que se espera do legislador e do administrador é o cumprimento da escolha constitucional e não a desculpa de que não foi possível por falta de previsão orçamentária.

A falta de atuação legislativa e administrativa na promoção de direitos sociais, em especial os de hierarquia constitucional, pode e

⁵⁰KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFe, 2002. p. 97 e ss.

deve ser questionada judicialmente. O Poder Judiciário, guardião da Constituição, tem o dever de determinar a promoção do direito social violado e, em muitas situações, até mesmo determinar a prestação estatal necessária à concretização do direito.

No entanto, ainda levando em conta a escassez como critério para conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata aos direitos sociais, é possível identificar um problema que, no caso do direito à moradia, se apresenta com incrível nitidez: **o estoque**. Em outras palavras, a inexistência de moradias para serem entregues impede até mesmo a proteção judicial desse direito.

Em regra, uma norma constitucional sobre direitos fundamentais possui eficácia plena e aplicabilidade imediata, e por esta razão, caso um direito seja violado, quer pelo Estado, quer por terceiro, cria-se uma pretensão ao seu titular, que é detentor de um direito subjetivo público individual, de exigir sua reparação pelo exercício do direito de ação.

Em caso de direitos individuais, a proteção judicial é simples: o Estado-juiz impõe ao agressor do direito um dever de abstenção, sob pena de recair sobre este todo um aparato policial repressivo. Em caso de direitos sociais, por outro lado, o Estado-juiz impõe ao agressor do direito um dever de prestação: exige que o agressor, em regra o Estado-administração, entregue ao autor um bem ou um serviço pelo qual o direito social se realiza.

Tal prestação exigida pelo Judiciário é plausível em vários casos. Em ações envolvendo direito à saúde, é razoável que o juiz imponha à Administração o dever de prover tratamento médico ou remédios. Em ações envolvendo direito à educação, é razoável que o juiz imponha a abertura de uma vaga a mais numa sala de aula de ensino fundamental. Note-se que essas prestações só são possíveis pela existência prévia de condições materiais. Já existem médicos, remédios, professores e escolas. Essas prestações ficariam mais difíceis de serem realizadas, porém, em caso de tratamentos médicos ou remédios experimentais, ou se não houvesse escolas na região em que o autor da ação resida. Nesses casos, a ordem judicial serve de indicação para a Administração programar a utilização de novos medicamentos e a construção de novas escolas, a contratação de mais médicos e professores. Completada a programação, o direito se torna pleno, ao menos até o momento em que se constate a necessidade de novos programas.

No caso do direito à moradia, não há como o Poder Judiciário exigir que o Estado entregue uma habitação ao autor da demanda judicial, simplesmente porque não há casas à disposição. Não há estoque de moradias, que depende integralmente de construção por meio de programas governamentais (seja a construção realizada diretamente pelo Estado, seja por licitação pública, seja pelo interessado mediante política de financiamento governamental).

Para as pessoas que não foram incluídas em uma política habitacional, a reserva do possível se apresenta como a impossibilidade material de exigir a entrega de uma moradia.

Quando uma política pública de habitação é implantada, já se definem as pessoas que passarão a residir nas casas quando estas ficarem prontas⁵¹. Estas até podem exigir do Estado que as obras sejam realizadas no tempo previsto, mas a reserva do possível, aqui, efetivamente se apresenta como a impossibilidade material de se exigir outra casa.

Em suma, no Brasil, no âmbito do direito social à moradia, o Poder Judiciário possui apenas três possibilidades de atuação: a) exigir que as habitações construídas por meio de políticas públicas sejam adequadas, nos termos do PIDESC, da Declaração de Istambul e do Estatuto da Cidade; b) exigir que as habitações objeto de políticas públicas sejam entregues aos indivíduos beneficiários de tais políticas, segundo os critérios definidos por essa política; c) exigir que o orçamento público destinado a programas de moradia seja integralmente utilizado com a maior eficiência possível, sendo inaceitável a omissão administrativa na implantação desses programas.

13 REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Madri: Trotta, 2002.

ABREU, João Maurício Martins. A moradia informal no banco dos réus: discurso normativo e prática judicial. **Revista Direito GV**, v. 7, n. 2, p. 391-215, 2011. ISSN 1808-2432. Também disponível em: <http://scielo.br>. Acesso em: 21 jun. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CABRAL, Maria de Fatima. Habitação e questão social – análise do caso brasileiro. **Scripta Nova, Revista electrónica de geografía y ciencias sociales**. Barcelona, Universidad de Barcelona, v. 9, n. 194 (26), p. 1-9, 2005. ISSN 1138-9788. Também disponível em: www.ub.edu/geocrit/sn/sn-194-26.htm. Acesso em: 21 jun. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

⁵¹Sem dúvida, há possibilidade de se discutir a legalidade ou constitucionalidade do critério adotado para se definir quem deve participar da política habitacional, embora essa discussão não se refira diretamente ao ponto ora em discussão

COHAB. Companhia de Habitação de Campinas. **Informativo COHAB**. jan. a abr. 2012. Disponível em: <http://www.cohabcp.com.br>. Acesso em: 16 maio. 2012.

HIERRO, Libório L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, p. 249-271, 2007. ISSN 0214-8676. Também disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 28 jun. 2012.

KOERNER, Andrei. O papel dos direitos humanos na política democrática: uma análise preliminar. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 18, n. 53, p. 143-157, 2003. ISSN 0102-6909. Também disponível em: <http://scielo.br>. Acesso em: 21 jun. 2012.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: SAFe, 2002.

LIMA, George Marmelstein. **Efetivação Judicial dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2005. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br>. Acesso em: 25 jun. 2012.

MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. *In*: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e Estado Social**: os obstáculos à concretização da Constituição. São Paulo: RT, 2008. p. 111-135.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 1, p. 171-213, 2007. ISSN 1982-1921. Também disponível em: <http://www.djf.inf.br/>. Acesso em: 20 jun. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano à moradia. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 8, n. 8, p. 237-256, 2010. ISSN 1982-0496. Também disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br>. Acesso em: 21 jun. 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 539-568, 2008. ISSN 1808-2432. Também disponível em: <http://scielo.br>. Acesso em: 22 jun. 2012.



JURISPRUDÊNCIA

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

01 - AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, III, CPC. COLUSÃO

Extraíndo-se do conjunto probatório emergente dos autos que as partes do processo principal dele se valeram com o único propósito de burlar a lei, impõe-se a desconstituição da decisão homologatória do acordo firmado na reclamação trabalhista, decretando-se ainda em novo julgamento a extinção desse processo com fundamento no art. 129 do CPC. TRT/SP 15ª Região 0014276-48.2013.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 8/13-PDI3. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 10.1.2013, p. 20.

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ERRO SUBSTANCIAL ACERCA DOS TERMOS AVENÇADOS

Não se revelando o distanciamento entre a vontade do autor e a declaração por ele expressa quanto aos termos da composição firmada entre os litigantes, mas apenas em desatenção da parte ou arrependimento posterior, não caracterizado erro substancial capaz de autorizar o corte rescisório da decisão homologatória do acordo judicial (art. 485, VIII, CPC). ACORDO JUDICIAL HOMOLOGADO SEM RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Descabe a análise da pertinência do acordo homologado judicialmente, sob expresse reconhecimento de ausência de vínculo empregatício, em sede de rescisória, se não é esse o objeto próprio da ação e, sim, a controvérsia sobre a manifestação da vontade quanto ao reconhecimento do vínculo. TRT/SP 15ª Região 0002183-19.2011.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 12/13-PDI3. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 10.1.2013, p. 21.

03 - AÇÃO RESCISÓRIA. RETRATAÇÃO DE ACORDO ANTES DA HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO. NEGÓCIO JURÍDICO INEXISTENTE

A transação trabalhista instrumentalizada por petição conjunta, mas retratada por uma das partes em momento anterior à prolação da decisão de homologação, importa causa de esvaimento do consenso mútuo antes de aperfeiçoado o ajuste. Considerando, pois, ser a vontade elemento fundamental do negócio jurídico, este é tido por inexistente, a ensejar o corte rescisório da sentença homologatória do acordo judicial (art. 485, VIII, CPC). TRT/SP 15ª Região 128-95.2011.5.15.0000 - Ac. 3ªSDI 66/13-PDI3. Rel. Maria Cecília Fernandes Álvares Leite. DEJT 7.2.2013, p. 11.

DIREITO MATERIAL

04 - AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO. DESTINAÇÃO. FAT

Nos termos preconizados no art. 13 da Lei n. 7.347/1985, a indenização por dano moral coletivo, fixado em ação civil pública, não se reverte diretamente aos indivíduos lesados, mas sim ao FAT, fundo criado em benefício dos trabalhadores por meio da instituição de programas e ações de emprego. Isso porque, o montante reparatório objetiva ressarcir a coletividade atingida, associado a um prejuízo de ordem social, e não reparar as lesões em uma dimensão individual. TRT/SP 15ª Região 150100-45.2002.5.15.0101 - Ac. 2ª Câmara 37.844/13-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 9.5.2013, p. 429.

05 - AÇÃO COLETIVA. LIMITE SUBJETIVO. COISA JULGADA

Como qualidade que torna imutável e indiscutível uma decisão, a coisa julgada encontra limites de ordem subjetiva (sujeitos atingidos) e objetiva (questões decididas). Nas ações coletivas, os limites subjetivos da coisa julgada, ou seja, a determinação das pessoas sujeitas à decisão judicial, estão previstos no art. 103 da Lei n. 8.078/1990 - efeito *ultra partes* ou *erga omnes*, dependendo do interesse metaindividual lesado. TRT/SP 15ª Região 162100-98.2007.5.15.0005 - Ac. 4ª Câmara 13.850/13-PATR. Rel. Regina Dirce Gago de Faria Monegatto. DEJT 28.2.2013, p. 858.

06 - ACIDENTE DE TRABALHO. ATROPELAMENTO ÀS MARGENS DE RODOVIA. SINALIZAÇÃO DEFICIENTE E NÃO INTERRUPTÃO DO TRÂNSITO. CONDIÇÃO INSEGURA. CULPA CONCORRENTE DO EMPREGADOR

O labor às margens de rodovia é potencialmente de risco, sendo que este é agravado quando a sinalização é deficiente e quando o trânsito não é interrompido, colocando o empregado em condição insegura. Ainda que o acidente tenha sido causado por terceiro, há culpa concorrente do empregador, que não adotou todas as medidas de segurança TRT/SP 15ª Região 216-81.2011.5.15.0082 - Ac. 7ª Câmara 47.065/13-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 13.6.2013, p. 329.

07 - ACIDENTE DE TRABALHO. TRABALHO NA COLETA DE SÊMEN DE TOURO REPRODUTOR. COICE DO ANIMAL. DANOS MORAL,

ESTÉTICO E MATERIAL. CULPA DO EMPREGADOR. CONFIGURAÇÃO É dever do empregador zelar pela higidez física de seus empregados, fornecendo meio ambiente de trabalho seguro para o desenvolvimento das atividades laborais, sob pena de arcar com o pagamento dos danos advindos de acidente de trabalho sofrido pelo trabalhador. TRT/SP 15ª Região 566-90.2010.5.15.0054 - Ac. 1ª Câmara 53.818/13-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 27.6.2013, p. 133.

08 - ACIDENTE DO TRABALHO TÍPICO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO DEMONSTRADA. CULPA DO EMPREGADOR CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA

Milita contra o empregador a presunção de sua culpa exclusiva no acidente, eis que deve-se partir da premissa de que a ele cabe a implementação, treinamento e vigilância das normas de segurança do trabalho. Assim, tese defensiva de que o acidente fatal ocorrido com o autor decorreu de sua culpa exclusiva, constitui hipótese de exclusão da responsabilidade do empregador pelos danos causados, cabendo, portanto, a este, comprovar que não concorreu de nenhuma forma para o evento e que cumpriu o seu dever de fiscalização, para fins de observância das normas de segurança por parte do empregado, a fim de culminar com a exclusão da sua responsabilidade em face da reparação pelos danos resultantes do infortúnio. Da análise das provas, em especial o esclarecimento prestado pela testemunha do autor e as informações fornecidas pela empresa fabricante da colheitadeira, no sentido de que a máquina não possui especificação técnica que indique a sua utilização para a colheita de sementes de capim brachiária e que qualquer alteração ou adaptação no equipamento é de responsabilidade de quem o realiza, uma vez que não existe homologação pela fábrica para tal fim, afasta por completo a possibilidade de culpa exclusiva da vítima (ou ato inseguro, como se referiu o *expert* em seu laudo). Tem-se, pois, que a máquina em questão representava nítido perigo aos trabalhadores que a operavam, eis que seu uso não se dava de forma correta (ou para o fim ao qual foi projetada). Houve, no mínimo, negligência da recorrente no controle das atividades desenvolvidas por seus empregados, bem como na segurança destes, ficando evidenciada a omissão do dever de vigilância e de proteção à higidez dos funcionários. Assim, é inescusável a culpa do empregador no acidente de trabalho sofrido pelo obreiro, emergindo inquestionavelmente a sua obrigação de reparar o dano dele decorrente. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1162-65.2010.5.15.0057 - Ac. 5ª Câmara 52.687/13-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 27.6.2013, p. 294.

09 - ACÚMULO DE FUNÇÕES. CARACTERIZADO. DIREITO A ACRÉSCIMO SALARIAL

Comprovado nos autos que a empregada se ativou em outras funções além daquela pela qual foi contratada, faz jus a trabalhadora ao acréscimo

salarial decorrente do indevido acúmulo de funções. Com efeito, não se pode olvidar que é da natureza do contrato de trabalho a comutatividade, na medida em que os contraentes auferem vantagens recíprocas, cada qual recebendo o equivalente ao que dá. Desta forma, a partir do momento em que a reclamante passou a exercer outras funções em conjunto com aquela para a qual foi contratada, mantendo o mesmo padrão salarial, quebrou-se a comutatividade inerente ao contrato, passando uma das partes, no caso, a empregadora, a auferir vantagem indevida, pois a força de trabalho da empregada foi dobrada sem a contrapartida salarial. E nem se alegue a inexistência de legislação específica a respeito, uma vez que o acúmulo de funções implica em indevida modificação das condições do pacto laboral, na forma preconizada pelo art. 468 da CLT, o que torna legítima a reivindicação pelo pagamento de um acréscimo no salário. A pretensão obreira de ver adequadamente remunerado o trabalho prestado para a reclamada encontra amparo, ainda, na CF, que em seu art. 7º, inciso V, fixa piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, além do princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa (art. 884 do CC). TRT/SP 15ª Região 1417-84.2012.5.15.0111 - Ac. 6ª Câmara 49.679/13-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 20.6.2013, p. 912.

10 - ACÚMULO DE FUNÇÕES. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES INSERIDAS NO CONTRATO DE TRABALHO. NÃO CARACTERIZAÇÃO
O acúmulo de função se configura quando o empregado desenvolve atividades diversas da função para a qual fora contratado, visando apenas beneficiar o empregador, que se aproveita dos préstimos do obreiro para acrescentar tarefas inerentes a determinado cargo. Tal situação implica em desequilíbrio na relação jurídica, atingindo o caráter comutativo e sinalagmático do contrato de trabalho, caracterizando abuso patronal, que, ao desequilibrar as obrigações contratadas, extrapola os limites do *jus variandi*. Portanto, diante da caracterização do acúmulo de funções, devido o acréscimo salarial. Recurso TRT/SP 15ª Região 1739-21.2011.5.15.0150 - Ac. 5ª Câmara 8.481/13-PATR. Rel. Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. DEJT 7.2.2013, p. 429.

11 - ACÚMULO OU ACRÉSCIMO DE FUNÇÕES DISTINTAS DA ORIGINALMENTE CONTRATADA. TRABALHO GRATUITO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DO EMPREGADOR. ADICIONAL DEVIDO
O acúmulo ou acréscimo de funções diversas daquela originalmente contratada, sem a devida contraprestação pecuniária, importa enriquecimento indevido do empregador - que deixa de contratar trabalhadores ou serviços especializados para fazer frente às necessidades do empreendimento - à custa do trabalho alheio gratuito. Recurso Ordinário a que se nega provimento para, com fundamento nos artigos 884 do CC (c/c 8º da CLT) e 460 consolidado, por analogia, manter o pagamento de adicional por acúmulo/acréscimo de funções e reflexos.

CONTROLES DE PONTO NÃO ASSINADOS. IMPRESTABILIDADE. Não estando os controles/espelhos de ponto - manuais, mecânicos e/ou eletrônicos - assinados, são imprestáveis para a aferição da real jornada de trabalho. Se o documento é particular e foi produzido unilateralmente por uma das partes não há dúvida que, se pela outra não foi assinado e nem teve o seu conteúdo reconhecido como verdadeiro, validade nenhuma tem como meio probatório, ainda mais quando há efetiva divergência sobre a exatidão dos horários registrados que, por sua vez, apresentam simetria impossível de verificar-se na prática. Ao tratar no Título V - Da prova, o CC estabelece, no art. 219, *caput*, que as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários. Com redação semelhante o art. 368 do CPC, sendo ambos aplicáveis ao Direito e Processo do Trabalho nos termos dos artigos 8º e 769 da CLT. As não assinadas, a *contrario sensu*, presunção alguma geram, sendo mesmo inúteis. Não fosse assim institucionalizar-se-ia verdadeira fábrica de registros produzidos unilateralmente, sem assinatura, para fazer a prova do que bem entendesse o emitente, o que implicaria manifesta insegurança jurídica. Aliás, a imprestabilidade dos controles de ponto equivale à própria ausência de controle, sendo o caso de se inverter o ônus da prova, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT e do entendimento consubstanciado na Súmula n. 338 do C. TST, uma vez que não é razoável exigir do empregado prova da real jornada quando o empregador não apresenta controles válidos de jornada em que permitia a anotação correta dos horários trabalhados. Tal convicção mais se reforça quando, como no caso dos autos, a prova oral corrobora os excessos narrados, decorrentes da supressão parcial do intervalo para repouso e alimentação. Recurso Ordinário a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1259-46.2010.5.15.0128 - Ac. 10ª Câmara 53.432/13-PATR. Rel. José Roberto Dantas Oliva. DEJT 27.6.2013, p. 415.

12 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. EXPOSIÇÃO AO SOL. DEVIDO Previsão legal está contida na NR 15, Anexo 7, da Portaria n. 3.214/1978 - verificadas por prova competente as condições de labor adversas, cabível a remuneração adicional perseguida. INTERVALO ENTREJORNADAS. HORAS EXTRAS DEVIDAS. Faz jus o empregado ao recebimento de horas extras decorrentes da inobservância do intervalo regular previsto no art. 66, Consolidado, tendo em vista que o instituto está na categoria das normas de ordem pública e, portanto, indisponível, à medida que protege a própria integridade física e mental do trabalhador - entendimento expressado pelo C. TST, através da Súmula n. 110 e OJ-SDI1 n. 355. TRT/SP 15ª Região 822-11.2010.5.15.0029 - Ac. 5ª Câmara 38.455/13-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 16.5.2013, p. 410.

13 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE

O contato com pelos, ossos, gorduras e carne de animais, por si só, não é suficiente para ensejar o direito ao adicional de insalubridade em grau máximo. A atividade que foi incluída como insalubre no Anexo 14 (agentes biológicos), da NR 15, da Portaria n. 3.214/1978, é aquela em que há contato com animais doentes, o que não se confunde com o labor envolvendo o abate de animais destinados ao consumo humano. TRT/SP 15ª Região 2524-46.2010.5.15.0011 - Ac. 7ª Câmara 52.496/13- PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 27.6.2013, p. 386.

14 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE BASE DE CÁLCULO. SALÁRIO MÍNIMO REGIONAL (PAULISTA)

De acordo com a melhor integração dos artigos 192 da CLT, e 7º, IV e XXIII, da CF de 1988, estes integrados com as Súmulas Vinculantes n. 04 e 10, ambas do C. STF, a base de cálculo para o adicional de insalubridade deve ser o valor do salário mínimo regional. Enquanto as normas constitucionais vedam qualquer vinculação ao salário mínimo nacional, o próprio art. 192 da Consolidação é expresso ao dizer que o exercício de trabalho em condições insalubres deve assegurar ao trabalhador a percepção do respectivo adicional sob diferentes percentuais com base no “salário mínimo da região”. Nessa lógica, todo e qualquer Estado Brasileiro que adotar valor diferenciado para seu salário mínimo, deve o adicional de insalubridade tê-lo como base de cálculo, até por tratar-se de condição mais benéfica ao trabalhador exposto à ação de condições extremas à sua saúde. Trata-se, aliás, de posicionamento alinhado inclusive com a recente decisão proferida nos autos do RR 1330800-91.2007.5.09.0003, relatado pela Ministra Delaíde Miranda Arantes, publicada no DEJT em 19.4.2013. TRT/SP 15ª Região 69000-72.2009.5.15.0085 - Ac. 9ª Câmara 49.973/13-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 20.6.2013, p. 169.

15 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA VIGÊNCIA DO ITEM II DA SÚMULA N. 364 DO C. TST. VALIDADE. SEGURANÇA JURÍDICA

Em boa hora o C. TST cancelou o item II da Súmula n. 364, dando prevalência, assim, à melhoria da segurança do trabalhador. Todavia, na vigência desse item sumular, não há como se negar que as partes negociaram coletivamente amparadas em entendimento que prevalecia naquela Corte. Portanto, inclusive para a garantia da segurança jurídica, deve prevalecer a proporcionalidade negociada nas normas coletivas. Diferenças de adicional de periculosidade indevidas. TRT/SP 15ª Região 906-32.2011.5.15.0108 - Ac. 5ª Câmara 102.779/12-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 10.1.2013, p. 205.

16 - ADICIONAL ESPECIAL. PARCELA INSTITUÍDA EM REGULAMENTO DE EMPRESA. BASE DE CÁLCULO. INTERPRETAÇÃO

RESTRITIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 114 DO CC

O adicional especial, instituído no Regulamento de Pessoal de 1976, deve ser calculado sobre a remuneração básica do trabalhador, que corresponde ao salário base, conforme opção feita pelo empregado ao aderir ao PCS/1989, não se confundindo com a remuneração a que se refere o art. 457 da CLT. Isto porque a interpretação da norma regulamentar deve observar os exatos termos em que foi estabelecido, conforme prevê o art. 114 do CC. Diferenças indevidas. TRT/SP 15ª Região 02525-14.2011.5.15.0070 - Ac. 1ª Câmara 19.099/13-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 21.3.2013, p. 531.

17 - AJUSTE COLETIVO. FALTA DE REGISTRO E ARQUIVO NO MTB. FORMALIDADES QUE NÃO RETIRAM A VALIDADE E EFICÁCIA DOS TERMOS DO AJUSTE

A falta de depósito do ajuste coletivo no MTb, conforme previsto art. 614 da CLT, não invalida o seu conteúdo e nem o torna ineficaz quanto às obrigações constantes do negócio jurídico. Trata-se de formalidade legal que tem por finalidade o registro e arquivo, ou seja, dar publicidade dos termos acordados perante terceiros. O Estado não pode intervir na livre manifestação da vontade coletiva, já que os termos do ajuste fazem lei entre as partes e a formalidade do depósito se revela em mera infração administrativa, não interferindo na eficácia e validade do entabulado. TRT/SP 15ª Região 832-19.2011.5.15.0062 - Ac. 3ª Câmara 10.204/13-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 14.2.2013, p. 713.

