



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

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

**Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência**



**n. 50
2017**

ISSN 1679-8694



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

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS/SP**

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas

n. 50

p. 1 - 314

jan./jun.

2017

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguará, 901 - Centro - Campinas/SP - CEP: 13015-927

Fones: (19) 3731-1600 / (19) 3236-2100

<http://portal.trt15.jus.br>

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Rua Barão de Jaguará, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP: 13015-927

Fone: (19) 3731-1683

<http://portal.trt15.jus.br> e-mail: escolajudicial@trt15.jus.br

Catálogo na Fonte elaborada pela
Seção de Biblioteca/TRT 15ª Região

Emmannuela Freitas de Caldas - CRB 8-9565

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. 50, jan./jun. 2017

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.

Coordenação: Desembargadora Eleonora Bordini Coca

Capa: Marisa Batista da Silva

Colaboradores da organização desta edição:

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas:

Elizabeth de Oliveira Rei

Laura Regina Salles Aranha

Transcrições para o inglês:

Silvia Regina Guerino

Guilherme Henrique Guerino de Almeida

Jane Kelli Aparecido

Projeto gráfico:

Ana Paula Takaki

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

Supremo 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 Adamantina 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 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 - UNIFEQB
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 - 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 de 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 - Araçatuba
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Campinas
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Ribeirão Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José do Rio Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Sorocaba
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo
Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO - Salvador
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos
Biblioteca da Universidade São Francisco - Bragança Paulista
Biblioteca da Universidade São Francisco - Campinas
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu - São Paulo
Biblioteca do Centro de Ensino Superior de São Gotardo - CESG
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 Araras
Biblioteca do Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP
Biblioteca do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio - UNICERP
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP - São José do Rio Preto
Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário FIEO - Osasco
Biblioteca do Centro Universitário Monte Serrat - Santos
Biblioteca do Centro Universitário Moura Lacerda - 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 da Magistratura do Estado Ceará
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA
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 Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Universidad Pablo de Olavide - Sevilla

Universidad de Sevilla

França

Département des Études 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 Amalício

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. Manoel Carlos Toledo Filho - Diretor
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann - Vice-diretora

CONSELHO EDITORIAL

Des. Eleonora Bordini Coca - Editora-chefe
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Juíza Rita de Cássia Scagliusi do Carmo
Juiz Firmino Alves Lima
Juiz Fábio Natali Costa
Juíza Daniele Comin Martins

Exterior

Argentina
Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Córdoba

Espanha
Professor David Sanchez Rubio - Universidad de Sevilla
Professor Doutor Rafael de Asís Roig - Universidad Carlos III de Madrid

França
Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy

Portugal
Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa

Uruguai
Professor Mario Garmendia Arigón - Universidad de la República
- Montevideo

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

Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo

Des. Fábio Allegretti Cooper

Juíza Olga Regiane Pilegis

Juiz Marco Antonio de Souza Branco

Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva

Juiz Flávio Landi

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

Argentina

Professor Carlos Alberto Toselli - Universidad de Córdoba

Professor Adrián Goldin - Universidad San Andres

Colômbia

Professora Martha Elisa Monsalve Cuéllar - Universidad La Gran Colombia

Espanha

Professor Álvaro Sánchez Bravo - Universidad de Sevilla

Professora Icíar Alzaga Ruiz - Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid

Professor Miguel Cardenal Carro - Universidad de Extremadura

Professor David Montoya Medina - Universidad de Alicante

Itália

Professor Alberto Levi - Universidade de Módena e Reggio Emília

Professora Luísa Galantino - Universidade de Módena e Reggio Emília

Portugal

Professor João Leal Amado - Universidade de Coimbra

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE	Fernando da Silva Borges
VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO	Helena Rosa Mônaco da Silva Lins Coelho
VICE-PRESIDENTE JUDICIAL	Edmundo Fraga Lopes
CORREGEDOR REGIONAL	Samuel Hugo Lima
VICE-CORREGEDORA REGIONAL	Susana Graciela Santiso
OUVIDORA	Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
VICE-OUVIDOR	Edison dos Santos Pelegrini

DESEMBARGADORES DO TRABALHO

(em 7.3.2017)

José Pedro de Camargo R. de Souza	Rita de Cássia Penkal B. de Souza
Olga Aida Joaquim Gomieri	Luiz José Dezena da Silva
Eduardo B. de Oliveira Zanella	Francisco A. da M. Peixoto Giordani
Henrique Damiano	João Alberto Alves Machado
Flavio Allegretti de Campos Cooper	Claudinei Zapata Marques
Luiz Antonio Lazarim	José Otávio de Souza Ferreira
José Pitas	Ana Paula Pellegrina Lockmann
Luiz Roberto Nunes	Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Lorival Ferreira dos Santos	Helcio Dantas Lobo Junior
Manuel Soares Ferreira Carradita	Eder Sivers
Fernando da Silva Borges	Antonia Regina Tancini Pestana
Flavio Nunes Campos	Carlos Augusto Escanfella
Gerson Lacerda Pistori	Eleonora Bordini Coca
Helena Rosa M. da Silva Lins Coelho	Carlos Alberto Bosco
Gisela R. M. de Araujo e Moraes	João Batista Martins César
Edmundo Fraga Lopes	Luiz Felipe P. da Luz Bruno Lobo
Tereza Aparecida Asta Gemignani	Fábio Allegretti Cooper
Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla	Maria Inês Corrêa de C. César Targa
Thomas Malm	Edison dos Santos Pelegrini
Susana Graciela Santiso	Luciane Storel da Silva
Samuel Hugo Lima	Ricardo Antonio de Plato
Maria Madalena de Oliveira	Ricardo Regis Laraia
Fabio Grasselli	Wilton Borba Canicoba
Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi	José Carlos Ábile
Dagoberto Nishina de Azevedo	Jorge Luiz Costa
Thelma Helena M. de Toledo Vieira	Rosemeire Uehara Tanaka
Manoel Carlos Toledo Filho	Luis Henrique Rafael
Antonio Francisco Montanagna	

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Fernando da Silva Borges
(Presidente)
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Susana Graciela Santiso
Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
Des. Henrique Damiano
Des. Flavio Allegretti de Campos
Cooper
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. José Pitas
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes
Des. Ana Amarylis Vivacqua
de Oliveira Gulla
Des. Fabio Grasselli
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza
Des. Luiz José Dezena da Silva
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Wilton Borba Canicoba
Des. Jorge Luiz Costa

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Des. Fernando da Silva Borges
(Presidente)
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Henrique Damiano
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani
Des. Antonio Francisco Montanagna
Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani

Des. João Alberto Alves Machado
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Eder Sivers
Des. João Batista Martins César
Des. Jorge Luiz Costa
Des. Rosemeire Uehara Tanaka
Des. Luis Henrique Rafael

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Samuel Hugo Lima
(Presidente)
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. Luiz Roberto Nunes
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. Rita de Cássia Penkal Bernardino
de Souza
Des. Luiz José Dezena da Silva
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Carlos Alberto Bosco
Des. Fábio Allegretti Cooper

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Susana Graciela Santiso
(Presidente)
Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Roberto Nóbrega de Almeida
Filho
Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. Carlos Augusto Escanfella
Des. Eleonora Bordini Coca
Des. Luciane Storel da Silva
Des. Ricardo Antonio de Plato
Des. Ricardo Regis Laraia
Des. Wilton Borba Canicoba
Des. José Carlos Ábile

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho
(Presidente)
Des. José Pedro de Camargo
Rodrigues de Souza
Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
Des. Flavio Allegretti de Campos
Cooper
Des. José Pitas
Des. Flavio Nunes Campos
Des. Gisela Rodrigues Magalhães de
Araujo e Moraes
Des. Thomas Malm
Des. Maria Madalena de Oliveira
Des. Fabio Grasselli
Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo
Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa
Des. Edison dos Santos Pelegrini

1ª TURMA

Primeira Câmara

Des. Olga Aida Joaquim Gomieri
(Presidente da Turma e da 1ª Câmara)
Des. Flavio Allegretti de Campos
Cooper
Des. Flavio Nunes Campos
Des. Tereza Aparecida Asta
Gemignani
Des. Ricardo Antonio de Plato

Segunda Câmara

Des. Eduardo Benedito de Oliveira
Zanella
(Presidente da 2ª Câmara)
Des. Helena Rosa Mônaco da Silva
Lins Coelho
Des. Susana Graciela Santiso
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Wilton Borba Canicoba

2ª TURMA

Terceira Câmara

Des. Helcio Dantas Lobo Junior
(Presidente da Turma e da 3ª Câmara)
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla
Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. José Carlos Ábile

Quarta Câmara

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

3ª TURMA

Quinta Câmara

Des. Maria Madalena de Oliveira
(Presidente da Turma e da 5ª Câmara)
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Gisela Rodrigues Magalhães
de Araujo e Moraes
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann

Sexta Câmara

Des. Henrique Damiano
(Presidente da 6ª Câmara)
Des. Francisco Alberto da Motta
Peixoto Giordani
Des. Fábio Allegretti Cooper
Des. Jorge Luiz Costa
Des. Rosemeire Uehara Tanaka

4ª TURMA

Sétima Câmara

Des. Manuel Soares Ferreira Carradita
(Presidente da 7ª Câmara)
Des. Roberto Nóbrega de Almeida Filho
Des. Carlos Augusto Escanfella
Des. Carlos Alberto Bosco
Des. Luciane Storel da Silva

Oitava Câmara

Des. Claudinei Zapata Marques
(Presidente da Turma e da 8ª Câmara)
Des. José Pedro de Camargo Rodrigues
de Souza
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Thomas Malm
Des. Erodite Ribeiro dos Santos
De Biasi

5ª TURMA**Nona Câmara**

Des. Thelma Helena Monteiro
de Toledo Vieira
(Presidente da Turma e da 9ª Câmara)
Des. Luiz Antonio Lazarim
Des. José Pitas
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Maria Inês Corrêa de Cerqueira
César Targa

Décima Câmara

Des. Fabio Grasselli
(Presidente da 10ª Câmara)
Des. Fernando da Silva Borges
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Ricardo Regis Laraia

6ª TURMA**Décima Primeira Câmara**

Des. João Batista Martins César
(Presidente da Turma e da 11ª Câmara)
Des. Antonio Francisco Montanagna
Des. Eder Sivers
Des. Luiz Felipe Paim da Luz
Bruno Lobo
Des. Luis Henrique Rafael

JUÍZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO

(em 7.3.2017)

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Paulo Augusto Ferreira	Batatais	Marcelo Carlos Ferreira	Salto
Jorge Luiz Souto Maior	3ª Jundiaí	Renê Jean Marchi Filho	1ª Sertãozinho
João Batista da Silva	2ª Taubaté	José Roberto Thomazi	1ª Jaú
Orlando Amâncio Taveira	Caçapava	Hamilton Luiz Scarabelim	1ª Jundiaí
Keila Nogueira Silva	2ª Marília	Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva
Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim	Campo Limpo Paulista	Jaide Souza Rizzo	Itapetininga
Mari Angela Pelegrini	Rancharia	André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas
Maria da Graça Bonança Barbosa	5ª São José dos Campos	Luiz Antonio Zanqueta	Lins
Eliane de Carvalho Costa Ribeiro	2ª Campinas	Luciana Moro Loureiro	Leme
Renan Ravel Rodrigues Fagundes	Santa Bárbara D'Oeste	Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto
Andrea Guelfi Cunha	4ª Jundiaí	Robson Adilson de Moraes	5ª Campinas
Edna Pedroso Romanini	2ª Jundiaí	Dora Rossi Góes Sanches	2ª Jacaréí
Regina Dirce Gago de Faria Monegatto	Atibaia	José Antonio Ribeiro de Oliveira Silva	6ª Ribeirão Preto
Hélio Grasselli	1ª São José do Rio Preto	Flávio Landi	Itapira
Marcelo Garcia Nunes	4ª São José dos Campos	Marina de Siqueira Ferreira Zerbinatti	3ª Campinas
Marcos da Silva Pôrto	5ª Ribeirão Preto	Renato de Carvalho Guedes	1ª Limeira
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	10ª Campinas	Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba
Adriene Sidnei de Moura David Diamantino	2ª Piracicaba	Inez Maria Jantália	Itanhaém
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto	Eliana dos Santos Alves Nogueira	2ª Franca
Margarete Aparecida Gulmaneli Solcia	2ª Catanduva	Sandra De Poli	1ª Jacaréí
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos	Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté
Ana Cláudia Torres Vianna	6ª Campinas	Rosana Fantini	8ª Campinas
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi	Renata dos Reis D'Ávilla Calil	Capivari
Cinthia Maria da Fonseca Espada	Garça	Juliana Benatti	7ª Campinas
Mônica Aiex	1ª Marília	Luciana Nasr	4ª Campinas
Renato Henry Sant'Anna	1ª Ribeirão Preto	Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	1ª Bauru
Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas	Alexandre Vieira dos Anjos	São José do Rio Pardo
Adelina Maria do Prado Ferreira	Avaré	Gisele Pasotti Fernandes Flora Pinto	2ª Bauru
Regiane Cecília Lizi	Pederneiras	Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
Maria de Fátima Vianna Coelho	9ª Campinas	Fernanda Cavalcanti Varzim Gaetano	Bebedouro
Cláudia Cunha Marchetti	2ª Paulínia	Maria Cristina Brizotti Zamunér	1ª Sorocaba
Olga Regiane Pilegis	11ª Campinas	Mauro César Luna Rossi	Capão Bonito
Julio César Roda	Araras	Walter Gonçalves	3ª Sorocaba
Jorge Antonio dos Santos Cota	Itatiba	José Guido Teixeira Júnior	Itararé
Tárcio José Vidotti	4ª Ribeirão Preto	Kátia Liriam Pasquini Braiani	2ª Presidente Prudente
Oséas Pereira Lopes Junior	1ª Paulínia	Cristiane Montenegro Rondelli	2ª Americana
Walney Quadros Costa	2ª Ribeirão Preto	André Luiz Alves	3ª Bauru
Ronaldo Oliveira Siandela	Piedade	Leandra da Silva Guimarães	Amparo
Wilson Pocidonio da Silva	Bragança Paulista	Patrícia Glugovskis Penna Martins	Mogi Mirim
Levi Rosa Tomé	Itu	Lúcia Zimmermann	São Sebastião
Marcos Antonio de Souza Branco	1ª Assis	Luís Rodrigo Fernandes Braga	2ª Limeira
Maurício Takao Fuzita	3ª Araçatuba	Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues	Sumaré
Luís Fernando Lupato	Ubatuba	Adriana Fonseca Perin	2ª São José do Rio Preto
Amauri Vieira Barbosa	Cajuru	Ana Paula Alvarenga Martins	1ª Americana
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho	Evandro Eduardo Maglio	Mococa
André da Cruz e Souza Wenzel	Aparecida	Júlio César Trevisan Rodrigues	4ª São José do Rio Preto
Sérgio Milito Barêa	Taquaritinga	Pedro Marcos Olivier Sanzovo	Tupã
José Roberto Dantas Oliva	1ª Presidente Prudente	Alexandre Garcia Muller	2ª Lençóis Paulista

Nome	Vara do Trabalho	Nome	Vara do Trabalho
Arilda Cristiane Silva de Paula Calixto	Cravinhos	Fernanda Cristina de Moraes Fonseca	Santa Cruz do Rio Pardo
Cássia Regina Ramos Fernandes	1ª São José dos Campos	Daniela Macia Ferraz Giannini	Rio Claro
Júlio César Marin do Carmo	4ª Bauru	Marcelo Bueno Pallone	Registro
José Eduardo Bueno de Assumpção	Pirassununga	Renato César Trevisani	Ituverava
Denise Ferreira Bartolomucci	2ª São José dos Campos	Henrique Macedo Hinz	Tietê
Andréia de Oliveira	Guaratinguetá	Wilson Cândido da Silva	Lorena
Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan	Indaiatuba	Decio Umberto Matoso Rodovalho	Mogi Guaçu
Alessandro Tristão	Fernandópolis	Azael Moura Junior	Tatuí
Alvaro dos Santos	Hortolândia	Cleber Antonio Grava Pinto	Penápolis
Sandro Valério Bodo	Botucatu	Afrânio Flora Pinto	Itápolis
Nelma Pedrosa Godoy Sant'Anna Ferreira	Presidente Venceslau	Rosana Alves Siscari	Porto Ferreira
Marcus Menezes Barberino Mendes	São Roque	Ana Paula Silva Campos Miskulin	José Bonifácio
Gislene Aparecida Sanches	Pindamonhangaba	Rodarte Ribeiro	Barretos
Adhemar Prisco da Cunha Neto	1ª Araçatuba	Mauricio de Almeida	2ª de Jaú
Tânia Aparecida Claro	Cruzeiro	Ana Lucia Cogo Casari Castanho Ferreira	1ª Araraquara
Alcione Maria dos Santos Costa Gonçalves	2ª Araçatuba	Alexandre Alliprandino Medeiros	2ª Araraquara
Pedro Edmilson Pilon	1ª Lençóis Paulista	João Baptista Cilli Filho	3ª Araraquara
Valdir Rinaldi Silva	4ª Sorocaba	Rodrigo Penha Machado	1ª Jaboticabal
Isabela Tófano de Campos Leite Pereira	3ª Piracicaba	Marcelo Siqueira de Oliveira	Ourinhos
Renato da Fonseca Janon	2ª São Carlos	Candy Florencio Thomé	2ª Sorocaba
Márcia Cristina Sampaio Mendes	Orlândia	Sandra Maria Zironi	Jales
Kathleen Mecchi Zarins Stamato	São João da Boa Vista	Conceição Aparecida Rocha de Petribu Faria	1ª São Carlos
Andréia Alves de Oliveira Gomide	São Joaquim da Barra	Cecy Yara Tricca de Oliveira	2ª Assis
José Antônio Gomes de Oliveira	Votuporanga	Lucineide Almeida de Lima Marques	2ª Jaboticabal
Valéria Cândido Peres	Caraguatatuba	Elen Zoraide Módolo Jucá	Dracena
Daniela Renata Rezende Ferreira Borges	Olimpia	Teresa Cristina Pedrasi	Birigüi
Alan Cezar Runho	Matão	Manoel Luiz Costa Penido	Teodoro Sampaio
Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Adamantina		

JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

(em 7.3.2017)

<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>	<u>Nome</u>	<u>Circunscrição</u>
Paulo César dos Santos	São José dos Campos	Rogério Princivalli da Costa Campos	São José dos Campos
Fernando Lucas U. Martins dos Santos	São José do Rio Preto	Paulo Eduardo Belloti	Sorocaba
Mônica M. Barretto Volasco Foschi	Ribeirão Preto	Roberto dos Santos Soares	São José dos Campos
Antonia Rita Bonardo	Campinas	Sérgio Polastro Ribeiro	Bauru
Marcos Roberto Wolfgang	Bauru	Rosana Nubiato Leão	Araçatuba
Carlos Eduardo Vianna Mendes	São José dos Campos	Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto	Rodrigo Adelio Abrahão Linares	São José dos Campos
Ana Maria Eduardo da Silva	Sorocaba	Paulo Henrique Coiado Martinez	Bauru
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente	Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto
Regina Rodrigues Urbano	Campinas	Mércio Hideyoshi Sato	Campinas
Paulo B. C. de Almeida Prado Bauer	Bauru	Camila Moura de Carvalho	Campinas
Déborah Beatriz O. Inocêncio Nagy	Sorocaba	Alexandre Klimas	São José dos Campos
Diovana Bethânia O. Inocêncio Fabreti	Sorocaba	Siumara Junqueira de Oliveira	São José dos Campos
Priscila de Freitas Cassiano Nunes	São José dos Campos	Carlos Alberto Frigieri	Ribeirão Preto
Ana Flávia de Moraes Garcia Cuesta	Campinas	Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas
Ana Maria Garcia	Ribeirão Preto	Camila Ceroni Scarabelli	Campinas
José Antonio Dosualdo	Campinas	Thiago Henrique Ament	Campinas
Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	Araçatuba	Fábio Natali Costa	Ribeirão Preto
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba	Newton Cunha de Sena	Campinas
Flávio Henrique Garcia Coelho	Bauru	Polyanna Sampaio C. da Silva Santos	Ribeirão Preto
Andréa Maria Pfrimer Falcão	Ribeirão Preto	Amanda Barbosa	Ribeirão Preto
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto	Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto
Maria Flávia R. de Oliveira Alaite	Campinas	Arthur Albertin Neto	Araçatuba
Sidney Xavier Rovida	Araçatuba	Marcelo Chaim Chohfi	Campinas
Wellington Amadeu	Campinas	Patricia Maeda	Campinas
Carlos Roberto F. de Oliveira Silva	Bauru	Edson da Silva Junior	Bauru
João Dionisio Viveiros Teixeira	Campinas	Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto
Débora Wust de Proença	São José dos Campos	Mariângela Fonseca	Bauru
Marco Antonio Folegatti de Rezende	São José dos Campos	Luciano Brisola	Sorocaba
Carmen Lucia Couto Taube	São José dos Campos	Rogério José Perrud	Presidente Prudente
João Batista de Abreu	São José dos Campos	Josué Cecato	Bauru
Clóvis Victório Júnior	Araçatuba	Rafael Marques de Setta	Campinas
André Luiz Menezes Azevedo Sette	Campinas	Érica Escarassatte	Campinas
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas	Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas	Ricardo Luís da Silva	Sorocaba
Lenita Aparecida Pereira Corbanezi	Campinas	Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas
Christina Feuerharmel Vellozo	Campinas	Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas
Maurício Matsushima Teixeira	São José dos Campos	Andréia Nogueira Rossilho de Lima	Presidente Prudente
Solange Denise Belchior Santaella	Campinas	Ana Missiato de Barros Pimentel	Campinas
Ronaldo Capelari	Campinas	Luís Furian Zorzetto	São José do Rio Preto
Maurício Bearzotti de Souza	Campinas	Patricia Juliana Marchi Alves	Campinas
Salete Yoshie Honma Barreira	Campinas	Cristiane Souza de Castro Toledo	Campinas
Vinicius Magalhães Casagrande	Sorocaba	Luiz Roberto L. dos Santos Filho	Ribeirão Preto
Aparecido Batista de Oliveira	São José dos Campos	Lays Cristina de Cunto	Campinas
André Luiz Tavares de Castro Pereira	Campinas	Vanessa Cristina Pereira Salomão	Campinas
Leticia Gouveia Antonioli	Campinas	Liana Maria Freitas de Sá Cavalcante	Campinas
Antonio Carlos C. de Oliveira	Araçatuba	Maria Lúcia Ribeiro Morando	São José dos Campos
Mauro César Moreli	São José do Rio Preto	Vanessa Maria S. Villanova Matos	Presidente Prudente
Ricardo Luís Valentini	Ribeirão Preto	Caio Rodrigues Martins Passos	Campinas

Nome	Circunscrição	Nome	Circunscrição
Roberta Confetti Gatsios Amstalden	Ribeirão Preto	Fernanda Frare Ribeiro	Campinas
Fernanda Amabile M. de S. Gomes	São José do Rio Preto	Mariana Cavarra Bortolon Varejão	Campinas
Natália Scassiotta Neves Antoniassi	Campinas	Carolina Popoff Ferreira da Costa	Sorocaba
Francieli Pissoli	Ribeirão Preto	Michele do Amaral	Campinas
Zilah Ramires Ferreira	Bauru	José Bispo dos Santos	São José do Rio Preto
Andressa Venturi da Cunha Weber	Ribeirão Preto	Mila Malucelli Araujo	Ribeirão Preto
Elias Terukiyo Kubo	São José dos Campos	Marcel de Avila Soares Marques	São José do Rio Preto
Sofia Lima Dutra	Campinas	Maurício Brandão de Andrade	São José do Rio Preto
Gothardo R. Backx Van Buggenhout	São José dos Campos	Alexandre Franco Vieira	Presidente Prudente
Luciene Pereira Scandiuci Ridolfo	Campinas	Pedro Henrique B. S. de Oliveira	Ribeirão Preto
Alessandra Regina Trevisan Lambert	Campinas	Mouzart Luis Silva Brenes	Presidente Prudente
Breno Ortiz Tavares Costa	Bauru	Eduardo Costa Gonzales	Araçatuba
Cláudia Bueno Rocha Chiuzuli	Ribeirão Preto	Érika de Franceschi	Campinas
Danielle Guerra Florentino Lopes	São José dos Campos	Érika Rodrigues Pedreus	Presidente Prudente
Erika Ferrari Zanella	Ribeirão Preto	José Rodrigues da Silva Neto	São José do Rio Preto
Luciane Cristina Muraro de Freitas	Campinas	Leticia Helena Juiz de Souza	Ribeirão Preto
Pablo Souza Rocha	Campinas	Rodrigo Fernando Sanitá	São José do Rio Preto
Karine Vaz de Melo Mattos Abreu	Campinas	Ricardo Philipe dos Santos	São José do Rio Preto
Reginaldo Lourenço Pierrotti Junior	São José dos Campos	Edma Alves Moreira	Bauru
Daniele Comin Martins	Bauru	Otávio Lucas de Araújo Rangel	Ribeirão Preto
Gustavo Triandafelides Balthazar	Campinas	Marcio Cavalcanti Camelo	Ribeirão Preto
Anderson Relva Rosa	Campinas	Virgilio de Paula Bassanelli	São José do Rio Preto
Régis Antônio Bersanin Niedo	Presidente Prudente	Eduardo Alexandre da Silva	Campinas
Bárbara Baldani Fernandes Nunes	Presidente Prudente	Taísa Magalhães de Oliveira Santana Mendes	Campinas
Rosilene da Silva Nascimento	Ribeirão Preto	Flavia Farias de Arruda Corseuil	Campinas
Karine da Justa Teixeira Rocha	Campinas	Bruno da Costa Rodrigues	Campinas
Eliete Thomazini Pala	Araçatuba	Roselene Aparecida Taveira	Campinas
Adriel Pontes de Oliveira	Ribeirão Preto	Francina Nunes da Costa	São José dos Campos
Mônica Rodrigues Carvalho Rossi	Ribeirão Preto	Rômulo Tozzo Techio	Bauru
Vinicius de Miranda Taveira	Campinas	Jeferson Peyerl	Bauru
Camila Ximenes Coimbra	Campinas	Vilson Antonio Previde	Campinas
Renato Clemente Pereira	Bauru	Paula Araújo Oliveira Levy	Campinas
Veranici Aparecida Ferreira	Campinas	Daniel Rezende Faria	Ribeirão Preto
Leandro Renato Cotelan Encinas	São José do Rio Preto	Tábata Gomes Macedo de Leitão	Araçatuba
Karina Suemi Kashima	Ribeirão Preto	Fernanda Constantino de Campos	Campinas
Carolina Sferra Croffi	Campinas	Fabio Trifatis Vitale	Campinas
Renata Carolina Carbone Stamponi	Bauru	Cristiane Helena Pontes	Campinas
José Augusto de A. P. F. de Castilho	Bauru	Rinaldo Soldan Joazeiro	São José do Rio Preto
Bruna Müller Stravinski	Campinas	Francisco Duarte Conte	Sorocaba
Gustavo Zabeu Vasen	Campinas	Gilvandro de Leis Oliveira	Ribeirão Preto
Adriane da Silva Martins	Sorocaba	Ricardo Henrique Botega de Mesquita	Ribeirão Preto
Christophe Gomes de Oliveira	São José do Rio Preto	Priscila Pivi de Almeida	Campinas
Amanda Sarmento Gakiya	Ribeirão Preto	Elise Gasparotto de Lima	Araçatuba
Renata Mendes Cardoso de Castro Pereira	Campinas	Luciene Tavares Teixeira	Campinas
Cauê Brambilla da Silva	São José do Rio Preto	Rebeca Sabioni Stopatto	Campinas
Ana Paula Sartorelli Brancaccio	Sorocaba	Cristiane Barbosa Kunz	Presidente Prudente
Paula Rodrigues de Araujo Lenza	Ribeirão Preto	Ananda Tostes Isoni	Bauru
Daniele Fernandes dos Santos	Campinas	Carlos Eduardo Andrade Gratão	Bauru
Rafael de Almeida Martins	Campinas	Lucas Freitas dos Santos	Ribeirão Preto
Fábio Camera Capone	Campinas	Camila Trindade Valio Machado	Ribeirão Preto
César Reinaldo Offa Basile	Campinas	Gabriel Calvet de Almeida	Bauru
Iuri Pereira Pinheiro	Sorocaba	Carolina Ferreira Trevizani	Campinas
Lady Ane de Paula S. Della Rocca	Ribeirão Preto	Everton Vinicius da Silva	Bauru
Gustavo Naves Guimarães	Sorocaba	Paula Cristina Caetano da Silva	Campinas
Juliana Martins Barbosa	São José dos Campos	Lucas Falasqui Cordeiro	Sem circunscrição
Guilherme Camurça Filgueira	Sorocaba	Sandro Matucci	Sem circunscrição
Bernardo Moré Frigeri	São José dos Campos	Bruno Furtado Silveira	Sem circunscrição
Fred Morales Lima	Ribeirão Preto	Camila Tesser Wilhelms	Sem circunscrição
Rodrigo de Mattos Takayassu	Ribeirão Preto	Jorge Batalha Leite	Sem circunscrição

SUMÁRIO

EDITORIAL

SEÇÃO ESPECIAL

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO	23
BORGES, Fernando da Silva	

ARTIGOS

Doutrina Nacional

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: forma de aplicação no direito processual do trabalho	37
MIESSA, Élisson	
ASSÉDIO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: breves considerações	77
FELICIANO, Guilherme Guimarães	
A APLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 523, § 1º, DO NCPC (ART. 475-J DO CPC/1973) AO PROCESSO DO TRABALHO	127
SANTOS, Enoque Ribeiro dos; PINTO, Melina Silva	
A APLICAÇÃO IMEDIATA (OU NÃO) DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PARA O EMPREGADO VIGILANTE.....	137
BACCHI, Rodolpho César Aquilino	
SÚMULAS, CRISE E ORDEM CONSTITUCIONAL: alguns elementos para debate	151
SEVERO, Valdete Souto	
<i>BLUEWASHING</i> , DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS E PROPAGANDA ENGANOSA.....	165
WAKAHARA, Roberto	

Doutrina Internacional

NOTAS SOBRE EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE
LA NEGOCIACIÓN Y EL CONVENIO COLECTIVO.....179
GARMENDIA ARIGÓN, Mario

UNA VISIÓN DE LA 105ª CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL
TRABAJO OIT (Mayo 30 a Junio 12 de 2016)197
MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa

Trabalho do Meio Científico

A APLICABILIDADE DA NORMA REGULAMENTADORA N. 31 EM
RELAÇÃO AO USO DE AGROTÓXICOS E DOS EQUIPAMENTOS
DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPIS).....215
FIGUEIREDO, Ana Meire Coelho; HENRIQUES, Ana Lúcia Magano

JURISPRUDÊNCIA

Seção de Dissídios Coletivos.....247
Direito Material249
Direito Processual.....265
Direito Rural277
Execução.....279
Súmulas281
Teses Prevalentes.....287

ATOS NORMATIVOS

Atos Normativos291

ÍNDICE

Ementário297
Onomástico307

Normas para Submissão e Publicação313

EDITORIAL

Prosseguindo em seu propósito de difundir e consolidar o pensamento jurídico laboral nacional, especialmente naquilo que se refere ao âmbito jurisdicional abrangido pela nossa Corte, a Escola Judicial tem a grande satisfação de trazer para exame do leitor a Revista n. 50 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

O volume que ora se apresenta possui, fundamentalmente, uma **tríplice dimensão**, a saber: **a)** político-institucional; **b)** doutrinária-dogmática; **c)** jurisprudencial-pragmática.

A primeira dimensão está representada pelo encarte do inteiro teor do discurso de posse externado pelo Desembargador Fernando da Silva Borges, atual Presidente do TRT-15. Ali, S. Exa. traz um importante retrato do momento vivido pelo Direito e pela Justiça do Trabalho, todo ele permeado por retaliações de índole ideológica, proveniente de setores que, em pleno Século XXI, se recusam a aceitar que nenhuma sociedade poderá ser considerada digna desse nome sem que nela transpareça um **equilíbrio mínimo** no âmbito das **relações de trabalho**. Trata-se, portanto, de uma fala que, para além de assinalar o fim de uma gestão e o início de outra, documenta uma **faceta singular** da história do país, deixando registrado algo muito importante para as gerações futuras: a constatação de que, no Brasil, em 2016, ainda existia, em cargos ou posições relevantes da República, quem pensasse ser o **trabalho humano** uma **simples mercadoria**, e nada mais do que isso.

A segunda dimensão traz as sempre imprescindíveis colaborações de cunho **acadêmico** ou **científico**, abrangendo tanto a realidade jurídica nacional quanto estrangeira. Os temas nela focados se reportam a questões relevantes sob o prisma do ordenamento instrumental (incidente de desconsideração da personalidade jurídica, inversão do ônus da prova, aplicação de multa processual), da função ou papel contextual do Poder Judiciário (na perspectiva da uniformização jurisprudencial sumulada), da ética empresarial (*bluwashing*), do meio ambiente laboral (incidência temporal do adicional de periculosidade e a utilização de equipamentos de proteção no meio rural), da evolução da norma jurídica de natureza sindical e da atividade recente da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Por fim, a terceira dimensão incorpora a visão **prática ou aplicada** do direito processual e material do trabalho tal qual materializada na jurisprudência recente do nosso Tribunal, aspecto sempre fundamental pelo só fato de, quando mais não seja, tratar-se de uma irrefragável **fonte indireta** do ordenamento positivo.

Confiando, assim, haver cumprido mais uma etapa em nossa **missão periódica** de **informar** e **divulgar** com **qualidade**, desejamos, a todos, uma boa e proveitosa leitura.

Manoel Carlos Toledo Filho,
Diretor da EJUD-15



SEÇÃO ESPECIAL

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*

BORGES, Fernando da Silva**

Boa noite a todos!

Excelentíssimo Senhor Ministro Renato de Lacerda Paiva, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, que neste ato representa a Presidência do Tribunal Superior do Trabalho;

Excelentíssimo Desembargador João Batista Brito Pereira, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, que nos honra com a sua presença;

Excelentíssimo Senhor James Magno Araújo Farias, Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região e do Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho, na pessoa de quem saúdo todos os Presidentes de Regionais aqui presentes e seus representantes;

Excelentíssimo Senhor Paulo Dimas de Bellis Mascaretti, Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que também muito nos honra com a sua presença. Saúdo na pessoa de Vossa Excelência todos os magistrados estaduais aqui presentes;

Doutor Marcos da Costa, Presidente da Seção São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, muita honra em recebê-lo, na pessoa de quem saúdo todos os senhores advogados e advogadas aqui presentes;

Excelentíssimo Senhor Eduardo Luís Amgarten, procurador chefe do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região, na pessoa de quem saúdo todos os senhores Procuradores e Membros do Ministério Público presentes;

Excelentíssimo Senhor Henrique Magalhães Teixeira, digno Vice-prefeito de Campinas, na pessoa de quem saúdo todos os integrantes do Poder Executivo presentes nesta solenidade;

Excelentíssimo Senhor Luiz Lauro Filho, Deputado Federal, na pessoa de quem saúdo todos os membros do Legislativo aqui presentes;

Excelentíssimo Senhor Luís Rodrigo Fernandes Braga, Juiz Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª

*Solenidade de posse da nova Direção, na sede do TRT 15ª Região. Campinas, 9.12.2016.

**Desembargador do Trabalho do TRT da 15ª Região.

Região, a nossa Amatra XV, na pessoa de quem saúdo todos os colegas aqui presentes, magistrados da nossa Região;

Doutor Paulo Vibrio Júnior, Delegado chefe da Polícia Federal em Campinas, na pessoa de quem saúdo todas as autoridades policiais civis aqui presentes;

Também quero saudar os representantes de entidades sindicais;

Caríssimos servidores da Justiça do Trabalho;

Queridos familiares e amigos aqui presentes;

Senhoras e senhores.

Neste ano de 2016, quando este Tribunal completa 30 anos de existência, assumo, com extrema honra, a Presidência desta Corte.

Início agradecendo aos meus ilustres colegas, os Desembargadores e Desembargadoras que compõem este Tribunal, pela confiança em mim depositada ao me elegerem para o exercício desta desafiadora missão.

Tudo farei para bem exercê-la.

A minha vida profissional tem nome e sobrenome: chama-se JUSTIÇA DO TRABALHO.

São 38 anos de atuação ininterrupta, 8 anos como servidor e 30 anos como magistrado, que me trouxeram a exata dimensão da importância deste ramo do Poder Judiciário para a implementação da justiça social no nosso país.

Se aqui cheguei, ao honroso cargo de Presidente do segundo maior Tribunal Trabalhista do país, devo agradecer a todos aqueles que contribuíram decisivamente para isso.

Em primeiro lugar à Providência Divina, por me conceder a bênção da vida, com a saúde, a força e a disposição necessárias para vencer os obstáculos e as dificuldades inerentes à existência de todo ser humano. À minha amada família, o verdadeiro porto seguro da nossa existência; à minha querida esposa Daisy, companheira de todas as horas, pelo amor, pelo apoio, pela compreensão e pelo incentivo permanentes; aos meus filhos queridos, e os nomino por ordem de chegada, Marcus Vinicius, Maria Fernanda e Pedro Henrique, por tantos momentos de alegria e de celebração do amor e do afeto;

À minha querida mãe, cuja condição de saúde a impede de aqui estar presente; aos meus familiares que já deixaram este plano e que tanto apoio me ofereceram;

Agradeço aos meus amigos e colegas de trabalho, desde o período em que atuei como servidor, pela amizade e pela colaboração; aos meus colegas e amigos da magistratura, pelo aprendizado que me proporcionaram, e continuam me proporcionando, ao longo da carreira;

Aos amigos de todas as épocas, muitos aqui presentes para a minha grande alegria, sem os quais a vida perderia muito do seu brilho;

Aos dedicados servidores que me acompanharam em toda a carreira, desde a primeira Instância, e que sempre ofereceram a indispensável estrutura de apoio para o enfrentamento dessa enorme carga de trabalho à qual somos submetidos, e que continua sempre em ascensão.

Enfim, minha eterna gratidão a todos os amigos e companheiros de jornada.

Me dirijo agora aos ilustres Desembargadores que estão concluindo os seus mandatos. A todos eles, peço que me permitam parabenizá-los pela excelente gestão na pessoa do Presidente Lorival Ferreira dos Santos, meu amigo-irmão, cuja amizade remonta a período anterior ao nosso ingresso na magistratura, um Presidente que bem revela o espírito da administração que se despede. Uma administração que demonstrou firmeza e determinação no enfrentamento dos problemas que se apresentaram que, como sabemos, foram inúmeros, especialmente na questão orçamentária, conseguindo atravessar com galhardia as águas turbulentas dessas dificuldades.

O Desembargador Lorival, com sua inegável liderança, também elevou o nome deste Tribunal no cenário nacional ao presidir, com retumbante sucesso, e sou testemunha disso, o Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país, como também atuou com muita disposição durante o seu mandato em defesa das minorias e daqueles segmentos mais carentes da sociedade. E ao falar em liderança, lembramos das palavras de William G. Ward, quando afirmou: “Há os que se queixam do vento; há os que esperam que ele mude; há os que procuram ajustar as velas”. O Desembargador Lorival está inserido, sem dúvida, entre aqueles que ajustam as velas, especialmente quando enfrentou fortes tempestades, tanto aquelas no âmbito regional, quanto as ocorridas no cenário nacional, com muita galhardia.

Prezado Lorival, meu eterno reconhecimento pelo seu trabalho como magistrado e como administrador deste tribunal!

Parabéns, meu amigo!

Dirijo-me agora aos meus colegas da nova administração: Helena Rosa Mônaco, Vice-Presidente Administrativa; Edmundo Fraga Lopes, Vice-Presidente Judicial; Samuel Hugo Lima, Corregedor Regional, Susana Santiso, Vice-Corregedora; Manoel Carlos Toledo Filho, Diretor da Escola Judicial; Ana Paula Lockmann, Vice-Diretora; Ana Amarylis de Oliveira Gulla, Ouvidora e Edison Pelegrini, Vice-Ouvidor.

É uma imensa satisfação contar com a colaboração de um grupo de colegas tão competentes e comprometidos com a causa da Justiça, para administrar este Tribunal.

Temos, sem dúvida, um imenso desafio pela frente. Atender a uma demanda crescente de ações, decorrentes dos altíssimos índices

de desemprego, com redução do orçamento e com uma carência enorme de servidores.

Para que tenham uma dimensão dessa carência de recursos humanos, menciono a correição aqui realizada no último mês de setembro pelo ilustre Ministro Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho, Ministro Renato de Lacerda Paiva, que muito nos honra com a sua presença nesta solenidade, quando reconheceu e fez consignar em Ata que este Tribunal conta com cerca de 3.900 servidores em suas duas Instâncias, quando necessitaria de pelo menos 6.400 para atender a demanda, ou seja, uma carência de 2.500 servidores. E vejam que não há qualquer perspectiva de criação de cargos no curto prazo!

Como dizem alguns colegas, em tom de brincadeira, estamos a enfrentar uma “tempestade perfeita”. Todavia, jamais devemos esmorecer diante das dificuldades. Ao contrário, os desafios devem servir como estímulos a serem vencidos!

Precisamos, acima de tudo, ser criativos. Investir cada vez mais na gestão da administração pública. Fazer mais com menos!

Continuar investindo em métodos alternativos de solução dos conflitos, como os centros de conciliação, que tanto sucesso alcançaram nesta gestão que se finda. Aqui já bem colocado pelo Desembargador Lorival ao tecer merecidíssimos elogios à Desembargadora Gisela, à Desembargadora Maria Inês e à Juíza Andrea Guelfi pelo trabalho impressionante que fizeram.

A unificação da jurisprudência, que está em franco crescimento, também pode levar à agilização no julgamento dos recursos, podendo ser tomadas decisões no segundo grau de forma monocrática, e assim agilizar a sua solução.

Enfim, devemos ser criativos e ativos para esse enfrentamento.

Como sabemos, a crise afeta quase todos, mas atinge especialmente aqueles que dependem do seu emprego para sobreviver. E temos a missão de dar resposta rápida aos que nos procuram para a solução dos seus conflitos jurídicos.

Contudo, estou certo que todos os colegas da nova administração, comprometidos que são com a causa da Justiça, se dedicarão com muito afinco às suas respectivas áreas de atuação, almejando sempre o melhor atendimento aos nossos jurisdicionados.

Contem com o apoio da Presidência naquilo que for possível realizar.

Desejo pleno sucesso a todos!

Pois bem, meus amigos. Uma solenidade dessa natureza, para além dos necessários e merecidos agradecimentos, suscita algumas reflexões, pois essa é também uma ocasião para, ainda que de forma superficial, avaliar a conjuntura atual, na qual se inserem os Direitos Sociais.

Aqui, em parte, o assunto já foi referido pelo colega Lorival e por outros oradores, mas a situação atual do país e a crise que nos afeta,

e o risco que corremos em determinadas decisões, nós temos que insistir no assunto.

Ocorre que algumas vezes os problemas atuais apenas podem ser devidamente compreendidos focando o olhar no passado.

Vejamos o seguinte trecho de um Editorial publicado na imprensa¹:

[...] Devemos desconfiar destes pseudo-liberais que, tratando de legislar, enxergam sempre nas mais graves questões sociais **somente o lado humanitário**. São comunistas que trazem ao seio da sociedade o veneno fatal das suas ideias.

Hoje, querem esbulhar-nos desta propriedade porque é desumana.

Amanhã, por caridade, nos obrigarão a vestir os proletários.

Depois lembrar-se-ão, por equidade, da distribuição da terra. E, afinal, levarão a nação com a sua mal entendida filantropia à anarquia, à dissolução. (O PAIZ, 1881, p. 82).

Este é um trecho do editorial do jornal **O PAIZ**, publicado em 7 de maio de 1881, um diário fundado na segunda metade do Século XIX, de grande circulação à época no Rio de Janeiro.

E ali a referência é clara.

Trata-se de uma crítica ao movimento abolicionista, uma crítica aguda àqueles que defendiam que o ser humano não podia ser objeto de propriedade. O movimento, como a história nos conta, logrou a eliminação da escravidão alguns anos depois, pelo menos no **plano jurídico**, por intermédio da Lei Imperial n. 3.353, a conhecida **Lei Áurea**, sancionada em 13 de maio de 1888.

Recentemente, guardadas evidentemente as devidas proporções, editoriais e articulistas têm inundado os meios de comunicação com críticas à legislação social do nosso país.

Como diria Mário Quintana, “o passado não reconhece o seu lugar: está sempre presente”.

Um passado que está presente, porque a **exploração do homem pelo homem**, independentemente da roupagem que se utilize para a **coisificação do ser humano**, ainda permeia o estágio contemporâneo da evolução da humanidade.

¹O PAIZ. Editorial. Citado por PEREIRA, Marcos Aurélio Santos. Os Defensores do Escravismo na Imprensa Ludovicense (1881-1888), **Outros Tempos**, v. 1 esp., 2007, p. 77-97, ISSN 1808-8031. Disponível em: <http://www.outrostempos.uema.br/OJS/index.php/outros_tempos_uema/article/view/362/298>.

E faço essa afirmação baseado em fatos.

Vejam: segundo dados fornecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, nos últimos 20 anos foram resgatados aproximadamente 50 mil trabalhadores em situação análoga à de escravos. **Atualmente**, em pleno Século XXI, mais de três milhões e trezentas mil crianças e adolescentes são explorados pelo trabalho infantil em nosso país. O Brasil é o quarto país do mundo em acidentes fatais de trabalho, adicionando, **anualmente**, mais de 700 mil brasileiros e brasileiras a uma triste e vergonhosa legião de mutilados.

Nesse verdadeiro campo de batalha, o Direito do Trabalho e a Justiça do Trabalho têm papéis claros e importantes.

Tanto o Direito, na dimensão jurídica, como o Poder Judiciário Trabalhista, no âmbito jurisdicional, têm a missão constitucional de assegurar ao cidadão os seus **direitos fundamentais**, garantindo a **inclusão social** e a preservação da **dignidade da pessoa humana**.

Mas não é só.

Devem também atuar com respeito à **ordem econômica nacional**, que é fundada na **valorização do trabalho humano**, justamente para propiciar a todos uma **existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**.

Isto não é nenhuma novidade. Todos esses Direitos Fundamentais do Cidadão, como sabemos, estão expressos na nossa Constituição Federal.

Portanto, no cumprimento desse papel constitucional, não é surpresa que a Justiça do Trabalho depare-se cotidianamente com “o passado que não reconhece o seu lugar”.

A coisificação do ser humano, lamentavelmente, ainda é defendida por aqueles que cultuam acima de tudo a **monetização da vida, e colocam o seu semelhante em segundo plano**.

Como dizia Keynes, “a verdadeira dificuldade não está em aceitar ideias novas, mas escapar das antigas”.

Assim, não nos enganemos. É essa dificuldade que delineia a estratégia daqueles que agridem a Justiça do Trabalho. Uma estratégia que busca afastá-la do cumprimento do extraordinário papel constitucional que lhe foi confiado.

As ferramentas para minar a efetivação desse papel constitucional são diversas e às vezes perversas. Entre elas, não se pode deixar de lembrar, mais uma vez, o discriminatório e espantoso corte orçamentário sofrido pela Justiça do Trabalho no ano em curso. Um ataque proposital e claramente desproporcional (alcançou 30% nas verbas de custeio e incríveis 90% no investimento). Isso sem computar a inflação do período, que ultrapassou a marca dos 10%.

Todavia, esse ataque não alcançou o objetivo almejado, na medida em que essa investida **não foi exitosa no intento de impedir a regular**

prestação jurisdicional por parte da Justiça do Trabalho. Subestimou-se a **resiliência desse ramo do Poder Judiciário**. Subestimou-se o **comprometimento e a dedicação das pessoas** que integram a nossa instituição. Subestimou-se, enfim, **a vocação, o ideal e a vontade de fazer justiça**.

Nosso regional agrega mais de 400 magistrados e cerca de 3.900 servidores na ativa.

É um Tribunal cuja qualidade das decisões de primeiro e segundo graus extrapola nossas fronteiras, conduzindo, em muitos casos, à consolidação da jurisprudência e até mesmo à alteração legislativa.

Atendemos uma população de mais de 21 milhões de pessoas, espalhadas por 599 municípios do interior paulista, através de 165 unidades jurisdicionais na primeira instância.

Infelizmente essa população é assolada atualmente por uma grave crise, que elevou em mais de 10% o número de ações ajuizadas este ano, em comparação com o ano passado.

Nesse contexto, independentemente das investidas perpetradas para o enfraquecimento da estrutura de atendimento da Justiça do Trabalho, estamos exercendo nossa capacidade de superação para atender os nossos jurisdicionados.

A resposta tem sido contundente. Em 2016, até o mês de outubro, o número de processos **solucionados** aumentou 12,41% em primeira instância e aproximadamente 4% em segunda instância, comparativamente ao mesmo período de 2015.

Há que se reconhecer o esforço hercúleo dos nossos magistrados e servidores no atendimento da prestação jurisdicional, os quais merecem o nosso mais efusivo aplauso.

Aliás, esse trabalho acaba de ser reconhecido pelo Conselho Nacional de Justiça, com a outorga, a este Tribunal no início desta semana, do SELO DIAMANTE, o nível mais alto dessa categoria, que representa o reconhecimento por aquele Conselho pela excelência dos serviços aqui prestados.

Contudo, não é apenas esta Justiça Especializada que tem sido alvo de ataques e de medidas retaliatórias.

Nos últimos dias as reações se intensificaram também contra os membros do Ministério Público e da Magistratura nacional, com a aprovação pela Câmara dos Deputados de uma emenda ao pacote de medidas anticorrupção, que criminaliza atos que visam a apuração de delitos contra a administração pública, e também criminaliza a decisão de um juiz que eventualmente tenha sua sentença reformada em sede recursal.

A manifestação da Ministra Cármen Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal, a respeito desse episódio, bem define a sua finalidade. Afirmou a Ministra:

Criminalizar a jurisdição é fulminar a democracia.
Pergunto: a quem isso interessa?

Não é ao povo, certamente.
Não é aos democratas, por óbvio.
Desconstruir-nos como Poder Judiciário ou como juízes independentes interessa a quem?

E arrematou: “Pode-se tentar calar o juiz, mas nunca se conseguiu, nem se conseguirá, calar a Justiça”.

Isso ficou demonstrado no último domingo com a reação da população, quando em várias capitais e outras grandes cidades do país milhares de pessoas foram às ruas se posicionando firmemente contra a corrupção, **sem cores partidárias, é importante que se diga**, em apoio explícito à apuração de todos os ilícitos e à punição dos culpados pelos órgãos competentes.

São atitudes como essas que nos fazem acreditar em um país mais justo para os nossos descendentes.

Vamos em frente!

Agora, uma palavra aos nossos colegas magistrados.

Contem com a boa vontade da Presidência no esforço de atender as reais necessidades materiais e de recursos humanos que se apresentarem, obviamente na medida das nossas disponibilidades orçamentárias e de pessoal, cujas carências já foram aqui explicitadas.

Estarei sempre pronto ao diálogo. Para tanto, temos uma atuante Associação, a Amatra XV, cuja interlocução com a Presidência será sempre importante para o equacionamento das dificuldades que se apresentarem.

O mesmo deve ocorrer com relação ao Sindicato que representa os nossos valorosos servidores, o Sindiquinze.

É necessário destacar, por oportuno, uma importante característica deste Tribunal.

Aqui existe entre os seus membros uma relação verdadeiramente fraternal, onde prevalece sempre o interesse da Instituição, aliás, como deve ser. E, como sabemos, onde o interesse coletivo se sobrepõe ao interesse individual, as divergências ficam restritas ao campo das ideias, visando sempre a melhor aplicação da lei ao caso concreto.

No tocante às relações institucionais, deve ser destacado o excelente relacionamento deste Tribunal com a Ordem dos Advogados do Brasil, quer no âmbito local, quer no âmbito estadual. O diálogo permanente facilita sobremaneira a boa convivência entre magistrados e advogados, em benefício da prestação jurisdicional e, por consequência, também dos cidadãos que procuram o Judiciário para a solução dos seus conflitos.

Isto igualmente ocorre com o Ministério Público do Trabalho, que no desempenho da sua importante missão constitucional de defender

o cumprimento da lei visando o interesse público, bem como os direitos coletivos, o meio ambiente, o direito de menores e incapazes, tem atuado de forma efetiva no âmbito da 15ª Região.

Importante destacar a existência de uma autêntica parceria institucional do Ministério Público com este Tribunal, que tem produzido excelentes resultados para a coletividade. Cito aqui dois exemplos: o primeiro, a construção de uma unidade aqui em Campinas do Hospital de Câncer de Barretos, além da aquisição de 4 unidades móveis de diagnóstico. Isso foi feito mediante a doação de cerca de 70 milhões de reais, que vão atender diretamente à população mais carente.

Também merece destaque a doação de cerca de 24 milhões de reais à Fraternidade São Francisco de Assis na Providência de Deus. Interessante que é uma instituição que tem sede no município de Jaci, os amigos de São José do Rio Preto bem conhecem, mas que se espraiou pelo país, tanto é que esta doação foi para a construção de um Barco-Hospital, que irá atender uma população de quase 700 mil pessoas residentes em mais de mil comunidades localizadas nas regiões ribeirinhas da bacia amazônica. Nós não conhecemos a realidade deste país! Quando me foi dito esta quantidade de pessoas, mais de 700 mil, que residem ali em torno da bacia amazônica, que é uma imensidão, e que não têm assistência do Estado na área de saúde, absolutamente nada! Então ficamos muito felizes quando vimos a construção deste Barco-Hospital. Aí aqueles que não integram a Justiça do Trabalho vão perguntar: “De onde saiu este dinheiro?”

Esses investimentos em benefício da população decorrem de valores provenientes de multas e indenizações por danos sociais aplicadas em decisões deste Tribunal, em primeira e segunda instâncias, proferidas em ações civis públicas ajuizadas pelo MPT.

Continuaremos mantendo essa saudável relação entre as Instituições, que resulta sempre em bons resultados para a sociedade.

Agora, ao finalizar, quero agradecer profundamente a presença de todos a esta solenidade, o que muito engrandece o nosso Tribunal; agradecer as palavras elogiosas a mim dirigidas pelos oradores que ocuparam esta tribuna; a especial e emocionante saudação da Desembargadora Gisela aos novos dirigentes desta Corte; aos maravilhosos Corais deste Tribunal e de São José dos Campos, que nos emocionaram com o seu canto, bem como a todos os servidores e colaboradores que participaram da organização desta solenidade.

Encerro com um pequeno texto do grande poeta lusitano Fernando Pessoa, e com ele homenageio meus avós maternos, Ezequiel e Maria Benvinda, também lusitanos, que tanta importância tiveram na minha formação moral.

Aliás, o seu conteúdo também é muito adequado para o momento em que vivemos em nosso país.

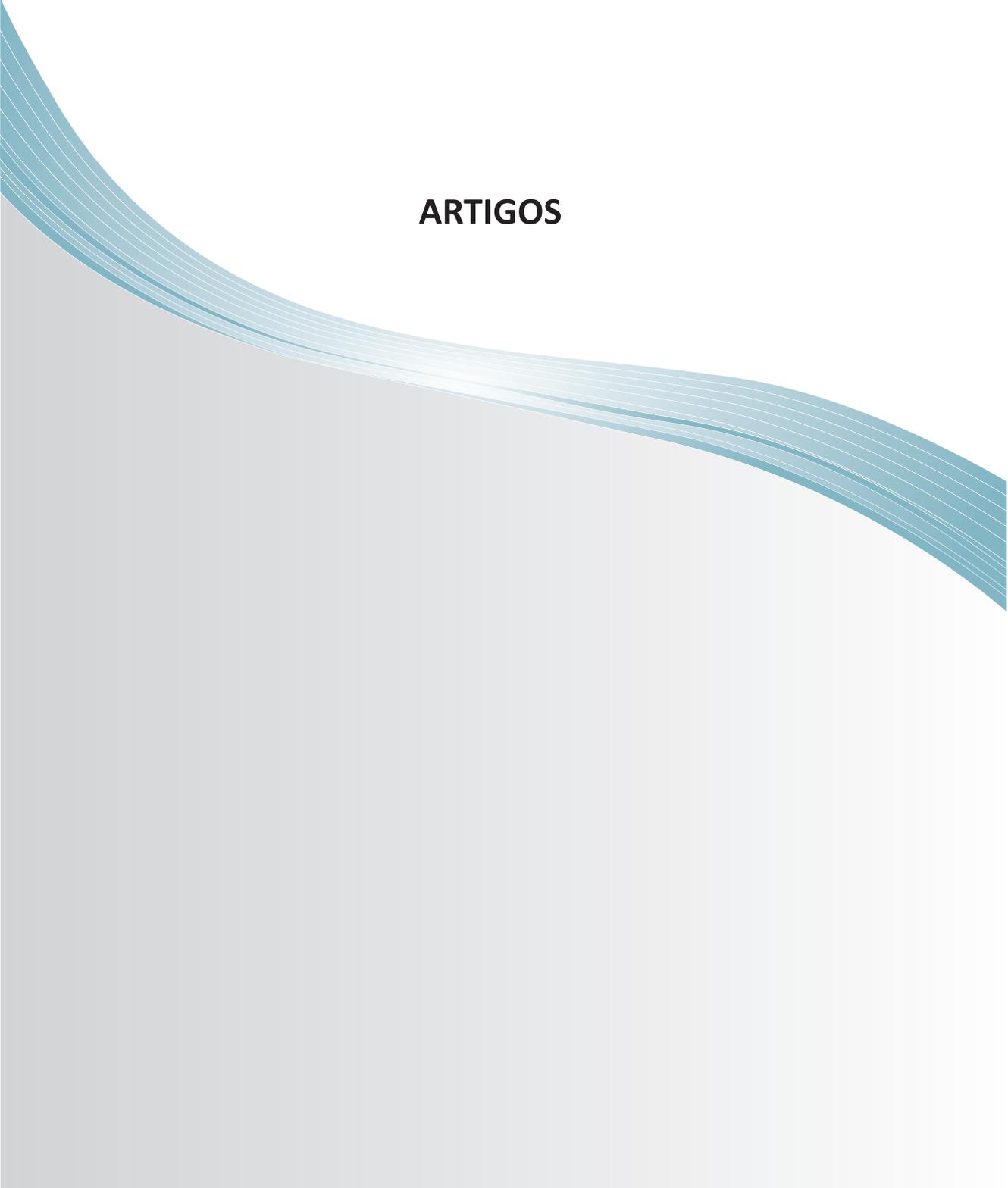
Seu título, **Hora da travessia:**

Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos que nos levam sempre aos mesmos lugares.

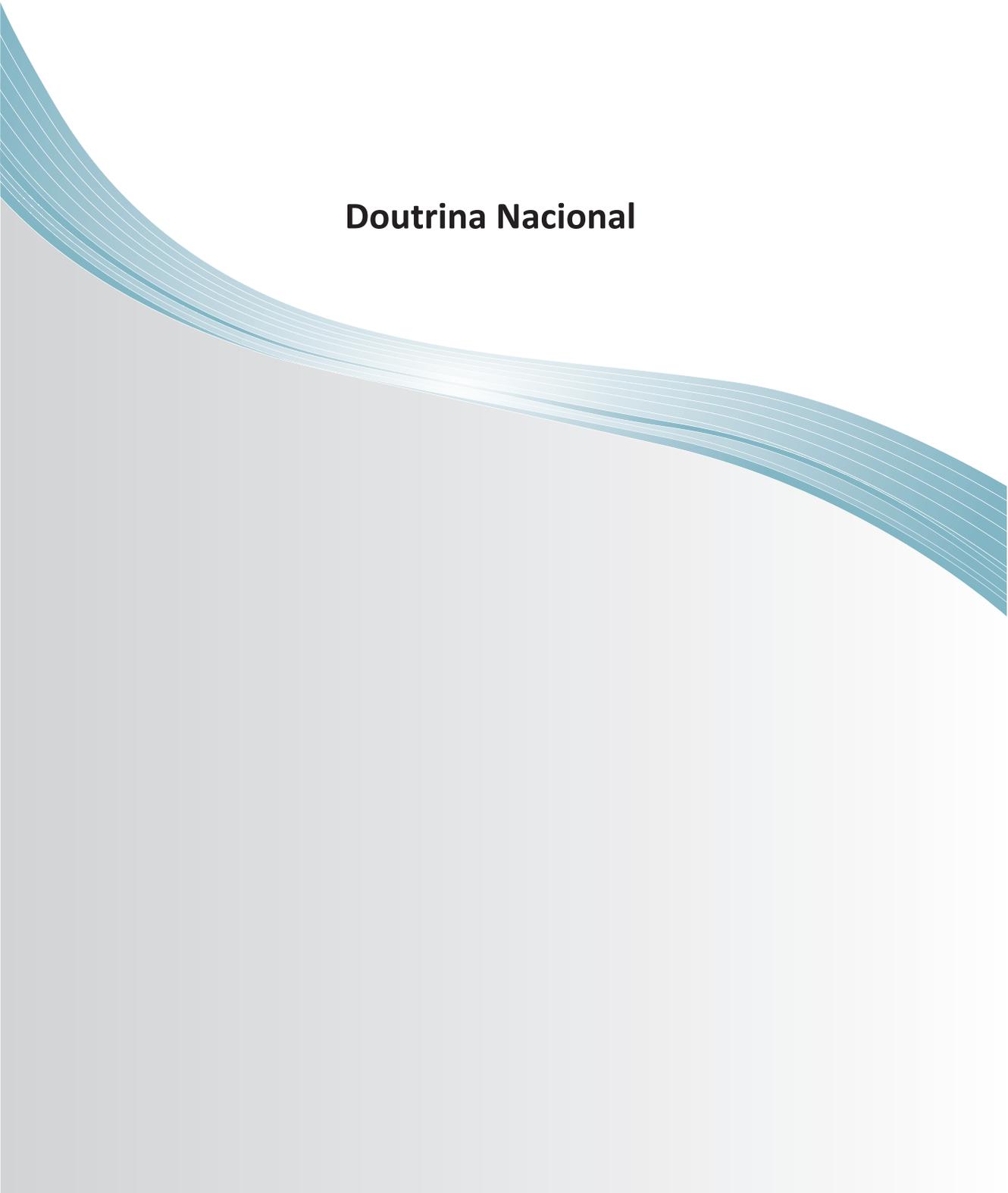
É o tempo da travessia.

E se não ousarmos fazê-la, teremos ficado para sempre à margem de nós mesmos.

Muito obrigado!!!



ARTIGOS



Doutrina Nacional

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: forma de aplicação no direito processual do trabalho

DISREGARD INCIDENT OF LEGAL PERSONALITY: application form in procedural labor law

MIESSA, Élisson*

Resumo: O artigo analisa o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), considerando o teor da Instrução Normativa n. 39/2016 do C. TST e sugere nova forma de procedimento para que o incidente, no âmbito trabalhista, tenha respaldo no dia a dia daqueles que irão conviver com essa nova modalidade de intervenção de terceiros.

Palavras-chave: Desconsideração da pessoa jurídica. Intervenção de terceiros. Patrimônio. Processo do trabalho.

Abstract: The article analyses the disregard incident of legal personality previewed in the New Code of Civil Procedure (Law n. 13.105/2015), considering the content of the Normative Instruction n. 39/2016 of the Venerable Superior Labor Court and suggests a new form of procedure so that the incident, in the labor scope, has support on the everyday lives of those who will live with this new type of third-party intervention.

Keywords: Disregard of legal personality. Third party intervention. Wealth. Labor process.

1 INTRODUÇÃO

A separação existente entre o patrimônio das sociedades empresárias e de seus sócios, em conjunto com a limitação da responsabilidade dos sócios presente em algumas formas de constituição de sociedades, serve

*Procurador do Trabalho. Professor de Direito Processual do Trabalho do curso CERS *on-line*. Autor e coordenador de obras relacionados à seara trabalhista.

algumas vezes para prejudicar credores, especialmente os trabalhistas. Desse modo, para evitar que tais sociedades deixem de cumprir as obrigações assumidas, ganha relevância a desconsideração da personalidade jurídica, consistente no afastamento, momentâneo e esporádico, da máxima romana *societas distat a singulis*, que reconhece ter as pessoas jurídicas existência diversa da dos seus membros, levantando-se o véu da pessoa jurídica e atingindo os bens do sócio ou, no caso da desconsideração inversa, da pessoa física e alcançando os bens da sociedade.

Conquanto a desconsideração da personalidade jurídica já fosse concretizada pelos tribunais brasileiros, tínhamos apenas dispositivos referentes ao direito material, tais como o art. 50 do Código Civil e o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Não havia nenhum procedimento legal para sua efetivação, de modo que simplesmente se fazia o redirecionamento da execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa).

Com o objetivo de garantir a observância dos princípios do devido processo legal e do contraditório, o NCPC, em seus arts. 133 a 137, passa a disciplinar aspectos processuais necessários para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica.

Analisando referido incidente, a doutrina trabalhista questionou sua aplicação ao processo do trabalho, uma vez que, embora a CLT seja omissa acerca do tema, faz-se necessário analisar sua compatibilidade com o processo laboral, tendo em vista que o art. 15 do NCPC não revogou o art. 769 da CLT, de modo que ambos devem conviver harmoniosamente, sendo aplicados de forma coordenada e simultânea (TST, IN n. 39/2016, art. 1º).

Apesar de os primeiros ensaios sobre o tema, majoritariamente, terem negado a aplicação do incidente de desconsideração ao processo do trabalho, o C. TST expediu a Instrução Normativa n. 39/2016 admitindo-o com certas adaptações.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), considerando principalmente a disciplina do C. TST constante na Instrução Normativa n. 39/2016. Ademais, ultrapassando os aspectos teóricos sobre o tema, busca-se proceduralizar o incidente no âmbito trabalhista, como forma de respaldar o dia a dia daqueles que irão conviver com essa nova modalidade de intervenção de terceiros.

2 EMPRESA E SÓCIO

Empresa é a atividade organizada pelo empresário, tendo como finalidade a obtenção de lucro. Embora seja essa a concepção clássica do conceito de empresa, o legislador utiliza a expressão em diversos

sentidos. A CLT, por exemplo, a emprega pelo menos sob três ângulos: a) subjetivo, significando a própria pessoa física ou a jurídica (art. 2º); b) objetivo, representando o conjunto de bens que o empresário tem à sua disposição para exercer sua atividade (art. 448); c) institucional, considerando a organização de pessoas com um objetivo comum, tendo “[...] existência duradoura no tempo, independentemente do empresário que a exerce e dos seus colaboradores” (VERÇOSA, 2011, p. 167). É o que nos parece estar incluído no art. 448 da CLT.

Embora a utilização de tais sentidos possa provocar críticas da doutrina especialmente quanto ao conceito de empresa adotado na CLT para definir empregador (DELGADO, 2016, p. 443), já que influenciado pelo institucionalismo, é fato que essa pluralidade de sentidos tem a finalidade de respaldar os direitos dos trabalhadores, valorizando o trabalho humano (CF/1988, art. 170).

Disso resulta a existência de interpretações e mecanismos eficazes a respeitar os direitos fundamentais dos trabalhadores, como é o caso da despersonalização do empregador na sucessão de empresa, aplicação da teoria objetiva na desconsideração da personalidade jurídica, responsabilização do sócio minoritário etc.

Isso, porém, não tem o condão de confundir a pessoa física do sócio com a pessoa jurídica, vez que esta é reconhecida como “[...] o conjunto de pessoas ou de bens, dotados de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para a consecução de fins comuns” (GONÇALVES, 2011, p. 215). As pessoas jurídicas possuem, portanto, personalidade diversa da dos indivíduos que a compõem e, conseqüentemente, autonomia patrimonial em algumas formas de constituição das sociedades (por exemplo sociedades limitadas).

Essa autonomia patrimonial e, principalmente, a limitação da responsabilidade dos sócios em relação às dívidas da pessoa jurídica, ao mesmo tempo em que permite o desenvolvimento de grandes empreendimentos comerciais, não pode servir para afastar o cumprimento de direitos sociais, bem como para possibilitar a realização de práticas abusivas perpetradas pelos sócios, razão pela qual passa a ser de extrema relevância a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, objeto do presente artigo.

3 DÍVIDA E RESPONSABILIDADE

As pessoas físicas ou jurídicas, corriqueiramente, assumem obrigações, entendidas como “[...] o vínculo jurídico em virtude do qual **uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável**” (PEREIRA, 2005, p. 7) (grifos no original). Nas palavras do doutrinador Cristiano Chaves Farias e Nelson Rosenvald, obrigação pode ser

conceituada como a “[...] **relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantido o cumprimento, sob pena de coerção**” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 34-35) (grifos no original).

Extraem-se desse conceito as características principais da obrigação: caráter transitório, vínculo jurídico entre as partes, caráter patrimonial e prestação positiva ou negativa.

Na análise da obrigação a doutrina a divide em dois elementos distintos: um de caráter pessoal/subjetivo, correspondente ao débito (*schuld*) e outro de caráter patrimonial, relacionado à responsabilidade (*haftung*).

O débito significa a prestação que deve ser cumprida pelo devedor em determinada relação jurídica. Trata-se, portanto, de vínculo pessoal ou do direito subjetivo do credor à prestação acordada na formação do vínculo obrigacional.

Nos casos em que o devedor adimplir as obrigações assumidas, tem relevância apenas a análise do débito. Todavia, quando a obrigação não é cumprida, faz-se necessário o exame da responsabilidade, a qual permite que o credor, nos casos de inadimplemento, efetue a cobrança patrimonial do devedor. Corresponde, portanto, à sujeição que recai sobre o patrimônio do devedor como garantia do direito do credor em razão do inadimplemento (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 39). É, pois, um vínculo patrimonial, de modo que, nos dias atuais, quem responde é o patrimônio e não o devedor pessoalmente.

Em regra, os dois elementos (débito e responsabilidade) coexistem nas obrigações, recaindo sobre a mesma pessoa (obrigação civil ou perfeita) (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 42), qual seja, o devedor.

Contudo, em algumas hipóteses, é possível observar a presença dos elementos de forma isolada.

É o caso, por exemplo, das obrigações naturais (por exemplo dívidas de jogo e dívidas prescritas), nas quais se verifica a presença do débito, sem que haja a garantia pelo patrimônio do devedor.

Há ainda situações em que se verifica a presença da responsabilidade patrimonial, sem que haja um débito propriamente dito. É o que ocorre com o sócio quando responde patrimonialmente pelas dívidas da sociedade, ou seja, embora o débito seja a pessoa jurídica, o sócio responderá com seu patrimônio pelo inadimplemento da obrigação, atenuando a separação patrimonial entre a pessoa jurídica (sociedade empresária) e a pessoa física (sócio).

4 RESPONSABILIDADE PRINCIPAL E SECUNDÁRIA

No âmbito processual, o conceito da responsabilidade patrimonial ganha grande importância principalmente na fase da execução, ou seja, quando a obrigação não é cumprida voluntariamente pelo devedor.

Em regra, quem responde pela dívida objeto da execução é o patrimônio do devedor, ou seja, aquele que é ao mesmo tempo o obrigado e responsável (ASSIS, 2016, p. 292). Tem-se aqui a responsabilidade primária, de modo que o art. 789 do NCPC estabelece que “[...] o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Além da previsão do art. 789 do NCPC, o art. 790, incisos III, V e VI, do NCPC também determina outros casos de responsabilidade primária, quais sejam: bens do devedor na posse de terceiros, bens alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução e bens cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores.

Por sua vez, a responsabilidade será secundária quando aquele que, mesmo não tendo participado da relação obrigacional, for responsável patrimonial pela satisfação da obrigação. Nesse caso, não há coincidência dos papéis do obrigado e do responsável no mesmo sujeito.

Para Araken de Assis, mesmo não havendo a cumulação dos dois papéis (obrigado e responsável), os responsáveis secundários não podem ser considerados como terceiros¹, uma vez que, ao autorizar a constrição de bens sobre seu patrimônio eles passam automaticamente a serem sujeitos passivos da ação (ASSIS, 2016, p. 293).

As hipóteses de responsabilidade secundária são descritas nos incisos I, II, IV e VII do art. 790 do NCPC, estando sujeitos à execução os bens do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; do sócio, nos termos da lei; do cônjuge ou do companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

No direito processual do trabalho, a responsabilidade secundária é facilmente verificada quando o responsável pelo pagamento é o sucessor trabalhista (arts. 10 e 448 da CLT), o tomador de serviços na terceirização lícita (Súmula n. 331, IV, do TST), as empresas de um grupo econômico, o sócio etc.

Como o objeto do presente artigo corresponde ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica que, como regra, atinge o patrimônio do sócio, é importante destacar que sua legitimidade executiva está prevista em dois incisos do art. 790 do NCPC, como se verifica a seguir:

¹Em sentido contrário: BEBBER, Júlio César. **Processo do Trabalho**: temas atuais. São Paulo: LTr, 2003. p. 178.

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

[...]

II - do sócio, nos termos da lei;

[...]

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica. [...]

Embora a análise sistemática desses dois incisos seja de difícil compreensão, o inciso II fica reservado aos casos em que os sócios são corresponsáveis pelas obrigações da sociedade, como ocorre, por exemplo, com as sociedades em nome coletivo (CC/2002, art. 1.039) (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 314), e as demais hipóteses para o item VII, no qual a responsabilidade patrimonial secundária dos sócios exige pronunciamento judicial por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

5.1 Histórico

A doutrina majoritária considera que o caso inglês *Salomon v. A. Salomon & Co.*, julgado em 1897, representa o *leading case* da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine* ou *disregard of legal identity*).

A discussão no mencionado caso teve como objetivo imputar responsabilidade ao sócio, Aron Salomon, pelo pagamento das dívidas da sociedade que havia se tornado insolvente em decorrência de uma série de greves que atingiu o governo inglês, seu principal cliente, o qual teve que diversificar seus fornecedores, diminuindo as vendas para a sociedade de Salomon e levando-a à falência.

As decisões iniciais imputaram responsabilidade à Aron Salomon, já que teria abusado dos privilégios de constituição e responsabilidade limitada da sociedade, sendo esta utilizada como artifício para fraudar credores. Contudo, a Corte dos Lordes alterou tais decisões, reafirmando a distinção entre a personalidade dos sócios e da sociedade, garantindo a autonomia da pessoa jurídica².

²Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. *Revista Jurídica do Ministério Público*, v. 6, maio 2006. p. 53-68, e DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 521.

Alguns autores ainda citam os casos julgados pela Suprema Corte Americana, *Bank of United States v. Deveaux* (1809) e *Booth v. Bounce* (1865) como os primeiros julgados a tratarem do tema da desconconsideração da personalidade jurídica das sociedades empresárias (NUNES; BIANQUI citados por AZEVEDO; FRANÇA, 2009, p. 32).

De qualquer modo, o tema surgiu no interesse de suspender a responsabilidade limitada dos sócios em relação às sociedades empresárias, ou seja, por questões de conveniência econômica e não em relação ao tema da personalidade jurídica propriamente dito (DIDIER JR., 2016, p. 522).

É por isso que a desconconsideração da personalidade jurídica não se confunde com a despersonalização da personalidade jurídica. Na despersonalização da personalidade jurídica, a sociedade empresária desaparece como sujeito autônomo, em razão da falta de alguma das condições de sua existência. Por sua vez, na desconconsideração da personalidade jurídica (direta), levanta-se o “véu” da pessoa jurídica para adentrar no patrimônio do sócio, sem que, com isso, se retire a personalidade jurídica da sociedade. Busca-se afastar, momentânea e esporadicamente, a máxima romana *societas distat a singulis*, que reconhece ter as pessoas jurídicas existência diversa da dos seus membros. Dessa forma, uma das principais características da desconconsideração da personalidade jurídica corresponde ao fato de ser casuística (DIDIER JR., 2016, p. 525).

No Brasil, a doutrina relacionada à desconconsideração da personalidade jurídica foi introduzida por Rubens Requião e teve forte influência dos estudos realizados por Rolf Serick na Alemanha. Em regra, o fundamento utilizado para justificar a desconconsideração da personalidade jurídica está ligado à função social da propriedade, já que “a chamada **função social da pessoa jurídica (função social da empresa)** é corolário da função social da propriedade” (DIDIER JR., 2016, p. 524) (grifos no original).

De qualquer maneira, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica é fruto de construção judicial, aprimorada pela doutrina e posteriormente contemplada na normal legal.

5.2 Previsão legal no direito material

Inicialmente, a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica foi estabelecida no art. 28, *caput* e § 5º, do CDC, que vaticina:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também

será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Em seguida, foi prevista no art. 18 da Lei Antitruste n. 8.884/1994, atualmente revogado pela Lei n. 12.529/2011, que prevê no art. 34:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Ato contínuo, ao disciplinar as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, o art. 4º da Lei n. 9.605/1998 declinou:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Posteriormente, o Código Civil passou a tratar da matéria em seu art. 50, o qual tem o seguinte teor:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

5.3 Teorias da desconsideração da personalidade jurídica

Inspiradas nas construções doutrinárias, jurisprudenciais e especialmente na interpretação o arcabouço jurídico existente atualmente

sobre o tema, ao menos duas teorias são detectadas no plano material para possibilitar a desconsideração da personalidade jurídica: a teoria subjetiva e a objetiva.

A teoria subjetiva (teoria maior) impõe a coexistência de dois requisitos para que possa ocorrer a desconsideração: 1) que os bens da pessoa jurídica sejam insuficientes para o pagamento da dívida; 2) haja comprovação de fraude ou de abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial. Trata-se da teoria contemplada no art. 50 do CC.

Por sua vez, a teoria objetiva (teoria menor) declina que a personalidade jurídica pode ser desconsiderada quando a pessoa jurídica não tiver bens suficientes para o pagamento da dívida, ou seja, quando, de qualquer forma, a personalidade da pessoa jurídica for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao credor. Nas palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Marina Silva Fonseca:

[...] a teoria menor tem a insuficiência patrimonial da sociedade como pressuposto bastante à desconsideração da personalidade jurídica, prescindindo-se da verificação de qualquer conduta abusiva ou fraudulenta dos sócios. Visa-se, precipuamente, à redistribuição dos riscos empresariais, sendo os sócios preferencialmente onerados em relação aos terceiros credores da sociedade. Tal construção adquire relevo diante de bens jurídicos reputados prioritários face à observância do regime jurídico personificatório, ou diante de relações marcadas pelo desequilíbrio entre as partes, em que desprovido o polo vulnerável de poder econômico de negociação ou remuneração pelos riscos incorridos. (PINHO; FONSECA, 2016, p. 1154).

Essa teoria vem expressamente prevista no art. 28, § 5º, do CDC.

Na seara trabalhista, prevalece o entendimento de que se aplica a teoria objetiva/menor, incidindo referido dispositivo do Código de Defesa do Consumidor. Isso se justifica porque o CDC e a CLT são normas tuitivas que buscam resguardar o direito do hipossuficiente, sendo, pois, compatíveis. Ademais, impõe-se a aplicação dessa teoria, ante a dificuldade de demonstração de fraude e do abuso de direito dos sócios, bem como pelo caráter alimentar das verbas postuladas em juízo³.

³SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016. p. 1078; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). **Novo CPC doutrina selecionada**. V. 1. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1156.

Aliás, nas ações coletivas na seara trabalhista aplica-se a teoria menor, podendo-se inclusive invocar o art. 4 da Lei n. 9.605/1998 naquelas destinadas a preservar o meio ambiente.

No entanto, a teoria menor não alcança as ações que não derivem da relação de emprego (LEITE, 2016, p. 587), caso em que serão adotados os pressupostos do art. 50 do CC/2002, pois se trata de regra de direito material.

Vê-se, portanto, que sob o aspecto material, já existiam e continuam existindo regras acerca dos requisitos para se reconhecer a desconsideração da personalidade jurídica. Não havia, porém, regras processuais sobre a forma de se atingir o patrimônio do sócio. É nesse contexto que surge o incidente de desconsideração da personalidade, como um mecanismo processual adequado para atingir os bens dos sócios, respaldado no princípio do contraditório substancial e, conseqüentemente, no devido processo legal.

No entanto, antes de adentrarmos no aspecto processual do incidente é preciso ficar claro: o Novo CPC somente trata de procedimento e não de requisitos para caracterização da desconsideração, que é regra de direito material. Tanto é assim que o art. 133, § 1º, do NCPC é enfático: “o pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei”. Nesse sentido, leciona Alexandre Freitas Câmara:

É que os pressupostos da desconsideração da personalidade devem ser estabelecidos pelo Direito Material, e não pelo Direito Processual, cabendo a este, tão somente, regular o procedimento necessário para que se possa verificar – após amplo contraditório – se é ou não o caso de desconsiderar-se a personalidade jurídica, tendo-a por ineficaz.

Repita-se, assim, o fato de que os diversos ramos do Direito Material estabelecem requisitos distintos para que se desconsidere a personalidade jurídica, cabendo verificar, em cada caso concreto, qual o ramo do Direito Material que rege a causa.

Assim é, por exemplo, que nas causas que versem sobre relações de consumo incidirá o disposto no art. 28 do CDC [...].

Nas causas regidas pelo Direito Ambiental, de outro lado, incidirá a norma extraída do art. 4º da Lei 9.605/1988, por força do qual ‘[p]oderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que de sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente’. Significa isto dizer que nos processos que versem sobre matéria ambiental o único requisito para a desconsideração da personalidade jurídica é que a sociedade não tenha patrimônio suficiente para assegurar a reparação do

dano ambiental que tenha causado, permitida, assim, a extensão da responsabilidade patrimonial ao sócio (ou vice-versa, no caso de desconsideração inversa), pouco importando se houve dolo, culpa, fraude, má-fé ou qualquer outra forma de se qualificar a intenção de quem praticou o ato poluidor.

O mesmo poderia ser dito a respeito de causas diversas, como as trabalhistas ou aquelas em que se discute matéria tributária, entre muitas outras. Mas o quanto até aqui se se disse é suficiente para demonstrar o que se sustenta: os requisitos da desconsideração variarão conforme a natureza da causa, devendo ser apurados nos termos da legislação própria. Ao Código de Processo Civil incumbe, tão somente, regular o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (o qual será sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza da relação jurídica de direito substancial deduzida em juízo). (CÂMARA, 2016, p. 455).

No mesmo caminho, Daniel Assumpção Neves:

[...] os pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma devem ser tratados pelo Código de Processo Civil. (NEVES, 2016, p. 308).

Portanto, os pressupostos para a desconsideração são estabelecidos pelos diplomas legislativos de direito material, de modo que, nas ações oriundas da relação de emprego, continua a ser aplicado o art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor).

5.4 Desconsideração inversa da personalidade jurídica

A desconsideração inversa da personalidade jurídica consiste em atingir o patrimônio da sociedade em decorrência de dívidas do sócio, evitando que os sócios desviem seus bens para a sociedade como forma de evitar a execução de dívidas particulares.

Diante da clareza do voto da Min. Nancy Andrighi no REsp 948.117/MS sobre o tema, cabe reproduzir um trecho:

De início, impende ressaltar que a desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio.

Conquanto a consequência de sua aplicação seja inversa, sua razão de ser é a mesma da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita: combater a utilização indevida do ente societário por seus sócios. Em sua forma inversa, mostra-se como um instrumento hábil para combater a prática de transferência de bens para a pessoa jurídica sobre o qual o devedor detém controle, evitando com isso a excussão de seu patrimônio pessoal. (STJ, julgado em 22.6.2010).

Percebe-se que a desconsideração inversa não possui regramento no direito material, sendo construção jurisprudencial e doutrinária.

No processo do trabalho, ela é facilmente identificada na hipótese de empregador doméstico. Alguns julgados têm utilizado essa modalidade de desconsideração quando, inicialmente, se desconsidera a personalidade jurídica alcançando o sócio que não possui bens, buscando-se, em seguida, bens em outras empresas que o sócio tem participação societária⁴.

De qualquer maneira, o Novo CPC já antecipou e buscou respaldar o procedimento para a incidência dessa teoria, declinando no art. 133, § 2º que se aplica o disposto no capítulo do incidente de desconsideração “à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”.

6 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Como visto, o ordenamento já previa a desconsideração da personalidade jurídica, porém não existia um procedimento estabelecido para sua incidência, de modo que o Novo CPC incumbiu de tratar de seus aspectos processuais, dando origem ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Procedimento previsto no NCPC

O Novo CPC passa a prever o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos arts. 133 a 137, disciplinando-o como modalidade de intervenção de terceiros:

⁴Nesse sentido: TRT 2ª R. AP 0127000-08.2002.5.02.0074, Ac. 2016/0251693, Décima Quarta Turma, Rel. Des. Davi Furtado Meirelles, DJESP 6.5.2016.

Trata-se, na verdade, de um incidente processual que provoca uma intervenção forçada de terceiro (já que alguém estranho ao processo - o sócio ou a sociedade, conforme o caso -, será citado e passará a ser parte no processo, ao menos até que seja resolvido o incidente). Caso se decida por não ser caso de desconsideração, aquele que foi citado por força do incidente será excluído do processo, encerrando-se assim sua participação. De outro lado, caso se decida pela desconsideração, o sujeito que ingressou no processo passará a ocupar a posição de demandado, em litisconsórcio com o demandado original. (CÂMARA, 2016, p. 453).

Tem, portanto, natureza de incidente processual, prescindindo de ação própria para provocar a desconsideração da personalidade jurídica.

O *caput* do art. 133 determina que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo. Assim, no direito processual civil não é possível que o incidente seja instaurado de ofício.

O incidente pode ser instaurado em quaisquer fases do processo, seja de conhecimento, seja de execução, inclusive em processos que tramitem perante os tribunais, em grau de recurso ou mesmo nos casos de competência originária (NCPC, arts. 134, *caput*, e 136, parágrafo único). Não há, portanto, prazo decadencial, sendo um direito potestativo (NEVES, 2016, p. 309). De qualquer maneira, a instauração do incidente é obrigatória para que o patrimônio dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa) responda pela execução (NCPC, art. 795, § 4º).

O requerimento da desconsideração será dirigido ao sócio ou, quando for o caso de desconsideração inversa, à pessoa jurídica, apresentando sua fundamentação (pressupostos legais descritos no direito material que autorizam sua intervenção) e o pedido (desconsideração da personalidade jurídica).

O juiz analisará, superficialmente, o postulado, podendo indeferir liminarmente a instauração.

Quando a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial não haverá a necessidade de instauração do incidente, uma vez que os sócios já serão citados originariamente (litisconsórcio passivo), havendo pedido expresso em relação a eles. Nessa hipótese, há cumulação objetiva e subjetiva. De qualquer modo, não basta simplesmente incluir o sócio no polo da demanda, devendo ser apresentada a causa de pedir capaz de viabilizar a desconsideração.

Nos termos do art. 134, § 1º, do NCPC, a instauração do incidente deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações

devidas, especialmente acerca do nome do requerido. As anotações possuem como finalidade dar publicidade a terceiros de que os bens do requerido (sócio ou sociedade, na desconsideração inversa) poderão ser atingidos pela execução, viabilizando a declaração de fraudes à execução (NCPC, art. 137).

A instauração do incidente possui como efeito a suspensão do processo (NCPC, art. 134, § 3º). Trata-se, na verdade, de suspensão imprópria, pois “se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica implicasse mesmo a suspensão do processo, ter-se-ia um paradoxo: o processo ficaria suspenso até a resolução do incidente mas, de outro lado, não se poderia resolver o incidente porque o processo estaria suspenso” (CÂMARA, 2016, p. 458-459). Dessa forma, há apenas a vedação temporária da prática de atos que não se relacionem diretamente com o incidente, com exceção de atos urgentes.

Após a instauração do incidente, além da necessidade de comunicação ao distribuidor para as anotações devidas e da suspensão do processo, o sócio ou a pessoa jurídica (desconsideração inversa) será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias. Trata-se de contraditório prévio, o que não afasta, excepcionalmente, o contraditório diferido, quando presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória.

Caso a defesa não seja apresentada no prazo assinalado pelo art. 135 do NCPC, haverá a caracterização da revelia, com a consequente presunção de veracidade das alegações de fato formuladas pelo autor (NCPC, art. 344).

Por outro lado, sendo apresentada a manifestação do requerido, se necessário, será iniciada a fase instrutória do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com a apresentação de provas referentes aos fatos controversos, podendo ser produzidos todos os meios legais ou moralmente legítimos de prova (NCPC, art. 369), já que a decisão do incidente será baseada em cognição exauriente (CÂMARA, 2016, p. 462).

Concluída a instrução o incidente será resolvido por decisão interlocutória (NCPC, art. 136), de modo que, no processo civil, o incidente poderá ser impugnado mediante agravo de instrumento (NCPC, art. 1.015, IV). Nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no tribunal, caberá ao relator decidi-lo (NCPC, art. 932, VI), admitindo-se da decisão monocrática do relator agravo interno (NCPC, art. 136, parágrafo único).

Conquanto se trate de decisão interlocutória, não havendo impugnação, ela produzirá coisa julgada material, sendo impugnável apenas por meio de ação rescisória, desde que presente alguma das situações elencadas no art. 966 do NCPC.

Após acolhido o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, incidirá o art. 790, VII, do NCPC, o qual permite a execução dos

bens dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa), uma vez que a responsabilidade patrimonial é estendida a eles.

Com a atribuição da responsabilidade patrimonial aos sócios ou da sociedade na desconsideração inversa, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude à execução, será ineficaz em relação ao requerente (NCPC, art. 137).

Quanto ao termo inicial da fraude à execução, aparentemente, os arts. 137 e 792, § 3º, do NCPC são contraditórios. No entanto, o art. 137 apenas dispõe que poderá existir fraude à execução se for acolhido o incidente de desconsideração, já que não sendo acolhido, não há que se falar em fraude. Não versa, portanto, sobre o termo inicial da fraude. Por sua vez, o art. 792, § 3º, do NCPC disciplina o termo inicial da fraude à execução, estabelecendo que “nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar”. A interpretação literal deste dispositivo leva-nos à conclusão de que o termo inicial deve ser considerado em relação ao executado originário, pois é dele que se pretendeu desconsiderar a personalidade. Contudo, uma interpretação lógica impõe-nos interpretar que haverá fraude à execução para as alienações ou onerações de bens ocorridas depois da citação do sócio no incidente, ou da sociedade no caso de desconsideração inversa.

Cumprе consignar, por fim, que o incidente de desconsideração é aplicável inclusive nos processos de competência dos juizados especiais, por força do art. 1.062 do NCPC.

7 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

7.1 Aplicabilidade

Como visto, o ordenamento previa os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica, sem estabelecer um procedimento para tanto.

Nesse contexto, inicialmente, buscou-se “construir” um procedimento no processo do trabalho nos arts. 78 e 79 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, os quais declinavam que:

Art. 78. Ao aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, por meio de decisão fundamentada, cumpre ao juiz que preside a execução trabalhista adotar as seguintes providências:

I - determinar a reatuação do processo, a fim de fazer constar dos registros informatizados e da capa dos autos o nome da pessoa física que responderá pelo débito trabalhista;

II - comunicar imediatamente ao setor responsável pela expedição de certidões na Justiça do Trabalho a inclusão do sócio no polo passivo da execução, para inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso;

III - determinar a citação do sócio para que, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique bens da sociedade (art. 795 do CPC) ou, não os havendo, garanta a execução, sob pena de penhora, com o fim de habilitá-lo à via dos embargos à execução para imprimir, inclusive, discussão sobre a existência da sua responsabilidade executiva secundária.

Art. 79. Comprovada a inexistência de responsabilidade patrimonial do sócio por dívida da sociedade, mediante decisão transitada em julgado, o juiz que preside a execução determinará ao setor competente, imediatamente, o cancelamento da inscrição no cadastro das pessoas com reclamações ou execuções trabalhistas em curso.

Referidos dispositivos foram revogados pelo Ato n. 5 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, em razão do advento do art. 6º da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, que disciplina a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade previsto nos arts. 133 a 137 do NCPC.

Contudo, a doutrina não é pacífica acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, nos moldes descritos no Novo CPC.

Parcela majoritária entende que, apesar de haver omissão na CLT e na legislação trabalhista em relação à desconsideração da personalidade jurídica, o procedimento previsto no novel código é incompatível com os princípios desta seara, razão pela qual não deveria ser aplicado ao processo do trabalho (CLT, art. 769)⁵. A incompatibilidade estaria configurada

⁵Nesse sentido: CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o direito processual do trabalho. *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. **Novo CPC e o Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 85-104; NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Élisson (Coord.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 328-340; KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no processo do trabalho. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 65-76; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 580; SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, p. 1084.

principalmente devido à adoção da teoria objetiva pelo processo do trabalho, à restrição da iniciativa do incidente à parte e ao Ministério Público, à suspensão do processo, ao contraditório prévio e ao recurso autônomo.

Outra parcela sustenta que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no NCPC é plenamente aplicável ao processo do trabalho, principalmente por valorizar os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Nesse sentido, declinam os Enunciados n. 124 e n. 126 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

Enunciado n. 124. A desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença.

Enunciado n. 126. No processo do trabalho, da decisão que resolve o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na fase de execução cabe agravo de petição, dispensado o preparo.

Há ainda quem entenda que os arts. 133 a 137 do NCPC devem ser aplicados à seara trabalhista desde que realizadas adaptações ao processo do trabalho⁶. Pensamos que essa tese está com a razão, seja porque há omissão na CLT sobre o tema, seja porque há compatibilidade, ainda que parcial, com o processo do trabalho.

Isso ocorre porque o incidente de desconconsideração, como já dito, é norma processual não provocando nenhuma alteração acerca dos pressupostos de direito material para a desconconsideração da personalidade jurídica aplicados no âmbito da relação de emprego.

Ademais, os princípios da efetividade e celeridade, dentro de um processo minimamente democrático, não podem ser utilizados de forma genérica para dar validade a decisões surpresas. Evidentemente que, em casos excepcionais e verificados em cada caso concreto, o próprio ordenamento prevê mecanismos legítimos de atuação, como se dá com as tutelas provisórias. Disso resulta a necessidade de observância como regra geral do contraditório substancial preconizado nos arts. 7º, 9º e 10 do Novo CPC que, a nosso juízo, devem ser aplicados ao processo do trabalho, permitindo que se conceda às partes a possibilidade de se manifestarem **antes da decisão judicial**, a fim de que possam influenciar o convencimento do julgador. Em outros termos, o contraditório formal,

⁶CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 150-151; ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. In: MIESSA, Élisson (Coord.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 307-325; SILVA, Bruno Freire e. **O novo CPC e o processo do trabalho** I. Parte geral. São Paulo: LTr, 2015, p. 117-120.

contextualizado no CPC de 1973, previa-o como o binômio informação e possibilidade de reação. Por sua vez, o contraditório substancial (dinâmico) amplia a visão do contraditório contemplando-o como um trinômio: informação, possibilidade de reação e poder de influenciar o julgador. Esse novo elemento decorre do próprio Estado Democrático, que confere a efetiva participação da sociedade na tomada de decisões, o que reflete, evidentemente, no Poder Judiciário. Impõe-se, portanto, que em regra o contraditório seja prévio, pois somente assim estar-se-á, verdadeiramente, influenciando o julgador antes de decidir. Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

[...] o contraditório moderno constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que, em 'solitária onipotência', aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes. (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 69).

Além disso, a incompatibilidade de alguns aspectos procedimentais do Novo CPC ao processo do trabalho não autoriza, simplesmente, negar sua incidência, sob pena de se deixar de incidir um procedimento previamente estabelecido, ou seja, embasado no devido processo legal. Aliás, se não for aproveitado o único procedimento adotado na legislação, qual será aplicado? Aquele criado, casuisticamente, em cada Vara do Trabalho? Não nos parece ser a melhor opção dentro de um processo democrático.

Isso não autoriza, porém, a aplicação genérica e integral do procedimento previsto no Novo CPC, vez que, sendo o direito processual do trabalho ramo autônomo, a introdução de normas do procedimento comum deve ser temperada, a fim de manter sua identidade (CLT, art. 769; NCPC, art. 15; TST, IN n. 39/2016, art. 1º).

Nesse contexto, o C. TST, por meio da Instrução Normativa n. 39/2016, entendeu que o procedimento previsto no NCPC é aplicável ao processo do trabalho, devendo ser realizadas algumas compatibilizações, como se verifica pelo teor do art. 6º:

Art. 6º Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º, da CLT;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III - cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§ 2º A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

Observa-se pelo supramencionado dispositivo que o C. TST compatibilizou as regras de iniciativa na instauração do incidente, bem como as relacionadas aos recursos cabíveis.

De qualquer maneira, a compatibilização e o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho passa por uma análise detida do *inter* procedimental e da referida instrução normativa, o que passamos a verificar nos próximos tópicos.

7.2 Legitimidade no incidente

7.2.1 Legitimidade ativa (Iniciativa)

O art. 133 do Novo CPC restringe a iniciativa do incidente ao pedido da parte e do Ministério Público. No direito processual do trabalho, tal como previsto pelo C. TST no *caput* do art. 6º da IN n. 39/2016, o incidente poderá ser instaurado, na fase de execução, de ofício pelo Juiz do Trabalho.

A adaptação realizada pelo C. TST decorre especialmente do princípio inquisitivo aplicado na fase executiva trabalhista, previsto no art. 878 da CLT, o qual prevê que “a execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio* pelo próprio Juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

Dessa forma, se o juiz pode o mais que é iniciar a execução, poderá o menos que é a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Portanto, na fase de execução trabalhista não é necessária a instauração de incidente a pedido da parte ou do Ministério Público do Trabalho, podendo o incidente de desconsideração da personalidade jurídica ser instaurado, de ofício, pelo Juiz do Trabalho.

Ressaltamos que o C. TST apenas permite que a desconsideração da personalidade jurídica seja instaurada *ex officio* na fase de execução, o que significa que, na fase de conhecimento, pressupõe o requerimento da parte ou do Ministério Público. Isso se justifica porque

nesta fase o princípio da demanda tem prevalência, dependendo a instauração de provocação das partes.

Cumprir fazer uma observação quanto à legitimidade do Ministério Público do Trabalho para a instauração do incidente. A nosso juízo, terá legitimidade em duas hipóteses distintas: a) quando for parte no processo; b) nas hipóteses em que deve participar obrigatoriamente do processo e nos casos em que o interesse público permitir sua participação nos autos.

No primeiro caso, é importante definir o conceito de parte.

Trata-se de conceito antigo que não encontra pacificação doutrinária. Chiovenda entendia ser parte o sujeito que pede ou contra quem se pede a tutela jurisdicional, enquanto para Liebman, conceituando-a de forma mais ampla, é aquela que participa da relação processual em contraditório defendendo interesse próprio ou alheio, sendo sujeita de posições jurídicas ativas e passivas (faculdades, ônus, poderes, deveres, estado de sujeição) (NEVES, 2016, p. 91).

Parcela da doutrina busca adequar os dois conceitos, instituindo como parte da demanda a definição de Chiovenda, e partes do processo, a defendida por Liebman (CÂMARA, 2008, p. 142-143).

Entendemos ser adequado o conceito mais amplo de parte, de modo que parte é aquele que participa da relação processual em contraditório, sendo titular de situações jurídicas processuais ativas e passivas, independente de fazer pedido ou contra ele for pedido algo.

Assim, o Ministério Público, quando adentra ao processo como fiscal da ordem jurídica, adquire a condição de parte, servindo a diferenciação de órgão agente ou interveniente apenas para legitimar o ingresso do *parquet* no processo. Em outros termos, antes de o Ministério Público ser incluído no processo permite-se a diferenciação entre fiscal da ordem jurídica e órgão agente, mas, após sua inclusão, passa a ser considerado como parte.

Nos dizeres do doutrinador Cândido Rangel Dinamarco:

São diversas as posições assumidas pelos agentes do Ministério Público mas, qualquer que seja a figura processual em cada caso, **parte ele sempre será**, invariavelmente. Como tal, desfruta de todas as situações ativas e passivas que constituem a trama da relação jurídica processual, estando pois dotado dos poderes e faculdades que toda a parte tem e sujeito de ônus e de deveres inerentes à condição de parte; a ele são oferecidas, como a todas as partes, as oportunidades integrantes do trinômio **pedir-alegar-provar**, inerente à garantia constitucional do contraditório [...] O *Parquet* pede, alega e prova quer figure como mero fiscal da lei ou atue na defesa de interesses de alguma pessoa ou grupo. [...]

O inc. I do art. 138 do Código de Processo Civil [1973] faz expressamente a distinção entre o Ministério Público atuando como parte e os casos em que ele **não é parte** – em óbvia alusão ao fiscal da lei.

Essa distinção é todavia acientífica e choca-se com conceitos elementares do processo civil. Ser fiscal da lei não significa não ser parte, do mesmo modo que ser parte no processo não exclui que o Ministério Público possa sê-lo na condição de mero *custos legis*. [...] O *custos legis*, portanto, é parte. (DINAMARCO, 2009, p. 436-437) (destaques no original).

Partindo desse conceito de parte, nota-se que, se o Ministério Público é autor da demanda ou se já participou da fase de conhecimento, na fase de execução será parte, podendo requerer a instauração do incidente. Agora, se ainda não participou da fase de conhecimento, somente poderá requerer o incidente nos processos em que deveria ter participado obrigatoriamente ou quando o interesse público permitir sua participação.

7.2.2 Legitimidade passiva

A legitimidade passiva no incidente é de todos os sócios integrantes do corpo societário, permanecendo a sociedade como executada. Noutras palavras, na execução haverá ampliação subjetiva e não sucessão processual:

[...] em sede de teoria menor/desconsideração mínima, a responsabilização dos sócios não tem lastro em conduta abusiva pessoalmente imputável, mas sim por se entender 'que a posição do sócio implica uma obrigação de garantia ou que a ela é inerente um risco profissional'. Logo, todos os membros do corpo societário a partir do momento em que configuraria a insuficiência patrimonial da pessoa jurídica (o que pode incluir ex-sócios ao tempo da desconsideração) são passíveis de integração ao polo passivo, na qualidade de responsáveis subsidiários da sociedade (a qual permanecerá como ré). (PINHO; FONSECA, 2016, p. 1169).

Tão logo seja instaurado o incidente, nos termos do art. 134, § 1º, do NCPC, deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas, especialmente acerca do nome do requerido.

7.3 Suspensão do processo

Nos termos do art. 6º, § 2º, da IN n. 39/2016, do TST, "a instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC".

Observa-se que o C. TST seguiu a disciplina apresentada pelo art. 134, § 3º, do NCPC, ou seja, entendeu que a instauração do incidente suspende o processo, com exceção dos casos em que a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na própria petição inicial trabalhista, uma vez que nesses casos não há a necessidade de instauração do incidente.

É majoritário o entendimento na doutrina trabalhista de que a suspensão do processo em razão da instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é incompatível com o processo do trabalho⁷, uma vez que a CLT, embasada no princípio da concentração dos atos processuais, disciplina no art. 799 que na Justiça do Trabalho apenas podem ser opostas, com suspensão do feito, as “exceções” de suspeição (inclua-se impedimento) ou incompetência. Referido dispositivo impede, portanto, a instauração de incidentes que suspendam o trâmite processual.

Concordamos com referida tese quando se trata de incidente instaurado na fase de conhecimento, pois o art. 799 da CLT é dirigido a tal fase. Admitimos inclusive atos processuais conjuntos que atinjam tanto o incidente como o processo principal, quando possível, como é o caso da instrução e da sentença, já que temos mera ampliação subjetiva e objetiva.

Já no que tange à fase de execução, a ausência de suspensão significa negar a própria necessidade da instauração do incidente, uma vez que, enquanto o incidente estaria definindo a responsabilidade do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), o processo continuaria para atingir seus bens, iniciando prazo para apresentação dos embargos à execução, recursos, fase de expropriação etc., tudo antes da decisão que acolherá ou não o incidente.

Portanto, na fase executiva haverá suspensão imprópria, porque suspende a execução, mas não, evidentemente, o próprio incidente.

No entanto, entendemos que a suspensão da execução só deve ocorrer em atos relacionados ao sócio ou à sociedade (na desconsideração inversa). Digo isso porque nada obsta de o trabalhador, por exemplo, instaurar o incidente e buscar ao mesmo tempo bens do tomador de serviços (responsável subsidiário), como forma de imprimir celeridade e efetividade na execução, tal como previsto no Enunciado n. 7 da Jornada de Execução na Justiça do Trabalho, *in verbis*:

⁷Nesse sentido: ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Élisson (Coord.). **O Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 307-325; CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o direito processual do trabalho. *In*: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. **Novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016, p. 85-104; SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016, p. 1084.

Enunciado 7. EXECUÇÃO. DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. AUSÊNCIA DE BENS PENHORÁVEIS DO DEVEDOR PRINCIPAL. INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO. A falta de indicação de bens penhoráveis do devedor principal e o esgotamento, sem êxito, das providências de ofício nesse sentido, autorizam a imediata instauração da execução contra o devedor subsidiariamente responsável, sem prejuízo da simultânea desconsideração da personalidade jurídica do devedor principal, prevalecendo entre as duas alternativas a que conferir maior efetividade à execução.

Nesse caso, penso que a execução não será suspensa em relação ao tomador de serviços. Portanto, como regra, na fase de execução haverá suspensão do processo principal, não obstante possa prosseguir em relação a outros sujeitos não integrantes do polo passivo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

De qualquer maneira, havendo suspensão, ela se dará até a decisão que acolhe ou não o incidente, tendo em vista que, quando cabível, o recurso terá efeito meramente devolutivo (CLT, art. 899, *caput*).

Cumpre destacar que, tratando-se de execução que já era definitiva, a interposição de recurso da decisão do incidente não tem o condão de convertê-la em provisória. Noutros termos, acabada a suspensão, a execução prossegue como definitiva em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), ainda que em curso o julgamento de recurso⁸.

Por fim, é importante descrever que, na hipótese de instauração do incidente de ofício, a suspensão do processo será imediata, já que o juiz vislumbrou os pressupostos materiais para sua instauração.

Por outro lado, sendo o caso de requerimento da parte ou do Ministério Público a instauração do incidente é considerada como efetivada

⁸PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO DE SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DO DEVEDOR. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COMO DEFINITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE EXECUÇÃO DEFINITIVA EM PROVISÓRIA. PRECEDENTES. 1. A execução provisória pode converter-se em definitiva, bastando para isso que sobrevenha o trânsito em julgado da sentença. O oposto, todavia, não ocorre. A execução que inicia definitiva pode ser suspensa, por força dos embargos, mas não se transforma em provisória. Assim, pendente recurso da sentença que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução prossegue como definitiva. 2. Havendo risco de irreversibilidade da execução definitiva, tornando inútil o eventual êxito do executado no julgamento final dos embargos, poderá o embargante, desde que satisfeitos os requisitos genéricos da antecipação de tutela (*fumus boni juris* e *periculum in mora*), socorrer-se de uma peculiar medida antecipatória, oferecida pelo art. 558 do CPC: a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. O mesmo efeito é alcançável, com relação aos Recurso Especial e extraordinário, como “medida cautelar”, nas mesmas hipóteses e pelos mesmos fundamentos. 3. Precedentes: EAg 480374/RS, 1ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 9.5.2005 e REsp 658778/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ 1º.8.2005. 4. Recurso Especial a que se dá provimento. (STJ REsp 854.821; Proc. 2006/0118422-2 RS; Primeira Turma; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; Julg. 17.8.2006; DJU 31.8.2006; p. 297).

na prolação de decisão que o admite, e não no momento do requerimento (CÂMARA, 2016, p. 457). Esse entendimento decorre de interpretação do art. 134, § 4º, do NCPC, que exige que o requerimento do incidente demonstre o preenchimento dos pressupostos legais, constantes nos diplomas de direito material, para que a petição seja admitida pelo juízo. Dessa forma, após requerida a instauração do incidente, o juiz, por meio de cognição sumária, deverá observar se é provável a existência dos pressupostos para a desconsideração da personalidade jurídica. Em caso negativo, o juiz indeferirá liminarmente o incidente, razão pela qual ele não será nem mesmo considerado como instaurado, obstando evidentemente a suspensão do processo (CÂMARA, 2016, p. 459). Em caso positivo, instaura-se o procedimento provocando a suspensão.

7.4 Tutela cautelar

A instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, como visto, impõe como regra o contraditório prévio. Isso, porém, não obsta a concessão de tutela cautelar, quando presentes seus requisitos. Tanto é assim que o próprio C. TST, no art. 6º, § 2º, da IN n. 39/2016, fez a ressalva de que a suspensão não atingirá a concessão da tutela de urgência de natureza cautelar prevista no art. 301 do NCPC.

É importante destacar que o CPC de 1973, nos arts. 798 e 799, determinava de forma expressa que o juiz poderia, além dos procedimentos cautelares previstos no Código (cautelares nominadas ou típicas), determinar outras medidas provisórias quando houvesse fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, causasse ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação. Tratava-se do poder geral de cautela conferido ao juiz.

O NCPC, além de eliminar o processo cautelar autônomo, extinguiu as cautelares nominadas ou típicas, elencando o art. 301, de forma exemplificativa, algumas formas de efetivação das tutelas de urgência de natureza cautelar. Diante do dispositivo, a doutrina entende que o poder geral de cautela foi mantido no NCPC⁹. Dessa forma, o poder geral de cautela é definido por Daniel Amorim Assumpção Neves como:

[...] o generalizado poder estatal de evitar no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva gere a ineficácia dessa tutela. Essa amplitude da proteção jurisdicional no âmbito cautelar impõe que nenhuma restrição seja admitida no tocante ao direito concreto da parte em obter essa espécie de tutela quando demonstra os requisitos necessários previstos em lei. (NEVES, 2016, p. 471).

⁹Nesse sentido: Enunciado n. 31 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: O poder geral de cautela está mantido no CPC.

Assim, como forma de evitar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seja utilizado como meio para fraudar à execução pelos sócios ou sociedade (no caso da desconsideração inversa), é possível que o juiz, a requerimento ou de ofício e valendo-se de seu poder geral de cautela, em sede cautelar antes mesmo da citação, determine às instituições financeiras o bloqueio dos ativos financeiros existentes em nome do sócio e da sociedade, na desconsideração inversa (NCPC, art. 854), ou o arresto de seus bens, evitando sua transferência e garantindo resultado útil do processo.

Cabe destacar que nesses casos o contraditório é postergado, por expressa opção legislativa (NCPC, art. 9º, I), não havendo prévia comunicação ao sócio executado.

Com a utilização das referidas medidas cautelares, garante-se que, no futuro, caso haja o acolhimento da desconsideração da personalidade jurídica, o sócio ou a empresa responsável tenham bens suficientes para a satisfação do crédito exequendo, evitando-se que eles sejam alienados ou onerados em fraude à execução¹⁰.

Por fim, cumpre destacar que o art. 797 do CPC de 1973 admitia, em casos excepcionais, a concessão de ofício da tutela cautelar, o que não foi reproduzido no novo CPC. Em razão dessa omissão, parte da doutrina passa a exigir requerimento da parte, tendo em vista que, embora seja um mecanismo que busque garantir o resultado útil do processo e, portanto, de interesse público, há reflexos no direito material, além de provocar a responsabilidade objetiva da parte¹¹. Para outros, é possível sua concessão de ofício em casos excepcionais para resguardar a justa composição do litígio, como se depreende das lições de Humberto Theodoro Jr.:

[...] somente quando houver situação de vulnerabilidade da parte e risco sério e evidente de comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional, poder-se-á excepcionalmente, fugir do rigor do princípio dispositivo, tornando-se cabível a iniciativa do juiz para determinar medidas urgentes indispensáveis à realização da justa composição do litígio. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 624).

¹⁰Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 465.

¹¹MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 820; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 607.

No mesmo sentido, Daniel Assumpção Neves:

Entendo que mesmo diante do eloquente silêncio da lei, é provável que o tradicional poder geral de cautela se transforme num poder geral de tutela de urgência, sendo admitido, ainda que em caráter excepcional, a concessão de uma tutela cautelar ou antecipada de ofício. (NEVES, 2016, p. 437).

No processo do trabalho, ao menos na fase executiva, por vigorar o princípio inquisitivo não há óbice para a concessão de ofício da tutela cautelar (CLT, art. 878). Já na fase de conhecimento, pensamos que também será permitida sua concessão de ofício, pois o próprio deferimento da cautelar no incidente pressupõe medida de risco sério e evidente ao comprometimento da efetividade da tutela jurisdicional.

7.5 Citação e defesa

Instaurado o incidente, o art. 135 do NCPC indica que “o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Trata-se de citação e não intimação, vez que busca integrá-los à relação processual (NCPC, art. 238), sendo este o mecanismo adequado para tornar alguém sujeito do processo.

No incidente instaurado na fase de execução, a citação será por oficial de justiça, tal como previsto no art. 880, § 2º, da CLT. Justifica-se a citação pessoal nesse caso, já que a decisão que acolhe o incidente simplesmente intimará o sócio ou a sociedade (na desconsideração inversa) para pagamento. Portanto, preserva-se a citação pessoal apenas para a integralização ao processo e não mais para o pagamento.

Cita-se para apresentar defesa nos autos e não em audiência.

A nosso juízo, o prazo para apresentação da defesa é de 5 dias e não 15 dias, como no processo civil. Isso porque as modalidades de defesa na fase executiva trabalhista (embargos à execução, impugnação à decisão de liquidação, embargos de terceiro) observam o prazo de 5 dias (CLT, art. 884; NCPC, art. 674), o que deve ser acompanhado no incidente de desconsideração. Por força do princípio da celeridade, o mesmo prazo deve ser observado quando o incidente for instaurado na fase de conhecimento.

A propósito, no processo do trabalho, desnecessário o requerimento das provas que pretende produzir, vez que se trata de diretrizes retiradas dos requisitos da petição inicial civil (NCPC, art. 319, VII), não exigidos para a reclamação trabalhista (CLT, art. 840, § 1º).

Não sendo apresentada a defesa, haverá revelia e confissão quanto à matéria de fato.

Por outro lado, caso sejam apresentadas, as matérias de defesa nas ações derivadas da relação de emprego são limitadas, pois, como já anunciado, haverá aplicação da teoria menor (objetiva).

Nesse contexto, com a demonstração de insolvência de bens da sociedade empresária, poderão os sócios, por exemplo, levantar como matérias de defesa o benefício de ordem descrito no art. 795, §§ 1º e 2º, do NCPC ou o fato de serem sócios retirantes (CC, art. 1.003). Discutidas tais matérias no incidente, há preclusão quanto a elas caso não sejam impugnadas, vez que a decisão do incidente é suscetível de recurso¹².

Ressaltamos que não devem ser admitidas as alegações de inexistência de fraude ou de abuso de direito (desvio de finalidade ou confusão patrimonial), pois estes pressupostos apenas são exigidos na teoria maior ou subjetiva (CC, art. 50), não aplicável nas ações decorrentes da relação de emprego. Tais argumentos somente poderão ser conhecidos nas ações que não derivem da relação de emprego.

7.6 Instrução

O art. 134, § 4º, do NCPC estabelece que “o requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para descon sideração da personalidade jurídica”. Esse dispositivo não deve ser interpretado literalmente, mas de forma sistemática com o art. 136 do NCPC, que permite a instrução processual do incidente.

Disso resulta que o requerente deverá apresentar elementos mínimos de que estão presentes os requisitos para a descon sideração da personalidade jurídica, admitindo sua comprovação durante a instrução processual. Noutras palavras, esse dispositivo não impõe a existência de prova pré-constituída para o trâmite do incidente, podendo o requerente, após anunciar os elementos mínimos, postular ao juiz que proceda a pesquisas por meio de convênios judiciais para demonstrar a insuficiência de bens da sociedade, bem como a imediata concessão de tutela cautelar.

Por outro lado, não havendo indícios mínimos de insuficiência de bens (por exemplo, decorrentes de outros processos), inicialmente deverão ser postuladas as providências judiciais quanto à existência de bens e, caso inexistente, requerer a instauração do incidente ou ser instaurada de ofício.

No que tange ao ônus da prova dos pressupostos para o acolhimento da descon sideração, parte da doutrina entende que, sendo colocada sob o encargo do exequente trabalhista, cria-se mais um obstáculo à aplicação desse incidente ao processo do trabalho (CLAUS, 2016, p. 1086),

¹²Inclusive na fase de conhecimento, já que deverá ser impugnada por meio de recurso ordinário no momento da decisão final.

vez que, em regra, tem posição hipossuficiente. Dessa forma, o ônus da prova deveria ser sempre do sócio ou da sociedade atingida e não do exequente.

Como somos adeptos de que nas ações decorrentes da relação de emprego os pressupostos a serem demonstrados são os descritos no art. 28, § 5º, do CDC (teoria menor ou objetiva), ou seja, basta a constatação de que a pessoa jurídica cuja personalidade se pretende desconsiderar não possui bens suficientes para o pagamento da dívida, pensamos que não se atribui ao credor trabalhista um excessivo ônus probatório, tanto que o próprio juiz, *ex officio*, poderá desconsiderar a personalidade jurídica na fase da execução diante da presença nos autos de documentos que demonstram a insuficiência de bens da sociedade.

Nada obsta, porém, que, se necessário no caso concreto, seja invocada a teoria dinâmica do ônus da prova, quando preenchidos os requisitos do art. 373, § 1º, do NCPC.

De qualquer maneira, ante a incidência da teoria menor (objetiva) nas ações decorrentes da relação de emprego, em regra, não haverá necessidade de dilação probatória, podendo o incidente ser julgado imediatamente após a apresentação de defesa do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa), nos termos do art. 355, I, do NCPC.

Sendo acolhido o incidente na fase de execução, o juiz intimará¹³ o sócio ou a sociedade (na desconsideração inversa) para pagar ou nomear bens à penhora no prazo de 48 horas (CLT, art. 880).

Realizada a penhora, como o sócio já é considerado como integrante do polo passivo da execução, a apresentação da defesa dos atos posteriores à desconsideração deverá ser realizada por meio dos embargos à execução (NCPC, art. 914 e seguintes). Os embargos de terceiro ficam restritos aos sócios que não tiverem feito parte do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (NCPC, art. 674, § 2º, III).

7.7 Impugnação da decisão

Acolhendo ou rejeitando o incidente de desconsideração passa a ter relevância se a decisão é impugnável imediatamente.

Nesse contexto, o C. TST no art. 6º, § 1º, da IN n. 39/2016, declinou o que segue:

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º, da CLT;

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

¹³Intimar e não citar, vez que o sócio já está integrado na fase executiva.

III - cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal. (CPC, art. 932, inciso VI).

Dessa forma, possuindo natureza de decisão interlocutória, a decisão, se proferida no processo de conhecimento, não será impugnável de imediato, por força do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (CLT, art. 893, § 1º). Inaplicável, portanto, o art. 1.015, IV, do NCPC, de modo que sua impugnação ocorrerá no momento da decisão final, cabendo naturalmente o recurso ordinário e, posteriormente se for o caso, o recurso de revista.

Já nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, seu julgamento será feito pelo relator (NCPC, art. 932, V). Com efeito, sabendo-se que a decisão colegiada é da índole dos tribunais, o relator, quando atua de forma monocrática, age por delegação do órgão colegiado, razão pela qual sua decisão submete-se ao agravo interno (NCPC, art. 1.021).

No tocante à impugnação das decisões proferidas na fase de execução, cumpre fazer uma análise mais aprofundada sobre o tema, especialmente em relação ao depósito recursal.

7.7.1 Agravo de petição e depósito recursal

O agravo de petição está previsto no art. 897, “a”, da CLT, que estabelece:

Art. 897. Cabe agravo, no prazo de 8 (oito) dias:
a) de petição, das decisões do Juiz ou Presidente, nas execuções [...]

Pela interpretação literal desse dispositivo, verifica-se que o agravo de petição é cabível das decisões na fase de execução. A generalidade desse dispositivo provoca dúvida na doutrina e na jurisprudência acerca do alcance proposto pela norma. Noutras palavras, quais decisões são impugnáveis pelo agravo de petição?

É sabido que o juiz profere despachos, decisões interlocutórias e sentenças.

Os despachos são irrecorríveis (NCPC, art. 1.001), seja na fase de conhecimento, seja na fase de execução.

Por outro lado, as sentenças terminativas ou definitivas, por resolverem o processo, com ou sem resolução do mérito, são recorríveis. Na fase de execução, o recurso adequado é o agravo de petição. Desse modo, as decisões proferidas nos embargos à execução, embargos de terceiros

(desde que ajuizado na fase de execução¹⁴) e na impugnação à decisão de liquidação são recorríveis por meio do agravo de petição. O mesmo se diga da decisão que acolhe a exceção de pré-executividade extinguindo a execução¹⁵ e da decisão que acolhe a prescrição intercorrente¹⁶.

A maior celeuma fica por conta das decisões interlocutórias, existindo três correntes acerca do tema.

A primeira declina que o art. 893, § 1º, da CLT, que veda a recorribilidade imediata das decisões interlocutórias, é aplicável na fase executiva, restringindo o cabimento do agravo de petição (MARTINS, 2012, p. 454-455).

A segunda descreve que o princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias não se aplica na fase de execução, possibilitando a impugnação imediata de todas as decisões, pois o art. 897, "a", da CLT não fez nenhuma restrição (CARRION *apud* MOURA, 2013, p. 1173).

Por sua vez, a terceira admite a impugnação imediata quando a decisão impuser um obstáculo intransponível para a execução ou for capaz de, concretamente, produzir prejuízo grave e imediato a direito tido por incontestável (BEBBER, 2014, p. 310).

De nossa parte pensamos que a terceira corrente está com a razão.

Como regra, as decisões interlocutórias proferidas na execução não podem ser impugnadas, sob pena de inviabilizar o prosseguimento da execução.

Contudo, pode ocorrer de a decisão interlocutória criar obstáculo intransponível ao prosseguimento da execução, equiparando-se à sentença terminativa¹⁷. Noutras palavras, quando se estiver diante de decisão interlocutória terminativa do feito. Esse é o caso da decisão que rejeita o incidente de descon sideração da personalidade jurídica, por inviabilizar o prosseguimento da execução em face do sócio ou da sociedade (na descon sideração inversa).

¹⁴Sendo ajuizado na fase de conhecimento caberá recurso ordinário.

¹⁵A decisão que rejeita ou acolhe parcialmente a exceção é irrecorrível de imediato.

¹⁶O C. TST não admite a incidência da prescrição intercorrente no processo do trabalho (Súmula n. 114 do TST; IN n. 39/2016, art. 2º, VIII).

¹⁷TST-RR-205200-90.1990.5.02.0028, 3ª Turma, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DJ 28.9.2012. "I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. A potencial violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal encoraja o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. DECISÃO PROFERIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. CABIMENTO. AGRAVO DE PETIÇÃO. O disposto no art. 893, § 1º, da CLT há de ser interpretado em sintonia com a disciplina do art. 897, 'a', do mesmo Texto, de forma a compreender-se que desafiarão agravo de petição as decisões proferidas em execução, quando, mesmo que excedentes às trilhas dos embargos à execução e da impugnação aos cálculos, criarem empecilhos ao regular desfecho do procedimento, abandonando, assim, a aparência interlocutória, para alcançar foros de definitividade. Recurso de revista conhecido e provido".

Do mesmo modo, pode acontecer de a decisão interlocutória produzir prejuízo iminente ao agravante, admitindo-se o agravo de petição para afastá-lo (MIESSA, 2015, p. 235). Parece-nos ter sido essa a posição do C. TST para admitir o agravo de petição da decisão que acolhe o incidente.

Embora parte da doutrina tenha adotado o entendimento de que não caberá recurso da decisão que acolhe o incidente, permitindo sua impugnação apenas da decisão dos embargos à execução, quando a matéria deverá ser discutida novamente¹⁸, pensamos que a posição adotada pelo E. TST, se bem interpretada, é mais eficiente apesar de permitir a imediata impugnação.

Com efeito, as matérias discutidas no incidente, se não recorridas imediatamente, devem provocar a preclusão e, conseqüentemente, coisa julgada. Além disso, o agravo de petição terá efeito meramente devolutivo, não obstando o prosseguimento da execução definitiva em face do sócio. Ademais, existindo meio de impugnação eficaz a afastar o prejuízo do agravante, não há que se falar em cabimento do mandado de segurança e, conseqüentemente, a utilização do C. TST como instância ordinária.

Assim, desde que o agravo de petição inviabilize o cabimento do mandado de segurança, provoque preclusão e admita o prosseguimento imediato da execução definitiva em face do sócio, pensamos ser cabível imediatamente da decisão que acolhe o incidente, tal como previsto na Instrução Normativa n. 39 do TST.

É interessante destacar que prosseguindo a execução, da decisão dos embargos à execução também caberá agravo de petição, ficando o relator que julgou ou julgará o agravo de petição do incidente prevento para o agravo de petição dos embargos.

Outro ponto digno de nota diz respeito à exigência de depósito recursal no referido agravo de petição.

É sabido que o depósito recursal tem como finalidade a garantia de futura execução. Na fase de conhecimento, o depósito possui um teto máximo, que pode ser legal ou o valor da condenação, nesse último caso quando inferior ao teto legal.

Na fase de execução, por sua vez, não existe teto legal, de modo que deverá ser no valor integral da execução ou da majoração.

Desse modo, como em regra o agravo de petição é posterior à penhora, que tem natureza de garantir a execução, ele somente será exigido se houver elevação do valor do débito, exigindo-se o depósito no valor total da majoração (Súmula n. 128, II, do TST).

Diante dessa sistemática do depósito recursal no agravo de petição, a interposição desse recurso da decisão do incidentes, independe de garantia do juízo, como previsto no art. 6º, § 1º, II, da IN n. 39/2016 do

¹⁸Nesse sentido: CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 151.

TST. Isso porque, exigir o depósito recursal no caso, equivaleria a uma espécie de “penhora antecipada” dos bens do sócio como forma de satisfazer o pressuposto recursal do preparo, já que, como dito, o depósito na hipótese deveria ser integral, pois como regra não haverá penhora nem mesmo parcial.

De qualquer modo, tendo o agravo de petição efeito meramente devolutivo, não obsta a penhora dos bens do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa) na execução propriamente dita.

7.7.2 Recurso de revista

Na fase de execução, o cabimento do recurso de revista vem descrito no art. 896, § 2º, da CLT, *in verbis*:

§ 2º Das decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou por suas Turmas, em execução de sentença, inclusive em processo incidente de embargos de terceiro, não caberá Recurso de Revista, salvo na hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

Portanto, limita seu cabimento à hipótese de violação direta e literal da norma Constitucional. Diante dessa restrição, é necessário que façamos algumas observações.

É possível que, no caso concreto, o magistrado tome pelo menos duas atitudes quando tiver que atingir os bens do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa): 1) negar a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica ao processo trabalhista, simplesmente redirecionando a execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa); 2) aplicar o incidente de desconsideração previsto no Novo CPC, mas fazendo as compatibilizações que entender pertinentes com o processo do trabalho.

No primeiro caso, entendemos que será cabível a interposição de recurso de revista por afronta direta e literal à Constituição Federal.

Isso porque, conforme analisamos anteriormente, o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 do NCPC teve como objetivo assegurar o contraditório substancial e, conseqüentemente, o princípio do devido processo legal, previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, o qual prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal consiste, portanto, no direito de que os cidadãos serão processados pelas regras já existentes no ordenamento jurídico.

O princípio do devido processo legal corresponde ao “postulado fundamental do direito (gênero)”, do qual derivam todos os demais princípios constitucionais do processo (NERY JUNIOR *apud* SCHIAVI, 2015, p. 88), podendo ser compreendido em duas dimensões: formal e material (substancial).

Em sua dimensão formal, o princípio do devido processo legal confere a todo sujeito o direito a um processo que observe as demais garantias estabelecidas na Constituição ou em leis infraconstitucionais, ou seja, garante o direito fundamental a um processo devido, que respeite o contraditório e a ampla defesa, o tratamento paritário entre as partes do processo, a publicidade, dentre outros princípios processuais. Tem como foco, portanto, o aspecto formal do processo.

Na dimensão substancial ou material, o princípio do devido processo legal deve levar em conta não somente a observância de exigências formais, mas também o compromisso de que as decisões jurídicas estarão em conformidade com o acesso à justiça, com a efetividade e com a duração razoável do processo. Em outras palavras, “devido é o processo que gera decisões jurídicas substancialmente devidas” (DIDIER JR., 2013, p. 50).

Destacamos que as duas dimensões do devido processo legal (formal e substancial) devem ser avaliadas de forma conjunta, mesmo porque são os próprios deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que definem o que é um processo justo/adequado aos demais princípios processuais. Assim, o devido processo legal substancial deve ser utilizado como parâmetro na definição do devido processo legal formal (ÁVILA *apud* DIDIER JR., 2015, p. 71).

Dessa forma, o devido processo legal compreende a garantia de que não haverá abuso de poder nos âmbitos administrativo, legislativo e judicial.

Com efeito, o simples redirecionamento da execução em face do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa) significa a negação do procedimento legalmente previsto para a desconsideração da personalidade jurídica, constituindo-se em decisão arbitrária e violando, conseqüentemente, o devido processo legal. Por isso, pensamos que nesse caso será cabível recurso de revista por violação constitucional (art. 5º, LIV).

Por sua vez, nos casos em que o magistrado trabalhista aplique parcialmente o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, faça adaptação do procedimento previsto no NCPC aos princípios da seara trabalhista, não há que se falar em violação ao devido processo legal, mas sim em interpretação de lei infraconstitucional. Nesse caso, poderá existir violação direta da lei federal (arts. 133 a 137 do NCPC) e, no máximo, violação reflexa da Constituição¹⁹. Portanto, nessa hipótese,

¹⁹A ofensa indireta ou reflexa ocorre quando o recorrente tiver que invocar uma norma infraconstitucional para chegar à norma constitucional.

não será admitido o recurso de revista e nem mesmo o extraordinário (Súmula n. 636 do STF)²⁰.

Em resumo, na fase de execução, apenas caberá o recurso de revista nos casos em que o magistrado ignorar totalmente a disciplina do NCPC relativa ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, pois se trata de violação ao princípio constitucional do devido processo legal (CF/1988, art. 5º, LIV). Todavia, quando houver mera interpretação dos arts. 133 a 137 do NCPC e a conseqüente adaptação do procedimento trabalhista pelo magistrado, por se tratar apenas de violação reflexa da Constituição Federal ou mesmo violação literal de disposição de lei federal, não será cabível recurso de revista na fase da execução.

Por fim, destacamos que não é possível a interposição de recurso de revista por violação às diretrizes constantes do art. 6º da Instrução Normativa n. 39 do TST, uma vez que esta possui apenas natureza administrativa, não tendo caráter normativo ou jurisprudencial a legitimar o cabimento desse recurso.

8 CONCLUSÃO

O direito material já versava sobre a desconconsideração da personalidade jurídica, mas nada previa acerca da forma de realizar processualmente tal desconconsideração. Desse modo, o Novo Código de Processo Civil passou a abordar o procedimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nos arts. 133 a 137.

A aplicação desses dispositivos ao processo do trabalho passa pela análise de dois requisitos: omissão e compatibilidade, nos termos dos arts. 769 e 889 da CLT e 15 do NCPC (TST, IN n. 39/2016, art. 1º). Embora o âmbito laboral seja omissivo sobre o tema, a chegada de um instituto totalmente novo gera, naturalmente, repulsa imediata para aqueles que lidam com a efetivação dos direitos fundamentais. No entanto, pensamos que, fazendo-se as compatibilizações necessárias, o incidente deve ser aplicado ao processo laboral, com a finalidade de respeitar os princípios do devido processo legal e do contraditório substancial, sem prejudicar, no entanto, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Nesse contexto, a aplicação das normas processuais referentes ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previstas no NCPC não deve provocar nenhuma alteração acerca dos pressupostos de direito material que possibilitam a desconconsideração, incidindo nas relações de emprego a teoria menor ou objetiva, disciplinada no art. 28, § 5º, do CDC.

²⁰Súmula n. 636 do STF: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

Dessa forma, no processo do trabalho, a desconsideração poderá ocorrer quando a pessoa jurídica não possuir bens suficientes para o pagamento da dívida. As mesmas regras são aplicadas à desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Partindo desse pressuposto (teoria objetiva), a nosso juízo, o procedimento previsto no NCPC para ser aplicado ao processo do trabalho deve sofrer as seguintes adaptações:

1) **legitimidade ativa (iniciativa)**: com base no princípio inquisitivo, na fase de execução trabalhista é permitida a instauração, de ofício, pelo Juiz do Trabalho;

2) **suspensão do processo**: na fase de conhecimento, em razão do disposto no art. 799 da CLT, a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica não deve provocar a suspensão do processo. Já no que tange à fase de execução, pensamos que a suspensão se faz necessária para evitar que os bens dos sócios ou da sociedade (na desconsideração inversa) sejam atingidos antes da decisão que acolhe a desconsideração da personalidade jurídica. De qualquer maneira, a suspensão da execução deve ocorrer tão somente aos atos relacionados ao sócio ou à sociedade (na desconsideração inversa), mas não em relação a outros sujeitos não integrantes do polo passivo do incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Salientamos que, para evitar que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica seja utilizado como instrumento de fraude pelos sócios ou pela sociedade (na desconsideração inversa), é possível que o juiz, de ofício (ou a requerimento) e valendo-se de seu poder geral de cautela, antes mesmo da citação, conceda medidas cautelares que evitem a transferência de bens e garantam o resultado útil do processo.

3) **prazo para defesa**: diferentemente do NCPC que concede o prazo para apresentação de defesa de 15 dias (art. 135), no processo do trabalho, em consonância com os demais prazos concedidos para apresentação de defesa na fase executiva trabalhista e com o princípio da celeridade, deverá ser concedido o prazo de 5 dias;

4) **instrução processual**: ante a incidência da teoria menor (objetiva) nas relações de emprego não haverá, como regra, necessidade de dilação probatória, podendo o incidente ser julgado imediatamente após a apresentação de defesa do sócio ou da sociedade (na desconsideração inversa);

5) **impugnação da decisão que acolher ou rejeitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica**:

a) na fase de cognição não é cabível recurso de imediato, em razão do princípio da irrecorribilidade imediata das decisões interlocutórias (art. 893, § 1º, da CLT; TST IN n. 39/2016, art. 6º, § 1º);

b) na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo, desde que inviabilize o cabimento do mandado de segurança, provoque preclusão e admita o prosseguimento imediato da execução definitiva em face do sócio. Ademais, das decisões que negarem a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica simplesmente redirecionando a execução em face do sócio será cabível a interposição de recurso de revista por afronta direta e literal à Constituição Federal, em razão da violação do princípio do devido processo legal (CF/1988, art. 5º, LIV). Por sua vez, nos casos em que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica for aplicado parcialmente, por se tratar de interpretação de lei infraconstitucional (violação direta da lei federal) não será admitido o recurso de revista;

c) nos casos em que o incidente for instaurado originariamente no Tribunal, a decisão monocrática submete-se ao agravo interno (NCPC, art. 1.021).

Com efeito, mantendo-se a aplicação da teoria menor (objetiva) para ações decorrentes da relação de emprego e observadas as compatibilizações anteriormente apresentadas, acreditamos que o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é aplicável ao processo do trabalho.

9 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Élisson (Coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BEBBER, Júlio César. **Processo do trabalho: temas atuais**. São Paulo: LTr, 2003.

BEBBER, Júlio César. **Recursos no processo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In: WAMBIER, Teresa Arruda et al. (Coord.). Breves comentários ao novo código de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. V. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLAUS, Ben-Hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC de 2015 e o direito processual do trabalho. *In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. Novo CPC e o processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2016.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. **Execução no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GOULART, Rodrigo Fortunato. **Novo CPC e o processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Gabriela Neves; DUTRA, Renata Queiroz. A aplicação das convenções processuais do novo CPC ao processo do trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais. *In: MIESSA, Élisson (Coord.). O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. V. 1. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil. Parte geral e processo de conhecimento. V. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 2. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**. Obrigações. V. 2. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. V. 1. Parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica: aspectos de direito material e processual. **Revista Jurídica do Ministério Público**, v. 6, maio 2006.

KLIPPEL, Bruno. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões no processo do trabalho. *In*: LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra (Org.). **Novo CPC: repercussões no processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. de acordo com o novo CPC – Lei n. 13.105, de 16.3.2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense: modelos de petições, recursos, sentenças e outros**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIESSA, Élisson (Coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MIESSA, Élisson. **Recursos trabalhistas**. Salvador: JusPodivm, 2015.

MIESSA, Élisson. **Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST comentadas e organizadas por assunto**. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Tutela provisória. *In*: WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOURA, Marcelo. **Consolidação das leis do trabalho para concursos**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves; BENTO, José Gonçalves. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. *In*: MIESSA, Élisson (Coord.). **O novo código de processo civil e seus reflexos no processo do trabalho**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Simone Lahorgye; BIANQUI, Pedro Henrique Torres. A desconsideração da personalidade jurídica: considerações sobre a origem do princípio, sua positivação e a aplicação no Brasil. *In*: AZEVEDO, Erasmo Valladão; FRANÇA, Novaes (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. V. II. Teoria geral das obrigações. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; FONSECA, Marina Silva. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica do novo código de processo civil. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord. geral). **Novo CPC doutrina selecionada**. V. 1. Parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 9. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2015.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 10. ed. de acordo com Novo CPC. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, Bruno Freire e. **O novo CPC e o processo do trabalho I**. Parte geral. São Paulo: LTr, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal. Vol. II. 48. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. V. I. 56. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo justo e contraditório dinâmico. **Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito**, São Leopoldo, v. 2, n. 1, jan./jun. 2010.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de direito comercial.** V. 1. Teoria geral do direito comercial e das atividades empresariais mercantis; introdução à teoria geral da concorrência e dos bens imateriais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda *et al.* (Coord.). **Breves comentários ao novo código de processo civil.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSÉDIO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: breves considerações

HARASSMENT AND INVERSION OF THE BURDEN OF PROOF: brief considerations

FELICIANO, Guilherme Guimarães*

Resumo: O artigo discorre sobre a repartição do ônus da prova no processo do trabalho, com ênfase para os casos de assédio moral. Para tanto, examina a distribuição do ônus da prova na casuística da Justiça do Trabalho e na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, sobretudo nas hipóteses que envolvem a tutela de direitos humanos fundamentais nas relações de trabalho, para em seguida propor a inversão do ônus da prova nas ações judiciais fundadas em alegação de assédio moral, uma vez presentes determinados pressupostos.

Palavras-chave: Processo do trabalho. Ônus da prova. Inversão. Assédio moral.

Abstract: The article talks about the apportionment of the burden of proof in the labour proceeding, emphasizing cases of moral harassment. Therefore, it examines the distribution of the burden of proof in the Labour Court casuistry and the jurisprudence of the Superior Labour Court, especially in the hypotheses that involve the protection of fundamental human rights in work relations, to then propose the inversion of the burden of proof in the judicial actions based on allegation of moral harassment, given certain assumptions.

Keywords: Labour Proceeding. Burden of Proof. Inversion. Moral Harassment.

*Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-Docente e Doutor pela Universidade de São Paulo. Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vice-Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2015-2017). Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP.

1 INTRODUÇÃO

Além das inúmeras polêmicas que suscita no campo do direito material, o **assédio moral** também representa, para os estudiosos do processo, uma fonte formidável de controvérsias e perplexidades. Entre elas, talvez a mais significativa diga respeito à **repartição do ônus da prova** nas ações judiciais que discutem contextos concretos de assédio moral e o seu tratamento jurídico (prevenção, repressão, reparação).

Assim, p. ex., tem-se por adquirido, na França, incumbir **ao réu** desincumbir-se do ônus da prova relativamente ao alegado assédio moral (*harcèlement moral*), desde que o autor logre demonstrar fatos que permitam **presumir** o assédio (art. L 122-52 do *Code du Travail*)¹. Assim é que:

[...] l'article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établisse les faits qui permettent de présumer de l'existence d'un harcèlement.

Cela est conforme à nos procédures civiles et pénales - le supposé harceleur bénéficiant de la présomption d'innocence.

Le salarié demandeur devra établir la matérialité des éléments de faits précis et concordants qu'il présente au soutien de ses allégations.

Au vu de ces éléments, il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés par des motifs étrangers à tout harcèlement. Le juge formera alors sa conviction.

Em Portugal, da mesma maneira, à vista do que dispõe o Código do Trabalho lusitano (art. 29º c/c art. 25º, 5), entende-se **inverter-se** a distribuição do ônus da prova, sopesando sobre a posição jurídico-processual do empregador, em todos aqueles casos nos quais o alegado assédio configura típica conduta discriminatória. Veja-se por todos, nesse sentido, o Acórdão da Relação do Porto n. 3.819/2008, julgado em 2.2.2009.

É essa, ademais, uma clara tendência legislativa em toda a Europa ocidental. Não por outra razão, aliás,

¹Cf., por todos, Isabelle Bourkhris, 2011.

[...] a União Européia firmou acordo entre os países-membros, aprovando a inversão do ônus da prova na hipótese de assédio sexual. Na mesma direção trilhou o legislador francês, na lei que coíbe o assédio moral no trabalho. Admite-se a inversão do ônus da prova, revertendo para o agressor o encargo de provar a inexistência do assédio, na medida em que o autor da ação já tenha apresentado elementos suficientes para permitir a presunção de veracidade dos fatos narrados na petição inicial. (GUEDES, 2003, p. 47-48).

Entre nós, enfim, até por influência do pensamento estrangeiro, diversos tribunais regionais do trabalho já trataram de, igualmente, relativizar ou inverter o *onus probandi* nos processos que versam danos morais. Poderiam fazê-lo?

Compreendamos melhor os pressupostos dessas teses.

2 O ÔNUS DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL BRASILEIRO

No Brasil, o Código de Processo Civil de 2015, tal como já havia feito o Código de 1973 e, antes dele, o de 1939, **assimilou** a teoria rosenberg-chiovendiana de distribuição do ônus da prova, positivando duas regras estáticas de repartição (art. 373). Mas, diferentemente dos diplomas anteriores, positivou **hipóteses gerais de relativização** do paradigma rosenbergiano (à semelhança do que já fizera, décadas antes, o Código Civil português, em seu art. 344^o), como se lê textualmente no § 1^o do mesmo preceito. *In verbis*:

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1^o Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamen-

tada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

O CPC/2015 não fez mais, neste particular, que trazer aos escaninhos da lei processual geral algo que há muito já estava assimilado pelo direito processual brasileiro. Com efeito, mesmo sob a égide do CPC/1973 - quando a única possibilidade legal de inversão do ônus da prova era aquela da **pactuação** entre as partes (art. 333, par. único) e, ainda assim, se a convenção incidisse sobre direitos (*rectius*: pretensões materiais ou “direitos prováveis”) de caráter disponível² -, havia hipóteses específicas de inversão ou exclusão do *onus probandi* positivadas na legislação esparsa. Citem-se, como exemplos:

- a inversão do ônus da prova nas ações consumeristas, em favor do consumidor, e “**a critério do juiz**”, quando houver verossimilhança da alegação e/ou hipossuficiência do autor, “**segundo as regras ordinárias da experiência**” (permissão legal contida no art. 6º, VIII, do CDC, já reportada *supra*)³;

- a inversão do ônus da prova em matéria de publicidade, sendo certo que “[o] ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina” (art. 38 do CDC), em caráter incondicional⁴;

²V., e. g., a proibição do art. 51, VI, do CDC.

³Grassa, a propósito, debate doutrinário e jurisprudencial sobre a natureza da hipossuficiência que autorizaria a inversão condicional do art. 6º, VIII, do CDC: se hipossuficiência técnica, se hipossuficiência econômica (como é a laboral), ou ainda se ambas. V., no primeiro sentido (hipossuficiência técnica), TJSP, AI n. 301006-4-7, 3ª Câmara. Direito Privado, rel. Des. Luiz Antônio de Godoy, j. 18.11.2003; TJSP, AI 214037-4-9, 1ª Câmara. Direito Privado, rel. Des. Paulo Dimas Mascaretti, j. 25.9.2001).

⁴Quanto à incondicionalidade, cf., por todos, Xavier Leonardo, 2004, p. 296-297. V. também TJSP, Apel. Cível n. 255461-2-6, 9ª Câmara. Cível, rel. Des. Aldo Magalhães, j. 6.4.1995, in RT 716/182.

- a inversão do ônus da prova, em favor do devedor, nas ações relativas a estipulações usurárias e afins, ainda que não regidas pelo CDC, desde que haja verossimilhança da alegação (MP n. 2.172-32, de 23.8.2011⁵);

- a inversão do ônus da prova, em favor do segurado, nas ações judiciais de aposentadoria (reforma), derivada da correspondente inversão do encargo probatório no plano administrativo (*ut* art. 29-A, § 1º, da Lei n. 8.213/1991⁶, com a redação da Lei n. 10.403, de 8.1.2002)⁷;

⁵A medida procurou conter os efeitos funestos das atividades usurárias e de agiotagem, declarando “nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam: I - nos contratos civis de mútuo, taxas de juros superiores às legalmente permitidas, caso em que deverá o juiz, se requerido, ajustá-las à medida legal ou, na hipótese de já terem sido cumpridas, ordenar a restituição, em dobro, da quantia paga em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido; II - nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido” (art. 1º), e alcançando ainda “as disposições contratuais que, com o pretexto de conferir ou transmitir direitos, são celebradas para garantir, direta ou indiretamente, contratos civis de mútuo com estipulações usurárias” (i. e., simulações maliciosas - art. 2º). E, em todos esses casos, dispõe que “[n] as ações que visem à declaração de nulidade de estipulações com amparo no disposto nesta Medida Provisória, **incumbirá ao credor ou beneficiário do negócio o ônus de provar a regularidade jurídica das correspondentes obrigações**, sempre que demonstrada pelo prejudicado, ou pelas circunstâncias do caso, a verossimilhança da alegação” (art. 3º - g. n.). A ementa da MP n. 2.172-32/2001, aliás, já diz a que veio, nos planos material e processual: “Estabelece a nulidade das disposições contratuais que menciona e **inverte, nas hipóteses que prevê, o ônus da prova nas ações intentadas para sua declaração**” (g. n.).

⁶*In verbis*: “O INSS terá até 180 (cento e oitenta) dias, contados a partir da solicitação, para fornecer ao segurado as informações previstas no *caput* deste artigo”. O *caput* diz que “[o] INSS utilizará, para fins de cálculo do salário-de-benefício, as informações constantes no Cadastro Nacional de Informações Sociais - CNIS sobre as remunerações dos segurados”.

⁷Com esse entendimento, cf., por todos, Sandra Aparecida Sá dos Santos, 2006, p. 97-98. *In verbis*: “Antes, o contribuinte era obrigado a apresentar a carteira de trabalho para comprovar o tempo de serviço e a remuneração. Agora, é o INSS que deve fornecer as informações relativas ao tempo e ao valor da contribuição do segurado, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS). [...] **É evidente que ocorrerá a inversão do onus probandi na esfera jurisdicional** havendo necessidade de propositura da ação, pelo contribuinte, visando ao recebimento do benefício previdenciário, uma vez que cabe ao INSS fornecer ao segurado todas as informações constantes do Cadastro Nacional das Informações Sociais, nos termos da mencionada lei” (g. n.). Como se trata de uma interpretação derivada da inversão administrativa, esta hipótese é obviamente mais polêmica. Assim, em sentido contrário, v. Xavier Leonardo, 2004, p. 310: “Não se trata, efetivamente, de uma regra de inversão do ônus da prova. Isto porque, em primeiro lugar, sua aplicação limita-se ao procedimento administrativo voltado para o recebimento do salário-de-benefício [*rectius*: do benefício]. Em segundo lugar, não se inverte um ônus de provar ao se estabelecer um dever legal de prestação de informações, no caso, constantes do Cadastro Nacional de Informações Sociais”. Mas a seguir concede: “A não apresentação dessas informações pelo INSS, porém, pode ser utilizada como elemento de convicção do julgador ao apreciar uma demanda voltada para o recebimento do benefício previdenciário”. De nossa parte, acompanhamos Sá dos Santos: se o único objeto da prova, nos pedidos simples de aposentadoria, é o tempo de serviço ou contribuição e o elenco histórico das contribuições - todas informações disponíveis no CNIS -, e se o INSS é legalmente

- a exclusão ou inversão do ônus da prova, nos processos que demandam prova pericial médica, em desfavor da parte recusante à perícia que pressupõe disponibilidade física (art. 232 do NCC⁸).

Para mais, a par dessas possibilidades legais, tanto a jurisprudência cível como sobretudo a trabalhista já eram ricas, antes mesmo do CPC/2015, em casuísticas de inversão/exclusão do ônus da prova, ora *secundum legem*, ora *praeter legem* ou até mesmo *contra legem*, pelos mais variegados motivos. Vejamos, para o caso específico da jurisprudência trabalhista.

3 INVERSÕES PRETORIANAS DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO: breve esboço

Nos tribunais laborais, há larga jurisprudência sumulada sobre repartição do ônus da prova, ora meramente declaratória do modelo legislativo em vigor, ora efetivamente inovadora (= inflexões pretorianas). Vejamos alguns casos.

A Súmula n. 6, VIII, do TST dispõe, sobre equiparação salarial, que “[é] do empregador o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação salarial”. Isto era apenas reproduzir, *in litteris*, o dispositivo do art. 333, II, do CPC/1973 - e, agora, do art. 373, II, do CPC/2015 -, já que o empregador será o réu. Melhor faria o enunciado se esclarecesse, p. ex., o que se considera como fato impeditivo, modificativo ou extintivo da equiparação: *e.g.*, a diversa perfeição técnica ou a diversa produtividade entre paradigma e paragonado, ou ainda o tempo de serviço na função superior a dois anos, todos fatos impeditivos à luz do art. 461, *caput* e § 1º, da CLT.

obrigado a apresentá-los no procedimento administrativo (não se exigindo, naquele âmbito, qualquer atividade probatória anterior do segurado), não é lógico que, na demanda judicial, essa vantagem seja perdida. O ônus da prova resta aprioristicamente invertido, até mesmo em homenagem ao princípio da aptidão para a prova. Se, todavia, a prova documental carreada pela autarquia infirmar a pretensão inicial, caberá ao autor a contraprova, seja ela documental (v. no plano administrativo, o art. 29-A, § 2º, da Lei n. 8.213/1991), seja mesmo oral (v. art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991). V. ainda, *supra*, o tópico 27.3.1, n. III (quanto à interpretação conforme do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/1991).