18 - ALTERAÇÃO NEGOCIAL DOS LIMITES LEGAIS DE LIMITAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO E DOS INTERVALOS INTRA-JORNADA E ENTRE-JORNADAS. POTENCIALIZAÇÃO DOS RISCOS NO TRABALHO. PRESUNÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. PREVALÊNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOBRE OS NEGÓCIOS JURÍDICOS FORMAIS

Ainda que muita teoria jurídica tenha sido desenvolvida, tendo como norte os interesses econômicos imediatos das empresas, no sentido de considerarem que normas coletivas possam suplantar as previsões legais (e constitucionais) referentes à limitação da jornada de trabalho (sobretudo quando considerada a redução fixada para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento) e ao intervalo para refeição e descanso, encontrando eco em posicionamentos jurisprudenciais, e a reclamada possa, então, dizer que as jornadas praticadas estavam autorizadas pelos negócios jurídicos que formalizou, não se pode olvidar que esses limites legais possuem uma razão de ordem pública, pautada pela necessidade de preservação da saúde no ambiente de trabalho. Assim, ainda que se queiram encontrar (e, efetivamente, se encontrem) argumentos jurídicos para favorecer a alteração desses limites, a partir de negócios particulares, não há como evitar a produção de efeitos na esfera

dos direitos fundamentais atinentes à saúde do trabalhador, sendo certo que o jurídico-formal não suplanta a realidade fisiológica do ser humano, sucumbindo, pois, aos direitos fundamentais. O homem não é uma máquina, como foi, aliás, por diversas vezes enunciado na construção da racionalidade supressiva da lógica liberal clássica, para a formação das bases do Direito Social. E não sendo uma máquina, o homem precisa de descanso, tanto durante o trabalho quanto entre um dia de trabalho e outro e mais ainda esse descanso se exige quando o relógio biológico do homem sofre alterações constantes, determinadas pela dinâmica do trabalho. Dito de forma mais clara. Quando os limites legais destinados à proteção à saúde do trabalhador são alterados para atender os interesses econômicos do empregador, ainda que tais alterações tenham por base negócios jurídicos particulares considerados formalmente válidos, não há como evitar a produção de efeitos na esfera dos direitos fundamentais. A supressão dos limites destinados à preservação da saúde faz com que o empregador assuma, em maior grau, os riscos para a saúde do trabalhador no ambiente de trabalho, fazendo com que as moléstias adquiridas por seus empregados sejam presumidas como acidentes do trabalho, responsabilizando-se, objetivamente, o empregador não apenas em decorrência da teoria do risco, prevista no art. 927, do CC, mas também pela figura do abuso de direito quando, sob o argumento de dinamizar a produção, potencializa os riscos ao ser humano, contrariando, assim, vários preceitos constitucionais, em especial: a dignidade humana, como norma fundamental, o valor social do trabalho e a necessidade do interesse econômico seguir os ditames da justiça social. TRT/SP 15ª Região 158200-40.2006.5.15.0071 - Ac. 11ª Câmara 34.679/13-PATR. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 2.5.2013, p. 778.

19 - ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL. CONFIGURAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO

Consiste o assédio moral organizacional na exposição dos trabalhadores, por seus superiores hierárquicos, à situações humilhantes e constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções, desestabilizando a relação do empregado com o ambiente de trabalho. Presente a prova de tais constrangimentos a evidenciar a prática de assédio moral pelo empregador, impõe-se o dever deste de indenizar a vítima. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO TRABALHISTA. Não se aplica ao processo trabalhista a regra prevista no art. 475-J do CPC em razão do art. 880 da CLT estabelecer procedimentos e prazo próprios à execução do crédito no Processo do Trabalho. Desta forma, inexistente omissão que justifique a aplicação subsidiária da lei processual civil neste aspecto, conforme prevê o art. 769 da CLT. TRT/SP 15ª Região 01643-62.2011.5.15.0099 - Ac. 8ª Câmara 35.585/13-PATR. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 9.5.2013, p. 714.

20 - ASSÉDIO MORAL. CONTRATO DE INAÇÃO. VIOLAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DECENTE. DANO MORAL CARACTERIZADO

Uma vez demonstrado que a reclamante foi submetida à situação vexatória e ao constrangimento de se tornar mera figura decorativa no local de trabalho, relegada à ociosidade, com a submissão a tarefas rasas na qualidade de favores, sob a desculpa de “ocupar” o seu tempo (contrato de inação), falhando a empregadora em garantir o trabalho decente e meio ambiente de trabalho equilibrado e adequado (art. 225, CF/1988), há ofensa à sua dignidade como trabalhadora e sua honra pelo aspecto subjetivo, pois o juízo que faz de si resta minado diante da inutilidade de sua presença e contribuição para o trabalho. TRT/SP 15ª Região 1143-57.2012.5.15.0132 - Ac. 8ª Câmara 44.731/13-PATR. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 6.6.2013, p. 779.

21 - ASSÉDIO MORAL. RESCISÃO CONTRATUAL. EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL CONTRA O EMPREGADOR

Configura assédio moral a prática de atos pelo empregador tendentes a pressionar o empregado a desistir do exercício do direito de ação constitucionalmente garantido quando resulta na rescisão contratual como forma de penalização, ainda na iminência do julgamento da demanda consumerista. Demonstrado o dano moral, faz jus o reclamante à indenização respectiva. Inteligência dos artigos 5º, V e X, da CF e 186 do CC. TRT/SP 15ª Região 177800-10.2008.5.15.0093 - Ac. 1ª Câmara 28.300/13-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 18.4.2013, p. 287.

22 - ATLETA. JOGADOR DE FUTEBOL. CONTRATO DE TRABALHO POR PRAZO DETERMINADO E ESTABILIDADE DECORRENTE DE ACIDENTE DO TRABALHO

O contrato de trabalho do atleta profissional de futebol tem regulação específica pela Lei n. 9.615/1998, dada a característica *sui generis* do “serviço” que é desempenhado. Não se compara com um trabalhador comum, é um misto de atleta e artista, sonho de todo menino brasileiro, servindo a uma agremiação que, longe da figura de uma indústria, congrega multidões de torcedores apaixonados. Na legislação específica, estabelece-se exclusivamente a vinculação por prazo determinado para proteger o jogador, garantindo-lhe a permanência no clube por um certo período, proporcionando-lhe uma evolução na carreira, podendo ao final de cada contrato negociar outro, mais vantajoso, de acordo com sua evolução como atleta, com o mesmo clube ou com outro que valorize mais os seus préstimos profissionais, por isso, inaplicável a contratação por prazo indeterminado. Por outro lado, a contratação a termo não é

incompatível com a garantia de emprego contemplada no art. 118, da Lei n. 8.213/1991 (entendimento consolidado no enunciado do item III, da Súmula n. 378/TST). TRT/SP 15ª Região 176900-59.2009.5.15.0071 - Ac. 4ª Câmara 21.558/13-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 25.3.2013, p. 153.

23 - ATROPELAMENTO DE EMPREGADO QUE SE ATIVAVA NA SINALIZAÇÃO DE SOLO EM RODOVIA. ATIVIDADE DE RISCO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. DEVER DE REPARAÇÃO

O labor na sinalização de solo em rodovia, em praça de pedágio em obras, sem o bloqueio do trânsito de veículos, expõe os empregados a risco mais elevado de serem vítimas de atropelamento do que o padrão médio da sociedade. Incumbe ao empregador e, subsidiariamente, ao tomador de serviços o dever de reparação, quando o dano decorre do exercício normal da atividade, independentemente da configuração de culpa patronal (art. 927, parágrafo único, do CC). O fato de o atropelamento ter sido praticado por terceiro não afasta o nexo de causalidade, eis que não se trata de fato externo imprevisível, mas de risco interno, inerente ao exercício da atividade explorada. Configurados os danos materiais e morais e, demonstrada a ocorrência em razão do exercício da atividade de risco, emerge o dever de repará-los. Recurso dos reclamantes parcialmente provido. TRT/SP 15ª Região 2105-53.2010.5.15.0002 - Ac. 10ª Câmara 48.349/13-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 13.6.2013, p. 437.

24 - AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. ART. 1º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 12.506/2011. APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO EMPREGADO

Visando regulamentar o art. 7º, XXI da CF, a Lei n. 12.506/2011 estabeleceu que “o aviso prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa”; e que “ao aviso prévio previsto neste art. serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias”. Da exegese da norma em comento, tem-se que a proporcionalidade nela prevista aplica-se, exclusivamente, em benefício do empregado, não se sustentando interpretação diversa, em prol do empregador. Igualmente já entendeu o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Nota Técnica n. 184 de 7.5.2012. Recurso ordinário da reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 00913-12.2012.5.15.0133 - Ac. 6ª Câmara 21.922/13-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 4.4.2013, p. 851.

25 - AVISO PRÉVIO. LEI N. 12.506/2011. ACRÉSCIMO TEMPORAL PREVISTO. FAVORECIMENTO APENAS AOS EMPREGADOS

O acréscimo temporal previsto na Lei n. 12.506/2011, atinente ao aviso prévio, se fez favorável unicamente ao empregado. O art. 1º da lei em comento, concede o aviso prévio em favor dos “empregados” e não em favor do empregador. Ademais, o inciso XXI do art. 7º da CF ao assegurar o “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”, o prevê como direito dos empregados. É certo que o § 2º do art. 487 da CLT pode levar, em uma análise preliminar, à igualdade de direitos, o que poderia redundar no reconhecimento de que a inovação legal beneficiaria também o empregador. Ocorre que os elementos citados, bem como a expressa previsão da Lei n. 12.506/2011, levam ao reconhecimento de que essa igualdade se restringe apenas aos 30 dias. Não havendo, portanto, que se falar em ferimento ao princípio da isonomia, uma vez que o acréscimo temporal em razão da antiguidade do empregador é assegurado pela CF e não pela Lei Ordinária. Por fim, no mesmo sentido é a Nota Técnica n. 184 do Ministério do Trabalho e Emprego. Recurso conhecido e não provido. TRT/SP 15ª Região 1055-89.2012.5.15.0044 - Ac. 10ª Câmara 13.306/13-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 28.2.2013, p. 1197.

26 - BANCÁRIO. MOVIMENTAÇÃO DE CONTA FRAUDULENTA. JUSTA CAUSA RECONHECIDA

Incide em improbidade explícita bancário que invade a privacidade de um correntista, apossa-se de dinheiro de contas de clientes, repassa dados sobre uma conta bancária, abre, ativa e movimenta conta fraudulenta, procedimentos contrários às práticas e alicerces ínsitos ao trato do dinheiro alheio, mormente no âmbito bancário. Tais fatos ocasionam a quebra da confiança depositada pelo empregador, rompimento da fidúcia inescusável, inerente e necessária para a manutenção do contrato de emprego. Configura procedimento ilícito gravíssimo, compromete a imagem do empregador, instituição financeira que tem o dever de zelar pela segurança dos valores recebidos e sua lúdima administração. TRT/SP 15ª Região 191400-07.2009.5.15.0015 - Ac. 4ª Câmara 46.681/13-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 6.6.2013, p. 669.

27 - CARTÃO DE PONTO SEM ASSINATURA.VALIDADE

A lei não exige que o cartão de ponto esteja assinado para ter validade, portanto, não foi violada qualquer forma prevista em lei. A assinatura não é condição para a validade do ato jurídico. Se a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo. Logo, mesmo não assinado pelo empregado, será o cartão de ponto considerado válido. TRT/SP 15ª Região 00556-78.2010.5.15.0108 - Ac. 7ª Câmara 37.497/13-PATR. Rel. Renato Buratto. DEJT 9.5.2013, p. 673.

28 - CARTÕES DE PONTO. NÃO APRESENTAÇÃO POR EMPREGADOR COM MAIS DE DEZ EMPREGADOS. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DA JORNADA DE TRABALHO DECLINADA PELO AUTOR. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INDEFERIMENTO DA OITIVA DE TESTEMUNHAS. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO

Mesmo deixando de juntar os cartões de ponto, o empregador tem direito a produzir prova testemunhal para afastar a presunção de veracidade da jornada declinada pelo obreiro. Configura cerceamento de defesa o encerramento abrupto da instrução processual sem oitiva de testemunhas. Aplicação da Súmula n. 338, I, do C. TST. Preliminar de nulidade que se acolhe. TRT/SP 15ª Região 2436-36.2010.5.15.0034 - Ac. 10ª Câmara 48.494/13-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 13.6.2013, p. 465.

29 - CESP. TERCEIRIZAÇÃO. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DIRETO

Conforme entendimento cristalizado na Súmula n. 331, III, do C. TST, a subordinação e pessoalidade caracterizam o liame empregatício, ainda que a atividade terceirizada seja ligada à atividade-meio do tomador. Caso em que o reclamante trabalhou por mais de 20 anos em favor da CESP, por intermédio de diversas outras empresas, cujo papel limitava-se à anotação do vínculo, já que a escolha dos funcionários era ditada pela própria tomadora, que repassava a CTPS do trabalhador à prestadora, a cada nova licitação. O autor possuía subordinados e superior hierárquico dentro da organização, trabalhando como se empregado fosse, para todos os efeitos, sendo que, em sua última atividade, veio a substituir um empregado de carreira que se aposentou. Evidenciada a fraude, mantém-se o vínculo. TRT/SP 15ª Região 1041- 03.2011.5.15.0057 - Ac. 8ª Câmara 8.700/13-PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 14.2.2013, p. 741.

30 - CESTAS BÁSICAS. LEI MUNICIPAL. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA

Defere-se a indenização substitutiva das cestas básicas instituídas por lei municipal descumprida pelo Poder Executivo, em face da inalterabilidade contratual lesiva (art. 468 da CLT), tendo em vista o vínculo contratual mantido entre o Município e o servidor e o direito por este adquirido ao recebimento do benefício. TRT/SP 15ª Região 690-91.2011.5.15.0069 - Ac. 2ª Câmara 103.454/12-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 10.1.2013, p. 1654.

31 - COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. TERMO DE CONCILIAÇÃO. EFICÁCIA LIBERATÓRIA GERAL

Promovido acordo perante a Comissão de Conciliação Prévia, a eficácia liberatória geral a que alude o art. 625-E, parágrafo único, da CLT,

abrange apenas o que foi reivindicado e pago, não se estendendo a todos os títulos decorrentes do contrato de trabalho, salvo se assim for descrito no termo. TRT/SP 15ª Região 8600-03.2003.5.15.0118 - Ac. 7ª Câmara 42.994/13-PATR. Rel. Renato Buratto. DEJT 28.5.2013, p. 338.

32 - COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA CTVA. INCLUSÃO NO CÁLCULO DA COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DA CEF. TRANSAÇÃO. PERÍODO ANTERIOR À ADESÃO AO “NOVO PLANO” DE BENEFÍCIOS

Não obstante a natureza salarial da parcela denominada CTVA (Complemento Temporário Variável de Ajuste de Mercado), instituída pela Caixa Econômica Federal, a adesão do empregado ao “novo plano” de complementação, de 2006, que substituiu plano REG/REPLAN, envolveu a renúncia expressa a qualquer direito decorrente do plano anterior, assim como a aceitação do valor do saldamento consignado no termo de adesão. Trata-se de transação válida e que impede a aplicação do plano REG/REPLAN, conforme entendimento fixado pela Súmula n. 51, II, do C. TST. Recurso do reclamante não provido. TRT/SP 15ª Região 1384-25.2011.5.15.0113 - Ac. 8ª Câmara 45.509/13- PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 6.6.2013, p. 870.

33 - CONCAUSA. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR

A concausalidade é uma circunstância independente da doença e que se soma a ela para atingir o resultado. Só configurará concausa se a circunstância em exame constituir, em conjunto com o fator trabalho, o motivo determinante da doença ocupacional. A recorrida não atentou para as normas de segurança do trabalho quanto à concessão de intervalos regulares durante a execução das atividades laborativas e sequer demonstrou exame admissional da reclamante a caracterizar eventual problema pré-existente. Não implementou programa de controle médico de saúde ocupacional (PCMSO) ou mesmo de prevenção de riscos ambientais (PPRA), deixando de produzir prova do cuidado, fiscalização e uso efetivo de medidas aptas e inerentes às condições do ambiente laboral, nos moldes estabelecidos pelo art. 157 da CLT e art. 19 da Lei n. 8.213/1991. TRT/SP 15ª Região 146000-56.2009.5.15.0051 - Ac. 11ª Câmara 51.692/13-PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 20.6.2013, p. 1164.

34 - DANO MORAL EM DECORRÊNCIA DE AGRESSÃO SOFRIDA POR PARTE DE CLIENTE DA RECLAMADA

Não havendo prova que a reclamada tenha negligenciado ou agido com descaso, sendo conivente com o tratamento desrespeitoso por parte de terceiro, cliente da reclamada, falhando nas suas obrigações, a ponto de agir com intolerável indiferença no trato com a reclamante ou atentando contra a boa-fé do contrato e à dignidade da trabalhadora,

não há como atribuir ao empregador o dano moral, pois quem teria cometido a agressão foi o terceiro. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 1639-83.2010.5.15.0091 - Ac. 5ª Câmara 38.377/13-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 16.5.2013, p. 396.

35 - DANO MORAL. MAQUINISTA. "MONOCONDUÇÃO". OFENSA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. CARACTERIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 5º, V, CF

A prova dos autos concluiu que o chamado "maquinista em regime de monocondução" trabalhava nas seguintes condições: conduzia a composição ferroviária sem o auxílio de ajudante; extensas jornadas de trabalho, sem previsão de parada do comboio, somente podendo descer da composição após prévia autorização da Central de Operações; tomava as refeições durante a viagem, dentro da cabine; fazia as necessidades fisiológicas na cabine, pois as locomotivas não possuem instalações hidráulicas. O labor nessas condições implicou manifesto desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, gerando dano moral a ser indenizado. TRT/SP 15ª Região 464-46.2011.5.15.0147 - Ac. 5ª Câmara 43.091/13-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 28.5.2013, p. 260.

36 - DANO MORAL

O empregado que é associado à entidade sindical que zela pelos interesses da categoria profissional não pode ser segregado no ambiente de trabalho, pois a CF garante o direito de livre associação ao trabalhador. O gerente do estabelecimento que orienta os demais trabalhadores a não conversarem com o sindicalizado acarreta dano aos direitos da personalidade e por força do inciso III, do art. 932, do CC, é devida indenização a cargo do empregador. TRT/SP 15ª Região 2618-81.2011.5.15.0003 - Ac. 11ª Câmara 27.084/13-PATR. Rel. Alexandre Vieira dos Anjos. DEJT 11.4.2013, p. 800.

37 - DANO MORAL. PRESCRIÇÃO. LESÃO OCORRIDA APÓS A EC N. 45/2004. PRAZOS DO ART. 7º, INC. XXIX DA CRFB/1988. AJUIZAMENTO EXTEMPORÂNEO. PRETENSÃO REPARATÓRIA EXTINTA Irreparável a bem lançada decisão primeva que decretou a prescrição total do pedido de indenização por doença, razão porque faço minhas as considerações do N. Julgador Dr. Marcos da Silva Pôrto: "No tocante à prescrição, todavia, tenho que a razão está com o Reclamado. **Ocorre que, a ruptura do contrato ocorreu em 15.10.2007 (fls. 21/22) e a presente reclamação somente foi ajuizada em 15.10.2010, após o transcurso do prazo a que alude o art. 7º, inciso XXIX, da CF. Frise-se, por oportuno, que o próprio Reclamante reconhece que na reclamação anterior que ajuizou em face do mesmo Reclamado (Processo n. 0136100- 57.2009.5.15.0113) postulou pedidos**

de natureza totalmente distinta (confira-se a petição de fl. 33), donde se conclui que não interrompeu a prescrição bienal em relação a outras eventuais lesões de direito havidas durante o mesmo pacto laboral. Neste sentido, o entendimento cristalizado na Súmula n. 268 do C. TST, *in verbis*: "PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA. NOVA REDAÇÃO: A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos." **Dúvida não há de que, no caso em exame, a contratação do Reclamante, em 1º.6.2006, deu-se já na vigência do CC de 2002 e da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, razão porque os prazos de prescrição aplicáveis são justamente aqueles capitulados no art. 7º, inciso XXIX, da CF.** Ocorre que, o ressarcimento de qualquer dano derivado diretamente da prestação de serviços de empregado para empregador - ainda que definidos pela legislação ordinária, relaciona-se à relação jurídica de direito material trabalhista. O fato de a questão ser dirimida à luz das disposições do CC não transmuda a natureza trabalhista da parcela vindicada. **Desta forma, a indenização por acidente de trabalho (ou doença a ele equiparada) não deixa de ser um crédito trabalhista em seu sentido amplo, consoante disposição do art. 7º, XXVIII, da CF.** Neste sentido, aliás, leciona Sebastião Geraldo de Oliveira: "Entendemos, porém, que a indenização por acidente de trabalho é também um direito de natureza trabalhista, diante da previsão contida no art. 7º, XXVIII, da Constituição da República de 1988, devendo-se aplicar, portanto, a prescrição de cinco ou dois anos prevista no inciso XXIX do mesmo art. 7º. Esse argumento, sem dúvida, é de fácil acolhida porque a indenização, na hipótese, não deixa de ser um crédito resultante da relação de trabalho, mesmo que atípico, e o litígio tem como partes o empregado e o empregador. **(Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional.** São Paulo: LTr, 2005). Vale registrar, também, a lição de José Affonso Dallegrave Neto, esposada no art. "A prescrição em ação trabalhista reparatória e acidentária", publicado na Revista "O trabalho" (julho/2006): "Destarte, quando as ações trabalhistas tiverem por objeto um pedido de indenização decorrente de uma relação de emprego, diz-se que a pretensão é de natureza trabalhista, atraindo a aplicação da prescrição quinquenal prevista no art. 7º, XXIX, da CF". Assim também já se manifestou o C. TST, consoante se verifica pelo aresto adiante transcrito, e cuja fundamentação adoto: "DANO MORAL DECORRENTE DA RELAÇÃO DE EMPREGO. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. Se a postulação da indenização por danos morais é feita na Justiça do Trabalho, sob o fundamento de que a lesão decorreu da relação de trabalho, não há como se pretender a aplicação do prazo prescricional de 20 anos, referente ao Direito Civil (CC revogado, art. 177), quando o ordenamento jurídico-trabalhista possui prazo prescricional unificado de cinco anos, a contar da ocorrência da lesão, com limite de dois anos após a extinção do contrato (CF, art. 7º, XXIX; CLT, art. 11). Recurso de revista provido". (da 4ª Turma - RR - 651/2005-001-13-00, Relator Ministro Ives Gandra da Silva Martins, DJ de

19.12.2006). **Acolho a prejudicial de prescrição e extingo a reclamação com resolução de mérito, nos exatos termos do que dispõe o art. 269, inciso IV, do CPC.**” (destaques nossos). DANO MORAL. PATOLOGIA PREEXISTENTE AO INÍCIO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO OPERADA. Pelos próprios termos da exordial, temos por indubitável que, **na melhor das hipóteses**, a doença ocupacional alegadamente desenvolvida pelo reclamante teria sido constatada ao menos em **16.5.2001 (data do relatório médico de fl. 23), cinco anos antes do obreiro ser contratado pela ré**, enquanto a presente ação trabalhista foi ajuizada apenas em **15.10.2010**, havendo, portanto, prescrição total a ser decretada quanto aos pedidos decorrentes da suposta doença ocupacional. TRT/SP 15ª Região 01646-09.2010.5.15.0113 - Ac. 11ª Câmara 32.846/13-PATR. Rel. Desig. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 25.4.2013, p. 1210.

38 - DANO SOCIAL. AGRESSÕES REITERADAS E SISTEMÁTICAS AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES. REPERCUSSÃO NA SOCIEDADE. CORREÇÃO DA POSTURA PELO JUDICIÁRIO. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR INDEPENDENTE DE PEDIDO. CONDENAÇÃO *EX OFFICIO*. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* A constatação, em reclamação individual, de agressões reiteradas às normas trabalhistas atinge, não apenas o reclamante, mas outros trabalhadores e mesmo empresas concorrentes, o que deixa firme que a questão abarca realidade bem maior, em claro e notório dano social, com repercussão em toda a sociedade, obrigando a que o Judiciário atue no intuito de correção de prática tão danosa, por meio de condenação do respectivo empregador ao pagamento de indenização suplementar, de ofício, tendo como destinatária entidade reconhecidamente idônea e de atuação reconhecida e irrepreensível em prol da coletividade, o que não configura decisão *extra petita*, e encontra guarida de ordem positiva no art. 404, parágrafo único, do CC, bem como em caros princípios do ordenamento jurídico pátrio, em especial o da dignidade da pessoa humana, a par de conferir concretude aos valores sociais do trabalho e a justiça social. TRT/SP 15ª Região 1058-40.2012.5.15.0110 - Ac. 6ª Câmara 26.529/13-PATR. Rel. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani. DEJT 11.4.2013, p. 471.

39 - DANOS MORAIS DEVIDOS PELO EMPREGADO

A reparação civil é aplicável também à empregadora, caso se comprove que sofreu danos morais ou materiais em razão da conduta ilícita do seu empregado, enquanto a serviço. Entendimento que decorre do art. 52, do CC, conforme interpretação conferida pela Súmula n. 227, do C. STJ. A ação é da competência desta Especializada, nos termos do art. 114, VI, da CF. Caso em que o empregado cobrou de clientes por produtos que deveriam ser gratuitamente concedidos e apropriou-se do valor da venda. Mantida a r. sentença de origem que fixou em R\$10.000,00

os danos morais em favor da empregadora. TRT/SP 15ª Região 92200-57.2009.5.15.0005 - Ac. 8ª Câmara 45.369/13-PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 6.6.2013, p. 840.