⁸*In verbis*: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”. V. a respeito G. G. Feliciano, 2007, *passim*.

A Súmula n. 12 do TST dispõe que “[a]s anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção *juris et de jure*, mas apenas *juris tantum*”. Outra vez o verbete não trouxe grande novidade, a não ser por assegurar ao empregado o direito processual à contraprova. No subtexto, reputa-se satisfeito, pela prova preconstituída em CTPS, o *onus probandi* do empregador em torno da matéria.

A OJ SDI-1/TST n. 215 dispunha que “[é] do empregado o ônus de comprovar que satisfaz os requisitos indispensáveis à obtenção do vale-transporte”, i. e., a sua necessidade e a manifestação de vontade perante o empregador. Nisto, mais uma vez, apenas aplicava a lógica do *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*. No entanto, essa orientação foi **cancelada** pela Resolução n. 175, de 24.5.2011, o que levava a supor que a jurisprudência do TST poderá vir a **infletir** o ônus da prova, em favor do empregado, também nessa hipótese. E, de fato, foi editada em 2016 a Súmula n. 460 do TST, pela qual:

[é] do empregador o ônus de comprovar que o empregado não satisfaz os requisitos indispensáveis para a concessão do vale-transporte ou não pretenda fazer uso do benefício.

Dá-se, pois, clara inversão do ônus da prova, pois caberia ao reclamante, *a priori*, fazer a prova dos requisitos indispensáveis para o direito ao vale-transporte (fatos constitutivos do direito).

Já a Súmula n. 212 do TST estabelece que:

[o] ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.

Aqui efetivamente se inverteu o ônus da prova, a partir de uma presunção *hominis* derivada do princípio da continuidade da relação de emprego: embora seja alegação do empregado a data e o modo de terminação da relação de emprego, cumprirá ao empregador provar

eventual data ou modo mais favorável aos seus interesses, resolvendo-se as dúvidas em seu detrimento (e inpletindo-se, portanto, a regra do art. 818 da CLT, na direção do que fez a legislação portuguesa, *ut arts. 435º, 1 e 3, do CT*).

A OJ SDI-1/TST n. 233 pontificou que:

[a] decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período.

Nisto, **modulou** o ônus da prova, inpletindo parcialmente a regra do art. 818 da CLT: comprovadas as sobrejornadas em certo período, o juiz poderá, também por *praesumptio hominis*, considerar que as mesmas sobrejornadas eram praticadas em outros períodos, não abrangidos pela prova (o que significa, na prática, **inverter o ônus da prova** dos excessos nos períodos não provados).

A OJ SDI-1/TST n. 301 dispunha que,

[d]efinido pelo reclamante o período no qual não houve depósito de FGTS, ou houve em valor inferior, alegada pela reclamada a inexistência de diferenças nos recolhimentos de FGTS, atrai para si o ônus da prova, incumbindo-lhe, portanto, apresentar as guias respectivas, a fim de demonstrar o fato extintivo do direito do autor.

Aqui também se aplicava, a rigor, o princípio da melhor aptidão para a prova (já que a guarda das guias é temporariamente obrigatória para o empregador, *ut arts. 2º e 3º da IN SIT/MTE n. 84/2010*), mas buscava travesti-lo de legalidade formal com a remissão ao art. 818 da CLT, “interpretando” o dispositivo para reconhecer uma “alegação de inexistência de diferenças”. Nada obstante, também essa orientação foi **cancelada** pela Resolução n. 175/2011, o que insinuava refluxo jurisprudencial, agora num sentido menos tuitivo. Não foi, porém, o que ocorreu. Em 2016, editou-se a Súmula n. 461 do TST, pela qual:

[é] do empregador o ônus da prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, pois o pagamento é fato extintivo do direito do autor (art. 373, II, do CPC de 2015).

Nesse caso, porém, seguiu-se o padrão do art. 373, I, do CPC/2015.

A Súmula n. 338 do TST, enfim, consubstancia atualmente o mais bem acabado exemplo de inflexão do ônus da prova no universo processual trabalhista, em matéria de duração do trabalho, redistribuindo a carga probatória conforme a aptidão para a prova (embora, na literalidade do art. 818 da CLT, a alegação de jornada extraordinária seja sempre do empregado); nesse encaixo, dispõe:

JORNADA DE TRABALHO. REGISTRO. ÔNUS DA PROVA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais n. 234 e 306 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005. I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário (ex-Súmula n. 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003). II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário (ex-OJ n. 234 da SBDI-1 - inserida em 20.6.2001). III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir (ex-OJ n. 306 da SBDI-1- DJ 11.8.2003).⁹

⁹O art. 74, § 2º, da CLT estatui que “[p]ara os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinatura do período de repouso”. Logo, por dever legal, o empregador com mais de dez empregados está obrigado a manter controles de ponto, o que o torna muito mais apto para produzir essa prova em juízo. “A contrário”, manter esse ônus com o empregado, por obediência cega à letra do art. 818 da CLT, significaria “premiar” o empregador desidioso com suas responsabilidades administrativas: desatendendo ao comando do art. 74, § 2º, da CLT, não geraria prova preconstituída; e, por seu ilícito (sancionado com multa, *ut* art. 75 da CLT), teria em juízo a vantagem de que a prova da jornada alegada caberia, de regra, ao trabalhador reclamante. Nada mais ignominioso.

O mesmo se diga, mais recentemente, da Súmula n. 443 do TST, aprovada por ocasião da **Segunda Semana Jurídica do Tribunal Superior do Trabalho** (2012), presumindo, à falta de prova bastante das razões objetivas da dispensa, que é **discriminatório** a dispensa de empregado portador de vírus HIV ou de outra doença de caráter estigmatizante. Nesses casos, presumida a discriminação, aplicam-se integralmente os efeitos da Lei n. 9.029/1995¹⁰. Estabilizou-se, com o novo verbete, jurisprudência que há muito vinha sendo repercutida nos tribunais regionais¹¹. *In verbis*:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Chega-se, por fim, à figura dos **assédios**, i. e., do assédio sexual e do assédio moral. Embora a matéria ainda não esteja sumulada, a técnica da inversão do ônus da prova tem sido frequentemente aplicada pelos tribunais regionais do trabalho. Com efeito, em diversos julgados se tem admitido, à falta de prova da normalidade da conduta, que **o abuso foi perpetrado**, mesmo à falta de testemunhas oculares. Sobre essas nos debruçaremos, adiante, no tópico n. 4. Registre-se, porém, não ser essa a jurisprudência dominante nos últimos anos, especialmente em alguns tribunais regionais¹².

¹⁰A Lei n. 9.029, de 13.4.1995, “[p]roíbe a exigência de atestado de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências”.

¹¹V., e. g., TST, AIRR n. 8925-84.2010.5.01.0000, 8ª T., rel. Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, j. 3.8.2011, *in* DEJT 5.8.2011. *In verbis*: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EMPREGADA PORTADORA DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. REINTEGRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Nega-se provimento ao Agravo de Instrumento que não logra desconstituir os fundamentos do despacho que denegou seguimento ao Recurso de Revista. Agravo de Instrumento a que se nega provimento” (g. n.). Ou, ainda, TST, RR n. 124400-43.2004.5.02.0074, 1ª T., rel. Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza, j. 25.4.2012, *in* DEJT 11.5.2012. *In verbis*: “RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV. DISPENSA IMOTIVADA. PRESUNÇÃO DE ATO DISCRIMINATÓRIO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a dispensa imotivada de empregado soropositivo é presumidamente discriminatória, salvo comprovação de que o ato decorreu de motivo diverso. Viabilizado o recurso por divergência válida e específica, merece reforma a decisão do Regional, para que se restabeleça a r. sentença que concedeu ao reclamante o direito à reintegração. Recurso de revista conhecido e provido” (g. n.). Vale lembrar que, na estreita visão do art. 818 da CLT, nada disso seria possível.

¹²Assim, p. ex.: “ASSÉDIO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Não restando provado, por parte da reclamante, o alegado assédio moral, correta a sentença ao não deferir

Afinal, poderão os tribunais, à falta de previsão legal expressa, consolidar esse entendimento? Com que fundamentos? Vejamos.

4 ÔNUS DA PROVA E INFLEXÕES FORMAIS. INTERPRETAÇÃO CONFORME

A inflexões procedimentais como essas que estamos examinando, quando legitimadas por juízos concretos de ponderação jusfundamental, temos chamado de **inflexões formais do devido processo legal**. Com isto, queremos significar que:

[...] as inflexões formais decorrem de específicos poderes assistenciais que as ordens jurídicas democráticas acometem a juízes e tribunais, sob limites, para que os exerçam atendendo às necessidades objetivas do litígio e às características do bem da vida *sub iudice*;

E que:

[...] a escrutinação desses poderes permite identificar normas constitucionais adstritas definidoras de **novos**

a pleiteada indenização correspondente” (TRT 7ª Região, RO 0001721-79.2010.5.07.0013, 2ª Turma, Rel. Paulo Régis Machado Botelho, in DEJT 14.11.2011). “INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DE PROVA. Não demonstrada pela prova dos autos o propalado assédio moral perpetrado pela reclamada, o indeferimento do pedido de indenização por danos morais é medida que se impõe. Recurso parcialmente provido” (TRT 7ª Região, RO 0000702-47.2010.5.07.0010, 2ª Turma, Rel. Maria Roseli Mendes Alencar, in DEJT 3.10.2011). “DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PROVA. O panorama instrutório se presta suficientemente para respaldar as lúcidas conclusões da magistrada sentenciante quanto à ausência de elementos probatórios robustos da ofensa moral alegada, em face mesmo da impossibilidade de se dar crédito aos depoimentos das testemunhas do autor - sob suspeita de troca de favores e aliciamento - os quais, por outro lado, foram contrariados, em seu conteúdo, pelas testemunhas conduzidas pela empresa que ressaltam o clima de tranquilidade e harmonia na agência gerenciada pela Sra. R., impondo-se, pois, a confirmação da sentença vergastada, também neste tocante” (TRT 7ª Região, RO 0079900-91.2009.5.07.0003, 1ª Turma, Rel. Rosa de Lourdes Azevedo Bringel, in DEJT 8.11.2011). “ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA. Indevida indenização por danos morais quando não restou evidenciado o alegado assédio moral, ônus que incumbia ao reclamante (art. 818 da CLT c/c art. 333, inciso I, do CPC). Não se vislumbra nos autos quaisquer indícios de que tenha o autor sofrido constrangimento em razão de receber salário inferior aos paradigmas indicados. Sentença que se mantém” (TRT 9ª Região, RO 1558-2008-094-09-00.0, 4ª Turma, Rel. Sérgio Murilo Rodrigues Lemos, in DJe 14.5.2010, p. 243). V. ainda, entre outros, TRT 9ª Reg., RO 00297-2006-673-09-00-7-ACO-34648-2007, 1ª T., Rel. Des. Ubirajara Carlos Mendes, in DJPR 23.11.2007; TRT 3ª Reg., RO 0001235-68.2011.5.03.0014, 2ª T., Rel. Des. Jales Valadão Cardoso, in DEJT 2.2.2012.

direitos processuais fundamentais, aptos a justificar imediatamente grande parte das inflexões formais (e a extremá-las de deflexões ilegítimas), como o direito a um processo efetivo, o direito a um procedimento adequado (para o direito material em tese e para as circunstâncias fático-concretas), o direito a um contraditório eficaz, o direito a uma jurisdição corretiva e transformadora, o direito à coisa julgada constitucional e o direito a meios de execução efetivos e adequados. (FELICIANO, 2016, p. 1355-ss.).

São, pois, alterações pretorianas da ordem positiva de repartição do ônus da prova, que eram outrora decididas fora de qualquer permissivo legal expresso, explicando-se pouco ou mal em perspectiva legal-positiva, mas que se compreendem bem sob a égide de inflexões formais constitucionalmente inscritas e juridicamente legítimas (sempre no contexto de ponderações judiciais concretamente estabelecidas). Já não é mais assim, para o processo civil, à luz do atual art. 373, § 1º, do NCPC; como talvez jamais tenha sido para o processo do trabalho, à luz do art. 765 da CLT.

E, em uma ou outra perspectiva, tais inflexões cabem nos processos que versam sobre assédios morais? Certo que sim.

Em todas as variações baseadas na teoria das inflexões do devido processo legal formal, as intervenções - e, na espécie, as inversões ou exclusões do ônus da prova - devem ser operadas com base em **argumentação jusfundamental** bastante. Amiúde, dão-se em processos que discutem, nalguma dimensão, direitos humanos fundamentais em tese afetados pela conduta da parte finalmente onerada com o encargo da prova (como o direito à vida, à saúde, à imagem ou ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou os próprios direitos sociais fundamentais), ora em processos nos quais se reconheceu que uma das partes detinha instrumentalmente a **melhor aptidão para a prova** (*e. g.*, quanto à prova da notificação da autuação de trânsito - em relação jurídica de tipo subordinativo que nada tem, *p. ex.*, com o CDC e a regra do art. 6º, VIII - e quanto à própria prova da jornada na Súmula n. 338 do TST). Essa constatação já nos dá indícios do que diremos logo adiante, quando buscaremos formular uma **justificação constitucional de fundo** para todas as inflexões aqui comentadas (ou, ao menos, a maior parte delas).

Por ora, todavia, interessa dizer que essa variabilidade de hipóteses não se explica adequadamente com a interpretação - mais ou menos elástica - dos preceitos jurídicos definidores de regras de repartição do *onus probandi* (art. 373 do CPC/2015). Há, sim, **inflexões formais** que

devem ser reconhecidas. E, para assim demonstrar, recorramos mais uma vez ao processo laboral e ao contraponto com Teixeira Filho. Comentando o art. 818 da CLT, o jurista paranaense obtempera que:

[...] a grande tarefa da doutrina trabalhista brasileira, que tanto tem se empenhado em cristalizar o princípio da inversão do ônus da prova, em benefício do trabalhador, consistirá em encontrar, no próprio conteúdo do art. 818 da CLT, os fundamentos que até então vem procurando, abstratamente, para dar concreção ao princípio da inversão do encargo da prova em prol do trabalhador. Vale dizer: o caminho sugerido é o da elaboração de uma precisa exegese daquele artigo, cujo verdadeiro sentido ainda não foi idealmente apreendido pela inteligência doutrinária. (TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 976).

Com efeito, em relação às inversões de carga probatória quanto a jornadas extraordinárias, p. ex., vimos há pouco o entendimento do autor: se o empresário contesta o pedido de horas extras, atrairia para si o ônus da prova, por força do art. 818, já que estaria a alegar a normalidade da jornada - o que, diga-se, vai além da hipótese da Súmula n. 338 do TST, que só admite tal inversão quando pende sobre o empregador a obrigação de documentar, *ut* art. 74, § 2º, da CLT. Da mesma forma, Teixeira Filho advoga que, se o autor pede verbas rescisórias alegando ter sido demitido sem justa causa, e se o réu apenas alega não o ter dispensado, a prova da demissão injusta seria do trabalhador, então à luz do art. 333, I, do CPC/1973 (hoje, art. 373, I, do CPC/2015), por ser esse o fato constitutivo do seu direito às rescisórias; já à luz do art. 818 da CLT, o *onus probandi* seria do réu, por ter alegado o fato negativo (de que “não despediu”).

Há nesse raciocínio, com todas as vênias, dois enganos.

Primeiramente, há um equívoco quanto à correta interpretação das regras de repartição estática do art. 333 do antigo CPC (e, portanto, do art. 373 do CPC atual). Nos contratos de trabalho por prazo indeterminado, em que opera mais fortemente o princípio da continuidade da relação de emprego (veja-se a Súmula n. 212 do TST), o fato constitutivo do direito às verbas rescisórias é a mera **dispensa**, que sempre se presume injustificada. Não é, portanto, a “dispensa imotivada”; a adjetivação não compete à esfera de encargos probatórios do trabalhador. Basta examinar a CLT para assim concluir, em inteira harmonia com a *Satzbautheorie*

de Rosenberg. Pela sintaxe do art. 477, *caput*, da CLT¹³, duas locuções **condicionam negativamente** a oração principal (que diz do “**direito de haver do empregador uma indenização**”): a expressão “**não existindo**” (prazo preestabelecido para a terminação do contrato) e a expressão “**quando não haja**” (justa causa do empregado). A *Grundnorm*, portanto, está no preceito segundo o qual “[é] assegurado a todo empregado o direito de haver do empregador [na rescisão] uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha recebido na mesma empresa”; e sua característica definidora, à vista do título do próprio capítulo¹⁴, é o fato “rescisão” (= cessação das relações de trabalho). Mas o mesmo dispositivo abriga as respectivas **contranormas**, a saber, a predeterminação da vigência contratual (que afasta, *e. g.*, o direito ao aviso-prévio indenizado) e a motivação obreira para a cessação do contrato (por demissão ou justa causa do empregado, reduzindo sensivelmente os direitos rescisórios). Assim, pelo modelo rosenberguiano, admitindo-se não haver controvérsia sobre a cessação do trabalho (como não há, no exemplo de Teixeira Filho), **o ônus da prova será do reclamado (empregador)**, seja quanto à natureza do contrato de trabalho (prazo determinado), seja quanto à motivação obreira para a cessação (demissão - observando-se a formalidade do art. 477, § 1º, se havia mais de um ano de casa¹⁵ - ou justa causa do empregado), caso oponha esses fatos à pretensão autoral. Precisamente como se orienta atualmente a pacífica jurisprudência trabalhista, sem necessidade de qualquer inflexão formal.

Por outro lado, levada às suas máximas consequências, a proposta de Teixeira Filho conduz ao absurdo (*reductio ad absurdum*): se o art. 818 da CLT deve ser interpretado de modo que todas as alegações de fato da defesa - digam ou não com as “características definidoras” das contranormas (Rosenberg), vazem ou não fato negativo - atraíam o

¹³*In verbis*: “É assegurado ao empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”. O art. 477 da CLT ainda norteia toda a indenização rescisória nas dispensas sem justa causa, embora a sua figura principal - a indenização por tempo de serviço do art. 478 da CLT (outrora equivalente a um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses) - esteja hoje substituída pela indenização do art. 18, § 1º, da Lei n. 8.036/1990 (equivalente a quarenta por cento dos depósitos corrigidos do FGTS, tal como devidos da admissão à dispensa), com arrimo no art. 10, I, do ADCT. Assim é que, *p. ex.*, o décimo terceiro e as férias proporcionais seguem sendo calculadas de acordo com a “maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”, o que inclui a integração de horas extraordinárias e de outros títulos salariais habituais.

¹⁴Cap. V do Título IV da CLT: “Da Rescisão”.

¹⁵*In verbis*: “**O pedido de demissão** ou recibo de quitação de rescisão de contrato de trabalho, firmado por **empregado com mais de 1 (um) ano de serviço**, só será válido quando feito com a **assistência do respectivo Sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho**” (g. n.). Trata-se, para parte da doutrina, de formalidade *ad solemnitatem*, que condiciona a própria validade da rescisão por iniciativa do empregado com mais de um ano de casa.

encargo da prova, e se essa regra não admite inflexões, então não teríamos encontrado uma “alternativa hermenêutica” ao princípio da inversão do ônus da prova (ou, dir-se-ia mais corretamente, princípio da **repartição dinâmica** do ônus da prova), mas uma solução de quase absoluta isenção processual do trabalhador (ou, pior, do **autor**, que em vários casos poderá ser o empregador¹⁶): alegasse o que bem desejasse, o ônus da prova seria sempre do réu, desde que simplesmente **negasse** o fato (porque, como advertiu Chiovenda - *supra* -, toda negação é a alegação de um fato diverso, e vice-versa). Na prática, somente o réu provaria, o que é insustentável.

Por fim, parece muito claro que toda a elaborada argumentação é construída em torno uma preocupação meritória e louvável: evitar que a utilização do regramento estático do CPC conduza a armadilhas probatórias que mortifiquem as pretensões materiais dos trabalhadores no processo laboral. Mas essa preocupação com a especificidade “ontológica e finalística” do processo laboral (na expressão do autor) não é outra coisa senão admitir a necessidade de inflexões concretas na repartição estática da lei (que, a rigor, é tão estática no CPC como o é na CLT). Tanto é assim que, logo adiante, o próprio Teixeira Filho pondera:

A propósito, **muito mais coerente e harmoniosa com os princípios do processo do trabalho seria a adoção subsidiária do inciso VIII do art. 6º da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990** (Código de Defesa do Consumidor) [...]. [...] Como se nota, o Código de Defesa do Consumidor, numa atitude vanguardista, sob a perspectiva legislativa, autorizou o juiz a inverter o ônus da prova, em benefício do consumidor, em duas situações específicas, a saber: a) quando forem verossímeis as suas alegações; b) quando este for hipossuficiente, ou seja, economicamente debilitado. Pois bem. Conquanto entendamos que o art. 818 da CLT seja autossuficiente em matéria de *onus probandi*, **nada obsta a que se utilize, em caráter supletivo, a regra inscrita no inciso VIII do art. 6º do CDC**, máxime, nos casos em que o trabalhador for, verdadeiramente, hipossuficiente.¹⁷

¹⁶E. g., inquéritos judiciais para apuração de falta grave (em face de empregados estáveis), ações de consignação em pagamento, ações meramente declaratórias (ou de simples apreciação), ações possessórias, reconvenções etc.

¹⁷Manoel Antonio Teixeira Filho, 2009, p. 977-978 (g. n.). De se recordar, a propósito, que, ao contrário do que pode sugerir o excerto, a “hipossuficiência” objeto do art. 6º, VIII, do CDC não é exatamente, para boa parte da jurisprudência nacional, a hipossuficiência *econômica* que decorre do art. 3º, *caput*, da CLT, mas sim uma hipossuficiência de ordem **técnica** (v., *supra*, nota n. 2322).

Ora, se a legislação processual trabalhista só admite a invocação das normas de processo civil (comum ou especial) quando houver **omissão** da CLT, e se o próprio autor reconhece não ser o texto celetário omissivo nessa matéria (*ex vi* do multicitado art. 818), o que justificaria que o intérprete não pudesse buscar amparo na legislação processual civil comum (art. 333 do CPC), mas estivesse livre para abeberar-se na legislação processual civil especial (art. 6º, VIII, do CDC)? Do ponto de vista do direito positivo, absolutamente nada. O que Teixeira Filho propõe, afinal, é uma **inflexão** do devido processo formal-legal (que, pela literalidade do art. 769 da CLT, não consentiria com qualquer regra de repartição do ônus da prova diversa da que se contivesse no art. 818). Mas uma inflexão animada, na sua “escolha” - e se há escolhas, não há neutralidade técnica -, pela maior identidade do ônus dinâmico condicionado da Lei n. 8.078/1990 com as características inerentes ao processo laboral e o direito material a ele subjacente. Uma escolha animada, mais, pela dignidade diferenciada das pretensões materiais geralmente vazadas no processo do trabalho (direitos individuais e sociais fundamentais), que se agrava pela debilidade econômica presuntiva de uma das partes (reflexível em sede processual). Ou, em suma: uma escolha animada por **conexões de jusfundamentalidade**.

E como podemos justificá-las, identificá-las e defini-las? Vejamos.

A permissão do sistema jurídico-positivo para as inflexões do devido processo formal raramente decorre do manejo de técnicas formais de hermenêutica convencional (como é a interpretação extensiva “pura”) ou de métodos de integração (como é a analogia). Ao revés, as inflexões formais amiúde decorrem de esforços de **interpretação conforme a Constituição** (*verfassungskonforme Auslegung*). E a interpretação conforme a Constituição - que, para autores como Christian Starck¹⁸, Walter Berka (2005, p. 23-24), Jorge Miranda (2007, p. 232-ss.), Gomes Canotilho (2003, p. 1151-1152) e Gilmar Mendes (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 119-120), chega a consubstanciar um genuíno **princípio hermenêutico** - é, como se sabe, um instrumento que **(a)** não perfaz simplesmente uma técnica de interpretação, mas antes se situa no próprio âmbito do controle de constitucionalidade¹⁹ (difuso ou concentrado); e **(b)** não se limita a processos lógico-formais de exegese (como na interpretação enunciativa

¹⁸Cf. Mangoldt, Klein e Starck, 2005, p. 163-164 (“Gebot der Verfassungskonformität”).

¹⁹Nesse sentido, no Brasil, há paradigmática jurisprudência no Excelso Pretório. V. STF, Representação n. 1417-7/DF, rel. Min. Moreira Alves, TP, j. 9.12.1987, in DJ 15.4.1988, p. 8397. *In verbis*: “O princípio da interpretação conforme a constituição (*verfassungskonforme Auslegung*) é princípio que se situa no âmbito do controle da constitucionalidade, e não apenas simples regra de interpretação. A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de corte constitucional

ou na interpretação gramatical), mas antes se escora nos **conteúdos substantivo-constitucionais** para se desenvolver (e, logo, é um processo **lógico-material** de interpretação, que se abre racionalmente a valores).

O princípio orienta que, perante os múltiplos significados de um dispositivo infraconstitucional, dentro do âmbito (e limite) do sentido possível do texto (*des möglichen Wortsinnes*), os intérpretes/aplicadores da Constituição **escolham** aquele(s) que o torne(m) consonante com a Constituição, e não aquele(s) que resulte(m) em sua declaração de inconstitucionalidade²⁰. É, segundo Mendes *et al.*:

[...] um cânone interpretativo [que] ao mesmo tempo que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cuidado, se pusessem a invalidar os atos da legislatura.²¹

Mas não é só. Para além de se escolher a interpretação que se compatibilize com a Constituição (e não o contrário), intelecções mais recentes da *verfassungskonforme Auslegung* sinalizam que, entre as

- **atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo**, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (g. n.). A ementa e o julgado trabalham com a ideia de a mínima conformidade com a vontade do legislador *lato sensu* - inclusive quanto à literalidade mínima (ao referir “a finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa”). Como resultado do julgado, o Senado Federal editou a Resolução n. 31/1993, suspendendo a eficácia do § 3º do art. 65 da LOMAN (que tratava de vantagens pecuniárias de magistrados).

²⁰Berka, 2005, p. 23. Para bem delimitar as possibilidades do instrumento - dentro da literalidade do texto normativo - e assim extremar as hipóteses de interpretação conforme daquelas da inconstitucionalidade *in abstracto*, o lente da Salzburg acrescenta: “Voraussetzung für die Anwendung der ‘Korformitätsregel’ ist zunächst ein Auslegungsspielraum, der durch den Wortsinn begrenzt wird. Widerspricht ein Gesetz nach seinem eindeutigen Sinn der Verfassung, kann und darf es nicht verfassungskonform interpretiert werden [...]”. É como tem se manifestado, ademais, o próprio VfGH (1986). De outra parte, extrai-se igualmente da jurisprudência do VfGH (1996) que a interpretação conforme não prescinde de juízos de ponderação (“Abwägung”), pela via da proporcionalidade/razoabilidade. Assim, p. ex., em sede de limitações ao direito de propriedade, entendeu-se que a interpretação conforme, que valha a constitucionalidade do ato normativo, só poderá ser aquela que assegure ao proprietário uma fruição econômica razoável do bem: “Eigentumsbeschränkenden Regelungen ist in verfassungskonformer Auslegung zu unterstellen, dass sie unter einem Vorbehalt des wirtschaftlich Zumutbaren stehen” (BERKA, 2005, p. 24). V. Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes n. 11.036/1986 e n. 14.489/1996 (respectivamente).

²¹Gilmar Mendes *et al.*, 2008, p. 119. Daí que a constitucionalidade se presume, enquanto a inconstitucionalidade deve ser demonstrada “de modo cabal, irrecusável e incontroverso”.

várias interpretações constitucionais de uma norma, há que se optar por aquela que **mais agudamente se orienta para a Constituição**, ou que **melhor corresponda** ao seu programa normativo²². No dizer de Mendes, vê-se no princípio um “**mandato de otimização do querer** [objetivo] **constitucional**”. E é esse o ponto fulcral, nomeadamente em sede de direitos humanos fundamentais. Tendo em conta que a literalidade do art. 344 do CC **não veda expressamente** outras hipóteses de inversão do ônus da prova, extrair do preceito a sua *ratio essendi* - como fez, e bem, Lynce de Faria - para com ela autorizar inversões pretorianas onde as mesmas razões de necessidade ou conveniência se ponham, com vista à consecução de decisões de mérito mais afinadas com as possibilidades concretas das partes e a dignidade das pretensões materiais envolvidas, é indubitavelmente um modo de **otimizar** o *due process of law* (quanto à efetividade da jurisdição e ao mais amplo acesso à ordem jurídica justa); e, por ele, os próprios direitos fundamentais *in tese* vindicados. Realiza-se, de resto, o princípio da máxima efetividade (especialmente importante em contextos de crise ou vulnerabilidade hipotética de direitos humanos fundamentais, como, p. ex., nos supostos de assédio moral).

Nem por isso, porém, estava ferido de morte, no que tange à repartição do ônus da prova, o disposto no art. 333 do CPC/1973 (e tanto menos no art. 373 do CPC/2015, atualmente, considerando-se que, agora, há exceções à regra geral dispostas no próprio parágrafo primeiro. **O modelo rosenberg-chiovendiano** - prova dos fatos constitutivos pelo autor, prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos pelo réu - **segue como pano de fundo para as relações processuais civis e laborais, em todo caso**. Todavia, sob competente argumentação jusfundamental (sindicável no tribunal *ad quem*), aquele modelo pode ser **dinamizado**, com inversões ou exclusões pretorianas do *onus provandi*, diante de circunstâncias concretas justificadoras. Não são decisões despóticas. São decisões juridicamente fundamentadas, de base constitucional, que se sujeitam a todos os controles próprios do sistema recursal.

Enfim, na vereda da argumentação jusfundamental, exatamente com que base jurídica constrói-se a inversão?

A **justificação material constitucional**, a nosso ver, explica-se quase por si mesma. Na dicção de Ugarte Cataldo (referindo-se ao processo laboral e, logo, à questão do assédio moral trabalhista),

[...] [n]ão existe uma única técnica de mitigação probatória, mas várias modalidades distintas

²²Cf., por todos, Rui Medeiros, 1999, p. 290-291. V. também Gilmar Mendes, 2008, p. 120.

que, sem embargo, servem a um mesmo objetivo: facilitar a posição probatória (aligeirar o ônus da prova) do trabalhador autor, alterando o axioma central em matéria probatória, de que a prova de um fato corresponde a quem o alega, atendida uma pluralidade de razões de política judiciária: a realização de interesses gerais de justiciabilidade dos direitos fundamentais - garantias de justiça -; lidar com o problema prático consistente nas dificuldades da prova do fato discriminatório ou contrário ao direito fundamental - debilidade da posição probatória -, o que leva a **estabelecer regras específicas de distribuição da prova a favor da posição subjetiva do trabalhador**, agravando-se simetricamente a do empresário demandado.²³

Já a **justificação processual** desafia uma certa problematização, para melhor entendimento.

A rigor, o chamado “princípio da aptidão para a prova” - pelo qual o encargo da prova deve caber aprioristicamente àquele que a puder produzir com menor sacrifício, ou sem dificuldade excessiva que impeça ou estorve sensivelmente a satisfação da pretensão material²⁴ - nada mais é do que uma **concreção** do direito à tutela judicial efetiva, no sentido de um acesso à jurisdição **plena e justa**. Com efeito, os órgãos jurisdicionais têm o dever de repelir toda interpretação formalista e desproporcional de elementos procedimentais que os conduzam a negar acesso ou efetividade à jurisdição. Ao revés, devem adotar as intelecções que resultem mais consentâneas com a perspectiva funcional do exercício do direito à tutela judicial, abrangente do tripé **acesso, mérito e satisfação**. Ora bem, uma jurisdição que se resolva com insuficiente instrução probatória é uma jurisdição que produz decisões de mérito menos fidedignas à realidade. Noutras palavras, **aproxima-se menos** do ideal conceitual de Verdade como valor-tendência²⁵.

Com isto, bem se vê que a modulação dinâmica do ônus da prova conforme a melhor aptidão probatória tem, por detrás de si, valores

²³José Luis Ugarte Cataldo, 2004, p. 132 (g. n.). Não por outra razão, no Anteprojeto de Reforma do Processo do Trabalho brasileiro, propusemos a positivação do princípio do ônus dinâmico da prova (art. 762-C, § 2º, V), que se basearia “na melhor aptidão para a prova, nas constelações de indícios, na verossimilhança das alegações ou na utilidade do processo, sem prejuízo de outros elementos que informem uma repartição fundamentada, exarada em decisão judicial que anteceda a fase instrutória e seja previamente comunicada às partes do dissídio, prevenindo-se a surpresa” (§ 18). Cf. G. G. Feliciano *et al.*, 2011, p. 132 e 134.

²⁴Cf., *e. g.*, Manoel Antonio Teixeira Filho, 1991, p. 84 (reportando-se a Porras López). V. também, do mesmo autor, 2009, p. 977.

²⁵V., a respeito, G. G. Feliciano, 2016, § 18, n. III.

jusfundamentais ligados ao *due process of law*: acesso à jurisdição como acesso à melhor decisão de mérito atingível (v., no CPC/2015, o art. 4º: direito à “**decisão de mérito justa e efetiva**”); lealdade e cooperação processual; Verdade como valor-tendência do processo. É nessa medida que, tal como as justificativas de ordem material, também a justificativa de ordem processual, no que diz com a aptidão para a prova, tem fundo jurídico-constitucional. Independentemente de quaisquer debilidades materiais do *ex adverso* (que podem reforçar a conclusão, mas pela lógica jurídico-material), a parte com melhor aptidão para produzir a prova acerca dos fatos relevantes, pertinentes e controvertidos do processo é quem, exatamente pela condição de mais apta, **deve**, em princípio, produzi-la (até porque, já sabemos, o princípio *nemo tenetur edere contra se* aplica-se mormente ao processo penal, não ao processo civil ou laboral²⁶). Daí se extrair que, não a produzindo injustificadamente, possa vir a suportar o ônus da prova quanto àqueles fatos: escandaliza que, por descumprir o seu dever geral de cooperação processual, quando não obrigações ou deveres materiais de documentação ou preconstituição, a pessoa logre obter uma **vantagem** no processo. Um raciocínio jurídico que conduza a esse resultado é, em si mesmo, antissistemático.

A rigor, mesmo a “objetividade abstrata” da teoria de Rosenberg permitiu soluções que não raro abrigam, a nosso sentir, pendores mais teleológicos do que lógico-formais. Excelente exemplo está nas considerações do próprio Rosenberg quanto ao ônus da prova de uma “violação grave de deveres conjugais” nas ações de divórcio (§ 43 do **EheG**): dever-se-ia esperar do cônjuge ofendido - o autor (e, àquele tempo, geralmente o **homem**²⁷) - não apenas a prova da prática faltosa do *ex adverso*, senão também a prova da “ausência das circunstâncias que obstam a que os eventos que fundam a demanda se apresentem como grave falta conjugal” (i. e., a inoportunidade de legítima defesa ou de enfermidade mental, ou de qualquer outra razão especial que justificasse, p. ex., a ausência de coabitação sexual, e que viesse a ser alegada pela ré). Segundo Rosenberg, essas circunstâncias não se ligariam a normas impeditivas de direitos (como se dá, de regra, com a legítima defesa), mas seriam apenas a concretização do conceito de “violação grave e culposa”, integrante da *facti species* da norma constitutiva. Provar a culpa do adversário, aqui, significaria provar inclusive a inexistência de excludentes de culpa e/ou de ilicitude (o que já não se admite nos tribunais de hoje). O mesmo se daria, outrossim, nas ações judiciais para a privação da legítima: apontados, e. g., os maus tratos ao *de cuius*, se o réu

²⁶V. também G. G. Feliciano, 2007, Cap. IV, tópico 4.1.

²⁷Tanto que, nalgumas referências, o próprio Rosenberg referiu-se ao pretense ofensor como “ré” ou “demandada”, na flexão feminina.

alegasse legítima defesa ou estado de necessidade ao tempo da agressão, caberia à parte que quer ver o réu privado da legítima não apenas provar os maus tratos, mas também a inocorrência da excludente; do contrário, os maus tratos não se provariam “culposos” para os fins do § 2333, 2, do **BGB**²⁸.

Ora, em ambos os casos, a repartição sugerida por Rosenberg recrudescerá sobremaneira a carga probatória daquele que, pretendendo alterar o *status quo* patrimonial, cria o risco de levar a contraparte ao relativo desamparo (assim, *e. g.*, nas ações de perdimento da legítima, ou ainda nas ações de divórcio, se fosse réu o cônjuge virago); e a recrudescerá tão intensamente que inclusive acomete, à parte ofendida ou interessada, a prova de fatos negativos definidos (*e. g.*, de que a agressão **não se deu** em legítima defesa). Ao revés, em outras situações (em maioria, aliás), a legítima defesa é vista como pressuposto da norma impeditiva e, por isso mesmo, objeto de prova do agressor (não do agredido) - até porque não tem a ver com culpa, mas com ilicitude.

Em outra passagem, discorrendo sobre “os casos em que o ônus da prova recai principalmente sobre o réu”, novamente se insinua o interesse pelos resultados concretos da repartição. Identificando a dificuldade de a parte provar fato negativo (presente - mas ignorada - na hipótese anterior), Rosenberg funda-se nisso para argumentar que o *onus probandi* haveria de ser da contraparte. É o caso da venda sob condição potestativa suspensiva de satisfação do comprador (ou resolutive de sua insatisfação): o implemento da condição, se consistisse na aprovação, deveria ser provado pelo vendedor; assim como deveria ser provado pelo comprador, se consistisse na **desaprovação**. Isso porque, “em caso de se haver entregue a mercadoria ao comprador para que a aprove ou examine, o silêncio, isto é, uma omissão, vale como aprovação (§ 496, inc. 2) - e, por conseguinte, neste caso se trata de uma condição suspensiva negativa - [...]; o adversário [é que] terá que mostrar a declaração de desaprovação por parte do comprador” (ROSENBERG, 2002, p. 357-358), obviamente com melhores condições para fazê-lo (aptidão?), já que seria geralmente o próprio comprador. A expressão “em caso de” indica, ademais, flerte com a ideia de “ônus da prova concreto”.

Daquela justificação material constitucional para as modulações concretas do *onus probandi* não falam, ademais, apenas os processualistas. Também na doutrina constitucionalista encontram-se vozes de nomeada apontando para a necessidade de que o ônus da prova tome em consideração a dignidade das pretensões materiais

²⁸Rosenberg, 2002, p. 188-189. Múrias, porém, parece ver justamente o contrário (2000, p. 49).

subjacentes, especialmente se dotadas de jusfundamentalidade (= direitos fundamentais, garantias constitucionais e liberdades públicas). Inclui-se em Portugal. Partindo da hipotética processualização de questões jusfundamentais como a objecção de consciência (arts. 41º, 6, da CRP e 5º, VIII, da CRFB), o direito de asilo (arts. 33º da CRP e 4º, X, da CRFB), a manifestação ou reunião pacífica e sem armas (arts. 45º da CRP e 5º, XVI, da CRFB) e a proibição de associações armadas, paramilitares, racistas ou fascistas (art. 46º, 4, da CRP e art. 5º, XVII, da CRFB), Gomes Canotilho²⁹ reportou que:

[o] princípio básico sobre repartição do ónus da prova é, como se sabe, este: a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita (assim, precisamente, o art. 516º do Código de Processo Civil português). Transferindo, de plano, este princípio para os direitos, liberdades e garantias, o princípio da repartição do ónus da prova poderia formular-se assim: quem invocar um direito fundamental (*rectius*: um direito, liberdade e garantia) deve fazer prova de que lhe assiste esse direito. Mas as coisas não são assim tão simples.

[...] As consequências de uma radicalização do princípio geral do ónus de prova neste domínio justificam já esta primeira interrogação: quem suporta o risco de não ver provido o que se pede - ser ou não ser objector de consciência? O titular do direito à objecção de consciência ou o Estado?

[...] O risco do ónus de prova incide, em termos gerais, sobre a parte (o titular do direito) que reclama o direito de asilo. O risco, como se vê, redundar ou pode redundar numa discricionariedade total das autoridades quanto à produção da prova do direito de asilo.

[...] Mas uma manifestação com armas tradicionais (*e. g.*, de índios, de zulus) cabe ou não no âmbito de protecção jurídico-constitucional? A quem cabe o ónus da prova?

[...] Quem é que tem de provar que não é associação armada, militar, paramilitar, militarizada, racista ou fascista? Os cidadãos ou as autoridades?

²⁹J. J. Gomes Canotilho, 2004, p. 169-175 (O ónus da prova na jurisdição das liberdades: Para uma teoria do direito constitucional à prova. *In*: **Estudos sobre direitos fundamentais**).

E, após uma série de considerações (que passa pela própria análise do ônus da prova - na verdade, **ônus da alegação e da demonstração**, pois neste caso não há matéria fática - decorrente da inversão ditada pela *presumption of constitutionality* das leis), termina por argutamente indagar:

Será o legislador **mais livre** na conformação de regras processuais probatórias, de incontornável relevância para a efectividade dos direitos, do que na restrição material de direitos, liberdades e garantias?

Ou - o que é o mesmo -, “poderá o legislador processual estabelecer regras probatórias conducentes a uma distribuição injusta do ônus da prova?” Por tudo o que já se viu *supra*, e supondo-se que a “injustiça” configure-se pela virtual lesão a direitos, liberdades e garantias, a resposta é pronta e inequívoca: **não**. O *procedural due process* deve se conformar ao *substantive due process*³⁰ - o que significa que as soluções processuais legislativas, no marco do *procedural due process*, não podem tisonar perene e desproporcionalmente outros direitos fundamentais.

Por isso mesmo, na resposta àquela indagação, Canotilho termina por formular o princípio do *in dubio pro libertate*, nos seguintes termos:

Um limite material restritivo da liberdade de conformação da prova pelo legislador é constituído pela especial dignidade e importância atribuídas a determinados bens constitucionais (vida, liberdade, integridade física). Isto justifica que **quando alguns direitos invioláveis estejam sujeitos a restrições e estas restrições pressuponham a existência de determinados factos acoplados a juízos de prognose, o ônus da prova pertence não a quem invoca o direito mas a quem cabe decretar as restrições**. Assim, por exemplo, quando estiver em causa a aplicação de uma medida privativa de liberdade em caso de perigosidade criminal baseada em grave anomalia psíquica, o ônus da prova pertence não ao titular do direito à liberdade, mas às entidades (judiciais ou outras) que solicitam a medida de segurança. (G. n.).

³⁰G. G. Feliciano, 2016, § 25, n. III.

E conclui:

Os direitos fundamentais transportam sempre uma **dimensão subjectiva** (são 'direitos das pessoas') e uma **dimensão objectiva** (transportam dimensões jurídico-objectivas que devem pautar a conformação do direito ordinário). Compreende-se que **quando a medida justa da distribuição do ónus da prova é fundamental para a garantia de um direito**, se devem evitar teorias abstractas e apriorísticas (como a já referida de Rosenberg) e se imponham **soluções probatórias não aniquiladoras da própria concretização de direitos, liberdades e garantias**. (G. n.).

No mesmo sentido, ademais, a jurisprudência estadunidense já vem reconhecendo uma insuficiência metódica das regras de distribuição do ónus da prova, quando estão em causa direitos fundamentais da pessoa (*basic constitutional rights*)³¹. Não se trata, portanto, de uma percepção isolada ou anarquista.

Mas o fato é, esteja inserta em um estatuto jurídico-substantivo ou em um estatuto jurídico-processual, uma regra legal probatória raramente será injusta *in abstracto*. A injustiça amiúde será **casuística**: desvelar-se-á apenas no caso concreto, diante dos pressupostos e das circunstâncias de aplicação daquela regra. É o que se passa em sede de repartição do ónus da prova. O modelo rosenberg-chiovendiano não é injusto *in se*; aliás, jamais sustentamos isso. A injustiça não está na regra, mas na sua peculiar concretude em certos contextos. Nessa esfera, o legislador já não pode agir; e, nada obstante, impende corrigir os excessos derivados do poder de conformação legislativa, ainda se imprevisíveis ao tempo da conformação, ou o sistema falharia em um de seus mais relevantes papéis (função de imperativo de tutela dos direitos fundamentais³²). Deve agir, portanto, o juiz.

5 ÔNUS DA PROVA E ASSÉDIO MORAL

Historicamente, os textos legislativos de processo civil e laboral positivaram modelos de repartição do *onus probandi* que se caracterizam pela **abstração**, pela **fixidez (modelos estáticos)** e pela **configuração ex ante**.

³¹Cf. Michael Nierhaus, 1989, *passim*.

³²Canaris, 2003, p. 59 e ss.

Disso não resulta, porém, que tais modelos não admitam inflexões formais de cariz judicial, calibradas pelo *substantive due process* (proporcionalidade, capacidade de aprendizagem), de acordo com necessidades concretamente aferidas e à mercê de circunstâncias excepcionalmente relevantes. De outro modo, privar-se-ia o juiz do poder de eleger as técnicas processuais **mais adequadas** para prover jurisdição efetiva. É que os modelos estáticos não são capazes de tomar em consideração as **particularidades do direito material e do caso concreto** para a distribuição do ônus da prova. O processo de conhecimento de feito liberal é um processo neutro; e, logo, **injusto** em alguns contextos, porque insensível às necessidades do direito material, não permitindo ao juiz inverter o ônus da prova de acordo com a situação concreta que lhe é trazida (MARINONI³³). Se o direito de acesso à ordem jurídica justa - ou à justa composição do litígio - traduz um gradiente apreciável de justiça material, é ingente admitir que o exercício adequado do direito constitucional de ação, na perspectiva da máxima efetividade, supõe “a necessidade de procedimento, cognição, provimentos e meios executórios adequados às peculiaridades da pretensão do direito material” (MARINONI, 1996, p. 124). Logo, não pode haver um encilhamento formal irreduzível. Quando as regras estáticas de repartição do ônus da prova tendem a determinar o sacrifício (materialmente) injustificado das pretensões de direito material, evocar a cláusula do *due process of law* significará, inclusive, reconhecer que o juiz detém meios bastantes - dir-se-ia mesmo “poderes implícitos”³⁴ - para evitar aquele sacrifício e reconduzir o binômio processo-procedimento a uma condição razoavelmente isonômica e calibrada.

Pois bem. Para essa recondução, o “meio” por excelência foi explicitado há pouco: as regras legal-formais de distribuição do *onus probandi* desafiam, em todo caso, **interpretação conforme a Constituição**, em regime de ponderação prática e harmônica de bens e direitos (HESSE) e sob fundamentação concreta. Esse instrumento servirá para **evitar** o modelo estático - que passa a ter **papel ordinário** ou **residual**³⁵ no

³³Cf., e. g., 1999, p. 31.

³⁴Pela teoria dos poderes implícitos, para cada competência ou atribuição outorgada pela Constituição estão implicitamente outorgados amplos poderes para a respectiva execução, desde que não expressamente limitados. Surge na jurisprudência da U. S. Supreme Court, quando aos poderes do Congresso, e daí se espalha para o mundo. Foi já evocada pelo STF em algumas ocasiões (recentemente, v. STF, HC 107644/SP, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 6.9.2011: reconheceu-se ao delegado de polícia, por lhe competirem as funções constitucionais de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, *ut art. 144, § 4º*, da CRFB, o poder implícito de conduzir coercitivamente o suspeito para prestar esclarecimentos, se ele a isso resistir, ainda que inócua qualquer hipótese legal de prisão). Confira-se, de resto, o § 33, *infra*.

³⁵“Residual”, aqui, como adjetivo concernente a fundo, raiz ou âmago (v. iDicionário Aulete, verbete “resíduo”, in <http://aulete.uol.com.br>. Acesso em: 15.7.2012), e não como “resto”, “escória” ou “sobra”. O modelo rosenberg-chiovendiano segue sendo o modelo de fundo, a que retrocedem todos os casos que não desafiem a distribuição dinâmica do ônus probatório.

sistema processual não penal (já não, porém, como critério absoluto ou incondicional) - quando a sua observância cega ameaçar concretamente a integridade de outros direitos fundamentais em tese (“direitos prováveis”) ou mesmo os escopos naturais do *due process of law*. Em tais casos, à vista dos interesses materiais em jogo e da própria funcionalidade do processo, o juiz **redistribuirá** o ônus probatório, com a devida e prévia comunicação às partes (e sob regular contraditório, atual ou diferido). Poderá fazê-lo *ex officio* ou a requerimento das partes, com a competente fundamentação; em não o fazendo - ou indeferindo, p. ex., o requerimento correspondente -, sinalizará que a demanda concreta não tem traços de excepcionalidade que permitam suspender o modelo ordinário-residual, de modo que a repartição far-se-á segundo o esquema legal-formal em vigor (no Brasil, arts. 373 e 374 do CPC/2015, inclusive para o processo laboral; em Portugal, arts. 342º a 344º do CC).

A utilidade/necessidade da **fundamentação prévia** da repartição dinâmica, a partir de uma hermenêutica constitucional focada na máxima efetividade dos direitos humanos fundamentais em tese afetados, arranca da constatação de que o esquema rosenberguiano representou decerto uma evolução, mas é hoje insuficiente para racionalizar a repartição do ônus da prova no processo civil³⁶; e, nessa alheta, propor uma repartição dinâmica constitucionalmente ancorada parece convergir para a ideia de uma **distribuição fundamentada** como norte para o melhor equacionamento do problema (MÚRIAS³⁷).

³⁶Além das razões já alinhavadas, quanto à sua fixidez ancilosadora, pode-se acrescentar, com MÚRIAS (especialmente para o caso português): a “Normentheorie” é estéril no plano legislativo (não consegue assegurar a estabilidade afiançada e pressupõe um legislador disposto a enunciar a lei segundo os seus esquemas linguísticos, o que é por tudo duvidoso), torna-se inutilizável sempre que o aplicador do direito não possa reconduzir o seu juízo a um texto legal ou equiparável (assim, e. g., se decidir por princípios jurídicos implícitos, por cláusulas gerais ou por conceitos jurídicos indeterminados), é limitada - quando não contrariada - pelos próprios limites do instituto do ônus da prova e, por fim, o seu “funcionamento [...] em casos de ‘normas autônomas incompatíveis’ implica uma atenção incompleta à avaliação substantiva dos problemas” (MÚRIAS, 2000, p. 87-92, 131-143, 160). No mesmo diapasão, MICHELI obtempera que não se podem reger pela mecânica da repartição estática do ônus probatório, ainda quando haja matéria de fato, os julgamentos que se façam por princípios gerais de direito, pela aplicação de princípios do direito comparado ou pela própria aplicação do costume. Cf. Gian Antonio Micheli, 1976, p. 161-168; e ainda, do mesmo autor, 1942, *passim*.

³⁷2000, p. 156-157. Como esplendidamente evidenciou, “[n]uma área em que os ‘factos’ relevantes não se encontram previstos na lei, a ‘teoria’ redundará em pura arbitrariedade e fonte de desequilíbrio entre as partes, pela unilateralidade da ‘distribuição’” (p. 157); e, por conta disso - embora sem caminhar adiante na investigação de quais poderiam ser os critérios materiais que fundariam com maior especificidade a distribuição do ônus probatório -, sinaliza claramente a sua opção por um recuo nas “grandes narrativas”, de que são espécies as teorias generalizantes. Percebe-se isso no elogio que faz a Wahrendorf, a quem creditou “o grande mérito de querer fundamentar o ônus da prova por institutos, e não, de uma vez só, para a totalidade do sistema” (g. n.).

Poder-se-ia objetar, porém, que essa é uma solução propícia às instabilidades e à insegurança jurídica (como de resto objetarão todos os que lerem estas linhas com os olhos do juiz “enunciador”). Essas críticas aparecem muito dura e evidentemente nas monografias de TARUFFO³⁸ e VERDE³⁹, por exemplo. Essa margem de insegurança, segundo nos parece, é da natureza mesma das técnicas processuais que procuram equacionar o processo a partir de parâmetros materialmente mais justos; é, por assim dizer, o “preço” de um binômio processo-procedimento mais afinado com as pretensões materiais subjacentes e a realidade de entorno. E, não bastasse, é também um aspecto do espírito do nosso tempo.

Nada obstante, é perfeitamente possível buscar **tecnologias** que minimizem a sensação de imprevisibilidade, engendrando conceitos e procedimentos a que possam aceder os operadores mais ávidos por juízos subsuntivos (mas, é claro, sem jamais reproduzir a lógica estritamente cartesiana do direito moderno legal-formal, repleto de conformidades *more geometrico*). Ao inverter ou modular concreta e dinamicamente o ônus da prova (*ex post legem*), o juiz não o fará arbitrariamente, esgrimindo lugares-comuns teóricos (“dignidade da pessoa humana”, “prevalência dos direitos humanos”) como salvo-condutos de manipulação; ao revés, aliará à argumentação jusfundamental, como causa eficiente da inversão/modulação, uma ou mais dessas tecnologias, adensadas em bom lastro teórico e reconhecidas pela *communis opinio doctorum*.

Analisemos três dessas tecnologias⁴⁰ - algumas foram já tangidas acima e outras tantas foram exploradas em outros

³⁸Michele Taruffo, 1992, p. 755-756. Para Taruffo, o risco de arbítrio e manipulação, quando a repartição do ônus da prova é feita pelo juiz, “caso por caso e *ex post*”, seria incontornável e insuportável. Considerando-se, porém, o que registramos na nota n. 2396, concluir-se-á que, em um ambiente de renascimento da jurisprudência dos valores pela matriz do “pós-positivismo”, esse risco já existe, mantenha-se ou não a fé nas virtudes do regramento geral e abstrato daquela repartição. Cada vez mais se julga com base em princípios, em ensejos que dificilmente poderiam ser reduzidos ao modelo rosenberguiano ou a qualquer outro modelo estático-formal. Melhor será, portanto, desenvolver conceitos, discursos e rotinas que permitam a controlabilidade das decisões judiciais nesse novo ambiente. É o que propomos.

³⁹Giovanni Verde, 1992, p. 720 (menos incisivamente).

⁴⁰V., por todos, Elena Maria Catalano, 1996, p. 519 e ss.; Xavier Leonardo, 2004, p. 194 e ss. (citando PATTI, TARUFFO e a própria CATALANO). Das tecnologias que menciona, porém, algumas há que devem ser desde logo descartadas ou mitigadas. Assim, *e. g.*, a **tecnologia da probabilidade quantitativa**, de origem estadunidense, que pretende ser um método de racionalização e quantificação matemática do nível de pertinência entre a prova produzida e os fatos alegados, expresso pelo chamado “**teorema de Bayes**”: $P(X/E) = P(E/X) \cdot P(X)/P(E)$, onde “X” e “E” são os eventos que se quer relacionar, “P(X/E)” é a probabilidade de um evento “X” dado um evento “E” e “P(E/X)” é a frequência estatística com a qual, dado “X”, verifica-se “E”. Poder-se-ia eventualmente aplicar essa tecnologia, no processo civil, para inverter o ônus da prova, mas jamais para excluí-lo absolutamente, porque desumaniza a justiça (Xavier Leonardo, 2004, p. 198). Na prática, a tecnologia da probabilidade quantitativa já fundamentou condenações criminais perante cortes norte-americanas, como na corte de Los Angeles, com o célebre caso Collins (em

escritos⁴¹ - que “flexibilizam” o esquema rosenberg-chiovendiano de repartição formal-abstrata do *onus probandi*.

5.1 O princípio da melhor aptidão para a prova

Já o definimos acima. Pode ser compreendido - parafraseando-se CARNELUTTI - como o princípio instrumental pelo qual se atribui a prova à parte que esteja mais provavelmente em situação de dá-la (MACHADO JUNIOR, 2001, p. 145).

Tal princípio informa, p. ex., a racionalidade da Súmula n. 338 do C. TST, a da cancelada OJ SDI-1/TST n. 301 (ônus da prova quanto ao FGTS) e provavelmente a do cancelamento da OJ SDI-1/TST n. 215 (ônus da prova no vale-transporte), como também a de diversos os julgados portugueses acerca da inversão do *onus probandi* nas ações de preferência (v. ac. STJ de 26.9.1991 e todos os similares).

No Brasil, seu emprego é comum no próprio Tribunal Superior do Trabalho. Vejamos, *ad exemplum*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DEPÓSITOS DE FGTS. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. 1. Segundo a jurisprudência firmada nesta Corte Superior, cabe ao empregador o ônus de comprovar a regularidade dos depósitos de FGTS, entendimento que se justifica pelo princípio da aptidão para a prova, inclusive pelo fato de que a empresa deve manter em seu poder os comprovantes dos depósitos do FGTS. **2.** Admite-se o recurso de revista interposto contra acórdão regional proferido

que se admitiu como prova cálculos estatísticos que indicavam haver uma única possibilidade, sobre doze milhões, de que em um casal diferente dos Collins, mas com as mesmas características físicas narradas pela vítima - jovem branca, loira de cabelos presos em rabo de cavalo, com jovem negro e barbado em automóvel amarelo -, houvesse praticado o assalto). Outro modelo bem similar, mas sem a pretensão de apuro matemático, é a **tecnologia da probabilidade lógica** (dita “baconiana”), muito utilizada nos sistemas de *common law*: a partir de um procedimento de sucessivas tentativas lógico-argumentativas de destruição lógica da relação entre a prova produzida e a alegação (= *method of eliminative reasoning*), obter-se-ia solidez quanto à verdade dos fatos no processo; mas, ao invés de dados estatísticos, utilizar-se-iam, para aquela redução, as máximas de experiência e as presunções *hominis*. No fim, essa teoria acaba desafiando os mesmos defeitos da anterior: deformação da lógica jurídica e desumanização das decisões judiciais.

⁴¹V., mais uma vez, G. G. Feliciano, 2016, *passim*.

em desconformidade com a iterativa, notória e atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (art. 896, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho). **3.** Agravo de instrumento de que se conhece e a que se dá provimento. (TST, RR 2149-25.2012.5.02.0015, 4ª T., Rel. Des. Conv. Rosalie Michaelae Bacila Batista, j. 16.12.2015, *in* DEJT 18.12.2015).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ENTE PÚBLICO. CULPA *IN VIGILANDO*. ÔNUS DA PROVA. PRINCÍPIO DA APTIDÃO PARA A PROVA. Nos termos do acórdão regional, a condenação do Estado do Rio de Janeiro, tomador da mão de obra, decorreu da inversão do ônus da prova, em razão de ser o ente público detentor dos documentos capazes de demonstrar sua efetiva fiscalização. O Juízo *a quo* pautou-se no princípio da aptidão para a prova. Verifica-se, ademais, que o Regional não se afastou do entendimento exarado pelo STF, no julgamento da ADC n. 16/DF, o qual previu a necessidade da análise da culpa *in vigilando* do ente público tomador de serviços. Atribuiu, no entanto, ao recorrente o ônus de demonstrar que fiscalizou a empresa prestadora de serviços no adimplemento das obrigações trabalhistas. A decisão, calcada no princípio da aptidão para a prova, está em consonância com a atual jurisprudência desta Corte Superior. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (TST, AIRR 3852120125010471, 4ª T., Rel. Min. Maria de Assis Calsing, j. 17.2.2016, *in* DEJT 19.2.2016).

É o que resta textualmente positivado, ademais, no art. 373, § 1º, do CPC/2015, ao dispor que:

[n]os casos previstos em lei ou **diante de peculiaridades da causa relacionada à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário**, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (G. n.).

5.2 A tecnologia da *Ansheinsbeweis*: prova por verossimilhança

Importada do processo civil alemão - conquanto também se possam reconhecer suas bases teóricas na jurisprudência norte-americana dos *prima facie cases*⁴² -, a *Ansheinsbeweis* baseia-se em “hipóteses-tipos” definidas pela lei ou pela jurisprudência que, uma vez verificadas no caso concreto, bastam para a satisfação do ônus probatório da parte, por mera **verossimilhança** (= plausibilidade, credibilidade, atributo do que parece ser verdadeiro ou tem condições de realmente ter acontecido) da alegação. Diante da hipótese-tipo (*prima facie case*), incumbirá à parte contrária provar que aquele fato presuntivo não se verificou.

Com efeito, é esse o modelo de repartição que a jurisprudência norte-americana tem aplicado aos casos de alegadas práticas discriminatórias no emprego, na esteira do célebre **McDonnell Douglas Corporation v. Green** (411 U.S. 792)⁴³, precedente que remonta ao ano

⁴²A *prima facie case* is a lawsuit that alleges facts adequate to prove the underlying conduct supporting the cause of action and thereby prevail. Below's an example dealing with employment discrimination claims. [...] A plaintiff can establish a *prima facie* case of race discrimination under Title VII by establishing that (1) he or she belongs to a racial minority; (2) he or she applied and was qualified for a job for which the employer was seeking applicants; (3) he or she was rejected for the position despite his or her qualifications; and (4) the position remained open after his or her rejection and the employer continued to seek applications from other people with similar qualifications to the plaintiff. *McDonnell Douglas v. Green*, 411 U. S. 792, 802 (1973). In *Texas Dept. of Community Affairs v. Burdine*, 450 U. S. 248, 253 (1981), the Supreme Court stated that '[t]he burden of establishing a *prima facie* case of disparate treatment is not onerous.' [...] After the plaintiff has established a *prima facie* case, **the burden of production shifts to the employer to articulate a legitimate, non-discriminatory reason for the plaintiff's rejection**" (The Letric Law Library. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/def2/p078.htm>>. Acesso em: 2.10.2016 - g. n.).

⁴³*McDonnell Douglas*, empresa do segmento aeroespacial sediada em St. Louis e adquirida pela Boeing, demitiu em 1964 o mecânico e técnico de laboratório Percy Green, homem negro, durante um episódio de corte de pessoal. Green, ativista de movimentos de direitos civis, entendeu-se discriminado por sua cor e, juntamente com outros trabalhadores descontentes, iniciou uma série de protestos e bloqueios em detrimento da empresa. Ulteriormente aos incidentes, qualificado para uma vaga de mecânico que se abria na *McDonnell Douglas*, Green não foi admitido, agora com o argumento de que havia participado dos protestos anteriores e causado prejuízos à empresa. Green levou o caso à EEOC e à corte distrital, de cuja decisão recorreu para a U. S. Court of Appeals for the Eighth Circuit e, finalmente, para a U. S. Supreme Court, onde obteve ganho de causa por nove votos a zero. Em sua decisão, a U. S. Supreme Court registrou: "1. A complainant's right to bring suit under the Civil Rights Act of 1964 is not confined to charges as to which the EEOC has made a reasonable-cause finding, and the District Court's error in holding to the contrary was not harmless since the issues raised with respect to 703 (a) (1) were not identical to those with respect to 704 (a) and the dismissal of the former charge may have prejudiced respondent's efforts at trial. 2. In a private, non-class-action complaint under Title VII charging racial employment discrimination, **the complainant has the burden of establishing a *prima facie case***, which he can satisfy by showing that (i) **he belongs to a racial minority**; (ii) **he applied a and was qualified for a job the employer was trying to fill**; (iii) **though qualified, he was rejected**; and (iv) **thereafter the employer continued to seek applicants with complainant's qualifications**" (g. n.). Na espécie, eram todos fatos desde logo incontroversos, o que tornava as alegações de Green verossímeis *ab ovo*.

1973. Não há, portanto, regulação legal. Por aquele precedente, desde que sejam verossímeis as alegações do autor (pelo seu pertencimento a uma minoria racial, pela sua qualificação para o posto e pelo fato de que o posto foi depois ocupado por indivíduo com qualificações similares⁴⁴ - vide nota n. 52), pode-se reconhecer um *prima facie case*, incumbindo ao réu a prova de que as condutas e procedimentos corporativos pautaram-se por critérios objetivos e legítimos (RUTHERGLEN, 2007, p. 35-54).

Em sentido similar, invertendo o *onus probandi* quando das alegações do autor se deduza a existência de “indícios fundados de discriminação” - seja em razão da raça, da etnia, da religião, das convicções, da deficiência, da idade ou da orientação sexual -, vejamos, na Espanha, os arts. 32 e 36 da **Ley n. 62/2003**, de 30 de dezembro (para o processo judicial civil e contencioso-administrativo). Ou, mais extensivamente (para todo o contexto europeu), a **Diretiva n. 97/80/CE**, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de discriminação por motivo de sexo), no seu art. 4º; a **Diretiva n. 2000/78/CE**, de 27 de novembro (sobre igualdade de tratamento no emprego e na ocupação), no seu art. 10; **Diretiva n. 97/80/CE**, de 15 de dezembro (sobre o ônus da prova em casos de discriminação por motivo de sexo), no seu art. 4º; e a **Diretiva n. 2000/43**, de 29 de junho (sobre a aplicação do princípio da igualdade de trato das pessoas independentemente de sua origem racial ou étnica), em seu art. 8º. Em todos esses casos, bastará, para a inversão do ônus da prova - que deve ser transposta para a ordem legislativa dos Estados membros -, a mera **alegação** (ou **apresentação**) de fatos que permitam presumir a existência de discriminação direta ou indireta. Na dicção de Ormazabal Sánchez⁴⁵,

[s]e atendemos à literalidade do preceito, é plausível concluir que o legislador europeu não pretendeu utilizar o instituto das presunções em sua acepção técnica [...], ainda que literalmente utilize o termo ‘presunção’ nas referidas diretivas. Do contrário, o preceito resultaria, ao menos no direito espanhol, supérfluo, pois parece evidente que se o autor aporta

⁴⁴Aspectos que ora exsurgirão desde logo incontroversos, ora demandarão alguma prova. Em demandando provas, estaremos mais próximos da tecnologia das constelações de indícios, senão das próprias presunções judiciais (em se identificando, num bem definido fato a provar, a figura de um fato-base presuntivo).

⁴⁵Guillermo Ormazabal Sánchez, 2004, p. 134-135. No entanto, o autor compreende que “el término ‘presumir’ o ‘presunción’ se entende como equivalente a indicio o elemento que, sin probar ni permitir deducir logicamente e lacto discriminatório correspondiente, sugere certa verosimilitud o probabilidade en su comisión. La aportación de dichos indícios provocaria la inversión de la carga de la prueba [...]”. A ser assim, se é ônus do autor subministrar a prova preliminar de fatos indiciários (e não apenas alegar de modo verossímil, a partir do que é *ab ovo* incontroverso), parece-nos que estaríamos no âmbito da constelação de indícios, não na *Ancheinsbeweis*. E não é como entendemos esta hipótese, com todas as vênias.

fatos que permitem presumir o fato discriminatório correspondente, dito fato quedará fixado e procederá, sem mais, condenar o demandado. Como também é evidente que o demandado poderá aportar provas para desvirtuar dita presunção, se esta não é do tipo *iuris et de iure*, coisa que não sucede no nosso caso.

A rigor, em todos esses casos, o que se dá é uma pura inflexão formal do encargo probatório em favor da parte que noticia, de modo verossímil, a lesão a um seu direito humano fundamental (notadamente o direito à isonomia formal e ao tratamento não discriminatório).

E no caso brasileiro?

A tecnologia da *Ancheinsbeweis*, que, como visto, usualmente tem em mira situações de aguda assimetria na comunidade processual e/ou pretensões materiais especialmente protegidas, foi positivada no Brasil pelo já referido art. 6º, VIII, do CDC (“[...] quando, a critério do juiz, for **verossímil** a alegação [...]”), podendo decerto ser aplicada em outras espécies litigiosas, notadamente na Justiça do Trabalho (por força do próprio art. 769/CLT, já que o processo civil consumerista também pode ser considerado “processo comum” para aquele efeito⁴⁶).

No processo laboral brasileiro, aliás, a *Ancheinsbeweis* tem sido intuitivamente aplicada para inverter o ônus da prova em ações civis acidentárias (nas quais, pelo acidente e/ou pela doença ocupacional, pede-se indenização civil ao próprio empregador - com base no art. 7º, XXVIII, *in fine*, da CRFB -, **presumindo-se** o nexo de causalidade entre o trabalho e a lesão sofrida, se se tratar p. ex. de hipótese coberta pelo

⁴⁶Não por outra razão, aliás, antes do CC/2002 - ou mesmo depois -, diversos julgados evocavam o art. 28 do CDC para fundamentar, nas execuções trabalhistas, a desconsideração da personalidade jurídica do empregador. V., por todos: “**DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA SOBRE BEM DO SÓCIO.** A desconsideração da personalidade jurídica, *disregard of legal entity doctrine*, oriunda do sistema de *common law*, consiste na constrição de bens particulares dos sócios e ex-sócios da pessoa jurídica, sempre que frustrada a execução direta nos bens dessa. No ordenamento jurídico nacional vigente, **encontra guarida nos arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor e 50 do Código Civil, de aplicação subsidiária ao Processo do Trabalho.** Proposta a reclamatória trabalhista em face do empregador e das empresas integrantes do grupo econômico, somente os sócios que se retiraram há mais de dois anos desde o ajuizamento da ação (arts. 1.003, parágrafo único, e 1.032 do CCB) é que não poderão ter seus bens pessoais atingidos na execução. Agravos de petição conhecidos e desprovidos. (TRT10, 3ª T., AP 00377-2008-014-10-00-2, Rel. Juiz Conv. Grijalbo Fernandes Coutinho, DEJT 10.2.2002). Agravo de petição conhecido e provido” (TRT 10ª Reg., RO n. 796-2012-00210000/DF, 00894-2009-008-10-00-0 AP, rel. Des. Douglas Alencar Rodrigues, 3ª T., j. 23.1.2013, *in* DEJT 1.2.2013 - g. n.).

chamado **nexo técnico-epidemiológico** administrativo⁴⁷, ou mesmo como regra geral). Também aparece, ademais, na já sedimentada jurisprudência que admite a inversão do ônus da prova da dispensa discriminatória, em se tratando de empregado soropositivo para HIV (ou portador de outras doenças igualmente estigmatizantes). É o que dita a recente Súmula n. 443 do TST. *In verbis*:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO (Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012). Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

E, da jurisprudência originária:

O despedimento injusto do empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, **presume-se discriminatório** e como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de consequência, sua reintegração. (TRT 3ª Reg., RO n. 16691/1994, 3ª T., Rel. Levi Fernandes Pinto, j. 26.7.1995 - g. n.).⁴⁸

O aresto acima encerra uma das decisões regionais precursoras, no Brasil, desta tese e matéria. Hoje, quase vinte anos depois, é jurisprudência praticamente consolidada no Tribunal Superior do Trabalho, como visto imediatamente acima.

Registre-se, por fim, que boa parte dos autores nacionais e estrangeiros identifica, em praticamente todos os casos de **assédio** (sexual ou moral), hipóteses típicas de **discriminação**⁴⁹. Tal se dá sobretudo por

⁴⁷Cf. art. 21-A, *caput*, da Lei n. 8.213/1991, com a redação da Lei n. 11.430/2006. *In verbis*: “A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar **ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças - CID**, em conformidade com o que dispuser o regulamento” (g. n.).

⁴⁸Trata-se de um dos arestos regionais precursores, no Brasil, desta tese e matéria.

⁴⁹V., por todos, Firmino Alves Lima, 2011, *passim*.

influência de doutrina e jurisprudência norte-americana⁵⁰, já que o **Civil Right Act** (1964), que rege a matéria, não contempla hipóteses autônomas de “assédio” (*harassment*), restando a evocar, mesmo para esses casos, o seu título VII (que reprime, como *unlawful employment practice*, todas as hipóteses de “discrimination based on race, color, religion, sex and national origin”)⁵¹. Logo, a nosso ver, essa não é uma redução conceitual que deva ser necessariamente acatada no sistema jurídico brasileiro, onde há muito se **autonomizou** a figura do assédio (v., e. g., o art. 216-A/CP, no âmbito da União, ou a Lei n. 12.250/2006, no Estado de São Paulo), sem compulsória correlação com as teorias da discriminação. Nada obstante, a se entender daquele modo (i. e., a se compreender que os assédios são sempre **subtipos** de discriminação), não será apenas por meio da tecnologia da constelação de indícios (*infra*), mas também - a depender do caso - pela tecnologia da *Anscheinsbeweis*, que o juiz do Trabalho poderá, à luz do art. 765/CLT, inverter o ônus da prova, reconhecendo a discriminação *prima facie* e dando disso notícia oportuna à parte contrária (art. 373, § 1º, *in fine*, CPC/2015).

5.3 A tecnologia das constelações de indícios

Por fim, cabe falar da tecnologia que melhor se aplica às hipóteses de assédios morais e sexuais nas relações de trabalho: a das **constelações de indícios**. Baseia-se na ideia de que um conjunto coerente de fatos laterais tendentes ao fato principal (objeto da prova) satisfaz o respectivo *onus probandi*⁵² e permite atribuir à contraparte processual o ônus de provar a inocorrência do fato principal ou a imprestabilidade dos indícios para a inversão no caso concreto.

⁵⁰V., e. g., *Meritor Savings Bank v. Vinson* (1986), o mundialmente famoso *Clinton v. Jones* (1997) e ainda *Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc.* (1998). O primeiro tratou de ação judicial movida por Mechelle Vinson em face do Meritor Savings Bank, sob as alegações de que sofria de assédio sexual no trabalho e de que o Civil Right Act proibia quaisquer hipóteses de discriminação no ambiente de trabalho; já perante a U. S. Supreme Court, afirmou-se o entendimento - a favor da autora - de que a interpretação da Civil Right Act deveria ser ampla, abarcando todas as formas de discriminação direta e indireta (*disparate treatment*) no ambiente de trabalho, inclusive os assédios. Já o último pacificou, também na U. S. Supreme Court, a compreensão de que a Civil Right Act também protege os trabalhadores contra assédio sexual praticado por pessoas do mesmo sexo.

⁵¹Nada mudou a respeito, ademais, com a edição do Civil Right Act de 1991, sob George W. Bush, nem tampouco com o Lily Ledbetter Fair Pay Act, de 2009.

⁵²Note-se que, conquanto sejam ideias próximas (v. Leonardo Xavier, 2004, p. 205-206), as constelações de indícios não se confundem com as presunções *hominis* (ou judiciais), em ao menos dois aspectos: (1) enquanto as presunções em geral pressupõem um **fato-base** mais ou menos delimitado ou preconcebido, as constelações de indícios refletem uma multiplicidade de fatos laterais - amiúde ainda mais laterais que um fato-base presuntivo -, aferíveis quase que

É essa a tecnologia por detrás da OJ SDI-1/TST n. 233 (extensão presuntiva da jornada alegada), na medida em que o “convencimento” do julgador, quanto à extensão da jornada, evidentemente derivará do conjunto coerente de fatos laterais indiciários (p. ex., mesmos superiores hierárquicos, mesma unidade, mesmo *modus operandi* etc.). *In verbis*:

HORAS EXTRAS. COMPROVAÇÃO DE PARTE DO PERÍODO ALEGADO. A decisão que defere horas extras com base em prova oral ou documental não ficará limitada ao tempo por ela abrangido, desde que o julgador fique convencido de que o procedimento questionado superou aquele período.

A tecnologia das constelações de indícios tem, outrossim, reconhecimento legislativo em alguns sistemas, como na Itália (art. 4º, 5, da **Legge** 10.4.1991 n. 125⁵³, sobre “azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro”):

[...] 5. Quando o requerente fornecer elementos de fato também derivados de **dados de caráter estatístico** relativos ao recrutamento, aos regimes retributivos, à atribuição de tarefas e qualificações, às transferências, à progressão na carreira e às demissões, **idôneos a fundar, em termos precisos e concordantes, a presunção de existência de atos ou comportamentos discriminatórios por motivo de sexo, incumbe o réu o ônus da prova sobre a insubsistência da discriminação.** (G. n.).⁵⁴

inteiramente *ex post*, desde que coerentes e convergentes; e (2) as presunções judiciais têm regulação legal em algumas ordens jurídicas (e. g., art. 351º do CC português), o que é bem mais incomum em se tratando de constelações de indícios (o que *a priori* confere ao aplicador do direito uma maior liberdade de utilização, desde que não se queira aplicar à espécie algum argumento de tipo *ex minore, ad maiorem*).

⁵³Em Xavier Leonardo, 2004 p. 206, aparece equivocadamente grafada como “Lei Italiana n. 5” (na verdade, 125).

⁵⁴No original: “5. Quando il ricorrente fornisce elementi di fatto desunti anche da dati di carattere statistico relativi alle assunzioni, ai regimi retributivi, all’assegnazione di mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera ed ai licenziamenti - idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione dell’esistenza di atti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso, spetta al convenuto l’onere della prova sulla insussistenza della discriminazione”.

Veja-se que, no caso italiano, não se cuida de mera **verossimilhança**, como ocorre nas cortes estadunidenses e até mesmo nas brasileiras (*supra*, tópico 4.2). Exige-se, ao revés, a demonstração de **dados concretos (= fato)** que, concordantes e precisos num certo sentido (= coerentes), funcionarão como constelação de indícios e imporão a inversão do *onus probandi*.

Mas, se sistema italiano - e em outros similares -, há a lei, já não é assim no caso brasileiro.

No processo civil brasileiro, se muito, poder-se-á trabalhar, para esse efeito (inversão do ônus da prova sob base indiciária), com o art. 375 c/c do CPC/2015 (correspondente ao art. 335 do revogado CPC/1973):

O juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a estas, o exame pericial.

O mesmo se diga, ademais, do processo do trabalho, até com maior expressão jurídico-positiva, porque o juiz do Trabalho poderá valer-se do multicitado art. 765 da CLT. *In verbis*:

Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

De todo modo, a despeito da pobreza dos textos legais, as constelações de indícios podem e devem ser empregadas como tecnologias auxiliares de balizamento da argumentação jusfundamental para a inversão do ônus da prova. É **precisamente o que tem acontecido nos casos em que os tribunais reconhecem inversões de carga probatória em ações relativas a assédio moral e sexual**, em países como Brasil e França, como também, de certo modo, em Portugal, e com reflexos sentidos na Espanha. Vejamos.

Na França, entende-se que o art. L 122-52 do Código do Trabalho autoriza o juiz, a partir de indícios, a inverter o ônus da prova em favor do reclamante. A teor desse preceito,

[e]n cas de litige relatif à l'application des articles L. 122-46 et L. 122-49 [harcèlement], **le salarié concerné présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.** Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. (G. n.).

Não há, como se vê, qualquer distinção, para esse efeito, entre os assédios (*harcèlements*) sexual e moral. Daí que, nas palavras de BOURKHRIS⁵⁵,

[...] l'article L 122-52 du code du travail prévoit que le salarié établisse les faits qui **permettent de présumer de l'existence d'un harcèlement.** [...] Au vu de ces éléments, **il incombe au défendeur de prouver que ses actes sont justifiés** par des motifs étrangers à tout harcèlement.

Deduz-se, pois, haver uma inversão do ônus probatório quanto ao fato principal (o assédio); mas, para tanto, o autor deverá fazer **alguma** prova: provará "elementos de fato que deixem [permitam] supor a existência de um assédio" (= constelação de indícios). Ou, na dicção do **Conseil Constitutionnel** (examinando preventivamente este exato preceito),

[...] les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées **ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de fait précis et concordants** qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail [...]. (**Conseil constitutionnel**, Décision n. 2001-455 - g. n.).

⁵⁵Isabelle Bourkhris, 2011. No mesmo sentido, v. Anne Orsay, 2004.

Acrescente-se que, sem essas medidas processuais, a tutela jurídica do trabalhador contra o assédio moral caminhará para a inanição. Isso porque, mesmo com elas, no ano de 2004, 85% das ações judiciais distribuídas ao **Conseil des Prud'hommes** de Paris alegavam algum tipo de assédio moral. Dessas, porém, somente 5% levaram a uma condenação por assédio, o que se explica “par l’abondance des plaintes qui rend plus difficile à faire passer le harcèlement avéré, les juges voulant éviter d’ouvrir une boîte de Pandore” (ORSAY, 2004). Não por outra razão, aliás, houve quem concluísse que:

[d]ans la pratique, la présomption [*rectius*: a inversão] semble inefficace, imposant encore un fardeau trop lourd à la victime. De fait, même si elle partage le fardeau de la preuve entre le salarié et l’employeur, le salarié doit tout de même faire la preuve de la matérialité des éléments de fait. Pour ce faire, il est généralement nécessaire de faire entendre les témoins du harcèlement. (BOURGAULT, 2006, p. 113).

Na percepção de parte da doutrina francesa hodierna, portanto, sequer serviria bem aos casos de assédio a inversão do ônus da prova baseada em constelações de indícios, porque de todo modo o reclamante teria de produzir **alguma** prova. Tendem a sugerir, pois, que os casos de assédio sejam pensados ao modo dos *prima facie cases* - ônus primacial do réu, independentemente de quaisquer provas ou indícios prévios -, o que nos reporta às reflexões da parte final do tópico anterior (4.2).

Já em Portugal, o Código do Trabalho (art. 29º, 1) define os assédios como:

[...] todo o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado quando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

Logo adiante (n. 3), o Código lusitano especifica o assédio sexual (“comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número

anterior”), sem o elemento subjetivo do injusto que o qualificaria no sistema penal brasileiro (= intuito de obter favor sexual, *ut* art. 216-A do CP); e, para mais, equipara os assédios à discriminação para certos efeitos (art. 29º, 3), seguindo de perto o pensamento norte-americano.

Daí que, no modelo português, alegada e fundamentada a circunstância de assédio baseado em fator de discriminação, pode-se bem concluir pela incumbência do **empregador** quanto ao ônus de provar que não há tratamento diferenciado, nos termos do art. 25º, 5 e 6. Aproximáramos, também aqui, da figura dos *prima facie cases*, estudados no tópico anterior. No entanto, é certo que esse quadro hermenêutico parecia mais claro na redação do anterior Código do Trabalho português (Lei n. 99/2002), à luz dos arts. 24º e 23º, 3.

Na Espanha, para a relativização dos critérios estáticos de repartição do ônus da prova, os trabalhadores dispõem do preceito inserto no art. 181, 2, da **Ley 36/2011**, de 10 de outubro, “reguladora de la jurisdicción social”. *In verbis*:

Artículo 181 Conciliación y juicio. 1. Admitida a trámite la demanda, el secretario judicial citará a las partes para los actos de conciliación y juicio conforme a los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 82, que habrán de tener lugar dentro del plazo improrrogable de los cinco días siguientes al de la admisión de la demanda. En todo caso, habrá de mediar un mínimo de dos días entre la citación y la efectiva celebración de aquellos actos. 2. En el acto del juicio, **una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.** 3. El juez o la Sala dictará sentencia en el plazo de tres días desde la celebración del acto del juicio publicándose y notificándose inmediatamente a las partes o a sus representantes. (G. n.).

Sobre a possibilidade de aplicação desse preceito - ou do seu correspondente, na revogada **Ley de Procedimiento Laboral** - aos casos de assédio, o Superior Tribunal de Justiça da Catalunha pronunciou-se positivamente já em 2011, conquanto, no mérito, negasse provimento à *suplicación*, por não reconhecer presente sequer a constelação de indícios. *In verbis*:

[...] **En materia de vulneración de derechos fundamentales, el ordenamiento procesal laboral exige que, dentro del proceso, el demandante aporte los indicios de la vulneración alegada, de tal forma que solamente entonces es cuando se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole al demandado aportar una ‘justificación objetiva y razonable suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad’** (artículo 179.2 de la LPL). La peculiaridad de la prueba en estos casos no consiste en la exoneración del demandante de toda carga probatoria, sino **en la menor intensidad de ésta con respecto a la que le incumbe al demandado. Al primero le basta con constituir una prueba de presunciones poniendo de manifiesto la serie de indicios de los que pueda racionalmente presumirse la existencia de la violación denunciada.** Aportado lo anterior, al demandado le corresponde acreditar que su comportamiento no ha implicado la violación de ningún derecho fundamental alegado por aquél. (STC 180/1994, 82/1997, 90/1997, 202/1997, 74/1998, 87/1998, y 38/2005, y STS de 9.2.1996 y 15.4.1996 entre otras).

Existe una consolidada doctrina jurisprudencial que ha insistido en que el elemento configurador del acoso moral, es la intencionalidad o finalidad perseguida, que no es otra cosa que la de causar un mal o daño al trabajador acosado con el fin de minar la moral del trabajador y desestabilizarlo, marginándolo o causándole un perjuicio. Y en el caso de autos, no nos encontramos ante unas conductas habituales de presunto acoso dirigidas por otras compañeras de trabajo hacia la actora, sino ante hechos puntuales reflejados en las cartas de queja remitidas por la actora, acontecidos en días muy concretos. **Ello evidencia que nos encontramos ante un conflicto personal entre trabajadoras, producido en días determinados, en que poco o nada tiene que ver la empresa y sí las actitudes personales y subjetivas de los afectados.** Estaríamos en presencia de rencillas entre compañeros de trabajo que incluso han llegado a ser sancionadas por la empresa, pero que, por sí solas, no constituyen acoso, y por tal motivo no cabe entender infringido el artículo 14 de la CE, al no haberse discriminado a la actora. (Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala de lo Social, Sentencia n. 2.745 de 14.4.2011 - g. n.).

Específicamente para os casos de assédio sexual e moral, ademais, a questão do ônus da prova mereceu intensa preocupação

legislativa na cena política espanhola. Como relata Rubio de Medina (2002, p. 45):

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

Por fim, no Brasil, observa-se idêntica tendência - ainda que atualmente minoritária -, na jurisprudência e na própria legislação.

No âmbito dos tribunais, merecem especial destaque os julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que inverteram o ônus da prova em casos de assédio moral e sexual, não raro para resguardar a própria utilidade do processo. Leiam-se, por todas, duas paradigmáticas decisões (uma das quais nos honrou com extensa citação):

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. CONSTELAÇÕES DE INDÍCIOS. CARACTERIZAÇÃO. Para a indenização por danos morais tendo como causa de pedir o assédio sexual é incabível a exigência de prova cabal e ocular dos fatos, uma vez que o assédio sexual, por sua natureza, é praticado, estrategicamente, às escondidas. Se houver fortes e diversos indícios apontando para a conduta abusiva do ofensor, deixando evidente o constrangimento reiterado sofrido pela vítima, pode-se concluir pela caracterização do assédio sexual, ou seja, a partir da constelação de indícios tem-se por configurada a prática do ilícito e o

consequente deferimento do pleito indenizatório. Com relação ao ônus da prova, o dispositivo legal atribui à parte interessada o ônus de provar os fatos alegados. Com efeito, ao autor cabe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 818 da CLT c/c art. 333 do CPC). Contudo, com relação ao direito processual do trabalho e **especialmente no caso do assédio sexual, o encargo probatório da vítima vem recebendo flexibilizações necessárias.** [...] Nas palavras do D. Juiz do Trabalho da 15ª Região, Guilherme Guimarães Feliciano, **o Magistrado pode e deve recorrer a modelos alternativos como são a tecnologia das constelações de indícios, a prova por verossimilhança, aplicação do princípio da instrumentalidade e o contexto jusfundamental no qual se leva em consideração os direitos fundamentais que estão em jogo no processo.** [...] Nesse mesmo sentido Pinho Pedreira nos informa que se tem admitido 'o recurso à prova indireta, ou seja, a prova por indícios, presunções ou *prima facie*, fundada esta última na probabilidade, invertendo-se, assim, o ônus da prova [...] uma presunção permitirá a **inversão do ônus da prova** quando houver prova de recusa mais ou menos expressa tendente a demonstrar que o autor da conduta deveria saber que esta não era desejada e constituía assédio'. O mesmo autor sustenta que a prova de efeitos prejudiciais (denegação de emprego ou promoção, despedida ou demissão forçada), em consequência da recusa aos avanços sexuais, constituirá uma prova *prima facie* de assédio. [...] A jurisprudência pátria também tem se manifestado no sentido de ser possível a comprovação da conduta criminosa do assédio sexual através de indícios: 'Não se pode olvidar que **a prova desta espécie de ilícito trabalhista (assédio sexual) é extremamente difícil.** Normalmente o assédio é camuflado, silencioso, praticado às escondidas, por isso **as regras de presunção devem ser admitidas e os indícios terem sua importância potencializada,** sob pena de se permitir que o assediador se beneficie de sua conduta' (TST, 6ª Turma. AIRR 49740-47.2005.5.15.0053, Rel. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DJ 3 jun. 2011). [...] A exigência de prova robusta de uma conduta que normalmente é realizada às escondidas dificulta ou praticamente inviabiliza a condenação da ilicitude. Da mesma forma que não é possível obter prova documental do pagamento feito por fora, também não se pode exigir prova cabal do assédio realizado na intimidade das astúcias do

assediador. Diante disso, **deve-se conjugar a série de indícios que consta dos autos para verificar se é possível concluir pela caracterização do assédio mencionado.** (TRT 3ª Reg., RO 01302-2010-129-03-00-9, 2ª T., Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, j. 5.7.2011, *in* DEJT 12.7.2011 - g. n.).

ASSÉDIO SEXUAL. DIFICULDADE DE COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO VALOR DEVIDO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. É certo que circunstâncias que envolvem o assédio sexual são de difícil comprovação, porque o que agente procura se cercar de todo o cuidado que o ato exige, não permitindo a presença de pessoas que o possam denunciar, mas a testemunha da autora informa os fatos que autorizam a conclusão de que assistiu a parte da conversa e, em juízo, afirmou que ouviu a pessoa acusada dizendo que pretendia encontrar com a reclamante e que esta não teria aceitado a proposta. O próprio juízo sentenciante argumenta que, se tiver havido qualquer iniciativa por parte da pessoa que foi indicada como autora do ato, no sentido de constranger sexualmente a reclamante, tal fato não restou demonstrado. Aliás, a prova de fatos dessa natureza quase sempre é difícil, em razão das condições em que são praticados. No caso dos autos, **pode-se afirmar que os contatos mantidos entre o acusado e a reclamante foram além dos limites profissionais**, apesar de o ilustre julgador concluir, com o que não concordo, *permissa venia*, que 'não o suficiente para se concluir de que tenha havido o alegado assédio sexual' (f. 107). Apesar de este julgador estar convicto da ocorrência do fato, **ainda pesa em favor da reclamante o princípio *in dubio pro operario*, que deve ser aplicado. Não só pelas condições de hipossuficiência, mas - e especialmente - por se tratar de sexo feminino, alvo de tais procedimentos que não condizem com a dignidade da trabalhadora.** Se admitirmos a continuação deste tipo de conduta, teremos as regras ditadas pelo elemento mais forte fisicamente no seio da comunidade de animais irracionais ou retornaremos à idade pré-histórica, em que o macho se valia do seu cajado impiedoso e colocava em estado de inconsciência a fêmea e dela fazia uso como bem lhe aprouvesse, e ela não podia resistir às investidas e abusos. Na sociedade atual, guardadas as devidas proporções, o abuso do poderoso continua e todos devemos lutar para extirpar este mal que campeia -

ainda quase impunemente - na comunidade global, impiedosamente. Não só quanto à mulher - alvo mais fácil -, mas também o pobre, o negro, o desafortunado, que é explorado em todos os sentidos, ainda que para trabalhar mais e ganhar menos que os outros. Entendo, por tudo isto, que ficou provado o assédio sexual, devendo o reclamado pagar a indenização por danos morais postulada, bem como arcar com o pagamento das verbas da rescisão indireta do contrato de trabalho, que declaro neste ato, conforme está sendo postulado na peça inicial. E, tratando-se de responsabilidade objetiva do empregador, nos termos do art. 932 do Código Civil brasileiro, deve este arcar com os danos causados por seu preposto no evento, podendo, se entender que deve, se ressarcir com o causador do prejuízo, em ação própria, o que foge a esta reclamação. (TRT 3ª Reg., RO 0192-2006-056-03-00-6, 3ª T., red. Juiz Bolívar Viegas Peixoto, *in* DJMG 15.7.2006 - g. n.).⁵⁶

Na 14ª Região do Trabalho, ademais, cite-se o seguinte julgado:

OITIVA DE TESTEMUNHA. DISPENSA. SUSPEIÇÃO. VALIDADE. É válido o indeferimento de oitiva de testemunha que declara sua intenção de insucesso da parte, em virtude de inimizade, nos termos do art. 405, § 3º, III, do Código de Processo Civil. ASSÉDIO SEXUAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. POSSIBILIDADE. **Nos casos de assédio**

⁵⁶Decisão que, a propósito, foi mantida pelo Tribunal Superior do Trabalho (conquanto por razões basicamente formais, na linha da Súmula n. 126 do TST). V. TST, AIRR 192/2006-056-03-40.0, 3ª T., Rel. Min. Alberto Bresciani, j. 21.3.2007. *In verbis*: “**AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. DESCABIMENTO. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS DE PROVAS.** Traduz-se o requisito do prequestionamento, para fins de admissibilidade do recurso de revista, pela emissão de tese expressa, por parte do órgão julgador, em torno dos temas destacados pela parte, em suas razões de insurreição. Por outra face, a moldura fática da questão repele o conhecimento do recurso de revista. Esta é a inteligência da Súmula 126 do TST. Deixando a parte de fazer patentes as situações descritas nas alíneas do art. 896 consolidado, correto o despacho que nega curso à revista. Agravo de instrumento conhecido e desprovido”. O recorrente apontava justamente violações dos arts. 818/CLT e 333, I, CPC/1973 (além do próprio art. 216-A/CP). No seu voto, porém, o relator registrou que, “além de alicerçada na denominada ‘máxima de experiência’ (CPC, art. 335), a decisão recorrida está calcada, ainda, na prova testemunhal, realidade que torna patente a inespecificidade dos paradigmas indicados para o confronto de teses”, admitindo, implicitamente, que as máximas de experiência possam ser utilizadas para a inversão do ônus da prova em supostos de assédio, mercê das contestações de indício (ainda que não se tenha sufragado explicitamente a tese). Com o advento do art. 373, § 1º, do CPC/2015, essa possibilidade nos parece ainda mais palmar.

sexual é possível a inversão do ônus da prova em favor do obreiro, considerando sua hipossuficiência em face do empregador e desde que constatada a verossimilhança de suas alegações, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, aplicado subsidiariamente por força do art. 8º e parágrafo único da CLT. DANO MORAL. ASSÉDIO SEXUAL. CONFIGURAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. Invertido o ônus da prova em favor do empregado, em virtude da dificuldade de comprovação do assédio sexual pela vítima, visto que este crime geralmente não ocorre na presença de terceiros, e não se desincumbindo a reclamada do encargo de comprovar a inexistência deste ilícito, mantém-se a condenação da empresa ao pagamento de indenização por dano moral. (TRT 14ª Reg., RO 01036.2006.041.14.00-3, Rel. Juiz Conv. Lafite Mariano, in DOJT 8.8.2007 - g. n.).

Para mais, especificamente quanto ao assédio moral, tramita pela Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.369/2003, de autoria do Deputado Vicentinho (PT/SP), que “[d]ispõe sobre o assédio moral nas relações de trabalho”. A ser aprovado, nos termos do seu art. 7º (acrescido pela Emenda Aditiva n. 2), será regra processual, no Brasil, a de que “[o] juiz **pode** determinar a inversão do ônus da prova, caso seja verossímil a alegação de assédio moral” (g. n.).

Pelo teor literal do texto, estaríamos outra vez mais próximos da *Ancheinsbeweis* do que, propriamente, das constelações de indícios (que efetivamente exigem **algum** fato concreto, específico para o caso, já provado ou incontroverso). Seja como for, porém, não destoa de todo o conjunto apresentado acima. Estamos diante de uma indelével tendência de relativização do ônus da prova em supostos de assédio moral e sexual. Tendência que, no Judiciário ou no Legislativo, promissora e paulatinamente se densifica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo quanto apresentado, podemos então concluir, para o caso brasileiro, que, a uma, as regras do art. 373 do CPC/2015 e do art. 818 da CLT não **normas preceptivas a priori** (FERRAZ JR., 1991, p. 125-126), mas

não são normas estritamente proibitivas (tanto que admitem convenções processuais em contrário), pois sua *ratio essendi* e força de incidência não as classifica entre as normas constitucionalmente imperativas, ligadas à *Wesenskern* do devido processo formal⁵⁷.

A duas, concluiremos que, em casos especiais o juiz **pode** - desde que o faça **fundamentadamente** e **sob contraditório** (atual ou diferido) - esquivar-se do modelo estático rosenberg-chiovendiano (art. 373/CPC), para modular, mitigar, redistribuir ou mesmo excluir o ônus da prova, para além da “ditadura do alegado” e da *Normentheorie*, e não apenas com base em **presunções** (arts. 374, IV, e 375 do CPC/2015, Súmula n. 16 do TST etc.), mas também com base em **tecnologias específicas** reconhecidas pela *communis opinio doctorum* (e. g., aptidão para a prova, constelação de indícios, *Anscheinsbeweis* etc.).

A três, por fim, concluiremos que, dentre esses “casos especiais”, a classe mais evidente é a dos que reclamam inflexões do modelo abstrato de repartição do ônus da prova para o fim de prestigiar pretensões materiais ligadas a **direitos humanos fundamentais** (individuais ou sociais), sendo essa jusfundamentalidade o *leit motiv* de grande parte das inflexões hoje consagradas na jurisprudência brasileira. É o que já se verifica, em diversos julgados, nos dissídios que envolvem alegações de **assédio laboral** (moral ou sexual), notadamente por meio da tecnologia das **constelações de indícios** (mas com abertura para, nos casos de assédio tipicamente discriminatório, recorrer-se também à tecnologia da *Anscheinsbeweis*).

E assim há de ser doravante, com progressiva sistematicidade, desde que se reconheça que, na imensa maioria dos casos, exigir do assediado a prova cabal do assédio corresponderá a, na prática, invocar o devido processo legal formal para **fulminar** os prováveis direitos subjetivos subjacentes à alegada agressão. Afinal, como há décadas ponderou Thomas Kuhn - e mais uma vez o evoco em um escrito -, “não existem algoritmos neutros para a escolha de uma teoria” (2006, p. 248).

7 REFERÊNCIAS

BERKA, Walter. **Lehrbuch Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium**. Wien: Springer Wien New York, 2005.

⁵⁷Sobre a garantia de conteúdo essencial (*Wesensgehaltgarantie*) e sua aplicação à teoria das inflexões formais no devido processo legal, ver, uma vez mais, G. G. Feliciano, 2016, *passim*.

BOURGAULT, Julie. Le harcèlement moral en France: un concept juridique subjectif-objectif? Regards croisés sur les politiques publiques visant à contrer la violence au travail. *In: Santé, société et solidarité*. Québec: Observatoire franco-québécois de la santé et de la solidarité, n. 2, 2006.

BOURKHRIS, Isabelle. La preuve et le harcèlement moral. **Le village de la justice**, 31 décembre 2011. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/preuve-harcelement-moral,981.html>>. Acesso em: 23.12.2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. (3. ed., 1999).

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CATALANO, Elena Maria. Prova indiziaria, probabilistic evidence e modelli matematici di valutazione. **Rivista di Diritto Processuale Civile**, v. 51, n. 2, Padova, CEDAM, 1996.

FELICIANO, Guilherme Guimarães *et al.* **Fênix**: por um novo processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2011. 166 p. ISBN 9788536116761.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Distribuição dinâmica do ônus da prova no processo do trabalho: critérios e casuística. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 32, Campinas, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, jan./jun. 2008.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**: cooperação e proporcionalidade nas provas condicionadas à disposição física da pessoa humana. São Paulo: LTr, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: inflexões do *due process of law* na tutela processual dos direitos humanos fundamentais. São Paulo: LTr, 2016.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991.

GUEDES, Márcia de Novaes. **Terror psicológico no trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LIMA, Firmino Alves. **Teoria da discriminação nas relações de trabalho**. São Paulo: Elsevier, 2011.

MACHADO JUNIOR, Julio Cesar. **O ônus da prova no processo do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2001.

MANGOLDT, Hermann von; KLEIN, Friedrich; STARCK, Christian. **Kommentar zum Grundgesetz**. München: Franz Vallen, 2005. Band 1.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MICHELI, Gian Antonio. Teoria geral da prova. Trad. Arruda Alvim. **Revista de Processo**, n. 03, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 1976.

MICHELI, Gian Antonio. **L'onere della prova**. Padova: Cedam, 1942.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. T. II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MÚRIAS, Pedro Ferreira. **Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova**. Lisboa: Lex, 2000.

NIERHAUS, Michael. **Beweismass und Beweislast. Unterschungsgrundsatz und Beteiligtenmitwirkung im Verwaltungsprozess: Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre**. Berlin: F. Vahlen, 1989.

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo. **Carga de la prueba y sociedad de riesgo**. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ORSAY, Anne. La notion de harcèlement moral trois ans après l'adoption de la Loi du 17 janvier 2002. **Le village de la justice**, 2004. Disponível em: <<http://www.village-justice.com/articles/harcelement,71>>. Acesso em: 15.7.2012.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. Trad. Ernesto Krotoschin. 2. ed. Montevideo: Editorial B de F, 2002.

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

RUTHERGLEN, George. **Employment discrimination law: visions of equality in theory and doctrine**. New York: Foundation Press, 2007.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ónus da prova como garantia constitucional do devido processo legal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TARUFFO, Michele. Presunzioni, inversioni, prova del fatto. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. v. 46, n. 3, Milano, Giuffrè, 1992.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **A prova no processo do trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 1991.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Curso de direito processual do trabalho**. V. II. São Paulo: LTr, 2009.

UGARTE CATALDO, José Luis. **El nuevo derecho del trabajo**. Santiago de Chile: Editorial Universitaria, 2004.

VERDE, Giovanni. *L'inversione degli oneri probatori nel processo.*
Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. v. 46, n. 3. Milano:
Giuffrè, 1992.

A APLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 523, § 1º, DO NCPC (ART. 475-J DO CPC/1973) AO PROCESSO DO TRABALHO

THE APPLICABILITY OF THE FINE OF THE ARTICLE 523, § 1º, FROM THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE (ARTICLE 475-J FROM THE CIVIL PROCEDURE CODE/1973) TO THE LABOUR PROCEEDING

SANTOS, Enoque Ribeiro dos*
PINTO, Melina Silva**

Resumo: O artigo apresenta discussão sobre a possível aplicação do § 1º do art. 523 do novo CPC ao Processo do Trabalho, defendendo sua aplicação, pois entende que existe lacuna na norma celetista, enquanto que o referido dispositivo coaduna-se mais com os princípios trabalhistas.

Palavras-chave: Multa. Código de Processo Civil. Processo do Trabalho.

Abstract: The article presents the discussion about a possible application of the § 1º art. 523 of the New Civil Procedure Code to the Labour Proceeding, defending its application, for it understands that there is a gap in the CLT (Consolidated Labor Laws) norm, while the referred device is more in line with the labour principles.

Keywords: Fine. Civil Procedure Code. Labour Proceeding.

1 INTRODUÇÃO

As inovações trazidas no direito processual comum constantemente instigam o debate quanto à sua aplicação ao processo do trabalho.

*Desembargador do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre (Unesp). Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP.

**Assessora de Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Constitucional (UNB).

Nesse sentido é que apresentamos ao mundo jurídico nossa posição em relação à plena aplicação do antigo art. 475-J, e agora art. 523, § 1º, do Novo Código de Processo Civil no processo trabalhista.

2 A APLICAÇÃO DO ART. 523, § 1º, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO PROCESSO DO TRABALHO. POSICIONAMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

Especificamente quanto à multa do art. 475-J do CPC/1973, há uma forte corrente com o posicionamento de que tal regra não encontra abrigo no processo do trabalho, com base em alguns argumentos: em primeiro lugar, porque neste não há previsão de multa para o caso de o executado não pagar a dívida ao receber a conta líquida; em segundo, porque a via restrita do art. 769 da CLT somente permite a aplicação supletiva das normas do processo comum na fase de conhecimento e condicionada a dois fatores (omissão e compatibilidade), mas a matéria possui disciplina específica na CLT, objeto do seu art. 879, §§ 1º-B e 2º, e em terceiro lugar, porque, para a fase de execução, o art. 889 indica como norma subsidiária a Lei n. 6.830/1980, que disciplina a execução fiscal.

Entende-se, também, que a aplicação subsidiária do CPC contraria os arts. 769 e 889 da CLT, que não autorizam a utilização da regra desprezando a norma de regência do processo do trabalho, pois a substituição das normas da execução trabalhista (capítulo V da CLT, arts. 876 a 892), que detém prazos e procedimentos próprios e diferenciados, por outras do processo comum, enfraqueceria a autonomia do direito processual do trabalho.

O Col. Tribunal Superior do Trabalho, apesar das ressalvas de entendimento de vários de seus ministros, ainda tem decidido pela inaplicabilidade do art. 475-J do CPC/1973 ao processo do trabalho, ante a existência de previsão legislativa expressa na CLT sobre a mesma hipótese (não cumprimento da sentença no prazo legal), instando o devedor a pagar em 48 horas ou garantir a execução sob pena de penhora (arts. 880, 882 e 883 da CLT), sem cominação de multa pelo não pagamento espontâneo das verbas decorrentes da condenação, motivo pelo qual sua aplicação acarretaria ofensa ao devido processo legal, de que trata o art. 5º, LIV, da Constituição da República.

As recentes ementas abaixo ilustram tal posicionamento, *verbis*:

1) AGRAVO DE INSTRUMENTO. Em face da plausibilidade da indigitada afronta ao 5º, inc. II, da Constituição da República, dá-se provimento ao agravo de instrumento para o amplo julgamento do recurso de

revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento. **2) RECURSO DE REVISTA. ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO.** 1. A regra prevista no art. 475-J do CPC não se ajusta ao processo do trabalho atualmente, visto que a matéria possui disciplina específica na CLT, objeto do seu art. 879, §§ 1º-B e 2º. Assim, a aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC contraria os arts. 769 e 889 da CLT, que não autorizam a utilização da regra desprezando a norma de regência do processo do trabalho. 2. A novidade não encontra abrigo no processo do trabalho, em primeiro lugar, porque neste não há previsão de multa para a hipótese de o executado não pagar a dívida ao receber a conta líquida; em segundo, porque a via estreita do art. 769 da CLT somente cogita da aplicação supletiva das normas do processo comum no processo de conhecimento e condicionado a dois fatores (omissão e compatibilidade), e em terceiro lugar, porque, para a fase de execução, o art. 889 indica como norma subsidiária a Lei n. 6.830/1980, que disciplina os executivos fiscais. Fora dessas duas situações, estar-se-ia diante de indesejada substituição dos dispositivos da CLT por aqueles do CPC que se pretende adotar. 3. A inobservância das normas inscritas nos arts. 769 e 889 da CLT, com a mera substituição das normas de regência da execução trabalhista por outras de execução no processo comum, enfraquece a autonomia do direito processual do trabalho. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Processo RR 1451-48.2010.5.01.0037, data de julgamento 6.4.2016, Relator Ministro João Batista Brito Pereira, 5ª Turma, data de publicação DEJT 15.4.2016).

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. (...) MULTA DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Esta Corte, com ressalva do entendimento do Relator, tem decidido pela inaplicabilidade do art. 475-J do CPC de 1973 ao processo do trabalho, ante a existência de previsão legislativa expressa na CLT sobre o tema, porquanto os arts. 880 e 883 da CLT regulam o procedimento referente ao início da fase executória do julgado, sem cominação de multa pelo não pagamento espontâneo das verbas decorrentes da condenação judicial, motivo por que sua aplicação acarretaria ofensa ao devido processo legal, de que trata o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo RR 17400-

57.2014.5.21.0024, data de julgamento 6.4.2016, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, data de publicação DEJT 15.4.2016).

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Constatada a aparente violação do art. 5º, LV, da CF, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. **B) RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO.** Consoante o entendimento de que o art. 475-J do CPC/1973 é inaplicável ao processo do trabalho por não haver omissão no texto celetista e por possuir regramento próprio quanto à execução de seus créditos, consignado no capítulo V da CLT (arts. 876 a 892), inclusive com prazos próprios e diferenciados, a decisão proferida pelo Tribunal *a quo* merece reforma, para excluir da condenação a aplicação da multa prevista no referido dispositivo. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo RR 495-56.2012.5.09.0872, data de julgamento 13.4.2016, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, data de publicação DEJT 15.4.2016).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. APELO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Demonstrada a violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, merece provimento o agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. VIOLAÇÃO DO ART. 5º, LIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.** A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao direito processual do trabalho, de acordo com a doutrina e com a jurisprudência unânimes, exige dois requisitos: a ausência de previsão na CLT e a compatibilidade da norma supletiva com os princípios do processo do trabalho. Observa-se que o fato preconizado no art. 475-J do CPC possui disciplina própria no âmbito do processo do trabalho, nos arts. 880, 882 e 883 da CLT, que preveem o prazo e a garantia da dívida, por depósito, ou a penhora de bens quantos bastem ao pagamento

da importância da condenação, acrescida de despesas processuais, custas e juros de mora. Portanto, decisão regional em sentido contrário viola a norma insculpida no art. 5º, LIV, da CF. Recurso de revista conhecido e provido. (Processo RR 139500-33.2012.5.21.0008, data de julgamento 13.4.2016, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, data de publicação DEJT 15.4.2016).

RECURSO DE REVISTA. INAPLICABILIDADE DA MULTA DO ART. 475-J DO CPC/1973 À JUSTIÇA DO TRABALHO. I. Segundo o disposto no art. 769 da CLT, a aplicação subsidiária do direito processual comum ao processo do trabalho somente será possível em caso de omissão da CLT, e desde que não haja incompatibilidade com as normas processuais trabalhistas. A execução trabalhista tem suas regras próprias para instar que o devedor deverá ser citado para pagar em 48 horas ou garantir a execução sob pena de penhora (arts. 880, 882 e 883 da CLT). Dessa forma, prevendo a legislação trabalhista para a mesma hipótese (não cumprimento da sentença no prazo legal) procedimentos distintos, não há que se cogitar de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. II. Recurso de revista que se conhece, por violação do art. 5º, II, da Constituição Federal, e a que se dá provimento. (Processo RR 110200-80.2011.5.17.0005, data de julgamento 13.4.2016, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, data de publicação DEJT 15.4.2016).

RECURSO DE EMBARGOS. REGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. DESCONTOS FISCAIS. CRITÉRIO DE CÁLCULO. 1. A eg. Quinta Turma deu provimento ao recurso de revista interposto pela reclamada, quanto à incidência dos descontos fiscais sobre o valor total da condenação, sob o fundamento de que a Corte Regional contrariou a Súmula n. 368, II, do TST. 2. Todavia, na sessão de 16.4.2012, o Tribunal Pleno desta Corte Superior alterou o item II da Súmula n. 368, passando a estabelecer que é do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições fiscais, resultantes de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei n. 7.713, de 22.12.1988, com a redação dada pela Lei n. 12.350/2010. Recurso de embargos conhecido e provido, no tema. **MULTA DO ART. 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO.** 1. O provimento do recurso de revista interposto pela

reclamada observou a jurisprudência pacífica desta Corte Superior, no sentido de que não é aplicável ao processo do trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC, referente ao cumprimento da sentença civil, porquanto incompatível com o disposto nos arts. 769 e 889 da CLT. 2. Nesse contexto, os embargos são incabíveis de acordo com o art. 894, II, da CLT, considerada a redação dada pela Lei n. 11.496/2007. Recurso de embargos de que não se conhece. (Processo E-RR-171200-84.2009.5.09.0, data de julgamento 10.12.2015, Relator Ministro Waldir Oliveira da Costa, SDI-1, data de publicação DEJT 18.12.2015).

Apesar dos respeitáveis fundamentos supramencionados, entendemos que a norma do art. 880 da CLT não se revela consentânea com a nova realidade, pois não é capaz de imprimir a necessária celeridade na efetivação da prestação jurisdicional trabalhista.

Posicionamo-nos no sentido de que o art. 475-J do CPC/1973 sempre foi plenamente aplicável ao processo laboral, ante a omissão normativa celetista no que se refere à multa para pagamento do valor reconhecido em juízo, além das lacunas ontológicas e axiológicas existentes e relacionadas ao anciloseamento da regra do art. 880 da CLT.

Ademais, não se pode olvidar que o crédito trabalhista, por deter caráter alimentar, merece um tratamento privilegiado do ordenamento jurídico processual como um todo, o qual é mero instrumento para a realização da tutela material pretendida. Portanto, a aplicação da multa em questão privilegia a concretização do acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva, célere, de resultados (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988).

Atualmente, com a vigência do novo Código de Processo Civil desde 18.3.2016, a regra que envolve a multa do art. 523, § 1º, do NCPC, a qual substituiu a anterior multa do art. 475-J do CPC/1973, assim prevê:

No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.

§ 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do caput, o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.

§ 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.

§ 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

A mudança teve como tônica, mais uma vez, a efetividade e celeridade processual, com intuito de se atingir o fim colimado no mandamento insculpido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Republicana, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A Constituição garante, ainda, a proteção do salário, na forma da lei (art. 7º, X), reconhecendo sua natureza alimentar.

Tanto isso é verdade que o novo Código de Processo Civil buscou na CLT e aperfeiçoou vários institutos para o atendimento do mandamento constitucional da razoável duração do processo, explicitado no art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Observa-se que a vetusta CLT novamente não acompanhou as inovações e, por tal razão, a aplicação da multa estabelecida no art. 523, § 1º, do novo Código de Processo Civil, na esfera trabalhista, é salutar ao direito processual do trabalho, até porque as verbas pleiteadas nesta Justiça Especializada têm natureza alimentícia, e a forma serôdia dispensada à execução trabalhista pelo Texto Consolidado não se ajusta aos valores e garantias essenciais preconizados na Constituição Cidadã, levando-se em conta, ainda, o disposto em seu art. 7º, X, que, como já referido, além de proteger o salário, na forma da lei, reconhece sua natureza alimentar.

Portanto, o art. 523, § 1º, do NCPC (anterior art. 475-J do CPC/1973) tem aplicação na esfera trabalhista, porque não apenas se coaduna com os princípios trabalhistas - em especial, o informalismo (pagamento espontâneo) e a proteção ao trabalhador hipossuficiente - mas também o subsidia e complementa (interpretação do art. 15 do NCPC).

Observe-se que certas multas, como aquela prevista no art. 601 do CPC/1973, por atos atentatórios à dignidade da Justiça, sempre foram aceitas sem restrições nesta Justiça Especializada. A aplicabilidade à execução trabalhista decorreu da omissão da CLT e da Lei n. 6.830/1980.

Pelo mesmo motivo, a penalidade ora analisada deve ser invocada do direito processual comum, tal como dispõe expressamente o art. 769 da CLT, ao referir-se aos casos em que haja lacuna na Consolidação, agora combinado com o art. 15 do NCPC.

Com efeito, se a multa em apreço é aplicável em matérias concernentes ao processo civil, no qual as partes são formalmente iguais e as questões são de natureza eminentemente patrimoniais, ela deve ser adotada, com muito mais razão, naquelas de competência desta Justiça Especializada, dominada pelo desequilíbrio entre as partes, considerando-se a natureza alimentícia dos créditos trabalhistas e a dificuldade que o trabalhador tem de recebê-los.

Sobre a temática, preleciona Mauro Schiavi, *verbis*:

Estamos convencidos de que o Juiz do Trabalho não deve se apegar à interpretação literal da CLT e bloquear

os avanços da Legislação Processual Civil na Execução. O credor trabalhista, na quase totalidade das vezes, tem um crédito alimentar cuja satisfação não pode esperar, sob consequência de ineficácia de todo o esforço judicial para se fazer justiça na fase de conhecimento. Diante de todas as transformações das relações de Direito Material do Trabalho, inclusive com acentuada perda de eficácia da legislação trabalhista, a cada dia, são necessários instrumentos processuais mais eficazes para a garantia do Direito Material do Trabalho e como fim último da dignidade da pessoa humana do trabalhador. O Direito Processual tem sua razão de ser na garantia do cumprimento da legislação social e resguardar os direitos fundamentais do trabalhador. Desse modo, a partir do momento que o Direito Processual Civil dá um grande passo do caminho da modernidade, deve o Processo do Trabalho se valer de tais benefícios, sob consequência de desprestígio e ineficácia da Ordem Jurídica Trabalhista. (SCHIAVI, 2013, p. 1053).

Nesse passo, mesmo antes do novo Código de Processo Civil, sempre nos posicionamos pela aplicabilidade da presente multa ao processo do trabalho.

Atualmente, tal posição é externada com ainda mais convicção, na medida em que o art. 523, § 1º, do NCPC, encontra guarida no art. 520, § 2º, do novo CPC, que estatui:

O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: [...];
§ 2º A multa e os honorários a que se refere o § 1º do art. 523 são devidos no cumprimento provisório de sentença condenatória ao pagamento de quantia certa.

Ressaltamos que o artigo supratranscrito menciona o cumprimento provisório da sentença.

Oportuno destacar, também, que este dispositivo, sob a égide do conceito de sentença sincrética, veio a valorizar a sentença de primeiro grau, fazendo com que ela não mais seja vista simplesmente como mero rito de passagem para um exame mais aprofundado no segundo grau de jurisdição.

3 CONCLUSÕES

Considerando o exposto e ainda pelo fato de que o novel art. 523, § 1º, do NCPC encontrou guarida no art. 520, § 2º, do novo CPC, no

sentido de que o cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso será realizado da mesma forma que o definitivo, sujeitando-se a multas e honorários, em caso de descumprimento, para nós não mais remanesce dúvidas quanto à aplicabilidade do antigo art. 475-J, agora supramencionado art. 523, § 1º, do novo Código de Processo Civil ao processo trabalhista.

Entendemos que esta opção do legislador teve como objetivo não apenas o cumprimento do mandamento constitucional da razoável duração do processo, na medida em que o devedor é instado a pagar, no prazo legal, o crédito estabelecido na sentença, para se livrar da multa ventilada, como também a valorização e efetividade do provimento jurisdicional primevo.

4 REFERÊNCIA

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

A APLICAÇÃO IMEDIATA (OU NÃO) DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PARA O EMPREGADO VIGILANTE

THE IMMEDIATE APPLICATION (OR NOT) OF THE RISK PREMIUM FOR THE VIGILANT EMPLOYEE

BACCHI, Rodolpho César Aquilino*

Resumo: O presente trabalho versa acerca da controvérsia envolvendo o termo inicial do adicional de periculosidade para o empregado vigilante, diante da edição da Lei n. 12.740/2012. Este é desenvolvido apontando, inicialmente, os argumentos favoráveis à tese da aplicação imediata do adicional de periculosidade e aqueles concernentes aos defensores da aplicação do referido adicional apenas a partir da alteração da NR n. 16, pela Portaria n. 1.885/2013. Logo após, apresentaremos a referida divergência na jurisprudência do TST, através da análise de alguns arestos jurisprudenciais, trazendo ao final nossas ponderações, conclusões acerca do tema. A metodologia utilizada nesta pesquisa em sua primeira parte será a dedutiva, enquanto que na análise da divergência jurisprudencial nos utilizaremos a metodologia indutiva. Concluimos entendendo que se torna imprescindível para a percepção do aludido benefício a inserção da atividade na NR n. 16, como se infere de uma interpretação sistemática dos arts. 193, *caput*, 195 e 196 da CLT, não bastando a edição da Lei n. 12.740/2012 e, a partir disso, o melhor entendimento a ser adotado quanto à aplicação do adicional de periculosidade é ser este devido aos vigilantes somente a partir de 3.12.2013, data de publicação da Portaria n. 1.885/2013 do MTE. Este entendimento se coaduna com o princípio da segurança jurídica, trazendo estabilidade às relações entre empregadores e empregados vigilantes, que terão garantidos um benefício que trará melhorias para esta categoria profissional.

Palavras-chave: Adicional. Periculosidade. Vigilante.

*Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Católica de Petrópolis. Pesquisador. Professor nos cursos de Pós-Graduação *Lato Sensu* da ESA/OAB-RJ e da Universidade Cândido Mendes. Foi Assessor de Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (2013-2014).

Abstract: The present paper is about the controversy involving the initial term of the risk premium for the vigilant employee, before the edition of the Law n. 12.740/2012. This is developed appointing, initially, the favourable arguments to the thesis of immediate application of the risk premium and those concerning defenders of the application of said additional only from the amendment of NR n. 16, by Administrative Rule no. 1.885/2013. Soon after, we will present the referred divergence in the TST (Superior Labor Court) jurisprudence, bringing to the end our ponderations, conclusions about the theme. The methodology used in this research in its first part will be the deductive, while in the jurisprudential divergence analysis we will use the inductive methodology. We conclude that it is indispensable for the perception of the alluded benefit the insertion of the activity in the NR n. 16, as is inferred from a systematic interpretation of the articles 193, *caput*, 195 and 196 of the Consolidation of Labour Laws (CLT), the amendment of the Law n. 12.740/2012 not being enough, and from that, the better understanding to be adopted regarding the application of the risk premium is for it to be due to vigilantes only from 3.12.2013, date of publication of the Administrative Rule no. 1.885/2013 of the Ministry of Labour and Employment (MTE). This understanding is in line with the principle of judicial security, bringing stability to the relations between employers and vigilant employees, who will be guaranteed a benefit that will bring betterment to this professional category.

Keywords: Additional (premium). Dangerousness. Vigilant.

1 INTRODUÇÃO

É cediço que os empregados vigilantes configuram uma categoria profissional diferenciada¹ que alberga as atividades, dentre outras, de vigia de “dependências e áreas públicas e privadas com a finalidade de prevenir, controlar e combater delitos como porte ilícito de armas e munições e outras irregularidades, zelar pela segurança das pessoas, do patrimônio e pelo cumprimento das leis e regulamentos”², sendo inegável a exposição a inúmeros riscos, em especial, de vida.

Em virtude disso, inicialmente houve a edição da Lei n. 7.102, de 20 de junho de 2003, que trata dos requisitos para o exercício da função de vigilante, além de normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores.

¹Disponível em: <<http://www.mteco.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloResultado.jsf>>. Acesso em: 13 set. 2016.

²Nos termos do art. 511, § 3º da CLT, categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

Esta categoria auferia um adicional de risco previsto na norma coletiva da categoria profissional normalmente no importe de 20% (vinte por cento), porém faltava a estes empregados uma garantia legal de um acréscimo remuneratório como forma de compensar a submissão aos riscos inerentes a uma atividade tão perigosa.

Recentemente, foi editada a Lei n. 12.740, de 8 de dezembro de 2012, que alterou o art. 193 da CLT, incluindo na descrição das atividades ensejadoras do adicional de periculosidade de 30% o empregado vigilante exposto permanentemente a “roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial” (art. 193, II, da CLT).

No entanto, a inclusão da aludida atividade vem gerando intensos debates na jurisprudência envolvendo o termo inicial do referido adicional.

Por um lado, temos os defensores de que a inserção do inciso II do art. 193 possui eficácia imediata, acarretando o direito à percepção do adicional de periculosidade para este empregado.

Por outro lado, seria possível afirmar que mesmo tendo sido feita a inclusão da dita atividade no art. 193, II, da CLT, o direito à percepção do adicional de periculosidade somente se iniciou da alteração da Norma Regulamentadora n. 16, pela Portaria n. 1.885/2013.

O objeto do presente estudo será a controvérsia acerca do termo inicial do adicional de periculosidade para o empregado vigilante.

Desenvolveremos o presente estudo apontando, inicialmente, os argumentos favoráveis à tese da aplicação imediata do adicional de periculosidade e aqueles concernentes aos defensores da aplicação do referido adicional apenas a partir da alteração da NR n. 16 pela Portaria n. 1.885/2013. Logo após, apresentaremos a referida divergência na jurisprudência do TST, através da análise de alguns arestos jurisprudenciais, trazendo ao final nossas ponderações, conclusões acerca do tema.

A metodologia utilizada nesta pesquisa em sua primeira parte será a dedutiva, enquanto que na análise da divergência jurisprudencial nos utilizaremos da metodologia indutiva.

2 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO IMEDIATA DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PARA O VIGILANTE

A *ratio essendi* da inclusão dos vigilantes no grupo de empregados beneficiários do dito direito foi a de tutelar uma categoria profissional que se encontra exposta a riscos severos no desempenho de suas funções.

Outrossim, a nova redação do art. 193 da CLT, cujo início da vigência ocorreu em 10.12.2012 (data da publicação), para os defensores

desta tese, não dependeria de regulamentação, uma vez que não se trataria de eficácia contida, mas sim de norma expressa e autoaplicável de forma imediata, pois deteria todos os elementos para tanto, inclusive uma lei que regulamenta a profissão do vigilante, que é a Lei n. 7.102/1983.

A partir disso, considerando-se a intenção do legislador, o conceito legal de “vigilante” previsto no art. 15 da Lei n. 7.102/1983, e as condições específicas de trabalho desses profissionais (atividade de risco iminente de roubos e violências físicas), seria possível afirmar, segundo os adeptos deste entendimento, que a interpretação mais correta seria a no sentido de se entender que a Lei n. 12.740/2012 seria autoaplicável, independentemente de regulamentação pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Impende observar que para aqueles que comungam deste entendimento a edição da Portaria n. 1.885/2013, que regulamentou as atividades perigosas, não teria o condão de alterar a vigência da Lei n. 12.740/2012, sendo devida a parcela em tela a partir da sua edição.

Em virtude disso, para os defensores desta corrente doutrinária e jurisprudencial, o adicional de periculosidade para o vigilante é devido a partir do início da vigência da Lei n. 12.740/2012, em 10.12.2012.

3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À APLICAÇÃO DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PARA O VIGILANTE A PARTIR DA EDIÇÃO DA PORTARIA N. 1.885/2013

O art. 193 da CLT, com a redação alterada pela Lei n. 12.740/2012, dispõe que:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a:

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica;

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

A partir da análise do *caput* do dispositivo legal acima transcrito, segundo os defensores deste entendimento, temos que este revelaria a expressa necessidade de regulamentação das atividades ou operações perigosas pelo Ministério do Trabalho e Emprego para fins de pagamento do adicional de periculosidade.

Ademais, o art. 196 da CLT descreve que os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de periculosidade serão devidos a

contar da data da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministro do Trabalho, ou seja, vincula o pagamento da parcela à regulamentação administrativa editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, no caso a NR n. 16.

Não obstante, a Portaria n. 1.885, publicada em 2.12.2013 pelo Ministério do Trabalho e Emprego, visando regulamentar o art. 193, II, da CLT, prevê em seu art. 3º o marco inicial da aplicabilidade do adicional de periculosidade à categoria dos vigilantes:

Art. 3º Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de periculosidade serão devidos a contar da data da publicação desta Portaria, nos termos do art. 196 da CLT.

Dessa forma, não seria devido o pagamento do adicional de periculosidade no período em que inexistia qualquer espécie de regulamentação acerca do adicional de periculosidade previsto no inciso II do art. 193 da CLT, ou seja, este somente deve ser adimplido pelo empregador a partir da edição da Portaria n. 1.885/2013.

Impende ressaltar que para aqueles que defendem este entendimento o princípio da segurança jurídica estaria sendo respeitado, uma vez que o termo inicial do adicional de periculosidade para os empregados vigilantes estaria descrito expressamente no art. 3º da Portaria n. 1.885/2013.

Logo, para os defensores desta corrente doutrinária e jurisprudencial, o adicional de periculosidade para o vigilante não possui aplicação imediata, sendo devido a partir da Portaria n. 1.885/2013.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

O termo inicial do adicional de periculosidade vem gerando intensa controvérsia³ na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

³No âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho também identificamos a existência da mesma controvérsia, conforme se verifica da análise dos arestos jurisprudenciais a seguir transcritos: "ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VIGILANTE. LEI N. 12.740/2012. APLICAÇÃO IMEDIATA. Ao exercer a função de vigilante de carro forte, o autor trabalha exposto a toda sorte de violência, fator inerente ao cargo. Assim, independente de qualquer regulamentação do Ministério do Trabalho e Emprego, faz jus ao pagamento do adicional a partir da data de publicação da Lei n. 12.740/2012, por se enquadrar na hipótese do art. 193 da CLT. (TRT 1ª Região, 0010108-95.2014.5.01.0341, Rel. Des. Claudia Regina Vianna Marques Barrozo, 6ª Turma, data de julgamento 23.9.2015). ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ALTERAÇÃO ADVINDA DA LEI N. 12.740/2012. REGULAMENTAÇÃO HAVIDA APENAS EM DEZEMBRO/2013. DIFERENÇAS INDEVIDAS. O autor postula a percepção de adicional de periculosidade, com fulcro na alteração advinda da Lei n. 12.740/2012, através da qual foi assegurado o adicional em apreço a todos aqueles que, por sua natureza ou método de trabalho,

Existem importantes arestos jurisprudenciais recentes no próprio Tribunal defendendo a aplicação imediata do adicional de periculosidade e também outros no âmbito do mesmo Tribunal sustentando a incidência do aludido direito a partir da edição da Portaria n. 1.885/2013.

Abordaremos a seguir, de maneira aprofundada, alguns arestos jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho favoráveis e contrários, respectivamente, à aplicação imediata do adicional de periculosidade para o vigilante.

4.1 Julgados favoráveis à aplicação imediata do adicional de periculosidade para o vigilante

Analisaremos, a seguir, dois arestos jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho que entenderam pela aplicação imediata do adicional de periculosidade para o vigilante.

4.1.1 Recurso de Revista n. 717-51.2013.5.20.0009

O Recurso de Revista n. 717-51.2013.5.20.0009 foi interposto por P.S.V.L. no processo em que figurou como recorrido A.Q.S., versando, além de outros temas, acerca da aplicação imediata do adicional de periculosidade para o empregado vigilante⁴.

O Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região considerou que o adicional de periculosidade seria de aplicação imediata, conforme ementa a seguir transcrita:

RECURSO ORDINÁRIO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VIGILANTES. LEI N. 12.740/2012. APLICAÇÃO IMEDIATA. A Lei n. 12.740/2012 alterou, de forma expressa, a redação do art. 193 da CLT para incluir na relação de atividades ou operações perigosas, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem em risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a roubos ou outras espécies

estejam expostos a risco acentuado em virtude de 'roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial'. Todavia, indigitada alteração, conforme expressa disposição do *caput* do art. 193 Consolidado, dependia de regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, regulamentação esta que somente ocorreu em 3 de dezembro de 2013, através da Portaria n. 1.885/2013, que aprovou o Anexo 3 da Norma Regulamentadora 16. Assim, dispensado o autor em data de 15 de janeiro de 2014 e comprovado o pagamento do adicional de periculosidade através do TRCT de fl. 19, correto o juízo de origem ao indeferir a pretensão correspondente ao período precedente. (TRT 2ª Região, RO 00018201620145020056, Rel. Des. Valdir Florindo, 6ª Turma, DEJT 13.10.2015)".

⁴Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=717&digitoTst=51&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=20&varaTst=0009&submit=Consultar>>. Acesso em: 13 set. 2016.

de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. É uma norma de aplicação imediata ao caso em análise, não havendo falar em necessidade de regulamentação para que produza seus efeitos, sobretudo porque existe norma legal prévia que regula a profissão de vigilante, a Lei n. 7.102/1983, à qual a Lei n. 12.740/2012 faz alusão expressa. Recurso ordinário a que se nega provimento. (Seq. 01, pág. 213).

O Ministro Relator Renato de Lacerda Paiva iniciou o seu voto mencionando que a Lei n. 12.740/2012, publicada no DOU de 10.12.2012, alterou o art. 193 da CLT, redefinindo os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas (revogando a Lei n. 7.369/1985).

Sustentou ainda que a nova redação do art. 193 da CLT entrou em vigor no dia 10.12.2012 (data da publicação), não dependendo de regulamentação o dispositivo alterado porque não se trata de eficácia contida, mas de norma expressa e autoaplicável de forma imediata, pois tem todos os elementos para tanto, inclusive lei que regulamenta a profissão de vigilante (Lei n. 7.102/1983).

Ademais, para o Relator, ainda que o *caput* do art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho faça menção a atividades ou operações perigosas, “na forma da regulamentação” a ser feita pelo Ministério do Trabalho e Emprego, não se poderia perder de vista que o próprio art. 193 da CLT traz em si elementos que permitem a aplicação de pronto, prescindindo da portaria regulamentadora.

Ressaltou ainda que a regulamentação das atividades perigosas, por meio da Portaria n. 1.885/2013, não altera a data da vigência da lei.

Ainda segundo o Relator, com o advento da nova redação do art. 193 da CLT, aos vigilantes deixou de ser pago o adicional de risco, substituído pelo adicional de periculosidade, de modo a atender à determinação legal.

Portanto, advogou o Relator que o entendimento adotado pelo TRT da 20ª Região afigura-se correto, razão pela qual entendeu por negar provimento ao apelo patronal, citando ainda precedentes de outras Turmas⁵.

⁵RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VIGILANTE ARMADO. APLICAÇÃO IMEDIATA DO ART. 193, II, DA CLT. A Lei n. 12.740/2013, publicada no DOU de 10.12.2012, que alterou o art. 193 da CLT, redefinindo os critérios para caracterização das atividades ou operações perigosas, traz em si todos os elementos para aplicação imediata, sendo devido o pagamento do referido adicional a partir da data da vigência do texto de lei. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST, RR 3467-21.2013.5.12.0018, data de julgamento 17.12.2014, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, 6ª Turma, data de publicação DEJT 19.12.2014). VIGILANTES. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO LEGAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. No que tange ao adicional de periculosidade de que trata o art. 193, *caput* e inciso II, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 12.740/2012, o acórdão

Isto posto, os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, seguindo o voto do Relator, conheceram do recurso de revista, por divergência jurisprudencial e, no mérito, negaram-lhe provimento.

4.1.2 Recurso de Revista n. 1898-25.2013.5.02.0030

Este segundo julgado, o qual analisaremos, tratou do Recurso de Revista n. 1898-25.2013.5.02.0030, interposto por J.L.S., recorrente, do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região que, mantendo a sentença de 1º grau, negou a percepção imediata do adicional de periculosidade⁶.

A propósito, merece a transcrição do referido acórdão, *verbis*:

2.4. Adicional de periculosidade

Alega o reclamante que a percepção do referido adicional independe da realização de perícia técnica, eis que há previsão legal. Sem razão. Dispõe o art. 193 da CLT: 'Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: [...] II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei n. 12.740, de 2012)' (sem grifos no original). Ocorre que a regulamentação do art. 193, II, da CLT só ocorreu em 2.12.2013, com a publicação da Portaria n. 1.885/2013 do MTE, que acrescentou o Anexo 3 à NR-16. Uma vez que o reclamante laborou até 5.7.2013 na reclamada, data anterior à regulamentação do dispositivo legal, indevido o adicional. Mantenho.

conferiu aplicabilidade direta e eficácia imediata ao novo regramento que instituiu o adicional - nas atividades profissionais de segurança pessoal ou profissional -, cuja regulamentação foi levada a efeito pelo Ministério do Trabalho e Emprego por meio da Portaria n. 1.885, de 2.12.2013. Conquanto o *caput* do art. 193 da CLT aluda a atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação a cargo do MTE, não conseguiu a reclamada demonstrar que o deferimento do adicional de periculosidade, a partir da lei que o instituiu, implique violação ao permissivo legal. Isso porque a norma consagradora do adicional de periculosidade já contém em si todos os elementos para a sua aplicação imediata, circunstância justificada até mesmo pela pactuação de norma coletiva de pagamento do adicional com base na Lei n. 12.740/2012. (AIRR 98-53.2013.5.04.0402, Relator Ministro Arnaldo Boson Paes, data de julgamento 20.8.2014, 7ª Turma, data de publicação DEJT 22.8.2014)".

⁶Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1898&digitoTst=25&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0030&submit=Consultar>>. Acesso em: 13 set. 2016.

Alegou a recorrente, dentre outros temas em seu recurso de revista, que o acórdão regional teria afrontado o art. 193, II, da CLT, pois a percepção do referido adicional independe da realização de perícia técnica, eis que o fato gerador do direito é a própria lei.

O Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes inicialmente conheceu do recurso de revista, por violação a dispositivo de lei federal, nos moldes do art. 896, "c", da CLT.

Em relação ao mérito do recurso, iniciou o Relator expondo que se depreende dos autos que o Regional concluiu por manter a sentença, no particular, por entender que a regulamentação do art. 193, II, da CLT só ocorreu em 2.12.2013, com a publicação da Portaria n. 1.885/2013 do MTE, que acrescentou o Anexo 3 à NR-16, e uma vez que o reclamante laborou até 5.7.2013 na reclamada, data anterior à regulamentação do dispositivo legal, seria indevido o adicional.

Não obstante, segundo o Relator, na hipótese, não seria possível concluir de outra forma a não ser no sentido de que a razão está com o recorrente, pois o contrato de trabalho do autor durou até 5.7.2013, tendo a Lei n. 12.740/2012, que alterou o art. 193 da CLT, entrado em vigor em 10.12.2012, sendo, portanto, aplicável ao contrato do recorrente.

Diante disso, a Segunda Turma do TST acolheu os argumentos do relator e conheceu do recurso de revista por violação ao art. 193, II, da CLT, e no mérito deu-lhe provimento para deferir o adicional de periculosidade de 30% ao reclamante, de 10.12.2012 até o término do contrato de trabalho.

4.2 Julgados favoráveis à aplicação do adicional de periculosidade para o vigilante a partir da edição da Portaria n. 1.885/2013

Apresentaremos a seguir alguns importantes arestos jurisprudenciais ventilando a tese quanto à aplicação do adicional de periculosidade para o vigilante a partir da edição da Portaria n. 1.885/2013.

4.2.1 Recurso Ordinário n. 1711-10.2013.5.02.0000

O Recurso Ordinário n. 1711-10.2013.5.02.0000, foi interposto pelo Sindicato das Empresas de Segurança Privada, Segurança Eletrônica, Serviços de Escola e Cursos de Formação do Estado de São Paulo - SESVESP, no processo em que figurou como recorrido o Sindicato dos Empregados Vigilantes e Seguranças em Empresas de Segurança, Vigilância e seus Afins em São Bernardo do Campo, Federação dos Trabalhadores em Segurança e Vigilância Privada, Transporte de Valores, Similares e afins do Estado de São Paulo - FETRAVESP, e outros⁷.

⁷Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=1711&digitoTst=10&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=0000&submit=Consultar>>. Acesso em: 13 set. 2016.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, órgão julgador de origem em sede de Dissídio Coletivo de Greve, buscou resolver, além de questões afetas ao movimento, incluindo-se a necessidade de manutenção de percentual de empregados em atividade, a questão que motivou o movimento grevista, no caso concreto a controvérsia relativa à aplicação imediata ou não da redação do inciso II do art. 193 da CLT, incluído pela Lei n. 12.5740/2012.

Nas razões do Recurso Ordinário sustentou a necessidade de reforma da decisão, em razão da inobservância do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da CF, pela desconsideração da exigência de prévia regulamentação do adicional de periculosidade constante do texto expresso do art. 193, *caput*, da CLT, e dos arts. 195 e 196 da CLT, que estabelecem a caracterização e o termo inicial para a incidência dos efeitos pecuniários do adicional de periculosidade. Alegou ainda que a regulamentação da matéria pelo Ministério do Trabalho e Emprego, mediante a Portaria n. 1.885, publicada em 2.12.2013, evidencia a necessidade de prévia regulação do adicional de periculosidade. Requer a reforma do julgado, no particular, bem como a homologação de acordo.

Em seu voto, afirmou a Ministra Relatora Maria de Assis Calsing que a redação do inciso II do art. 193 da CLT, incluído pela Lei n. 12.740/2012, não deixaria dúvida sobre a necessidade de prévia regulação da matéria pelo Ministério do Trabalho e Emprego, transcrevendo em seu voto o referido dispositivo.

Asseverou ainda que a edição da Portaria n. 1.885/2013 do MTE reforçaria a convicção da inaplicabilidade imediata do art. 193, II, da CLT, que ainda fixa a data de sua publicação para fins de definir o termo inicial dos efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de periculosidade (art. 3º).

A partir disso, entendeu que seria procedente o pedido do recorrente quanto à declaração acerca da necessidade de prévia regulação da matéria pelo Ministério do Trabalho e Emprego relativa à incidência do adicional de periculosidade sobre as atividades de segurança pessoal e patrimonial, e quanto aos efeitos pecuniários da concessão desse benefício, que é a partir de 3.12.2013, data de publicação da Portaria MTE n. 1.885, de 2.12.2013, conforme já determinado no referido instrumento.

Mencionou ainda outro aresto jurisprudencial da SDC que já havia reconhecido que o benefício em apreço não seria autoaplicável⁸.

⁸DISSÍDIO COLETIVO DE GREVE. RECURSO ORDINÁRIO. PRELIMINAR DE FALTA DE COMUM ACORDO. A jurisprudência desta Corte é firme ao estabelecer que apenas nos dissídios coletivos econômicos, instaurados sem greve, deve ser observado o pressuposto processual do comum acordo, fixado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, no § 2º do art. 114 da Constituição. DIREITO DE GREVE EXERCIDO NA VIGÊNCIA DE INSTRUMENTO NORMATIVO AUTÔNOMO. NÃO CONFIGURADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO ART. 14, I, II, DA LEI N. 7.783/1989. ABUSIVIDADE. Na vigência de instrumento normativo coletivo, seja autônomo (acordo ou convenção coletiva

No que toca ao pedido de homologação do acordo, a Relatora se posicionou no sentido de que eventual reforma do acórdão prejudicaria o próprio recorrente, já que a decisão, agora prolatada, lhe seria favorável. Caso houvesse a homologação do acordo haveria, segundo esta, *reformatio in pejus*.

Assim, os Ministros da Seção Especializada em Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria (ficando vencido o Ministro Maurício Godinho Delgado, que entendia pela homologação do acordo), seguindo o voto da Ministra Relatora, conheceram do recurso ordinário, e no mérito, deram-lhe provimento para declarar a necessidade de prévia regulação da matéria pelo Ministério do Trabalho e Emprego, relativa à incidência do adicional de periculosidade sobre as atividades de segurança pessoal e patrimonial e, ainda, que os efeitos pecuniários da concessão desse benefício sejam considerados a partir de 3.12.2013, data de publicação da Portaria MTE n. 1.885/2013, conforme determinado no referido instrumento.

4.2.2 Recurso de Revista n. 955-59.2013.5.04.0383

Outro importante julgado do Tribunal Superior do Trabalho é o Recurso de Revista n. 955-59.2013.5.04.0383, em que figuraram como recorrente V.J.S. e Município de Porto Alegre, e recorrido P.B.S.A.T.V.S.⁹.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, órgão julgador de origem, indeferiu o pedido do adicional de periculosidade, sob o

de trabalho) ou heterônomo (sentença normativa), a lei afasta a declaração da abusividade da greve que tenha por objetivo exigir o cumprimento de cláusula ou condição, ou quando motivada pela superveniência de fato novo ou acontecimento imprevisto que modifique substancialmente a relação de trabalho. No caso, a greve teve como finalidade exercer pressão na categoria patronal para que efetuasse o pagamento imediato do valor do adicional previsto na nova redação do art. 193, II, da CLT, estabelecida pela Lei n. 12.740/2012. Entretanto, o referido benefício não é autoaplicável, porque carece da regulamentação do órgão competente (hoje já regulado pela Portaria n. 1.885 do MTE). Nessa condição, o fator motivador da paralisação não se amolda às exceções estabelecidas no art. 14, I e II, da Lei n. 7.783/1989, que afastariam a declaração de abusividade da greve. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM DE RETORNO AO TRABALHO. REDUÇÃO. A lei ampara a cominação de multa diária, independentemente de pedido, a fim de induzir e compelir o devedor ao cumprimento da obrigação e, assim, dar efetividade à ordem judicial (art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC). Tratando-se de ordem judicial para que os empregados retornem ao labor, o valor estabelecido para o alcance desse objetivo deve, além de conduzir ao efetivo cumprimento da obrigação imposta, atuar também como forma pedagógica. No entanto, a imposição das *astreintes* não pode ser excessiva, sob pena de inviabilizar a manutenção da atuação da entidade sindical. No caso dos autos, com amparo no princípio da razoabilidade, entendo que pode ser acolhida a pretensão dos recorrentes para reduzir a multa cominada, no caso do descumprimento da ordem de retorno ao trabalho, para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por dia em que não foi cumprida a determinação. Recurso parcialmente provido. (Processo RO 116-89.2013.5.05.0000, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 15.4.2014)⁹.

⁹Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=955&digitoTst=59&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=04&varaTst=0383&submit=Consultar>>. Acesso em: 13 set. 2016.

argumento de que o pagamento do adicional de periculosidade antecede a vigência da Portaria n. 1.885 do MTE, em face da garantia do direito aos vigilantes na Convenção Coletiva de Trabalho 2013/2014.

Ainda segundo o Tribunal de origem, a referida norma estabelece o pagamento do adicional de periculosidade a partir de 1º de fevereiro de 2013, com a extinção do direito ao pagamento do adicional de risco de vida, inexistindo amparo para o pedido de diferenças efetuado pelo autor em seu recurso.

Nas razões do recurso de revista alegou o obreiro que a regulamentação do adicional de periculosidade aos vigilantes foi devidamente realizada, através da promulgação e publicação da Lei n. 12.740/2012, dispensando-se a necessidade de regulamentação posterior pelo MTE, apontando a violação do art. 193, II, da CLT.

Em seu voto, afirmou o Ministro Relator Douglas Alencar Rodrigues que a demanda versa sobre a data inicial de pagamento do adicional de periculosidade ao empregado que exerce a função de vigilante.

Segundo o Relator, a partir da leitura do *caput* do dispositivo legal acima transcrito, revela-se a expressa necessidade de regulamentação das atividades ou operações perigosas pelo Ministério do Trabalho e Emprego para fins de pagamento do adicional de periculosidade.

Nesse diapasão, não haveria que se falar em aplicabilidade direta e imediata do art. 193, II, da CLT, como pretende fazer crer o recorrente.

Ademais, dispõe a Portaria n. 1.885/2013 do MTE, que aprovou o Anexo 3 da NR-16, em seu art. 3º, que os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de periculosidade serão devidos a contar da data da publicação desta Portaria, nos termos do art. 196 da CLT.

Com efeito, segundo o Relator, a dita Portaria, a qual regulamentou o art. 193, II, da CLT, pontuou as atividades ou operações perigosas que fariam jus ao adicional de periculosidade, prevendo expressamente que os efeitos pecuniários serão devidos a partir da sua publicação.

Mencionou ainda alguns arestos jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho para corroborar o entendimento da Corte¹⁰.

¹⁰ RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SINDICATO AUTOR. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. VIGILANTES. APLICAÇÃO DO ART. 193, II, DA CLT. REGULAMENTAÇÃO PELO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Verifica-se estar expressamente consignado no art. 193 Consolidado que as atividades de segurança pessoal ou patrimonial, elencadas no inciso II, são consideradas perigosas 'na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego', não havendo falar na aplicabilidade imediata de tal artigo. Outrossim, a edição da Portaria n. 1.885/2013 pelo MTE, que aprova o Anexo 3 da NR-16, corrobora a tese da não aplicabilidade imediata do citado dispositivo legal. Dispõe o art. 3º da Portaria em comento que 'os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de periculosidade serão devidos a contar da data da publicação desta Portaria, nos termos do art. 196 da CLT'. Conclui-se, portanto, ser devido o adicional de periculosidade aos vigilantes somente a partir de 3.12.2013, data de publicação da Portaria n. 1.885/2013 do MTE. Recurso de revista conhecido e não provido (*omissis*) (ARR-459-08.2013.5.04.0261, data de julgamento 6.5.2015, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, data de publicação DEJT 8.5.2015)".

A partir disso, o Ministro Relator afirmou que não haveria violação ao art. 193, II, da CLT, motivo pelo qual entendeu por conhecer e negar provimento ao apelo obreiro.

Concluiu, assim, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por conhecer e negar provimento ao recurso de revista.

5 CONCLUSÃO

É inegável que a inserção do vigilante como um dos beneficiários do adicional de periculosidade representa enorme avanço para esta categoria profissional, que se encontra submetida a inúmeros riscos no desempenho de suas atividades.

Entretanto, torna-se imprescindível para a percepção do aludido benefício a inserção da atividade na Norma Regulamentadora n. 16, como se infere de uma interpretação sistemática dos arts. 193, *caput*, 195 e 196 da CLT, não bastando a edição da Lei n. 12.740/2012.

Dessarte, tem-se que o melhor entendimento a ser adotado quanto à aplicação do adicional de periculosidade é ser este devido aos vigilantes somente a partir de 3.12.2013, data de publicação da Portaria n. 1.885/2013 do MTE.

Tal raciocínio *a fortiori* se coaduna com o princípio da segurança jurídica, trazendo estabilidade às relações entre empregadores e empregados vigilantes, que terão garantidos um benefício que trará melhorias para esta categoria profissional.

6 REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

MOURA, Marcelo. **Consolidação das Leis do Trabalho para concursos**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de Oliveira. **Comentários às súmulas do TST**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de direito material do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012.

VILLELA, Fábio Goulart. **Manual de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2012.

SÚMULAS, CRISE E ORDEM CONSTITUCIONAL: alguns elementos para debate

JUDICIAL PRECEDENTS, CRISIS AND CONSTITUTIONAL ORDER: some elements for discussion

SEVERO, Valdete Souto*

Resumo: O texto reflete as consequências da possível cristalização dos entendimentos dos Tribunais sob forma sumular, que foi determinado pelo novo CPC, passando, assim, ao Poder Judiciário uma função legislativa, resultando na alteração do seu dever primordial de garantir direitos sociais. Pondera, também, sobre o antagonismo que esta atividade legislativa tem, pois, muitas vezes, o que preconiza um Regional é o oposto ao que é determinado por outra norma, muitas vezes maior. Apresenta, também, uma contextualização da referida situação face aos interesses do capital interferindo na atividade pública.

Palavras-chave: Súmula. Código de Processo Civil. Justiça do Trabalho. Judiciário.

Abstract: The paper reflects the consequences of the possible crystallization of the understandings of the Courts in precedent form, that was determined by the new Civil Procedure Code, thus, giving the Judiciary a legislative function, resulting in the alteration of its primordial duty of guaranteeing social rights. It ponders, as well, about the antagonism that this legislative

*Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região - Rio Grande do Sul. Especialista em processo civil pela Unisinos/RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela UNISC/RS. Master em Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso la Universidad Europea di Roma/IT. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidad de la Republica do Uruguai. Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS. Doutora em Direito do Trabalho pela USP/SP. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital - USP/SP. Membro da RENAPEDTS - Rede Nacional de Pesquisa em Direito do Trabalho e Previdência Social. Professora, Coordenadora da Especialização e Diretora da FEMARGS - Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul. Membro do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital/USP.

activity has, for often what advocates a Regional is the opposite of what is determined by another norm, many times larger. It presents, as well, a contextualization of the referred situation against the interests of the capital intervening in the public activity.