40 - DANOS MORAIS. EXPRESSA RESSALVA DE QUE A ANOTAÇÃO EM CTPS FOI EFETUADA EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL. INTENÇÃO EM DIFICULTAR OU IMPOSSIBILITAR O TRABALHADOR EM OBTER NOVO EMPREGO. VIOLAÇÃO À IMAGEM PROFISSIONAL. ANOTAÇÃO DESABONADORA CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA

A anotação em CTPS efetuada pela empregadora, com expressa ressalva de que a providência se deu por conta de decisão judicial, representa ato discriminatório, abuso de poder e violação à imagem profissional do reclamante, pois, além de se tratar de ressalva desnecessária, denota a intenção da ré em dificultar ou impossibilitar o reclamante em obter uma nova colocação no mercado de trabalho. Configurada a anotação desabonadora em CTPS, o que, via de consequência, caracteriza danos morais, fazendo jus o obreiro à reparação correspondente. Inteligência do art. 29, § 4º, da CLT, art. 5º, incisos V e X, da CF, e artigos 186 e 927 do CC. TRT/SP 15ª Região 01303-88.2012.5.15.0033 - Ac. 6ª Câmara 29.658/13-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 18.4.2013, p. 539.

41 - DANOS MORAIS. VARIAÇÃO DE JORNADA SEM AVISO AO EMPREGADO. PROCEDÊNCIA

Excede o *jus variandi* o empregador que submete o empregado a escalas de trabalho variadas, avisando apenas no dia anterior a jornada a ser realizada. Tal conduta impede o trabalhador de programar sua vida pessoal e o coloca à disposição do empregador em período muito superior ao remunerado, causando prejuízos à saúde e à socialização do empregado. No caso dos autos, o reclamante poderia entrar das 3h00 às 7h00 e sair até as 19h00, dependendo da escala, e só tinha ciência da jornada no dia anterior, de modo que ficava à mercê da empregadora por praticamente o dia todo. Recurso do reclamante provido para reconhecer o dano moral. TRT/SP 15ª Região 413-42.2012.5.15.0004 - Ac. 8ª Câmara 46.378/13- PATR. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 6.6.2013, p. 796.

42 - DESCANSO SEMANAL REMUNERADO

O art. 7º, inciso XV da CF garante ao empregado repouso semanal remunerado, que deve ocorrer dentro da mesma semana, isto é, após seis dias de trabalho, sendo inválido o descanso concedido após o sétimo dia de trabalho. Assim, a concessão de folga no oitavo dia (escala 7 x 2) viola a garantia constitucional, cabendo ao caso a aplicação da OJ n. 410 da SDI-1 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 380-32.2011.5.15.0119 - Ac. 11ª Câmara 39.054/13-PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 16.5.2013, p. 659.

43 - DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. PROFESSOR. ACRÉSCIMO. LEI N. 605/1949 E ART. 320 DA CLT

Ente público que contrata professor pelo regime celetista deve remunerar o repouso semanal com acréscimo de 1/6, com o mês constituído de 4,5 semanas, conforme previsão legal e interpretação do TST, consubstanciada na Súmula n. 351. TRT/SP 15ª Região 95-79.2012.5.15.0159 - Ac. 3ª Câmara 43.774/13-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 28.5.2013, p. 211.

44 - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÓCIO MENOR IMPÚBERE. POSSIBILIDADE

O fato de se tratar, ao tempo da relação de emprego, de sócio menor, absolutamente incapaz, não permite concluir que não se tenha beneficiado da atividade lucrativa em favor da qual prestado o trabalho, o que autoriza, também em relação a ele, a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, uma vez frustrada a execução em face da empresa. Agravo de petição da exequente a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 106300-84.2009.5.15.0015 - Ac. 2ª Câmara 12.848/13-PATR. Rel. Wellington César Paterlini. DEJT 28.2.2013, p. 800.

45 - DEVEDORA SUBSIDIÁRIA. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA LIDE PELA DEVEDORA PRINCIPAL. NÃO POSSIBILIDADE

Não sendo hipótese de legitimação extraordinária, não pode a reclamada devedora principal pleitear, em nome próprio, que seja a devedora subsidiária excluída da lide. Inteligência do art. 6º do CPC. TRT/SP 15ª Região 164900-20.2009.5.15.0041 - Ac. 5ª Câmara 13.909/13-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 7.3.2013, p. 641.

46 - DIFERENÇAS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. EXTINTA FEPASA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

A complementação de aposentadoria dos ferroviários é de responsabilidade da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, nos precisos termos do art. 4º da Lei Estadual n. 9.343/1996. O exame do *caput* do referido dispositivo, em conjunto com seu § 2º, revela que o reajuste da complementação de aposentadoria deve ter como base a negociação coletiva que venha a beneficiar toda a categoria dos ferroviários. Não há falar-se, portanto, em concessão de diferenças decorrentes de escalonamento entre as diversas classes de empregados ou aposentados, partindo-se do piso salarial de 2,5 salários mínimos previstos no contrato coletivo de 1995/1996. A cláusula 4.17 do Contrato Coletivo de Trabalho de 1995/1996 mencionada no art. 4º, § 2º, da Lei Estadual n. 9.343/1996, apenas estabeleceu o piso salarial dos ferroviários, sem delimitar a reestruturação de todos os empregados. Inviável, portanto, a repercussão automática nas demais classes.

Recurso da reclamante não provido. Precedentes da Câmara. TRT/SP 15ª Região 1804-27.2011.5.15.0114 - Ac. 4ª Câmara 17.855/13-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 14.3.2013, p. 474.

47 - DIFERENÇAS SALARIAIS. MICROEMPRESA. PISO NORMATIVO PRÓPRIO A ESSE TIPO DE EMPRESA, DE PEQUENO PORTE

Esta relatora comunga do entendimento exarado pela Origem, o qual destacamos: “DIFERENÇAS SALARIAIS. Afirma a reclamante na inicial que muito embora recebesse o salário mensal de R\$ 700,00 (setecentos reais), o piso normativo da categoria era de R\$ 775,00 (setecentos e setenta e cinco reais). Pugna pelo pagamento das diferenças salariais daí decorrentes. Em que pese incontroversa a aplicação do instrumento normativo invocado pela autora, já que juntam os reclamados a mesma norma coletiva, constata-se pela análise dos autos que melhor sorte não resta à reclamante quando pleiteia o pagamento das suscitadas diferenças salariais. Ocorre que como bem ressaltam os reclamados, em contestação, encontra-se previsto expressamente pela norma coletiva o salário normativo de R\$ 632,00 (seiscentos e trinta e dois reais) aos empregados de microempresas tal como a primeira ré (fl. 87), de tal sorte que havendo o pagamento incontroverso do salário mensal de R\$ 700,00 (setecentos reais), nenhuma diferença é devida à empregada. Portanto, rejeito a pretensão.” (Juíza Lúcia Zimmermann). DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE ACUSAÇÃO DE FURTO, NÃO PROVADA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. “Na hipótese dos autos, pela simples leitura do depoimento pessoal da reclamante, é possível concluir pela inexistência dos suscitados danos morais. Ocorre que a autora admite expressamente, em audiência, que “nunca foi diretamente acusada de furto” e que “basicamente sentiu-se humilhada em razão de boletim de ocorrência feito pelo segundo reclamado”. Porém, o boletim de ocorrência mencionado pela autora, em momento algum demonstra qualquer acusação feita pelo segundo reclamado à reclamante, fato, aliás, expressamente mencionado pelo I. Promotor ao promover o arquivamento dos autos de inquérito policial (fls. 73/74). Ressalte-se, ademais, que as declarações das testemunhas quanto à eventual imputação de crime à reclamante pelo segundo reclamado junto a terceiros, em momento algum fez parte da causa de pedir da petição inicial que, ao contrário, é expressa quanto ao suposto dano moral decorrente de constrangimento sofrido pela empregada em razão da existência de boletim de ocorrência junto à Delegacia de Polícia. Ora, não pode pretender a reclamante impingir aos reclamados indenização pelo simples exercício regular de um direito, que nada mais foi o que ocorreu ao comparecer o segundo reclamado em Delegacia de Polícia narrando o desaparecimento de notas fiscais. Portanto, considerando a inexistência dos requisitos do art. 186 do CC, rejeito o pedido contido no item III.10 da inicial.” (Juíza Lúcia Zimmermann). TRT/SP 15ª Região 1894-14.2011.5.15.0121 - Ac. 11ª Câmara 45.899/13-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 6.6.2013, p. 994.

48 - DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE. PRORROGAÇÃO DO MANDATO. CORRESPONDÊNCIA

A legislação pátria garante ao dirigente sindical, eleito para exercício de mandato por tempo certo, a estabilidade provisória no emprego. A decisão do Sindicato de não realizar Assembleia para eleição de novos membros, permitindo a permanência dos antigos eleitos por prazo indeterminado, pela simples prorrogação dos seus mandatos, não tem o condão de elastecer o período da estabilidade provisória no emprego até que a entidade resolva convocar novas eleições, sob pena de afronta ao art. 8º, inciso VIII da CF, que fixa pressupostos objetivos para o reconhecimento do direito, dentre eles a legitimação dos membros mediante convocação de Assembleia e realização de eleições. TRT/SP 15ª Região 0854-76.2011.5.15.0030 - Ac. 9ª Câmara 26.787/13-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 11.4.2013, p. 632.

49 - EMPREGADO PÚBLICO DA ADMINISTRAÇÃO INDIRETA. CONTRATAÇÃO POR MEIO DE CONCURSO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO POTESTATIVO DE RESILIÇÃO CONTRATUAL. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE RECONHECIDA. REINTEGRAÇÃO DETERMINADA

O administrador público não pode, a seu talante e sem motivação, despedir empregado público contratado por meio de concurso, sob pena de afrontar os princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade. Por cuidar-se de ato administrativo vinculado, havendo questionamento em juízo, o administrador tem de apresentar a motivação do ato, bem como comprovar os motivos que o embasaram, pena de ser decretada a sua nulidade. Recurso acolhido para determinar a reintegração no emprego. TRT/SP 15ª Região 1529-74.2011.5.15.0083 - Ac. 4ª Câmara 46.582/13-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 6.6.2013, p. 650.

50 - EMPREGADO PÚBLICO. APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA COM SALÁRIOS. POSSIBILIDADE

O servidor público *lato sensu*, ou seja, empregado público, submetido ao regime celetista, que continua na ativa após a aposentadoria espontânea, pode permanecer recebendo seu salário (e não vencimento, já que este é próprio de servidor estatutário) e, simultaneamente, os proventos resultantes de sua aposentadoria. Isso porque a aposentadoria do empregado público não está inserida nas hipóteses de que trata o art. 37, § 10, da CF, considerando que este só veda a cumulação de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, aos servidores públicos regidos pelo regime previdenciário próprio, quais sejam, estatutários (art. 40, da CF). Portanto, a vedação à cumulação de proventos de aposentadoria e vencimentos, contida no art. 37, § 10, da CF, limita-se

às hipóteses expressamente previstas nos arts. 40, 42 e 142, da CF. Por consequência, entendo que não há óbice constitucional ao recebimento de salários da ativa e proventos de aposentadoria, pelo empregado público. TRT/SP 15ª Região 1101-16.2012.5.15.0097 - Ac. 5ª Câmara 52.658/13-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 27.6.2013, p. 287.

51 - EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. ADMISSÃO POR CONCURSO PÚBLICO. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO JUSTIFICADORA DA DISPENSA

A dispensa de empregado de sociedade de economia mista e empresa pública, quando contratado após aprovação em concurso público, deve ser justificada pela explicitação de sua motivação. Inteligência dos artigos 37 da CF/1988, art. 111 da Constituição Paulista de 1989 e decisão do STF (RE 589998/PI, Min. Ricardo Lewandowski). TRT/SP 15ª Região 00552-25.2012.5.15.0026 - Ac. 1ª Câmara 29.458/13-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 18.4.2013, p. 261.

52-ESTABILIDADE ACIDENTÁRIA. RENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE

Afigura-se nula a dispensa imotivada perpetrada contra trabalhador detentor da estabilidade preconizada no art. 118 da Lei n. 8.213/1991, inclusive se escorada em ato/declaração de renúncia, visto que o direito em questão é de caráter personalíssimo e indisponível. Entendimento diverso, redundaria em nítida inobservância dos pilares de nosso sistema jurídico no que se refere aos valores sociais do trabalho, à dignidade humana, à integridade e saúde da pessoa e, destaque, na imprescindível proteção que deve ser dispensada àquele, na condição de hipossuficiente e subordinado que lhe é inerente, consoante dispõe o art. 1º e inciso XXII do art. 7º da CF. TRT/SP 15ª Região 596-11.2010.5.15.0092 - Ac. 8ª Câmara 13.150/13-PATR. Rel. Claudinei Zapata Marques. DEJT 28.2.2013, p. 115.

53 - ESTABILIDADE GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. MODULAÇÃO TEMPORAL DOS EFEITOS DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA N. 244, III, DO TST. SEGURANÇA JURÍDICA. IMPROCEDENTE

Por razões de segurança jurídica e em atenção ao decorrente princípio da confiança do jurisdicionado à legítima atuação do Poder Judiciário, prevalece antiga disposição do inciso III da Súmula n. 244 do TST, vigente à época da dispensa da empregada, dispondo não haver direito à estabilidade gestante na hipótese de admissão mediante contrato de experiência. Trata-se de atribuir efeitos prospectivos à mutação jurisprudencial, sob pena de resultar em surpresa injusta àqueles que pautaram suas ações segundo os precedentes jurisdicionais então vigentes. TRT/SP 15ª Região 1577-52.2011.5.15.0109 - Ac. 8ª Câmara 8.793/13-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 14.2.2013, p. 761.

54 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DOENÇA DEGENERATIVA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL

A reparação pecuniária pelos danos sofridos em razão de doença profissional decorre da responsabilidade civil e, para que esta seja caracterizada, deve ser verificada a ocorrência, nesta ordem: do dano suportado pela vítima, do nexo causal entre o evento danoso e o trabalho desenvolvido pelo empregado e da existência de culpa do empregador. Não havendo nos autos elementos capazes de infirmar a conclusão pericial de que a doença é degenerativa, ou seja, ausente o nexo causal, não merece reforma a r. sentença que julgou improcedentes os pedidos de estabilidade provisória e indenização por danos morais e materiais. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 72700-75.2009.5.15.0111 - Ac. 7ª Câmara 42.832/13-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 28.5.2013, p. 408.

55 - EXAME ADMISSIONAL. REPROVAÇÃO TRABALHADOR. ATO DISCRIMINATÓRIO

O exame médico admissional faz parte do processo seletivo de uma empresa, sendo que a avaliação deve considerar o binômio trabalho-trabalhador. A sua finalidade é a de preservar a saúde do trabalhador, verificando-se a existência ou não de condições que possam ser agravadas pelo trabalho, assim como a de proteger o empregador de ser responsabilizado por doenças ocupacionais pré-existentes, evitando-se o pagamento de indenizações indevidas. Portanto, o exame admissional não deve ser utilizado como uma forma de discriminação ou de exclusão, *v.g.*, candidato portador do vírus HIV, gestante, obeso, portadores de doenças crônicas, deficientes. Assim, o médico não pode reprovar um candidato simplesmente porque ele tem uma doença e a atividade de trabalho não agravar o quadro. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 387-50.2012.5.15.0002 - Ac. 7ª Câmara 42.631/13-PATR. Rel. Renato Buratto. DEJT 28.5.2013, p. 369.

56 - FASE PRÉ-CONTRATUAL. RESPONSABILIDADE. INDENIZAÇÕES POR DANO MATERIAL E MORAL

Demonstrada a existência de clara promessa de emprego, em razão da participação em processo seletivo prévio e de exame admissional, cuja contratação restou frustrada pela conduta ilícita praticada pela empregadora, em afronta ao princípio da boa-fé objetiva que norteia também a fase pré-contratual, à luz do art. 422 do CC, e em claro prejuízo ao empregado que, em razão disso, pediu demissão de outro emprego, devida a indenização de dano material e moral. Recurso a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 792-65.2011.5.15.0085 - Ac. 1ª Câmara 16.530/13-PATR. Rel. André Augusto Ulpiano Rizzardo. DEJT 7.3.2013, p. 44.

57 - FERROVIÁRIO NA EQUIPE DE TREM. TEMPO DE REFEIÇÃO COMPUTADO NA JORNADA. PAGAMENTO DO INTERVALO INDEVIDO

O princípio geral da interrupção intervalar da atividade não se aplica ao pessoal em serviço nos trens (categoria “c”), em razão da norma excepcional e diferenciada do art. 238, § 5º, consolidado, que computa o período na jornada, não havendo, pois, intervalo a ser pago. TRT/SP 15ª Região 483-87.2011.5.15.0006 - Ac. 8ª Câmara 8.778/13-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DEJT 14.2.2013, p. 757.

58 - FUNDAÇÃO CASA. INSALUBRIDADE POR CUIDADOS COM OS INTERNOS. INEXISTÊNCIA

As atividades e condições de trabalho insalubres estão, por força do art. 190 da CLT, descritas pelo Ministério do Trabalho, nas Normas Regulamentadoras. Estabelece a NR 15, Anexo 14, ser devido o adicional de insalubridade para os trabalhadores que executem trabalhos e operações em contato permanente com pacientes e em locais apropriados. No caso, autor não atuava em ambiente hospitalar ou assemelhado, não tinha como função cuidar de pacientes e não exercia funções típicas de paramédicos, mas apenas acompanhava adolescentes em várias atividades, inclusive nas visitas por estes recebidas, motivos pelos quais indevido o adicional pleiteado. *Data venia*, preconceituosa a afirmação de que o trabalho com jovens infratores importa em sofrer agressão por agentes biológicos. TRT/SP 15ª Região 66-25.2012.5.15.0031 - Ac. 7ª Câmara 42.382/13-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DEJT 23.5.2013, p. 954.

59 - HONORÁRIOS PERICIAIS PRÉVIOS. RESTITUIÇÃO. DEVO- LUÇÃO DO VALOR DOS HONORÁRIOS PERICIAIS PREVIAMENTE DEPOSITADOS PELA RECLAMADA, PELO FATO DE SER O RECLAMANTE SUCUMBENTE NO OBJETO DA PERÍCIA E BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA

A responsabilidade pelo ressarcimento dos honorários periciais antecipados pela reclamada que não foi sucumbentes, é disciplinada pelo disposto no *caput* do art. 20 do CPC e não pelo que se contém no art. 790-B da CLT (o qual trata de honorários periciais definitivos). Além disso, há que se fazer uma interpretação analógica do quanto disposto no art. 1º, §§ 2º e 3º, do Provimento GP-CR n. 01/2009, *in verbis*: “Art. 1º Fica instituída no orçamento do Tribunal conta destinada ao pagamento de honorários periciais, sob a rubrica ‘Assistência Jurídica a Pessoas Carentes’, quando ocorrem as seguintes condições cumulativas: (...) § 2º O Pagamento dos honorários poderá ser antecipado, para despesas iniciais, em valor máximo equivalente a R\$ 201,24 (duzentos e um reais, vinte e quatro centavos), efetuando-se o pagamento do saldo remanescente após o trânsito em julgado da decisão, se a parte for beneficiária da justiça gratuita. § 3º No caso de reversão da sucumbência,

quanto ao objeto da perícia, caberá ao reclamado/executado ressarcir o erário dos honorários periciais antecipados, mediante o recolhimento da importância adiantada em GRU - Guia de Recolhimento da União, em código destinado ao Fundo de "assistência judiciária a pessoas carentes", sob pena de execução específica da verba". Com efeito, infere-se que, se revertidos os honorários de sucumbência, quanto ao objeto da perícia, à reclamada, caberia restituir ao erário o valor porventura recolhido a título de honorários prévios. Ora, tal interpretação também deve prevalecer na hipótese contrária, que é o caso dos autos. Ademais, depreende-se do parágrafo segundo do mesmo diploma legal, que o valor antecipado ao perito deverá ser deduzido dos honorários fixados. Dessa forma, constata-se que, além da responsabilidade atribuída ao obreiro pelo pagamento dos honorários periciais, o qual, contudo, deverá ser feito nos termos do Provimento GP-CR n. 01/2009, tendo em vista que foi agraciado pelo benefício da justiça gratuita, conforme já fundamentado no v. acórdão, caberá, igualmente, à União, restituir à reclamada a parte que por ela foi adiantada a título de honorários prévios, efetuando-se, posteriormente, o pagamento do saldo remanescente ao Sr. Vistor Judicial. TRT/SP 15ª Região 384-82.2010.5.15.0029 - Ac. 11ª Câmara 45.812/13-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 6.6.2013, p. 968.

60 - HORAS *IN ITINERE*. SUPRESSÃO INTEGRAL DO DIREITO MEDIANTE ACORDO COLETIVO. CLÁUSULA INVÁLIDA

O art. 7º, inciso XXVI, da CF, assegura às normas coletivas plena validade, conferindo-lhes *status quo* de autêntica fonte autônoma de Direito do Trabalho, que deve ser privilegiada e respeitada enquanto vontade das partes. Nesse sentido, é plenamente válida a pré-fixação de horas *in itinere* por norma coletiva, desde que fiquem claras as concessões mútuas entre as partes representantes das respectivas categorias patronal e obreira. No entanto, não há como dar validade a norma coletiva que suprime integralmente este direito, sob o risco de se negar eficácia à norma de ordem pública contida no art. 58, § 2º, da CLT, em total desrespeito ao ordenamento jurídico e às garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores. Assim, é nula cláusula coletiva que contenha tal prescrição. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO. REQUISITOS. Diante da nova redação dada ao art. 790 da CLT pela Lei n. 10.537/2002, a mera concessão da Justiça Gratuita é possível em qualquer instância, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as despesas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. A jurisprudência e a lei amparam tal posicionamento, conforme se conclui da análise das Orientações Jurisprudenciais ns. 304 e 331 da SDI-1 do Col. TST e art. 14 da Lei n. 5.548/1970. TRT/SP 15ª Região 00186-68.2012.5.15.0031 - Ac. 7ª Câmara 28.068/13-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 18.4.2013, p. 639.

61 - IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. ALIENAÇÃO

Enquanto lhe serve de residência, o único imóvel do executado é alçado à condição de impenhorabilidade, nos termos da Lei n. 8.009/1990. No entanto, a partir do momento que o devedor tenciona aliená-lo, e efetivamente o faz, deixando de nele residir, o bem não mais está protegido pelo manto da impenhorabilidade TRT/SP 15ª Região 01372-87.2012.5.15.0044 - Ac. 7ª Câmara 37.948/13-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 9.5.2013, p. 649.

62 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DOENÇA DO TRABALHO. REQUISITOS

A melhor doutrina pátria vem entendendo que para surgir o direito à indenização por danos materiais ou morais decorrentes de doença do trabalho é necessário, primeiramente, que fique configurada a doença ocupacional e depois que a mesma resulte de dolo ou mera culpa da empregadora (art. 7º, XXVIII, da CF), somente subsistindo o direito à indenização quando caracterizadas ambas as situações referidas. Mais: para surgir o direito à indenização por danos materiais (arts. 949 e 950 do CC), é necessário, além dos requisitos anteriores, que fique provado o prejuízo patrimonial do empregado e exista nexos de causalidade entre a doença profissional adquirida durante o contrato de trabalho ou em decorrência dele e a redução da capacidade de trabalho, ou a impossibilidade de trabalhar. Recursos das partes não providos. TRT/SP 15ª Região 144400-93.2008.5.15.0096 - Ac. 7ª Câmara 98.808/12-PATR. Rel. Marcelo Magalhães Rufino. DEJT 10.1.2013, p. 2182.

63 - INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DA ESTABILIDADE GESTACIONAL. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. ABUSO DE PETIÇÃO

O pedido puro e simples de indenização é impertinente e deve ser repellido, uma vez que frustra a reclamada o direito de reintegrar a funcionária e conceder-lhe, a tempo e modo, a licença maternidade cabível. Como o próprio nome do instituto diz, trata-se de “indenização substitutiva” e deve estar alicerçada em alguma justificativa plausível para que venha a ser concedida em detrimento da reintegração. TRT/SP 15ª Região 1259-13.2010.5.15.0042 - Ac. 5ª Câmara 38.330/13-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 16.5.2013, p. 387.

64 - INTERVALO INTRAJORNADA. NÃO CONCESSÃO OU CONCESSÃO PARCIAL. DEVIDA A REMUNERAÇÃO POR TODO O PERÍODO

Na forma da Súmula n. 437 do TST, após a edição da Lei n. 8.923/1994, a concessão parcial do intervalo intrajornada, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total destinado ao intervalo, acrescido, de no mínimo 50%, sobre o valor da hora de trabalho. TRT/SP 15ª Região 01835-92.2011.5.15.0002 - Ac. 3ª Câmara 31.798/13-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 25.4.2013, p. 856.