Keywords: Judicial Precedent. Civil Procedure Code. Labor Court. Judiciary.

O TRT da Quarta Região já ultrapassou a marca de cem súmulas editadas. Apenas neste ano [2016] foram 28 novas súmulas, além de outras alteradas e de duas “teses jurídicas prevaletentes”. A aceleração na construção de entendimentos cristalizados sem dúvida tem relação com a alteração promovida em 2014, no art. 896 da CLT, notadamente no seu parágrafo terceiro, quando determina que os Tribunais Regionais uniformizem sua jurisprudência e apliquem o incidente de uniformização de jurisprudência previsto no novo CPC.

Os reflexos dessa atividade legislativa do Poder Judiciário sequer podem ser completamente dimensionados, e certamente ainda serão aprofundados, mas já é possível propor algumas reflexões. A primeira delas é a de que estamos alterando drasticamente a forma de produzir o Direito. Há uma quebra evidente do equilíbrio entre os poderes da República, algo que não se limita à realidade regional, porque se verifica igualmente em nível nacional, com o processo de cristalização de entendimentos empreendido pelo TST (que já tem 462 súmulas no total, sem contar as orientações jurisprudenciais) e pelo STF, se considerarmos apenas a seara trabalhista.

As súmulas mais recentemente editadas pelo TRT da Quarta Região (TRT4) fornecem um material interessante de análise. A Súmula n. 97 estabelece que:

O pagamento da remuneração relativa às férias fora do prazo legal resulta na incidência da dobra, excluído o terço constitucional quando este for pago tempestivamente.

Se olharmos para a Constituição, encontraremos no art. 7º o inciso XVII, que afirma ser direito constitucional dos trabalhadores o “gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal”. Ou seja, férias significa tempo de descanso com remuneração correspondente a salário acrescido de 1/3. Na CLT, a regra do art. 137 é a de que “sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva

remuneração". Qual remuneração? Salário acrescido de 1/3. Pois bem, a Súmula n. 97 autoriza que o acréscimo de 1/3 não componha o cálculo da dobra, criando interpretação restritiva que, na realidade fática, implicará a supressão de parte do valor devido ao trabalhador. A "dobra" do salário, que é o que a Súmula n. 97 do TRT4 diz que deve ser pago, não constitui dobra da remuneração correspondente às férias, já que a remuneração relativa às férias é igual a salário acrescido de 1/3. Então, se suprimimos o acréscimo de 1/3 não estaremos mais remunerando o descanso anual devido, mas apenas pagando salário. A compreensão de que o pagamento do dobro da remuneração correspondente às férias não abrange parte da rubrica que lhe corresponde é, ainda, contrária ao entendimento cristalizado pelo TST na Súmula n. 450, segundo a qual:

É devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, **incluído o terço constitucional**, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal.

A Súmula n. 98 fixa que:

O empregado faz jus à indenização correspondente aos gastos realizados com a lavagem do uniforme quando esta necessitar de produtos ou procedimentos diferenciados em relação às roupas de uso comum.

Qual é a base legal para essa restrição à regra do art. 2º da CLT, pela qual os riscos e, portanto, o ônus do empreendimento deve ser suportado pelo empregador? Note-se que a orientação cristalizada parte do pressuposto de que os gastos com lavagem de uniforme devem ser suportados pelo empregador, mas cria condição para isso. Essa condição fixada pelo TRT não está estabelecida na legislação trabalhista.

A Súmula n. 99 estabelece que:

A recusa injustificada da empregada gestante à proposta de retorno ao trabalho afasta o direito à indenização do período da garantia de emprego prevista no art. 10, inciso II, alínea b, do ADCT, a partir da recusa.

Ora, por que a gestante despedida de modo ilegal e inconstitucional precisa justificar sua recusa ao trabalho, se sequer ao empregador, malgrado a disposição expressa do inciso I do art. 7º da Constituição, exige-se justificativa para o ato de dispensa? E mais: qual é a norma jurídica que permite essa restrição ao direito fundamental de

garantia no emprego, estabelecido no referido art. 7º, I, e no art. 10 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias? E ainda mais: o que fazer com a norma expressa do art. 496 da CLT, cuja aplicação por analogia é o parâmetro que a legislação trabalhista nos oferece para resolver situação como aquela descrita pela súmula? Esse dispositivo estabelece que:

Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado o grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

A Lei n. 9.029, quando trata de despedida discriminatória, utiliza o mesmo critério. A Convenção 158 da OIT, cuja utilização, apesar de sua denúncia por decreto ainda sujeito à análise na ADI 1625, já foi chancelada pelo TST no caso Embraer, também dá a mesma solução: sendo inviável a reintegração, deve o empregado receber o valor que corresponde ao período de garantia no emprego. Note-se: não se trata de concordar ou não com a afirmação contida na referida súmula. Trata-se de examinar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico trabalhista vigente, para o efeito de discutir, seriamente, as consequências desse apartamento entre o que dispõem as normas jurídicas e o que está sendo decretado pelas súmulas de nossos tribunais.

Seguindo a leitura das últimas súmulas editadas pelo TRT4, temos ainda a determinação de que:

Havendo condenação solidária ou subsidiária, o recolhimento das custas processuais por um dos recorrentes aproveita aos demais, independentemente de aquele que efetuou o recolhimento pedir a exclusão da lide. (Súmula n. 102).

Isso, apesar da dicção expressa do art. 789, § 1º, da CLT. Aliás, até mesmo o CPC, cuja aplicação aqui não seria de se cogitar, pois ausente omissão, dispõe que “concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários”, devendo a sentença “distribuir entre os litisconsortes, de forma expressa, a responsabilidade proporcional pelo pagamento das verbas previstas no *caput*” e, se nada dispuser a sentença, diz o § 2º desse art. 87, “os vencidos responderão solidariamente pelas despesas e pelos honorários”. Parece haver uma tendência, que está bem representada pelo teor da Súmula n. 331 do TST, em proteger os interesses da tomadora, criando em seu favor “direitos” que não estão previstos na legislação trabalhista. Além do direito de não recolher custas, instituído pela Súmula

n. 102 do TRT4, temos em âmbito nacional a criação, pela referida Súmula n. 331, dos direitos de figurar no polo passivo da reclamatória desde o início (apesar do texto expresso do art. 4º da LEF que autoriza promoção de **execução** contra o responsável), de fruir o benefício de ordem da denominada responsabilidade subsidiária ou mesmo o de promover atravessamento de força de trabalho em hipóteses não previstas no ordenamento jurídico. A Súmula n. 331 do TST chega a criar conceitos de atividade fim e atividade meio, promovendo uma tentativa de alteração na racionalidade dos arts. 2º e 3º da CLT que, ao conceituarem empregado e, especialmente, empregador, não apenas reconhecem o fato de que essa relação jurídica se estabelece entre dois polos (trabalho e capital), mas também equiparam expressamente o **empregador** à empresa, e, pois, ao **tomador** de força de trabalho.

A Súmula n. 107 do TRT4 fala em “quitação do contrato de trabalho em acordo judicial firmado em ação anterior”, algo que, como bem sabemos, embora seja prática reiterada na Justiça do Trabalho, não encontra amparo legal. Ao contrário, quitação é resultado de pagamento, por força do que expressamente estabelecem os arts. 320 do Código Civil, quando menciona que a quitação deve designar “o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante”, o art. 843 do mesmo Código, segundo o qual a “transação interpreta-se restritivamente”, ou o § 2º do art. 477 da CLT, segundo o qual a quitação “deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas”. Novamente, até mesmo o CPC, cuja aplicação é desnecessária por termos norma expressa na CLT, vai dispor que acordo homologado é transação (art. 487) e que a decisão judicial que homologa o ajuste tem “força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (art. 503).

A necessidade de sumular entendimentos é algo preconizado em documentos cujo teor deveria nos (pre)ocupar. O Documento Técnico n. 319, do Banco Mundial, refere a necessidade de “aumentar a eficiência e eficácia do judiciário”, que conceitua como “habilidade em solver conflitos de uma maneira **previsível**, justa e rápida”. Diz que a finalidade das instituições jurídicas e legais deve ser “promover o desenvolvimento do setor privado”. Acrescenta que:

Um Poder Judiciário eficaz e funcional é **relevante ao desenvolvimento econômico**. A **função do Poder Judiciário** em qualquer sociedade é o de **ordenar as relações sociais** e solver conflitos entre os diversos atores sociais. Atualmente, o Judiciário é incapaz de assegurar a resolução de conflitos de forma previsível e eficaz, **garantindo assim os direitos individuais e de**

propriedade. [...] A reforma do Judiciário faz parte de um **processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade**, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a **reforma do Judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso à justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado.** (DAKOLIAS, 1996).

Na sequência, refere que “os **juízes têm tido pouco treinamento** antes de assumir suas responsabilidades administrativas ou judicantes” e que há amplo reconhecimento da necessidade das reformas propostas que, inclusive, segundo o mesmo documento, já foram iniciadas em vários países na América Latina e Caribe, “aumentando a demanda de assistência e assessoria ao Banco Mundial”. Quando refere-se mais especificamente aos “objetivos da reforma”, afirma:

A reforma econômica requer um bom funcionamento do Judiciário o qual deve interpretar e aplicar as leis e normas de forma previsível e eficiente. [...] Neste contexto, um Judiciário ideal aplica e interpreta as leis de forma igualitária e eficiente o que significa que deve existir: a) **previsibilidade nos resultados dos processos.**

É interessante, ainda, observar que o documento recomenda, em relação aos juízes, após ressaltar a importância do respeito à independência judicial, a criação de um relatório anual “visando **educar os juízes sobre os comportamentos que não são aceitáveis**, e informar o público dos processos disciplinares”.

Pois bem, a EC n. 45/2004, redistribuindo competência (e com isso legitimando o discurso de que não há mais razão em uma estrutura própria para lidar com as relações entre capital e trabalho), criando o CNJ, a possibilidade de súmula vinculante e o PJe, caminha na direção preconizada pelo Banco Mundial. O novo Código de Processo Civil também, basta verificar o teor dos arts. 927 e 932, com suas determinações de observância às súmulas (mesmo não vinculantes).

Precisamos de previsibilidade, esse é o discurso oficial. É a previsibilidade que nos confere segurança jurídica. Essa premissa, por si só, comporta discussões. Direito é Cultura e sua função na realidade democrática, antes mesmo da preocupação com a previsibilidade (que talvez seja algo inatingível) é a de ser efetivo, promovendo redução de desigualdades, majoração dos espaços de discussão e de intervenção da

realidade social, sem - é claro - romper com a racionalidade da sociedade do capital. Mas essa é outra história. Para a finalidade dessa reflexão, vou assumir como verdadeira a necessidade de buscar previsibilidade nas decisões judiciais.

Ainda assim, a segurança compreendida como previsibilidade das respostas do Poder Judiciário só faz sentido, dentro de uma lógica de Estado Social e Democrático de Direito, se as respostas “esperadas” estiverem de acordo com o que estabelece o ordenamento jurídico vigente, especialmente a Constituição. Do contrário, além de não sabermos o que esperar de um Poder Judiciário que julga a partir das súmulas que ele mesmo edita, ainda corremos o risco de estar desconstruindo a ordem jurídica, apartando-nos das normas constitucionais e, com isso, criando a mais completa insegurança jurídica. Para tratarmos do assunto com seriedade, portanto, teríamos de partir do pressuposto de que as súmulas conferem previsibilidade e, pois, segurança jurídica, apenas e na medida em que concretizam a ordem constitucional vigente. Sabemos que não é isso que ocorre.

O argumento da previsibilidade como algo a ser obtido por meio da cristalização de entendimentos em súmulas é facilmente refutado, ainda, pela constatação de que esses entendimentos cristalizados não são coerentes entre si. Temos súmulas regionais contrárias às nacionais, como no exemplo da Súmula n. 61 do TRT4 e da 219 do TST, ambas acerca dos honorários de advogado na Justiça do Trabalho. Do mesmo modo, a própria Súmula n. 97 do TRT4, antes examinada, é contrária ao que estabelece a Súmula n. 450 do TST, como já mencionei. Também temos súmulas absolutamente contraditórias entre si, em âmbito nacional, como a Súmula n. 327 do STF e a 114 do TST, a primeira referindo a existência de prescrição intercorrente no processo do trabalho e a segunda dispondo o exato contrário. Ou, ainda, súmulas que dizem o contrário do que pretendem dizer, como é o caso da Súmula Vinculante n. 4 do STF, que veda a utilização do salário-mínimo como base para cálculo de adicional de salário e é utilizada para que o salário-mínimo siga sendo a base para o cálculo do adicional de insalubridade.

E o que dizer de súmulas que contrariam literalmente normas jurídicas válidas e vigentes? Para o cidadão brasileiro que lê a Constituição, claro está que a jornada máxima de trabalho no Brasil é de oito horas. E se trabalhar em turnos de revezamento, tem direito à jornada de seis horas. Se esse cidadão buscar as normas da CLT, descobrirá que, na linha do parâmetro constitucional, essa jornada máxima poderá ser estendida apenas **excepcionalmente**, e no máximo por 2h a mais por dia. Seria razoável admitirmos que é expressão de segurança jurídica a certeza de que o Poder Judiciário, ao examinar eventual litígio trabalhista, deverá cumprir a Constituição, fazendo respeitar esses limites máximos da exploração do tempo de trabalho. Essa previsibilidade poderia ser

reivindicada. Não é o que ocorre, porém. Os parâmetros - constitucional e legal - são diariamente desrespeitados, porque temos súmula, como a 444, que estabelece que:

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.

Do mesmo modo, se olharmos para a Constituição e para a legislação trabalhista não encontraremos autorização para “terceirizar”, mas a Súmula n. 331 autoriza tal procedimento. Mesmo quem encontra constitucionalidade em lei anterior e contrária à norma do art. 7º, I, da Constituição, como é o caso da lei dos vigilantes, e vê ali autorização legislativa para terceirizar, não encontrará norma alguma autorizando, por exemplo, terceirização em atividades de conservação e limpeza.

Se atentarmos para o que estabelece a CLT e o CPC, veremos que sempre que a lei determinar a documentação de um ato, esse documento deverá ser trazido ao processo, sob pena de que admitamos, como corretos, os fatos alegados contra a parte que deveria produzi-lo (art. 400 do CPC). Essa lógica vale na jurisprudência, com exceção dos litígios que versam sobre jornada, apesar de regra expressa prevendo o dever de documentação, no art. 74 da CLT. Por quê? Porque a Súmula n. 338 do TST assim autoriza.

Há que se ponderar, ainda, o fato de que as súmulas, como verbetes que são, que se dissociam do fato concreto, são interpretáveis, estão sujeitas ao “jogo de significações” do Direito. E isso é suficiente para acabar de vez com nossa ilusão de previsibilidade. Por isso é que mesmo diante do verbete: “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário-mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial” (Súmula Vinculante n. 4), os intérpretes aplicadores do Direito seguem utilizando o salário-mínimo como base para o cálculo da insalubridade, fundamentando suas decisões na própria súmula! Direito é linguagem e a linguagem do Direito tem um compromisso ideológico muito claro.

A previsibilidade supostamente outorgada pela súmula é, pois, uma falácia.

Então, se é fácil concluir que as súmulas não conferem segurança, nem mesmo aquela compreendida como previsibilidade, por que essa ânsia em sumular e determinar a obediência de juízes e tribunais a tais decretos judiciais? Por que o próprio legislativo repassa ao judiciário essa autorização para ignorar aquilo que o justifica como poder de Estado? O teor do Documento 319 do Banco Mundial, antes referido, dá a pista:

trata-se de reformular o papel do Estado, que só não deve desaparecer completamente porque precisa atuar em favor do capital, concedendo isenções fiscais, salvando bancos e recuperando empresas.

O Estado enquanto ente regulador das relações sociais, com atribuição de fixar as normas de conduta e impor sua observância, serviu à consolidação de um tipo específico de sociedade. O incentivo à mediação extrajudicial de conflitos, que também é tônica do Documento 319 e está fartamente albergado no texto do novo CPC, pode ser considerado um bom exemplo do que estou tentando evidenciar. A privatização da saúde, da educação e mesmo dos presídios, também serve de exemplo. Sob a perspectiva da racionalidade liberal, o Estado talvez já tenha exaurido sua função. Se ainda não foi completamente sacrificado, é porque tem certa serventia como arma para a imposição dessa mesma racionalidade, evidenciada na possibilidade de utilização de dinheiro público para financiar empreiteiras ou salvar instituições bancárias, ou na utilização da força repressora do Estado para coibir movimentos sociais ou despejar assentados.

Esse movimento de superação do Estado não é linear nem pode ter seus contornos explicitados em um texto como este. Afinal de contas, a história não é linear. Desenvolve-se em um movimento complexo, dialético e muitas vezes contraditório, cujas pistas, porém, não podemos deliberadamente ignorar. Se voltarmos à questão das súmulas e nos permitirmos um olhar panorâmico para o modo como estamos produzindo Direito ultimamente, talvez nos impressione o fato de que o Poder Judiciário esteja protagonizando esse movimento, sem atentar para a circunstância de que seu objetivo final inclui claramente a completa desnecessidade de um Poder Judiciário. Sim, porque se a função dos juízes deve se restringir a aplicar súmulas e a dos Tribunais Regionais a de sumular, impedindo recursos que contrariem seus decretos, em pouco tempo a atividade judicial que ocorre em primeiro e segundo graus de jurisdição, onde os fatos são examinados, as pessoas são vistas e ouvidas e a realidade material é próxima, será desnecessária. Bastarão os verbetes dos tribunais superiores, e será possível concretizar a ideia, já defendida por alguns, de criar um programa do PJe capaz de sugerir minutas de decisões. Teremos a justiça *fast-food* e finalmente atingiremos o ideal de eficiência e rapidez que o Banco Mundial zelosamente preconiza.

Precisamos pensar sobre isso, sobretudo se lidamos com o Direito do Trabalho, pois não é segredo que para a visão econômica do Direito a Justiça do Trabalho é um problema a ser resolvido. É emblemático desse discurso econômico, e da intenção de matar o Judiciário fazendo-o consumir as próprias entranhas, o corte de orçamento promovido pela Lei n. 13.255/2016. Em sua exposição de motivos, o Relator, então Deputado Ricardo Barros, registra que o prazo prescricional “de dois anos é excessivo”, que “é fundamental diminuir

a demanda de litígios na justiça trabalhista”, e que a proposta de corte constitui “forma de estimular uma reflexão sobre a necessidade e urgência de tais mudanças”. Propõe, então, “ajustes”, ao argumento de que “as regras atuais estimulam a judicialização dos conflitos trabalhistas, na medida em que são extremamente condescendentes com o trabalhador”. Essa declarada punição à Justiça do Trabalho, pela prática do **crime** de promover direitos sociais dos trabalhadores, foi de certo modo chancelada pelo STF, quando julgou recentemente improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5468) da referida lei de orçamento. Eis mais uma pista da gravidade do problema que estamos enfrentando.

Não é um caso que o Poder Judiciário figure como alvo das reformas que a economia propõe para o Direito, e que a Justiça do Trabalho esteja no olho desse furacão. É do Poder Judiciário o dever, dentro da atual lógica das relações sociais, de garantir direitos sociais e, com isso, promover mudanças que interfiram na proteção à propriedade privada e, por consequência, na concentração de renda. A Justiça do Trabalho, dentro do espectro de atuação do Poder Judiciário, já nasce comprometida com a imposição de limites à lógica liberal. Como refere a Exposição de Motivos do Anteprojeto da Justiça do Trabalho, de 11 de novembro de 1936, o Judiciário Trabalhista nasce da “necessidade de harmonizar os interesses em luta”, comprometendo-se a não “ser neutro, nem abstencionista, diante das perturbações collectivas, deixando as forças sociaes entregues aos próprios impulsos”.

A instituição de um pacto histórico entre as características inerentes ao capital (produção de miséria, concentração de renda, esgotamento de recursos naturais etc) e a necessidade de sobrevivência desse sistema (e do próprio ambiente em que vivemos), que no caso brasileiro é evidenciada pelos termos da Constituição de 1988, resulta no fortalecimento da atuação do Poder Judiciário, que desponta no início desse século, segundo alguns autores, como o “guardião da democracia”. Ao Poder Judiciário incumbiria, então, sob a lógica de um Estado Social, intervir nas garantias liberais, promovendo a redução das desigualdades. Essa função, que nada tem de revolucionária, é preciso que se reconheça, é o que justifica o ataque. Neutralizar o Judiciário, tornando-o refém de orientações cristalizadas pelos órgãos de cúpula, é mais efetivo do que alterar a Constituição. O raciocínio é simples: ao Judiciário incumbe fazer valer a Constituição, com os compromissos de contenção da lógica do capital, assumidos historicamente como necessários. Se a atuação do Judiciário é neutralizada por uma perspectiva econômica de eficiência e previsibilidade, a partir de cristalizações promovidas pelos órgãos de cúpula, não há mais barreiras à consolidação de (ou retorno a) uma racionalidade estritamente liberal.

A necessidade de garantia de direitos sociais produz demandas. O próprio Banco Mundial reconhece esse fato, no já referido

Documento 319. Essas demandas, na lógica de organização social que adotamos, dependem de um Poder Judiciário forte, independente e eficaz. Nada de novo nesse discurso. Como já referi, a existência da Justiça do Trabalho no Brasil decorre do reconhecimento da necessidade de garantir, através de um judiciário forte e independente, direitos que na realidade da vida a classe destituída de poder econômico e político não consegue exercer. E não é só da Justiça do Trabalho que se trata. Sem uma magistratura independente, que tenha condições de determinar que uma instituição financeira não cobre juros extorsivos, que um político influente não abuse de seu poder nem promova atos de corrupção, que o direito de expressão e mobilização seja garantido sem truculência policial, entre tantos outros exemplos que poderiam ser aqui referidos, não há democracia. Por consequência, não há liberdade. Essa é a base a partir da qual toda a lógica dos direitos sociais fundamentais é construída e que se inscreve como uma necessidade de sobrevivência do próprio capital, porque onde faltam condições mínimas de existência digna, onde transformamos pessoas em animais, o que sobra é a barbárie.

A preocupação do capital em neutralizar a atuação Poder Judiciário através da sedução de atribuir-lhe o poder de criar suas próprias normas permite ainda outra reflexão. Embora sirva ao sistema, estando longe de promover alteração das bases (dísparas) sobre as quais a sociedade capitalista se assenta, o Poder Judiciário realmente pode atuar para impor limites. A consolidação de entendimentos como o que permite condenação de ofício, pela prática de *dumping* social, reconhece a fraude na terceirização de atividades como a de *telemarketing* ou consagra o dever de motivar a despedida disparam o alerta sobre as potencialidades do Judiciário diante da pretensão constitucional de construir uma sociedade solidária. Bem por isso, o chamado “ativismo judicial”, expressão que comporta, de acordo com quem estiver enfrentando o tema, tanto decisões que fazem valer a ordem constitucional, quanto aquelas que dela se distanciam atuando de modo solipsista, é argumento para o extremo controle das decisões judiciais, pretendido (e ao mesmo tempo boicotado) pelo novo CPC.

Ao mesmo tempo que tenta reduzir ao máximo a possibilidade de julgamento que saia dos limites impostos pelas partes, vedando por exemplo “decisão surpresa” (art. 10) ou estabelecendo de modo exaustivo o que não é fundamentação (art. 489), o CPC autoriza julgamento fora da lide. Admite a ponderação (art. 489) e permite julgamento liminar, sem ouvir o demandado, de improcedência da demanda quando o pedido contrariar, por exemplo, súmula, ou verificar prescrição (não arguida, obviamente, pela parte) (art. 332). Autoriza, também, que o relator, de ofício, remeta recurso de caso **sem repetição**, para o qual **ele** atribui relevância social, ao julgamento por órgão colegiado, cuja decisão vinculará todos os juízes e órgãos fracionários (art. 947), ou que em

incidente de resolução de demandas repetitivas, instaurado em razão de “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica” (!), haja julgamento mesmo diante da desistência da parte (art. 976, § 1º), inclusive com fixação de “tese jurídica” que (mesmo não tendo sido referida pelas partes) vinculará todos os demais processos individuais ou coletivos (art. 985).

Essa esquizofrenia do novo CPC, que é apenas trazida como exemplo, pode ter sido potencializada pelo modo como foi construído o novo código, albergando as mais diferentes teses das mais diferentes correntes doutrinárias, mas certamente é também reflexo desse contexto, em que a própria função do Estado, especialmente por meio do Poder Judiciário, é questionada pelo capital.

Os juízes têm à sua disposição normas capazes de transformar a realidade social, ainda que sob a perspectiva do sistema, e sem dúvida têm o dever de concretizá-las. Para isso, porém, precisam ser independentes para julgar, concretizando a ordem jurídica da Constituição, o que implica, sobretudo, não estarem sujeitos a decretos judiciais que cristalizam discussões jurídico-sociais, antes mesmo que elas ocorram. Ao impor o julgamento a partir de súmulas, tantas delas contrárias à racionalidade constitucional, comprometemos decisivamente essa função. E, por consequência, a própria razão pela qual temos um Poder Judiciário, no contexto de (tentativa de consolidação de um) Estado Social.

A ilusão de poder criar suas próprias normas, apartando-se da legislação editada e mesmo da ordem constitucional estabelecida, revela-se como uma cilada. Envaidecido com as possibilidades que a disciplina da *pseudo* uniformidade lhe confere, o Poder Judiciário está criando sua própria constituição, na qual o negociado sobre o legislado, a jornada de 12h, a quitação geral do contrato, o fracionamento (ou a não concessão) das férias e a supressão das horas *in itinere* já são realidade. A aprovação de alterações legislativas, após prévia discussão pública e aprovação parlamentar, torna-se desnecessária. E se a produção legislativa não tem mais relevância, em pouco tempo, também os juízes não terão. Não haverá necessidade de uma estrutura de poder para interpretar/aplicar leis, se as leis não são mais aplicadas. Bastará um órgão burocrático, com a atribuição de ditar decretos e fazer valer suas próprias decisões, atendendo a interesses que não se confundem com inclusão social, redução de desigualdades ou promoção do bem comum.

Crise tem sempre algo de positivo, porque nos convida à reflexão e nos instiga a tomar posição, e agir. Estamos diante de uma crise, na qual o Poder Judiciário, e o Judiciário Trabalhista em particular, tem sua própria existência fragilizada, sob o disfarce do poder que a edição de súmulas parece outorgar-lhe. Uma crise da existência mesma do Estado, em que o capital internacional desamarra-se e se propõe, de modo muito claro e ostensivo, como revela o exemplo emblemático do Documento 319,

a buscar novas bases de convívio social, rompendo com os compromissos de contenção expressados especialmente nas constituições do segundo pós-guerra.

Os caminhos ainda serão construídos e talvez consigamos sair desse momento de transição fortalecidos, fazendo do esgotamento do Estado, como forma jurídica do capital, a razão para o repensar desse modelo de sociedade e de todas as amarras que o configuram como elemento de exclusão e miséria. Para isso, porém, é preciso, antes de tudo, reconhecer o movimento de destruição do Poder Judiciário e, em especial, do Judiciário Trabalhista, que está em marcha. E lutar contra ele.

REFERÊNCIA

DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. **Documento técnico número 319**, Banco Mundial Washington, D. C., 1996. 61 p. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>.

BLUEWASHING, DESRESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS LABORAIS E PROPAGANDA ENGANOSA

BLUEWASHING, DISRESPECT TO LABOR FUNDAMENTAL RIGHTS AND MISLEADING ADVERTISEMENT

WAKAHARA, Roberto*

Resumo: A responsabilidade social da empresa deixou de ter um caráter meramente ético e passou a constituir um bem jurídico, uma forma de a empresa melhorar sua imagem e agregar valor ao seu produto. O consumidor do Século XXI baliza suas compras não apenas por aspectos do produto em si, mas também pelos valores que a empresa defende. *Bluwashing* é a situação na qual o discurso de responsabilidade social não condiz com a prática empresarial. Situações de violações aos direitos fundamentais laborais podem configurar *bluwashing*. Quando a empresa atrela a sua imagem à responsabilidade social para vender mais produtos, porém essa responsabilidade social inexistente, configura-se a propaganda enganosa.

Palavras-chave: *Bluwashing*. Responsabilidade social. Direito do Trabalho. Propaganda enganosa. Concorrência desleal.

Abstract: The corporate social responsibility stopped being a purely ethical character and became a legal asset, a form of a company improve its image and add value to its product. The 21st century's consumer buys not only for the quality of the product itself, but also for the values that a company defends. Bluewashing is a situation that the social responsibility

*Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Trabalho, Saúde e Ambiente pela Fundacentro. Auditor Fiscal do Trabalho.

discourse does not match with the business practice. Situations of violations of fundamental labor rights may set bluewashing. When the company hitches its image with social responsibility, but the social responsibility does not exist, it set up the advertising misleading.

Keywords: Bluewashing. Corporate social responsibility. Labor Law. Advertising misleading. Unfair competition.

A responsabilidade social das empresas é tema que ano após ano vem ganhando vulto no país. As grandes corporações têm incorporado em seus discursos a importância da valorização das pessoas que lhe prestam serviços ou que são afetadas por suas atividades.

Setores denominados “Gerência de Sustentabilidade” ou “Divisão de Responsabilidade Sócio-Ambiental” são encontrados em diversas das grandes sedes das transnacionais espalhadas pelo país.

Fundamentos teóricos para a responsabilidade social das empresas são discutidos por diversas correntes. Uma delas prega que essa responsabilidade pode ser entendida como uma extensão do contrato social de Rousseau (KOCHAN, 1999). Outra defende que se trata da concretização da função social da empresa (FERREIRA, 2005).

A relevância do tema é tamanha que a própria ONU, por meio de seu Conselho de Direitos Humanos, editou os “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos” em junho de 2011. Os princípios 11 a 15 tratam especificamente da responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos.

O Princípio 12, por exemplo, refere-se de forma bem direta ao Direito Laboral:

A responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos - que incluem, no mínimo, os direitos enunciados na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho.

Não é demais lembrar que os princípios e direitos fundamentais do trabalho a que se refere a Declaração da OIT são: a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil, e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Outro Princípio importante é o 4, segundo o qual:

Os Estados devem adotar medidas adicionais de proteção contra as violações de direitos humanos cometidas por empresas de sua propriedade ou sob seu controle, ou que recebam significativos apoios e serviços de organismos estatais, tais como as agências oficiais de crédito à exportação e os organismos oficiais de seguros ou de garantia dos investimentos, exigindo, se for o caso, auditorias (*due diligence*) em matéria de direitos humanos.

Ou seja, o Estado tem o dever de fiscalizar o cumprimento dos direitos humanos pelas empresas, não podendo haver a concessão de investimentos, créditos ou benefícios por quaisquer órgãos governamentais a empresas que descumpram os direitos fundamentais laborais. Assim, por exemplo, não poderia haver a concessão de empréstimos subsidiados, por meio de bancos estatais, como o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social) ou a Caixa Econômica Federal, a empresas que constem da Lista Suja, ou seja, que se utilizam de trabalho escravo. Da mesma forma não poderia ser concedido benefício à empresa que alardeia a igualdade de gêneros, mas promove segregação vertical em relação a mulheres, que jamais conseguem ocupar cargos de diretoria. Afinal, na definição de Lima (2006),

[...] ato discriminatório é uma distinção desfavorável fundada em um determinado motivo, desprovida de razoabilidade e racionalidade e, portanto, antijurídica.

Destaque-se que a responsabilidade social empresarial pode estar voltada à sociedade em geral (como numa atitude genérica de combate à pobreza), pode estar restrita à comunidade afetada pela atividade empresarial (como no auxílio de uma população ribeirinha ou de uma comunidade indígena afetada pela construção de uma usina hidrelétrica) ou pode se limitar ao cuidado com seus próprios funcionários e/ou trabalhadores terceirizados (como em programas de incentivo à aquisição e/ou construção de moradias para os trabalhadores, de melhoria da qualidade de vida dos funcionários, de aprimoramento do clima de trabalho, ou em casos de adesão a selos de “melhores empresas para se trabalhar”, de respeito às condições de saúde e segurança do trabalho, de erradicação do trabalho escravo, de não discriminação, de empresa amiga da criança etc.).

Se de um lado isso pode significar um maior apreço pela valorização dos direitos humanos de todos os envolvidos, sejam trabalhadores, sejam aqueles que podem ser afetados pela atividade

empresarial, de outro, essa responsabilidade pode ser entendida tão somente como um valor para o capitalista. Isso porque o respeito aos trabalhadores e aos seres humanos, em geral, é um bem que compõe a imagem da empresa perante seus consumidores, especialmente no mundo atual, que se caracteriza pela rápida disseminação da informação e do gradual aumento de conscientização da massa consumidora.

Ademais, uma empresa socialmente responsável tem um relacionamento melhor com seus funcionários, fator que pode influenciar o aumento da produtividade, além de reduzir o número de autuações da fiscalização trabalhista e demandas perante o Judiciário Laboral.

Note-se ainda que a responsabilidade social tem reflexos no mercado financeiro, eis que tal condição agrega valor à própria ação da empresa.

Assim, são inúmeras as vantagens para a empresa. Porém, retornando ao aspecto puramente ligado ao consumidor, cumpre destacar que para Lovato (2013), na sociedade pós-moderna, o consumo é influenciado não só por questões racionais, mas também por questões emocionais. Assim, informações veiculadas nas propagandas das empresas que remetam à preservação ambiental ou ao respeito aos direitos humanos constituem importante elemento de decisão no momento da escolha da aquisição de determinado produto. O autor prega que:

O que se pode observar é que o ser humano da pós-modernidade descarrega uma grande carga de seus medos, culpas e anseios no momento que adquire algum bem ou serviço.

O fato é que o “*Marketing Social*” tem como objetivo a criação de um liame de lealdade entre o consumidor e a empresa,

[...] por meio do comprometimento da empresa com uma demanda social, de modo que os consumidores façam a associação entre a marca, a empresa e o projeto social automaticamente. (DUBEUX; KAMLOT, 2009).

E para que o *Marketing Social* seja exitoso, Pomeroy e Johnson (2009) acreditam que a atividade social tem de estar relacionada diretamente com a atividade empresarial a fim de quebrar eventual ceticismo por parte dos consumidores.

Por isso mesmo que Blecher (2001) já observava na virada do milênio que, havendo similaridade de preço e qualidade, 76% optavam pelo produto da empresa que estivesse envolvida em uma causa social.

Diante desse quadro, Short, Toffel e Hugill (2014) advertem que as *performances* social, ambiental e de governança são o tripé para a boa reputação de uma empresa. Sendo assim, mostra-se fundamental ao

capitalista moderno imprimir um sistema de monitoramento eficaz para que sua marca não seja atingida por escândalos, especialmente aqueles em que ocorre *greenwashing* e *bluwashing*.

Greenwashing pode ser definido como a prática empresarial na qual a empresa se autodenomina “verde”, ou seja, ambientalmente responsável, alardeando que implementa condutas que contribuem para o meio ambiente, e vende esse conceito ao consumidor, mas, na verdade, olhando-se globalmente nota-se que a empresa não melhora as condições ambientais, visto que uma de suas unidades ou um de seus fornecedores dentro da cadeia de fornecedores, de fato, incrementa a poluição. Em outras palavras, trata-se de uma propaganda enganosa, um verdadeiro estelionato. Pagotto (2013) esclarece que o termo foi popularizado pelo **Greenpeace** no início da década de 1990, e que pode ser traduzido como tomar um banho de tinta verde.

Já *bluwashing* é termo similar ao *greenwashing*, porém aplicável ao campo social. Ou seja, é a prática corporativa na qual a empresa se autodenomina “azul”, ou seja, socialmente responsável, mas, na verdade, desrespeita os direitos sociais de forma grave e constante ou desagrega ainda mais uma determinada comunidade marginalizada. Dentre os possíveis direitos sociais que se encaixam nesse quadro estão os direitos fundamentais laborais.

Entendemos que as violações aos direitos humanos que constituem *bluwashing* podem ter como vítimas membros de comunidades afetadas pela atividade empresarial, empregados da empresa ou mesmo prestadores de serviços autônomos ou terceirizados.

Portanto, ainda que seja utilizada a terceirização, a responsabilidade pelo respeito aos direitos humanos em determinada cadeia de produção pertence à empresa líder.

Assim, ainda que considerada lícita a terceirização em determinado país, a utilização de mão de obra escrava, degradante ou humilhante em qualquer ponto da cadeia de produção não pode levar a que uma empresa seja considerada socialmente responsável. O mesmo se dá em questões relativas ao trabalho infantil e à discriminação de qualquer espécie. Ora, a terceirização, ainda que legal, jamais pode ser entendida como uma forma de irresponsabilidade social por parte da empresa líder.

Nesse sentido, entendemos como muito salutar a legislação do Território de Nova Gales do Sul, na Austrália, pelo qual a empresa líder tem uma série de responsabilidades no caso de descumprimento da legislação em qualquer ponto da cadeia de fornecedores (QUINLAN; JOHNSTONE; JAMES; NOSSAR, 2007).

Outra norma que merece destaque nesse tema é a Lei de Transparência da Cadeia de Fornecedores do Estado da Califórnia, de 2010 (**California Transparency in Supply Chains Act of 2010**). Essa norma prevê que toda empresa (fabricante ou revendedora) que tenha

faturamento anual superior a 100 milhões de dólares tem a obrigação de divulgar todas as medidas que tem tomado para evitar trabalho escravo em sua cadeia de fornecedores. Em 2015, 3.200 empresas se enquadravam nessa situação (NARINE, 2015). Destaque-se que o dever de informação é considerado um bem jurídico muito precioso no direito norte-americano. No entanto, Narine (2015) entende que essa norma é muito tímida, pois não proíbe a venda de produtos fabricados com a utilização de trabalho forçado, mas somente exige a divulgação da informação. A norma também não prevê penalidade pelo seu descumprimento, fato que enfraquece a sua efetiva aplicação. Nesse sentido, só poderia ser invocado o seu descumprimento por meio de uma *class action*. No entanto, a edição dessa norma é um marco importante, pois representa um primeiro passo na responsabilização da empresa líder pelo que acontece em sua cadeia de fornecedores.

Outro significado mais restrito para *bluewashing* pode ser aquele utilizado por Harpur (2011), no qual o termo descreve as corporações que participam do Pacto Global das Nações Unidas como um mero exercício de relações públicas sem a intenção de melhorar a sua conduta. O Pacto Global das Nações Unidas é uma iniciativa da ONU que encoraja as empresas ao redor do globo a se comprometerem a adotar políticas socialmente e ambientalmente responsáveis. Trata-se do maior programa corporativo voluntário de responsabilidade sócio-ambiental. Harpur (2011) explica que a cor azul deriva do fato de ser essa a cor dos capacetes dos membros das missões de paz promovidas pela ONU.

Ou seja, tanto na versão mais ampla quanto na mais restrita, o compromisso de melhorar as condições sócio-ambientais não são cumpridas pelas empresas, embora aleguem e ostentem tais condições perante a sociedade, perante a ONU e perante os consumidores.

No entanto, para fins deste artigo, utilizaremos o termo *bluewashing* em sua acepção mais ampla, em que qualquer forma de se incrementar a imagem social da empresa perante a sociedade que seja falsa constituirá *bluewashing*. Assim, não importa se a divulgação da informação de que a empresa é socialmente responsável foi por adesão a programa da ONU, por adesão a programa social local ou por qualquer outra forma, como uma mera propaganda.

Dito isso, cumpre salientar que o *bluewashing* pode afetar a imagem da empresa perante a sociedade, os consumidores e os investidores. Quanto ao impacto perante os consumidores, Becker-Olsen, Cudmore e Hill (2006) notaram que o decréscimo das vendas quando essas empresas são flagradas em situações de desrespeito aos direitos fundamentais, especialmente o *bluewashing*, é considerável. Narine (2015), por sua vez, entende que a principal influência na divulgação de uma informação desabonadora relaciona-se ao mercado de ações, eis que os grandes investidores

(incluindo grandes fundos de pensão) têm formalizado, voluntariamente, compromissos de não aplicarem em empresas que descumpram preceitos sócio-ambientais.

Mas o *bluewashing* pode ser considerado apenas uma situação de dano à imagem da empresa ou existe alguma consequência jurídica por sua prática?

Diante dessa questão, entendemos que o *bluewashing* tem consequências jurídicas malélicas e pode ser descrito como uma forma de propaganda enganosa, situação que é vedada pelos arts. 6º, IV, e 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Isso porque o art. 37, § 1º, do CDC conceitua como propaganda enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

E o § 3º do mesmo artigo prescreve que a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Logo, uma empresa, ao veicular informação falsa de que é socialmente responsável, com o intuito de auferir lucro, sem dúvida alguma se enquadra na figura da propaganda enganosa.

Note-se que o art. 37 descreve que a informação parcialmente falsa também configura propaganda enganosa. E, para nós, a informação falsa não tem de se relacionar diretamente ao produto ou ao serviço, mas pode estar vinculada a qualquer característica que a empresa se utilizou para vender o produto ou serviço.

Se a empresa diz que é socialmente responsável para vender um sabonete, mas não é de fato, essa informação sobre a responsabilidade social compõe o objeto da venda. Restringir a venda do sabonete à sua composição química, ao seu peso e ao seu odor não correspondem mais ao que o consumo representa na sociedade atual. Nesse sentido, o art. 37 não pode ser interpretado com o saber do consumo do Século XXI.

Decisões como a do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que julgou indevida a indenização pleiteada pelo Ministério Público Federal em face de multinacional do setor de agricultura e biotecnologia, não podem ter guarida em pleno Século XXI. O objeto da ação consistia em anúncio que associava a soja transgênica e a utilização de fertilizante à base de glifosato a melhorias ambientais. Nítido caso de *greenwashing*. Os desembargadores negaram o pedido sob o argumento de que não havia sido oferecido:

[...] produto ou serviço, mas sim a exposição do posicionamento da empresa acerca da soja transgênica,

enaltecendo a sua importância para a agricultura e a economia do Brasil, e a proteção do meio ambiente. (Proc. 5002685-22.2010.404.7104, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2ª Seção, Embargos Infringentes, Relator Desembargador Fernando Quadros da Silva).

Ora, a divulgação da informação que induzia o consumidor a erro (responsabilidade ambiental) compunha a essência do produto que a empresa pretendia vender. Evidente que ao adquirir o produto, o consumidor estava associando-o à preservação ambiental, fato que não era verdadeiro.

Assim, limitar a interpretação do art. 37 do CDC não nos parece algo consentâneo com o atual desenvolvimento dos hábitos de consumo do Século XXI.

Observe-se que a decisão ainda não transitou em julgado, eis que estão pendentes de julgamento Recurso Especial e Recurso Extraordinário.

Deve-se ter em mente ainda que a propaganda enganosa não pode ser confundida com o *puffery*, jargão utilizado no mundo publicitário, que nada mais é do que a propaganda que elogia o item a ser vendido com opiniões subjetivas, utilizando-se de superlativos, exageros e termos vagos, sem afirmar nenhum fato específico (PRESTON, 1996).

Trata-se de conceito muito similar ao *dolus bonus*. O *dolus bonus* é aquele tolerável, no qual o comerciante exagera a qualidade de sua mercadoria, com a utilização de superlativos e exageros, sendo incapaz de induzir o consumidor a erro, sendo também incapaz de viciar a manifestação de vontade.

Entretanto, tanto o *puffery* como o *dolus bonus* são situações em que o realce das qualidades não envolvem situações fáticas concretas e decorrem de percepções individuais.

Note-se que diante da sociedade da informação em que vivemos, em que os dados podem ser facilmente verificáveis, o campo do *dolus bonus* fica cada vez mais restrito. Hoje qualquer pessoa com um *smartphone* pode verificar um dado objetivo na internet de forma instantânea. Assim, entende-se que somente termos como “o melhor bife à milanesa do mundo” ou “o mais belo vestido de noiva que você já viu” podem ser aceitos como *dolus bonus*, em que o subjetivismo pode imperar. Contudo, se a empresa anuncia que se trata da “melhor empresa para se trabalhar” e é encontrada nessa empresa trabalho escravo, resta evidente que se trata de *bluwashing*. Da mesma forma, se a empresa anuncia que os funcionários são altamente treinados, mas, na realidade, nenhum deles é e um desses trabalhadores vem a falecer em decorrência de um acidente de trabalho em que um dos principais fatores foi a falta de treinamento, também resta evidente que se trata de caso de *bluwashing*.

Em decorrência de tais discussões, Benjamin (1994) é contrário à adoção da teoria do *dolus bonus*, pois acredita que ela sempre traz uma percepção inverídica ao consumidor.

Para nós, se a situação anunciada for capaz de induzir o consumidor a erro, não se tratará de caso de *dolus bonus* ou *puffery*, mas de propaganda enganosa.

Como propaganda enganosa que é, o *bluewashing* comporta medidas jurídicas tanto na esfera cível, como na penal.

Na esfera cível, é possível pleitear-se uma indenização, uma vez que o consumidor comprou “gato por lebre”. Na ação individual está legitimado a figurar no polo ativo o consumidor enganado. Caso a lesão seja transindividual, o que é comum nessas situações, pode ser proposta uma ação civil pública, tendo como legitimado o Ministério Público do Consumidor, a Defensoria Pública, uma associação de defesa do consumidor ou ainda qualquer outro legitimado pelo art. 5º da LACP.

Na esfera penal, a propaganda enganosa é tipificada como crime pelo art. 67 do CDC. O tipo penal está assim disposto: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva”. A pena é de detenção de três meses a um ano e multa.

Portanto, tendo ciência da prática do *bluewashing* é dever de qualquer autoridade (auditores fiscais do trabalho, procuradores do trabalho ou mesmo o juízes do trabalho) oficiar o Ministério Público para que esse adote as providências legais cabíveis.

Destaque-se que a propaganda enganosa também é vedada pelo próprio setor publicitário. O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), por meio de seu Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, estipula que a honestidade (art. 23) e a apresentação verdadeira (art. 27) são dois de seus princípios norteadores. Note-se que por ser uma regulação setorial privada, na qual o próprio setor se autorregula, a vedação à propaganda enganosa torna-se conduta ainda mais reprovável, visto que não é admitida nem pelo código de conduta da profissão.

No que tange à jurisprudência, não encontramos no país julgados sobre *bluewashing* e indenizações por propaganda enganosa. Entretanto, sabemos que o *bluewashing* ocorre Brasil afora e mereceria uma maior atenção tanto do Ministério Público, como das associações de defesa do consumidor e dos órgãos públicos que têm contato com tais práticas, especialmente no mundo laboral, como é o caso dos auditores fiscais do trabalho, dos procuradores do trabalho e dos juízes do trabalho.

Observe-se ainda que a propaganda enganosa não traz prejuízo apenas aos consumidores, mas também desestabiliza o mercado, violando as regras de lealdade concorrencial (BENJAMIN, 1994). Nesse sentido, também seriam cabíveis ações por parte das demais empresas do

setor em virtude dos prejuízos sofridos pela concorrência desleal provocada pela empresa que praticou o *bluwashing*.

Embora alguns casos de *bluwashing* tenham como pano de fundo as relações laborais, entendemos que a competência por ações envolvendo o tema são da esfera da Justiça Comum e do Ministério Público do Consumidor, eis que o direito violado é um direito eminentemente consumeral, pois o descumprimento da legislação laboral não é o objeto da questão, mas apenas serve para demonstrar o descumprimento da legislação do consumidor.

No entanto, são as autoridades trabalhistas as primeiras a tomarem conhecimento das violações aos direitos humanos laborais, e percebendo que essa empresa infratora também se utiliza de um discurso de respeito aos direitos de seus trabalhadores para auferir lucro, tais autoridades trabalhistas devem estar atentas ao caso e noticiar a situação ao Ministério Público do Consumidor para que esse tome as providências jurídicas necessárias.

REFERÊNCIAS

BECKER-OLSEN, Karen L.; CUDMORE, B. Andrew; HILL, Ronald Paul. The impact of perceived corporate social responsibility on consumer behavior. **Journal of Business Research**, v. 59, n. 1, 2006, p. 46-53.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 9, 1994, p. 25-57.

BLECHER, Nelson. Marcas de valor: as vantagens, em cifras, de quem acrescenta dimensões ao *marketing*. **Revista Exame**, n. 751, 2001, p. 34.

DUBEUX, Veranise; KAMLOT, Daniel. *Marketing* e responsabilidade social: uma revisão de conceitos. **Estudos ESPM**, v. 43, n. 443, 2009, p. 67-72.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Função social e função ética da empresa. **Revista Jurídica da UniFil**, n. 2, 2005, p. 67-85.

HARPUR, Paul. New governance and the role of public and private monitoring of labor conditions: sweatshops and china social compliance for textile and apparel industry/CSC9000T. **The Internet Journal of Rutgers School of Law**, v. 38, 2011.

KOCHAN, Thomas A. Reconstructing America's Social Contract in Employment: the role of policy, institutions, and practices. **Chicago-Kent Law Review**, v. 75, 1999, p. 137-150.

LIMA, Firmino Alves. O princípio da proibição de discriminação no direito do trabalho. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, v. 12, 2006, p. 193-212.

LOVATO, Marcos Luiz. *Greenwashing* no Brasil: quando a sustentabilidade ambiental se resume a um rótulo. **Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 8, 2013, p. 162-171.

NARINE, Marcia. Disclosing disclosure's defects: addressing corporate irresponsibility for human rights impacts. **Columbia Human Rights Law Review**, v. 47, 2015, p. 84-150.

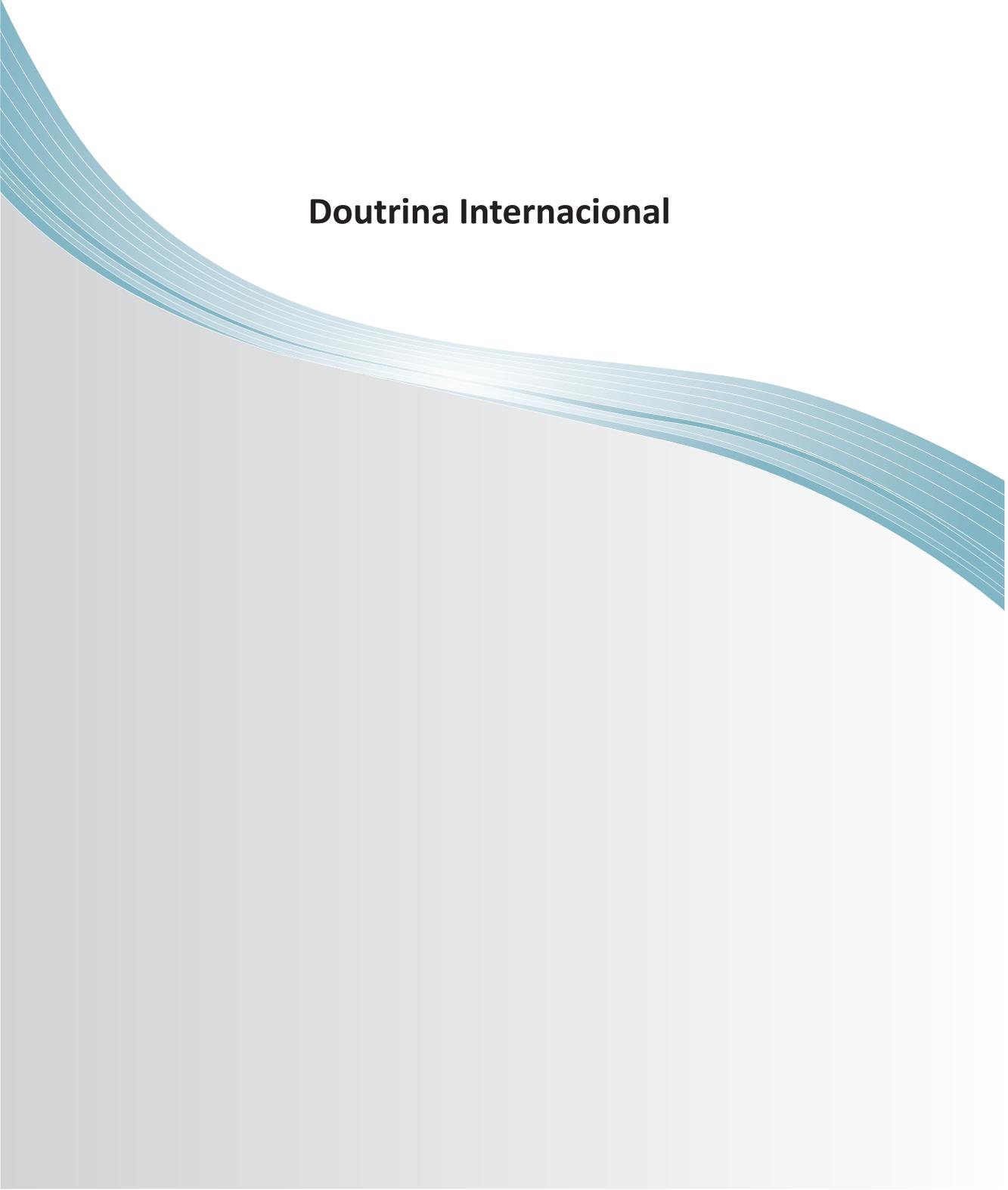
PAGOTTO, Érico Luciano. *Greenwashing*: os conflitos éticos da propaganda ambiental. 162 f. Dissertação (Mestrado em Ciências), Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

POMERING, Alan; JOHNSON, Lester W. Constructing a corporate social responsibility reputation using corporate image advertising. **Australasian Marketing Journal**, v. 17, 2009, p. 106-114.

PRESTON, Ivan L. **The great American blow-up**: puffery in advertising and selling. Madison: University of Wisconsin Press, 1996.

QUINLAN, Michael; JOHNSTONE, Richard; JAMES, Phillip; NOSSAR, Igor. Regulamentação das cadeias de fornecedores para proteger a saúde e segurança de trabalhadores vulneráveis. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 32, n. 115, 2007, p. 145-152.

SHORT, Jodi L.; TOFFEL, Michael W.; HUGILL, Andrea R. **Monitoring the monitors**: how social factors influence supply chain auditors. Cambridge: Harvard Business School, 2014.



Doutrina Internacional

NOTAS SOBRE EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN JURÍDICA DE LA NEGOCIACIÓN Y EL CONVENIO COLECTIVO*

NOTES ON THE LEGAL CONSTRUCTION PROCESS OF COLLECTIVE BARGAINING AND AGREEMENTS

GARMENDIA ARIGÓN, Mario**

Resumen: En el presente artículo se realiza una presentación panorámica y sinóptica de las primeras fases del proceso histórico que llevó a que la negociación y el convenio colectivo pasaran de ser considerados conductas proscriptas y perseguidas penalmente a ser respectivamente reconocidos como un **bien jurídico** destinatario de tutela especial y como una **norma jurídica** que tiene un lugar en un complejo sistema de las fuentes del Derecho. Entre un extremo y otro de esa línea de tiempo, hay un rico contenido de búsquedas y debates a propósito del encuadramiento jurídico que correspondía a aquellas figuras, que terminaron provocando una importante transformación en la teoría general del Derecho.

Palabras claves: Negociación colectiva. Convenio colectivo. Naturaleza jurídica de los convenios colectivos. Fuentes del Derecho.

1 ORIGEN: los factores de resistencia

El origen de lo que hoy conocemos como **negociación colectiva**, se encuentra directamente vinculado al proceso de la industrialización y, más concretamente, a la aparición y desarrollo de las grandes **usinas**

*Originariamente publicado en Revista Derecho del Trabajo, La Ley Uruguay, núm. 11, abril-junio 2016.

**Decano Facultad de Derecho - CLAEH (Punta del Este, Uruguay). Magíster en DTSS (Facultad de Derecho-Universidad de la República, Uruguay). Profesor Agregado DTSS (Facultad de Derecho - Universidad de la República, Uruguay). Profesor Titular de DT (Facultad de Derecho - CLAEH, Punta del Este).

industriales, que fueron el entorno en que surgió y se desarrolló el movimiento obrero¹.

Pero su reconocimiento y aceptación fue bastante retrasado en el escenario general en que la llamada **cuestión social** (BARBAGELATA, 2009, p. 16-ss.) desplegaba sus efectos e, incluso, considerablemente más tardío que el propio inicio o **lanzamiento** de las, por entonces denominadas, **leyes de fábricas**.

Diversas fueron las razones que determinaron que el **despegue** del fenómeno no se produjera más anticipadamente.

Una de las más significativas seguramente debió ser la fuerte resistencia que le opusieron los empleadores, quienes no se sentían para nada cómodos ante la perspectiva de terminar siendo forzados a **ceder terreno** en lo atinente a la determinación de las condiciones de trabajo que habrían de imperar en el seno de la empresa, aspecto en que, por entonces, ejercían un poder de dominación² prácticamente ilimitado³. No es difícil imaginar la repulsión que debía provocar a aquellos patrones la idea de quedar obligados a negociar con los trabajadores coaligados las condiciones que antes podían imponer de manera inconsulta y totalmente discrecional⁴.

A esto se sumaban las políticas represivas que desplegaban los Estados ante las manifestaciones colectivas del incipiente **movimiento obrero**. Esas políticas estatales, rigurosamente opuestas a aceptar los nuevos fenómenos que surgían junto con la industrialización, se proyectaba en una normativa que declaraba ilícita, tanto en el plano civil como penal, cualquier intento de coalición y actuación colectiva. “El Estado se defiende contra el derecho no estatal”, describía Sinzheimer (1934b), determinando que las relaciones laborales **nacieran en el seno del Derecho Penal** (BAYLOS GRAU; TERRADILLOS, 1990, p. 15).

Estos abordajes legislativos estaban inspirados en el liberalismo que dominaba la cultura jurídica de la época, que sólo podía aceptar la intervención de la ley que estuviera dirigida a garantizar la

¹V. del autor: “La empresa y sus mutaciones desde la perspectiva del Derecho del Trabajo”, *in* rev. Derecho Laboral, n. 229, enero-marzo 2008.

²Decía Barbagelata que: “Al examinar las respuestas del derecho a la cuestión social hay que tener presente que, como Hugo Sinzheimer lo puso de manifiesto en el primer tercio del siglo XX, ha existido y por mucho tiempo ha ejercido plena supremacía, un derecho no-etático de dominación, anterior y aún concomitante con la legislación laboral”. Barbagelata, 2009, p. 75, con cita de Sinzheimer, 1934a, p. 72-81.

³Según Mario De La Cueva, “Los empresarios, que se sabían y actuaban como soberanos de su empresa, nunca discutieron con cada trabajador las condiciones de trabajo, sino que, desde un principio, formularon lo que se llamó la doctrina del reglamento de trabajo de la fábrica.” (DE LA CUEVA, 1973, p. 401).

⁴De manera muy gráfica, en un artículo publicado en 1908, Saleilles decía que el convenio colectivo era visto como una suerte de “constitución garantida por los patronos, un poco a la manera que, al principio del S. XIX, los reyes otorgaban una Constitución a sus pueblos”. Saleilles (1908, p. 85), cit. por Gallart Folch (2000, p. 14), con importante prólogo de José Luis Monereo Pérez.

más plena libertad de los contratantes. Precisamente, con base en ese fundamento, inmediatamente después del triunfo de la Revolución francesa, fue aprobado el denominado **decret D'Allarde** (2-17 de marzo de 1791), que proclamó que “toda persona será libre de hacer aquel negocio o de ejercer la profesión, arte u oficio que estime conveniente [...]”⁵ y tres meses después (14-17 de junio de 1791), la célebre ley **Le Chapelier**, que durante casi un siglo sirvió como modelo para una tendencia legislativa que se proyectó en una amplia nómina de normas prohibitivas y represivas que fueron aprobadas en diversos países⁶. El proceso de descriminalización se produjo muy lentamente en los países europeos y, en todos los casos, cuando ya se encontraba bien avanzado el siglo XIX⁷.

A la hora de retrasar el reconocimiento jurídico de los nuevos fenómenos, a los anteriores factores se agregaba otro, no menos significativo: la gran incomodidad que para los juristas de la época aparejaban las extrañas manifestaciones regulatorias que acompañaban al desarrollo fabril, para las que no se encontraba fácil ubicación en ninguna de las categorías conceptuales con las que aquellos estaban acostumbrados a manejarse.

La aparición de la negociación colectiva y el producto de ella resultante, el convenio colectivo, tendrían que provocar grandes cambios en los conceptos jurídicos por entonces aceptados, haciendo que los juristas tuvieran que enfrentarse al importante desafío de buscarles alguna explicación a aquellos fenómenos con apariencia contractual, pero con pretensión de desplegar efectos *erga omnes*, propiedad que sólo podía reconocerse a la ley⁸.

⁵El texto de la norma está accesible en **Lois annotées, ou, Lois, décrets, ordonnances, avis du Conseil d'Etat etc., avec notes historiques, de concordance et de jurisprudence** (Google e-Book), France, Recueil Sirey, 1854 (<<http://books.google.com.uy/books?>>). El concepto fue elevado en 1793 a rango constitucional (art. 13 de la Constitución francesa: “Ningún género de trabajo, cultura, comercio, podrá ser prohibido a la industria de los ciudadanos”). También: BRUN; GALLAND, 1978, p. 8; DURAND; JAUSSAUD, 1947, p. 62; CAMERLYNCK; LYON-CAEN, 1974; OLSZAK, 2011, p. 23-24; BERTOZZO, 2015.

⁶BRUN; GALLAND, 1978, p. 8; DURAND; JAUSSAUD, 1947, p. 62; CAMERLYNCK; LYON-CAEN, 1974, p. 7; SIMITIS, 1990. En América Latina también es posible encontrar algunos ejemplos alineados en esta política normativa represiva de la actividad sindical. En Argentina puede citarse la llamada “ley de Residencia”, de 22 de noviembre de 1902, que habilitaba al Poder Ejecutivo, sin intervención judicial, a ordenar la salida del territorio argentino a todo extranjero que perturbara el orden público. Asimismo, de 1910, la denominada “ley de defensa social”, con un tenor severamente represivo, reglamentó el derecho de reunión (concediendo a la policía la autoridad para negarlo o restringirlo a voluntad) y otros derechos fundamentales. Al respecto: PALACIOS, 1920, p. 170 y 174. Algo similar aconteció en Brasil con el Decreto 1.641, del 7 de enero de 1907, norma conocida como “Ley de Adolfo Gordo”, que permitía la expulsión de extranjeros que por cualquier motivo pudieran comprometer la seguridad nacional o la tranquilidad pública (*vide*: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/gordo.html>>).

⁷En Gran Bretaña se reconoció la libertad de asociación en 1824; en Francia recién en 1884 se derogaron las normas que penalizaban la constitución de sindicatos y la realización de huelgas (los delitos habían sido tipificados en el Código Penal de 1810, arts. 414 a 416), mientras que en Alemania, algunos Estados levantaron las prohibiciones entre 1841 y 1859, pero no fue sino hasta 1872 que una ley del recién unificado imperio generalizó las libertades (DE LA CUEVA, 2003, p. 17).

⁸V. *infra*, Cap. 3.

Por su parte, desde el propio movimiento obrero se enfrentaba con bastante recelo la idea de dialogar y negociar con los patrones. No era poco habitual que los trabajadores estuvieran fuertemente inspirados por consignas que los alentaban a desestimar cualquier gesto que pudiera tener apariencia de **transaccionalidad** con el sistema capitalista. Alejandro Gallart Folch - profesor de la Universidad de Barcelona, conceptualizado por Monereo como **uno de los fundadores del Derecho del trabajo contemporáneo** (MONEREO PÉREZ, 2000, p. XI) - especulaba con que allí podía encontrarse la explicación de que los convenios colectivos hubieran tenido un desarrollo mucho más rápido en Gran Bretaña que en Europa Continental, donde muchos sindicatos no sentían ningún apego por la **moral burguesa** y el **valor de la palabra dada**, y aceptaban con más beneplácito la idea de Lenin de que “el engaño es lícito en la ininterrumpida lucha contra la burguesía” (GALLART FOLCH, 2000, p. 15).

2 LANZAMIENTO Y ASCENSO

Se ha dicho que el cambio de suerte que a partir de las primeras décadas del siglo XX comenzó a evidenciar la negociación colectiva como instrumento de regulación de las condiciones de trabajo, no puede ser atribuido, precisamente, a una victoria épica de las organizaciones obreras. Por supuesto, tampoco fue la consecuencia de las especulaciones académicas acerca de las ventajas o desventajas que podía traer consigo el desarrollo de la contratación colectiva (DE FERRARI, 1964, p. 376).

En realidad, otros factores parecen haber sido bastante más determinantes para que aquello aconteciera.

Al respecto, en una obra monográfica de 1922, el reconocido economista francés, Gaëtan Prou, apreciaba que:

[...] si en nuestra época la fijación de las condiciones de trabajo se hace, cada vez más, de una manera colectiva, no es sólo porque los obreros encuentren en su agrupación un medio de corregir la inferioridad en que se hallaban cuando se presentaban aislados en el mercado de trabajo y con premuras para contratarse, es, también, que en el estado actual de la vida económica, las condiciones de trabajo y de la producción revisten, fatalmente, el aspecto de reglas uniformes. La diversidad de las situaciones individuales compatible con el pequeño oficio, no lo es con la gran industria y la única alternativa verdadera es saber si estas condiciones uniformes se establecerán por el patrono, unilateralmente y en función de sus intereses particulares, o por una colaboración del elemento patronal y del elemento obrero. (PIROU, 1992, cit. por GALLART FOLCH, 2000, p. 13).

Sin embargo, a la imperiosa necesidad de darle uniformidad a la organización del trabajo, que venía determinada por las propias exigencias del proceso de industrialización y de la producción en masa, se vino a agregar una circunstancia que a la postre resultó fundamental: el comienzo de la primera guerra mundial y la gravitación que tuvieron una serie de hechos resultantes de la misma, en particular, el fortalecimiento del rol de los Estados en materia económica y social⁹, rol que no abandonaron luego de finalizada la contienda bélica, sino que, al contrario, profundizaron.

Entre nosotros, en una obra publicada en 1937, Gustavo Gallinal¹⁰ señalaba que:

La legislación del trabajo surgió profundamente renovada del seno de las catástrofes que devastaron la economía de los grandes países industriales en el curso de este siglo. Para alimentar la insaciable hoguera de la guerra 'totalitaria' de 1914-1918 los pueblos debieron disponerse a inmolar todas sus riquezas económicas, espirituales y humanas. Fue necesario apretar en haz macizo fuerzas, partidos, clases discordantes, sofocar disidencias, prevenir defecciones, satisfacer las demandas del proletariado en la hora del sangriento sacrificio, sembrar promesas para el porvenir. Nació así una legislación de guerra que ha marcado en buena parte las orientaciones del movimiento jurídico posterior. (GALLINAL, 1937, p. 12).

En el período de entreguerras, el instrumento de la negociación colectiva ya estaba muy ampliamente difundido, especialmente en los países más industrializados.

⁹Oualid y Piequenard explican la gran influencia que en relación a la negociación colectiva tuvo la guerra: 1) los Estados se convirtieron en productores y predicaron con el ejemplo de una actitud concertadora; 2) también los Estados acrecentaron enormemente su poder soberano; 3) con la guerra, los intereses individuales quedaron claramente subordinados a los intereses de la nación; 4) los Estados disponen de toda la mano de obra ("movilizados") lo que le permite ejercer gran presión sobre empleadores, demandantes de mano de obra; 5) los Estados son, además, los clientes más importantes o únicos de las empresas industriales, lo que les permite ejercer gran presión sobre ellas (Salaires et Tarifs. Conventions collectives et grèves, Colección Histoire économique et sociale de la guerre mondiale, Dotation Carnegie pour la Paix internationale), cit. por GALLART FOLCH, 2000, p. 15. Adviértase que, según estadísticas que en 1922 manejaba Pirou, casi un setenta por ciento de los convenios colectivos celebrados en Francia entre 1914 y 1918, lo fueron por iniciativa o por presión estatal.

¹⁰Siendo legislador, Gustavo Gallinal presentó en 1923 a la Cámara de Representantes el proyecto de ley para la creación de la cátedra de Legislación del Trabajo y de Previsión Social, en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Dicho proyecto se convertiría luego en la Ley n. 7.819, que fue promulgada el 7 de febrero de 1925. Años más tarde, Gallinal se convertiría en catedrático de la materia, sucediendo a Emilio Frugoni. V.: Derecho del Trabajo: pasado, presente y futuro, 75º aniversario de la creación de la cátedra, Fac. de Derecho, Univ. de la República, Montevideo. 2000, p. 12 y ss. y p. 45 y ss.

Un claro indicio de la importancia que adquirió la negociación, puede notarse a partir de la especial atención que comenzó a prestarle la Organización Internacional del Trabajo. En la Tercera Conferencia de Estadísticas del Trabajo, convocada 1926 en el seno de aquella novel Organización Internacional, fueron sistematizados los datos que se consideraba deseable que aparecieran en las estadísticas sobre convenios colectivos (BIT, cit. por GALLART FOLCH, 2000, p. 19).

Además, en las Memorias del Director de la Oficina Internacional del Trabajo de los años inmediatamente posteriores (1928 y 1930), se incluyeron extensos pasajes referidos al movimiento mundial de los convenios colectivos (GALLART FOLCH, 2000, p. 19) y en 1930 la misma Oficina publicó las primeras estadísticas sobre convenios colectivos¹¹, que dejaron en evidencia las importantes dimensiones que, en especial en los países industrializados, había comenzado a adquirir el fenómeno en los años veinte.

3 EL PROCESO DE ENCUADRAMIENTO JURÍDICO

3.1 La incómoda búsqueda de la “categoría adecuada”

Durante mucho tiempo el convenio colectivo no consiguió que se le reconociera un lugar en el sistema de las fuentes del Derecho. Aceptar algo así resultaba del todo imposible en el marco de una cultura jurídica dominada por la idea de que “**Derecho**” era, rigurosamente, lo mismo que “**Ley**” y en la que, naturalmente, sólo se reconocía al Estado la potestad de crear normas jurídicas.

La búsqueda de explicaciones para el desconcertante fenómeno de los convenios colectivos acaparó la atención de los juristas durante casi todo el siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX. Inicialmente, las especulaciones siempre giraban en torno a la noción del “contrato” y, tomándola como eje, el gran dilema a despejar se centraba en tratar de encontrar dónde y cómo estaba presente en las **convenciones colectivas**, el **consentimiento** o **manifestación de la voluntad** de los individuos que, sin haber participado en la negociación o en su celebración, resultaban, sin embargo, alcanzados por sus disposiciones.

En el decurso de ese proceso fueron elaboradas variadas e **ingeniosas** teorías, como la del **contrato preparatorio o preliminar**, de la serie de **contratos de adhesión**, de la **transacción**, de la **asociación entre trabajadores y empleadores**, del **mandato**, la de la **estipulación para otro**,

¹¹Antes, en 1921 y 1929, el francés Raynaud había publicado otras estadísticas sobre convenios colectivos en Francia y el resto Europa. Cfe. GALLART FOLCH, 2000, p. 19-ss.

del **cuasi contrato de gestión de negocios**, la de la **personalidad moral ficticia**, del contrato **innominado** o *sui generis*¹² y otras¹³. Pero, en realidad, se trataba nada más que de un ejercicio de lo que Scelle denominara “la manía de las categorías jurídicas”¹⁴ y ninguna de ellas acertaba a explicar las características fundamentales de aquello que Francesco Carnelutti identificara como un extraño “íbrido, che ha il corpo del contratto e l’anima della legge” (CARNELUTTI, 1927, p. 108).

Paulatinamente comenzaba a quedar en evidencia que no era nada adecuado tomar como punto de partida al **contrato** para encontrarle una explicación plausible a la naturaleza del convenio colectivo, para finalmente llegar a la conclusión que se resume en la idea sintetizada por Gallart Folch: **la convención colectiva es, por su naturaleza íntima, distinta del contrato y es una ley en el sentido amplio de esta palabra** (GALLART FOLCH, 2000, p. 133).

3.2 Rompiendo los moldes: el reconocimiento de la actividad jurídico-normativa del grupo profesional

A partir del último cuarto del siglo XIX se inició un profundo proceso renovador de la teoría general del Derecho, en el que participaron diversos movimientos jurídico-filosóficos que, pese a las notorias diferencias que entre sí presentaban, conjugaron una serie de lineamientos convergentes que apuntaban a generar un “clima cultural” (MONEREO PÉREZ, 2000, p. XVIII) que, a partir de la impugnación de la idea de que sólo el Estado tenía la capacidad de crear Derecho, desarrollaron un discurso que reconocía fuentes normativas extra estatales, que resultaba apto para cobijar la “configuración del convenio colectivo como categoría jurídica específica” (MONEREO PÉREZ, 2000, p. XVIII) y que partía del reconocimiento en el mismo del “carácter preponderante de la regla jurídica” (GALLART FOLCH, 2000, p. 112).

Dentro de estas corrientes Gallart Folch (2000, p. 91-ss.) identifica, por ejemplo, la encabezada por Otto Friedrich von Gierke, en

¹²LOTMAR, 1984, p. 309-ss. V. BARBAGELATA, 2009, p. 134, y MONEREO PÉREZ, 2000, p. XVIII y XXIX.

¹³Para profundizar en cada una de estas teorías: GALLART FOLCH, 2000, p. 63-ss.; DE LA CUEVA, 1973, p. 463-ss., BARBAGELATA, 2009, p. 127-ss.

¹⁴Barbagelata destaca esta idea de Georges Scelle como “una de las afirmaciones más importantes que formuló”, pues diferencia la forma de encarar los problemas interpretativos por el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo. El primero parte de “descifrar las grandes líneas de una situación concreta para, a través de esa abstracción, buscarle ubicación entre las categorías ya establecidas por el Derecho Civil, incluso forzando sus contornos hasta conseguir ese objetivo”. “Conforme a la concepción de Scelle - prosigue Barbagelata - en el Derecho del Trabajo se debe proceder de otra manera, o sea que cada situación concreta debe ser examinada de acuerdo con los principios generales del sistema, pero sin encasillarla en una categoría preestablecida, que se presume válida para todos los casos”. (BARBAGELATA, 2009, p. 129-130).

Alemania; la de los “juristas-sociólogos” italianos, liderados por Enrico Cimbali; el “socialismo jurídico”, de Anton Menger, y su célebre obra **El Derecho civil y los pobres**, y Emmanuel Lévy (**La vision socialiste du Droit**, 1926); el “sindicalismo doctrinal” de Georges Sorel y Paul-Boncour y otros. A comienzos del siglo XX también se desarrollaron las denominadas corrientes “antiformalistas pluralistas”, que plantearon la necesidad de abordar el estudio de las fuentes del Derecho desde una nueva perspectiva y que se expresaron en dos movimientos fundamentales: el de la “lucha contra el fetichismo de la ley”, iniciado en Francia por Geny (que profundiza en el análisis del fenómeno jurídico espontáneo) y que es seguido, entre otros, por Cruet, Morin y Lambert; y el del *freirecht* (o Derecho libre), en Alemania, que reconoce a Kantorowicz como su iniciador y que fue seguido por Fuchs y Jung y que tuvo una gran influencia en otros destacados juristas alemanes, como Radbruch, Stammler y Jellinek¹⁵.

De este modo, sólo cuando pudo dejarse atrás la idea que asignaba a la ley el carácter de fundamento exclusivo de todo el Derecho, se abrió el camino para que pudiera desarrollarse una explicación apta para la naturaleza jurídica del convenio colectivo.

Al respecto Gallart Folch (2000, p. 100-ss.) destaca cuatro corrientes jurídicas fundamentales que se desarrollaron en las tres primeras décadas del siglo XX y que tienen importancia determinante en la explicación de la naturaleza del convenio colectivo. Se trata del “objetivismo solidarista” de Leon Duguit; el “institucionalismo jurídico”, de Maurice Hauriou; el “normativismo” de Hans Kelsen y el “espontaneismo jurídico-social”, de Ehrlich y Gurvitch. Todas estas corrientes prestaron especial atención al fenómeno del convenio colectivo.

Así, por ejemplo, Duguit, en su célebre conferencia sobre **Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón**, dictada en 1911 en Buenos Aires, decía que:

El contrato colectivo es una categoría jurídica absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales del Derecho Civil. Es una convención-ley que regula las relaciones de dos clases sociales. No es un contrato que produzca obligaciones especiales, concretas y temporales entre dos sujetos de Derecho. Es una ley que establece relaciones permanentes y duraderas entre dos grupos sociales; el régimen legal según el cual deberán pactarse los contratos individuales entre los miembros de estos

¹⁵Cfe. GALLART FOLCH, 2000, p. 91-ss. También ver: DE FERRARI, 1964, p. 377-ss., y DE LA CUEVA, M., 1973, p. 401-ss.

grupos. He ahí el verdadero punto de vista. He ahí cómo se podrá resolver la dificultad y hacer la teoría jurídica del contrato colectivo.¹⁶

Por su parte, Hauriou, al concebir la noción de la **institución**, reconocía que ciertos “poderes organizados”, que no necesariamente pertenecen al Estado, pueden tener la capacidad de crear Derecho (HAURIOU, 1968, p. 48; GALLART FOLCH, 2000, p. 100-ss.). A partir de estas ideas de Hauriou, otros autores franceses **institucionalistas**, como Cuhe y Gounot¹⁷, hablaron del convenio colectivo como una “institución-regla” o se refirieron al instrumento como el estatuto de una institución cuya base social es la agrupación productora.

Hans Kelsen opinaba que el convenio colectivo debía ser ubicado en un grado intermedio entre acto individualizado y ley (acto normativo), “no sólo porque estatuyen normas generales bajo la forma convencional, sino también porque el principio de la autonomía típico para el acto jurídico, es en ellos francamente relegado a un segundo plano por el principio de la heteronomía, característico de la ley” (la expresión autonomía se toma en sentido que sólo alcanza a los pactantes y heteronomía, como creación de reglas que alcanzan a terceros). El maestro vienés agregaba, además que, entre el convenio colectivo y la ley,

[...] la diferencia es mínima. La convención colectiva aseméjase profundamente a la ley. Ello significa que lo que predomina en esta clase de convenios no es el principio de autonomía, sino el principio de la heteronomía, específico de la ley.¹⁸

Algunas teorías pretendieron explicar la naturaleza normativa del convenio colectivo señalando que la misma deriva de un reconocimiento estatal (**teoría de la ley delegada, teoría del reglamento administrativo** etc.). Al respecto, Gallart Folch sostenía que era un error:

¹⁶En el caso de Gurvitch, señalaba que el reconocimiento de diversos órdenes jurídicos no era sino la confirmación de la soberanía jurídica de los grupos globales. El convenio colectivo pertenece al grupo de los ordenamientos intermedios de derecho social autónomo, pero con tutela estatal, lo que no supone, sin embargo, su inserción en el sistema de fuentes estatales, sino en el sistema constitucional pluralista de fuentes formales del Derecho (Cfe. MONEREO PÉREZ, 2000, p. LVI y ss.). También ver SINZHEIMER, 1934b.

¹⁷Respectivamente: *Manifestations nouvelles d'autorité dans la vie sociale par le développement de l'Institution*. Compte rendu de la Semaine Social de Lyon, París, 1925 y *L'autonomie de la volonté. Contribution a l'étude critique de l'individualisme juridique*, París, 1912. Ambos citados por GALLART FOLCH, 2000, p. 102.

¹⁸KELSEN, 1975, p. 81-ss., cit. por MONEREO PÉREZ, 2000, p. LI. (El contrato y el tratado analizados desde la teoría pura del Derecho, México, Ed. Nacional, 1943, reimp. 1974), p. 145 y ss., cit. por MONEREO PÉREZ, 2000, p. LII-ss.

[...] creer que el Estado o la administración pública confieran a los organismos sindicales, patronales y obreros, el poder normativo en virtud del cual éstos pueden regular, por mutuo acuerdo, las condiciones de trabajo dentro de una profesión u oficio.

Para advertir dicho error, dice el autor, “no hay más que recordar el proceso evolutivo de las convenciones colectivas [...]” y al respecto sostenía que:

[...] puede sentarse, sin temor a rectificación, la tesis siguiente: no es que los sindicatos patronales y obreros empezaran a regular las condiciones de trabajo en la profesión u oficio el día que recibieron ese encargo o delegación del Estado, sino que el Estado reconoció el valor jurídico normativo en las convenciones intersindicales cuando esta actividad era ya una realidad indiscutible. (GALLART FOLCH, 2000, p. 121).

El propio Gallart cita a Georges Scelle, cuando éste expresa:

Si analizamos con criterio realista las cosas constataremos que cada rama de la industria, cada fábrica, cada taller, se presenta como una especie de pequeña comunidad y persigue un fin social: una producción determinada. Cada uno de estos cosmos, pequeño o grande, tiene su organización propia, sus autoridades, su jerarquía, sus leyes, sus sanciones. En él tuvimos mucho tiempo una autoridad única: el patrono. Esa forma monárquica de la institución tiende a desaparecer por la participación de los gobernados en el poder. El grupo profesional participa en el régimen social de la empresa y todo eso se concreta en un instrumento convencional que apodan contrato colectivo, pero que es toda otra cosa que el contrato colectivo, pues es el conjunto de reglas que presiden a la producción, en una fábrica, en una industria, a veces en toda una rama de actividad del país. (SCELLE, 1920, p. 27, cit. por GALLART FOLCH, 2000, p. 121).

4 LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO VALOR OBJETO DE TUTELA Y UBICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EN EL SISTEMA DE LAS FUENTES

Los ordenamientos jurídicos han jerarquizado hoy la protección de la negociación colectiva, así como la posibilidad de

desarrollarla en forma libre y plena, definiéndola como un valor o **bien jurídico** que ha alcanzado a constituirse en objeto de tutela jurídica privilegiada.

Por una parte, está indisolublemente asociada a la libertad sindical, que es su antecedente indispensable y a la que, a su vez, está en condiciones de retribuir como elemento potenciador de su efectiva vigencia y profundización. Así es reconocido en el Convenio Internacional de Trabajo 98, sobre derecho de sindicación y de negociación colectiva¹⁹; de tal suerte que sólo es posible concebir una negociación colectiva auténtica donde previamente esté asegurado el pleno reconocimiento de la libertad sindical.

Por otra parte, el reconocimiento y amparo del derecho de huelga representa la consagración de un respaldo elemental para la existencia de la negociación colectiva, al constituirse a su respecto, en un factor de coercibilidad, que posibilita, no solamente que esta última pueda comenzar en cuanto proceso, sino también, que pueda culminar como tal, eventualmente a través de la celebración de un convenio colectivo²⁰.

Tal es la importancia que la **conciencia jurídica global** les reconoce a estos valores, que la Declaración sobre Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento (adoptada en 1998 por la 86ª Conferencia General de la OIT), incluye “a la libertad de asociación y a la libertad sindical y al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva” dentro de la nómina de principios y derechos fundamentales²¹ que los Estados Miembros de la Organización (por el mero hecho de serlo y con independencia de que hayan o no ratificado los instrumentos que específicamente los consagran), se obligan a respetar, promover y hacer realidad de buena fe.

Esto significa que la negociación colectiva (que a estos efectos, naturalmente, debe considerarse comprensiva de la posibilidad de culminarla mediante la celebración de un convenio colectivo) es concebida en la actualidad formando parte de un esquema de valores superiores, inherentes a la condición humana, cuya trascendencia determina que su vigencia y eficacia plena no pueda depender del efectivo ejercicio por parte de los Estados de un acto de soberanía (como lo es la **ratificación** de

¹⁹Art. 4: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

²⁰La relación existente entre la negociación y la huelga es ilustrada muy gráficamente por Ulrich Zachert, quien a tales efectos recurre a un pronunciamiento del Tribunal Federal del Trabajo alemán: “Negociaciones colectivas sin derecho de huelga en general no serían otra cosa que un mendigar colectivo.” (ZACHERT, 1993, p. 137).

²¹Dicha nómina se completa con la eliminación del trabajo forzoso, la abolición efectiva del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación.

los convenios internacionales de trabajo que los consagran), sino que en todo caso deben ser objeto de aplicación inmediata y automática²².

Es así que los mismos institutos que, según se indicó más arriba, fueron penalizados en el pasado, en la actualidad han mutado notablemente su situación, al punto de pasar a ser considerados bienes jurídicos fundamentales, identificados como elementos esenciales para la conformación de una estructura social sana y plural, condición básica para el sustento de una democracia verdadera²³ y cuyo amparo ha alcanzado el rango de derecho humano fundamental²⁴. En este estado, vuelven a aparecer en diversos ordenamientos del Derecho comparado, tipos penales referidos a las cuestiones laborales colectivas, aunque, naturalmente, asumiendo ahora un rol exactamente inverso al que desplegaban poco más de un siglo atrás, al sancionar las conductas que desconocen o pretenden obstaculizar el pleno desarrollo y vigencia de los mismos, ahora considerados merecedores de tutela jurídica superlativa²⁵. De este modo, se les ubica como:

²²Estas referencias adquieren especial importancia a la luz de lo establecido en el artículo 1º de la ley n. 18.508, del 26 de junio de 2009 (sobre negociación colectiva en el sector público) y, asimismo, en el artículo 1º de la ley n. 18.566, del 11 de setiembre de 2009 (sobre negociación colectiva en el sector privado), que disponen que el sistema de ambas leyes también se inspira en los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos.

²³ERMIDA URIARTE, 1974, p. 66-67, y del mismo autor, 1985, p. 69.

²⁴Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 22), Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8), Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 15), Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre (artículo 11), Carta Social Europea, Declaración de la OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (86ª sesión de la Conf. General, junio de 1998); Declaración Sociolaboral del Mercosur (arts. 8 a 13), Proyecto de Constitución europea (por ej.: Parte II, Título IV, art. II-88). Al respecto ver: ERMIDA URIARTE; VILLAVICENCIO RÍOS, 1993, p. 79-80; PLÁ RODRÍGUEZ, 1962, p. 185; IBÁÑEZ, 1973, p. 627-ss.; GARMENDIA, 1994; VV.AA., 2002.

²⁵En España, el Código Penal de 1995 (Ley Orgánica 10/95) dedica el Título XV (artículos 311 a 318) a los delitos "contra los derechos de los trabajadores" y dentro de éstos incluye la protección penal del principio de autonomía colectiva y de las reglas de actuación colectiva. Cfe. BAYLOS; TERRADILLOS, 1990, p. 31, y NARVÁEZ BERMEJO, 1997, p. 13. En Italia también son tipificados diversos ilícitos penales, tanto en el Código Penal como en el Statuto dei Lavoratori, entre los cuales resalta el delito consagrado en el art. 28, ord. 4 del Statuto, que se remite al art. 650 del C. Penal y sanciona al empleador que no acata la orden judicial de cesar su comportamiento antisindical y remover sus efectos (PERA, 1995, p. 607-ss.; GHEZZI; ROMAGNOLI, 1987, p. 290). En Francia, se tipifica el *délit d'entrave* (delito de traba u obstaculización, L. 482-1), que se configura ante cualquier acción u omisión en que incurra el empleador que provoque trabas en la libre designación o ejercicio del mandato de los representantes de los trabajadores. La sanción consiste en una pena de prisión (de dos meses a un año) o multa pecuniaria (Cfe. JAVILLIER, 1988, p. 327-328). En América Latina, puede mencionarse por ejemplo el caso Brasil, donde el Código Penal incluye un capítulo titulado "Dos crimes contra a organização do trabalho" (artículos 197 a 207) que contempla tipos penales que, en algunos casos parecen tener por finalidad la protección de la actividad económica o de la denominada "libertad sindical negativa" (por ejemplo: "atentado contra la libertad de trabajo" - art. 197, "atentado contra la libertad de contrato de trabajo y boicot violento" - art. 198, "paralización del trabajo, seguida de violencia o perturbación del orden" - art. 200, "paralización de trabajo de interés colectivo" - art. 201, "invasión de establecimiento

[...] un núcleo esencial de derechos e intereses que el ordenamiento laboral debe intentar preservar, también mediante el instrumento que le suministra al Estado la tutela penal. (BAYLOS; TERRADILLOS, 1990, p. 34).

En cuanto al convenio colectivo, si bien todavía no ha dejado de ser un tema controversial y continúa planteando “[...] un problema para la teoría general de las fuentes en Derecho, con independencia de la recepción concreta o específica de las instituciones colectivas en el ordenamiento estatal” (MONEREO PÉREZ, 2000, p. XXXVIII), parece estar bastante asentada su conceptualización como una norma jurídica que reconoce origen y fundamento autónomo del poder normativo del Estado.

Con preclara visión, en las primeras décadas del siglo pasado, Gallart Folch hacía hincapié en esa característica autonomía del convenio colectivo, que es resultado de su propio origen histórico. “Las convenciones colectivas de normas de trabajo [...]”, decía el autor,

[...] no nacieron por iniciativa del Estado y de la administración pública, sino como resultado de una actividad sindical al principio perseguida y luego sólo tolerada por el Estado. Esta regulación de condiciones de trabajo, tan precariamente nacida, fue ignorada durante mucho tiempo por la ley. Cuando la importancia de este fenómeno normativo espontáneo reclamó ineludiblemente la atención los hombres de gobierno, las legislaciones empiezan a ocuparse de él, en general, en forma muy incompleta, y sólo algunas planteándolo y tratándolo de resolver en toda su amplitud. Por eso puede sentarse, sin temor a rectificación, la tesis siguiente: no es que los sindicatos patronales y obreros empezaran a regular las condiciones de trabajo en la profesión u oficio el día que recibieron ese encargo o delegación del Estado, sino que el Estado reconoció el valor jurídico-normativo de las convenciones intersindicales cuando esta actividad era ya una realidad indiscutible. (GALLART FOLCH, 2000, p. 121).

Y, precisamente, atendiendo a este particular nacimiento, es que el mismo autor señalaba el error de:

industrial, comercial o agrícola. Sabotaje” - art. 202) y en otros parece buscarse la tutela de la libertad sindical (por ejemplo: “atentado contra la libertad de asociación”, del art. 199), cfe. NASCIMENTO, 2002, p. 648. En el caso de Argentina, se ha indicado que si bien el Código Penal contempla diversas formas de punición en tanto se atente contra la vida, la integridad física, la honra, la libertad etc., de los trabajadores; en cambio no se han adoptado en ningún caso tipos o figuras especiales que contemplen específicamente su condición de tales (Cfe. ARESE, s. d.).

[...] tratar de estudiar y, consecuentemente, de explicar el fenómeno jurídico social de arriba abajo, cuando el estudio debió hacerse y la explicación debió intentarse de abajo a arriba. (GALLART FOLCH, 2000, p. 120).

El ordenamiento laboral se consolidó, así, como un **sistema complejo de normas** que reconocen fuentes diversas, algunas **heterónomas**, es decir, originadas en la autoridad estatal y otras **autónomas** o **extra estatales**, que parten de la premisa de la existencia de una potestad normativa que tiene origen en el **cosmos** de cada unidad productiva, que en sus orígenes fue acaparada por el patrono y que luego adoptó la forma de un instrumento convencional que se consagra las reglas que rigen el desenvolvimiento del trabajo²⁶.

En buena medida, el Derecho del Trabajo y, en particular, el convenio colectivo, tomaron la forma de ariete que arremetió contra las doctrinas que sólo reconocían al Estado la capacidad de producir normas jurídicas y contribuyeron a abrir una brecha que hoy ha adquirido dimensiones bastante más amplias, para abarcar prácticamente a la totalidad del universo del Derecho, tal como señala Ferrajoli (2004, p. 28-ss.).

El reconocimiento de la autonomía del convenio colectivo no significa, empero, que sea correcto sostener que posea una existencia autárquica respecto del sistema normativo estatal. En realidad, ambos sistemas pueden asumirse como integrados en un sistema constitucional unitario, erigido, no ya a partir de elementos de tenor meramente formal, sino sobre la base de:

[...] un conjunto de principios y valores constitucionales superiores, sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio. (ZAGREBELSKY, 1995, p. 40-ss.).

El orden para aquel complejo sistema jurídico laboral quedó pautando sobre la base de que las normas estatales habrían de conformar una red protectora y de garantías mínimas, indisponibles a la baja, en tanto que las normas convencionales tradicionalmente tuvieron adjudicado el rol

²⁶Gallart Folch explicaba el origen de esa “regulación bilateral espontánea” citando a Georges Scelle, cuando éste señalaba que “[...] cada rama de la industria, cada fábrica, cada taller, se presenta como una especie de pequeña comunidad y persigue un fin social: una producción determinada. Cada uno de estos cosmos, pequeño o grande, tiene su organización propia, sus autoridades, su jerarquía, sus leyes, sus sanciones. En él tuvimos mucho tiempo una autoridad única: el patrono. Esta forma monárquica de la institución tiende a desaparecer por la participación de los gobernados en el poder. El grupo profesional participa en el régimen social de la empresa, y todo eso se concreta en un instrumento convencional que apodan contrato colectivo, pero que es toda otra cosa que el contrato colectivo, pues es el conjunto de reglas que presiden a la producción, en una fábrica, en una industria, a veces en toda una rama de actividad del país.” (SCELLE, 1920, cit. por GALLART FOLCH, 2000, p. 121).

de asumir la forma de instrumentos de progreso continuo de los beneficios de los trabajadores, mediante la superación negociada de los niveles mínimos establecidos por las normas heterónomas. Sin embargo, la historia y las coyunturas se han encargado de ir mutando los roles normativos asumidos por unos y otros, dando la razón a la aguda puntualización de Monereo, cuando señala que “La figura del convenio colectivo no tiene naturaleza inmanente, porque nada en él es invariable. En vez de naturaleza tiene Historia.” (MONEREO PÉREZ, 2000, p. XXIII).

5 REFERENCIAS

ARESE, César. **Derecho penal del trabajo y la seguridad social**. Unidad Primera. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. CD-ROM. [S. d.].

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista**. Montevideo: FCU, 2009.

BAYLOS GRAU, Antonio; TERRADILLOS, Juan. **Derecho penal del trabajo**. Madrid: Trotta, 1990.

BERTOZZO, Matthieu. Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 ou la matérialisation des idées libérales de la révolution française. **Revue Générale du Droit**, n. 19932, 2015. *On-line* en: <www.revuegeneraledudroit.eu/?p=19932>.

BIT. **Études et documents**. Serie N, Statistiques, núm. 12. [S. d.].

BRUN, André; GALLAND, Henri. **Droit du travail**. 2. ed. T. I. París: Sirey, 1978.

CAMERLYNCK, G. H.; LYON-CAEN, G. **Derecho del trabajo**. Trad. de la 5. ed. francesa. Madrid: Aguilar, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di diritto industriale: teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro**. Padova: A. Milani, 1927.

DE FERRARI, F. **Lecciones de derecho del trabajo**. T. IV. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1964.

DE LA CUEVA, Mario. El contrato colectivo en la nueva ley federal de trabajo de México. **Estudios en memoria de Francisco De Ferrari**. Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1973.

DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. 19. ed. T. I. Ciudad de México: Porrúa, 2003.

DURAND, Paul; JAUSSAUD, R. **Traité de droit du travail**. T. I. París: Dalloz, 1947.

ERMIDA URIARTE, Oscar. El papel de los sindicatos en las sociedades democráticas. **Derecho Laboral**, t. XVII, Montevideo: FCU, 1974.

ERMIDA URIARTE, Oscar. **Sindicatos en libertad sindical**. Montevideo: FCU, 1985.

ERMIDA URIARTE, Oscar; VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. El Comité de Libertad Sindical. **Derecho Laboral**, t. XXXVI, Montevideo, FCU, 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

GALLART FOLCH, Alejandro. **Las convenciones colectivas de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española**. Granada: Comares, 2000.

GALLINAL, Gustavo. Últimas transformaciones de la legislación del trabajo en Francia. **Ensayos**, n. 15, Montevideo, set. 1937.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. La empresa y sus mutaciones desde la perspectiva del derecho del trabajo. **Derecho Laboral**, n. 229, Montevideo, FCU, enero-marzo 2008.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. La protección en el goce de la libertad sindical individual. **Cuadernos de la Facultad de Derecho**, segunda serie, n. 21, 7 Estudios de Derecho Colectivo del Trabajo, Montevideo, FCU, 1994.

GHEZZI, Giorgio; ROMAGNOLI, Umberto. **Il diritto sindacale**. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1987.

HAURIOU, Maurice. **La teoría de la institución y de la fundación**. Ensayo de vitalismo social. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

IBÁÑEZ, Manuel. La libertad sindical y los derechos humanos. **Derecho Laboral**, t. XVI, Montevideo: FCU, 1973.

JAVILLIER, Jean Claude. **Manuel de droit du travail**. 2. ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988.

KELSEN, Hans. **Las transformaciones del derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

LOTMAR, Philipp. Contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro. **Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali (DLRI)**, n. 22, Milano: Franco Angeli, 1984.

MONEREO PÉREZ, José Luis. **Teoría jurídica del convenio colectivo**: su elaboración en la ciencia de derecho. Estudio preliminar al libro de Gallart Folch - Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española. Granada: Comares, 2000.

NARVÁEZ BERMEJO, Miguel A. **Delitos contra los derechos de los trabajadores y la seguridad social**. Valencia: Tirant lo Blanch, Colección Laboral, 60, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 28. ed., São Paulo: LTR, 2002.

OLSZAK, Norbert. **Histoire du droit du travail**. Paris: Economica, 2011.

PALACIOS, Alfredo L. **El nuevo derecho**. Buenos Aires: Lajouane & Cía., 1920.

PERA, Giuseppe. **Diritto del lavoro**. 5. ed. Milán: Cedam, 1995.

PIROU, Gaëtan. Les problemes de contrats collectifs de travail en France. **Revue Internationale du Travail**, v. V, Genève: Bureau international du travail, 1922.

PLÁ RODRÍGUEZ, A. Convenios internacionales sobre libertad sindical. **Derecho Laboral**, t. XIII, Montevideo: FCU, 1962.

SALEILLES, R. Note sur le contrat collectif du travail. **Bulletin de la Société d'études législatives**, n. I, Paris: Arthur Rousseau, 1908.

SCELLE, Georges. La loi de huit heures. **Revue politique et parlementaire**, Paris: Colin, 1920.

SIMITIS, Spiros. La legge Le Chapelier tra storia e attualità. **Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali (DLRI)**, n. 48, Milano: Franco Angeli, 1990.

SINZHEIMER, Hugo. La théorie des sources du droit et le droit ouvrier. **Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**. 1934-1935. Travaux de la première session. Le problème de sources du droit positif, Paris: Recueil Sirey, 1934a, p. 72-81.

SINZHEIMER, Hugo. Teoría de las fuentes del derecho y el derecho obrero. **Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**. 1934-1935. Travaux de la première session. Le problème de sources du droit positif, Paris: Recueil Sirey, 1934b. Traducido por la Dra. María Inés Capucho.

VV.AA. **Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur**. Asociación Argentina de Derecho del Trabajo. Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002.

ZACHERT, Ulrich. Autonomía de los sindicatos e intervención en la negociación colectiva. OJEDA AVILÉS, Antonio; ERMIDA URIARTE, Oscar (Ed.). **La negociación colectiva en América Latina**, Madrid: Trotta, 1993.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madrid: Trotta, 1995.

**UNA VISIÓN DE LA 105ª CONFERENCIA
INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT
(Mayo 30 a Junio 12 de 2016)**

**A VISION OF THE 105th INTERNATIONAL LABOUR
CONFERENCE ILO (May 30th to June 12th, 2016)**

MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa*

Resumen: En los últimos años, con el fin de compartir una experiencia tan enriquecedora como es la participación en este evento, el más importante a nivel mundial que se ocupa del mundo del trabajo y de la seguridad social, cada vez más complicado por los fenómenos de cambios demográficos, nuevas formas de trabajo, su oferta, ejecución del mismo, el avance inusitado de las altas tecnologías, la segmentación de las empresas, la externalización de bienes y servicios que implementan la competitividad, frente a la cada vez mayor exigencia de un mejoramiento de la educación y la creatividad, se efectúa este ejercicio que resalta el papel de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, en el panorama del mundo del trabajo y dar a conocer los resultados relevantes de la Conferencia.

Palabras clave: Visión. Centésima Quinta Organización.

*Doctora en Derecho y Ciencias Políticas UGC. Especializada en Derecho Laboral, Seguridad Social, Normas Internacionales del Trabajo y Derechos Humanos de Universidades europeas y latinoamericanas. Desde 1989 asiste como Consejera Técnica Asesora del Sector Empleador a la OIT, Presidenta del Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social e ILERA Colombia. Asesora empresarial y consultora laboral Conferencista nacional e internacional coautora de 20 libros colectivos, par internacional de Revistas indexadas. Profesora invitada a Universidades Latinoamericanas y Europeas ha publicado innumerables artículos para Revistas Nacionales e Internacionales especializadas. Profesora Investigadora de la UGC. Doctora *Honoris Causa* de la Universidad López Freire de Nicaragua entre otros. Miembro de Consejos Científicos de Redes Internacionales de Investigación Cielo, RID, Fundación Marco Biagi, Miembro del Comité de Laboralistas de la Andi, entre otros.

1 FUNDAMENTO TEÓRICO

El testimonio de quien participó en la 105ª Conferencia Internacional del Trabajo con el aporte en físico de los documentos producidos en la misma y citados para su consulta directa en la página *web* de ILO.

2 METODOLOGÍA

Se ha utilizado la observación directa y el estudio de campo llevado a cabo por la autora del documento.

3 INTRODUCCIÓN

Superada la crisis en la cual estuvo sumergida la Organización Internacional del Trabajo, desde Junio de 2012 hasta Febrero de 2016, que no permitió que la Comisión de Aplicación de Normas cumpliera su cometido pero que también puso de relieve la necesidad urgente de revisar los procedimientos y las estructuras anquilosadas que hacían de la OIT una organización paquidérmica y de poca credibilidad por haberse quedado en el tiempo, lo que se había repetido en muchas ocasiones y que, gracias a la reafirmación de la importancia de la institución del tripartismo, característica de la misma por ser única y propia de esta organización y del Diálogo Social, la realización de la 105ª Conferencia de este año quedó garantizada para realizar los trabajos de su competencia como efectivamente aconteció.

Como es costumbre, para sus debates se inscriben informes de oficio, pero además informes para discusión recurrente que darán origen a resoluciones, declaraciones, recomendaciones y convenios como instrumentos internacionales de la OIT que los 187 Estados Miembros de hoy deberán adoptar, ratificar según el caso, aplicar y además vigilar e informar sobre su aplicación de manera periódica.

Cuenta la OIT con un sistema de publicaciones que hoy frente a las tecnologías de la comunicación, cada vez más sofisticadas, estas se conocen a través de las páginas especializadas de dicha organización y de acceso público no restringido.

4 INFORMES INSCRITOS PARA DISCUSIÓN

Fue así como del 30 de Mayo al 12 de Junio con una asistencia récord, más de cinco mil delegados inscritos, quienes formaron parte de

las diferentes Comisiones establecidas para debatir sobre informes I, II, III, del Presidente del Consejo de Administración, presupuesto y otras cuestiones, informe y memorias sobre la aplicación de los convenios y recomendaciones (puntos inscritos de oficio):

IV. El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro - discusión general;

V. Trabajo decente para la paz, la seguridad y la resiliencia ante los desastres. Revisión de la Recomendación 71 de 1944 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz), elaboración de normas, primera discusión conforme al procedimiento de doble discusión, la Conferencia podrá adoptar una norma internacional del trabajo en dos reuniones en periodos de dos años;

VI. Evaluación de las repercusiones de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008;

VII. Cuestiones marítimas:

- Aprobación de las enmiendas al Código del Convenio sobre el trabajo marítimo;

- Adopción de las enmiendas a los anexos del Convenio sobre documentos de identidad de la gente de mar (Convenio 185 revisado en 2003).

Bajo este esquema se instalaron las Comisiones sobre las cuales tomaremos las de más impacto en la vida nacional por sus efectos mediatos y a largo plazo y la que constituye el eje central de la Conferencia porque sesiona anualmente durante el periodo de duración señalado y en donde los Estados Miembros escogidos en la llamada lista corta (este año 24), deben presentar los informes respectivos para explicar sobre el no cumplimiento de los Convenios ratificados o los incumplimientos sobre tareas asignadas en Conferencias anteriores.

5 COMISIÓN DE APLICACIÓN DE NORMAS¹

Es el primer Órgano de Control con que cuenta la OIT junto con la Comisión de Expertos son los pilares de los órganos de control de la Organización.

Instituida en 1926 sesiona una vez al año durante el desarrollo de la Conferencia y se ocupó esta vez del Tercer punto del orden del día: informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones.

¹Conferencia Internacional del Trabajo, Informe Comisión de Aplicación de Normas C.APP/D.4Add, 1.

La Comisión examinó 24 casos individuales, la Comisión de Expertos CEACR escoge 45 casos de incumplimiento esta lista revisada por el Consejo de Administración se somete a la Comisión para su adopción después del examen de los Grupos de Empleadores y Trabajadores. Los criterios de selección deben ser el reflejo de varios elementos (11) como naturaleza, gravedad, urgencia, calidad de las respuestas, impacto equilibrio entre los convenios, geográfico y países en vía de desarrollo y desarrollados, entre otros.

La lista final debe adoptarse al comenzar las labores no más tarde de la segunda sesión de la CACR.

Sesiona en la Sala de Asambleas, de manera tripartita para examinar los casos individuales seleccionados que podemos agrupar de la siguiente manera².

Por los Convenios 29, sobre trabajo forzoso, países invitados: Belarús y Mauritania.

Por el Convenio 87, sobre derecho de asociación y libertad sindical, donde se aprecia el mayor volumen de países invitados (10): Bangladesh, Camboya, El Salvador, Guatemala, Indonesia, Kazajstán, México, Filipinas, Reino Unido, Swazilandia.

Vale la pena acotar que de estos 10 casos sólo 3 corresponden a América Latina, lo que ha ameritado que se califiquen como países en avance los que ya no son citados a la Comisión.

Con respecto al Convenio 98, sobre negociación colectiva, con 5 casos de análisis - Ecuador, Irlanda, Malasia, Mauricio, Zimbabwe -, de los cuales el de Ecuador corresponde a América Latina, lo que se analiza como un sensible avance en la erradicación de casos de violación a estos Convenios que habían sido tan recurrentes como abundantes en las sesiones de la Comisión de Aplicación de Normas, y conforme al concepto de CEACR (Comisión de Expertos) y del Comité de Libertad Sindical.

En cuanto al Convenio 105 sobre la abolición de trabajo forzoso, Turkemistan fue invitado a responder como único caso.

Con respecto al Convenio 111, concerniente a la discriminación en el empleo profesional, la República Checa, así como Qatar presentaron sus respectivos informes.

En el Convenio 122, sobre la política de empleo, y por lo cual la República Bolivariana de Venezuela fue citado único caso y latinoamericano.

Para responder sobre el Convenio 138, con referencia a la edad mínima, e igualmente como único caso a responder por Nigeria. Este país no compareció pues no contó con la presencia de representante.

²OIT, Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2016(1). Informe III, Parte A. Impreso por la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

Convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, Honduras fue convocado como único caso latinoamericano, y por último, por el Convenio 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, Madagascar debió presentar su informe.

Para el total de 24 países invitados, como lo anotamos al comienzo de esta lista, 6 únicamente fueron latinoamericanos, lo que señala que se avanza en el cumplimiento de los compromisos que se desprenden de la adopción de los Convenios y su ratificación, lo que necesariamente redundará en unas mejores relaciones laborales y paso afianzado hacia la justicia social.

Los empleadores dejaron constancia de su decepción por no haber sido incluido en la lista de casos ninguno en progreso constatados como lo establece el artículo 7 del Reglamento de la Conferencia³.

Vale la pena anotar que fueron suspendidas varias disposiciones de este Reglamento en el pasado CIT⁴.

6 MEMORIA DEL DIRECTOR GENERAL⁵

Anualmente el Director, como una de sus obligaciones, en este caso el Señor Guy Ryder, posesionado en 2012, quien ya presentó su candidatura para ser reelecto para otro período de cinco años, sometió a discusión por parte de los Delegados de los tres sectores en la Sala de Asambleas de la ONU su Memoria con el título de **La iniciativa para poner fin a la pobreza: la OIT y la Agenda del 2030**. Presentando también su **Informe sobre la Aplicación del programa 2014-2015**.

Por su importancia para el mundo del trabajo al cual se viene refiriendo desde la 18ª Reunión Regional de las Américas en Octubre de 2014 en Lima, se destacan los temas más importantes y con un carácter programático se hace referencia a los más relevantes:

- destacó la importancia del Parlamento Mundial del Trabajo como se le denomina actualmente a la Conferencia, señalando el cumplimiento de los 100 años de fundación como escenario utilizado por los actores del mundo del trabajo, hoy conformado por 187 Estados Miembros, para dialogar y generalmente llegar a consensos, logro nada fácil, dadas las diversidades que se viven en todo el mundo;

³OIT, Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo ILO. En: <[http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc-so.htm#Article 7](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc-so.htm#Article%207)>.

⁴OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 2, 105ª reunión, Ginebra mayo/junio de 2016.

⁵OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 7, 105ª reunión, Ginebra mayo/junio de 2016, Lunes 30 de Mayo de 2016, Primera sesión.

- menciona la transformación de la Conferencia y su reducción a dos semanas de duración (antes sesionaba durante tres semanas, pero el año pasado aprovechando la coyuntura del Campeonato Mundial de Fútbol se redujo a dos) haciéndola más eficiente según afirma y ahorrando costos;

- sobre esa afirmación se podría argumentar que las excesivas y agotadoras sesiones de trabajo de 12, 15 y más horas que incluyen sesiones en días sábados e inclusive domingos, cuestionan esa disminución de una semana y que inclusive los trabajadores de OIT la cuestionan por las horas adicionales en la jornada laboral especialmente para los intérpretes y redactores. Esto debe evaluarse detenidamente;

- al referirse a la pertinencia de los temas es evidente que sobre todo los propuestos para esta Conferencia lo fueron, no obstante, y ante los fenómenos demográficos de las migraciones laborales que se observan en el mundo debió ser materia de estudio en una Comisión;

- en cuanto al desafío de lograr el máximo de resultados en plazos mínimos si bien se observan avances es preciso generar mucha más acción;

- es en esta parte de su intervención donde centrándose en la reafirmación del contexto de un mundo del trabajo que vive grandes cambios, radicales, rápidos y transformadores que para unos significan oportunidades, para otros generan inseguridad frente a la alteración innovadora de la vida productiva pero para otros genera inseguridad y que podrían permitir el aumento de desigualdades, ya elevadas acentuando la peligrosa polarización de nuestras sociedades pero es evidente que el no encontrar el justo medio conllevaría la insostenibilidad perjudicial, para ambos sectores.

Este documento que puede ser consultado fácilmente a través de **Ilolex** o **Normlex** al alcance de todos, se convierte en un instrumento muy útil para reflexiones profundas y propuestas viables que abran paso a esta encrucijada y que se recomienda realizar este ejercicio a la brevedad posible por parte de los estudiosos amantes del derecho del trabajo y de la seguridad social.

Hay por tanto, dice el Director General que asumir las responsabilidades que nos competen desde el mandato de la justicia social de la OIT a los interlocutores del tripartismo. Este llamado resulta por demás conducente porque existe la tendencia de dejar en manos de otro lo que es nuestra innegable obligación. Esto hay que entenderlo y asumirlo para la obtención de los logros propuestos.

La noticia de que 115 Estados Miembros ya han emprendido procesos nacionales para afrontar la primera fase de la iniciativa planteada por él desde 2014 en Lima, del futuro del trabajo, lo que se incorporará en la Comisión Mundial de Alto Nivel sobre el Futuro del Trabajo a realizarse y resulta de significativo avance en los objetivos propuestos.

Es preciso seguir esos procesos, estar al tanto de los avances y qué podemos asimilar para nuestro país tan urgido de soluciones frente a los retos inconmensurables que está asumiendo.

Destaca la importancia entre las iniciativas del Centenario ésta, denominada la iniciativa verde que obedece a la urgencia de la sostenibilidad ambiental en el futuro del trabajo, así como la propuesta de las mujeres en el trabajo obteniendo la anhelada igualdad de género.

Esto lleva a anotar adicionalmente que parte de esa desigualdad la produce el cada vez mayor aumento de la violencia intrafamiliar que para erradicarla es preciso encarar el problema y buscar fórmulas contundentes y de permanencia en el tiempo y el espacio.

Explica en su intervención la inclusión del tema de las cadenas de suministro sobre las cuales se hará una referencia especial en este trabajo, no solamente por su importancia sino por el cambio que representa en el mundo del trabajo y sin que sea un fenómeno nuevo y mucho menos no tratado con antelación.

Este tema despertó el mayor interés de los asistentes a la Conferencia y como caso anecdótico y especial se inscribieron en la Comisión 450 participantes que obligó a que sus sesiones se realizaran en Salas de Asamblea con capacidad mayor de ocupantes.

Al seguir muy de cerca lo que allí estaba aconteciendo y los puntos álgidos de la discusión, salieron a flote temas como el de la tercerización, derecho de asociación sindical y negociación colectiva inclusive en el marco internacional la posibilidad de Convenios Multinacionales frente a la urgente necesidad de cumplir con los parámetros del trabajo digno o decente.

Quedó para discusión en 2017 con miras a un instrumento que puede ser una Recomendación ya que en la Resolución que se adoptó quedaron claramente esbozadas las bases de un debate muy sensible con muchísimas aristas que los sectores asimilaron perfectamente y los llevará a prepararse convenientemente para las sesiones del año próximo.

Consolidados estos temores en el Curso adelantado por el Centro de Formación de la OIT en Turín, del 20 al 25 sobre la Sostenibilidad de las Cadenas de Suministro desde la reafirmación del Trabajo Decente, indican claramente que los años venideros plantearan muchos debates, pero que se recomienda de antemano no seguir construyendo instrumentos internacionales, 189 Convenios y 204 Recomendaciones, sin contar con informes suficientes sobre su efectividad se considera que las acciones deben encaminarse a establecer su aplicación y pertinencia. Facilitar el procedimiento de Denuncia de los Convenios inactivos y la revisión y actualización de los que se encuentran relacionados con los temas del momento antes de pensar en construir desde la OIT nuevas normas.

Surgen entonces consideraciones y como paréntesis a la presentación de la Memoria del Director y con respecto al papel de la OIT que se ha ocupado de todo en materia del trabajo y seguridad social pero sus instrumentos y actividades permanecieron sin despertar interés hasta hace quince años cuando los jueces y magistrados a raíz de la invitación de la organización a los cursos sobre Normas Internacionales del Trabajo que se iniciaron a partir del año 2000 y a los cuales se extendieron invitaciones no solamente a los falladores sino a otros funcionarios públicos, docentes, asesores representantes gremiales y de trabajadores, porque se puede afirmar sin temor a equivocaciones que en nuestro país esas normas no eran muy conocidas a excepción de quienes tuvieran alguna vinculación con las Conferencias Internacionales del Trabajo o contactos con algunas de sus dependencias.

Fue entonces cuando empezaron a citarse los Convenios como fuente de derechos generando una superproducción de jurisprudencia, fomentando inercia del Poder Legislativo que espera lo que las Cortes digan. Especialmente la Corte Constitucional. La transformación del Derecho Colectivo ha sido producto de este fenómeno con aristas positivas y negativas.

Continuando, el Director General alude a la revisión de la Recomendación 71 de 1944 a raíz de la Segunda Guerra Mundial y que con circunstancias completamente diferentes puede ser un faro para los pueblos que enfrentan un sinnúmero de conflictos de diversa índole y matiz que los caracterizan y que por ello resulta tan difícil enmarcar en una situación definida, no obstante al establecer el Programa de Trabajo Decente, programa bandera de la OIT, que en este momento ha pasado a primer plano como instrumento de lucha contra la inequidad, que en el fondo ha sido origen de los grandes enfrentamientos que se viven en el mundo con las amenazas cada vez mayores de exterminio sin consideración alguna. Es por ello que esos procesos deben ante todo generar grandes dosis de confianza entre las partes que consoliden una viabilidad en el futuro, anotamos al margen.

Al referirse el Sr. Ryder, a otro de los instrumentos, adoptado por la OIT convocando para realizar la Evaluación de las repercusiones de la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008, que no se había sometido realmente a estudio después de 8 años de haberse adoptado.

Importante conocer esa evaluación y sobre todo que se tomen las acciones pertinentes para darle toda efectividad para el logro de las metas propuestas.

Se había dejado constancia de la ausencia del tema sobre las Migraciones Laborales que afectan el mundo entero. Por fortuna menciona el Director y acoge por su pertinencia y con gran satisfacción

que la Comisión de Expertos ha decidido para este año realizar un Estudio General sobre todos los Convenios sobre migración laboral que se aplaude por ser necesidad latente.

Que importante aporte podrían realizar los diferentes Departamentos de Investigación de nuestras Universidades que dirijan su actividad sobre este tema e inclusive hicieran llegar a la Comisión como contribución esos productos de investigación. Al dejar sembrada esta iniciativa se genera la confianza de ser acatada y puesta en práctica.

Insistir en el estudio y análisis de este documento, Memoria del Director, resulta más que aconsejable para un auditorio como el que nos rodea con la seguridad de que van a encontrar muchos temas de investigación que lleven a la formulación de propuestas muy concretas que son realmente las que marcan la trascendencia del mensaje que queremos dejar al compartir experiencias.

Frente a los desafíos que plantea el mundo del trabajo y los que señala el Director General se han fijado para el centenario a conmemorarse en el 2019 contenido en la Agenda 2030 frente a los inmediatos gestados en la 105ª Conferencia que marcan una senda y un reto para estar a la altura de las expectativas generadas pero que obligan a enfrentar el futuro con confianza y decisión.

Sobre la Agenda 2030, el Presidente de los grupos de empleadores y trabajadores manifestó que en ella:

[...] reconoce de manera firme y explícita el papel que desempeña el sector privado y la inversión privada como principales impulsores de la productividad, el crecimiento y el empleo y, por tanto, del desarrollo sostenible y la reducción de la pobreza.

Las referencias a los objetivos 8 sobre empresas sostenibles, al 17 sobre alianzas públicas - privadas necesarias más que nunca, la Red Mundial de Aprendizaje como ejemplo de esa alianza para desarrollar competencias para empresas y empleos para jóvenes por medio de programas de preparación de los trabajadores⁶.

El Programa de Trabajo Decente de la OIT se ajusta al marco de la Agenda 2030 que al igual que los demás documentos producto de las deliberaciones de la 105ª CIT tendrán que convertirse de ahora en adelante en temas de análisis y discusión de los diferentes foros académicos que se organicen.

⁶OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 8, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio de 2016, p. 8/2.

7 RESULTADOS DE LA CONFERENCIA

Estos se consagran en las conclusiones de cada Comisión donde se debatieron los temas propuestos y se someten a la aprobación de la Asamblea General donde las votaciones cualificadas de las 2/3 partes de los Estados Miembros para su adopción. Mediante sistema electrónico los dos delegados gubernamentales y uno por el sector empleador y otro por el sector trabajador llevan a la aprobación de las decisiones que con antelación fueron sometidas a votación en las comisiones respectivas y al generarse enmiendas estas son subsanadas antes de la Plenaria para adopción.

En cuanto a los Informes de la Presidenta del Consejo de Administración y del Director General⁷ quedaron plasmados en el documento citado como referencia y comentado en apartes.

III. Informe de la Comisión de Aplicación de Normas⁸.

IV. El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Resolución y conclusiones presentadas para su adopción⁹.

Oportunidades y desafíos para alcanzar la meta del trabajo decente y el desarrollo inclusivo que han planteado las cadenas mundiales de suministro.

Acciones que se han puesto en marcha a fin de hacer compatibles el desarrollo económico con el trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro observando las normas internacionales del trabajo, adoptando medidas para reducir los *deficits* de gobernanza, fortaleciendo los sistemas nacionales de administración e inspección del trabajo¹⁰. Se han adoptado 6 Convenios y un Protocolo PO 81 sobre esa materia habiéndose revisado el Convenio 081 de 1947.

No siempre ese fortalecimiento se realiza en la mejor forma como ha sucedido en Colombia con el Decreto 583 de 2016 que ya ha sido demandado porque crea no pocas confusiones (PEREZ GARCIA, 2016)¹¹.

Distintas empresas y grupos sectoriales multipartitos han emprendido iniciativas privadas para dar cumplimiento a la legislación.

Los interlocutores sociales han entablado un diálogo social transfronterizo y negociando acuerdos marco internacionales, un Protocolo de Libertad Sindical y un Acuerdo vinculante.

⁷OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 8, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio de 2016, p. 8/2.

⁸OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 16, Primera Parte, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio de 2016.

⁹OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 14-1, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio de 2016.

¹⁰Ministerio de Trabajo, Decreto 583 de 2016 demandado por Acoset.

¹¹Presidente Ejecutivo de la Asociación de Empresas de Servicios Temporales - Acoset.

También han desarrollado mecanismos de negociación, normas, instrumentos y orientaciones sectoriales lo que se trató a espacio en el Curso en el Centro de Formación de la OIT en Turín del 20 al 25 de Junio pasado, quedando evidenciadas las grandes controversias que este tema suscitará pero que repetimos no es un tema nuevo para la OIT porque se conservan antecedentes.

Las diferentes acciones de parte de los interlocutores sociales, así como la misma acción de la OIT pero que se genera preocupación porque con sus actuales normas quizás no sean las más apropiadas para la consecución del trabajo decente en las cadenas de suministro.

V. Trabajo decente para la paz, la seguridad y a resiliencia ante los desastres.

Revisión de la Recomendación 71 de 1944 sobre la organización del empleo (transición de la guerra a la paz).

Informe de la Comisión¹². Resolución para inscribir en el orden del día de la próxima reunión ordinaria de la CIT con el título **Empleo y trabajo decente para la paz y la resiliencia**.

La forma del instrumento propuesto es para revisar y reemplazar la Recomendación arriba citada.

Como ha quedado señalado anteriormente estos son los puntos más álgidos que van a generar muchos debates quedando ya planteado el segundo para la Conferencia de 2017 como continuación de la discusión recurrente.

VI. Evaluación de las repercusiones de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008¹³. Presentación de la Resolución para adopción por la Conferencia.

El documento resalta la importancia sobre la Justicia Social, el impacto de la Declaración, se ocupa de los Ámbitos de Acción Prioritaria, Acciones para apoyar eficazmente a sus Miembros, Alianzas de colaboración y coherencia de las políticas para el trabajo decente y las Acciones que deben desarrollar los Estados Miembros son los aspectos más relevantes de la Resolución adoptada que es recomendable consultar a espacio y realizar pronunciamientos sobre su alcance.

VII. Cuestiones marítimas¹⁴. Aprobación de las enmiendas al Convenio sobre el trabajo marítimo MLC, 2006. Adopción de las enmiendas a los anexos del Convenio 185 de 2003 sobre los documentos de identidad de la gente de mar.

¹²OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 15-1, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio de 2016, publicado en el sitio *web* de la Conferencia 15-2.

¹³OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 13-1, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio de 2016.

¹⁴OIT, Conferencia Internacional del Trabajo. Actas Provisionales 3-1 y 3-2, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio de 2016.

8 SITUACIÓN DE COLOMBIA EN PARTICULAR

Es absolutamente innegable el mejoramiento de la imagen de nuestro país en el marco de la OIT y que se debe ante todo a la manifestación en muy buena hora, de la generación de Diálogo Social que permitió la construcción del Acuerdo Tripartito presentado a la Conferencia en el 2006 y que ha puesto punto final a las constantes sindicaciones a Colombia por la violación a los Convenios 87 y 98 que durante más de 25 años la tuvieron como caso de análisis de caso recurrente con el natural deterioro de su reputación que generaba inclusive grandes desconfianzas a la inversión y el turismo. Fue una época nefasta para nuestra nación.

A raíz del cumplimiento de ese Acuerdo, su revisión y el constante cuidado que los actores del tripartismo han tenido en mantener en progreso la situación del país ante el organismo internacional lo que ha contribuido a un mejoramiento de la imagen internacional y a que se haya permitido participación muy importante en los organismos de Dirección y de Control a representantes de los sectores y a que figuras destacadas como el Vicepresidente de Asuntos Jurídicos de la Andi Dr. Alberto Echavarría haya realizado una admirable carrera profesional a base de méritos y trabajo constante en beneficio del país y que le ha permitido acceder a la Vicepresidencia de la Conferencia como primer colombiano que accede a tan importante posición, como ocurrió este año para orgullo de quienes hemos compartido con él tantos años de lucha y que lo hemos visto crecer en su exitosa carrera teniendo igualmente la Vicepresidencia en la OIE de Países Latinoamericanos y membresía en el Consejo de Administración y Comité de Libertad Sindical.

Otros destacados representantes del Gobierno como la Directora de Relaciones Internacionales del Ministerio del Trabajo Dra. Gloria Gaviria Buitrago presidio con gran éxito por dos años consecutivos la Comisión de Aplicación de Normas con opción de un tercero que declinó este año.

Presidió exitosamente el Grullac en el periodo que le correspondió a Colombia la Presidencia de este organismo del Grupo de Países Latinoamericanos del Caribe.

Por parte de los Trabajadores por más de 20 años el papel desempeñado por Dr. Julio Roberto Gómez Esguerra como Secretario de la CGT y del Organismo Internacional de su Confederación le han permitido acceder al Consejo de Administración como Miembro efectivo que ha realizado igualmente una importante carrera en la OIT como representante de su grupo, reemplazado ahora por una gran líder sindical Dra. Miryan Luz Triana. Por los lados de las demás Centrales de Trabajadores cumplen sus cometidos no siempre con la objetividad y el aplomo de utilizar los mecanismos internos de solución de conflictos para luego acudir a los de Control si fracasan esas instancias.

A pesar del Acuerdo Tripartito Colombia debió presentar descargos por el Convenio 81 pero el Gobierno demostró la gran actividad desarrollada por la Inspección del Trabajo reportando sumas muy altas impuestas como multas a las empresas investigadas por incumplimiento de sus compromisos.

Para este año la Comisión de Expertos con base en las quejas elevadas de las Organizaciones Sindicales considero que Colombia debía responder por violaciones a 9 Convenios y en la lista de 45 casos que se presentaron inicialmente estaba incluida y por tanto debía responder.

El Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio de Trabajo elaboró un informe muy completo sobre las Acciones que se vienen cumpliendo sobre el desempleo el cual conocido y asimilado produjo de inmediato el retiro de Colombia de la lista corta a la cual ya había sido candidatizada para inclusión con la presión de la CUT y otros grupos sindicales de otros países.

Es de mencionar el apoyo que el sector empleador y el de las Centrales de trabajadores diferentes a la CUT y a la Escuela Nacional Sindical que presionaban tanto por la inclusión de Colombia en la lista corta para discusión en la Comisión de Aplicación de Normas dieron al Gobierno Nacional y su posición fue un factor muy importante para que no se incluyera

Dos documentos de significativa relevancia el mencionado y las notas OIT conocidos profusamente por los entes de Control de esa organización, bastaron para que Colombia siga ocupando la posición ganada a base de un trabajo responsable de los tres sectores y que han permitido que la Comunidad Internacional nos mire con ojos diversos y se haya generado el deseo enorme de no solo visitar nuestro país, establecerse en él, traer inversiones lo que redundará en el crecimiento económico y generación de turismo.

Como testigos de excepción se puede hablar acerca del mejoramiento en todos los órdenes de la Colombia de 1990 que nos llenó de vergüenza a lo que vivimos hoy, situación que no podemos permitir que se deteriore nuevamente.

9 CONCLUSIONES

Resulta necesario reconocer el impulso que se advierte en la OIT que le ha hecho merecer el apelativo de Parlamento Mundial del Trabajo.

La muy delicada crisis vivida durante tres años puso de relieve la urgente necesidad de revisar sus estructuras y procedimientos lo que se viene cumpliendo no con la celeridad que requiere la situación actual del mundo del trabajo.

Los interlocutores sociales demuestran un gran espíritu de consenso entendiendo que sólo el Diálogo Social podrá acercarlos en la búsqueda de intereses y soluciones comunes.

Se ha entendido por parte de los actores el cambio del mundo del trabajo y con ello la importancia y necesidad de la sostenibilidad de las empresas y actividades productivas que generen trabajo y con ello ingresos que acerquen a la obtención de la justicia social, postulado de la OIT desde sus comienzos en 1919.

La comprensión de que luchando conjuntamente por intereses comunes puede ser más productivo que la confrontación.

La Agenda 2030, el Programa de Trabajo Decente, la erradicación del trabajo infantil como meta para el 2025, son los grandes retos en que los Actores tendrán que orientar sus mayores esfuerzos y que serán igualmente la base programática para que la OIT afronte los retos del II Centenario de existencia que se avecina.

El desafío para los Jóvenes los que tendrán la gran responsabilidad de contribuir con sus luces para los retos del futuro construyendo una sociedad nueva donde tengan cabida a base del mejoramiento de sus competencias a base de estudio, investigación y actividad creativa. No pueden continuar como convidados de piedra a esta transformación en mundo del trabajo. Una actividad eminentemente participativa, pero de enorme responsabilidad y conciencia pues estarán contribuyendo al mundo del mañana donde serán protagonistas de excepción y ante todo será el que les tocará vivir de manera inexorable.

El llamado a las entidades de formación para el mejoramiento de la educación son enormes y muy frecuentes las críticas que se hacen a nuestros sistemas educativos y a la calidad de la educación. Un llamado urgente y angustioso a que tomemos esto como bandera y de manera inmediata. Esto no da espera.

La sociedad del futuro la construirán Uds queridos estudiantes y de ello dependerá que tengan un mundo mejor y un futuro promisorio.

10 REFERENCIAS

OIT. **Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2016 (1)**. Informe III Parte A. Impreso por la Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo 105ª reunión**. La iniciativa para poner fin a la pobreza: la OIT y la Agenda del 2030. Memoria del Director General, Informe I (B). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016. Prefacio de Guy Ryder. Disponible em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_480280.pdf>.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 2, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 3-1, y 3-2, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 7, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 8, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 13-1, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 14-1, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 15-1, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Conferencia Internacional del Trabajo**. Actas Provisionales 16-1, 105ª reunión, Ginebra, mayo/junio 2016.

OIT. **Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo**.

Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc-so.htm#Article 7](http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc-so.htm#Article%207)>.

ONU. **Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Objetivos de desenvolvimento sustentável. Traduzido pelo Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio), out. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>.

PEREZ GARCIA, Miguel. Gobierno aumenta las confusiones sobre la tercerización laboral en el país. **Revista Acoset**, Edición Año 6, Numero 15, Bogotá, Legis, 2016, p. 10-16.



Trabalho do Meio Científico

A APLICABILIDADE DA NORMA REGULAMENTADORA N. 31 EM RELAÇÃO AO USO DE AGROTÓXICOS E DOS EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPIS)

THE APPLICABILITY OF THE REGULATORY NORM Nº. 31 IN RELATION TO THE USE OF PESTICIDES AND INDIVIDUAL PROTECTION EQUIPMENT (IPES)

FIGUEIREDO, Ana Meire Coelho*
HENRIQUES, Ana Lúcia Magano**

Resumo: O Brasil é um país agrário, por natureza. Aumentamos consideravelmente a produção de produtos agrícolas sem, necessariamente, aumentar a área de plantio. É decorrência da tecnologia: melhoria de sementes, manejo adequado da cultura e o uso de produtos fitossanitários. Os equipamentos de proteção individual (EPIs) são ferramentas de trabalho que visam proteger a saúde do trabalhador. No meio rural, a utilização correta do EPI é primordial para que se reduzam os riscos de intoxicações. Em 2005, o Ministério do Trabalho publicou a Norma Regulamentadora de Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura (NR-31). A norma determina, entre outros, os procedimentos e exigências a serem atendidos, tanto para o empregador, quanto para o empregado, em relação ao uso correto de produtos fitossanitários e os adequados equipamentos de proteção individual (EPIs). A Constituição Federal de 1988 determina em seus artigos que o trabalho e a saúde são direitos de todos, e a fiscalização do meio ambiente de trabalho é um dever do Estado.

*Engenheira Agrônoma pela ESALQ/USP. Bacharel em Direito pela UNISAL, *Campus* Liceu Salesiano, Campinas. Conselheira do CREA/SP por três mandatos, o último em curso.

**Formou-se em Direito pela Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco, em São Paulo. É mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUCC e mantém ativa banca advocatícia em Campinas, desde 1992. Professora universitária, leciona Direito do Trabalho e História do Direito na Faculdade de Direito do UNISAL - Centro Universitário Salesiano, *Campus* Liceu. Orientadora de graduação e pós-graduação na área de Direito, na mesma Universidade.

Palavras-chave: Agrotóxico. Equipamento de Proteção Individual. Norma Regulamentadora. Trabalhador rural. Ambiente de trabalho.

Abstract: Brazil is an agrarian country, by nature. We increased considerably the production of rural products without, necessarily, increasing the planting area. It's due to technology: the improvement of seeds, adequate culture management and the usage of crop protection products. The individual protection equipments (IPEs) are work tools that seek to protect the worker's health. In rural areas, the correct usage of the IPE is essential for the reduction of intoxication risks. In 2005, the Ministry of Labour published the Regulatory Norm (NR-31) on Safety and Health in Agriculture, Livestock, Forestry Exploration and Aquaculture. The norm determines, among others, the procedures and demands to be followed, both by the employer and the employee, regarding the correct usage of crop protection products and the adequate individual protection equipments (IPEs). The Federal Constitution of 1988 determines in its articles that labour and health are everyone's rights, and the work environment fiscalization is a State duty.

Keywords: Pesticide. Individual Protection Equipment. Regulatory Norm. Rural worker. Work environment.

1 INTRODUÇÃO

Com uma população mundial acima de 7 bilhões de habitantes, é indispensável uma agricultura eficiente para suprir a demanda por alimentos e, conforme dados da FAO - Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura, existem, ainda hoje, 870 milhões de pessoas que não têm acesso a uma dieta diária com o mínimo de nutrientes necessários para a sobrevivência, ou seja, vivem em estado de desnutrição. É de suma importância o uso de tecnologias, a fim de possibilitar o aumento da produtividade e da eficiência agrícola para a erradicação da fome no mundo. Dessa forma, torna-se imprescindível o uso intensivo de agrotóxicos¹ como um dos meios para o aumento da produtividade na agricultura, especialmente porque são da ordem de

¹N. do A. O termo agrotóxico foi adotado pela legislação brasileira desde 1989. Para os engenheiros agrônomos, são mais adequados os termos "Defensivos agrícolas" ou "Produtos fitossanitários". Assim, sempre que possível, serão esses os termos utilizados. Ressalta-se que o termo "Produto Fitossanitário" é empregado pelo Comitê de Sanidade Vegetal do Cone Sul. Tramita no Senado o Projeto de Lei n. 680/2015, de autoria do Senador Álvaro Dias, para substituir o termo "agrotóxico" por "fitossanitário" na legislação nacional.

35% as perdas agrícolas na área fitossanitária: 14% devidos ao ataque de insetos, 12% decorrentes de doenças e 9% pela competição com plantas daninhas.

De acordo com a OMS - Organização Mundial de Saúde, anualmente ocorrem, no mundo, cerca de 3 milhões de intoxicações agudas por uso incorreto dos defensivos agrícolas (especialmente no manuseio e na aplicação), que levam a 20 mil mortes. Grande parte das intoxicações e das mortes poderiam ser evitadas se houvesse o uso adequado e efetivo dos equipamentos de proteção individual (EPIs).

A Norma Regulamentadora n. 31 (NR-31)² trata da segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura, e tem por “objetivo estabelecer os preceitos a serem observados na organização e no ambiente de trabalho, de forma a tornar compatível o planejamento e o desenvolvimento das atividades” do setor que, dentre outros assuntos, versa, em itens próprios, sobre o uso de “Agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins” (31.8), e “Medidas de proteção pessoal” (31.20), referindo-se à obrigatoriedade do uso de EPI.

O presente trabalho pretende apresentar uma pequena análise sobre a eficácia da referida NR, especialmente no que tange à aplicação de produtos fitossanitários e o uso de EPI, e sua vinculação com o Direito do Trabalho. Além da consulta à legislação específica e à doutrina, aos trabalhos técnicos e dados estatísticos, foram colhidas opiniões de especialistas no assunto, através de encontros realizados no período de fevereiro a outubro de 2014.

O Capítulo 1 trata especificamente das questões agronômicas, referentes à aplicação de defensivos agrícolas e uso dos equipamentos de proteção individual; contempla, ainda, a legislação pertinente.

O Capítulo 2 apresenta um breve histórico do Direito do Trabalho relacionado ao tema, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) correlatas e as competências do Ministério do Trabalho e Emprego.

O Capítulo 3 expõe uma singela análise sobre a NR-31, especialmente sobre competências, direitos e deveres dos empregadores e trabalhadores, treinamento e medidas de proteção pessoal, e o uso dos agrotóxicos. Trata da questão da saúde do trabalhador e do meio ambiente de trabalho.

2 O CENÁRIO AGRÍCOLA

No entender de muitos historiadores, a humanidade teve a sua evolução a partir de uma dieta baseada no consumo de sementes e

²Redação dada pela Portaria n. 86, de 3 mar. 2005. Publicada no DOU em 4 de março de 2005.

frutos silvestres, e após, a caça. Mas foi somente a partir de 8.000 a.C., com o advento da agricultura baseada no cultivo de cereais como trigo, cevada, painço, arroz e milho, que o homem tornou-se sedentário e passou a habitar pequenas comunidades, induzindo a grandes mudanças no seu estilo de vida, o que possibilitou chegar aos atuais estágios de desenvolvimento.

2.1 A estrutura agrária

De acordo com o IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em seu último Censo Agropecuário (IBGE, 2009, p. 98-99, 569), com a coleta dos dados iniciada em 16.4.2007 e data base de 31.12.2006, há um total de 5.175.489 estabelecimentos rurais, distribuídos em uma área de 329.941.393 ha, e 16.567.544 pessoas ocupadas nos estabelecimentos agropecuários, assim distribuídos:

QUADRO 1: Estabelecimentos agropecuários, área territorial e de estabelecimentos agropecuários e pessoal ocupado³

	Estabelecimentos	Área territorial (ha)	Área estabelecimentos (ha)	Pessoal ocupado
Brasil	5.175.489	851.487.659	329.941.393	16.567.544
Norte	475.775	385.332.720	54.787.297	1.655.645
Nordeste	2.454.006	155.425.696	75.594.346	7.698.631
Sudeste	922.049	92.451.127	54.236.169	3.282.962
Sul	1.006.181	57.640.956	41.526.148	2.920.420
Centro-Oeste	317.478	160.637.148	103.797.329	1.009.886

Fonte: IBGE, Censo Agropecuário 2006.

Embora tenha havido uma diminuição na área dos estabelecimentos rurais no período de 1985 a 2006 (374.924.421 ha em 1985 e 329.941.393 ha em 2006), ainda se mantém uma grande desigualdade na distribuição das terras, conforme observa-se no Quadro 2:

³N. do A. Percebe-se uma incongruência na somatória da Área Territorial e da Área dos Estabelecimentos, mas foram mantidas as informações apresentadas pelo IBGE. Tal fato é justificado pelos arredondamentos individuais e automáticos dos registros em PDA - Personal Digital Assistant.

QUADRO 2: Distribuição dos estabelecimentos agropecuários e área territorial conforme estratos de área. Brasil - 2006

Estrato de área	Total estabelecimentos	(%)	Área total (ha)	(%)
0 - < 10 ha	2.477.071	47,87	7.798.607	2,36
10 - < 100 ha	1.971.577	38,09	62.893.090	19,06
100 - < 1000 ha	424.906	8,21	112.696.478	34,16
> 1000 ha	46.911	0,91	146.553.218	44,42
produtor sem área	255.024	4,92		

Fonte: IBGE, Censo Agropecuário 2006.

Relativamente ao pessoal ocupado, em conformidade com o Censo Agropecuário, havia 16.567.544 pessoas ocupadas nos estabelecimentos agropecuários, sendo que 12.801.179 (77,27%) possuem algum grau de parentesco com o proprietário⁴, e nesta situação, há um contingente de 537.964 pessoas que recebem salário (4,20%). São empregados permanentes: 1.368.642 (8,26%); empregados temporários: 2.271.840 (13,71%); empregados parceiros: 83.060 (0,50%) e empregados em outras condições⁵: 42.823 (0,26%). O referido censo também detectou que 6,50% de menores de 14 (quatorze) anos desenvolvem algum tipo de atividade no estabelecimento agropecuário.

Ainda, segundo o Censo Agropecuário (IBGE, 2009, p. 141):

Quanto ao nível de instrução, na grande maioria dos estabelecimentos onde houve aplicação de agrotóxicos, o respectivo responsável pela direção dos trabalhos declarou possuir ensino fundamental incompleto ou nível de instrução menor (1.067.438 - 77,60%). Como as orientações de uso de agrotóxicos que acompanham estes produtos são de difícil entendimento, o baixo nível de escolaridade, incluindo os que não sabem ler e escrever (216.212 - 15,70%), está entre os fatores socioeconômicos que potencializam o risco de intoxicação.

Em relação às safras agrícolas⁶, conforme dados da CONAB - Companhia Nacional de Abastecimento, a produção brasileira de grãos na safra 2012/2013 foi de 188,66 milhões de toneladas; na safra 2013/2014

⁴Inclusive o produtor.

⁵Pessoas com laço de parentesco com o empregado que os auxiliam nas atividades agrícolas.

⁶É o período compreendido entre o preparo do solo para plantio até a colheita dos frutos. A safra agrícola não coincide com o ano civil, mas sim com o Plano Agrícola e Pecuário (PAP), que contém as diretrizes para a política agrícola do Estado. Tem vigência entre 1º de julho de um ano e 30 de junho do ano seguinte.

houve a produção de 195,46 milhões de toneladas de grãos, e há uma previsão de crescimento de 2,80% para a safra 2014/2015. E um dos fatores que promovem este crescimento é a utilização dos defensivos agrícolas.

2.2 O uso dos produtos fitossanitários

O cultivo dos campos de cereais tornou-se fonte de alimento para várias espécies de insetos e pragas, além do homem. Mas foi somente no Séc. XIX que compostos químicos passaram a ser sintetizados com o intuito de combater as perdas nas lavouras em decorrência do ataque de insetos e da ação de fungos e bactérias, como, por exemplo, a mistura de sulfato de cobre e cal (calda bordalesa), o sulfato ferroso e o fluoreto de sódio. Em 1939, o dicloro-difenil-tricloroetano, mais conhecido por DDT passou a ser utilizado contra várias espécies de artrópodes.

Contudo, foi somente na década de 1960, com a chamada Revolução Verde, cujo precursor do movimento foi o engenheiro agrônomo Norman Ernest Borlaug (Prêmio Nobel da Paz, 1970), quando se buscava aumentar a produção agrícola por meio do uso intensivo de tecnologias através do melhoramento genético, mecanização, irrigação e o uso de insumos industriais, que os defensivos fitossanitários ganharam estímulo.

Geraldo Papa (2012, p. 30-31) entende que a agricultura brasileira é intensiva, com plantios sucessivos, baseada na monocultura, e em função do clima tropical, permite pontes biológicas que “facilitam a reprodução dos insetos e a sobrevivência das doenças nas entressafras [...]” e, dessa forma, favorecem o incremento das doses e de aplicações dos defensivos e o uso de suas misturas. Podem, com isso, provocar o surgimento da resistência e o conseqüente banimento do produto.

Para a aplicação dos defensivos agrícolas, conforme os dados do Censo Agropecuário (2006), há a preferência pela utilização de pulverizadores costais (69,10%), sendo que 66,10% dos produtores rurais fazem uso intensivo de produtos fitossanitários, em detrimento de práticas agrícolas alternativas, como a agricultura orgânica (1,70%) ou controle biológico (1,30%). Mas 56,30% dos produtores que fazem uso dos defensivos declararam que não recebem qualquer tipo de assistência técnica, e apenas 21,10% recebem orientação técnica regularmente.

Nas palavras de Henrique Mazotini⁷, engenheiro agrônomo e presidente da ANDAV - Associação Nacional dos Distribuidores de Produtos Agrícolas e Veterinários:

O pequeno produtor faz uso intensivo dos fitossanitários, em especial o produtor de hortifrutigranjeiros, e é de grande importância a assistência técnica que esses agricultores acabam recebendo dos seus revendedores que hoje fazem a parte da extensão rural que foi abandonada pelo Governo.

⁷Depoimento concedido em 18 de fevereiro de 2014.

Os aplicadores, como são chamados os trabalhadores que lidam com os produtos fitossanitários nas lavouras, normalmente não são esclarecidos sobre os riscos a que estão sujeitos, e como expõe Aderivaldo Vilela (2006, p. 51), incorrem em graves erros, seja no manuseio ou na aplicação do produto, tais como: “deixar-se contaminar pela deriva, comer, beber e fumar durante a aplicação e a não utilização adequada do material de proteção individual disponível”, como será visto adiante.

Amparo legal para os produtos fitossanitários

A primeira norma a tratar sobre o manuseio e uso de produtos químicos para a agricultura é datada de 1934, através do Decreto n. 24.114, de 12 de abril, que dispunha sobre o Regulamento da Defesa Sanitária Vegetal.

Por um longo período, a legislação brasileira não acompanhou a evolução do setor agrícola, especialmente no que se refere ao uso e aplicação dos produtos fitossanitários. Na década de 1960, com a “Revolução Verde” e o conseqüente aumento da utilização dos defensivos, procurou-se apenas suprimir a carência legislativa através da emissão de algumas poucas portarias.

Consoante Marçal Zuppi (2007, p. 38):

A partir da década de 60, acompanhando posições assumidas por outros países de legislação mais avançada, além das prescrições de organismos internacionais, como FAO e OMS, as autoridades brasileiras foram aperfeiçoando as normas contidas no regulamento de 1934, voltando-se basicamente para os aspectos de: proteção para os trabalhadores da indústria de defensivos; proteção ao agricultor (qualidade do defensivo); proteção ao consumidor (qualidade do alimento) e proteção ao meio ambiente.

Na compreensão de Thompson (2007, p. 75), nos anos 1980 ocorreram muitas discussões sobre as questões ambientais no país, atingindo também a utilização dos produtos fitossanitários, fato que levou os Legisladores Constituintes a inserir, na Constituição Federal de 1988, um capítulo (Capítulo VI) sobre o tema, traçando suas normas gerais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Assim, em 12 de julho de 1989, entrou em vigor a Lei n. 7.802 que dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. A Lei n. 9.974, de 6 de junho de 2000, promove alterações na Lei n. 7.802/1989.

O Decreto n. 98.816, de 11 de janeiro de 1990, que regulamentava a Lei n. 7.802/1989, foi revogado pelo Decreto n. 4.074, de 4 de janeiro de 2002, que entrou em vigor a partir de 8 de janeiro do mesmo ano.

A Lei n. 7.802/1989 traz, em seu art. 2º, o conceito de produto fitossanitário:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

I - agrotóxicos e afins:

- a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;
- b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento; [...]

Destaca-se que a legislação alcança a **responsabilidade civil** (do fabricante, do profissional responsável, do comerciante, do prestador de serviços, do usuário e do empregador) por danos decorrentes das diversas atividades relacionadas aos produtos fitossanitários. Podem ser imputadas, ainda, as **responsabilidades penal e administrativa**.

De acordo com Paulo Afonso Brum Vaz (2006, p. 82), deve-se salientar que a obrigatoriedade da emissão de receita agrônômica (deve constar a área, a cultura, a praga alvo, produto recomendado, modo de aplicação, indicação de EPI), por profissional devidamente habilitado (Lei n. 7.802/1989 e Decreto n. 4.074/2002), foi idealizada para “reduzir os problemas nas áreas de saúde pública e de meio ambiente, em decorrência do uso indiscriminado de agrotóxicos, não logrou atingir esses objetivos”, especialmente porque não há a obrigação legal do acompanhamento, pelo profissional, durante a aplicação do produto na cultura.

2.3 O uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs)

Para o emprego dos produtos fitossanitários, determina a legislação brasileira que o aplicador utilize corretamente o EPI -

Equipamento de Proteção Individual, que tem a função precípua de proteger o organismo humano do contato direto com o produto, minimizando o risco de uma intoxicação. A utilização de tais equipamentos é exigência trabalhista, através de suas Normas Regulamentadoras, e obrigatório é o seu fornecimento ao trabalhador pelo empregador ou equiparado.

Conforme demonstrado por Cyrus Daldin e Thais Santiago (2003, p. 97), quando na década de 1940, para o controle de gafanhotos nas lavouras brasileiras, aplicou-se BHC - Hexaclorociclo-hexano (inseticida organoclorado), os equipamentos de proteção utilizados foram adaptados da indústria. Os tecidos eram grossos, pesados e impermeáveis, o que causava grande desconforto; as luvas e os óculos não ofereciam a proteção necessária.

A partir do crescimento da indústria dos agroquímicos e da intensificação da aplicação dos defensivos nas culturas, os EPIs também foram se aprimorando. Passaram a ser desenvolvidos de acordo com a forma de aplicação recomendada e conforme as vias de exposição do trabalhador rural (oral, dérmica, respiratória e ocular) mais atingidas pelo produto utilizado. Atualmente, há fabricantes que confeccionam EPIs com materiais leves, confortáveis e resistentes. Para Formagio (2007, p. 38), os EPIs “devem proteger o indivíduo nas partes mais vulneráveis, ou seja, cabeça, tronco, membros superiores e inferiores, pele e aparelho respiratório”.

Os EPIs necessários ao trabalhador rural são: capacete, luva impermeável, botas (com biqueira ou impermeável), jaleco hidrorrepelente, calça (hidrorrepelente ou em não tecido), boné árabe, capuz ou touca, avental impermeável, viseira facial, respirador, protetor auricular. Cada equipamento é específico para cada tipo de operação, buscando, dessa forma, oferecer menor risco de exposição ao aplicador, conforme definido no Quadro 3.

A recomendação do EPI adequado compete ao SESMT - Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho, após ouvir a CIPA - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, e no caso do trabalho rural a CIPATR - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural. Nos estabelecimentos que não necessitam constituir SESMT ou CIPATR, o empregador deverá obter orientação de profissional técnico habilitado (engenheiro agrônomo).