65 - INTERVALO INTRAJORNADA. NATUREZA SALARIAL

Possui natureza salarial a parcela paga a título de intervalo para repouso e alimentação, reduzido ou suprimido pelo empregador, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. Inteligência do art. 71 da CLT e da Súmula n. 437 do C. TST. MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA. INSTRUMENTOS NORMATIVOS VIOLADORES DE DIREITOS DO TRABALHADOR. O avençado nestes instrumentos revela violação aos direitos do trabalhador, constituindo medida que atinge a saúde e segurança do trabalho, em detrimento da proteção de nossa Lei Maior (art.º 7, XXII, da CF/1988). Tratando-se a dignidade humana e valores sociais do trabalho de princípios basilares do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III e IV, CF), todas as normas que os cercam consubstanciam normas de ordem pública, permitida a flexibilização nas hipóteses do art. 7º, VI, XIII, XIV, CF. Veja-se que a fonte máxima na hierarquia das normas no mundo do Direito, a Declaração dos Direitos do Homem, assegura, em seus artigos III e XXIII, o direito à vida e a condições justas e favoráveis de trabalho, respectivamente, quedando-se ineficazes cláusulas coletivas, que visem restringir tais direitos sem a observação dos parâmetros legais. TRT/SP 15ª Região 1551-75.2011.5.15.0102 - Ac. 11ª Câmara 39.063/13-PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 16.5.2013, p. 661.

66 - JUSTA CAUSA. SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONTRADITÓRIO

A validade do procedimento administrativo para apuração de irregularidades no exercício do trabalho é condicionada ao exercício regular do contraditório pelo acusado, em especial quanto ao seu substancial. TRT/SP 15ª Região 1633-31.2010.5.15.0009 - Ac. 1ª Câmara 17.323/13-PATR. Rel. Edna Pedroso Romanini. DEJT 14.3.2013, p. 392.

67 - LICENÇA-PRÊMIO. EMPREGADO PÚBLICO ESTADUAL. DIREITO RESTRITO AOS ESTATUTÁRIOS. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Os servidores estaduais celetistas e estatutários são regidos por regimes distintos, cada qual com suas vantagens específicas. A Lei n. 10.261/1968, Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado de São Paulo, prevê a concessão de licença-prêmio aos funcionários públicos por ela regidos, ou seja, os estatutários. O tratamento diferenciado entre esses servidores não viola o princípio da igualdade, mas sim observa o princípio da legalidade. TRT/SP 15ª Região 1966-71.2010.5.15.0012 - Ac. 3ª Câmara 26.201/13-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 11.4.2013, p. 346.

68 - MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. VAGA DESTINADA A PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ANACUSIA UNILATERAL. ARTIGOS 3º E 4º DO DECRETO N. 3.298/1999 E 1º DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS

DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

O conceito *strictu sensu* de deficiência auditiva, como “perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz” (art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/1999, com redação dada pelo Decreto n. 5.296/2004), não pode ser interpretado de forma desconexa da sua concepção *lato sensu*, preconizada pelo art. 3º, I, do mesmo Decreto Regulamentador, que a define como “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. Entender-se doutro modo conduz ao afastamento do sentido teleológico das normas protetoras destinadas ao candidato portador de necessidades especiais - artigos 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990, Lei n. 7.853/1989 e art. 37, § 1º do Decreto n. 3.298/1999. Ademais, a exigência de se demonstrar a perda auditiva bilateral torna-se meio de desproteção ou instrumento antagônico às ações afirmativas que vêm sendo paulatinamente propagadas em benefício dos portadores de necessidades especiais, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com o que não se pode anuir. É dizer, a interpretação literal do art. 4º, II, do Decreto n. 3.298/1999, com a sua atual redação, nega validade ao conceito mais abrangente de deficiência, propalado no art. 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (“Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”), desvirtuando, assim, o sentido da inclusão social, preconizado pela Lei n. 7.853/1989. No caso vertente, comprovado que a impetrante é portadora de perda auditiva unilateral total no ouvido esquerdo, e que tal condição física caracteriza-se como deficiência à luz das normas inscritas nos artigos 1º, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e 3º, I, e 4º, II, do Decreto n. 3.298/1999, impõe-se reconhecer o seu direito líquido e certo ao tratamento diferenciado previsto nos artigos 37, VIII, da CF e 5º, § 2º, da Lei n. 8.112/1990. Segurança concedida. TRT/SP 15ª Região 0001220-74.2012.5.15.0000 - Ac. Órgão Especial 26/13-POEJ. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 10.1.2013, p. 10.

69 - NORMA COLETIVA APLICÁVEL. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS

O enquadramento sindical, no caso de terceirização de serviços, em regra, se dá conforme a atividade preponderante do real empregador, não havendo se falar em isonomia entre os trabalhadores terceirizados e aqueles atrelados à categoria do tomador. Inteligência do art. 581, § 2º, da CLT. TRT/SP 15ª Região 00442-02.2012.5.15.0131 - Ac. 7ª Câmara 28.194/13-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 18.4.2013, p. 664.

70 - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DO EXERCÍCIO. REQUISITOS IMPEDITIVOS ESTABELECIDOS POR NORMAS COLETIVAS. PROPORCIONALIDADE. POSSIBILIDADE

Realmente, normas pactuadas que estabelecem benefícios não previstos em lei devem ser interpretadas de maneira restritiva. Contudo, também não se pode ignorar a importância do princípio da isonomia estatuído no *caput* do art. 5º, da CF/1988, este interpretado à luz do art. 4º, da LICC. Assim sendo, não convém dar valor à norma coletiva que, ao prever requisitos para a participação nos lucros e resultados de determinado exercício financeiro, exclui qualquer forma de acesso à proporcionalidade do referido prêmio, especialmente em virtude da ocorrência de rescisão do contrato de trabalho antes do término desse prazo. Ora, os lucros obtidos por qualquer empreendimento não são gerados no último mês do ano; eles correspondem ao resultado do balanço entre os ganhos e (eventuais) perdas verificados ao longo de determinado período, geralmente de 12 meses. Ainda que de forma jocosa, mas sob inspiração dos princípios e peculiaridades que regem o Direito do Trabalho, até mesmo aqueles convidados, que tiveram de deixar a festa antes de cantar o parabéns, também merecem consideração quando pedem para que um pedaço do bolo de aniversário seja-lhes guardado na geladeira. Afinal, eles também contribuíram de alguma forma para o sucesso da festa. TRT/SP 15ª Região 865-88.2012.5.15.0089 - Ac. 9ª Câmara 44.891/13-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 6.6.2013, p. 901.

71 - PETROBRAS DISTRIBUIDORA. SERVIÇOS DE SUPORTE TÉCNICO À ATIVIDADE OPERACIONAL, DE GESTÃO DOCUMENTAL, DE SUPORTE TÉCNICO PARA GERENCIAMENTO DE RISCO, DE APOIO OPERACIONAL E DE TRANSPORTE DE COMBUSTÍVEIS E DERIVADOS DE PETRÓLEO. ATIVIDADE-FIM CARACTERIZADA

O estatuto social da empresa ré faz referência ao transporte *lato sensu*, sem qualquer exceção, diferentemente do que ocorreu quando a Lei n. 9.478/1997 traçou os serviços ligados ao setor de petróleo de monopólio da União. O monopólio da União não se confunde com a atividade-fim da empresa ré, que não foi criada especificamente para cuidar de tal monopólio. Pelo contrário, a sua criação teve por escopo “a utilização de métodos de gestão privada, mais flexíveis e mais adaptáveis ao novo tipo de atividade assumida pelo Estado”. *In casu*, é discutido o fato se as atividades de serviços de suporte técnico à atividade operacional, de gestão documental, de suporte técnico para gerenciamento de risco, de apoio operacional e de serviços de transporte de combustíveis e derivados de petróleo estão ou não inseridas na atividade-fim da empresa ré. Verifica-se que citados serviços são idênticos ou, no mínimo, subordinados às atividades exercidas pelos empregados da empresa ré. Nesse sentido, na audiência ministerial, os representantes da empresa ré deixaram bem claro que os “terceirizados” trabalham ombro a ombro com os seus empregados, exercendo praticamente as mesmas

atividades. Ora, se tais serviços não estão ligados à atividade-fim da empresa ré, qual o motivo de existirem funcionários próprios realizando-os? É um total contrassenso que uma empresa voltada à atividade de mercado coloque mão de obra com maior qualificação e dispendiosa em serviços não inerentes ao seu objetivo. Portanto, os serviços anteriormente apontados constituem a atividade-fim da empresa ré e não mera atividade acessória. Assim, a contratação de tais serviços diretamente relacionada à atividade essencial da empresa ré foi flagrantemente fraudulenta, ensejando a aplicação do art. 9º da CLT. Conclui-se, dessa forma, que a contratação de mão de obra nessas áreas deveria ter sido precedida de concurso público. Resta clara, portanto, a ofensa ao Princípio do Concurso Público e ao Princípio da Moralidade Administrativa. Ora, como cediço, o não cumprimento do requisito do concurso público, nos termos do § 2º, do art. 37 da CF c/c o art. 9º da CLT, inquina de nulidade o ato da contratação das empresas prestadoras de serviços. TRT/SP 15ª Região 02007-98.2011.5.15.0013 - Ac. 11ª Câmara 30.202/13-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DEJT 18.4.2013, p. 791.

72 - PETROBRAS. DIFERENÇA DE COMPLEMENTO DE RMNR. FORMA DE CÁLCULO. NORMA COLETIVA. INTERPRETAÇÃO
O cálculo do complemento da RMNR (Remuneração Mínima por Nível e Regime) percebida pelos empregados da Petrobras deve ser realizado subtraindo-se do respectivo valor apenas o salário básico, a VP-ACT e a VP-SUB, em cumprimento ao estabelecido em Acordo Coletivo de Trabalho aplicável aos litigantes. As demais vantagens recebidas pelo empregado sob outras rubricas, que não aquelas discriminadas no § 3º da cláusula 35ª do ACT de 2007/2009 e 36ª do ACT de 2009/2011, não podem ser consideradas para fins de cálculo do complemento da RMNR, as quais serão acrescidas ao final. Caso contrário, estaríamos tratando de forma idêntica empregados sujeitos a condições de trabalho distintas, causando prejuízo econômico àqueles que se ativam em condições especiais, com risco à sua saúde e integridade física, em flagrante afronta ao princípio da isonomia e às mencionadas normas coletivas. Recurso ordinário do reclamante ao qual se dá parcial provimento. TRT/SP 15ª Região 1362-07.2011.5.15.0132 - Ac. 10ª Câmara 47.815/13-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 13.6.2013, p. 418.

73 - PIS (PROGRAMA DE INTEGRAÇÃO SOCIAL). INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. AUSÊNCIA DE CADASTRO POR CULPA DO EMPREGADOR

O empregado pode pleitear a indenização substitutiva correspondente ao não recolhimento da parcela, diante da comprovada ausência do cadastro do trabalhador junto ao PIS decorrente de culpa do empregador, nos termos do entendimento consagrado pela Súmula n. 300 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 571-53.2012.5.15.0148 - Ac. 3ª Câmara 43.625/13-PATR. Rel. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla. DEJT 28.5.2013, p. 184.

74 - RADIALISTA. ACÚMULO DE FUNÇÕES EM SETORES DIFERENTES. NOVO CONTRATO DE TRABALHO. ART. 14 DA LEI N. 6.615/1978

Nos termos do art. 14 da Lei n. 6.615/1978, ao radialista é vedada a acumulação de funções em diferentes setores, dentre os aludidos no art. 4º do referido diploma legal. Nesse sentido, à luz do princípio da razoabilidade, constatado o exercício pelo reclamante das funções de operador de controle mestre (atividade pertencente ao setor técnico) e de coordenador de programação (atividade do setor de produção), impõe-se o reconhecimento de dois contratos de trabalho. Recurso Ordinário do reclamante provido. TRT/SP 15ª Região 01965-51.2010.5.15.0153 - Ac. 7ª Câmara 28.111/13-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 18.4.2013, p. 648.

75 - RECURSO ORDINÁRIO. MUNICÍPIO. FÉRIAS NÃO QUITADAS ANTES DO AFASTAMENTO. ARTS. 137 E 145 DA CLT. PAGAMENTO DOBRADO DEVIDO

O Poder Público, ao contratar servidores sob o regime da CLT, perfila-se às empresas privadas em geral, a elas se equiparando. Despe-se, pois, de seu *jus imperii*. Nessa toada, sujeita-se às obrigações específicas dos arts. 134 e seguintes da norma consolidada, notadamente a de pagar as férias até 2 dias antes de seu início. O descumprimento dessa obrigação acaba por frustrar o descanso anual do empregado, situação que equivale à não concessão oportuna e, assim, impõe o pagamento da dobra prevista no art. 137 da CLT. Incidência do entendimento reunido em torno da OJ/SDI-1 n. 386 do C. TST. Recurso patronal a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 590-83.2011.5.15.0022 - Ac. 4ª Câmara 12.901/13-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 28.2.2013, p. 863.

76 - REINTEGRAÇÃO DEVIDA. CLÁUSULA NORMATIVA QUE PROTEGE OS TRABALHADORES CONTRA O DESEMPREGO CAUSADO PELO USO DE NOVAS TECNOLOGIAS. RESPALDO CONSTITUCIONAL (ART. 7º, XXVII). PREMISSA DE DISPENSA POR MENOR NECESSIDADE DE MÃO DE OBRA

Embora o legislação nacional permita a dispensa “imotivada” do empregado, é certo que caberia à reclamada alegar qual a razão da dispensa do reclamante, face à proteção normativa contra a dispensa por adoção de novos processos tecnológicos. É uma vez feita tal alegação, demonstrá-la. Reintegração que se impõe, face à premissa de menor necessidade de mão de obra, para a obtenção não só dos mesmos, mas de melhores resultados, com a adoção de novo *software* no setor do empregado dispensado. TRT/SP 15ª Região 118000-40.2009.5.15.0053 - Ac. 10ª Câmara 23.809/13-PATR. Rel. Flávio Landi. DEJT 4.4.2013, p. 1119.

77 - RELAÇÃO DE TRABALHO. ACIDENTE FATAL DURANTE A PRESTAÇÃO DO LABOR PRÓXIMO À REDE ELÉTRICA DE ALTA TENSÃO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE DO CONTRATANTE. CULPA CONCORRENTE

O reclamado, ao pactuar a pintura de seu estabelecimento comercial sem se certificar e exigir que os serviços sejam executados com as adequadas condições de segurança, notadamente quando possui conhecimento de que se trata de local perigoso próximo à rede elétrica de alta tensão, responde pelos danos causados em decorrência da sua negligência. Culpa concorrente da vítima que não seguiu as orientações. Responsabilidade do reclamado. Indenização por danos morais devida. Pensão mensal à filha menor até os vinte e cinco anos de idade e vitalícia à companheira. Recurso das reclamantes a que se concede provimento. TRT/SP 15ª Região 1119-58.2010.5.15.0048 - Ac. 4ª Câmara 44.482/13-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 6.6.2013, p. 674.

78 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO TOMADOR DE SERVIÇOS. CONDUTA CULPOSA. NEGLIGÊNCIA

É dever do ente público a fiscalização inerente ao cumprimento das obrigações do contrato, conforme arts. 58, inciso III, e 67, *caput*, e § 1º, da Lei de Licitações. Não houve efetiva fiscalização por parte do tomador de serviços e adoção de medidas relativas ao descumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Conduta negligente. Responde subsidiariamente o ente público, nos termos dos itens V e VI da Súmula n. 331 do C. TST, por todas as verbas trabalhistas não quitadas pela empregadora direta e principal. TRT/SP 15ª Região 071-62.2011.5.15.0005 - Ac. 11ª Câmara 9.801/13-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DEJT 14.2.2013, p. 952.

79 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A responsabilidade subsidiária aperfeiçoa-se com a frustração de cumprimento do título executivo judicial, operando a partir do simples inadimplemento do devedor principal, sendo desnecessária prova da insolvência. Entendimento contrário significa esvaziar o conceito da responsabilidade subsidiária, de cunho nitidamente patrimonial, dificultando a execução que, ressalte-se, realiza-se em benefício do credor, nos moldes do art. 620 do CPC. TRT/SP 15ª Região 711-83.2011.5.15.0096 - Ac. 10ª Câmara 44.006/13-PATR. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 28.5.2013, p. 422.

80 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ACORDO INADIMPLIDO. TOMADOR DE SERVIÇOS QUE NÃO PARTICIPOU DA AVENÇA. IMPOSSIBILIDADE

Não se aplica a responsabilidade subsidiária prevista no item IV da Súmula n. 331 do E.TST ao tomador de serviços, na hipótese de inadimplemento

de acordo celebrado exclusivamente entre o autor e sua empregadora, que com aquele contratou, por não integrar o título executivo judicial. TRT/SP 15ª Região 00032-97.2012.5.15.0080 - Ac. 2ª Câmara 23.152/13-PATR. Rel. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 4.4.2013, p. 698.

81 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. BENEFÍCIO DE ORDEM. DESNECESSIDADE

A responsabilidade subsidiária trabalhista não exige que o credor aguarde, indefinidamente, o esgotamento de todos os meios de execução contra a devedora principal e seus sócios, para responsabilizar o devedor subsidiário. A natureza alimentar do crédito trabalhista e a premência de sua satisfação acabam por atribuir ao devedor subsidiário uma responsabilidade sucessiva e imediata pelo inadimplemento do devedor principal. A agravante não indicou bens da devedora principal ou de seus sócios que pudessem saldar as obrigações trabalhistas, de forma a valer-se do benefício de ordem. Agravo a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 88900-49.2008.5.15.0126 - Ac. 2ª Câmara 25.623/13-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 11.4.2013, p. 273.

82 - SERVIDOR PÚBLICO CEDIDO POR MUNICÍPIO. EXERCÍCIO DE FUNÇÃO COMISSIONADA EM VARA DO TRABALHO. DISPENSA FUNDAMENTADA NA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE DA ADMINISTRAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. DIREITO ADQUIRIDO À MANUTENÇÃO DA CESSÃO E DA GRATIFICAÇÃO INEXISTENTE

A cessão de servidor público por pessoa jurídica integrante de qualquer um dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, suas empresas públicas e sociedades de economia mista, para exercer cargo em comissão ou função de confiança, conforme permissivo contido no art. 5º do Decreto n. 4.050/2001, ocorre sempre no interesse da Administração Pública e em caráter precário. Desse modo, a exoneração de cargo em comissão e a dispensa de função de confiança dar-se-á a juízo da autoridade competente, segundo critérios objetivos relacionados à conveniência e oportunidade da Administração. Trata-se, portanto, de típico ato discricionário, que não se confunde com a aplicação de sanção disciplinar. Sendo assim, inexistente direito adquirido do servidor cedido à manutenção do *status quo* e, tampouco, da percepção da gratificação correspondente. Mandado de segurança negado. TRT/SP 15ª Região 0000559-95.2012.5.15.0000 - Ac. ÓEJ 23/2013-POEJ. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 10.1.2013, p. 9.

83 - SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. PUBLICAÇÃO NA INTERNET DA RELAÇÃO DE NOMES, CARGOS E VENCIMENTOS DO ENTE PÚBLICO. DANO MORAL INEXISTENTE

Não fere direito personalíssimo do trabalhador a publicação na respectiva página da *internet* do ente público, da relação de nomes, cargos e

remuneração de seus empregados, uma vez que prestar tal informação à sociedade é uma obrigação legal do Administrador e um direito do cidadão. Referida publicação está de acordo com o princípio da publicidade da Administração Pública e, mais do que isso, com a norma constitucional que impõe aos poderes de todos os entes políticos da República a publicidade da remuneração e dos subsídios de cargos e empregos públicos (CF, art. 39, § 6º). Recurso da autora a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 151-98.2012.5.15.0099 - Ac. 2ª Câmara 10.311/13-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 14.2.2013, p. 581.

84 - SUCESSÃO DE EMPRESAS. TRANSFERÊNCIA DA MARCA. NÃO CARACTERIZAÇÃO

Não é possível falar-se em sucessão quando tenha havido a alienação de apenas parte de um negócio, como ocorreu no presente caso, em que sequer houve a transferência de maquinário ou aproveitamento de um único funcionário. Na verdade houve apenas a transferência de uma marca, o que não caracteriza, de forma alguma, a sucessão de empresas. TRT/SP 15ª Região 56400-03.1998.5.15.0021 - Ac. 7ª Câmara 29.994/13-PATR. Rel. Desig. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 18.4.2013, p. 694.

85 - TERCEIRIZAÇÃO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO TOMADORA E BENEFICIÁRIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA PELAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 37 DA CF/1988, ARTS. 186 E 187 DO CC, ART. 67 E 71, §2º DA LEI 8.666/1993, SÚMULA N. 331, V E VI DO C. TST E ADC 16 DO STF

Cabe ao tomador e real beneficiário dos serviços prestados exigir, acompanhar e fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empregadora contratada nas terceirizações, sob pena de responder pelo comportamento omissivo por culpa *in vigilando* (artigos 186 e 187 do CC). Jurisprudência dominante - Súmula n. 331, V do C. TST, aplicável mesmo no caso de pessoa jurídica de direito público, com base no art. 37 da CF/1988. A licitação não a desonera do encargo legal de fiscalizar a atuação da contratada. A Lei n. 8.666/1993 deve ser interpretada em conformidade com os preceitos constitucionais, especialmente no que diz respeito a Direito do Trabalho, razão pela qual seu art. 71 não pode ser utilizado incorretamente na busca de isenção de responsabilidade decorrente de práticas contrárias ao ramo do Direito mencionado, consoante julgamento proferido pelo E. STF na ADC n. 16. Ainda, cabe ao tomador o ônus de comprovar o cumprimento dos requisitos da Lei n. 8.666/1993 observando-se não apenas a formalidade, mas a realidade das ocorrências, eis que detém a aptidão para a prova respectiva. Ressalte-se que o reconhecimento da subsidiariedade abrange todas as situações em que o tomador se beneficiou da força de trabalho e deixou

de fiscalizar e acompanhar a atuação da contratada. TRT/SP 15ª Região 801-16.2012.5.15.0142 - Ac. 1ª Câmara 54.079/13-PATR. Rel. Oséas Pereira Lopes Junior. DEJT 27.6.2013, p. 184.

86 - TERCEIRIZAÇÃO. PROIBIÇÃO. NORMAS COLETIVAS. POSSIBILIDADE

A terceirização da mão de obra assalariada é um dos maiores desafios do Direito do Trabalho contemporâneo, por conta da indiscutível precarização que ocasiona no âmbito das relações laborais individuais e coletivas de índole dependente. Norma coletiva que a proíba, ademais de válida, será digna, pelo avanço social que consubstancia, de propiciar encômios para os respectivos entes sindicais convenientes. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 218500- 73.2009.5.15.0099 - Ac. 4ª Câmara 21.067/13-PATR. Rel. José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva. DEJT 21.3.2013, p. 629.

87 - TRABALHO EXTERNO. ENQUADRAMENTO NA EXCEÇÃO DO ART. 62, I, DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO

O inc. I do art. 62 da CLT exclui do regime de horas extras o empregado que exerce atividade externa incompatível com a fixação de horário, não incidindo nas hipóteses em que a ausência de controle de jornada padrão decorre de simples opção e conveniência do empregador. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. AGRESSÕES E AMEAÇAS. O respeito à pessoa humana e à urbanidade são normas de conduta que devem imperar em todo relacionamento, em especial no ambiente de trabalho. O empregador, ao submeter o empregado a situação humilhante e ameaçadora, da qual resultou tumulto, envolvendo agressões e ameaças, deve responder pelo dano moral imposto ao trabalhador. TRT/SP 15ª Região 00585-61.2010.5.15.0001 - Ac. 1ª Câmara 33.327/13-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 2.5.2013, p. 443.

88 - TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. DESCUMPRIMENTO

O descumprimento dos termos da negociação coletiva que autoriza o elasticamento do turno ininterrupto de revezamento justifica o reconhecimento da jornada especial de seis horas, prevista no art. 7º, inc. XIV, da CF, fazendo jus o trabalhador ao pagamento, como extra, das 7ª e 8ª horas laboradas. DANO MORAL. FERROVIÁRIO. AMBIENTE DE TRABALHO INDIGNO. AUSÊNCIA DE SANITÁRIO. LOCOMOTIVAS. O empregador, ao empreender uma atividade econômica, tem a obrigação de manter uma ambiente de trabalho seguro e digno, garantindo a seus empregados as condições mínimas de higiene e segurança, a fim de implementar as garantias fundamentais insculpidas no art. 1º, incisos III e IV da CF. A exploração da atividade de transporte em linha férrea, com utilização de locomotivas

desprovidas de sanitários, submete o trabalhador a situação humilhante e constrangedora, na medida em que o obriga a satisfazer suas necessidades fisiológicas de forma absolutamente inapropriada. Configurado o dano moral oriundo do ambiente de trabalho indigno, exsurge para o empregador o dever de reparação - art. 927 do CC. TRT/SP 15ª Região 1514-84.2011.5.15.0090 - Ac. 1ª Câmara 43.346/13-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 28.5.2013, p. 88.