Para Zuppi e Santiago (2007, p. 169):

[...] o papel do profissional legalmente habilitado na emissão da receita agrônômica é fundamental na recomendação dos EPIs adequados, pois, além das características do produto como a toxicidade, formulação e a embalagem, o profissional deve considerar as condições da aplicação: tipo e porte da lavoura, topografia do terreno, tipo de equipamento de aplicação etc.

QUADRO 3: Relação operação X EPI X exposição⁸

		Operações																	
		Manuseio / Dosagem						Aplicação manual						Aplicação tratorizada			Aplicação aérea		
		Líquido	Sementes tratadas	Granulado de solo	Pó seco	Pó molhável/Grânulos WG	Embalagem hidro-solúvel	Isca granulada	Costal	Costal motorizado	Mangueira	Granuladeira	Póvilhadeira	Líquido	Granulado	Turbo	Sementes	Abastecimento de aeronaves	Banderinha
Capacidade	•																		
Boné árabe			•			•	•		•	•	•		•	•		•		•	•
Protetor de ouvido									•				•	•	•	•			•
Viseira facial			•			•	•		•	•	•		•	•		•		•	•
Respirador		•	•	•	•	•	•		•	•	•	•	•		•		•	•	•
Calça hidro-repelente			•	•	•	•	•		•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
Jaleco hidro-repelente			•	•	•	•	•		•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
Avental impermeável			•			•	•		•	•	•					•			
Botas impermeáveis		•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
Luvas impermeáveis		•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•		•		•	•	•
Botas com biqueira	•																		

Fonte: ANDEF, 2003

⁸ANDEF, 2003. p. 14.

Em conformidade com o Censo Agropecuário de 2006 (IBGE, 2009, p. 46-47, 139), somente 21,30% dos estabelecimentos agrícolas não utilizam nenhum tipo de EPI. Na pesquisa, foi averiguado sobre os tipos de equipamentos de proteção individual utilizados no estabelecimento, sendo eles: chapéu e capuz, óculos e protetor facial, máscara, roupa protetora (macacão), avental e capa, luvas, botas, e se o trator ou veículo possuía cabine protetora. Foram desconsideradas nas respostas as “improvisações”, ou seja, o uso de pedaços de tecidos em substituição às máscaras ou viseiras e o uso de chapéu de palha. Apesar do resultado exibido, é comum encontrar o aplicador, durante o seu trabalho, sem fazer uso correto do EPI, ou mesmo não utilizá-lo. Tal situação é habitual nos pequenos estabelecimentos rurais, especialmente nos que produzem legumes e verduras.

Para ser comercializado, todo EPI, seja ele nacional ou importado, deve ser submetido a rigorosos testes, em conformidade com o SINMETRO - Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, a fim de, se aprovado, obter o CA - Certificado de Aprovação. Atualmente, para a verificação da qualidade das vestimentas de proteção para riscos químicos com agrotóxico, existem apenas dois laboratórios credenciados pelo MTE: o do Centro de Engenharia e Automação do IAC e o da UNESP/Jaboticabal, ambos no Estado de São Paulo. Os testes devem garantir o conforto e a proteção do usuário, e o equipamento deve ter sua durabilidade comprovada, ou seja, deve garantir a sua funcionalidade e qualidade.

O CA é expedido pela SIT - Secretaria de Inspeção do Trabalho através do DSST - Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho, do MTE. É representado por um número (CA 00000), que deve ser fixado no equipamento (etiqueta), através de caracteres indelévels e visíveis. A etiqueta deve conter, ainda, o lote de fabricação do produto e a identificação do fabricante. O CA pode ser facilmente consultado no *site* do Ministério do Trabalho e Emprego, em *link* específico.

Além do CA, o fabricante deve possuir o CRF - Certificado de Registro de Fabricante e, se importador, o CRI - Certificado de Registro de Importador, perante o MTE, dados que também devem ser informados na etiqueta do equipamento.

O CEA/IAC - Centro de Engenharia e Automação do Instituto Agrônomo de Campinas, estabeleceu o QUEPIA - Programa IAC de Qualidade em Equipamentos de Proteção Individual na Agricultura, em parceria com a FUNDAG - Fundação de Apoio à Pesquisa Agrícola e com fabricantes de EPIs, tenha por objetivo desenvolver materiais adequados à proteção da saúde do trabalhador e certificar EPIs.

A fiscalização sobre a correta utilização dos EPIs nos estabelecimentos rurais compete ao órgão regional do MTE, ou seja, à DRT - Delegacia Regional do Trabalho.

Como expõe Paulo Formagio⁹, engenheiro agrônomo e fabricante de EPI:

[...] há empresas que produzem o EPI adequado somente para enviar para análise; os laboratórios aprovam o produto e com isso elas obtêm a certificação. Depois, na produção, fazem um equipamento bastante inferior, para reduzir os custos. E o produto final não é fiscalizado. E o que é pior, o produtor pensa que está adquirindo um produto de qualidade. Mas isso não é verdade. Ele não está protegido.

Hamilton Humberto Ramos¹⁰, pesquisador científico do CEA/IAC, entende que:

[...] há sim a possibilidade de fraude na confecção dos EPIs. Até 2011, o produto de má qualidade era vendido de forma legal, já que o certificado era emitido 'Por Responsabilidade'. Hoje, com a obrigatoriedade dos testes, a venda de equipamentos em desacordo com a norma passa a ser crime. Mas os fiscais do MTE ainda não têm condições de avaliar no campo a conformidade do equipamento.

Nas palavras de Henrique Mazotini¹¹:

[...] não existe por parte das autoridades do Estado uma preocupação na fiscalização e muito menos na orientação adequada sobre o uso de EPI. A própria legislação transfere uma parte da responsabilidade para os canais de distribuição¹² que, ao venderem os insumos, orientam os agricultores na aquisição dos EPIs adequados.

Mazotini¹³ vai além ao expor que, afora a utilização de EPI, há a necessidade de se viabilizar a certificação dos equipamentos de aplicação dos defensivos agrícolas, e realizar fiscalização sobre eles, pois um equipamento desregulado causa grandes danos à cultura, ao meio ambiente e à saúde humana, já que a subutilização não afeta a praga alvo e as aplicações em dosagens elevadas prejudicam a cultura e deixam resíduos além do permitido pela legislação.

⁹Depoimento concedido em 26 de março de 2014.

¹⁰Depoimento concedido em 29 de outubro de 2014.

¹¹Depoimento concedido em 18 de fevereiro de 2014.

¹²Revendas ou casas agropecuárias.

¹³Depoimento concedido em 18 de fevereiro de 2014.

Mas é, acima de tudo, obrigação do empregador, além de fornecer o equipamento adequado, fiscalizar se ele está sendo corretamente utilizado pelo trabalhador.

Amparo legal para os EPIs

A legislação brasileira determina o uso de EPI para a aplicação de produtos fitossanitários.

A CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, alterada pela Lei Federal n. 6.514/1977, no Título II, Capítulo V, que trata da Segurança e da Medicina do Trabalho, em seu art. 166, torna obrigatório o fornecimento gratuito dos EPIs pelo empregador aos seus funcionários:

Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados.

Através da Portaria MTB n. 3.214, são aprovadas as Normas Regulamentadoras relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, dentre as quais a NR-06, que estabelece as diretrizes para o Equipamento de Proteção Individual; determina as responsabilidades do empregador, trabalhador, fabricante, importador, e competências do MTE e DRT. Em seu item 6.1 tem-se o conceito de EPI:

6.1 Para os fins de aplicação desta Norma Regulamentadora - NR, considera-se Equipamento de Proteção Individual - EPI, todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho.

Pode-se encontrar no Anexo I da referida Norma a lista de Equipamentos de Proteção Individual recomendados para a proteção da cabeça, dos olhos e da face, proteção auditiva e respiratória, do tronco, dos membros superiores, dos membros inferiores, do corpo inteiro e proteção contra quedas com diferença de nível.

A NR-09 - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, que visa a preservação da saúde e a integridade dos trabalhadores, também faz referência ao uso de EPI:

9.3.5.5 A utilização de EPI no âmbito do programa deverá considerar as Normas Legais e Administrativas em vigor e envolver no mínimo:

- a) seleção do EPI adequado tecnicamente ao risco a que o trabalhador está exposto e à atividade exercida, considerando-se a eficiência necessária para o controle da exposição ao risco e o conforto oferecido segundo avaliação do trabalhador usuário;
- b) programa de treinamento dos trabalhadores quanto à sua correta utilização e orientação sobre as limitações de proteção que o EPI oferece;
- c) estabelecimento de normas ou procedimento para promover o fornecimento, o uso, a guarda, a higienização, a conservação, a manutenção e a reposição do EPI, visando a garantir as condições de proteção originalmente estabelecidas;
- d) caracterização das funções ou atividades dos trabalhadores, com a respectiva identificação do EPI utilizado para os riscos ambientais.

A NR-31 - Segurança e Saúde no Trabalho na Agricultura, Pecuária, Silvicultura, Exploração Florestal e Aquicultura, publicada através da Portaria GM n. 86, de 3 de março de 2005, foco do presente trabalho, tem por objetivo:

[...] estabelecer os preceitos a serem observados na organização e no ambiente de trabalho, de forma a tornar compatível o planejamento e o desenvolvimento das atividades da agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura com a segurança e saúde e meio ambiente do trabalho.

É de fundamental importância a Portaria n. 121 do MTE que estabelece as normas técnicas de ensaios e os requisitos obrigatórios aplicáveis aos Equipamentos de Proteção Individual enquadrados no Anexo 1 da NR-06, ou seja, estabelece os padrões de qualidade para as vestimentas de proteção do trabalhador.

A obrigatoriedade de utilização de EPI também está contida na Lei n. 7.802/1989 e no Decreto n. 4.074/2002, já elencados neste trabalho.

3 O DIREITO DO TRABALHO

Na percepção de Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 32), o Direito do Trabalho surgiu como consequência da questão social que foi precedida pela Revolução Industrial do Século XVIII e da reação humanista que se propôs a garantir ou preservar a dignidade do ser

humano ocupado no trabalho. A Revolução Industrial modificou as condições do trabalho humano. Daí a necessidade de disciplinar a ordem jurídica para reger as relações trabalhistas, tanto as individuais, quanto as coletivas.

As primeiras leis “trabalhistas” brasileiras, criadas no final do Século XIX, tratavam da proteção aos menores nas fábricas da capital federal e dos sindicatos rurais e urbanos. No início do Século XX, as leis se referiam ao salário, à criação da caixa de aposentadoria e pensões e estabilidade no emprego de determinada categoria, às férias e ao Código de Menores. O Código Civil de 1916 apresentou dispositivos legais sobre locação de serviços e antecedente ao contrato de trabalho.

Em 1º de maio de 1943, o Presidente Getúlio Vargas assinou o Decreto-Lei n. 5.452, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT. O Capítulo V do Título II trata da Segurança e da Medicina do Trabalho.

Em 1963, o Congresso Nacional aprovou o Estatuto do Trabalhador Rural, de autoria do Deputado Fernando Ferrari, concedendo aos rurícolas direitos semelhantes aos trabalhadores urbanos, com a clara intenção de diminuir as desigualdades existentes. O Estatuto foi revogado pela Lei Federal n. 5.889, de 8 de junho de 1973, que apresenta normas reguladoras do trabalho rural e traz como conceitos:

Art. 2º Empregado rural é toda pessoa física que, em propriedade rural ou prédio rústico, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.

Art. 3º Considera-se empregador rural, para os efeitos desta Lei, a pessoa física ou jurídica, proprietário ou não, que explore atividade agro-econômica, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou através de prepostos e com auxílio de empregados.

Torna-se pertinente incluir o art. 13 da mesma lei, que determina as competências para regulamentação do setor:

Art. 13. Nos locais de trabalho rural serão observadas as normas de segurança e higiene estabelecidas em portaria do ministro do Trabalho e Previdência Social.¹⁴

Assim, até o advento da NR-31, o Ministério do Trabalho publicou cinco normas específicas para o setor rural, as NRRs - Normas Regulamentadoras Rurais, que foram totalmente revogadas em 15 de abril de 2008.

¹⁴N. do A. Em 1973 era essa a denominação do atual Ministério do Trabalho e Emprego.

A Constituição Federal de 1988 modificou o sistema jurídico de relações de trabalho. A referida Carta, por seu art. 7º, *caput*, praticamente equiparou os trabalhadores rurais aos urbanos: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...]”.

Somente em 7 de novembro de 2011 foi publicado o Decreto Federal n. 7.602, que institui a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho.

Apesar das diversas flexibilizações nas relações trabalhistas ao longo dos anos, o Direito do Trabalho contemporâneo ainda tutela o trabalhador, tratando este como o hipossuficiente da relação, uma vez que há severas diferenças de ordem social, econômica e política entre os sujeitos desta relação jurídica (empregador x empregado). Neste sentido, são fundamentais as Convenções e Recomendações da OIT, que obrigam os Estados membros, se ratificadas, a aplicá-las em seu ordenamento jurídico, como será exposto a seguir.

3.1 A Organização Internacional do Trabalho (OIT)

Em 1919, com a assinatura do **Tratado de Versalhes**, fundou-se a OIT - Organização Internacional do Trabalho, complementada em sua Parte XIII pela **Declaração de Filadélfia**, em 1944. É Instituto ligado à ONU - Organização das Nações Unidas, com sede em Genebra. A sua criação é baseada em argumentos humanitários, políticos e econômicos, referentes às questões trabalhistas. O Instrumento para a Emenda da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, de 1946, traz em seu **Preâmbulo** considerações de que a paz, para ser universal e duradoura, deve ser assentada sobre a justiça social, e que o descontentamento decorrente das más condições de trabalho põe em perigo essa paz. Tem como objetivos a defesa dos trabalhadores, a melhoria das condições de trabalho, a proteção dos trabalhadores contra moléstias graves ou profissionais e os acidentes de trabalho, e promover os direitos humanos na esfera trabalhista.

A Assembleia Geral é o órgão deliberativo da OIT e se reúne ao menos uma vez por ano, representada por delegações dos Estados membros, na forma tripartite. É responsável por traçar diretrizes básicas em relação às políticas sociais trabalhistas. Durante a Assembleia são elaboradas as Convenções e Recomendações internacionais da OIT.

Sergio P. Martins (2012, p. 78) define que as Convenções da OIT “são normas jurídicas que têm por objetivo determinar regras gerais obrigatórias para os Estados que as ratificarem”.

Ressalta-se que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu na Constituição Federal o § 3º do art. 5º, assim disposto:

Art. 5º, § 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.

E, conforme Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 65),

A recente reorientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, conferindo caráter *supralegal* às regras de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, independentemente de seu *quorum* de aprovação parlamentar, acentuou a importância no Brasil das Convenções da OIT internamente ratificadas. É que, na qualidade de repositório de regras de direitos humanos econômicos, sociais e culturais, tais Convenções passam a ter sua imperatividade incrementada em nosso sistema jurídico.

Neste contexto, cumpre mencionar as Convenções n. 155 e n. 184 da OIT.

A Convenção n. 155 foi adotada em 1981 e ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1992. Em vigor a partir de 18 de maio de 1993, foi promulgada pelo Decreto n. 1.254/1994. Estabelece normas a respeito da segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente do trabalho, dos direitos e deveres de empregadores e empregados. Determina, em seu art. 4º, a obrigatoriedade de uma política nacional que tenha como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Ainda, a referida Convenção estabelece em seu art. 14 que deverão ser incorporadas as questões de segurança, higiene e meio ambiente de trabalho em todos os níveis de ensino e a necessidade de treinamento dos trabalhadores. Tem também, o trabalhador, o direito às informações sobre os riscos da operação que irá executar e do produto a manipular. Por fim, preconiza em seu art. 21 que “as medidas de segurança e higiene do trabalho não deverão implicar nenhum ônus financeiro para os trabalhadores”.

Já a Convenção n. 184, específica para a segurança e saúde na agricultura, aprovada em 21 de junho de 2001 em Genebra, pela OIT, prevê que os Membros devem formular e colocar em prática uma política nacional coerente em matéria de segurança e de saúde na agricultura. Tem como objetivo, elencado no seu art. 4º, a prevenção de acidentes e danos à saúde em consequência do trabalho, relacionados com o trabalho ou dele decorrentes, eliminando, atenuando ou controlando os riscos no local do

trabalho agrícola. Institui em seus artigos que é dever do empregador realizar avaliações de risco e adotar medidas preventivas e protetivas de segurança nas atividades agrícolas e de providenciar treinamento para o trabalhador rural; define os direitos e deveres dos trabalhadores sobre as questões de segurança e saúde; estabelece diretrizes para maquinário e equipamentos agrícolas, inclusive os EPIs; prescreve critérios para os produtos químicos utilizados na agricultura, seu manuseio e descarte, e determina, ainda, a implantação de sistema adequado de fiscalização e inspeção de locais de trabalho agrícola.

É dever salientar que, desde 2006, tramita, em caráter de urgência no Congresso Nacional, o PDC n. 2.351/2006, que aprova a Convenção n. 184 da OIT. Até a presente data, aguarda o parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Assim, são pertinentes as palavras de Isabella Vieira Botelho (2014, p. 245) ao afirmar que “o grande desafio tem sido o de promover a implementação efetiva das normas de proteção à saúde e à segurança”.

3.2 O Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)

Inicialmente foi constituída, em 1912, a Confederação Brasileira do Trabalho com o propósito de elaborar um programa de reivindicações para os operários. Em 1918, foi criado o Departamento Nacional do Trabalho com o objetivo de regulamentar a organização do trabalho no Brasil.

Em 1930, foi estabelecido o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio que, após diversas modificações de denominação, passou a ser designado, em 1999, Ministério do Trabalho e Emprego - MTE.

Em 1966, cria-se a Fundação Centro Nacional de Segurança, Higiene e Medicina do Trabalho - FUNDACENTRO, com o intuito de realizar estudos e pesquisas relacionados aos problemas de segurança, higiene e medicina do trabalho, em decorrência dos altos índices de acidentes e doenças do trabalho apresentados. Em 1974 foi vinculada ao Ministério do Trabalho e, em 1978, passou a ser denominada “Fundação Jorge Duprat Figueiredo, de Segurança e Medicina do Trabalho”. Tem como missão o desenvolvimento sustentável, a equidade social e a proteção do meio ambiente do trabalho.

A CLT, em seu art. 200, *caput*, delega ao Ministério do Trabalho a produção de normas sobre segurança, medicina e higiene no trabalho:

Art. 200 Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este Capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre [...].

A Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, instituída pelo Decreto n. 7.602/2011 determina as competências do MTE e da FUNDACENTRO.

Luciana Brandel de Lima (2013, p. 9), ao citar Sebastião de Oliveira, considera que:

Diante das delegações específicas e genéricas da CLT, e em sintonia com as convenções da OIT ratificadas pelo Brasil e outras leis ordinárias, o Ministério do Trabalho sistematizou as normas preventivas por intermédio da Portaria n. 3.214, de 8 de junho de 1978. Atualmente, essa Portaria representa, em nível normativo, uma primeira consolidação das normas de segurança e saúde do trabalhador no Brasil, consultada com frequência pelos profissionais que atuam na área de prevenção dos acidentes e doenças ocupacionais e pelos peritos judiciais.

4 A NORMA REGULAMENTADORA N. 31 (NR-31)

A publicação de NR-31 pela Portaria n. 86, de 3 de março de 2005, veio de encontro aos anseios dos trabalhadores rurais. O seu conteúdo foi estabelecido na forma tripartite e por consenso, a partir de reuniões (iniciadas em 2001) com membros do Ministério do Trabalho e Emprego, representantes dos produtores rurais e dos empregados.

É Norma complexa que abrange: objetivo; campos de aplicação; competências; direitos e deveres de trabalhadores e empregadores; instalação das Comissões Permanentes de Segurança e Saúde no Trabalho Rural; implementação, pelos empregadores, de ações de segurança e saúde para prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho; o Serviço Especializado em Segurança e Saúde no Trabalho Rural - SESTR; a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural - CIPATR; agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins; meio ambiente e resíduos; ergonomia; ferramentas manuais; máquinas, equipamentos e implementos; secadores; silos; acessos e vias de circulação; transporte de trabalhadores; transporte de cargas; trabalho com animais; fatores climáticos e topográficos; medidas de proteção pessoal; edificações rurais, instalações elétricas e áreas de vivência¹⁵.

Em seu item 31.3.1, a NR-31 designa competências à Secretaria de Inspeção do Trabalho para definir, coordenar, orientar e implementar

¹⁵N.do A. Apenas alguns temas abordados na NR-31 são tratados no presente trabalho.

a política nacional em segurança e saúde no trabalho rural; coordenar e supervisionar as atividades desenvolvidas pelos órgãos regionais do MTE e realizar a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural. Também compete a SIT executar, através das DRTs, as ações de fiscalização.

A Norma determina as obrigações do empregador, que deve garantir as condições de trabalho, higiene e conforto para os trabalhadores; realizar avaliações de riscos para a segurança e saúde dos trabalhadores e adotar medidas de prevenção e proteção; fornecer instruções compreensíveis em matéria de segurança e saúde; informar aos trabalhadores sobre os riscos decorrentes do trabalho e as medidas de proteção implantadas etc.

Impõe como dever do trabalhador rural: cumprir as determinações sobre as formas seguras de desenvolver as atividades, adotar as medidas de proteção e submeter-se aos exames médicos previstos na Norma.

O trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em ambiente seguro e saudável e ser consultado, através da CIPATR, sobre as medidas de prevenção adotadas. E se entender que houver risco grave e iminente para a sua segurança e saúde, além de comunicar o superior, pode interromper o trabalho.

No entender de Alexandre Demetrius Pereira (2007, p. 145), e confirmado por diversos profissionais do setor,

Verifica-se que as disposições da NR-31, regulamentando a atuação da SIT, consubstanciam-se em normas programáticas, que dependerão de boas práticas de implementação por parte do órgão destinatário, bem como da adequada destinação de recursos públicos, sem o que a norma não sairá do papel.

Pouco se dispôs, por outro lado, sobre os órgãos diretamente envolvidos com o dia-a-dia da segurança do trabalhador rural, quais sejam, as Delegacias Regionais do Trabalho e seus agentes. Nada se disse quanto à competência dos agentes públicos, sua forma de atuação, entre outros requisitos.

O empregador rural deve garantir a realização de exames médicos: admissional, periódico, de retorno ao trabalho, por mudança de função e demissional (31.5.1.3.1), com a emissão do ASO - Atestado de Saúde Ocupacional. A NR-31 não obriga o empregador ao PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional. Se estabelecer tal programa, será por ato voluntário. A Norma determina que todo estabelecimento rural deve possuir material necessário à prestação de

primeiros socorros. E, em caso de acidente, em caráter de urgência, o empregador deve garantir a remoção do acidentado, sem encargos para o funcionário.

O Serviço Especializado em Segurança e Saúde no Trabalho Rural - SESTR, contido no item 31.6, deve ser composto por profissionais especializados em medicina e segurança do trabalho e tem por objetivo desenvolver ações técnicas para tornar o ambiente de trabalho compatível com a promoção da segurança e saúde e a preservação da integridade física do trabalhador rural. A Norma determina que o dimensionamento do SESTR seja definido em função do número de empregados contratados. Estabelece que propriedade com mais de 10 (dez) e menos de 50 (cinquenta) empregados está dispensada de constituir SESTR, desde que o empregador ou preposto tenha formação sobre prevenção de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho. A constituição do SESTR é obrigatória para estabelecimentos com mais de 50 (cinquenta) empregados. Deve-se ressaltar que a referida Norma é omissa em relação ao pequeno produtor rural (85,96% dos estabelecimentos rurais do país possuem menos que 100 ha, e normalmente esses estabelecimentos possuem um número menor que 10 (dez) funcionários).

Da mesma forma, a CIPATR - Comissão Interna de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural, só está obrigada a funcionar se o estabelecimento contiver o mínimo de 20 (vinte) trabalhadores contratados por prazo indeterminado. Para o estabelecimento com 11 (onze) a 19 (dezenove) empregados e nos períodos de safra ou elevada contratação por prazo determinado, a assistência deve ser garantida pelo próprio empregador, preposto ou por profissional contratado para esse fim (31.7). Aqui, também, a norma é omissa em relação ao pequeno produtor rural.

Em seu item 31.8, a NR-31 trata dos agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins. Define quem está exposto direta ou indiretamente aos produtos e veda a atividade de manipulação e/ou aplicação por menores de 18 (dezoito) anos, maiores de 60 (sessenta) anos e gestantes. Além disso, veda o trabalho em áreas recém tratadas, antes do término do intervalo de reentrada, salvo com o uso de EPI adequado. Faz referência aos procedimentos para a pulverização aérea.

É primordial a capacitação do aplicador, mediante treinamento com carga horária mínima de 20 (vinte) horas, distribuídas em no máximo 8 (oito) horas diárias, durante o expediente normal de trabalho, conforme determinado no item 31.8.8.1. Em relação a este aspecto, na prática, percebe-se que muitas vezes o treinamento não é realizado, e quando o é, não respeita a carga horária mínima.

A Norma determina que o empregador deve fornecer os EPIs adequados e em perfeitas condições de uso e higienizados; deve se responsabilizar pela sua descontaminação e substituí-lo sempre que

necessário. Também está obrigado a fornecer água, sabão e toalhas para a higiene pessoal do aplicador. Define em seu item 31.20.2 quais são os EPIs necessários de acordo com cada atividade desenvolvida.

Preconiza a Norma que o trabalhador que apresentar sintomas de intoxicação deve ser imediatamente afastado das atividades e transportado para atendimento médico.

Na concepção do João Batista Amâncio¹⁶, médico e auditor fiscal do MTE,

[...] A NR-31 é inovadora e adequada, o que falta é uma fiscalização efetiva. O Ministério tem ciência dos problemas no campo, como a falta de treinamento, o não uso de EPI ou mesmo a comercialização de EPI fora dos padrões de conformidade. Mas faltam, ao Ministério, os recursos humanos necessários para poder atuar a contento. Muitas das fiscalizações somente são realizadas após o recebimento de denúncias.

Sebastião Geraldo de Oliveira (2014, p. 236) ensina que:

Pode parecer óbvio demais a norma estabelecer a obrigatoriedade de 'por em prática'. Não é. A luta dos dias atuais, no campo jurídico, é pela efetividade do direito, havendo mesmo certo cansaço diante de muito consenso e pouca ação. É imperioso tornar real aquilo que já é legal.

4.1 A saúde do trabalhador e o direito do trabalho

Com a Revolução Industrial despontaram doenças e acidentes decorrentes do trabalho. Com o desenvolvimento tecnológico, o número de acidentes profissionais aumentou consideravelmente.

A Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, conceitua acidente de trabalho:

Art. 19 Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

¹⁶Depoimento concedido em 31 de outubro de 2014.

Assim, por definição legal, as intoxicações humanas decorrentes do manuseio ou da aplicação de produtos fitossanitários são consideradas **acidentes de trabalho**, e podem ser classificadas em aguda, subaguda ou crônica.

Conforme explica Vilela (2006, p. 55),

[...] tecnicamente, todas as formulações de agrotóxicos possuem riscos toxicológicos, que é uma combinação entre toxicidade inerente do princípio ativo e dos adjuvantes, e a forma de exposição (dermal, inalação e ingestão).

Para Ângelo Zanaga Trapé (2012, p. 39), os efeitos da aplicação de defensivos agrícolas, para o organismo humano, dependem da classe de produto utilizado, do tempo e do tipo de exposição, da genética e da dose absorvida.

Cabe lembrar que o baixo grau de escolaridade do trabalhador rural influi de maneira decisiva para as ocorrências de intoxicações por uso de agrotóxicos. Como bem explica Aderivaldo Alves Vilela (2006, p. 91):

A utilização de forma indiscriminada e inadequada de agrotóxicos pode causar sérios problemas à saúde do trabalhador rural e impactos danosos ao meio ambiente. Por falta de informações, a maioria dessas pessoas trabalha sem equipamento de proteção individual e não segue outras importantes normas de segurança. Comercialização irregular, falta de orientação e a desinformação aliada ao baixo nível de escolaridade do trabalhador rural são os principais fatores que contribuem para os problemas decorrentes da utilização de agrotóxicos.

Para o engenheiro agrônomo e pesquisador da FUNDACENTRO, Eduardo Garcia¹⁷:

A falta de orientação e controle sobre o uso de agrotóxico, além da carência de informações sobre outras técnicas de manejo fitossanitário, que reduzam a necessidade do produto, tem impacto direto na saúde e segurança dos trabalhadores rurais, no meio ambiente e na qualidade dos alimentos que são levados à mesa do consumidor.

¹⁷GARCIA, Eduardo. Qualidade de vida no ambiente de trabalho. **Revista FUNDACENTRO**, n. 7, ano II, p. 23.

Convém advertir que em 28 de abril de 2004 foi publicada a Portaria GM/MS n. 777/2004, que dispõe sobre os procedimentos técnicos para a notificação compulsória de agravos à saúde do trabalhador em rede de serviços sentinela específica, no Sistema Único de Saúde - SUS, e assim determina:

Art. 1º Regular a notificação compulsória de agravos à saúde do trabalhador - acidentes e doenças relacionados ao trabalho - em rede de serviços sentinela específica.

§ 1º São agravos de notificação compulsória, para efeitos desta portaria:

I - Acidente de Trabalho Fatal;

[...]

VI - Intoxicações Exógenas (por substâncias químicas, incluindo agrotóxicos, gases tóxicos e metais pesados).

Mas, de acordo com Paulo Afonso Brum Vaz (2006):

A desinformação de usuários e de médicos que a estes prestam atendimento serve-se para escamotear uma realidade alarmante, não permitindo que os dados estatísticos reais cheguem ao conhecimento das autoridades sanitárias, para que sirvam de subsídio à implantação de políticas públicas tendentes a solucionar ou ao menos minorar os graves problemas.

Também comunga da mesma opinião o médico veterinário, Antonio Carlos Coelho Figueiredo¹⁸, especialista em saúde pública:

[...] Apesar de ser obrigatória a notificação decorrente de intoxicação por uso de agrotóxico, muitas vezes ela não é realizada. Ou não é diagnosticada corretamente ou simplesmente não é feito o registro porque o paciente não possui carteira de trabalho assinada, e dessa forma não há necessidade do preenchimento da papelada.

4.2 O meio ambiente do trabalho

O meio ambiente de trabalho é definido por Raimundo Simão de Melo (2013, p. 28-29) como o local onde são exercidas atividades laborais, remuneradas ou não, “baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica

¹⁸Depoimento concedido em 20 de junho de 2014.

dos trabalhadores”. Complementa que o meio ambiente “abrange o local de trabalho, os instrumentos de trabalho, o modo de execução das tarefas e a maneira como o trabalhador é tratado”.

No enfoque de João Batista Amâncio¹⁹, os principais problemas detectados pela fiscalização no meio rural dizem respeito ao não fornecimento de equipamentos de proteção individual (EPIs) ou fornecimento inadequado; os procedimentos para retirada e descontaminação dos EPIs; as instalações sanitárias, refeitórios e alojamentos inadequados; o transporte em veículos precários e impróprios; o provimento de alimentação e água potável e a concessão de intervalos para descanso.

Na opinião de Aderivaldo Alves Vilela (2006, p. 41),

[...] o processo de evolução técnico-científico requer um enfoque que envolva novas propostas, meios e alternativas que culminem na melhoria da qualidade de vida da população rural, onde o aumento da produtividade dos fatores de produção não passe pela desagregação do trabalhador rural e do meio no qual se insere.

Paulo Afonso Brum Vaz (2006, p. 42) também ensina que as gravíssimas ocorrências devido ao uso de agrotóxicos constituem um problema de saúde pública; e pela importância e incidência de intoxicações, não se pode deixar de destacar o meio ambiente de trabalho.

Instrui Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 843, 845):

Entre os direitos fundamentais do trabalhador está a proteção à vida e integridade física, que começa pela preservação do meio ambiente do trabalho. A proteção ao meio ambiente do trabalho tem por suporte um conceito: para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito deve fixar condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações onde as oficinas e demais dependências se situam, quer quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou de perigo que a atividade possa oferecer.

Raimundo Simão de Melo (2013, p. 31) é enfático ao expor que:

Não obstante existam normas legais a respeito do assunto – em alguns aspectos até em demasia –, na

¹⁹Segurança e saúde do trabalhador à luz da NR-31 do MTE: Palestra ministrada em 31.10.2014 durante o Seminário “Acidente do trabalho no meio rural: por uma atuação preventiva”. Escola Judicial, Campinas/SP.

prática, tais normas não são efetivamente cumpridas, como mostram as estatísticas de acidentes, porque, se, de um lado, existe a cultura atrasada e perversa de parte do empresariado, de outro, as multas aplicadas administrativamente pelos órgãos fiscalizadores são insuficientes para forçar os responsáveis a manter ambientes de trabalho seguros e salubres.

Dessa forma, a NR-31 é norma inovadora e adequada, e atende ao que preconizam as Convenções da OIT, mas carece ainda de avanços, principalmente no que diz respeito à atuação do Ministério do Trabalho e Emprego nas suas ações de fiscalização.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da realidade e necessidade de se aumentar a produtividade agrícola, a fim de garantir a segurança alimentar da população, o uso de tecnologias modernas se torna fundamental. Dentre as tecnologias disponíveis, a aplicação de produtos fitossanitários para reduzir as perdas nas lavouras convencionais é crucial.

Atualmente, as empresas fabricantes de defensivos agrícolas, através de sérias pesquisas, desenvolvem e comercializam produtos que possam trazer, além de maior segurança para a saúde dos aplicadores, maior qualidade ao alimento que será disponibilizado ao consumidor. Ainda procuram reduzir os impactos que possam ocorrer no meio ambiente.

Dessa forma, a legislação em vigor no Brasil relacionada aos produtos fitossanitários pode ser considerada como uma das mais rígidas existentes, e incide sobre a pesquisa, produção, rotulagem, registro, armazenamento, manuseio, aplicação e descarte de resíduos e embalagens.

Através de diversas Normas Regulamentadoras relativas à Segurança e Medicina do Trabalho, entre elas a NR-31, tem-se que o uso de equipamentos de proteção individual é obrigatório para os trabalhadores rurais que manuseiam e aplicam agrotóxicos, adjuvantes e produtos afins. Mas não basta somente o seu fornecimento pelo empregador. Há a obrigatoriedade da realização de treinamentos adequados para o trabalhador rural, já que nem sempre este pode ser supervisionado durante o trabalho, e devido ao baixo grau de escolaridade, está mais sujeito a sofrer intoxicações, configurando acidente de trabalho.

Apesar de ser estabelecida em normas, a Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho Rural não é efetivamente realizada, dificultando, desse modo, a conscientização da população rural. Nesse sentido, a realização de programas ambientais nas escolas e a participação dos órgãos de assistência técnica e extensão rural dos Estados são fundamentais para minimizar os efeitos danosos à saúde do trabalhador rural. Mas, como regra, hoje o Estado também tem se omitido.

Apesar de se reconhecer os esforços dos órgãos públicos para propiciar o avanço na legislação visando a proteção do trabalhador rural, especialmente para atender o que preconizam as Convenções da OIT, existe a falta de uma fiscalização efetiva, tanto na propriedade rural para verificar as condições do ambiente de trabalho, quanto nas empresas fabricantes de EPIs para verificar a conformidade dos equipamentos produzidos. Também, trabalhadores e produtores rurais carecem cumprir as exigências determinadas em lei para diminuir os riscos que expõem os trabalhadores aos acidentes ocupacionais.

Neste sentido, cabe transcrever o pensamento de José Guido Teixeira Júnior (2010, p. 173):

[...] para efetivação das normas de proteção à saúde do trabalhador, bem como de todas as disposições que permitem sua implementação por completo, o equilíbrio ao meio ambiente de trabalho requer a tomada de consciência do empregador sobre a real necessidade de se investir na proteção à vida e à saúde do empregado. Ao mesmo tempo, o trabalhador deve se comprometer e cumprir os preceitos que objetivam a prevenção de acidentes e doenças ocupacionais, primando pela incolumidade corporal própria e de outros [...].

[...] a questão não se resume ao cumprimento de normas [...], mas, sobretudo, deve-se considerar a valorização do ser humano, o respeito ao trabalho e à pessoa do trabalhador, bem como a promoção do bem estar social.

Por fim, nas palavras de Regis de Morais (2009, p. 181-191):

Cada homem e toda a humanidade são processos em desenvolvimento e, por conseguinte, inacabados; não somos prisioneiros do cárcere do já existente, de vez que o futuro guarda possibilidades concretas de coisas que ainda não foram tentadas seriamente.

6 REFERÊNCIAS

ANDEF. **Manual de uso correto de equipamentos de proteção individual**. Campinas: Linea Creativa, 2003.

ANDEF. Editorial. **Revista Defesa Vegetal**, ano VI, n. 33, ago./set. 1992.

BOTELHO, Isabella Vieira. Convenção n. 155 da OIT: segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho. *In*: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de *et al.* (Coord.). **Direito internacional do trabalho e as convenções internacionais da OIT**. São Paulo: LTr, 2014, p. 241-246.

BRASIL. **Legislação Federal de Agrotóxicos e Afins**. Brasília: Ministério da Agricultura, Departamento de Defesa e Inspeção Vegetal, 1998.

CAMISASSA, Mara Queiroga. **Segurança e saúde no trabalho: NRs 1 a 36 comentadas e descomplicadas**. São Paulo: Método, 2015.

DALDIN, C. A. M.; SANTIAGO, T. Equipamentos de proteção individual na segurança do trabalhador rural. *In*: ZAMBOLIM, Laercio *et al.* (Ed.). **O que os engenheiros agrônomos devem saber para orientar o uso de produtos fitossanitários**. Viçosa: UFV, 2003, p. 97-131.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FORMAGIO, Paulo Sergio. **Equipamentos de proteção individual para agricultores: o desenvolvimento de um projeto para alavancar o mercado**. Monografia MBA em Gestão Estratégica de Empresas e Negócios. Campinas: Faculdades Integradas Metropolitanas de Campinas, Centro de Pós-Graduação, 2007.

GARCIA, Eduardo. Qualidade de vida no ambiente de trabalho. **Revista FUNDACENTRO**, n. 7, ano II, p. 23, [s.d.].

GELMINI, G. A.; PELEGRINETTI, J. R.; CASTANHEIRA, L. C. **Agrotóxicos e afins. Coletânea da legislação**. Tomo IV. Campinas: Coordenadoria de Defesa Agropecuária CDA, 2002.

GELMINI, Gerson Augusto. **Agrotóxicos: legislação, receituário agrônomo**. Manual n. 29. Campinas: Coordenadoria de Assistência Técnica Integral CATI, 1991.

IBGE. **Censo Agropecuário 2006: Brasil, grandes regiões e unidades da federação**. Rio de Janeiro, 2009.

LIMA, Gedir Scardino. O papel da Norma Regulamentadora 31 de segurança e saúde no trabalho na agricultura, pecuária, silvicultura, exploração florestal e aquicultura para profissionais de Ciências Agrárias. *In: JESUS JUNIOR, Waldir Cintra de et al. (Coord.). Atualidades em defesa fitossanitária*. Alegre/ES: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Agrárias, 2007, p. 93-143.

LIMA, Luciana Brandel de. **Alcance das normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho e Emprego dentro do ordenamento jurídico**. Monografia em bacharelado de Ciências Jurídicas. Campinas: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, 2013.

LIMA, Luiz Carlos Sayão Ferreira. A evolução dos produtos fitossanitários e seu uso no Brasil. **Coleção ANDEF Ciência**, v. 2. São Paulo: ANDEF, 2013.

LUCHESE, Geraldo. **Agrotóxicos: construção da legislação**. Biblioteca digital da Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br>>.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MONTEIRO, A. L.; BERTAGNI, R. F. de S. **Acidentes do trabalho e doenças ocupacionais**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Régis de. Direitos humanos: uma edificação de séculos. *In: LEMOS FILHO, Arnaldo et al. (Coord.). Sociologia geral do direito*. 4. ed. Campinas: Alinea, 2009, p. 181-191.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Convenção n. 155 da OIT sobre saúde do trabalhador. *In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli et al. (Coord.). Direito internacional do trabalho e as Convenções Internacionais da OIT*. São Paulo: LTr, 2014, p. 233-240.

PAPA, Geraldo. O impacto da tecnologia na produção de alimentos. *In: Congresso Internacional de Propriedade Intelectual: ciência e inovação frente aos desafios de um futuro sustentável. Coleção ANDEF Ciência*. São Paulo: ANDEF, 2012, p. 29-37.

PEREIRA, Alexandre Demetrius. **Tratado de segurança e saúde ocupacional: aspectos técnicos e jurídicos**. Vol. VII: NR-29 a NR-33. São Paulo: LTr, 2007.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA JÚNIOR, Décio Ferraz. **Agrotóxicos e afins: legislações estaduais**. São Paulo: Akai, 2006.

TEIXEIRA JUNIOR, José Guido. **Dissertação: fundamentos e parâmetros para a quantificação dos danos morais e materiais decorrentes de acidentes de trabalho no setor sucroalcooleiro**. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2010.

THOMPSON, Ezron Leite. Fiscalização do comércio e uso de agrotóxicos. *In: JESUS JUNIOR, Waldir Cintra de et al. (Coord.). Atualidades em defesa fitossanitária*. Alegre/ES: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Agrárias, 2007, p. 75-91.

TRAPÉ, Ângelo Zanaga. Segurança alimentar. *In: Congresso Internacional de Propriedade Intelectual: ciência e inovação frente aos desafios de um futuro sustentável. Coleção ANDEF Ciência*. São Paulo: ANDEF, 2012, p. 38-43.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O direito ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

VILELA, Aderivaldo Alves. **Agrotóxicos: educação sanitária é o princípio mais ativo**. Goiânia: Kelps, 2006.

ZUPPI, M.; SANTIAGO, T. Avanços tecnológicos na segurança e no manuseio e aplicação de produtos fitossanitários. *In: JESUS JUNIOR, Waldir Cintra de et al. (Coord.). Atualidades em defesa fitossanitária*. Alegre/ES: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Agrárias, 2007, p. 157-173.

ZUPPI, Marçal. Defesa vegetal: legislação, normas e produtos fitossanitários. *In: JESUS JUNIOR, Waldir Cintra de et al. (Coord.). Atualidades em defesa fitossanitária*. Alegre/ES: Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Agrárias, 2007, p. 1-73.



JURISPRUDÊNCIA

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

01 - DISPENSA EM MASSA. AUSÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA PRÉVIA. CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DO PODER ECONÔMICO A CF, ao criar mecanismos de preservação da livre iniciativa, também definiu políticas de contenção de abusos do poder econômico, estabelecendo a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica. Nesse sentido, as diretrizes constitucionais vedam que as dispensas coletivas fiquem imunes a qualquer regramento jurídico. Ainda que comprovada crise financeira, tal fato por si só não isenta a empresa da obrigação de estabelecer comunicação com o sindicato, não apenas para negociar a forma de pagamento das verbas rescisórias, mas para verificar meios de evitar a dispensa coletiva ou ao menos minimizar seus efeitos nocivos. Assim, deve a demissão em massa ser precedida de ampla negociação coletiva, sob pena de ser configurado abuso do poder econômico, o que enseja indenização compensatória aos trabalhadores prejudicados. TRT/SP 15ª Região 0006724-22.2016.5.15.0000 DC - Ac. SDC PJe. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 19 dez. 2016, p. 3.

DIREITO MATERIAL

02 - ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO TRABALHADOR PAI DE FAMÍLIA. INDENIZAÇÃO. DANOS EMERGENTES. PENSÃO MENSAL. DIREITO DE ACRESCER

Na hipótese de concorrer à pensão mensal mais de um beneficiário, extinta a obrigação, em relação a qualquer um deles, pela maioria, por exemplo, o valor respectivo passa aos beneficiários remanescentes, por força do direito de acrescer, que “encontra fundamento no fato de que a renda da vítima sempre seria revertida em benefício dos demais familiares quando qualquer deles não mais necessitasse dela”. Precedentes do STJ. TRT/SP 15ª Região 0011219-83.2015.5.15.0020 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Costa. DEJT 26 jan. 2017, p. 11582.

03 - ACÚMULO DE FUNÇÕES. ATIVIDADES COMPATÍVEIS COM A CONDIÇÃO PESSOAL DO TRABALHADOR. ACRÉSCIMO SALARIAL INDEVIDO. ART. 456, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT

Considerando o *jus variandi* do empregador e em se tratando de atividades compatíveis com a condição pessoal do trabalhador (art. 456, parágrafo único, da CLT), não há que se falar em acréscimo salarial, notadamente se não houver prova de que tenha se insurgido durante o contrato (art. 468 da CLT), pois o trabalhador é remunerado pelo tempo de serviço e não pelas tarefas cumpridas (art. 4º da CLT). TRT/SP 15ª Região 0013107-25.2014.5.15.0052 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 3 nov. 2016, p. 2511.

04 - ADICIONAIS DE PERICULOSIDADE E INSALUBRIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO

Por expressa disposição legal constante no art. 193, § 2º, da CLT, não é possível o recebimento dos adicionais de insalubridade e periculosidade de forma cumulativa, cabendo ao trabalhador optar por aquele que lhe for mais benéfico. TRT/SP 15ª Região 0000941-25.2013.5.15.0139 RO - Ac. 3ª Câmara 13.308/2016-PATR. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 12 maio 2016, p. 1774.

05 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ÁLCALIS CÁUSTICOS. UTILIZAÇÃO DE PRODUTOS DE LIMPEZA

O manuseio de materiais de limpeza de uso doméstico, cuja fórmula contenha substâncias álcalis cáusticas diluídas, não gera direito ao adicional de insalubridade em grau médio, por não se enquadrar no Anexo 13, da

NR 15 da Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho. Sentença reformada. TRT/SP 15ª Região 0011360-27.2014.5.15.0121 RO - Ac 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 18 ago. 2016, p. 1255.

06 - ALTA MÉDICA DO INSS. IMPEDIMENTO DE RETORNO DO TRABALHADOR. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1º, INCISO III E ART. 7º, *CAPUT*, DA CF

Após a alta previdenciária, não há suspensão do contrato de trabalho de modo a justificar a falta de pagamento de salários. A exegese de que o empregado comprovadamente doente e sem condições de reassumir as suas funções fique sem salário e sem benefício previdenciário viola o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, CF/1988, que também se manifesta no princípio da proteção do empregado, 7º, *caput*. TRT/SP 15ª Região 000580-94.2014.5.15.0002 RO - Ac. 11ª Câmara 33.914/16-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 1º dez. 2016, p. 5206.

07 - ANOTAÇÃO EM CTPS DE QUE A REINTEGRAÇÃO DECORRERA POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NÃO DEVIDA

A anotação de que a reintegração se dera por determinação judicial não pode ser considerada desabonadora, uma vez que efetivamente retrata a realidade. E quem diz a verdade ou cumpre a decisão não pode ser tido como praticante de ato que agrida a dignidade do empregado. Haveria sim obrigação de indenizar a autora caso a determinação judicial de reintegração fosse expressa em proibir que na anotação ficasse constando o cumprimento de decisão judicial, o que não se patenteou no caso presente. TRT/SP 15ª Região 0010406-51.2015.5.15.0151 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DEJT 15 set. 2016, p. 4126.

08 - APOSENTADORIA COMPULSÓRIA (70 ANOS). ART. 40, § 1º, DA CF. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. MULTA DE 40% DO FGTS

A aposentadoria compulsória do servidor público, seja ele estatutário ou celetista, extingue automaticamente seu vínculo jurídico estatutário ou empregatício com a respectiva entidade estatal, por força do art. 40, § 1º, inciso II, da CF. A aposentadoria obtida antes de ingressar nos quadros da reclamada em nada altera a causa do rompimento do vínculo. Portanto, tendo em vista que a ruptura não partiu do reclamante e nem da vontade do empregador, mas por preceito constitucional, não pode ser caracterizada como dispensa imotivada, pelo que é indevido o pagamento da multa de 40% do FGTS. TRT/SP 15ª Região 0010450-02.2015.5.15.0012 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 22 set. 2016, p. 3820.

09 - ASSÉDIO MORAL. MERO TRATAMENTO GROSSEIRO. EXIGÊNCIA DE PRODUÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL

Para que se configure o assédio moral é necessário que estejam presentes alguns requisitos, dentre eles e, mais importantes, a repetição da conduta e a intenção do ofensor, de verdadeira destruição do ofendido. Nesse sentido, a consequência marcante do assédio moral é o dano psíquico-emocional que traz prejuízos de ordem interna gravíssimos à pessoa do assediado. Por óbvio, que em muitas situações, o dano moral decorrente do assédio é presumido em razão da difícil prova de suas consequências internas. Entretanto, deve haver nos autos, ao menos, prova de que a conduta do assediador se dirigia exclusivamente à pessoa do assediado na intenção de causar-lhe danos graves de ordem interna. Portanto, o simples tratamento grosseiro por parte do suposto assediador ou, ainda, que faça exigências quanto à qualidade dos serviços prestados, não geram o dano moral indenizável. TRT/SP 15ª Região 0010479-41.2014.5.15.0027 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 15 set. 2016, p. 2373.

10 - CARGA HORÁRIA. EMPREGADO PÚBLICO. ALTERAÇÃO. LICITUDE

O servidor que presta novo concurso para ocupação de outro emprego público, em substituição ao que antes detinha, deve se submeter à legislação vigente na data da nova admissão, no que diz respeito à carga horária a ser cumprida. Não há embasamento legal para que sejam aplicadas disposições do concurso anterior, referente a emprego público diverso do ocupado atualmente, considerando-se, ainda, que cada emprego tem natureza e complexidade específicas, nos termos do art. 37, II, da Constituição da República. TRT/SP 15ª Região 0010454-74.2016.5.15.0086 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 10 nov. 2016, p. 3266.

11 - DANO MORAL (DANO EXISTENCIAL). JORNADAS EXCESSIVAS E EXTENUANTES. INDENIZAÇÃO DEVIDA

A submissão de trabalhador a jornadas excessivas e extenuantes prejudica a vida normal, reduzindo drasticamente a possibilidade de lazer (direito social, previsto no art. 6º da CF), o convívio social e familiar, além de culminar com a exposição a riscos diversos, inclusive à saúde. Com efeito, a prestação habitual de sobrejornadas estafantes acaba por configurar dano existencial, porquanto ofende o princípio constitucional de respeito à dignidade humana. Indenização por danos morais devida. Precedentes do Regional. Recurso do Município reclamado não provido. TRT/SP 15ª Região 0010450-33.2015.5.15.0034 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 1º set. 2016, p. 1293.

12 - DANO MORAL. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. INDENIZAÇÃO DEVIDA

Cediço que os arts. 186 e 927 do Código Civil consagram a regra de que todo aquele que, por ato ilícito, causa dano a outrem é obrigado a repará-lo, estabelecendo-se, como pressupostos da responsabilidade civil, a ação ou omissão, culpa ou dolo, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima. Outrossim, a Constituição Federal assegurou a todos o direito social ao trabalho (art. 6º) e à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária (art. 7º, inciso I), tendo eleito como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos III e IV). Nessa seara, não tendo a reclamada demonstrado motivo razoável para a dispensa do reclamante, quando do tratamento da doença grave que o acometia, é inegável o abalo emocional por ele experimentado, em decorrência da dispensa abrupta e sem qualquer justificativa plausível, no momento em que mais precisou do emprego em razão da fragilidade da sua saúde, afigurando-se a hipótese de dano *in re ipsa*, o qual prescinde de comprovação de sua existência, presumindo-se em razão do ato ilícito praticado, sendo devida a correlata reparação. TRT/SP 15ª Região 0010634-33.2015.5.15.0084 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 15 set. 2016, p. 1071.

13 - DANO MORAL. MOTORISTA. CUMPRIMENTO DE JORNADAS EXTENSAS COM PREJUÍZO AO DESCANSO SEMANAL REMUNERADO E AOS INTERVALOS ENTRE E INTRA JORNADA

Configura ofensa a bens ou valores íntimos do trabalhador, de modo a ensejar a reparação por dano moral (art. 5º, inciso X, da Constituição da República), a submissão do empregado a extensas jornadas de trabalho, com sucessivos prejuízos ao descanso semanal remunerado, ao intervalo entre jornadas e à pausa para refeição e descanso, necessários à recuperação física e mental do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 0011211-80.2014.5.15.0137 - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 30 jun. 2016, p. 2709.

14 - DIREITO DO TRABALHO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA COLETIVA. MULTA CONVENCIONAL DEVIDA

A importância da negociação coletiva foi reconhecida pela Constituição Federal, como se vê do art. 7º, XXVI. É certo que o instrumento firmado faz lei entre as partes, devendo ser observado para que se alcancem os fins nela colimados. *Ad argumentandum tantum*, o princípio da autonomia coletiva tem por objeto a regulamentação normativa das condições de trabalho pelos próprios interessados, assim como sua colaboração na administração do trabalho e na justiça trabalhista. Nesse sentido, evidencia-se o predomínio dos procedimentos acordados pelas próprias

partes para resolver os conflitos que surjam entre elas. Evidenciada, portanto, a violação da norma coletiva de convenção de que o empregador é signatário, impõe-se a aplicação da multa convencional estabelecida no instrumento. AÇÃO DE CUMPRIMENTO. REITERADAS VIOLAÇÕES À NORMA COLETIVA. COMPENSAÇÃO DE JORNADA IRREGULAR. DANO MORAL COLETIVO CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A sociedade possui valores éticos que, embora possam variar de tempos em tempos e de povo para povo, são muito bem definidos no seio da comunidade em que vigoram. No ambiente Constitucional Pátrio, a dignidade humana foi erigida a valor fundamental e priorístico, de modo que qualquer ato ilícito que agrida a dignidade do homem, sem dúvida, atinge um valor ético que é especialmente prezado pela sociedade brasileira, sendo capaz de provocar, por isso mesmo, uma reação punitiva na forma de indenização por dano moral coletivo. O dano moral coletivo é o resultado de uma conduta antijurídica que, por ser absolutamente injusta e intolerável, agride os valores éticos mais caros à comunidade, provocando repulsa e indignação na consciência coletiva. Em consequência da repercussão daquela conduta antijurídica, que violou valores sociais fundamentais, exigir-se-á a responsabilização civil do agente violador, mediante a fixação de uma indenização por danos morais coletivos. Exurgindo a reiterada violação das regras e limites de compensação de jornada estabelecidas coletivamente, evidencia-se a prática abusiva por parte do empregador, sendo descabido exigir que os trabalhadores, sobretudo aqueles com contrato ativo, tenham que se arriscar e expor-se, ajuizando ações individuais para pagamento e cumprimento de normas já estabelecidas e reiteradamente descumpridas. Nítida e indene de dúvidas a violação aos princípios da boa-fé e da função social do contrato, insculpidos em nosso ordenamento jurídico (CC, arts. 422 e 421), impõe-se o reconhecimento de ato ilícito e da correspondente indenização (CC, arts. 186 e 187). TRT/SP 15ª Região 0012071-50.2014.5.15.0018 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 6 out. 2016, p. 3463.

15 - DIREITO DO TRABALHO. JORNADA DE TRABALHO. ALTERNÂNCIA DE HORÁRIO TRIMESTRAL. TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. CARACTERIZAÇÃO

Embora a alternância de turno ultrapasse a escala mensal, cumprido o regime de doze horas em escala de 2 x 2, consoante recente posicionamento da Corte Superior Trabalhista, a referida alternância, por si só, não descaracteriza o turno ininterrupto de revezamento, resultando devidas as horas superiores à 6ª diária e 36ª semanal, na forma do art. 7º, XIV, CF. Recurso a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0011604-95.2015.5.15.0031 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 20 out. 2016, p. 3629.

16 - DIREITO DO TRABALHO. RESCISÃO CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. DUPLA PUNIÇÃO. *BIS IN IDEM*. NÃO CARACTERIZAÇÃO
Ainda que haja provas para que o Juízo considere lícita a resolução contratual por culpa do trabalhador, é certo que a primeira reclamada não logrou comprovar a ocorrência de fato novo após a aplicação da pena de suspensão por 5 dias, que pudesse ensejar a penalidade máxima aplicada pela empresa, ônus do qual lhe competia, a teor dos arts. 818 da CLT e 373, II, do NCPC. Nesse contexto, observa-se que o empregado sofreu dupla punição pelos mesmos atos faltosos, o que configura *bis in idem*, não admitido pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, não demonstrada a singularidade da punição, correta a R. decisão, que reverteu a justa causa aplicada, condenando a recorrente ao pagamento das verbas decorrentes da dispensa injusta. TRT/SP 15ª Região 0012072-25.2014.5.15.0086 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 8 set. 2016, p. 2811.

17 - DOENÇA OCUPACIONAL. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE VISTORIA AMBIENTAL. FALTA DE DETALHAMENTO DO LOCAL DE TRABALHO E DE FATORES ERGONÔMICOS. LAUDO PERICIAL INSUFICIENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE
Com efeito, é sabido que o Juízo tem ampla liberdade na direção do processo e deve velar pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas (art. 765 da CLT). No caso vertente, a ausência de inspeção na empresa – em contrariedade ao disposto no art. 2º, II, da Resolução n. 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina – implicou a falta de detalhamento do local de trabalho, bem como dos fatores ergonômicos de risco em relação aos membros comprometidos. Como consequência, em razão de a matéria não estar suficientemente esclarecida, cabível a realização de nova perícia para sanar a omissão e inexatidão no resultado da primeira. Incidem ao caso, portanto, as disposições dos arts. 479 e 480 do CPC/2015, de aplicação subsidiária. Precedentes desta C. Câmara. Preliminar de cerceamento de defesa acolhida. TRT/SP 15ª Região 0010412-87.2014.5.15.0088 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 7 jul. 2016, p. 1506.

18 - DOENÇA OCUPACIONAL. LER / DORT. OPERADOR DE TELEMARKETING. RECONHECIMENTO DE CONCAUSA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS
Devida a reparação por dano moral, quando reconhecido o nexos técnico epidemiológico (NTEP) entre a patologia apresentada pela trabalhadora e os riscos ergonômicos identificados em suas atividades laborais, ínsitos às tarefas que desempenhava, ainda que a perícia tenha decidido em sentido diverso, aplicando-se, ao caso, o disposto no art. 371 do CPC. TRT/SP 15ª Região 0012935-88.2014.5.15.0018 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 1º dez. 2016, p. 4800.

19 - EMPREGADO DOMÉSTICO. CONTRATO DE TRABALHO POSTERIOR AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 72/2013 E ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 150/2015. HORAS EXTRAS E INTERVALO INTRAJORNADA. AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO LEGAL QUANTO À ADOÇÃO DE CONTROLE FORMAL DE JORNADA. ÔNUS DA PROVA DO RECLAMANTE

Embora o art. 7º, parágrafo único, da Lei Maior, na redação dada pela Emenda Constitucional n. 72/2013, seja autoaplicável no ponto em que se refere ao direito do empregado doméstico à jornada não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, é certo que antes da publicação da Lei Complementar n. 150/2015 – a qual, em seu art. 12, estabeleceu expressamente a obrigatoriedade do registro do horário de trabalho do empregado doméstico por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico, desde que idôneo – não havia previsão legal da necessidade de se fazer controle da jornada do empregado doméstico. Destaca-se inaplicável, também, ao presente caso a disposição contida no art. 74, § 2º, da CLT, considerando o disposto o art. 7º, “a”, do mesmo Diploma Consolidado, uma vez que o trabalhador doméstico não exerce suas atividades em estabelecimento, mas em residência. Assim, era da reclamante o ônus de provar o efetivo cumprimento da jornada alegada na prefacial, por se tratar de fato constitutivo do direito postulado, nos termos dos arts. 818 da CLT e 373, I, do novo CPC. TRT/SP 15ª Região 0010377-06.2015.5.15.0117 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DEJT 15 set. 2016, p. 4123.

20 - ENQUADRAMENTO SINDICAL. OBSERVÂNCIA AOS ARTS. 511 E 577 DA CLT

Para que se fixe o enquadramento sindical das categorias econômica e profissional, devemos analisar os objetivos sociais e as atividades dos trabalhadores, conjugando-se os arts. 511 e 577, ambos da CLT. O Quadro de Atividades e Profissões previsto no art. 577 da CLT, que fixa o plano básico para enquadramento sindical, divide as categorias econômicas e profissionais em grupos, que, conforme o caso concreto, e aplicando-se o art. 511 da CLT, podem desaguar em reconhecimento, pela identidade, similitude ou conexão de atividades, do reenquadramento sindical. TRT/SP 15ª Região 0012242-86.2014.5.15.0024 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 24 nov. 2016, p. 206.

21 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. DIREITO À INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DO PERÍODO DE ESTABILIDADE. INOCORRÊNCIA DA ALTERAÇÃO DA NATUREZA DO CONTRATO A PRAZO. AVISO-PRÉVIO E MULTA DE 40% DO FGTS INDEVIDOS

Inegável que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias, também na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado, como fixado pelo C. TST, por meio do item III, da Súmula n. 244. No entanto, a garantia provisória de emprego não tem o condão de transmutar a natureza provisória da contratação, de modo que a indenização substitutiva se limita ao período compreendido pela estabilidade, não se cogitando a imposição de verbas rescisórias atinentes à dispensa sem justa causa em contrato por prazo indeterminado, quais sejam, aviso-prévio e multa de 40% do FGTS. TRT/SP 15ª Região 0010755-63.2015.5.15.0051 - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 23 jun. 2016, p. 3810.

22 - ESTABILIDADE PROVISÓRIA. REINTEGRAÇÃO

Esta Especializada detém competência para reconhecer o estado incapacitante e a natureza ocupacional da lesão. Aplicação da última parte do inciso II da Súmula n. 378 do C. TST. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PERCENTUAL DE REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. ADOÇÃO DO PERCENTUAL ESTABELECIDO NA TABELA SUSEP COMO CRITÉRIO ÚNICO PARA FIXAÇÃO DO PENSIONAMENTO MENSAL. IMPOSSIBILIDADE. A tabela da SUSEP (Superintendência de Seguros Pessoais), constante da Circular n. 29/1991, destina-se ao mercado privado e fixa indenização relativa a perda funcional de estrutura anatômica do corpo humano que nem sempre guarda relação com a capacidade de trabalho para determinada função, não podendo ser considerada como critério único para fixação de indenizações decorrentes de acidente de trabalho. Deve-se considerar, também, a repercussão do *deficit* anatômico encontrado no âmbito da profissão exercida pelo trabalhador. TRT/SP 15ª Região 000903-57.2010.5.15.0029 RO - Ac. 11ª Câmara 27.312/16-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 22 set. 2016, p. 3553.

23 - EVENTUAL EXISTÊNCIA DE GRUPO ECONÔMICO. PLEITO DE VÍNCULO EFETUADO EM AÇÃO DIRECIONADA À EMPRESA NÃO BENEFICIÁRIA DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE

Sem prejuízo da existência de eventual grupo econômico, não havendo provas de que a empresa reclamada se valeu dos serviços do reclamante é inviável o reconhecimento de vínculo diretamente com tal empresa. Isso porque há patente equívoco do autor em direcionar a ação apenas em face de reclamada para qual não prestou serviços. TRT/SP 15ª Região 0010195-67.2015.5.15.0069 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Antonia Regina Tancini Pestana. DEJT 9 mar. 2017, p. 5945.

24 - FUNDAÇÃO CASA. INSALUBRIDADE INEXISTENTE

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 executam trabalhos e operações em contato permanente com pacientes e em locais apropriados. No caso, a autor não atuava em ambiente hospitalar ou assemelhado, não tinha como função cuidar de pacientes e não exercia funções típicas de paramédico, mas apenas acompanhava adolescentes em várias atividades, e, em momento algum, tinha como atividade o atendimento a doentes, motivos pelos quais indevido o adicional pleiteado. TRT/SP 15ª Região 0011771-83.2013.5.15.0031 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DEJT 10 ago. 2016, p. 1574.

25 - FUNDAÇÃO CASA/SP. DIFERENÇAS SALARIAIS DECORRENTES DO CRITÉRIO DE PROGRESSÃO HORIZONTAL POR ANTIGUIDADE SUPRIMIDO PELO PCS DE 2006. NÃO CABIMENTO

A lei não assegura ao empregado o direito de ser promovido bienalmente por antiguidade, pois os §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT apenas afastam a hipótese de equiparação salarial caso o quadro de carreiras existente na empresa discipline as promoções para os cargos vagos de forma alternada, sendo que essa alternância não tem em vista o empregado que é promovido, mas, sim, o cargo vago, que deverá ser preenchido ora por merecimento, ora por antiguidade. TRT/SP 15ª Região 0011089-54.2015.5.15.0033 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 14 jul. 2016, p. 4273.

26 - GARANTIA DE EMPREGO PRÉ-APOSENTADORIA PREVISTA EM NORMA COLETIVA. REQUISITOS PARA AQUISIÇÃO DA GARANTIA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAR AO TRABALHADOR O ÔNUS POR EVENTUAL AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO FORMAL

A exigência comunicação formal, estabelecida na norma coletiva, não pode ser interpretada como condição absoluta para aquisição da garantia de emprego pré-aposentadoria. O art. 7º, inc. XXIV, da Constituição Federal prevê a aposentadoria como direito fundamental do trabalhador. Assim, qualquer cláusula que se destine a conferir referida garantia deve ser interpretada de maneira a atribuir a máxima eficácia à norma constitucional. O oposto jamais será permitido, pois contrário ao escopo constitucional. Nesses termos, o princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade obriga o operador do Direito a buscar a ampliação de sentido das normas. As condições impostas em norma coletiva, no sentido de imprimir ao empregado obrigações relacionadas à aquisição do direito à obtenção de aposentadoria por tempo de serviço, não se coadunam com a garantia provisória de emprego instituída em instrumento coletivo de trabalho. Não é razoável imputar ao trabalhador o ônus por eventual ausência de comunicação formal, pois, como é de conhecimento público e notório, os documentos para cálculo de tempo de serviço são emitidos pelo INSS. Ademais, a empresa tem amplo

acesso aos assentamentos funcionais dos seus prestadores de serviços. GARANTIA DE EMPREGO PRÉ-APOSENTADORIA PREVISTA EM NORMA COLETIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTADORIA PROPORCIONAL. Ao trabalhador cabe a opção de aposentar-se por ocasião da implementação dos requisitos para a aposentadoria por tempo de serviço proporcional ou integral. Não se pode restringir a garantia provisória de emprego à situação ensejadora da aposentadoria proporcional, simplesmente porque menor o tempo necessário para sua obtenção. A aposentadoria proporcional deve atender ao interesse pessoal do empregado. O fato de optar pela aposentadoria integral, que constitui a regra, não tem o condão de excluí-lo do direito de usufruir do benefício assegurado através da norma coletiva. É louvável a proteção conferida ao trabalhador que está em vias de se aposentar de forma proporcional. Não se pode negar que esse é um benefício útil e prestigiado. Todavia, dele não pode decorrer a exclusão daquele que - após um maior período de trabalho - faz jus à aposentadoria integral. Recurso do reclamante parcialmente provido para condenar a reclamada ao pagamento de indenização correspondente ao período de garantia provisória pré-aposentadoria. TRT/SP 15ª Região 0010079-52.2016.5.15.0093 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 26 jan. 2017, p. 17498.

27 - GARANTIA DE EMPREGO. ART. 118 DA LEI N. 8.213/1991. APATIDÃO PLENA PARA O TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. IMPROCEDÊNCIA

Tendo o sr. perito do juízo constatado plena capacidade para o trabalho, sem qualquer limitação, e a trabalhadora confirmado que nunca precisou de afastamento para tratamento médico, não há que se falar em garantia de emprego, porquanto não preenchidos todos os requisitos do art. 118 da Lei n. 8.213/1991. TRT/SP 15ª Região 0011216-71.2015.5.15.0039 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 3 nov. 2016, p. 2271.

28 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS CONSTANTES DA LEI N. 5.584/1970. INDEVIDOS

Ainda que se admita a diferença entre honorários advocatícios contratuais e aqueles decorrentes da sucumbência, fato é que na Justiça do Trabalho a questão acerca do dever de quitar a verba honorária encontra-se disciplinada, de forma específica, pela Lei n. 5.584/1970, motivo pelo qual não aplicam as regras gerais dispostas no Código Civil Brasileiro, incluídas as dos arts. 389, 395 e 404, que têm como principal finalidade garantir à vítima o ressarcimento de seu prejuízo. Não preenchidos requisitos legais, indevidos os honorários advocatícios. TRT/SP 15ª Região 0012191-34.2014.5.15.0070 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza. DEJT 10 nov. 2016, p. 1220.

29 - HORAS EXTRAS E INTERVALO INTRAJORNADA. VALE REFEIÇÃO AOS FINS DE SEMANA. INSTALADOR/REPARADOR DE LINHAS TELEFÔNICAS

Assim se expressou o MM. Juiz da 1ª Instância, Dr. Alexandre Chedid Rossi: “Alega o autor que laborou como VIRLA (instalador/reparador) no horário das 7h00 até 19h30/20h00, de segunda a sexta-feira, e sábados e domingos das 7h00 às 17h00, com uma folga mensal no sábado e uma folga mensal no domingo, usufruindo de 20/30 minutos de intervalo. O 1º reclamado contesta a alegação do autor, impugnando a jornada alegada pelo mesmo e juntando os cartões de ponto. A prova oral constante dos autos não é favorável ao autor, pois as testemunhas ouvidas nada esclareceram acerca da efetiva jornada de trabalho do obreiro. A quantidade de ordens de serviço e a duração de cada uma, segundo a média narrada pelas testemunhas, é compatível com as horas extras anotadas em cartões de ponto e pagas em holerites, sendo que também se verifica anotação de labor em alguns finais de semana por mês, bem como o pagamento de horas extras com adicional de 100% em holerites. Vale destacar que a testemunha convidada pelo autor não presenciava os horários de entrada e saída do mesmo. Assim, diante da ausência de provas para elidir as anotações constantes nos controles de jornada juntados com a defesa, prevalecem as referidas anotações. Assim sendo, a improcedência do pedido é medida que se impõe”. Mantém-se. TRT/SP 15ª Região 0010257-14.2015.5.15.0003 RO - Ac 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 18 ago. 2016, p. 649.

30 - HORAS EXTRAS. MINUTOS QUE ANTECEDEM A JORNADA. TRAJETO INTERNO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. ART. 4º DA CLT. SÚMULA N. 429 DO TST

Salvo prova robusta em contrário, presume-se que no trajeto interno, desde o ingresso nas dependências do empregador, por meio de sua portaria principal, até o seu efetivo local de prestação de serviço, o trabalhador está à disposição do empregador, nos termos do art. 4º da CLT. Entendimento em conformidade com a Súmula n. 429 do C. TST. TRT/SP 15ª Região 0012156-02.2014.5.15.0094 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Helcio Dantas Lobo Junior. DEJT 15 set. 2016, p. 2705.

31 - HORAS EXTRAS. SEMANA INGLESA. EXISTÊNCIA DE ACORDO COLETIVO. BANCO DE HORAS PARA COMPENSAÇÃO DA JORNADA: ACERTAMENTO NO FINAL DE CADA 6 MESES. VALIDADE

Os documentos anexados com a defesa revelam a correspondência entre a quantidade de horas extras apuradas e os respectivos valores pagos sob o mesmo título, com o adicional de 70%. Também há destacamento dos pagamentos relativos aos descansos semanais laborados e feriadados (horas extras com o adicional de 100%). Tendo havido o pagamento de horas

extras, com regularidade, competia ao autor da ação, a teor do disposto no art. 818 da CLT e 373, I, do NCPC (art. 333, I, do CPC/1973), demonstrar, de forma inequívoca, ainda que por amostragem, a incorreção dos valores pagos sob o mesmo título. Reforma-se. ACÚMULO DE FUNÇÕES. DIFERENÇAS SALARIAIS. PAGAMENTO INDEVIDO. Dispõe o art. 456, parágrafo único, da CLT, que, à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado obrigou-se a todo e qualquer serviço compatível com sua condição pessoal. Assim, o fato de o reclamante ter sido contratado para exercer a função de “operador de motoniveladora” e exercer, cumulativamente, outras funções, não constitui alteração das condições de trabalho, nos termos dos arts. 444 e 468 da CLT, de forma que se impõe a aplicação do art. 456, parágrafo único, da CLT. Mantém-se. TRT/SP 15ª Região 0010144-22.2014.5.15.0027 RO - Ac 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 18 ago. 2016, p. 578.

32 - HORAS *IN ITINERE*. BASE DE CÁLCULO FIXADA POR NORMA COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE

As horas *in itinere*, nos termos do § 2º do art. 58, da CLT, integram a jornada de trabalho e, caso ultrapassado o limite diário e semanal da jornada legal, devem ser remuneradas como horas extras, com o adicional respectivo e a observância da Súmula n. 264 do TST. Portanto, constitui-se como inválida a cláusula normativa que fixa base de cálculo das horas *in itinere* em desacordo com a Súmula n. 264 do C. TST, por representar verdadeira renúncia aos direitos constitucionalmente assegurados aos trabalhadores. TRT/SP 15ª Região 0010710-21.2016.5.15.0117 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 1º dez. 2016, p. 909.

33 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DIVULGAÇÃO DE LISTA COM OS PIORES RESULTADOS. OBRIGAÇÃO DE VENDA CASADA DE PRODUTOS COM ENGANO AOS CLIENTES. COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA DEVIDA

A existência de lista, nas dependências da empresa, com os piores resultados, expondo os vendedores a constrangimentos e humilhações, a par da adoção irregular e forçada da prática de venda casada com engano e prejuízo aos clientes, caracterizam patente ofensa moral sofrida pelo trabalhador, fazendo ele jus à correlata reparação civil, a teor dos arts. 186 e 187 do CC. TRT/SP 15ª Região 0011627-54.2015.5.15.0059 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 3 nov. 2016, p. 906.

34 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Trata-se o intervalo do art. 384 da CLT de direito há muito consagrado às mulheres e devidamente recepcionado pela ordem jurídica inaugurada

em 5.10.1988. Em se tratando de fator de discriminação compatível com a finalidade da norma, não há que se falar em afronta ao Princípio da Isonomia que, evidentemente, não pode ser argumentado para justificar a exclusão de garantia legalmente prevista para a tutela específica da saúde das trabalhadoras ou ainda para estender o direito a trabalhador do sexo masculino. TRT/SP 15ª Região 0010938-76.2015.5.15.0037 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 6 out. 2016, p. 1766.

35 - INTERVALO INTRAJORNADA. PRÉ-ASSINALAÇÃO. FRUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA

É certo que o § 2º do art. 74 da CLT permite a pré-assinalação do período de repouso. Também a permite a Portaria n. 3.626/1991 do Ministério do Trabalho e do Emprego. Entretanto, a pré-assinalação do intervalo intrajornada trata-se de uma mera ficção, no sentido comum do termo, pois não há como se saber, mesmo no início de cada jornada, se o desenvolvimento do trabalho permitirá ou não que ele seja integralmente usufruído. Por outro lado, não sendo ele cumprido em sua inteireza, extremamente difícil será, para o trabalhador, anotar essa ocorrência nos controles de ponto *a posteriori*. Assim, por aplicação do princípio da aptidão da prova, afirmada em juízo a supressão do intervalo intrajornada, é do empregador o ônus demonstrar que ele foi regular e integralmente usufruído (aplicação do art. 818 da CLT). TRT/SP 15ª Região 0011779-97.2015.5.15.0093 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Costa. DEJT 16 jun. 2016, p. 3266.