89 - VALE REFEIÇÃO PREVISTO EM NORMA COLETIVA PAGO NO PERÍODO EM QUE O TRABALHADOR PERMANECEU AFASTADO AGUARDANDO DECISÃO DA AUTARQUIA PREVIDENCIÁRIA, POR ORDEM DO EMPREGADOR. BENEFÍCIO NÃO CONCEDIDO. DESCONTO POSTERIOR INDEVIDO

De acordo com a cláusula coletiva o vale-refeição ou alimentação é concedido nos primeiros noventa dias, aos empregados afastados por motivo de acidente de trabalho e licença médica. A negativa posterior do benefício previdenciário não pode acarretar o desconto dos valores pagos enquanto o autor ficou aguardando decisão da autarquia previdenciária, por determinação do empregador. Apesar de a cláusula normativa não contemplar o pagamento do benefício nessa situação, o autor não pode ser penalizado por cumprir determinação da própria ré. Recurso da reclamada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 2221-85.2010.5.15.0058 - Ac. 2ª Câmara 102.293/12-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 10.1.2013, p. 1697.

90 - VALE-TRANSPORTE. OPÇÃO POR SUA UTILIZAÇÃO

A MM. juíza de primeiro grau, Débora Wust de Proença, bem aduziu que a reclamante optou pela não utilização do benefício, não havendo qualquer prova de vício de consentimento no documento de dispensa. A opção pelo recebimento ou não do vale-transporte implica também em autorizar ou não o empregador a descontar 6% do salário, referentes à participação do empregado no custeio, conforme parágrafo único do art. 4º da Lei n. 7.418/1985. Ou seja, independentemente de a reclamante utilizar-se de transporte coletivo para deslocar-se ao trabalho, é sua opção receber ou não o vale-transporte, que implica no desconto de 6% de seu salário. Nessa tessitura, irrelevante o fato de o empregador ter conhecimento ou não de que a reclamante utilizava-se de transporte público para trabalhar. Afinal, é o próprio empregado quem faz a opção por receber ou não o vale-transporte, nos moldes daquela firmada pela reclamante, a qual, repisa-se, não apresenta qualquer vício de vontade. Diante do exposto, deve ser mantida a r. sentença que afastou a condenação ao pagamento de vale-transporte. TRT/SP 15ª Região 00681-81.2012.5.15.0009 - Ac. 11ª Câmara 21.207/13-PATR. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 21.3.2013, p. 926.

91 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DIRETOR ESTATUTÁRIO. PRESENÇA DE SUBORDINAÇÃO. CONFIGURAÇÃO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 269 DO C. TST

As circunstâncias definidoras da relação de emprego se concentram na pessoa do trabalhador. Nele é que se irá verificar a presença dos pressupostos do art. 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, remuneração, habitualidade e subordinação. O diretor com altos poderes de gestão constituídos em estatuto, em geral, não é considerado empregado, pois não poderia dirigir a empresa e subordinar-se a si mesmo. Entretanto, verificada a presença de subordinação, a desnaturar a relevância do cargo dentro da organização empresarial, deve ser reconhecida a relação empregatícia. Nesse sentido a orientação da Súmula n. 269 do C. TST. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE. PRESSUPOSTOS AUSENTES. INDEVIDO. A responsabilidade civil advém por decorrência da presença de seus elementos básicos, quais sejam: ação ou omissão, o dano e o nexo de causalidade. Ausente qualquer um desses elementos, não há que se falar em indenização, mormente por dano moral. TRT/SP 15ª Região 00545-78.2012.5.15.0108 - Ac. 8ª Câmara 35.603/13-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 9.5.2013, p. 718.

DIREITO PROCESSUAL

92 - AÇÃO ANULATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAR PEDIDOS DE NATUREZA CONDENATÓRIA

A natureza jurídica da Ação Anulatória de Cláusulas Convencionais é Declaratória - Constitutiva. Nesse sentido, pode ser meramente Declaratória em caso de manutenção dos termos do ajustado, ou, ainda, Constitutiva - Negativa, em caso procedência do pedido. Portanto, tratando-se de ação que tem por objeto a nulidade ou anulabilidade de Cláusula Convencional, ou seja, de norma *in abstracto* e com efeitos *erga omnes*, não pode trazer pedido condenatório, seja de obrigação de fazer, não fazer ou de pagar. Nesse sentido, não obstante tratem-se de normas autônomas são gerais e abstratas e somente após Decisão reconhecendo a sua invalidade é que surge para os titulares do direito violado o direito subjetivo de ação, ou seja, o de formular pedidos condenatórios. TRT/SP 15ª Região 01557-63.2012.5.15.0000 - Ac. SDC 76/13- PADC. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 21.2.2013, p. 4.

93 - ACIDENTE DE TRABALHO

Nas ações decorrentes de doença equiparada ao acidente de trabalho, considera-se como *dies a quo* do prazo prescricional (*actio nata*) o momento em que o interessado, inequivocamente, toma ciência da extensão da lesão. Este momento, contudo, deve ser objetivamente considerado, não podendo ficar ao exclusivo arbítrio do empregado. Assim, servem como marcos objetivos a conversão do auxílio doença em aposentadoria por invalidez ou a alta previdenciária. TRT/SP 15ª Região 118900- 52.2008.5.15.0087 - Ac. 1ª Câmara 13.186/12-PATR. Rel. Adelina Maria do Prado Ferreira. DEJT 1º.3.2012, p. 943.

94 - ACIDENTE DE TRABALHO. SEQUELAS. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL

O termo inicial do prazo prescricional da pretensão de indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho, a que se equipara a doença profissional, é a data em que o trabalhador teve ciência inequívoca da incapacidade laboral ou do resultado gravoso. Da expressão "ciência inequívoca da incapacidade", infere-se que não se trata da ciência das primeiras lesões da doença, mas da efetiva consolidação da moléstia e da consequente repercussão na capacidade de trabalho do empregado. No caso, a ciência inequívoca se deu com a entrega do laudo pericial em 14.12.2011

(fl. 137) que reconheceu as sequelas decorrentes do acidente ocorrido em 2001, no qual reconheceu ser o reclamante portador de hérnia discal lombar traumática e quadro psiquiátrico neurótico decorrente da “lombalgia acidentária”. Ainda que assim não fosse, o laudo pericial que constatou a incapacidade total e permanente é posterior ao ajuizamento da ação, não havendo assim que se falar em prescrição extintiva. Desprovejo. TRT/SP 15ª Região 01749-79.2011.5.15.0016 - Ac. 7ª Câmara 33.439/13-PATR. Rel. Fabio Allegretti Cooper. DEJT 2.5.2013, p. 608.

95 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUSTIÇA GRATUITA. PESSOA JURÍDICA. DEPÓSITO RECURSAL. LEI N. 1.060/1950. DESERÇÃO
O depósito recursal não está abarcado pelos benefícios da justiça gratuita, uma vez que não tem natureza jurídica de despesa processual e sim de garantia do juízo (art. 899, § 1º, da CLT). Assim, ainda que se conceda à pessoa jurídica a benesse prevista na Lei n. 1.060/1950, a falta do depósito recursal leva à deserção do apelo. Agravo desprovido. TRT/SP 15ª Região 1601-32.2010.5.15.0007 - Ac. 4ª Câmara 6.975/13-PATR. Rel. Luiz José Dezena da Silva. DEJT 7.2.2013, p. 46.

96 - AGRAVO DE PETIÇÃO. NÃO CABIMENTO POR SUPRIMIDA UMA FASE PROCESSUAL OBRIGATÓRIA

Pela interpretação sistemática, ainda que a letra “a” do art. 897 da CLT utilize a expressão “decisões” para indicar os atos passíveis de reforma por meio da utilização do agravo de petição, sem fazer ressalvas ou distinções entre suas espécies, do seu cotejo com o § 1º do art. 893, bem como com o art. 884 do mesmo diploma legal, denota-se que a parte deveria, antes, ter se valido de embargos à execução, sendo que da decisão aí proferida caberia o agravo de petição intentado. Assim, por suprimida uma fase processual obrigatória, tendo a reclamada saltado diretamente para o agravo de petição, é ele incabível. TRT/SP 15ª Região 193000- 09.2006.5.15.0067 - Ac. 7ª Câmara 42.646/13-PATR. Rel. Luiz Roberto Nunes. DEJT 28.5.2013, p. 373.

97 - AGRAVO DE PETIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO

Deve a parte interessada atacar os fundamentos da decisão que deu origem ao agravo de petição, nos termos do art. 514, II do CPC, com amparo no art. 769 da CLT, a fim de permitir ao Juízo *ad quem* cotejar os argumentos lançados na decisão judicial de piso com as alegações recursais. No caso dos autos, verifica-se que a agravante, em suas razões, apresenta, aleatoriamente, sua irrisignação e deixa de enfrentar pontual e frontalmente os motivos que levaram o juízo *a quo* a julgar de forma contrária aos seus. TRT/SP 15ª Região 99400-55.2003.5.15.0093 - Ac. 11ª Câmara 24.219/13-PATR. Rel. Dora Rossi Góes Sanches. DEJT 4.4.2013, p. 1135.

98 - AGRAVO INOMINADO. ART. 557, § 1, DO CPC. INCABÍVEL EM FACE DE DECISÃO COLEGIADA

É incabível o Agravo Inominado previsto no § 1º do art. 557 do CPC em face de decisão colegiada, porque se destina exclusivamente a impugnar decisão monocrática nas hipóteses descritas naquele mesmo artigo. TRT/SP 15ª Região 498-16.2012.5.15.0105 - Ac. OEJ 85/13-POEJ. Rel. Henrique Damiano. DEJT 4.6.2013, p. 5.

99 - ARTIGO 475-J DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO

Conquanto o art. 769 da CLT permita a integração de normas do processo civil ao processo trabalhista, a aplicação do CPC somente ocorrerá no caso de omissão do texto consolidado. Assim, tendo a CLT tratado, expressamente, de matérias de liquidação e execução de sentença (arts. 876 a 892), não há lacuna legislativa, não havendo que se falar, portanto, em aplicação do art. 475-J do CPC na Justiça do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 26500-09.2006.5.15.0113 - Ac. 7ª Câmara 28.195/13-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 18.4.2013, p. 665.

100 - ARTIGO 475-J, DO CPC. APLICAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA. PERTINÊNCIA

Não colide com norma de ordem trabalhista a aplicação do mencionado preceito no Processo do Trabalho. E, mais, sua utilização observa princípios basilares deste Direito Laboral, quais sejam, o da proteção ao crédito trabalhista, de caráter alimentar e o da celeridade e efetividade processuais TRT/SP 15ª Região 102600-66.1998.5.15.0054 - Ac. 5ª Câmara 13.884/13-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 28.2.2013, p. 1022.

101 - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA. RECONHECIMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA AUTÔNOMA. IMPOSSIBILIDADE

O reconhecimento de eventual nulidade de citação pode ser objeto de exame em sede de recurso, de embargos à execução ou, ainda, de ação rescisória. A ação declaratória não se revela meio próprio para tal finalidade. Extinção do processo sem resolução do mérito que se mantém. TRT/SP 15ª Região 1308-09.2012.5.15.0002 - Ac. 4ª Câmara 44.533/13-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 6.6.2013, p. 683.

102 - AVISO PRÉVIO INDENIZADO. PRESCRIÇÃO BIENAL. PROJEÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO

O aviso prévio indenizado, consoante o disposto no art. 487, § 1º da CLT, é computado como tempo de serviço, trazendo como consequência a projeção do contrato de trabalho para todos os efeitos legais, inclusive em relação ao início da prescrição bienal. Estabelece, ainda, a OJ n. 83 da SBDI-1 do C. TST, que a prescrição começa a fluir no final da data

do término do aviso prévio, ainda que indenizado. TRT/SP 15ª Região 00206-89.2011.5.15.0097 - Ac. 1ª Câmara 27.816/13-PATR. Rel. Rosana Fantini. DEJT 18.4.2013, p. 316.

103 - CÂMARA DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EXIGÊNCIA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO TRABALHISTA. CONDIÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE

Pretender criar condição específica de procedibilidade, através de legislação infraconstitucional, afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição. A única exceção ou mitigação na denominada inexistência de jurisdição condicionada refere-se à hipótese da Justiça Desportiva, conforme disposto no próprio texto constitucional (art. 217, § 2º). TRT/SP 15ª Região 177900-18.2008.5.15.0140 - Ac. 10ª Câmara 17.505/13-PATR. Rel. Elency Pereira Neves. DEJT 14.3.2013, p. 758.

104 - CARGO EM COMISSÃO. ENTE PÚBLICO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO

O contrato entabulado entre as partes possui natureza jurídico-administrativa, por envolver o Ente Público e seus servidores. Conforme entendimento firmado pelo STF, esta Justiça Especializada não possui competência material para julgar a presente Ação. Declarada a incompetência de ofício. TRT/SP 15ª Região 390-74.2012.5.15.0076 - Ac. 3ª Câmara 10.136/13-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 14.2.2013, p. 698.

105 - COISA JULGADA. QUITAÇÃO GERAL EM ACORDO JUDICIAL. VALIDADE

A resolução conciliada é uma das metas do processo trabalhista, estimulada e prestigiada pela legislação obreira e a homologação da vontade das partes origina uma decisão terminativa irrecorrível (art. 831, parágrafo único, da CLT), inclusive, com resolução do mérito (art. 269, inciso III, do CPC, aplicado subsidiariamente por ser norma geral). A quitação geral quanto a todos os direitos oriundos da relação contratual, expressamente prevista no acordo, submetida ao crivo do Juiz, que homologa a avença sem qualquer ressalva, dá ao empregador liberação geral, irrestrita e definitiva. TRT/SP 15ª Região 0557-90.2012.5.15.0141 - Ac. 4ª Câmara 27.645/13-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 11.4.2013, p. 393.

106 - COLHEITA DE PROVAS. PRINCÍPIO DA ORALIDADE E IMEDIATIDADE

O direito processual do trabalho é consubstanciado no princípio da oralidade e imediatidade. Ninguém melhor que o magistrado que interrogou as partes e testemunhas tem condição de proferir juízo de valor acerca da sinceridade de seus depoimentos. Assim, deve ser

prestigiada a avaliação probatória feita pelo MM. Juízo de origem que procedeu à colheita da prova oral, em contato direto com as partes e testemunhas. TRT/SP 15ª Região 1671-92.2010.5.15.0122 - Ac. 7ª Câmara 15.203/13-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DEJT 7.3.2013, p. 719.

107 - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO AJUIZADA EM FACE DE ENTE PÚBLICO COM PEDIDO DE VERBAS TRABALHISTAS. INEXISTÊNCIA DE PROVA DA NATUREZA JURÍDICA DA CONTRATAÇÃO. A Justiça do Trabalho não detém competência material quanto às causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo. Entretanto, inexistente o contrato formal e, por decorrência, a prova de que a relação se reveste das referidas naturezas jurídicas, é competente a Justiça do Trabalho para o processamento e julgamento da causa. TRT/SP 15ª Região 0014201- Ac. 3ªSD 16/13-PDI3. Rel. Desig. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella. DEJT 10.1.2013, p. 22.

108 - COMPETÊNCIA TERRITORIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PROTETOR. POSSIBILIDADE

A viabilidade real do acesso à Justiça pelo trabalhador deve prevalecer como fundamento principal para a definição do lugar da reclamação, sempre e quando tal se possa concretizar sem manifesto prejuízo ao direito de resposta do empregador, conforme precedentes deste Regional e do C. TST. Recurso acolhido. TRT/SP 15ª Região 00732-86.2011.5.15.0087 - Ac. 4ª Câmara 21.052/13-PATR. Rel. Maria da Graça Bonança Barbosa. DEJT 21.3.2013, p. 626.

109 - COMPETÊNCIA TERRITORIAL. EMPREGADO RESIDENTE EM COSMÓPOLIS (SP), CONTRATADO EM OSVALDO CRUZ (SP) PARA TRABALHAR EM SIDROLÂNDIA (MS). AJUIZAMENTO DA DEMANDA EM PAULÍNIA. POSSIBILIDADE. A regra constante do art. 651 da CLT, precisamente porque de índole relativa, pode e deve ser interpretada de forma ampliativa, sempre e quando, sem prejuízo concreto ao direito de defesa, se busque consagrar a garantia constitucional de acesso à justiça. TRT/SP 15ª Região 1338-94.2011.5.15.0126 - Ac. 4ª Câmara 41.878/13-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 23.5.2013, p. 729.

110 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PERTINENTES AO RAMO DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATIVIDADE-FIM DA EMPRESA CONTRATANTE. INTERMEDIÇÃO FRAUDULENTE DE MÃO DE OBRA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A intermediação de serviços da atividade-fim, no ramo da construção civil, atrai a responsabilidade solidária do tomador dos serviços.

Aplicação do art. 455, parágrafo único, da CLT. TRT/SP 15ª Região 00158-40.2012.5.15.0148 - Ac. 1ª Câmara 19.160/13-PATR. Rel. Luiz Antonio Lazarim. DEJT 21.3.2013, p. 486.

111 - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. LESÃO IMEDIATA E IRREPARÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO. RECORRIBILIDADE

A remessa dos autos a comarca distante do local de residência do trabalhador que não disponha de recursos para arcar com as despesas de locomoção, ainda que no âmbito do mesmo Regional, inviabiliza o acesso ao Poder Judiciário, desafiando a imediata apreciação de apelo que vise a restabelecer a prestação jurisdicional na localidade onde proposta a reclamatória. Aplicação do art. 5º, XXXV, da CF. TRT/SP 15ª Região 004-34.2012.5.15.0047 - Ac. 9ª Câmara 15.539/13-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 7.3.2013, p. 852.

112 - DEPÓSITO RECURSAL. SUBSTITUIÇÃO POR HIPOTECA JUDICIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE

Uma vez que no Processo do Trabalho existe normatização para a garantia do juízo em sede recursal, impossível a aplicação da hipoteca judiciária, prevista no art. 466 da CLT, como substituto do depósito recursal, nos termos do art. 769 da CLT. TRT/SP 15ª Região 847-54.2010.5.15.0116 - Ac. 11ª Câmara 9.746/13-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DEJT 14.2.2013, p. 941.

113 - DEPÓSITO RECURSAL. UTILIZAÇÃO DA GUIA PARA DEPÓSITO JUDICIAL TRABALHISTA E NÃO A GFIP. DESERÇÃO

A IN n. 36/2012 do C. TST excluiu expressamente a Guia de Depósito Judicial para fins de efetivação do depósito recursal (art. 1º). A utilização do meio inadequado impede que o depósito recursal seja utilizado para uma das suas finalidades, que é o financiamento de programas habitacionais, saneamento básico e infra-estrutura urbana (§ 2º do art. 9º da Lei n. 8.036/1990), impedindo que se lance mão do princípio da instrumentalidade das formas. Deserção decretada. TRT/SP 15ª Região 1935-56.2011.5.15.0096 - Ac. 5ª Câmara 43.083/13-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 28.5.2013, p. 259.

114 - DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. REQUERIMENTO PARA JUNTADA DE CARTA DE PREPOSIÇÃO E INSTRUMENTO DE MANDATO. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA

Comparecendo à audiência inicial o advogado da empresa sem portar instrumento de mandato e seu preposto sem a carta de preposição, mas portando defesa e documentos, revela, tal atitude, nítido ânimo de defesa pela parte e, nesse sentido, o não-recebimento da defesa e

documentos, bem como a não-concessão de prazo razoável para que a parte providencie a regularização da sua representação constitui nítido cerceamento de defesa, eis que a ausência dos documentos em questão não deve atrair de imediato o decreto da confissão e revelia, ao contrário, é imprescindível que o magistrado antes conceda prazo à parte para sanar o defeito. Inteligência do art. 13 do CPC, subsidiariamente aplicável ao Processo do Trabalho. Recurso ordinário da reclamada a que se dá provimento para declarar a nulidade da sentença em razão de cerceamento de defesa. TRT/SP 15ª Região 169-10.2012.5.15.0103 - Ac. 5ª Câmara 52.690/13-PATR. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 27.6.2013, p. 294.

115 - DIREITO PROCESSUAL. LIMITES IMPOSTOS PELO PEDIDO. VALORES INDICADOS POR ESTIMATIVA. NÃO VIOLAÇÃO AO ART. 460 DO CPC

Os limites dos pedidos formulados pelo Autor na inicial devem ser observados, sob pena de violação ao contido no art. 460 do CPC. Nesse sentido, o pedido é que fixa os limites da prestação jurisdicional e possui um objeto mediato e outro imediato, aquele é o bem da vida pretendido e este a providência jurisdicional pleiteada. O Princípio da Congruência se aplica, levando-se em conta o pedido mediato, sendo assim, é defeso ao Juiz proferir Sentença sem observância aos limites fixados pelos pedidos. Entretanto, na Justiça do Trabalho, o que dificilmente ocorre em outras competências do Poder Judiciário, os direitos postulados pelo trabalhador em processos de rito Ordinário, geralmente, demandam cálculos complexos, o que torna inviável a formulação de pedidos líquidos. Nesse sentido, e havendo a necessidade formal de atribuição de valor à causa, os valores estimados devem ser levados em consideração, mas, nunca, limitar a condenação, já que não se verifica violação ao contido no art. 460 do CPC. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 363-75.2011.5.15.0125 - Ac. 3ª Câmara 97.135/12-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 10.1.2013, p. 1744.

116 - DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO. NÃO REGULARIZAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

A circunstância de a parte deixar de regularizar a sua representação processual representa infração ao disposto no art. 223, § 1º, do Regimento Interno deste E. Tribunal, e não observância ao art. 12, inciso VI, do CPC, razão pela qual deve o feito ser julgado extinto sem resolução do mérito, nos termos do § 2º do citado art. 223 do referido Regimento Interno, e do CPC, art. 267, inciso IV. Agravo Regimental não provido. TRT/SP 15ª Região 01724-80.2012.5.15.0000 - Ac. SDC 125/13-PADC. Rel. Henrique Damiano. DEJT 18.4.2013, p. 5.

117 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Negado provimento ao recurso ordinário, mantendo-se a sentença por seus próprios fundamentos, assim registrados na certidão de julgamento, é desnecessária a interposição de embargos declaratórios para prequestionar matéria, conforme vem decidindo o C. TST. TRT/SP 15ª Região 534-77.2012.5.15.0131 - Ac. 8ª Câmara 101.523/12-PATR. Rel. Flavio Allegretti de Campos Cooper. DEJT 10.1.2013, p. 2254.

118 - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - EBCT. SUBMISSÃO AO RITO SUMARÍSSIMO

O parágrafo único do art. 852-A da CLT exclui do procedimento sumaríssimo as demandas em que é parte a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Considerando que a recorrente é empresa pública (portanto, ente da Administração Pública indireta), sujeita-se ao procedimento sumaríssimo sem quaisquer privilégios. TRT/SP 15ª Região 00729-52.2011.5.15.0081 - Ac. 5ª Câmara 19.917/13-PATR. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 21.3.2013, p. 698.

119 - ESPÉCIES DE PRESCRIÇÃO (TOTAL E PARCIAL) E PRAZO PRESCRICIONAL (BIENAL E QUINQUENAL). DISTINÇÃO

Não se confundem as espécies de prescrição (total ou parcial) com o prazo prescricional (bienal e quinquenal). O prazo prescricional trabalhista encontra-se disciplinado no art. 7º, XXIX, da CF, cujo texto dispõe que o trabalhador tem até dois anos após a extinção do contrato de trabalho (prescrição bienal) para reclamar os créditos trabalhistas compreendidos nos últimos cinco anos (prescrição quinquenal), contados do ajuizamento da ação (Súmula n. 308, I, do C. TST). De outra banda, a prescrição total e parcial se trata de uma construção jurisprudencial, em litígios que envolvam pedidos de prestações sucessivas decorrentes da alteração do pactuado, segundo a qual, se a alteração contratual decorre de ato único do empregador, a prescrição será total, fulminando o próprio direito, ao passo que, se o direito à parcela estiver assegurado em lei, a prescrição será parcial, não atingindo o direito em si, mas apenas as prestações prescritas (lesão que se renova mês a mês), conforme a Súmula n. 294 do C. TST. Nestes termos, é patente a distinção entre prazo prescricional (bienal e quinquenal), de índole constitucional (art. 7º, XXIX, da CF), e espécies de prescrição (total e parcial), de natureza infraconstitucional (construída na jurisprudência trabalhista), os quais se encontram em planos jurídicos distintos. No caso concreto, a autora ajuizou a presente reclamatória após o prazo limite de dois anos contados da extinção contratual, de modo que a pretensão da obreira, relativa às diferenças salariais oriundas da pretensa integração salarial do auxílio-refeição e do auxílio cesta alimentação, encontra-se fulminada pela prescrição bienal constitucional, restando prejudicado, por consequência,

o exame a respeito da espécie de prescrição (total ou parcial) aplicável no tocante às referidas verbas. Recurso da reclamante a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 265-29.2012.5.15.0037 - Ac. 6ª Câmara 101.277/12-PATR. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 10.1.2013, p. 1977.

120 - HIPOTECA JUDICIÁRIA. ART. 466 DO CPC. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO

O art. 466 do CPC se aplica ao processo do trabalho. A CLT é omissa a respeito da hipoteca judiciária e não há incompatibilidade entre esse instituto e o processo do trabalho. Ao contrário, pela premência do crédito trabalhista, de natureza alimentar, justifica-se a sua garantia mediante o gravame em questão. Por outro lado, a hipoteca judiciária decorre da lei e seu registro pode ser determinado de ofício pelo juiz, independentemente de requerimento da parte interessada, mormente em sede trabalhista, na qual a máxima efetividade do processo ganha especial relevo. TRT/SP 15ª Região 831-57.2011.5.15.0119 - Ac. 10ª Câmara 17.762/13-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 14.3.2013, p. 86.

121 - INÉPCIA DA INICIAL. INCONGRUÊNCIA DOS PEDIDOS

Entendo que não cabe ao Juízo fazer levantamentos ou, pura e simplesmente, impor um encargo processual à parte contrária (como se pretende, *in casu*, com a aplicação dos termos da Súmula n. 338, do C. TST, cujo entendimento tenho acompanhado), ainda mais quando se verificam incongruências no pedido. Tal procedimento é vedado ao Estado-Juiz, visto que a ele não é permitido substituir a parte na produção de sua defesa, sob pena de aviltamento ao princípio da imparcialidade e da igualdade de tratamento das partes. Inteligência do art. 286, do CPC, aplicável. TRT/SP 15ª Região 55300-81.2009.5.15.0100 - Ac. 5ª Câmara 33.675/13-PATR. Rel. Ana Maria de Vasconcellos. DEJT 2.5.2013, p. 554.

122 - INSTRUMENTO DE MANDATO. CÓPIA NÃO AUTÊNTICA. AUSÊNCIA DE MANDATO TÁCITO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 5º, CAPUT, DA LEI N. 8.906/1994 C/C ART. 653 DO CC E ART. 37 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO

Não sendo o caso de mandato tácito, a procuração ou o substabelecimento devem ser apresentados no original ou em cópia autenticada, sob pena de não conhecimento do recurso, por não observância do disposto no art. 5º, *caput*, da Lei n. 8.906/1994 c/c art. 653 do CC e art. 37 do CPC. TRT/SP 15ª Região 167000-62.2005.5.15.0113 - Ac. 4ª Câmara 27.732/13-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 11.4.2013, p. 410.

123 - LIMITES DA LIDE. PEDIDOS. ANÁLISE RESTRITIVA

Os limites da lide (arts. 128 e 460 do CPC) são fixados com a petição inicial (art. 840 da CLT e arts. 282 e 286 do CPC) e com a contestação (art. 300 do

CPC), sendo defeso à parte modificar o pedido ou a causa de pedir sem a anuência da parte contrária, consoante dispõe o art. 264 e seu parágrafo único, do CPC, e o Magistrado, quando da entrega da prestação jurisdicional, deve interpretar os pedidos de forma restritiva, conforme mandamento contido no art. 293 do CPC, mantendo-se equidistante das partes. NORMA COLETIVA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. Tratando-se de direito trabalhista previsto em norma coletiva (direito extralegal), a cláusula assecuratória desta vantagem deve ser interpretada restritivamente. PROVA ORAL. MERO INFORMANTE DO JUÍZO. EFEITOS. O depoimento do informante apenas serve para reforçar as demais provas, pois não goza da necessária credibilidade para, sozinho, alicerçar uma decisão condenatória, por não ter sido compromissado, não estando, portanto, sujeito ao crime de falso testemunho, servindo, suas informações, apenas como indícios ou meros esclarecimentos sobre os fatos, além de ser analisado no conjunto da prova existente no processo. Recurso da reclamada provido. TRT/SP 15ª Região 270-82.2011.5.15.0135 - Ac. 7ª Câmara 6.476/13-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 7.2.2013, p. 521.

124 - MULTA. ASTREINTES. LIMITAÇÃO AO VALOR PRINCIPAL APLICAÇÃO INDEVIDA

A fixação de astreintes encontra respaldo no art. 461, § 5º do CPC, cuja finalidade é incentivar o cumprimento voluntário da obrigação de fazer imposta na decisão proferida. O valor fixado é razoável e tende a alcançar o objetivo proposto, qual seja, tornar efetiva a tutela jurisdicional concedida. A OJ n. 54 da SDI-1 do E. TST, a seu turno, trata da hipótese de cláusula penal estipulada para eventual descumprimento parcial ou total de obrigação contratada, não sendo este o caso dos autos. Agravo de petição da executada a que se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 83300-07.2004.5.15.0120 - Ac. 2ª Câmara 9.423/13-PATR. Rel. José Otávio de Souza Ferreira. DEJT 14.2.2013, p. 615.

125 - PETIÇÃO INICIAL. INÉPCIA. INOCORRÊNCIA

Não é inepta a petição inicial que indica os horários de início e término da jornada de trabalho, o intervalo intrajornada e os dias trabalhados, permitindo que se extraia da breve exposição dos fatos, como conclusão lógica, o pedido de horas extras. O art. 840 da CLT não exige o mesmo rigor técnico do art. 282 do CPC, devendo a análise do exórdio ser efetuada sob esse prisma. Inépcia afastada. TRT/SP 15ª Região 1603-94.2010.5.15.0041 - Ac. 10ª Câmara 17.822/13-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 14.3.2013, p. 819.

126 - PRESCRIÇÃO. ACIDENTE E DOENÇA DO TRABALHO. REPARAÇÃO CIVIL. FATO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004. REGRA DE TRANSIÇÃO. PRAZO TRIENAL

O prazo prescricional para as pretensões decorrentes de acidente ou doença ocupacional tem seu termo inicial a partir da ciência inequívoca

da lesão, sendo que, se tal fato ocorreu antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, aplicar-se-ão os prazos da norma civilista, previstos no art. 2.028 c/c o art. 206, § 3º, V, ambos do CC de 2002. TRT/SP 15ª Região 138300-58.2008.5.15.0085 - Ac. 7ª Câmara 23.168/13-PATR. Rel. Carlos Alberto Bosco. DEJT 4.4.2013, p. 912.

127 - PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NÃO OBSERVÂNCIA. NULIDADE. REVOGAÇÃO DA SÚMULA N. 136 DO C. TST. ALCANCE

O princípio da identidade física do juiz não revela regra absoluta quanto à vinculação do juiz que esteve à frente da instrução processual. Ainda que tenha havido recente revogação da Súmula n. 136 do C. TST, no sentido de que não era aplicável às Varas do Trabalho referido princípio, é de se ter em mente que a regra insculpida no art. 132 do CPC, que já não é absoluta, porque prevê exceções, é mera recomendação legal, notadamente ante o princípio constitucional da razoável duração do processo. No mais, é preciso levar em consideração que as decisões não são subjetivas, mas dependem de motivação, o que exige do juiz sentenciante minuciosa análise das questões decididas. No caso dos autos nenhum prejuízo processual sofreu a parte, até porque tal argumento sequer foi mencionado em suas razões recursais (inteligência do art. 794 da CLT). Por fim, acresça-se o atendimento aos princípios da celeridade e economia processuais. Recurso ao qual se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 0149700-87.2007.5.15.0058 - Ac. 1ª Câmara 190/13-PATR. Rel. Eliana dos Santos Alves Nogueira. DEJT 10.1.2013, p. 1523.

128 - PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. CONVERSÃO PARA O RITO ORDINÁRIO EM FACE DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. INVIABILIDADE

Ao estabelecer normas para o procedimento sumaríssimo, a CLT não levou em conta a complexidade da causa e sim a sua expressão econômica. Por outro lado, as peculiaridades do rito sumaríssimo, como os prazos menos dilatados, visam uma prestação jurisdicional mais célere, em benefício das próprias partes, não se justificando, também sob essa ótica, a conversão para o rito ordinário. TRT/SP 15ª Região 00755-50.2012.5.15.0102 - Ac. 10ª Câmara 36.893/13-PATR. Rel. Fabio Grasselli. DEJT 9.5.2013, p. 840.

129 - PROCESSO DO TRABALHO. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. OPOSIÇÃO. CPC, ART. 56. DISCUSSÃO SOBRE REPRESENTATIVIDADE SINDICAL PARA DETERMINADA CATEGORIA PROFISSIONAL. IMPOSSIBILIDADE

Ainda que a discussão envolva a legitimidade de representação de determinado Sindicato Profissional, não há como reconhecer o cabimento

da ação de oposição promovida por um desses órgãos de classe. Isso porque seu caráter incidental criaria nos autos da reclamatória principal uma situação totalmente inusitada, à medida que poria num mesmo lado da lide partes antagônicas - Sindicato Profissional e empregador - portadoras de interesses que não se convergem, principalmente se for considerada a pretensão do Sindicato supostamente "lesado" (terceiro interveniente), que é garantir sua legitimidade para representar todos os empregados daquela empresa, além de cobrar (e receber) as respectivas contribuições. Inviável, portanto, aplicar, no Processo do Trabalho, a norma prevista no art. 56, do CPC, inclusive em face dos princípios da economia e da celeridade, pelo que fica confirmada a decisão de origem que extinguiu o feito sem resolução do mérito. TRT/SP 15ª Região 00923-13.2012.5.15.0018 - Ac. SDC 115/13-PADC. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 18.4.2013, p. 3.

130-RECURSAL ORDINÁRIO ADESIVO. ADERÊNCIA AO RECURSO DO PRÓPRIO LITISCONSORTE. VIOLAÇÃO DO ART. 500 DO CPC
Descabe se falar em recurso ordinário quando interposto adesivamente ao recurso que não é da parte adversa, assim entendidos os dois núcleos de interesse divergente, e que compõe o processo, conquanto os litisconsortes, por terem interesses em igual sentido e direção, compõe o mesmo polo. Do contrário, há violação ao art. 500 do CPC. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE PÚBLICO TOMADOR DE SERVIÇOS. CONDUTA CULPOSA. NEGLIGÊNCIA. É dever do ente público a fiscalização inerente ao cumprimento das obrigações do contrato, conforme artigos 58, inciso III, e 67, *caput*, e § 1º, da Lei de Licitações. Não houve efetiva fiscalização por parte do tomador de serviços e adoção de medidas relativas ao descumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. Conduta negligente. Responde subsidiariamente o ente público, nos termos dos itens V e VI da Súmula n. 331 do C. TST, por todas as verbas trabalhistas não quitadas pela empregadora direta e principal. TRT/SP 15ª Região 970-51.2011.5.15.0008 - Ac. 11ª Câmara 48.979/13-PATR. Rel. Flavio Nunes Campos. DEJT 13.6.2013, p. 53.

131 - RECURSO ADESIVO. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO PRINCIPAL INTERPOSTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APLICAÇÃO

Tendo as partes apresentado recursos principais contra a sentença, não pode o reclamante aderir ao recurso interposto pela reclamada, pois cabia a ele, quando da interposição de seu apelo principal, apresentar insurgência contra todas as matérias que entendesse pertinentes. Assim, não se conhece do recurso adesivo, por aplicação da preclusão consumativa. TRT/SP 15ª Região 456-16.2010.5.15.0079 - Ac. 4ª Câmara 52.080/13-PATR. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 20.6.2013, p. 769.

132 - RECURSO ORDINÁRIO. GUIA DE RECOLHIMENTO DA UNIÃO - GRU. PREENCHIMENTO INCORRETO. DESERÇÃO
O Ato Conjunto n. 21/2010 - TST.CSJT.GP.SG determina que é dever da parte preencher a Guia de Recolhimento da União - GRU, conforme estabelecido em seus dispositivos, observando-se o código de referência correto e demais informações. A informação do código incorreto acarreta o não conhecimento do recurso, por deserção. TRT/SP 15ª Região 04600-32.2009.5.15.0026 - Ac. 5ª Câmara 28.885/13-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 18.4.2013, p. 494.

133 - RECURSO ORDINÁRIO. PRÁTICA DE ATO INCOMPATÍVEL COM A VONTADE DE RECORRER. NÃO CONHECIMENTO
Na processualística moderna, somente pode interpor recurso aquele que tiver interesse jurídico na reforma da decisão recorrida. De outro turno, tratando-se de mera faculdade, poderá a parte renunciar ao direito de recorrer, de maneira expressa ou tácita, decorrente, no último caso, da prática de ato incompatível com a vontade de recorrer. Constitui, a bem da verdade, consequência processual da preclusão lógica (art. 183 do CPC), fulminando com o direito de rebelar-se contra o julgamento proferido. Assim, se a parte, conformando-se com a r. sentença, pratica ato incompatível com a vontade de recorrer (*v.g.* apresentando os cálculos de liquidação que entende devidos), e posteriormente interpõe recurso ordinário pretendendo a reforma da sentença, não há como ser conhecido seu apelo, nos termos do parágrafo único do CPC. TRT/SP 15ª Região 0015-76.2012.5.15.0075 - Ac. 8ª Câmara 25.415/13-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 11.4.2013, p. 548.

134 - RECURSO. INOVAÇÃO DE TESE. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO INTRÍNSECO. NÃO CONHECIMENTO. ARTS. 128, 460 E 515, § 1º, DO CPC
É defeso às partes inovar os limites da lide, postos pela inicial e pela contestação, em sede recursal, sob pena de violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, além de diversos dispositivos processuais - arts. 128, 460 e 515, § 1º, do CPC, sob pena de não conhecimento do recurso por ausência de pressuposto intrínseco. TRT/SP 15ª Região 0819-10.2010.5.15.0012 - Ac. 3ª Câmara 26.908/13-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 11.4.2013, p. 333.

135 - REVELIA. DEFESA ESCRITA COM ERRO QUANTO AO ENDE-REÇAMENTO DO JUÍZO, NOME DA PARTE E NÚMERO DOS AUTOS. AFASTA-SE A REVELIA QUANDO SE DISCUTE MATÉRIA DE DIREITO IDÊNTICA AOS AUTOS. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA
Mesmo a defesa tendo sido apresentada com incorreções no endereçamento do Juízo, número dos autos e nome da parte reclamante, a mesma deve ser acatada na hipótese em que se discute apenas matéria

de direito que guarda identidade com a discutida nos autos. Aplica-se o princípio constitucional da ampla defesa que restou configurada com a presença da parte em audiência. Afasta-se a revelia e confissão. TRT/SP 15ª Região 00507-87.2012.5.15.0101 - Ac. 5ª Câmara 23.923/13-PATR. Rel. Robson Adilson de Moraes. DEJT 4.4.2013, p. 800.

136 - SÚMULA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. ART. 5º, INCISO XXXVI, DA CF. IRRETROATIVIDADE DA LEI. DIGA-SE, DO DIREITO. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, ISONOMIA E BOA-FÉ. EFEITOS *EX NUNC*

O princípio constitucional da irretroatividade (inciso XXXVI do art. 5º da CF) não está restrito à lei, em sentido formal, mas à lei, em sentido material. Aplicar, retroativamente, um entendimento expresso em Súmula, revogando outro entendimento anterior, da mesma Súmula, do mesmo Tribunal, caracteriza um grave atentado à segurança jurídica, das pessoas, físicas ou jurídicas, perpetrando-se, inclusive, grave ofensa ao princípio da isonomia, tratando-se de maneira igual pessoas em situações desiguais, punindo aquelas que, imbuídas de lealdade e boa-fé, agem com retidão e honradez, observando o bom direito, e, doutro lado, premiando as más pessoas, que agem à margem da Justiça, constituindo situação passível de grave atentado ao Estado Democrático de Direito, acarretando o descrédito em suas instituições. Prestigiando-se a estabilidade jurídica, eventuais modificações da jurisprudência devem ser promovidas da maneira menos impactante possível. A melhor inteligência, portanto, na aplicação do inciso XXXVI do art. 5º da CF, é a de que a alteração da jurisprudência dos Tribunais Superiores, alterando Súmulas anteriores, somente deve ser aplicada para o futuro, interpretando-se o preceito como irretroatividade do Direito, e não apenas da lei. TRT/SP 15ª Região 1479-41.2011.5.15.0150 - Ac. 8ª Câmara 8.861/13-PATR. Rel. João Batista da Silva. DEJT 14.2.2013, p. 776.

137 - TRABALHADOR AUTÔNOMO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. NÃO CARACTERIZADA

Observado o critério objetivo para fixação da competência em razão da matéria, esta última ampliada com a publicação da EC n. 45/2004, bem como o fato da demanda decorrer de pretensões laborais, resta evidente que o conflito deve ser dirimido no âmbito da Justiça do Trabalho, nos moldes do art. 114, IX, da Carta Magna. ILEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO. NÃO RECONHECIDA. É legítima a integrar o polo passivo de qualquer litígio a parte apontada como responsável ou corresponsável pelo conflito de interesses narrado em juízo, ainda que, no mundo dos fatos, não tenha chegado a compor efetivamente a relação jurídica material supostamente configurada. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INGERÊNCIA ENTRE EMPRESAS. RECONHECIMENTO. EXEGESE DO § 2º, DO ART. 2º DA CLT. Não sendo caso de mero contrato de distribuição

entre as Reclamadas, e caracterizada a ingerência da empresa recorrente com a primeira reclamada, resta afastada a alegada autonomia e independência entre as empresas. Portanto, aplicável o art. 942 do CC, que trata da matéria. TRT/SP 15ª Região 363-74.2012.5.15.0114 - Ac. 1ª Câmara 15.855/13-PATR. Rel. Sérgio Milito Barêa. DEJT 7.3.2013, p. 520.

138 - UNIÃO. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA. EMPREGADOS ORIUNDOS DA EMPRESA COBAL. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO PELA CLT COM O ADVENTO DA LEI N. 8.112/1990. OBSERVÂNCIA DA PRESCRIÇÃO BIENAL. HIPÓTESE DE CABIMENTO

Conta-se a partir da extinção do contrato de trabalho, em face do advento da Lei n. 8.112/1990, o prazo de dois anos para o ajuizamento da ação quanto aos créditos resultantes do vínculo havido com o Ministério da Agricultura (União), no tocante aos empregados anteriormente contratados pela empresa COBAL. Recurso não provido. TRT/SP 15ª Região 1125-24.2011.5.15.0115 - Ac. 9ª Câmara 15.440/13-PATR. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 7.3.2013, p. 835.

139 - VALOR PROBATÓRIO. INQUÉRITO CIVIL. PROCESSO JUDICIAL

O Inquérito Civil é um procedimento administrativo investigatório. Desse modo, os elementos de prova ali colhidos pelo Ministério Público, acerca da existência ou não de violação a interesses metaindividuais, não prevalecem sobre prova em sentido contrário produzida em juízo, na medida em que estas são submetidas ao crivo do contraditório, mediante o exercício pelas partes do direito à ampla defesa. Recurso ordinário do autor ao qual se nega provimento. TRT/SP 15ª Região 00906-37.2010.5.15.0053 - Ac. 10ª Câmara 31.355/13-PATR. Rel. Fernando da Silva Borges. DEJT 25.4.2013, p. 1159.

140 - VOTO VENCIDO. JUNTADA. FACULDADE DO MAGISTRADO

Nos termos do art. 154 do Regimento Interno deste E. Tribunal, a apresentação de voto vencido constitui mera faculdade e não dever do magistrado vencido, sendo que a ausência de sua juntada não implica qualquer nulidade, cumprindo destacar que o que é passível de recurso é o v. acórdão proferido, independentemente de a decisão ter sido ou não unânime. Agravo Regimental não provido. TRT/SP 15ª Região 154300-57.2009.5.15.0099 - Ac. OEJ 84/13-POEJ. Rel. Henrique Damiano. DEJT 4.6.2013, p. 5.

DIREITO RURAL

141 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CALOR EXCESSIVO

A temperatura elevada e a função de cortar cana, além de exigir alta taxa de gasto metabólico, agrava-se a condição laboral pelo fato dos trabalhadores rurícolas, para se protegerem da exposição às radiações solares, usam camisas de mangas longas e/ou mangotes; boné ou touca árabe; perneiras e luvas, cujos equipamentos de proteção, em que pese serem úteis e necessários, dificultam a troca de calor do corpo do obreiro com o ambiente, agravando a sua situação de estresse térmico. Na situação sob análise, não se trata de exposição aos raios solares, mas sim ao agente insalubre - calor excessivo, condição ainda mais penosa, motivo pelo qual procede o pedido de pagamento de adicional de insalubridade, mas não sobre o salário contratual do obreiro e sim sobre o salário mínimo nos moldes estabelecidos na Súmula Vinculante n. 04 do STF. TRT/SP 15ª Região 234-58.2012.5.15.0150 - Ac. 11ª Câmara 51.742/13-PATR. Rel. Eder Sivers. DEJT 20.6.2013, p. 1174.

142 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. RURAL. TRABALHO A CÉU ABERTO. EXPOSIÇÃO AO CALOR. ADICIONAL DEVIDO

O cortador de cana fica exposto às mais variadas condições de tempo e temperatura, situação que justifica a percepção do adicional de insalubridade. A NR-15, da Portaria n. 3.214/1978, em seu Anexo n. 3, não distingue, para efeito de reconhecimento de insalubridade, entre fontes naturais e artificiais de calor. O item 1, do Anexo n. 7, da mesma NR- 15, por seu turno, contempla o trabalho em exposição contínua a raios ultravioleta (radiação não ionizante), sem também distinguir quanto à sua origem, sendo certo que os provenientes do sol, em virtude dos raios ultravioleta, sujeitam o trabalhador à insalubridade. Assim, face às condições insalubres por exposição ao calor, acima dos limites de tolerância, e também pela exposição à radiação não ionizante sem a devida proteção, é devido o adicional de insalubridade. TRT/SP 15ª Região 193800-93.2008.5.15.0058 - Ac. 5ª Câmara 19.814/13-PATR. Rel. Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e Moraes. DEJT 21.3.2013, p. 657.

143 - CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA. DESCONTO COMPULSÓRIO

Na forma do Precedente Normativo n. 119, do C. TST, art. 5º, XX, e 8º, V, da CF/1988, o desconto da Contribuição Confederativa só é devido

pelos empregados associados, sendo o empregador o responsável pelos descontos ilegítimos, podendo, eventualmente, acionar o Sindicato com ação regressiva. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RURÍCOLA. Pacificando controvérsia a respeito da aplicação da prescrição quinquenal com relação ao trabalhador rural o TST editou a OJ n. 417 que dispõe que a prescrição prevista no inciso XXIX da CF/1988 somente tem aplicação após o quinquídio posterior à promulgação da EC n. 28. TRT/SP 15ª Região 0640-28.2010.5.15.0125 - Ac. 3ª Câmara 26.154/13-PATR. Rel. José Pitas. DEJT 11.4.2013, p. 337.

144 - INTERVALO INTRAJORNADA. RURÍCOLA. INOBSERVÂNCIA DO LAPSO DE UMA HORA PREVISTO NO ART. 5º, § 1º, DO DECRETO N. 73.626/1974. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. OJ N. 381 DA SDI-1 DO C.TST

O desrespeito ao intervalo mínimo de uma hora para o trabalhador rurícola enseja o direito à remuneração da hora intervalar, com o acréscimo de 50%, aplicando-se por analogia o disposto no art. 71, § 4º, da CLT, consoante entendimento sedimentado na SDI-1 do C.TST. TRT/SP 15ª Região 2371-59.2010.5.15.0125 - Ac. 3ª Câmara 38.777/13-PATR. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 16.5.2013, p. 365.

145 - TRABALHADOR RURAL. INTERVALOS INTERJORNADAS (OU ENTREJORNADAS). NATUREZA. REFLEXOS

É inegável a identidade entre as redações das normas contidas nos arts. 5º da Lei n. 5.889/1973, e 66 da CLT, pelo menos no que diz respeito à previsão legal para os intervalos entre duas jornadas de trabalho. Assim sendo, e considerando-se ainda que para esse interregno devem ser observados aqueles mesmos ditames previstos para os intervalos intrajornadas (interpretação integrada de tais normas com a Súmula n. 110 do TST, e OJ n. 355, da SDI-I da mesma Corte Superior), faz jus o reclamante, trabalhador rural, aos reflexos das diferenças dos intervalos entrejornadas a ele deferidas, seja em razão dessa natureza salarial reconhecida, ou então em face de sua habitualidade. TRT/SP 15ª Região 986-71.2012.5.15.0104. Ac. 9ª Câmara 15.395/13-PATR. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 7.3.2013, p. 826.

EXECUÇÃO

146 - AGRAVO DE PETIÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ENTIDADES FILANTRÓPICAS. REQUISITOS PARA RESPONSABILIDADE DOS DIRETORES E MEMBROS DO CONSELHO FISCAL

A executada é pessoa jurídica de direito privado, constituída por prazo indeterminado, sem fins econômicos, de caráter filantrópico, assistencial, promocional, recreativo e educacional, nos termos do Estatuto Social. De acordo com o mesmo estatuto (Capítulo VIII - fl. 84), a Diretoria Executiva, o Conselho Fiscal ou qualquer integrante associado, não perceberá nenhum tipo de remuneração de qualquer espécie ou natureza pelas atividades exercidas na associação. A aplicação do instituto previsto no art. 50 do CC no caso das entidades filantrópicas e de cunho assistencial, depende da existência de prova do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, os quais não podem ser presumidos, ante a inexistência de finalidade lucrativa. No caso dos autos, não foi produzida qualquer de prova quanto à ocorrência das hipóteses previstas no art. 50 do CC ou descritas pelo art. 28 da Lei n. 8.078/90, devendo ser ressaltado que sequer houve alegação em tal sentido pela exequente. Recurso provido para afastar a responsabilidade de ex-diretor da executada. TRT/SP 15ª Região 06100-37.2009.5.15.0155 - Ac. 4ª Câmara 24.384/13-PATR. Rel. Ana Cláudia Torres Vianna. DEJT 4.4.2013, p. 747.

147 - AGRAVO DE PETIÇÃO. EXECUÇÃO CONTRA EX-SÓCIO DA RECLAMADA QUE SE MANTEVE NOS QUADROS SOCIETÁRIOS DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE EMPREGO DO OBREIRO. AJUIZAMENTO DA AÇÃO APÓS DOIS ANOS DE SUA RETIRADA DA SOCIEDADE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

Em que pese o art. 50 do CC permita que, quando inexistentes bens suficientes à satisfação da dívida, ou de fraude comprovada, sejam responsabilizados os sócios ou ex-sócios pelos débitos da sociedade, aplicando-se a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, essa responsabilização deve ficar restrita aos sócios cuja gestão coincidiu com o período em que o trabalhador prestou seus serviços, observado o prazo de dois anos de sua retirada para o ajuizamento da ação. Nesse passo, não há como se incluir, na execução, ex-sócio que se retirou formalmente da sociedade há mais de dois anos do ajuizamento

da ação. Inteligência dos artigos 1003 e 1032 do CC. TRT/SP 15ª Região 03600-05.2001.5.15.0114 - Ac. 8ª Câmara 35.554/13-PATR. Rel. Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. DEJT 9.5.2013, p. 707.

148 - AGRAVO DE PETIÇÃO. PENHORA DE CRÉDITOS. FATURAMENTO. VALIDADE

A penhora sobre o faturamento equivale à penhora de dinheiro e observa a ordem estabelecida nos arts. 655 do CPC e 11 da Lei n. 6.830/1980, não se mostrando razoável a alegação de inviabilidade do prosseguimento das atividades, quando o valor constricto corresponde a 0,06% do faturamento anual da empresa executada. TRT/SP 15ª Região 40700-46.2002.5.15.0053 - Ac. 1ª Câmara 15.839/13-PATR. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 7.3.2013, p. 517.

149 - CONSTRIÇÃO JUDICIAL DE BEM DO EXECUTADO GRAVADO POR ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE

O bem gravado por alienação fiduciária não integra o patrimônio do executado e, portanto, não é passível de constrição judicial. Trata-se de negócio jurídico em que a propriedade do bem é do credor fiduciário, ficando o devedor fiduciante apenas com a posse direta na qualidade de depositário até a liquidação da dívida garantida. TRT/SP 15ª Região 917-28.2010.5.15.0001 - Ac. 1ª Câmara 18.680/13-PATR. Rel. Tereza Aparecida Asta Gemignani. DEJT 14.3.2013, p. 399.

150 - DEPÓSITO EM EXECUÇÃO PROVISÓRIA. DIFERENÇA DOS JUROS TRABALHISTAS E JUROS BANCÁRIOS

Em consonância com o art. 39, da Lei n. 8.177/1991, os juros de mora e a atualização monetária são devidos até a data do efetivo pagamento, situação inconfundível com o mero depósito para garantia do juízo, uma vez que nesta hipótese não há liberação do crédito ao exequente, não podendo ser-lhe impingido o ônus de receber o crédito defasado. TRT/SP 15ª Região 100400-63.2005.5.15.0047 - Ac. 4ª Câmara 46.518/13-PATR. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 6.6.2013, p. 639.

151 - EXECUÇÃO DE TAC FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CUMULAÇÃO DE EXECUÇÕES. OBRIGAÇÃO DE FAZER E OBRIGAÇÃO DE PAGAR. POSSIBILIDADE. EXEGESE DO ART. 573 DO CPC. PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL, DA CELERIDADE E DA EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

A execução trabalhista deve pautar-se pela observância dos princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade das decisões judiciais e dos títulos extrajudiciais descritos pelo art. 876 da CLT. Considerando o que dispõe o art. 573 do CPC, de aplicação subsidiária, é plenamente possível cumular, em um mesmo processo, a execução de obrigação de

pagar decorrente de multa já vencida e de obrigações de fazer previstas em Termo de Ajustamento de Conduta firmado com o Ministério Público do Trabalho. TRT/SP 15ª Região 052-82.2012.5.15.0082 - Ac. 4ª Câmara 46.347/13-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 6.6.2013, p. 710.

152 - RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JUROS DEVIDOS

A Recuperação Judicial, regulamentada pela Lei n. 11.101/2005, tem por finalidade a superação de crise financeira da empresa e, sobretudo, a finalidade social de salvaguardar o direito dos trabalhadores à manutenção de seus empregos. Porém, a citada lei não inclui entre esses privilégios a isenção do pagamento de juros de mora aos débitos trabalhistas, eis que o art. 124 da referida lei somente concedeu tal isenção à massa falida. TRT/SP 15ª Região 110500-98.2009.5.15.0124 - Ac. 7ª Câmara 54.116/13-PATR. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DEJT 27.6.2013, p. 410.

153 - SEQUESTRO. QUEBRA DA ORDEM DE PRECEDÊNCIA. EXEQUENTE NÃO SE ENCONTRA EM PRIMEIRO LUGAR NA LISTA DE ORDEM CRONOLÓGICA. SEQUESTRO INDEVIDO. INTELIGÊNCIA DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 13 DO TRIBUNAL PLENO/ÓRGÃO ESPECIAL DO C. TST

É indevido o sequestro de verbas públicas quando o requerente não se encontra em primeiro lugar na lista de ordem cronológica de apresentação de precatórios, consoante o disposto na Orientação Jurisprudencial n. 13 do Tribunal Pleno/Órgão Especial do C. TST. TRT/SP 15ª Região 42400-48.2002.5.15.0056 - Ac. OEJ 65/13-POEJ. Rel. Renato Buratto. DEJT 2.5.2013, p. 3.



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Assento Regimental n. 01, 6 jun. 2013, DEJT 7 jun. 2013, p. 1

Altera o Regimento Interno para acrescentar o inciso XI ao art. 296 e o art. 318-C, incisos I a III, a fim de instituir a Comissão de Responsabilidade Socioambiental e do Meio Ambiente do Trabalho.

Assento Regimental n. 02, 6 jun. 2013, DEJT 7 jun. 2013, p. 1

Altera a redação do § 1º do art. 214 do Regimento Interno desta Corte.

Assento Regimental n. 03, 2 set. 2013, DEJT 3 set. 2013, p. 2

Altera o Regimento Interno, para dar nova redação ao § 1º do art. 213 e revogar o § 2º do art. 214, relativos à ação rescisória.

Ato Regulamentar GP n. 06, 6 maio. 2013, DEJT 10 maio 2013, p. 1

Altera o Ato Regulamentar GP n. 10/2010, que regulamenta a concessão e a aplicação de Suprimento de Fundos, por meio do Cartão de Pagamento do Governo Federal, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP n. 07, 20 jun. 2013, DEJT 21 jun. 2013, p. 1

Cria a Subcomissão de Sistematização de Procedimentos Operacionais de Segurança do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar n. 08, 5 jul. 2013, DEJT 10 jul. 2013, p. 1

Define, em linhas gerais, a atuação conjunta dos servidores do Quadro e colaboradores contratados que exercem atividades de segurança preventiva e corretiva nos Órgãos do TRT da 15ª Região.

Ato Regulamentar n. 09, 9 set. 2013, DEJT 11 set. 2013, p. 1

Determina a designação de Assistente de Juiz para os Magistrados de primeira instância do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Comunicado GP n. 15, 10 abr. 2013, DEJT 11 abr. 2013, p. 1

Campanha de mobilização em face das comemorações dos 70 anos da CLT.

Comunicado GP-VPJ-CR n. 02, 13 maio 2013, DEJT 17 maio 2013, p. 1

Divulga o período de realização da Semana Nacional da Execução Trabalhista 2013.

Portaria GP n. 06, 20 fev. 2013, DEJT 26 fev. 2013, p. 1

Indica Magistrados para atuarem como gestores regionais do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho.

Portaria GP n. 23, 13 maio 2013, DEJT 14 maio 2013, p. 1
Cria a Comissão Censitária do TRT da 15ª Região.

Portaria GP-CR n. 25, 4 jun. 2013, DEJT 10 jun. 2013, p. 2
Observância ao princípio da continuidade do serviço público.

Portaria GP n. 26, 6 jun. 2013, DEJT 7 jun. 2013, p. 2
Cria a Comissão de Qualidade de Vida do TRT da 15ª Região.

Portaria GP n. 27, 7 jun. 2013, DEJT 12 jun. 2013, p. 1
Designa Juiz para atuar como suplente do Gestor da Execução, no âmbito deste Regional.

Portaria GP n. 35, 25 jun. 2013, DEJT 26 jun. 2013, p. 1
Altera o *caput* do art. 5º da Portaria GP n. 01/2010, que regulamenta a entrada e a permanência do público e dos Servidores no edifício-sede judicial deste Tribunal.

Portaria GP n. 36, 25 jun. 2013, DEJT 26 jun. 2013, p. 1
Dispõe sobre o porte e o uso de arma de qualquer natureza nas Unidades do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Provimento GP-CR n. 04, 21 maio 2013, DEJT 22 maio 2013, p. 1
Altera o Capítulo PROD da Consolidação das Normas da Corregedoria que trata da produtividade dos Juízes.

Recomendação GP-CR n. 01, 14 fev. 2013, DEJT 20 fev. 2013, p. 4
Trata da não liberação de valores a devedores trabalhistas, sem prévia verificação da existência de outros débitos de responsabilidade do mesmo devedor, relativos a processos que tramitam em outras Varas.

Recomendação CR n. 02, 7 fev. 2013, DEJT 13 fev. 2013, p. 2
Recomenda procedimentos para preservar o sigilo fiscal das informações dos contribuintes obtidas pelo convênio com a Receita Federal do Brasil – INFOJUD.

Resolução Administrativa n. 05, 17 jun. 2013, DEJT 20 jun. 2013, p. 1
Regulamenta a aplicação do art. 34 e seguintes da Seção III – Dos Registros Cadastrais, da Lei n. 8.666/93, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 07*, 10 jun. 2013, DEJT 11 jun. 2013, p. 1
*Republicada no DEJT 1 ago. 2013, p. 2
Regulamenta a convocação de Juiz de primeiro grau para auxílio ao Diretor e ao Vice-diretor da Escola Judicial.

Resolução Administrativa n. 08*, 10 jun. 2013, DEJT 11 jun. 2013, p. 2

*Republicada no DEJT 1 ago. 2013, p. 1

Regulamenta a convocação de Juízes de primeiro grau para substituição e auxílio no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e dá outras providências.

Resolução Administrativa n. 09*, 18 jul. 2013, DEJT 19 jul. 2013, p. 1

*Republicada no DEJT 31 jul. 2013, p. 1

Atualiza as normas relativas à Gestão Documental do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 10, 18 jul. 2013, DEJT 19 jul. 2013, p. 5

Altera a redação do art. 2º, § 1º da Resolução Administrativa n. 09/2012.

Resolução Administrativa n. 11, 1 ago. 2013, DEJT 5 ago. 2013, p. 3

Regulamenta a concessão de diárias, a aquisição de passagens aéreas e a indenização pelo transporte interurbano no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 12, 30 ago. 2013, DEJT 4 set. 2013, p. 1

Regulamenta a prestação de serviço voluntário no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 14, 5 set. 2013, DEJT 9 set. 2013, p. 1

Cancela as Súmulas n. 06, 08, 28 e 29 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

A decorative graphic on the left side of the page consists of several overlapping squares of varying shades of light beige and cream. The squares are arranged in a grid-like pattern, with some squares partially overlapping others, creating a sense of depth and geometric structure. The overall color palette is warm and monochromatic.

ÍNDICE

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA*

Ação

- anulatória. Impossibilidade de cumular pedidos de natureza condenatória (DP, **92**).....277
- civil pública. Indenização por dano moral coletivo. Destinação. FAT (DM, **04**).....241
- coletiva. Limite subjetivo. Coisa julgada (DM, **05**).....241
- rescisória. Art. 485, III, CPC. Colusão (3ªSDI, **01**).....239
- rescisória. Homologação de acordo. Vício de consentimento. Erro substancial acerca dos termos avençados (3ªSDI, **02**).....239
- rescisória. Retratação de acordo antes da homologação. Ausência de consentimento. Negócio jurídico inexistente (3ªSDI, **03**).....239

Acidente

- de trabalho (DP, **93**).....277
- de trabalho. Atropelamento às margens de rodovia. Sinalização deficiente e não interrupção do trânsito. Condição insegura. Culpa concorrente do empregador (DM, **06**).....241
- de trabalho. Sequelas. Prescrição. Termo inicial (DP, **94**).....277
- de trabalho. Trabalho na coleta de sêmen de touro reprodutor. Coice do animal. Danos moral, estético e material. Culpa do empregador. Configuração (DM, **07**).....241
- do trabalho típico. Danos morais e materiais. Alegação de culpa exclusiva da vítima não demonstrada. Culpa do empregador configurada. Indenização devida (DM, **08**).....242

Acordo judicial

- homologado sem reconhecimento de vínculo empregatício (3ªSDI, **02**)....239

Acúmulo de funções

- caracterizado. Direito a acréscimo salarial (DM, **09**).....242
- Exercício de atividades inseridas no contrato de trabalho. Não caracterização (DM, **10**).....243
- ou acréscimo de funções distintas da originalmente contratada. Trabalho gratuito. Enriquecimento sem causa do empregador. Adicional devido (DM, **11**).....243

*Abreviaturas utilizadas: 3ª SDI = 3ª Seção de Dissídios Individuais; DM = Direito Material; DP = Direito Processual; DR = Direito Rural; EX = Execução.

Exemplo: “Ação coletiva. Limite subjetivo. Coisa julgada” está na página 241, na Subseção Direito Material e é a ementa de número 05.

Adicional

- de insalubridade (DM, 13).....245
- de insalubridade. Calor excessivo (DR, 141).....293
- de insalubridade. Exposição ao sol. Devido (DM, 12).....244
- de insalubridade. Rural. Trabalho a céu aberto. Exposição ao calor. Adicional devido (DR, 142).....293
- de insalubridade. Base de cálculo. Salário mínimo regional (paulista) (DM, 14).....245
- de periculosidade. Negociação coletiva na vigência do item II da Súmula n. 364 do C. TST. Validade. Segurança jurídica (DM, 15).....245
- especial. Parcela instituída em regulamento de empresa. Base de cálculo. Interpretação restritiva. Inteligência do art. 114 do CC (DM, 16).....245

Agravo

- de instrumento. Justiça gratuita. Pessoa jurídica. Depósito recursal. Lei n. 1.060/1950. Deserção (DP, 95).....278
- de petição. Desconsideração da personalidade jurídica. Entidades filantrópicas. Requisitos para responsabilidade dos diretores e membros do Conselho fiscal (EX, 146).....295
- de petição. Execução contra ex-sócio da reclamada que se manteve nos quadros societários durante a vigência do contrato de emprego do obreiro. Ajuizamento da ação após dois anos de sua retirada da sociedade. Ausência de responsabilidade patrimonial (EX, 147).....295
- de petição. Não cabimento por suprimida uma fase processual obrigatória (DP, 96).....278
- de petição. Não conhecimento (DP, 97).....278
- de petição. Penhora de créditos. Faturamento. Validade (EX, 148).....296
- inominado. Art. 557, § 1, do CPC. Incabível em face de decisão colegiada (DP, 98).....279

Acordo coletivo

- Ajuste coletivo. Falta de registro e arquivo no MTb. Formalidades que não retiram a validade e eficácia dos termos do ajuste (DM, 17).....246

Alteração negocial

- dos limites legais de limitação da jornada de trabalho e dos intervalos intra-jornada e entre-jornadas. Potencialização dos riscos no trabalho. Presunção do nexos de causalidade. Responsabilidade objetiva do empregador. Prevalência dos direitos fundamentais sobre os negócios jurídicos formais (DM, 18).....246

Aposentadoria

- Complementação de Aposentadoria. CTVA. Inclusão no cálculo da complementação de aposentadoria da CEF. Transação. Período anterior à adesão ao “novo plano” de benefícios (DM, 32).....252

Artigo

- 475-J do CPC. Ausência de omissão legislativa. Inaplicabilidade no Processo do Trabalho (DP, 99).....279
- 475-J, do CPC. Aplicação na esfera trabalhista. Pertinência (DP, 100).....279

Assédio moral

- Contrato de inação. Violação do direito ao trabalho decente. Dano moral

caracterizado (DM, 20).....	248
- organizacional. Configuração. Dano moral caracterizado (DM, 19).....	247
- Rescisão contratual. Existência de ação judicial contra o empregador (DM, 21).....	248

Atleta

- Jogador de futebol. Contrato de trabalho por prazo determinado e estabilidade decorrente de acidente do trabalho (DM, 22).....	248
--	-----

Atropelamento

- de empregado que se ativava na sinalização de solo em rodovia. Atividade de risco. Danos materiais e morais. Dever de reparação (DM, 23).....	249
---	-----

Aviso prévio

- indenizado. Prescrição bienal. Projeção. Contagem do prazo (DP, 102)....	279
- proporcional. Art. 1º, <i>caput</i> e parágrafo único da Lei n. 12.506/2011. Aplicação exclusiva ao empregado (DM, 24).....	249
- Lei n. 12.506/2011. Acréscimo temporal previsto. Favorecimento apenas aos empregados (DM, 25).....	250

Bancário

- Movimentação de conta fraudulenta. Justa causa reconhecida (DM, 26).....	250
--	-----

Câmara de Conciliação Prévia

- Exigência para ajuizamento de ação trabalhista. Condição da ação. Impossibilidade (DP, 103).....	280
--	-----

Cargo em comissão

- Ente público. Incompetência da Justiça do Trabalho (DP, 104).....	280
---	-----

Cartão de ponto

- sem assinatura. Validade (DM, 27).....	250
- Cartões de ponto. Não apresentação por empregador com mais de dez empregados. Presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho declinada pelo autor. Inversão do ônus da prova. Indeferimento da oitiva de testemunhas. Cerceamento de defesa caracterizado (DM, 28).....	251
- Controles de ponto não assinados. Imprestabilidade (DM, 11).....	244

Cestas básicas

- Lei municipal. Indenização substitutiva (DM, 30).....	251
---	-----

Citação

- Ausência de citação válida. Reconhecimento. Ação declaratória autônoma. Impossibilidade (DP, 101).....	279
--	-----

Coisa julgada

- Quitação geral em acordo judicial. Validade (DP, 105).....	280
--	-----

Comissão de Conciliação Prévia.

- Termo de conciliação. Eficácia liberatória geral (DM, 31).....	251
--	-----

Competência

- da Justiça do Trabalho. Ação ajuizada em face de ente público com pedido	
--	--

de verbas trabalhistas. Inexistência de prova da natureza jurídica da contratação (DP, 107).....	281
- territorial. Aplicação do princípio protetor. Possibilidade (DP, 108).....	281
- territorial. Empregado residente em Cosmópolis (SP), contratado em Osvaldo Cruz (SP) para trabalhar em Sidrolândia (MS). Ajuizamento da demanda em Paulínia. Possibilidade (DP, 109).....	281
Concausa	
- Responsabilidade do empregador (DM, 33).....	252
Constricção judicial	
- de bem do executado gravado por alienação fiduciária. Impossibilidade (EX, 149).....	296
Contrato	
- de prestação de serviços pertinentes ao ramo da construção civil. Atividade-fim da empresa contratante. Intermediação fraudulenta de mão de obra. Responsabilidade solidária (DP, 110).....	281
Contribuição confederativa	
- Desconto compulsório (DR, 143).....	293
Dano	
- moral (DM, 36).....	253
- moral em decorrência de agressão sofrida por parte de cliente da reclamada (DM, 34).....	252
- moral. Ferroviário. Ambiente de trabalho indigno. Ausência de sanitário. Locomotivas (DM, 88).....	273
- moral. Maquinista. "Monocondução". Ofensa à dignidade da pessoa humana. Caracterização. Aplicação do art. 5º, V, CF (DM, 35).....	253
- moral. Patologia preexistente ao início do contrato de trabalho. Prescrição operada (DM, 37).....	255
- moral. Prescrição. Lesão ocorrida após a EC n. 45/2004. Prazos do art. 7º, inc. XXIX da CRFB/1988. Ajuizamento extemporâneo. Pretensão reparatória extinta (DM, 37).....	253
- social. Agressões reiteradas e sistemáticas aos direitos dos trabalhadores. Repercussão na sociedade. Correção da postura pelo judiciário. Indenização suplementar independente de pedido. Condenação <i>ex officio</i> . Inexistência de julgamento <i>extra petita</i> (DM, 38).....	255
Danos morais	
- devidos pelo empregado (DM, 39).....	255
- Alegação de acusação de furto, não provada. Indenização indevida (DM, 47).....	258
- Expressa ressalva de que a anotação em CTPS foi efetuada em virtude de decisão judicial. Intenção em dificultar ou impossibilitar o trabalhador em obter novo emprego. Violação à imagem profissional. Anotação desabonadora caracterizada. Indenização devida (DM, 40).....	256
- Variação de jornada sem aviso ao empregado. Procedência (DM, 41).....	256
Decisão interlocutória	
- Lesão imediata e irreparável. Impossibilidade de acesso ao Poder Judiciário. Recorribilidade (DP, 111).....	282

Depósito

- em execução provisória. Diferença dos juros trabalhistas e juros bancários (EX, 150).....296
- recursal. Substituição por hipoteca judiciária. Impossibilidade (DP, 112).....282
- recursal. Utilização da Guia para depósito judicial trabalhista e não a GFIP. Deserção (DP, 113).....282

Descanso semanal

- remunerado (DM, 42).....256
- remunerado. Professor. Acréscimo. Lei n. 605/1949 e art. 320 da CLT (DM, 43).....257

Devedora

- subsidiária. Pedido de exclusão da lide pela devedora principal. Não possibilidade (DM, 45).....257

Diferenças

- de complementação de aposentadoria. Extinta Fepasa. Improcedência do pedido (DM, 46).....257
- salariais. Microempresa. Piso normativo próprio a esse tipo de empresa, de pequeno porte (DM, 47).....258

Direito processual

- do Trabalho. Requerimento para juntada de carta de preposição e instrumento de mandato. Indeferimento. Cerceamento de defesa (DP, 114).....282
- Limites impostos pelo pedido. Valores indicados por estimativa. Não violação ao art. 460 do CPC (DP, 115).....283

Dirigente sindical

- Estabilidade. Prorrogação do mandato. Correspondência (DM, 48).....259

Dissídio coletivo

- de greve. Defeito de representação. Não regularização. Extinção do feito sem resolução do mérito (DP, 116).....283

Embargos de declaração

- Procedimento sumaríssimo. Certidão de julgamento (DP, 117).....284

Empregado

- público da administração indireta. Contratação por meio de concurso. Inexistência do direito potestativo de rescisão contratual. Necessidade de motivação do ato administrativo. Nulidade reconhecida. Reintegração determinada (DM, 49).....259
- público. Aposentadoria. Cumulação de proventos de aposentadoria com salários. Possibilidade (DM, 50).....259

Empresa

- Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT. Submissão ao rito sumaríssimo (DP, 118).....284
- pública e sociedade de economia mista. Admissão por concurso público. Necessidade de motivação justificadora da dispensa (DM, 51).....260

Estabilidade

- acidentária. Renúncia. Impossibilidade (DM, 52).....260
- gestante. Contrato de experiência. Modulação temporal dos efeitos da nova redação da Súmula n. 244, III, do TST. Segurança jurídica. Improcedente (DM, 53).....260
- provisória. Danos morais e materiais. Doença degenerativa. Ausência de nexo causal (DM, 54).....261

Exame admissional

- Reprovação trabalhador. Ato discriminatório (DM, 55).....261

Execução

- de TAC firmado com o Ministério Público do Trabalho. Cumulação de execuções. Obrigação de fazer e obrigação de pagar. Possibilidade. Exegese do art. 573 do CPC. Princípios da economia processual, da celeridade e da efetividade das decisões judiciais (EX, 151).....296

Fase pré-contratual

- Responsabilidade. Indenizações por dano material e moral (DM, 56)....261

Ferroviário

- na equipe de trem. Tempo de refeição computado na jornada. Pagamento do intervalo indevido (DM, 57).....262

Fundação Casa

- Insalubridade por cuidados com os internos. Inexistência (DM, 58).....262

Hipoteca judiciária

- Art. 466 do CPC. Aplicação ao Processo do Trabalho (DP, 120).....285

Honorários

- periciais prévios. Restituição. Devolução do valor dos honorários periciais previamente depositados pela reclamada, pelo fato de ser o reclamante sucumbente no objeto da perícia e beneficiário da justiça gratuita (DM, 59).....262

Horas

- *in itinere*. Supressão integral do direito mediante acordo coletivo. Cláusula inválida (DM, 60).....263

Ilegitimidade

- para figurar no polo passivo. Não reconhecida (DP, 137).....290

Impenhorabilidade

- Bem de família. Alienação (DM, 61).....264

Indenização

- por dano moral. Agressões e ameaças (DM, 87).....273
- por danos morais e materiais. Doença do trabalho. Requisitos (DM, 62)...264
- substitutiva da estabilidade gestacional. Ausência de pedido de reintegração. Abuso de petição (DM, 63).....264
- dano moral. Responsabilidade. Pressupostos ausentes. Indevido (DM, 91).....275

Inépcia da inicial

- Incongruência dos pedidos (DP, 121).....285

Instrumento de mandato

- Cópia não autêntica. Ausência de mandato tácito. Inobservância do art. 5º, *caput*, da Lei n. 8.906/1994 c/c art. 653 do CC e art. 37 do CPC. Não-conhecimento do recurso (DP, 122).....285

Intervalo

- entrejornadas. Horas extras devidas (DM, 12).....244
- intrajornada. Não concessão ou concessão parcial. Devida a remuneração por todo o período (DM, 64).....264
- intrajornada. Natureza salarial (DM, 65).....265
- intrajornada. Rurícola. Inobservância do lapso de uma hora previsto no art. 5º, § 1º, do Decreto n. 73.626/1974. Aplicação subsidiária do § 4º do art. 71 da CLT. OJ n. 381 da SDI-1 do C. TST (DR, 144).....294

Jornada

- Minutos que antecedem e sucedem a jornada. Instrumentos normativos violadores de direitos do trabalhador (DM, 65).....265

Justa causa

- Sindicância administrativa. Contraditório (DM, 66).....265

Justiça gratuita

- Concessão. Requisitos (DM, 60).....263

Licença-prêmio

- Empregado público estadual. Direito restrito aos estatutários. Princípio da legalidade (DM, 67).....265

Limites da lide

- Pedidos. Análise restritiva (DP, 123).....285

Mandado de segurança

- Concurso público. Vaga destinada a pessoas portadoras de deficiência. Anacusia unilateral. Artigos 3º e 4º do Decreto n. 3.298/1999 e 1º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (DM, 68).....265

Multa

- do art. 475-J do CPC. Inaplicabilidade no Processo Trabalhista (DM, 19).....247
- Astreintes. Limitação ao valor principal aplicação indevida (DP, 124).....286

Norma coletiva

- aplicável. Terceirização de serviços (DM, 69).....266
- Interpretação restritiva (DP, 123).....286

Participação nos lucros

- e resultados do exercício. Requisitos impeditivos estabelecidos por normas coletivas. Proporcionalidade. Possibilidade (DM, 70).....267

Personalidade jurídica

- Desconsideração da personalidade jurídica. Sócio menor impúbere. Possibilidade (DM, 44).....257

Petição inicial

- Inépcia. Inocorrência (DP, 125).....286

Petrobras

- Distribuidora. Serviços de suporte técnico à atividade operacional, de gestão documental, de suporte técnico para gerenciamento de risco, de apoio operacional e de transporte de combustíveis e derivados de petróleo. Atividade-fim caracterizada (DM, 71).....267
- Diferença de complemento de RMNR. Forma de cálculo. Norma coletiva. Interpretação (DM, 72).....268

PIS

- (Programa de Integração Social). Indenização substitutiva. Ausência de cadastro por culpa do empregador (DM, 73).....268

Prescrição

- Espécies de prescrição (total e parcial) e prazo prescricional (bienal e quinquenal). Distinção (DP, 119).....284
- quinquenal. Rurícola (DR, 143).....294
- Acidente e doença do trabalho. Reparação civil. fato anterior à Emenda Constitucional n. 45/2004. Regra de transição. Prazo trienal (DP, 126).....286

Princípio

- da identidade física do juiz. Não observância. Nulidade. Revogação da Súmula n. 136 do C. TST. Alcance (DP, 127).....287

Procedimento sumaríssimo

- Conversão para o rito ordinário em face da complexidade da causa. Inviabilidade (DP, 128).....287

Processo do Trabalho

- Intervenção de terceiros. Oposição. CPC, art. 56. Discussão sobre representatividade sindical para determinada categoria profissional. Impossibilidade (DP, 129).....287

Prova

- Colheita de provas. Princípio da oralidade e imediatidade (DP, 106).....280
- oral. Mero informante do juízo. Efeitos (DP, 123).....286

Radialista

- Acúmulo de funções em setores diferentes. Novo contrato de trabalho. Art. 14 da Lei n. 6.615/1978 (DM, 74).....269

Recuperação judicial

- Juros devidos (EX, 152).....297

Recurso

- adesivo. Não conhecimento. Recurso principal interposto. Preclusão

consumativa. Aplicação (DP, 131).....	288
- Inovação de tese. Ausência de pressuposto intrínseco. Não conhecimento. Arts. 128, 460 e 515, § 1º, do CPC (DP, 134).....	289
- ordinário. Guia de Recolhimento da União - GRU. Preenchimento incorreto. Deserção (DP, 132).....	289
- ordinário. Município. Férias não quitadas antes do afastamento. Arts. 137 e 145 da CLT. Pagamento dobrado devido (DM, 75).....	269
- ordinário. Prática de ato incompatível com a vontade de recorrer. Não conhecimento (DP, 133).....	289
- Recursal ordinário adesivo. Aderência ao recurso do próprio litisconsorte. Violação do art. 500 do CPC (DP, 130).....	288

Reintegração

- devida. Cláusula normativa que protege os trabalhadores contra o desemprego causado pelo uso de novas tecnologias. Respaldo constitucional (art. 7º, XXVII). Premissa de dispensa por menor necessidade de mão de obra (DM, 76).....	269
--	-----

Relação de trabalho

- Acidente fatal durante a prestação do labor próximo à rede elétrica de alta tensão. Ausência de condições de segurança. Responsabilidade do contratante. Culpa concorrente (DM, 77).....	270
--	-----

Responsabilidade

- solidária. Ingerência entre empresas. Reconhecimento. Exegese do § 2º, do art. 2º da CLT (DP, 137).....	290
- subsidiária (DM, 79).....	270
- subsidiária do ente público tomador de serviços. Conduta culposa. Negligência (DM, 78; DP, 130).....	270, 288
- subsidiária. Acordo inadimplido. Tomador de serviços que não participou da avença. Impossibilidade (DM, 80).....	270
- subsidiária. Benefício de ordem. Desnecessidade (DM, 81).....	271

Revelia

- Defesa escrita com erro quanto ao endereçamento do juízo, nome da parte e número dos autos. Afasta-se a revelia quando se discute matéria de direito idêntica aos autos. Princípio da ampla defesa (DP, 135).....	289
---	-----

Sequestro

- Quebra da ordem de precedência. Exequente não se encontra em primeiro lugar na lista de ordem cronológica. Sequestro indevido. Inteligência da Orientação Jurisprudencial n. 13 do Tribunal Pleno/Orgão Especial do C. TST (EX, 153).....	297
---	-----

Servidor público

- cedido por município. Exercício de função comissionada em Vara do Trabalho. Dispensa fundamentada na conveniência e oportunidade da administração. Ato discricionário. Direito adquirido à manutenção da cessão e da gratificação inexistente (DM, 82).....	271
- municipal. Publicação na <i>internet</i> da relação de nomes, cargos e vencimentos do ente público. Dano moral inexistente (DM, 83).....	271

Sucessão de empresas

- Transferência da marca. Não caracterização (DM, 84).....272

Súmula

- Alteração de entendimento. Art. 5º, inciso XXXVI, da CF. Irretroatividade da lei. Diga-se, do direito. Princípios da segurança jurídica, isonomia e boa-fé. Efeitos *ex nunc* (DP, 136).....290

Terceirização

- CESP. Reconhecimento do vínculo direto (DM, 29).....251
- Pessoa jurídica de direito público tomadora e beneficiária dos serviços prestados. Responsabilidade subsidiária pelas obrigações trabalhistas. Inteligência dos arts. 1º e 37 da CF/1988, arts. 186 e 187 do CC, art. 67 e 71, § 2º da Lei n. 8.666/1993, Súmula n. 331, V e VI do C. TST e ADC 16 do STF (DM, 85).....272
- Proibição. Normas coletivas. Possibilidade (DM, 86).....273

Trabalhador

- autônomo. Incompetência da Justiça do Trabalho. Não caracterizada (DP, 137).....290
- rural. Intervalos interjornadas (ou entrejornadas). Natureza. Reflexos (DR, 145).....294

Trabalho

- externo. Enquadramento na exceção do art. 62, I, da CLT. Não configuração (DM, 87).....273

Turno ininterrupto de revezamento

- Negociação coletiva. Descumprimento (DM, 88).....273

União

- Ministério da Agricultura. Empregados oriundos da empresa COBAL. Extinção do contrato de trabalho pela CLT com o advento da Lei n. 8.112/1990. Observância da prescrição bienal. Hipótese de cabimento (DP, 138).....291

Vale

- refeição previsto em norma coletiva pago no período em que o trabalhador permaneceu afastado aguardando decisão da Autarquia previdenciária, por ordem do empregador. Benefício não concedido. Desconto posterior indevido (DM, 89).....274
- transporte. Opção por sua utilização (DM, 90).....274

Valor

- probatório. Inquérito civil. Processo judicial (DP, 139).....291

Vínculo empregatício

- Diretor estatutário. Presença de subordinação. Configuração. Inteligência da Súmula n. 269 do C. TST (DM, 91).....275

Voto vencido

- Juntada. Faculdade do magistrado (DP, 140).....291

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

ALBURQUERQUE, Rafael	
- La OIT en un mundo global (artigo)	179
AMADO, João Leal	
- VIH/SIDA e proibição de discriminação dos trabalhadores: entre a “tensão para a transparência” e o “direito à opacidade” (artigo)	169
ANJOS, Alexandre Vieira dos	
- Dano moral	253
AZEVEDO, Dagoberto Nishina de	
- Atleta	248
- Bancário	250
- Coisa julgada	280
- Depósito em execução provisória	296
BAJO GARCÍA, Irene	
- Vertiente socio-laboral del proceso concursal español (artigo)	193
BARBOSA, Maria da Graça Bonança	
- Competência territorial	281
BARÊA, Sérgio Milito	
- Ilegitimidade	290
- Responsabilidade solidária	290
- Trabalhador autônomo	290
BIASI, Erodite Ribeiro dos Santos De	
- Aposentadoria	252
- Danos morais	255, 256
- Terceirização	251
BORGES, Fernando da Silva	
- Atropelamento de empregado	249
- Petrobras	268
- Servidor público	271
- Valor probatório	291

*Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais e dos assuntos em relação às demais seções.

BOSCO, Carlos Alberto

- Artigo 475-J do CPC279
- Estabilidade provisória261
- Norma coletiva266
- Prescrição286

BURATTO, Renato

- Cartão de ponto250
- Comissão de Conciliação Prévia251
- Exame admissional261
- Sequestro297

CAMPOS, Flavio Nunes

- Depósito recursal282
- Petrobras267
- Recursal ordinário adesivo288
- Responsabilidade subsidiária.....270, 288

CARRADITA, Manuel Soares Ferreira

- Horas *in itinere*263
- Justiça gratuita263
- Limites da lide285
- Norma coletiva286
- Prova oral286
- Radialista269
- Sucessão de empresas272

COCA, Eleonora Bordini

- Complementação de aposentadoria257
- Execução296
- Instrumento de mandato285

COOPER, Fabio Allegretti

- Acidente de trabalho277

COOPER, Flavio Allegretti de Campos

- Embargos de declaração284
- Ferroviário262

DAMIANO, Henrique

- Agravo inominado279
- Dissídio coletivo de greve283
- Voto vencido291

DIAMANTINO, Adriene Sidnei de Moura David

- Acúmulo de funções243

ESCANFELLA, Carlos Augusto

- Provas280
- Fundação Casa262
- Recuperação judicial297

FANTINI, Rosana

- Aviso prévio indenizado279

FELICIANO, Guilherme Guimarães

- Os princípios do direito processual do trabalho e o anteprojeto de processo laboral da Décima Quinta Região do Trabalho (artigo)117

FERREIRA, Adelina Maria do Prado

- Acidente de trabalho277

FERREIRA, José Otávio de Souza

- Multa286

- Responsabilidade subsidiária271

- Servidor público271

- Vale refeição274

FIGUEIRÔA JUNIOR, Narciso

- A Lei n. 12.619, de 30.4.2012 e a regulamentação da profissão de motorista37

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta

- A Constituição Federal e o Direito do Trabalho 25 anos depois: da estrutura à função (artigo)145

- Adicional especial245

- Assédio moral248

- Constrição judicial296

- Empresa pública260

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto

- Dano social255

GOMIERI, Olga Aida Joaquim

- Dano moral253, 255

- Danos morais258

- Diferenças salariais258

- Honorários periciais262

- Vale-transporte274

GRASSELLI, Fabio

- Cartões de ponto251

- Hipoteca judiciária285

- Petição inicial286

- Procedimento sumaríssimo287

GULLA, Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira

- PIS268

HINZ, Henrique Macedo

- A interrupção dos efeitos do contrato de emprego pelo deferimento de antecipação de tutela nos pedidos de rescisão indireta do contrato (artigo)155

LANDI, Flávio	
- Reintegração	269
LAZARIM, Luiz Antonio	
- Acidente de trabalho	241
- Contrato de prestação de serviços	281
- Dano moral	273
- Indenização por dano moral	273
- Trabalho externo	273
- Turno ininterrupto	273
LEITE, Maria Cecília Fernandes Álvares	
- Ação rescisória	239
- Acordo	239
LIMA, Samuel Hugo	
- Adicional de periculosidade	245
- Dano moral	253
- Depósito recursal	282
- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos	284
LOBO JUNIOR, Helcio Dantas	
- Ação anulatória	277
- Acordo coletivo	246
- Cargo em comissão	280
- Direito processual	283
LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina	
- Acúmulo de funções	242
- Aviso prévio proporcional	249
- Danos morais	256
- Prescrição	284
LOPES, Edmundo Fraga	
- Descanso semanal remunerado	257
- Intervalo intrajornada	294
- Licença-prêmio	265
- Recurso	289
LOPES JUNIOR, Oséas Pereira	
- Terceirização	272
MACHADO, João Alberto Alves	
- Aviso prévio	250
- Responsabilidade subsidiária	270
MAIOR, Jorge Luiz Souto	
- Alteração negocial	246
MARQUES, Claudinei Zapata	
- Assédio moral	247, 248
- Estabilidade	260
- Multa do art. 475-J do CPC	247

MASTRODI NETO, Josué

- O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível (artigo)207

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira

- Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio *pro homine* (artigo).....71

MONEGATTO, Regina Dirce Gago de Faria

- Ação coletiva241

MORAES, Gisela Rodrigues Magalhães de Araújo e

- Adicional de insalubridade293

- Devedora subsidiária257

- Recurso ordinário289

MORAES, Robson Adilson de

- Revelia289

NEVES, Elency Pereira

- Câmara de Conciliação Prévia280

- Dirigente sindical259

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves

- Princípio da identidade física do juiz287

NUNES, Luiz Roberto

- Acidente de trabalho241

- Adicional de insalubridade245

- Agravo de petição278

- Impenhorabilidade264

OLIVA, José Roberto Dantas

- Acúmulo ou acréscimo de funções243

- Controles de ponto244

- Elevação progressiva da idade mínima para o trabalho e educação de qualidade: alicerces de um novo porvir27

PATERLINI, Wellington César

- Personalidade jurídica257

PISTORI, Gerson Lacerda

- Adicional de insalubridade245

- Participação nos lucros e resultados267

- Processo do trabalho287

- Trabalhador rural294

PITAS, José

- Contribuição confederativa293

- Intervalo intrajornada264

- Prescrição quinquenal294

RIZZARDO, André Augusto Ulpiano	
- Fase pré-contratual	261
ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim	
- Súmulas do TST: avanço ou retrocesso? (artigo)	95
ROMANINI, Edna Pedroso	
- Justa causa	265
ROSMANINHO, Mariane D. Santana	
- O direito fundamental à moradia e a existência efetiva da reserva do possível (artigo)	207
RUFINO, Marcelo Magalhães	
- Indenização por danos morais	264
SANCHES, Dora Rossi Góes	
- Agravo de petição	278
SANTOS, Lorival Ferreira dos	
- Acidente do trabalho	242
- Dano moral	252
- Direito processual do trabalho	282
- Empregado público	259
SILVA, João Batista da	
- Súmula	290
SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira	
- Terceirização	273
SILVA, Luís Carlos Cândido Martins Sotero da	
- Agravo de petição	295
- Estabilidade	260
- Indenização	275
- Recurso ordinário	289
- Vínculo empregatício	275
SILVA, Luiz José Dezena da	
- Agravo de instrumento	278
- Empregado público	259
- Mandado de segurança	265
- Recurso ordinário	269
SIVERS, Eder	
- Adicional de insalubridade	293
- Concausa	252
- Descanso semanal remunerado	256
- Intervalo intrajornada	265
- Jornada	265

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César

- Agravo de petição	296
---------------------------	-----

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos

- Ausência de citação válida	279
- Competência territorial	281
- Recurso adesivo	288
- Relação de trabalho	270

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

- Assento Regimental n. 01	301
- Assento Regimental n. 02	301
- Assento Regimental n. 03	301
- Ato Regulamentar GP n. 06	301
- Ato Regulamentar GP n. 07	301
- Ato Regulamentar n. 08	301
- Ato Regulamentar n. 09	301
- Comunicado GP n. 15	301
- Comunicado GP-VPJ-CR n. 02	301
- Portaria GP n. 06	301
- Portaria GP n. 23	301
- Portaria GP-CR n. 25	302
- Portaria GP n. 26	302
- Portaria GP n. 27	302
- Portaria GP n. 35	302
- Portaria GP n. 36	302
- Provimento GP-CR n. 04	302
- Recomendação GP-CR n. 01	302
- Recomendação CR n. 02	302
- Resolução Administrativa n. 05	302
- Resolução Administrativa n. 07	302
- Resolução Administrativa n. 08	303
- Resolução Administrativa n. 09	303
- Resolução Administrativa n. 10	303
- Resolução Administrativa n. 11	303
- Resolução Administrativa n. 12	303
- Resolução Administrativa n. 14	303

VASCONCELLOS, Ana Maria de

- Adicional de insalubridade	244
- Artigo 475-J, do CPC	279
- Indenização substitutiva	264
- Inépcia da inicial	285
- Intervalo entrejornadas	244

VIANNA, Ana Cláudia Torres

- Agravo de petição	295
---------------------------	-----

VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo

- Decisão interlocutória	282
- União	291

ZANELLA, Eduardo Benedito de Oliveira

- Ação civil pública241
- Cestas básicas251
- Competência da Justiça do Trabalho281
- Responsabilidade subsidiária270

ZYLBERSTAJN, Hélio

- CLT: longevidade é suficiente para viabilidade?55

NORMAS PARA SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

A Revista do Tribunal tem periodicidade semestral, sendo composta de uma abertura e de um corpo principal formado pelas seções: **Seção Especial**; **Artigos**, que é subdividida nas subseções Doutrina Nacional, Doutrina Internacional e Trabalhos do Meio Científico; **Jurisprudência**, que contém seleção de ementas do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, dividida por matérias (Direito Material, Direito Processual, Direito Rural, Execução, Matéria Nova e ementas das Seções do Tribunal); e **Atos Normativos**, que destaca as principais normas editadas pelo Tribunal durante o período da revista.

A **Seção Especial** destaca discursos e palestras proferidas no Tribunal ou em eventos por ele patrocinados.

A Seção **Artigos** compõe-se de artigos técnicos, de reflexão teórica, ou relatos de pesquisas e experiências profissionais. A subseção Trabalhos do Meio Científico destina-se à publicação de resenhas de pesquisas em andamento ou recém-concluídas no meio acadêmico, dissertações e teses, contendo descrição do tema de estudo, objetivos, métodos e técnicas de investigação, resultados, principais conclusões e outras informações pertinentes.

A seleção de trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Os artigos encaminhados à Revista serão enviados, sem identificação do autor, para exame de pareceristas, que recomendarão ou não a sua publicação. A publicação dos artigos ocorre conforme a aprovação e priorização dos textos pelo Conselho Editorial. Eventualmente, os trabalhos com sugestões de alterações, de acordo com as recomendações do seu Conselho Editorial ou dos pareceristas, poderão ser submetidos ao autor, que delas terá ciência para manifestação, e, caso não haja nenhuma objeção, serão consideradas aprovadas dentro do prazo de dez dias. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do conteúdo editorial. Serão priorizados os artigos inéditos. Não serão devolvidos aos seus autores os originais dos trabalhos, quer tenham sido publicados ou não.

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRT da 15ª Região.

O envio de conteúdo editorial para publicação na Revista do Tribunal implica automaticamente em autorização do autor para futura e eventual publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. A remessa ou publicação dos trabalhos não acarretará direitos autorais ou qualquer remuneração a seus autores. Como contrapartida pela cessão, o autor receberá quatro exemplares da Revista impressa onde publicado o conteúdo editorial de sua autoria. A Revista fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às Normas de Publicação.

ELABORAÇÃO DOS TRABALHOS

Pela natureza da publicação, os artigos deverão ter um mínimo de sete laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques) e não deverão exceder vinte laudas, incluindo notas de rodapé e referências, ser redigidos em português, observando a ortografia oficial, com exceção dos artigos enviados para publicação em Doutrina Internacional. Os parágrafos

devem ser justificados, com recuo de 2,0 cm na primeira linha, com títulos e subtítulos em caixa alta e centralizados, e devem ter entrelinha 1,5 cm. As margens superior e inferior devem ser configuradas com 2,0 cm e as laterais com 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4 e a fonte a ser utilizada: Times New Roman, corpo 12. O sistema de chamada utilizado é Autor-data. Tabelas, figuras e quadros deverão ser elaborados e enviados em arquivo próprio e inseridos, no devido local, no corpo do texto.

Os artigos deverão conter, com destaque, no início do texto: resumo de até cem palavras e palavras-chave (de três a cinco palavras).

Visando ampliar a divulgação, os artigos conterão título, resumo e palavras-chave em inglês, elaborados preferencialmente pelo autor. Caso necessário, a Revista providenciará a inserção.

Para detalhes sobre a elaboração de citações e referências, ver Normas para confecção da Revista (<http://portal.trt15.jus.br/documents/15601/120192/Normas+para+confec%C3%A7%C3%A3o+da+Revista/263f6083-a323-4d5e-bffc-216e182e7a0f>).

O envio do material deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: revistadotribunal@trt15.jus.br. De modo alternativo, recebemos arquivos em CD-ROM. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Para que os artigos possam ser enviados para apreciação sem a identificação do autor, deverão ser precedidos por uma página, da qual se fará constar: título do trabalho e nome do autor. Ao lado do nome do autor, deverá constar o símbolo “*” e, no rodapé da página, após o símbolo “*”, breve *curriculum* com nome do autor, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida, endereço completo para correspondência, telefone, *e-mail* e relação da produção intelectual. Esta lauda será separada do artigo antes de ser enviada ao parecerista.

Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) ou se se tratar de trabalho acadêmico de conclusão de um curso ou pesquisa, também deverá ser feita referência ao evento, curso ou pesquisa no rodapé da primeira lauda. Se o artigo for referente a resultados de pesquisa, ou envolver seres humanos, deverá ser acompanhado das devidas autorizações.

Trabalhos do Meio Científico: o texto deve estar redigido com, no mínimo, três laudas (cerca de 4.500 caracteres) e, no máximo, sete laudas (cerca de 10.500 caracteres). Deve ser indicado, na primeira lauda, além do solicitado no parágrafo anterior, qual o tipo de trabalho, área de conhecimento, instituição de ensino e o nome do professor orientador.

A Seção de Publicações Jurídicas e a Secretaria da Escola Judicial, que assessoram o Conselho Editorial da Revista do Tribunal, procederão às necessárias revisões gramaticais e alterações de ordem editorial (normalização bibliográfica), e à adequação dos trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso necessário.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das Referências.

Endereço para correspondência:

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Rua Barão de Jaguará, 901 - 3º andar - Centro
Campinas/SP - CEP 13015-927
Fones: (19) 3731-1683 e 3236-0585 (fac-símile)
e-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br