36 - JORNADA DOS DOCENTES DA EDUCAÇÃO BÁSICA. DESRESPEITO À PROPORÇÃO ENTRE ATIVIDADES REALIZADAS EM SALA DE AULA E EXTRACLASSE. HORAS EXTRAORDINÁRIAS DEVIDAS

A Lei Federal n. 11.738 de 2008 estabeleceu a presunção de que os professores da educação básica despendem 1/3 da jornada total para a realização de atividades extraclasse. Pode-se afirmar, portanto, que o professor contratado para uma jornada de 30 horas semanais, que realiza mais de 25 horas em sala de aula, está trabalhando em regime de sobrejornada, ultrapassando a jornada semanal estabelecida, pois a partir desse limite se cumula o trabalho em sala de aula ao extraclasse, conforme presunção legal. Em suma, a jornada é composta pelas horas de trabalho em sala de aula e pelas horas extraclasse, não podendo haver a exclusão destas para a verificação do limite semanal, sob pena de desrespeito à Lei Federal n. 11.738 de 2008, sendo devidas as horas extraordinárias pleiteadas. Recurso obreiro a que se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0010488-05.2015.5.15.0112 RO - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa. DEJT 15 set. 2016, p. 5264.

37 - JUSTA CAUSA. DESÍDIA. FALTA GRAVE CONFIGURADA PELAS REITERADAS E INJUSTIFICADAS AUSÊNCIAS AO SERVIÇO

A obrigação primordial do empregado é comparecer assiduamente ao trabalho, não se podendo impor a uma empresa, a quem a lei delega a administração do empreendimento e assunção dos riscos da atividade, que mantenha empregado cujas ausências constantes podem comprometer a organização produtiva. Fundada e provada a desídia estampada na contumaz ausência injustificada ao serviço, conduta faltosa, capitulada na legislação, plenamente justificada a rescisão contratual por justa causa do empregado. TRT/SP 15ª Região 0010118-41.2015.5.15.0010 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 11 nov. 2016, p. 58.

38 - MANUTENÇÃO DO EMPREGADO NO PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. AUSÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO. INEXISTÊNCIA DO DIREITO À REINTEGRAÇÃO AO PLANO

O reclamante em todo período que usufruiu do plano de saúde fornecido pela empresa nunca efetuou qualquer tipo de contribuição, uma vez que o custeio era efetuado integralmente pelo empregador. Destarte, não tem direito o empregado em ser mantido no aludido plano em razão do que dispõe o *caput* do art. 30 da Lei n. 9.656/1998. TRT/SP 15ª Região 0011963-51.2014.5.15.0105 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Antonia Regina Tancini Pestana. DEJT 16 fev. 2017, p. 2125.

39 - PEDIDO DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO. VERBAS RESCISÓRIAS INDENIZATÓRIAS INDEVIDAS

A ausência de prova de vício de consentimento no pedido de demissão apresentado pelo trabalhador implica o reconhecimento da validade da manifestação da vontade e, conseqüentemente, de que são indevidas as verbas indenizatórias pertinentes à dispensa imotivada do trabalhador. TRT/SP 15ª Região 0010754-87.2015.5.15.0048 RO - Ac. 3ª Câmara PJe. Rel. Edmundo Fraga Lopes. DEJT 8 set. 2016, p. 1598.

40 - RECURSO ORDINÁRIO. RESCISÃO INDIRETA PLEITEADA PELA RECLAMANTE. JUSTA CAUSA POR ABANDONO DE EMPREGO ALEGADA PELA RECLAMADA. PROVA FAVORÁVEL À RECLAMADA. VERBAS RESCISÓRIAS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDAS

A reclamante não se desincumbiu de seu ônus de provar a rescisão indireta por rigor excessivo ou por ato lesivo da honra ou boa fama (art. 483, alíneas "b" e "e", da CLT), como lhe cabia. Por outro lado, a reclamada logrou êxito em demonstrar o abandono de emprego motivador da justa causa aplicada, tendo em vista que comprovou as ausências da reclamante, assim como o ânimo de abandonar o emprego, ao apresentar

os telegramas enviados à autora e a publicação na imprensa oficial, sendo que estes documentos não foram elididos por prova em contrário da reclamante. Assim, correta a aplicação da justa causa com amparo no art. 482, "i", da CLT, sendo indevido o pagamento de diferenças de verbas rescisórias e da indenização por danos morais. Recurso ordinário provido. TRT/SP 15ª Região 661-25.2010.5.15.0021 ReeNec/RO - Ac. 7ª Câmara 16.465/16-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 9 jun. 2016, p. 2234.

41 - RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. CONCAUSALIDADE

Concausa é o elemento que concorre com outro, formando o nexo entre a ação e o resultado, entre a atividade desenvolvida e o mal de que o trabalhador é portador; se não adquirido em função do seu trabalho, manifestado em decorrência deste como fator de eclosão ou agravamento. Presente nexo causal entre a conduta e o evento lesivo, a concausa em nada diminui a responsabilidade do agente, exurgindo o dever de reparar os danos, pois a responsabilidade civil do empregador não se limita às hipóteses de acidente do trabalho ou doença ocupacional, mas abarca as lesões porventura decorrentes de condições de trabalho adversas. DOENÇA DO TRABALHO. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. ADOÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS AO EMPREGADO. É dever da empregadora adotar medidas necessárias a garantir ao empregado seu direito fundamental a um ambiente e métodos de prevenção de doenças ocupacionais, conforme previsto no art. 7º, inciso XXII, da Constituição e art. 157 da CLT. Incorrendo em culpa por omissão grave, causando prejuízo funcional definitivo ao recorrido, é responsável pelas reparações materiais e morais, conforme previsto no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição e art. 927 do Código Civil. TRT/SP 15ª Região 0011649-75.2014.5.15.0018 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 18 ago. 2016, p. 2473.

42 - 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. Ausência de fiscalização por parte do tomador de serviços e de adoção de medidas relativas ao descumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora, ou mesmo a ocorrência de fiscalização que se mostrou absolutamente ineficiente. 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. LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO VALOR ATRIBUÍDO À CAUSA.

IMPOSSIBILIDADE. O valor atribuído à causa serve apenas de referência para o valor da condenação e nunca como limite para este último, eis que não se trata de demanda líquida, mas de ação processada pelo rito ordinário em que o valor da causa é mera estimativa para efeitos de alçada. TRT/SP 15ª Região 001350-46.2013.5.15.0027 ReeNec/RO - Ac. 11ª Câmara 33.872/16-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 1º dez. 2016, p. 5196.

43 - VÍNCULO DE EMPREGO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO AUTÔNOMO. "PEJOTIZAÇÃO". INEXISTENTE

A chamada "pejotização" é um fenômeno em que a criação de pessoas jurídicas é fomentada pelo tomador de serviços ou empregador, a fim de evitar os encargos trabalhistas. A prova quanto à sua existência deve ser clara e robusta o bastante no sentido de confirmar a ausência de vontade própria da parte que constituiu a empresa que passará a prestar serviços no lugar do então empregado. Assim, somente se evidenciada a afronta ao princípio da irrenunciabilidade aos direitos trabalhistas, inerente à relação de emprego, é que se poderá reconhecer a fraude mediante a "pejotização", hipótese não estabelecida nestes autos. Recurso da reclamada ao qual se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 003-67.2010.5.15.0096 RO - Ac. 7ª Câmara 15.392/16-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 2 jun. 2016, p. 4314.

DIREITO PROCESSUAL

44 - AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. CONSIGNATÁRIAS MENORES. LEVANTAMENTO. POSSIBILIDADE

O art. 1º, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.858/1980 determina que as cotas atribuídas a menor de idade deverão ser depositadas em caderneta de poupança, sendo disponibilizadas a este quando completar 18 anos, ressalvando a hipótese, sob autorização judicial, de soerguimento do valor para aquisição de imóvel destinado à moradia do menor e de sua família ou para dispêndio necessário à subsistência e educação do consignatário menor. No caso, comprovada a hipossuficiência econômica e que o montante é necessário para a sobrevivência de cada uma das menores, corolário certo é a autorização do levantamento de tais valores. Recurso das consignatárias, ao qual se dá provimento. TRT/SP 15ª Região 0012021-75.2014.5.15.0001 - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 10 nov. 2016, p. 1539.

45 - ACORDO EM COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFICÁCIA LIBERATÓRIA

É indiscutível a importância das comissões de conciliação prévia para a solução amigável das contendas entre empregados e empregadores sem acionar a máquina estatal, desafogando a Justiça do Trabalho e propiciando a satisfação mais célere dos reclamos dos trabalhadores. A lei que criou as comissões de conciliação prévia não prejudica os interesses dos trabalhadores, desde que cumprida segundo o escopo concebido pelo legislador, qual seja, a promoção de conciliação extrajudicial, impedindo o ingresso de mais uma ação judicial, solucionando de forma mais rápida e adequada as demandas trabalhistas. A conciliação extrajudicial é prerrogativa legal de eleger conciliadores para solucionar seus litígios, extrajudicialmente, sem afastar o direito de acesso ao Judiciário, corolário este que decorre da cláusula pétreia, inserto no art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna. Se revestido das formalidades legais, o ato jurídico será perfeito e acabado, com eficácia liberatória prevista no art. 625-E da CLT, se não apontado defeito ou vício no ato praticado, acordo firmado com a reclamada perante a Comissão Intersindical de Conciliação Prévia. TRT/SP 15ª Região 0011475-04.2015.5.15.0092 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 4 nov. 2016, p. 113.

46 - AGRAVO REGIMENTAL EM CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO QUE NÃO ACOLHEU PEDIDO DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OUTRO DEVEDOR. ATO JURISDICIONAL. TUMULTO

PROCESSUAL NÃO CARACTERIZADO. IMPROCEDÊNCIA DA CORREIÇÃO PARCIAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO

Decisão que não acolheu requerimento da 8ª executada para redirecionamento da execução contra o 4º executado, condicionando seu eventual deferimento à futura concordância do reclamante, constitui ato jurisdicional, que não detém caráter tumultuário ou abusivo, cuja revisão pela via correicional não é cabível, o que ensejou a improcedência da medida. Agravo regimental ao qual se nega provimento, por não infirmados os fundamentos da decisão recorrida. TRT/SP 15ª Região 227-45.2015.5.15.0899 AgR - Acórdão Órgão Especial Judicial 45/14-POEJ. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 6 out. 2016, p. 228.

47 - COMPLEMENTAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REGULAMENTO DE PESSOAL. SUPRESSÃO DO PAGAMENTO. PRESCRIÇÃO PARCIAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 294 DO C. TST

É parcial a prescrição da pretensão de restabelecimento do pagamento de complementação de auxílio-doença previsto em regulamento de pessoal da empresa que integra o contrato de trabalho, haja vista que a lesão se renova mês a mês. Ademais, eventual negociação coletiva que altere o contrato de trabalho de forma a prejudicar o empregado não se lhe aplica, não havendo falar em alteração do pactuado. Inaplicabilidade da Súmula n. 294 do C. TST. Precedentes desta C. Corte e do C. TST. Recurso provido. COMPLEMENTAÇÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. REGULAMENTO DE PESSOAL. ACORDO COLETIVO. ALTERAÇÃO LESIVA. As normas do regulamento de pessoal da empresa incorporam-se aos contratos individuais de trabalho, pelo que não podem ser suprimidas ou modificadas em prejuízo do empregado, nem mesmo por negociação coletiva, nos termos do art. 468 da CLT e da Súmula n. 51, I, do C. TST. Precedentes do C. TST. Recurso provido. TRT/SP 15ª Região 0010226-89.2015.5.15.0036 RO - Ac. 4ª Câmara PJe. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 9 jun. 2016, p. 1512.

48 - DISPENSA EM MASSA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL ELEITA

Não se admite, em sede de ação preponderantemente declaratória, como são classificados os dissídios coletivos, pretensão condenatória, a exemplo da reintegração do trabalhador ou condenação em pecúnia. Os dissídios coletivos de natureza jurídica possuem caráter declaratório e se destinam à interpretação de normas coletivas preexistentes. Por sua vez, os dissídios de natureza econômica visam a criação de novas condições de trabalho e possuem natureza constitutiva, pois resultam na criação de novas normas. No caso dos autos, o Ministério Público do Trabalho pretende a condenação da ré ao pagamento de indenizações

por danos à moral coletiva e individual em razão de dispensa em massa sem prévia negociação coletiva. A ação coletiva é a via processual mais adequada para a salvaguarda dos direitos sociais daqueles empregados afetados pelas demissões em massa, questão que evidentemente envolve direitos individuais homogêneos, pois decorrem de origem comum (a demissão). DISPENSA EM MASSA. INDISPENSABILIDADE DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA. CONVENÇÕES NÚMEROS 11, 98, 135, 141 E 151 DA OIT. ARTS. 1º, III, 5º, XXIII, 7º, I, 8º, III E VI, 170, III E VIII DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Diferentemente da dispensa individual (arts. 7º, I, da CR/1988 e 10, II, do ADCT da CR/1988), a dispensa coletiva não ESTÁ expressamente regulamentada pela ordem jurídica pátria. A dispensa em massa, seja ela de ordem econômica, tecnológica ou estrutural, visando à redução do quadro de pessoal (ausência de substituição dos trabalhadores), acarreta repercussões econômicas e sociais que extrapolam a relação de emprego, atingindo a coletividade de empregados e a comunidade, pelo que, evidentemente, merece uma abordagem jurídica diferenciada. A Lei Maior tem como fundamentos os princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (arts. 1º, III e IV) e, como objetivos, a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III). A Constituição prevê, ainda, o direito social ao trabalho (art. 6º), reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI) e a necessidade de intervenção sindical em questões trabalhistas coletivas (art. 8º, III e VI). A ordem econômica está fundada na valorização do trabalho, na existência digna, na função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, e 170, III, da CF), na redução das desigualdades sociais e na busca do pleno emprego (art. 170, *caput*, III, VII e VIII, da CF/1988). A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF). O amplo sistema protetivo do trabalho humano examinado conjuntamente com a livre iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, *caput*) leva à necessidade imperiosa de negociação coletiva prévia à dispensa em massa, a fim de evitá-la ou, ao menos, amortizar seus efeitos. A Convenção 158 da OIT declara que havendo dispensas coletivas por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, o empregador deverá informar oportunamente à representação dos trabalhadores, manter negociações com essa representação e notificar a autoridade competente, cientificando-a da sua pretensão, dos motivos da dispensa, do número de trabalhadores atingidos e do período durante o qual as dispensas ocorrerão. No Brasil, a Convenção 158 da OIT foi ratificada pelo Decreto Legislativo n. 68 de 17.9.1992, mas foi denunciada em 20.11.1996. A constitucionalidade do Decreto n. 2.100, de 1996, encontra-se *sub judice* por intermédio da ADI n. 1.625, sob o argumento de que o referido decreto dependeria de aprovação do Congresso Nacional, o que efetivamente

não ocorreu. Não obstante, a recusa à negociação coletiva por parte da empresa caracteriza ato antissindical, nos termos do art. 4º da Convenção 98 da OIT. Configura também ato abusivo (art. 187 do CC), por violar a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do CC). Ademais, à luz dos princípios do Direito Coletivo do Trabalho (deveres de boa-fé, informação, transparência etc.) e da Recomendação n. 163 da OIT, a empresa deve fornecer ao sindicato profissional informações sobre sua situação econômica e quanto à pretensão de redução do quadro, a fim de possibilitar a negociação coletiva, de modo a evitar, estabelecer critérios ou, em último caso, atenuar os efeitos da dispensa coletiva. As Recomendações n. 119 e 166 da OIT estabelecem, como alternativas a serem definidas na negociação, transferências internas, suspensão do contrato para qualificação (*lay off*), concessão de férias coletivas, diminuição das horas extras, redução salarial geral, entre outras. É certo que a livre iniciativa, no estado democrático brasileiro, deve ser protegida e estimulada, porém deve se adequar aos demais princípios constitucionais fundamentais, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho, bem como ao fato de que, no sistema constitucional brasileiro, a atividade econômica deve cumprir sua função social e buscar o pleno emprego. Este é o caso das dispensas em massa, nas quais ocorre uma rescisão simultânea, por um único motivo, de uma pluralidade de contratos de trabalho. Diante do potencial lesivo deste ato potestativo do empregador sobre a sociedade, foram fixados limites ao seu exercício, com a necessária negociação coletiva prévia, para possibilitar a discussão dos critérios e a forma da dispensa. Como a demissão coletiva gera impactos que transcendem a esfera individual, nada mais razoável do que permitir aos trabalhadores a participação no processo de modo que possam sugerir medidas capazes de evitar ou ao menos minorar os prejuízos sofridos. Sob pena de configurar abuso do poder econômico, não se pode reconhecer a discricionariedade absoluta do empregador para as demissões coletivas, sem prévia e ampla negociação com os entes sindicais. A ausência de negociação coletiva prévia à dispensa em massa caracteriza ato abusivo e ofensivo à dignidade da pessoa humana, aos valores sociais do trabalho e à cidadania. TRT/SP 15ª Região 0010125-07.2014.5.15.0030 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 3 nov. 2016, p. 5603.

49 - MANDADO DE SEGURANÇA. ACIDENTE DE TRABALHO. ÓBITO. PENSIONAMENTO PROVISÓRIO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. PROVA DA VEROSIMILHANÇA. RELATIVIZAÇÃO DO PRESSUPOSTO DA REVERSIBILIDADE. SACRIFÍCIO DE UM BEM JURÍDICO DE MENOR VALOR EM RELAÇÃO A OUTRO MAIS VALIOSO AO DIREITO. PROPORCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA. Decisão impetrada, que deferiu, em antecipação de tutela, o pensionamento

provisório, em caso de acidente de trabalho que ocasionou a morte do genitor e cônjuge das autoras, calcada na existência de provas que demonstram a verossimilhança das alegações lançadas no pedido antecipatório, entendendo o Juízo de 1º grau estarem preenchidos os requisitos legais, não padece de qualquer ilegalidade, não restando a presença do *fumus boni iuris*. Igualmente com relação ao *periculum in mora*, por se tratar de conflito entre os bens jurídicos do empregador no *mandamus*, e da litisconsorte, na tutela antecipada. Ao sopesar-se tais interesses emerge, incontestemente, o princípio da dignidade da pessoa humana do trabalhador, estampado no art. 1º, III da Magna Carta, em prejuízo do direito à propriedade do empregador, o qual deverá atender a sua função social, nos termos do art. 5º, XXII e XXIII, da CF. Ainda que se reconheça a possibilidade de um remoto risco de irreversibilidade da medida, não há como ignorar a situação fática relatada nos autos originários e evidenciada por meio de prova suficiente da sua verossimilhança, em relação às condições de saúde da 2ª autora menor, que demandaram o desligamento do emprego pela sua genitora e 1ª autora. Ante tais elementos, tem-se que o não pagamento da pensão mensal constitui-se em medida muito mais gravosa do que o eventual prejuízo pecuniário a ser suportado pela impetrante, uma vez que tal verba, de natureza alimentar, é indispensável à subsistência das autoras. Nesta circunstância e neste âmbito excepcional de cognição, presentes os requisitos autorizadores do deferimento da tutela antecipatória, a segurança deve ser negada, em razão da inexistência do direito líquido e certo sustentado pela impetrante e, igualmente, de qualquer ilegalidade ou abuso de poder. TRT/SP 15ª Região 0005393-05.2016.5.15.0000 - Ac. 1ª SDI PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 14 jul. 2016, p. 123.

50 - MULTA DO ART. 477 DA CLT. MASSA FALIDA. DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA APÓS RESCISÃO CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 388 DO C. TST

É inaplicável a Súmula n. 388 do C. TST nos casos em que a falência é decretada após a rescisão contratual do empregado, porquanto os bens do empregador ainda se encontravam disponíveis. JUROS. MASSA FALIDA. O art. 124 da Lei n. 11.101/2005 condiciona sua aplicação à insuficiência do ativo apurado para o pagamento dos credores subordinados, cuja comprovação se faz necessária para o sobrestamento dos juros. TRT/SP 15ª Região 0010081-20.2015.5.15.0105 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 30 jun. 2016, p. 2860.

51 - NULIDADE DA SENTENÇA. “DECISÃO SURPRESA”. NÃO CONFIGURADO

Segundo estabelece o art. 4º, § 2º, da Instrução Normativa n. 39 do C. TST, não se considera “decisão surpresa” (vedada pelos arts. 9º e 10 do NCPC) a

que, à luz do ordenamento jurídico nacional e dos princípios que informam o Direito Processual do Trabalho, as partes tinham obrigação de prever, concernente às condições da ação, aos pressupostos de admissibilidade de recurso e aos pressupostos processuais, salvo disposição legal expressa em contrário. A “decisão surpresa” se refere, portanto, ao mérito da causa, o que não é a hipótese dos autos, pois a sentença extinguiu o feito sem resolução de mérito, valendo salientar que a questão relacionada à lide simulada em nada se refere às matérias de mérito do processo. TRT/SP 15ª Região 0011765-77.2015.5.15.0008 - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 10 nov. 2016, p. 1516.

52 - NULIDADE PROCESSUAL. CARACTERIZAÇÃO. INOBSERVÂNCIA DOS DITAMES LEGAIS. INTERESSE DE INCAPAZ. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. INTERVENÇÃO OBRIGATÓRIA. ARTS. 82, I, DO CPC/1973; 178, II, DO CPC/2015 E 794 DA CLT

É obrigatória, sob pena de nulidade, a intervenção do Ministério Público nos processos com interesse de incapazes. É o que determinam os arts. 82, I, do CPC; 178, II, do CPC/2015; 201, VIII, 202 e 204 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990) e 112 da Lei Complementar n. 75/1993. No caso, a ausência da participação ministerial como *custos legis* trouxe prejuízos à defesa dos interesses da pessoa incapaz, ante a pronúncia da prescrição quinquenal e a improcedência de pleito por falta de provas. Assim, nos termos dos arts. 794 e 795 da CLT, a nulidade de todos os atos processuais desde a primeira audiência realizada é medida que se impõe. Parecer acolhido. Prejudicada a análise dos recursos ordinários. Precedentes. TRT/SP 15ª Região 0000351-10.2014.5.15.0108 RO - Ac. 4ª Câmara 29.277/16-PATR. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 6 out. 2016, p. 1475.

53 - PRELIMINAR DE COISA JULGADA EM AÇÃO INDIVIDUAL. PEDIDO JÁ FORMULADO EM AÇÃO COLETIVA. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. HIPÓTESE DE CABIMENTO

Na hipótese de ação coletiva promovida pelo sindicato de classe objetivando interesse individual homogêneo decorrente de origem comum (art. 81, III, do CDC), a decisão constitui coisa julgada apenas quando há procedência do pedido (art. 103, *caput*, e inciso III do CDC). Caso contrário, **não** é vedado ao trabalhador o ajuizamento de ação individual. TRT/SP 15ª Região 0011095-47.2014.5.15.0049 - Ac. 9ª Câmara PJe. Rel. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira. DEJT 14 jul. 2016, p. 4274.

54 - PRESCRIÇÃO NUCLEAR. DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE TÍPICO. PEDIDOS INDENIZATÓRIOS PRESCRITOS. FATO OCORRIDO ANTES DA EC N. 45/2004, E AÇÃO PROPOSTA APÓS. PRAZO PRESCRICIONAL DE 3 ANOS, APLICÁVEL À ESPÉCIE

A jurisprudência do C. TST pacificou entendimento de ser aplicável a prescrição prevista na legislação civil à pretensão de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional quando a lesão ocorre antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004. Assim, é de se observar a regra de transição prevista no art. 2.208 do Código Civil de 2002. Transcorridos mais de dez anos da data da lesão, por ocasião da entrada em vigor do Código Civil de 2002, ocorrida em 11.1.2003, será mantido o prazo prescricional vintenário anteriormente disposto no art. 177 do Código Civil de 1916. Por outro lado, se não houver transcorrido mais de dez anos, a contar da data da lesão, incidirá o prazo prescricional de três anos, previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do Novo Código Civil, cujo marco inicial será a data de vigência do novo regramento civil. No caso em análise, o acidente ocorreu em 7.2.1996, ou seja, antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, e a ação foi proposta na Justiça do Trabalho somente em 31.1.2015, mais de três anos após a entrada em vigor do Código Civil de 2002, motivo pelo qual a pretensão da primeira reclamante se encontra fulminada pela prescrição nuclear. O mesmo dispositivo legal aplica-se aos filhos do *de cuius*. Porém, como eram menores na data do acidente, o prazo prescricional, para eles, começou a contar a partir da maioridade, ocorrida em 3.6.2007 e 31.5.2011. Assim, ajuizada a ação somente em 31.1.2015, deve ser reconhecida, também para eles, a prescrição total. Sentença que se mantém. RECURSO CONDICIONADO OU SUBORDINADO. É certo que o recurso adesivo interposto pela reclamada visou, precipuamente, evitar a preclusão das questões por ela levantadas, não obstante tenha sido a reclamatória julgada prescrita. A interposição de recurso adesivo, na hipótese, é admitida por cautela, de modo que tal apelo possa ser examinado apenas no caso de provimento total ou parcial do recurso principal. Excepcionalmente, admite-se o manejo de tal recurso, denominado pela doutrina de condicionado ou, ainda, subordinado, visto que sua análise só é possível, e somente só, no caso de provimento do apelo da parte contrária. Portanto, e diante da rejeição do recurso obreiro, com a manutenção do *decisum* originário, reputa-se prejudicada a análise do recurso adesivo patronal, já que, *in casu*, estava condicionada ao eventual provimento da apelação principal, o que não se deu. TRT/SP 15ª Região 0010163-73.2015.5.15.0130 RO - Ac 1ª Câmara PJe. Rel. Olga Aida Joaquim Gomieri. DEJT 18 ago. 2016, p. 589.

55 - PRESCRIÇÃO. PRAZO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE DOENÇA OCUPACIONAL. CIÊNCIA DA LESÃO POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/2004

A Justiça do Trabalho possui regras próprias sobre prescrição, que, após a vigência da Emenda Constitucional n. 45, afastam a aplicação daquelas

existentes no Código Civil Brasileiro, aplicando-se o prazo prescricional previsto no art. 7º, inciso XXIX, da CF de 1988 também às ações indenizatórias. Portanto, não tendo transcorrido o prazo quinquenal previsto no art. 7º, XXIX, da CF e não havendo pretensão punitiva e tampouco condenação ao adimplemento de qualquer obrigação com exigibilidade anterior ao quinquídio constitucional, não há prescrição a ser pronunciada. Sentença mantida por outros fundamentos. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE OU DOENÇA DO TRABALHO. REQUISITOS.** Para surgir o direito à indenização por danos materiais ou morais, é necessário, primeiramente, que fique configurado o acidente de trabalho ou a doença ocupacional e, depois, que tais resultem de dolo ou mera culpa do empregador, somente subsistindo o direito à indenização quando caracterizadas ambas as situações referidas. Mais: para surgir o direito à indenização por danos materiais (art. 950 do Código Civil), é necessário, além dos requisitos anteriores, que fique provado o prejuízo patrimonial do empregado e exista nexo de causalidade entre o acidente de trabalho ou a doença profissional adquirida durante o contrato de trabalho ou em decorrência dele e a redução da capacidade laboral, ou a impossibilidade de trabalhar. Recurso da reclamada ao qual se nega provimento. **CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS PERICIAIS.** O termo inicial da correção monetária incidente sobre honorários periciais, somente se dá com seu arbitramento em decisão judicial. Inteligência do art. 1º da Lei n. 6.899/1981, conforme a OJ n. 198, da SDI-1, do C. TST. TRT/SP 15ª Região 150500-96.2008.5.15.0053 RO - Ac. 7ª Câmara 15.442/16-PATR. Rel. Manuel Soares Ferreira Carradita. DEJT 2 jun. 2016, p. 4324.

56 - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ANTERIOR COM QUITAÇÃO PELO OBJETO DA AÇÃO E COM RELAÇÃO AO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. NOVA RECLAMAÇÃO COM PEDIDO DE REPARAÇÃO CIVIL. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA

Considerar que o trabalhador não poderia ingressar em juízo para pleitear verbas e direitos que nunca postulou, sob o fundamento de que a eles renunciou, seria afrontar os princípios processuais, inclusive o de amplo acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988), notadamente porque os haveres trabalhistas, em regra, dizem respeito ao mínimo existencial; estão protegidos por normas de ordem pública e não podem ser renunciados ou alienados. Impossível negar ao trabalhador direitos sociais e trabalhistas amplamente protegidos pelo ordenamento jurídico, direitos fundamentais fundados na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho, apenas para acolher argumentos meramente formais. Ainda que se considere suplantável a primeira premissa, a quitação em relação às verbas referentes ao extinto contrato de trabalho obviamente não alcança a indenização por danos decorrentes de acidente de trabalho ou doença profissional, por tratar-se de direito à

saúde, personalíssimo e indisponível, indispensável à manutenção da vida em sentido amplo, aí compreendido não apenas o direito à manutenção do funcionamento dos órgãos vitais, à sobrevivência, mas à saúde que permita a existência de forma digna. Não bastasse, os acidentes e doenças do trabalho geram lesões que não podem ser consideradas estritamente trabalhistas. A quitação geral do objeto e do extinto contrato tem eficácia liberatória restrita aos créditos trabalhistas típicos, não produzindo os efeitos de coisa julgada quanto a outros pedidos de natureza civil não formulados na reclamação em que houve acordo, como os pedidos de indenização por danos morais, estéticos e materiais em razão de doença ou acidente de trabalho, os quais não podem ser conceituados como créditos resultantes da relação laboral, e sim, direito indenizatório de natureza civil, amparado pelo direito comum. O quarto ponto a ser analisado é o de que, na transação, a interpretação é restritiva (art. 843 do Código Civil); Logo, as parcelas referentes ao direito à reparação pelos danos causados pelo acidente ou doença do trabalho deveriam estar consignadas expressamente no acordo, notadamente porque a indenização decorrente de acidente/doença profissional não é crédito trabalhista *stricto sensu*. Logo, indispensável a discriminação, no termo do acordo, sobre o seu alcance e limites, pois não há transação sobre objetos incertos e indeterminados. Assim, o acordo judicial firmado na reclamação trabalhista anterior não tem o condão de fulminar pela coisa julgada a pretensão do trabalhador nos presentes autos, pois as indenizações por dano moral, estético e material, derivadas de acidente laboral não fazem parte das verbas relativas ao extinto contrato de trabalho, apenas decorrem da relação empregatícia (art. 114, VI, da CF), mantendo a sua índole do direito comum. Por fim, no caso dos autos, na data da realização do acordo, o dano sequer havia se consolidado. Logo, o trabalhador não tinha conhecimento da extensão das lesões, as quais, segundo o perito de confiança do Juízo, são graves e irreversíveis. O reclamante não poderia celebrar acordo sobre lesão com extensão incerta. Acrescento que o reclamante alega que seu problema de saúde vem se agravando e, portanto, não se trata de lesão consolidada na vigência do contrato de trabalho. Recurso do reclamante parcialmente provido para afastar a coisa julgada e remeter os autos para a Origem, para que aprecie os pedidos formulados na inicial como entender de direito. TRT/SP 15ª Região 0011640-30.2015.5.15.0099 RO - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. João Batista Martins César. DEJT 26 jan. 2017, p. 17898.

57 - RECURSO ORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. DEPÓSITO RECURSAL NÃO RECOLHIDO. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.007 DO NCPC

A comprovação do depósito recursal deve acompanhar o referido recurso dentro do prazo para sua interposição, segundo disciplinam os arts. 899, § 1º, da CLT e o 7º da Lei n. 5.584/1970, sob pena de ser considerado

deserto. Inaplicável ao caso os termos do art. 1.007, § 2º, do NCPC, pois concernente unicamente às custas processuais, não ao depósito recursal. TRT/SP 15ª Região 000729-37.2013.5.15.0128 RO - Ac. 11ª Câmara 27.313/16-PATR. Rel. Hélio Grasselli. DEJT 22 set. 2016, p. 3554.

58 - RECURSO ORDINÁRIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. MULTA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO ADVOGADO. APURAÇÃO EM AÇÃO PRÓPRIA

A responsabilidade do patrono da parte, por lide temerária ou litigância de má-fé, deve, nos termos do art. 32 da Lei n. 8.906/1994, ser apurada em ação própria. Inviável, portanto, a sua imediata condenação solidária para responder pela multa. TRT/SP 15ª Região 0011184-38.2015.5.15.0113 RO - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Luciane Storel da Silva. DEJT 10 ago. 2016, p. 1425.

59 - SINDICATO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE DE PARTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º, III, CF

O Excelso Supremo Tribunal Federal já consolidou o entendimento no sentido de que os sindicatos têm legitimidade para atuar na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais homogêneos dos integrantes da categoria, como substituto processual, conforme inteligência do art. 8º, inciso III, da CF, mostrando-se, portanto, viável o ajuizamento de ação coletiva com o intuito de caracterizar o ambiente laboral delimitado como insalubre e perigoso e assegurar aos empregados substituídos a percepção dos correlatos adicionais. Inteligência do art. 8º, III, da CF. TRT/SP 15ª Região 0010118-68.2016.5.15.0022 RO - Ac. 1ª Câmara PJe. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 15 set. 2016, p. 680.

60 - TUTELA DE EVIDÊNCIA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 311, IV, DO NCPC

A juntada, na petição inicial, de documentos suficientemente robustos, não contrapostos pela reclamada de forma a gerar dúvida razoável, enseja a concessão de tutela de evidência, inclusive pelo Tribunal (inciso IV do art. 311 do NCPC, subsidiariamente aplicável ao processo do trabalho - art. 769 da CLT e art. 3º, VI, da Resolução n. 203/2016 do C. TST). Acresça-se que, diante de um quadro de evidência razoavelmente amparada em documentos sólidos, postergar para o final o pensionamento em favor da viúva e dos órfãos, que precisam sobreviver até lá sem os cuidados do *de cujus*, seria tornar letra morta a garantia do acesso efetivo à jurisdição, tornando o resultado inútil em razão do tempo. Tal medida pode ser concedida de ofício. Se no processo do trabalho o Juiz deve iniciar a execução de ofício, seria um contrassenso impedir a concessão de antecipação de uma tutela de evidência, especialmente diante de direitos alimentares,

que não exigem sequer a prestação de caução (art. 521, I, NCPC). Como se não bastasse, o NCPC pode ser aplicado subsidiariamente ao processo do trabalho, mas sob o filtro do princípio da proteção, o que também abre espaço para a concessão da tutela de ofício. Tal providência também deve ser tomada pela Câmara do TRT, pois os recursos trabalhistas têm efeito meramente devolutivo (art. 899, CLT), o que em boa hora foi adotado pelo NCPC (art. 520). Todavia, mesmo diante da hipótese de uma tutela de evidência, a reclamada tem o direito à produção de provas relevantes e pertinentes, sob pena de cerceamento de defesa. Anulação decretada, em decorrência do cerceamento de defesa, sem prejuízo da concessão de ofício da tutela de evidência, a fim de que as reclamadas, no prazo de dez dias após a publicação do acórdão, passem a pagar pensão aos autores. TRT/SP 15ª Região 0011413-19.2014.5.15.0085 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 22 set. 2016, p. 1758.

DIREITO RURAL

61 - AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO SUJEITO PASSIVO. ABUSO DO DIREITO DE COBRANÇA

A publicação de editais genéricos, sem a notificação pessoal do sujeito passivo e em desatendimento aos demais preceitos legais, não é suficiente para constituição do crédito tributário, o que torna abusivo o direito de cobrança. TRT/SP 15ª Região 0013342-55.2015.5.15.0052 ROPS - Ac. 11ª Câmara PJe. Rel. Antonio Francisco Montanagna. DEJT 3 nov. 2016, p. 6415.

62 - CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. NATUREZA TRIBUTÁRIA. ÍNDICE DE JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL. LEIS N. 8.022/1990, 8.981/1995 E 9.065/1995

Ante a natureza tributária da contribuição sindical rural, somente a taxa SELIC deve ser utilizada como índice de correção monetária e juros de mora, não acumulável com outro índice no mesmo período, consoante dispõe o art. 13 da Lei n. 9.065/1995. No caso do trânsito em julgado da determinação de aplicação de juros de mora de 1% ao mês e, havendo requerimento de utilização do INPC como índice de correção monetária, aplica-se este índice, mantendo-se os juros de mora de 1% ao mês já fixados, devendo, entretanto, a soma da correção monetária e dos juros de mora aplicados limitar-se ao índice da taxa SELIC do período. TRT/SP 15ª Região 0010568-23.2013.5.15.0149 RO - Ac. 6ª Câmara PJe. Rel. Jorge Luiz Costa. DEJT 19 abr. 2016, p. 2697.

EXECUÇÃO

63 - AÇÃO ANULATÓRIA DE PENHORA E ARREMATAÇÃO. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. VALIDADE DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. IRRELEVÂNCIA

Embora o art. 1.245 do Código Civil estabeleça que a transferência da propriedade de bem imóvel se perfaz mediante o registro translativo, tal condição de validade do negócio jurídico não tem caráter absoluto, diante da proteção ao direito de propriedade assegurada pelo art. 5º, XXII, da Constituição Federal. Nesse aspecto, o registro tem como finalidade principal a publicidade do ato perante terceiros, de modo que a forma não pode prevalecer sobre a efetiva propriedade do bem. A escritura pública de compra e venda, firmada antes do ajuizamento da reclamação trabalhista da qual se originou o ato de constrição, ainda que não submetida ao competente registro junto à matrícula do imóvel, comprova a boa-fé do adquirente, sendo nulos aos atos de penhora e arrematação do bem. Inteligência da Súmula n. 84 do STJ. TRT/SP 15ª Região 0011396-36.2015.5.15.0056 RO - Ac. 5ª Câmara PJe. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 18 ago. 2016, p. 3082.

64 - EXECUÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL

Deferido o pedido de recuperação judicial, o patrimônio da empresa não poderá ser atingido por decisões prolatadas por juízo diverso do universal, sob pena de comprometer o sucesso do Plano recuperatório e de violar o princípio da continuidade da empresa. Desse modo, mesmo que se trate de crédito não concursal, a competência para prosseguir com a execução é do juízo da recuperação judicial. Tal entendimento decorre do pressuposto de que o retorno ou manutenção das execuções perante a JT, inviabilizaria a recuperação e precipitaria a falência, o que, de qualquer forma, resultaria na submissão da execução ao juízo universal. TRT/SP 15ª Região 0001359-11.2013.5.15.0026 AP - Ac. 7ª Câmara PJe. Rel. Carlos Augusto Escanfella. DEJT 18 ago. 2016, p. 3850.

65 - PENHORA DE SALÁRIOS E PROVENTOS NO NOVO CPC. IMPENHORABILIDADE

O art. 833, § 2º, do Novo CPC, ampliou as exceções à impenhorabilidade dos salários e proventos, anteriormente disciplinada pelo art. 649 do CPC/1973. De acordo com a nova disciplina legal, é admissível a penhora de valores superiores a 50 salários-mínimos, além da penhora destinada

ao pagamento de “prestação alimentícia, independentemente de sua origem”. A única alteração significativa para aplicação no Processo do Trabalho é o limite de 50 salários, hipótese não verificada no caso dos autos. Manteve-se intacto o entendimento, já fixado pela OJ n. 153 da SDI II do C. TST, de que a prestação alimentícia é espécie e não gênero, sendo que o próprio legislador cuidou de distinguir o crédito trabalhista das prestações alimentícias, no § 3º do art. 833 do Novo CPC. Segurança concedida para desconstituir a penhora de proventos determinada pelo MM. Juízo impetrado. TRT/SP 15ª Região 0005964-73.2016.5.15.0000 - Ac. 8ª Câmara PJe. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos De Biasi. DEJT 13 out. 2016, p. 303.

SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT 15ª REGIÃO*

Divulgadas de 25 de agosto de 2016 a 13 de março de 2017

(1 a 68 - constam nas edições anteriores deste periódico)

- 69 - AÇÃO DE CUMPRIMENTO. SALÁRIO HABITAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO DA CATEGORIA. A agremiação sindical, por força do parágrafo único do art. 872 da CLT, tem legitimidade ativa para, em ação de cumprimento, postular, em prol da categoria, o salário habitação previsto em norma coletiva.
- 70 - ACIDENTE/DOENÇA DO TRABALHO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA LESÃO POSTERIOR A 30.12.2004. VIGÊNCIA DA EC N. 45/2004. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. Aplica-se a prescrição trabalhista a que alude o art. 7º, XXIX, da CF/1988, bienal ou quinquenal, a depender do caso, às pretensões indenizatórias decorrentes de acidente/doença do trabalho quando a ciência inequívoca da lesão ocorrer após 30.12.2004, quando já vigorava a EC n. 45/2004.
- 71 - BANCO SANTANDER. GRATIFICAÇÃO SEMESTRAL PREVISTA EM REGULAMENTO INTERNO. SUPRESSÃO. PRESCRIÇÃO TOTAL. Tratando-se de pedido de diferenças salariais resultantes da supressão ou redução de gratificação semestral, não prevista em lei, aplica-se o entendimento consolidado na Súmula n. 294, primeira parte, do C. TST.
- 72 - AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO E CESTA ALIMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA POR NORMA COLETIVA OU ADESÃO AO PAT. OJ N. 413-SDI1/TST. A pactuação em norma coletiva conferindo caráter indenizatório à verba “auxílio-alimentação” ou a adesão posterior do empregador ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT - não altera a natureza salarial da parcela, instituída anteriormente, para aqueles empregados que, habitualmente, já percebiam o benefício. Aplicação da OJ n. 413-SDI1/TST.

*Os acórdãos a que se refere o inciso IV do art. 194 do Regimento Interno deste Regional estão disponibilizados na versão eletrônica da Revista.

- 73 - AÇÃO COLETIVA E AÇÃO INDIVIDUAL. LITISPENDÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. A ação coletiva movida pelo sindicato da categoria, na condição de substituto processual, não induz litispendência em relação à ação individual com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.
- 74 - HORAS *IN ITINERE*, ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA. INVALIDADE. É inválida a fixação por norma coletiva de base de cálculo inferior àquela que é utilizada para o cálculo das horas extras.
- 75 - MUNICÍPIO DE GABRIEL MONTEIRO. REGIME JURÍDICO ESTATUTÁRIO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Lei Municipal n. 356/1973, Estatuto dos Funcionários Públicos Municipais de Gabriel Monteiro, não foi revogada pela Lei Municipal n. 932/1990, porque esta última, a despeito de instituir o regime celetista, previu a manutenção do regime estatutário até o advento de lei complementar regulamentadora da transposição dos servidores ao novo regime adotado. Com a revogação da Lei Municipal n. 932/1990 pela Lei Municipal n. 1.201/1998, sem que editasse a lei complementar referida, deve prevalecer o regime estatutário originalmente instituído pela Lei n. 356/1973. Incompetência da Justiça do Trabalho.
- 76 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E/OU MATERIAL. EC N. 45/2004. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 219 E N. 329 DO TST. A indenização por dano moral e/ou material decorrente de relação de emprego possui natureza trabalhista, não ensejando assim o recebimento de honorários advocatícios pela mera sucumbência. Entendimento das Súmulas n. 219 e n. 329 do C. TST.
- 77 - ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ATIVIDADES DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA PATRIMONIAL. LEI N. 12.740, DE 8.12.2012. É devido o adicional de periculosidade em favor dos trabalhadores sujeitos a roubos ou outras espécies de violência física, nas atividades de segurança pessoal ou patrimonial, somente a partir de 3.12.2013, data da publicação da Portaria MTPS n. 1.885/2013, que regulamentou o art. 193, II, da CLT.

- 78 - MUNICÍPIO DE QUELUZ. SEXTA PARTE. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da parcela denominada sexta parte, garantida pelo art. 34 da Lei Municipal n. 490/2010, é o salário, excluídas as vantagens pecuniárias, permanentes ou temporárias. Inteligência dos arts. 2º, III e IV, e § 2º do art. 34 da mesma lei.
- 79 - DESCANSO SEMANAL REMUNERADO. INTEGRAÇÃO DAS HORAS EXTRAS. NÃO REPERCUSSÃO NO CÁLCULO DAS FÉRIAS, DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO, DO AVISO-PRÉVIO E DOS DEPÓSITOS DO FGTS. A majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso-prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de *bis in idem*.
- 80 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CF/1988. A não concessão à trabalhadora do intervalo previsto no art. 384 da CLT implica pagamento de horas extras correspondentes àquele período, nos moldes do art. 71, § 4º, da CLT, uma vez que se trata de medida de higiene, saúde e segurança do trabalho (art. 7º, XXII, da CF).
- 81 - LEI MUNICIPAL. REVISÃO SALARIAL EM VALOR FIXO. INCORPORAÇÃO. REAJUSTE EM PERCENTUAIS DIFERENCIADOS. LIMITAÇÃO AO INPC. IMPOSSIBILIDADE. ART. 37, X, DA CF/1988. A revisão salarial em valor fixo acarreta a concessão de índices distintos de correção entre as faixas salariais. Devidas as diferenças, com base no maior índice de reajuste recebido pelos servidores, sem limitação ao INPC. Inteligência do art. 37, X, da CF/1988.
- 82 - CONTRATO DE SAFRA. INDENIZAÇÃO DO ART. 14 DA LEI N. 5.889/1973. COMPATIBILIDADE COM O REGIME DE FGTS. A indenização prevista no art. 14 da Lei n. 5.889/1973 para o empregado rural contratado por safra é compatível com o regime do FGTS.
- 83 - INTERVALO INTRAJORNADA. NATUREZA SALARIAL. Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, quando suprimido total ou parcialmente o intervalo mínimo intrajornada, repercutindo nas demais verbas trabalhistas.

- 84 - ANOTAÇÃO NA CTPS COM MENÇÃO À AÇÃO JUDICIAL. DANO MORAL. A anotação na CTPS do empregado com menção à ação judicial configura ato abusivo, contrário ao art. 29, *caput* e seus §§ 1º a 4º, da CLT e ofensiva à intimidade, honra e imagem do trabalhador, nos termos do art. 5º, inciso X, da CF. Devida a indenização por dano moral prevista no art. 927 do Código Civil.
- 85 - SALÁRIO PROFISSIONAL. FIXAÇÃO EM MÚLTIPLOS DE SALÁRIO-MÍNIMO. ART. 7º, IV, DA CF/1988. SÚMULA VINCULANTE N. 4, STF. A estipulação do salário profissional em múltiplos do salário-mínimo, na contratação, não afronta o art. 7º, inciso IV, da CF/1988, vedada apenas sua indexação, conforme Súmula Vinculante n. 4, do STF.
- 86 - SEXTA PARTE. BASE DE CÁLCULO. ART. 129 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. A parcela denominada sexta parte deve ser calculada com base nos vencimentos integrais, com exceção das gratificações e vantagens cujas normas instituidoras expressamente excluam sua integração na base de cálculo de outras parcelas.
- 87 - PRESCRIÇÃO. INCLUSÃO DAS PARCELAS CARGO COMISSIONADO E CTVA NA BASE DE CÁLCULO DAS VANTAGENS PESSOAIS. É parcial a prescrição aplicável à pretensão de diferenças salariais em decorrência da incorporação dos valores da gratificação do cargo comissionado e do CTVA na base de cálculo das vantagens pessoais por se tratar de descumprimento de norma interna, cuja lesão se renova mês a mês.
- 88 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHADOR RURAL. TRABALHO A CéU ABERTO. EXPOSIÇÃO A CALOR. Comprovada a exposição do trabalhador rural ao calor excessivo, nas condições previstas no Anexo 3 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978 do Ministério do Trabalho, é devido o pagamento do adicional de insalubridade.
- 89 - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. PCCS/1995. PCCS/2008. SÚMULA N. 51, II, TST. POSSIBILIDADE DE ADESAO TÁCITA. Aplica-se automaticamente o PCCS/2008 a partir de 1º.7.2008, salvo manifestação expressa e tempestiva do empregado em permanecer regido pelo PCCS/1995.

- 90 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PETIÇÃO E/OU PROCURAÇÃO COM TIMBRE DO SINDICATO. COMPROVAÇÃO DA ASSISTÊNCIA SINDICAL. LEI N. 5.584/1970. A Lei n. 5.584/1970 não estabelece uma forma específica para a comprovação da assistência sindical, razão pela qual, em atenção ao princípio da boa-fé, a apresentação de petição e/ou de procuração contendo o timbre do órgão sindical é suficiente para presumir a representação.
- 91 - INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO. PAGAMENTO DO PERÍODO INTEGRAL. A supressão do intervalo intrajornada, ainda que parcial, acarreta a condenação ao pagamento do período integral, com adicional de, no mínimo, 50%.
- 92 - PRESCRIÇÃO ARGUIDA EM CONTRARRAZÕES. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE DO RECURSO ORDINÁRIO. Em caso de improcedência do pedido, a prescrição alegada em contestação, ainda que não renovada em contrarrazões, deve ser examinada pelo Tribunal, por força do efeito devolutivo em profundidade, nos termos do art. 1.013 do CPC/2015, desde que não tenha sido expressamente rejeitada pela sentença.
- 93 - PROFESSOR DE EDUCAÇÃO BÁSICA. MAGISTÉRIO PÚBLICO. CARGA HORÁRIA. PROPORCIONALIDADE ENTRE O TEMPO EM SALA DE AULA E A ATIVIDADE EXTRACLASSE. ART. 2º, § 4º, DA LEI N. 11.738/2008. A Lei n. 11.738/2008 dispõe, em seu art. 2º, § 4º, sobre a proporcionalidade da distribuição da carga horária dos profissionais do magistério público da educação básica, de modo a abranger as atividades de interação com os educandos e as atividades extraclasse. Há, na referida lei, a presunção legal (absoluta) de que 1/3 da jornada contratada se destinará às horas de atividade, de sorte que o desrespeito ao limite de 2/3 da jornada, estabelecido para as atividades de interação com os alunos, provoca o natural excesso à carga de trabalho integral do empregado e, assim, gera-lhe o direito às horas extras respectivas, acrescidas do adicional. Entendimento aplicável para o trabalho prestado após 27.4.2011, nos termos da decisão proferida pelo E. STF na ADI 4167.
- 94 - INCENTIVO FINANCEIRO ADICIONAL. AGENTE COMUNITÁRIO DE SAÚDE. INSTITUIÇÃO POR PORTARIA DO MINISTÉRIO

DA SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE. O incentivo financeiro adicional, criado por Portaria do Ministério da Saúde, não deve ser reconhecido como vantagem pecuniária a ser paga aos agentes comunitários de saúde, o que só poderá ocorrer nos termos dos arts. 37, X, 61, II, "a", e 169 da CF.

- 95 - EMPREGADO COM DEFICIÊNCIA. DISPENSA CONDICIONADA À CONTRATAÇÃO DE SUBSTITUTO EM CONDIÇÃO SEMELHANTE. ART. 93, § 1º, DA LEI N. 8.213/1991. A dispensa de empregado com deficiência condiciona-se à contratação de trabalhador em situação semelhante, exceto quando exista na empresa quantitativo de empregados em percentual superior ao mínimo legal.
- 96 - MUNICÍPIO DE ARARAQUARA. DEMISSÃO POR INASSIDUIDADE HABITUAL. ARTS. 15, III, E 21, I, "B", DA LEI MUNICIPAL N. 6.667/2007. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. São inconstitucionais os arts. 15, III, e o 21, I, "b", bem como a expressão "inassiduidade habitual" constante do *caput* do art. 21, todos da Lei n. 6.667/2007, do Município de Araraquara, por violação ao disposto no art. 22, I, da CF.
- 97 - CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA E FATO GERADOR. EXPRESSÃO "DEVIDAS" CONSTANTE DO INCISO I DO ART. 22 E DA ALÍNEA "B" DO INCISO I DO ART. 30 DA LEI N. 8.212/1991, §§ 1º E 2º DO ART. 43 DA MESMA LEI. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 195, I, "A", DA CF. É inconstitucional a expressão "devidas" constante no inciso I do art. 22, e da alínea "b" do inciso I do art. 30, bem como a integralidade dos §§ 1º e 2º do art. 43, todos da Lei n. 8.212/1991, por violação ao art. 195, I, "a", da CF/1988.

TESES PREVALECENTES DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT 15ª REGIÃO*

Divulgadas de 25 de agosto de 2016 a 13 de março de 2017

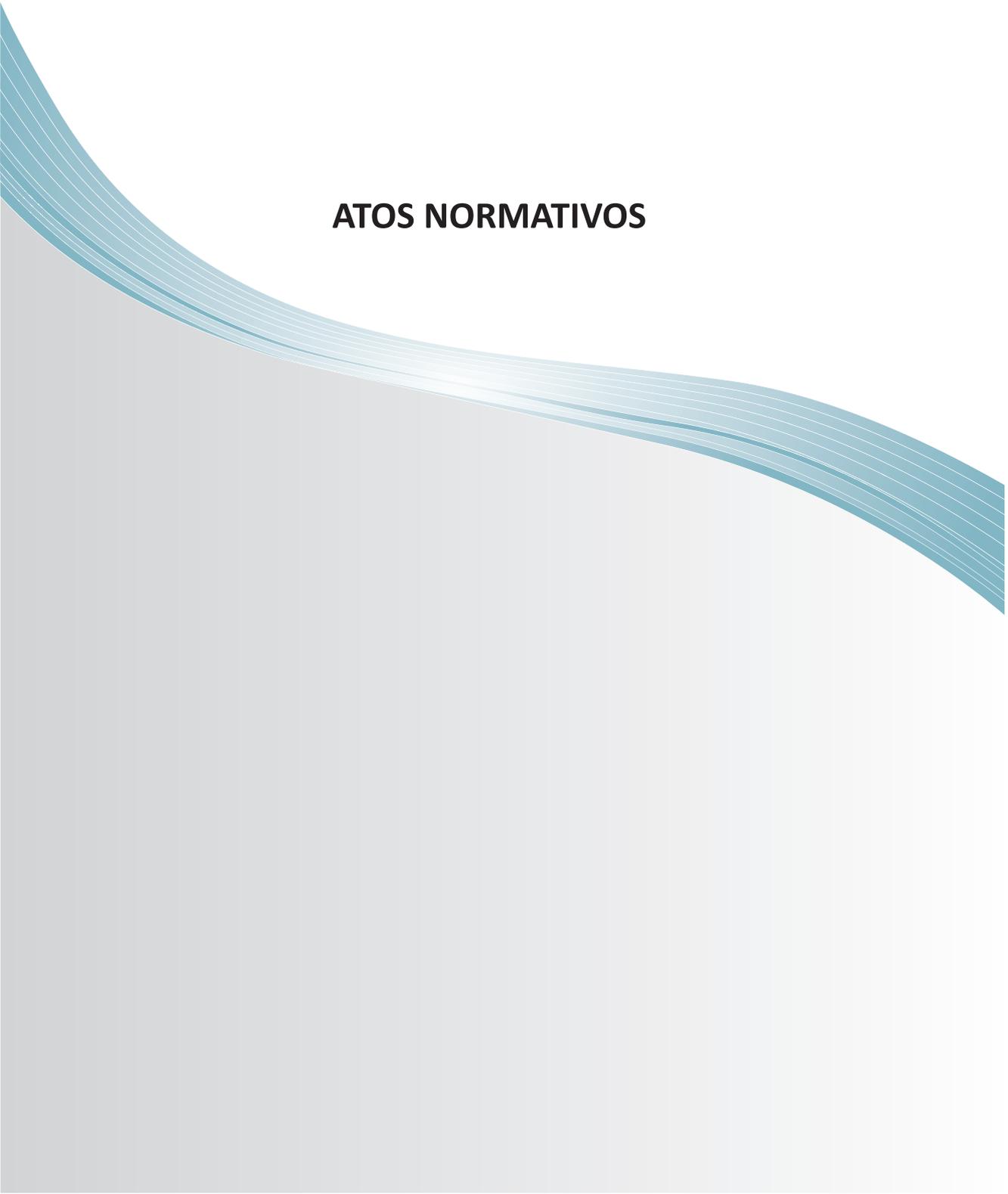
- 1 - HORAS *IN ITINERE*. PREFIXAÇÃO DO TEMPO. NORMA COLETIVA. É válida a cláusula de convenção ou acordo coletivo de trabalho que fixa a quantidade de horas *in itinere*, desde que o tempo prefixado não seja inferior a 50% do tempo real de percurso, observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

- 2 - CENTRO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO TECNOLÓGICA PAULA SOUZA - CEETEPS. FACULDADE DE MEDICINA DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO - FAMERP. FACULDADE DE MEDICINA DE MARÍLIA - FAMEMA. EXTENSÃO DOS REAJUSTES SALARIAIS FIXADOS PELO CRUESP - CONSELHO DE REITORES DAS UNIVERSIDADES DO ESTADO DE SÃO PAULO. IMPOSSIBILIDADE. Somente por meio de lei específica, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo (CF, art. 37, X), poderão ser reajustados os salários dos servidores do CEETEPS, FAMERP e FAMEMA, motivo por que, por simples extensão, não lhes são aplicáveis os índices fixados nas resoluções editadas pelo CRUESP.

- 3 - DIFERENÇAS SALARIAIS. CONVERSÃO DOS SALÁRIOS PARA URV. LEI N. 8.880/1994. O art. 22 da Lei n. 8.880/1994 diz respeito apenas ao servidor público em sentido estrito, aplicando-se ao servidor público celetista a regra relativa aos trabalhadores em geral, prevista no art. 19 do mesmo diploma legal.

- 4 - FUNDAÇÃO CASA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - EBCT. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. PROMOÇÃO POR MERECIMENTO. AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO. A promoção por merecimento está condicionada ao cumprimento dos requisitos previstos no Regulamento de Pessoal, notadamente a avaliação de desempenho do empregado. A omissão do empregador em proceder à referida avaliação não pode prejudicar o empregado.

*Os acórdãos a que se refere o inciso IV do art. 194 do Regimento Interno deste Regional estão disponibilizados na versão eletrônica da Revista.



ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Ato GP n. 19, de 9 dez. 2016, DEJT 12 dez. 2016, p. 1 (Cad. Administrativo)
Regulamenta as ações institucionais voltadas à erradicação do trabalho em condições análogas à de escravo, em situações degradantes, discriminatórias e de tráfico de pessoas e institui o regime de plantão itinerante no âmbito do TRT 15 e dá outras providências.

Ato Regulamentar GP n. 16, de 28 out. 2016, DEJT 4 nov. 2016, p. 1 (Cad. Judiciário)
Institui a Comissão Permanente de Acessibilidade e Inclusão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Ato Regulamentar GP-VPA n. 3, de 18 nov. 2016, DEJT 18 nov. 2016, p. 1 (Cad. Administrativo)
Altera o Anexo Único do Ato Regulamentar GP-VPA n. 1/2016, para o fim de modificar as denominações dos assuntos no Sistema Processo Administrativo Eletrônico (PROAD), bem como de incluir novos que deverão passar a tramitar exclusivamente nesse sistema.

Portaria n. 5, de 24 jan. 2017, DOU 30 jan. 2017, p. 180 (Seção 1)
Torna público o Relatório de Gestão Fiscal da Corte.

Portaria GP n. 6, de 25 jan. 2017. DEJT 27 jan. 2017, p. 5 (Cad. Administrativo)
Designa novos membros do Grupo de Trabalho para implementação da Resolução n. 233/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a criação de Cadastro de Peritos e Órgãos Técnicos ou Científicos no âmbito da Justiça de primeiro e segundo graus (CPTEC).

Portaria GP-CR n. 11, de 9 set. 2016, DEJT 12. set. 2016, p. 1 (Cad. Administrativo)
Prorroga o prazo de recolhimento dos depósitos recursais e custas processuais, em razão do movimento grevista dos bancários. O Tribunal informará, por meio de nova Portaria, o dia considerado como o do final do movimento grevista, para os fins das contagens referidas nos arts. 1º e 2º.

Portaria GP-CR n. 14, de 25 out. 2016, DEJT 4 nov. 2016, p. 3 (Cad. Judiciário)

Dispõe sobre a suspensão de prazos, publicações, intimações, designações de audiências e sessões de julgamento no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, no período de 7 a 20 de janeiro de 2017 e dá outras providências.

Portaria GP-VPJ-CR n. 2, de 3 nov. 2016, DEJT 12 dez. 2016, p. 2 (Cad. Administrativo)

Regulamenta procedimento de intimação da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo em 1ª e 2ª Instâncias.

Provimento GP-VPJ-CR n. 2, de 9 dez. 2016, DEJT 12 dez. 2016, p. 3 (Cad. Administrativo)

Regulamenta o Arquivo Central do Tribunal.

Recomendação GP-CR n. 1, de 24 out. 2016, DEJT 7 nov. 2016, p. 2 (Cad. Judiciário)

Recomenda procedimentos para publicação de sentença no PJe, em razão da Súmula n. 197 do C. TST.

Resolução Administrativa n. 12, de 24 ago. 2016, DEJT 25 ago. 2016, p. 2 (Cad. Judiciário)

Aprova a Súmula n. 69 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 14, de 3 out. 2016, DEJT 5 out. 2016, p. 1 (Cad. Judiciário)

Aprova as Súmulas n. 70, 71, 72 e 73 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 15, de 5 out. 2016, DEJT 5 out. 2016, p. 2 (Cad. Judiciário)

Aprova as Súmulas n. 74, 75 e 76 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 16, de 10 out. 2016, DEJT 11 out. 2016, p. 3 (Cad. Judiciário)

Aprova as Teses Prevalentes n. 02, 03 e 04 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 17, de 25 out. de 2016, DEJT 27 out. 2016, p. 1 (Cad. Judiciário)

Aprova as Súmulas n. 77 e 78 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 18, de 25 out. de 2016, DEJT 27 out. 2016, p. 2 (Cad. Judiciário)

Aprova as Súmulas n. 79, 80, 81 e 82 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 1, de 24 jan. 2017. DJET 26 jan. 2017, p. 4 (Cad. Judiciário)

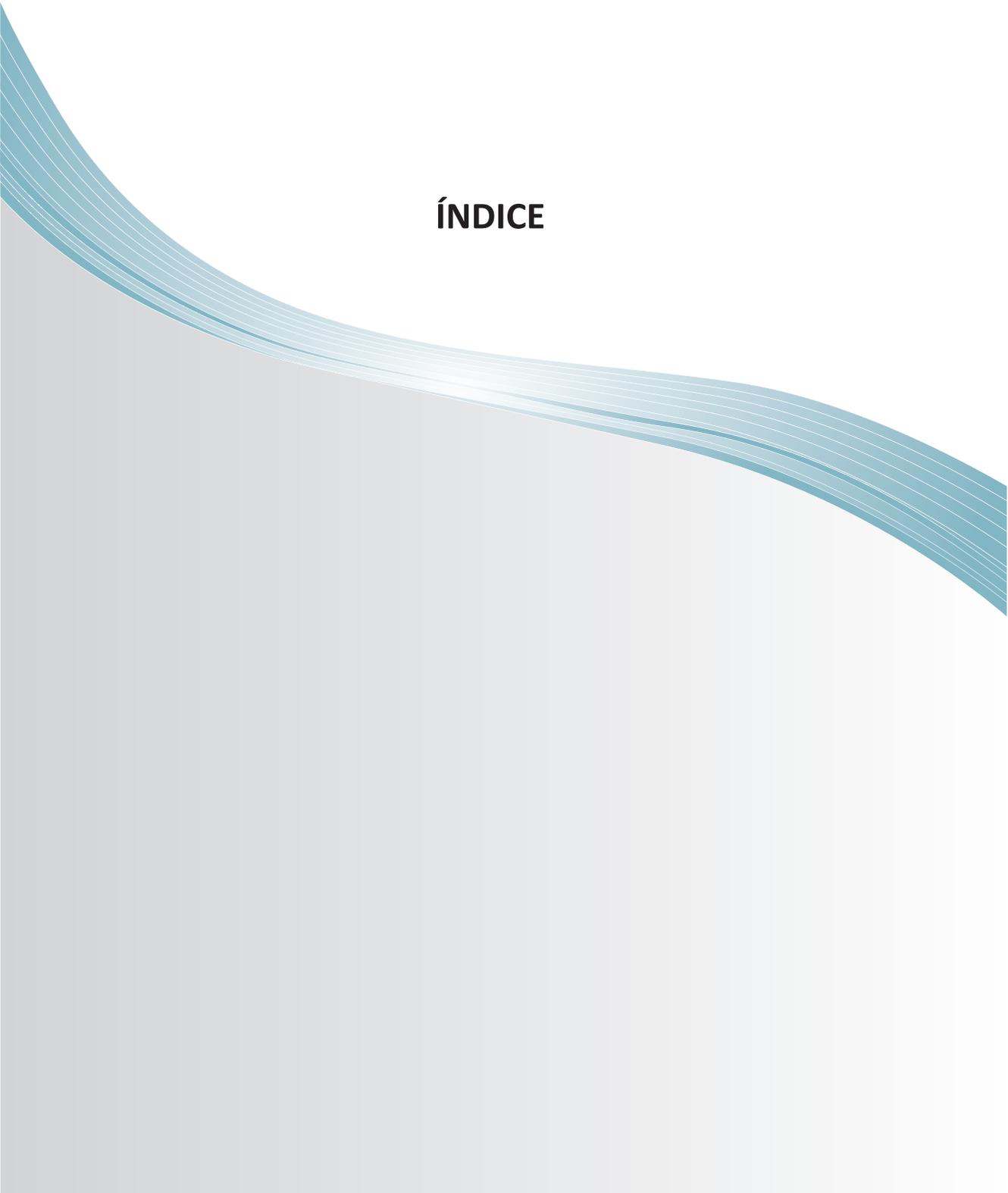
Aprova as Súmulas n. 83, 84, 85, 86, 87 e 88 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 6, 10 fev. 2017, DEJT 16 fev. 2017, p. 3 (Cad. Administrativo)

Aprova as Súmulas n. 89, 90, 91, 92, 93, 94 e 95 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 8, de 9 mar. 2017, DEJT 13 mar. 2017, p. 1 (Cad. Judiciário)

Aprova as Súmulas n. 96 e 97 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.



ÍNDICE

ÍNDICE DO EMENTÁRIO*

Ação

- Ação anulatória de penhora e arrematação. Adquirente de boa-fé. Validade da escritura pública de compra e venda. Ausência de registro. Irrelevância (EX, 63) 279
- Ação de cobrança. Contribuição sindical rural. Necessidade de notificação pessoal do sujeito passivo. Abuso do direito de cobrança (DR, 61)..... 277
- Ação de consignação em pagamento. Consignatárias menores. Levantamento. Possibilidade (DP, 44) 265
- Ação de cumprimento. Reiteradas violações à norma coletiva. Compensação de jornada irregular. Dano moral coletivo configurado. Indenização devida (DM, 14)..... 253

Acidente

- Acidente de trabalho. Morte do trabalhador pai de família. Indenização. Danos emergentes. Pensão mensal. Direito de crescer (DM, 02)..... 249
- Mandado de segurança. Acidente de trabalho. Óbito. Pensionamento provisório. Concessão de tutela antecipada. Prova da verosimilhança. Relativização do pressuposto da reversibilidade. Sacrifício de um bem jurídico de menor valor em relação a outro mais valioso ao direito. Proporcionalidade. Improcedência (DP, 49)..... 268

Acordo

- Acordo em Comissão de Conciliação Prévia. Eficácia liberatória (DP, 45) 265

*Abreviaturas utilizadas: SDC = Seção de Dissídios Coletivos; DM = Direito Material; DP = Direito Processual; DR = Direito Rural; EX = Execução.
Exemplo: "Acordo em Comissão de Conciliação Prévia. Eficácia liberatória" está na página 265, na Subseção de Direito Processual e é a ementa de número 45.

Acúmulo

- Acúmulo de funções. Atividades compatíveis com a condição pessoal do trabalhador. Acréscimo salarial indevido. Art. 456, parágrafo único, da CLT (DM, 03) 249
- Acúmulo de funções. Diferenças salariais. Pagamento indevido (DM, 31) 260

Adicional

- Adicionais de periculosidade e insalubridade. Impossibilidade de cumulação (DM, 04) 249
- Adicional de insalubridade. Álcalis cáusticos. Utilização de produtos de limpeza (DM, 05) 249

Aposentadoria

- Aposentadoria compulsória (70 anos). Art. 40, § 1º, da CF. Extinção do contrato de trabalho. Multa de 40% do FGTS (DM, 08) ... 250

Assédio

- Assédio moral. Mero tratamento grosseiro. Exigência de produção. Não configuração do dano moral (DM, 09) 251

Coisa julgada

- Preliminar de coisa julgada em ação individual. Pedido já formulado em ação coletiva. Direito individual homogêneo. Hipótese de cabimento (DP, 53) 270

Complementação

- Complementação de auxílio-doença. Regulamento de pessoal. Acordo coletivo. Alteração lesiva (DP, 47) 266
- Complementação de auxílio-doença. Regulamento de pessoal. Supressão do pagamento. prescrição parcial. Inaplicabilidade da Súmula n. 294 do C. TST (DP, 47) 266

Contribuição

- Contribuição sindical rural. Natureza tributária. Índice de juros e correção monetária aplicável. Leis n. 8.022/1990, 8.981/1995 e 9.065/1995 (DR, 62) 277

Correção monetária

- Correção monetária. Honorários periciais (DP, 55) 272

Correição

- Agravo regimental em Correição Parcial. Decisão que não acolheu pedido de redirecionamento da execução contra outro devedor. Ato jurisdicional. Tumulto processual não caracterizado. Improcedência da Correição Parcial. Agravo regimental ao qual se nega provimento (DP, 46) 265

CTPS

- Anotação em CTPS de que a reintegração decorrera por determinação judicial. Indenização por danos morais não devida (DM, 07)..... 250

Dano moral

- Dano moral (dano existencial). Jornadas excessivas e extenuantes. Indenização devida (DM, 11) 251
- Dano moral. Dispensa discriminatória. Portador de doença grave. Indenização devida (DM, 12) 252
- Dano moral. Motorista. Cumprimento de jornadas extensas com prejuízo ao descanso semanal remunerado e aos intervalos entre e intra jornada (DM, 13) 252

Demissão

- Pedido de demissão. Ausência de comprovação do vício de consentimento. Verbas rescisórias indenizatórias indevidas (DM, 39)..... 262

Direito do Trabalho

- Direito do Trabalho. Ação de cumprimento. Descumprimento de norma coletiva. Multa convencional devida (DM, 14)..... 252
- Direito do Trabalho. Jornada de trabalho. Alternância de horário trimestral. Turno ininterrupto de revezamento. Caracterização (DM, 15)..... 253
- Direito do Trabalho. Rescisão contratual. Justa causa. Dupla punição. *Bis in idem*. Não caracterização (DM, 16)..... 254

Dispensa

- Dispensa em massa. Ação civil pública. Adequação da via processual eleita (DP, 48)..... 266
- Dispensa em massa. Ausência de negociação coletiva prévia. Configuração de abuso do poder econômico (SDC, 01)..... 247
- Dispensa em massa. Indispensabilidade de prévia negociação coletiva. Convenções números 11, 98, 135, 141 e 151 da OIT. Arts. 1º, III, 5º, XXIII, 7º, I, 8º, III e VI, 170, III e VIII da Constituição da República (DP, 48)..... 267

Doença profissional

- Doença do trabalho. Responsabilidade do empregador. Adoção de medidas protetivas ao empregado (DM, 41) 263
- Doença ocupacional. Ausência de realização de vistoria ambiental. Falta de detalhamento do local de trabalho e de fatores ergonômicos. Laudo pericial insuficiente. Cerceamento de defesa. Nulidade (DM, 17) 254
- Doença ocupacional. LER/DORT. Operador de *telemarketing*. Reconhecimento de concausa. Indenização por danos morais (DM, 18) 254

Empregado

- Empregado doméstico. Contrato de trabalho posterior ao advento da Emenda Constitucional n. 72/2013 e anterior à vigência da Lei Complementar n. 150/2015. Horas extras e intervalo intrajornada. Ausência de imposição legal quanto à adoção de controle formal de jornada. Ônus da prova do reclamante (DM, 19) 255

Enquadramento sindical

- Enquadramento sindical. Observância aos arts. 511 e 577 da CLT (DM, 20) 255

Estabilidade

- Estabilidade provisória. Gestante. Contrato de experiência. Direito à indenização substitutiva do período de estabilidade. Inocorrência da alteração da natureza do contrato a prazo. Aviso-prévio e multa de 40% do FGTS indevidos (DM, 21)... 255
- Estabilidade provisória. Reintegração (DM, 22)..... 256
- Garantia de emprego pré-aposentadoria prevista em norma coletiva. Requisitos para aquisição da garantia. Impossibilidade de imputar ao trabalhador o ônus por eventual ausência de comunicação formal (DM, 26) 257
- Garantia de emprego pré-aposentadoria prevista em norma coletiva. Preenchimento dos requisitos para aposentadoria proporcional (DM, 26)..... 258
- Garantia de emprego. Art. 118 da Lei n. 8.213/1991. Aptidão plena para o trabalho. Inexistência de benefício previdenciário. Improcedência (DM, 27)..... 258

Execução

- Execução. Empresa em recuperação judicial. Competência do juízo universal (EX, 64)..... 279

Fundação Casa

- Fundação Casa. Insalubridade inexistente (DM, 24) 256
- Fundação Casa/SP. Diferenças salariais decorrentes do critério de progressão horizontal por antiguidade suprimido pelo PCS de 2006. Não cabimento (DM, 25)..... 257

Grupo econômico

- Eventual existência de grupo econômico. Pleito de vínculo efetuado em ação direcionada à empresa não beneficiária da prestação de serviços. Impossibilidade (DM, 23)..... 256

Honorários

- Honorários advocatícios. Indenização por perdas e danos. Não preenchidos os requisitos constantes da Lei n. 5.584/1970. Indevidos (DM, 28) 258

Hora *in itinere*

- Horas *in itinere*. Base de cálculo fixada por norma coletiva. Impossibilidade (DM, 32) 260

Horas extras

- Horas extras e intervalo intrajornada. Vale refeição aos fins de semana. Instalador/reparador de linhas telefônicas (DM, 29) 259
- Horas extras. Minutos que antecedem a jornada. Trajeto interno. Tempo à disposição do empregador. Art. 4º da CLT. Súmula n. 429 do TST (DM, 30) 259
- Horas extras. Semana inglesa. Existência de acordo coletivo. Banco de horas para compensação da jornada: acertamento no final de cada 6 meses. Validade (DM, 31) 259

Indenização

- Indenização por danos materiais. Percentual de redução da capacidade laborativa. Adoção do percentual estabelecido na tabela SUSEP como critério único para fixação do pensionamento mensal. Impossibilidade (DM, 22) 256
- Indenização por danos morais e materiais. Acidente ou doença do trabalho. Requisitos (DP, 55) 272
- Indenização por danos morais. Divulgação de lista com os piores resultados. Obrigação de venda casada de produtos com engano aos clientes. Compensação pecuniária devida (DM, 33) 260

INSS

- Alta médica do INSS. Impedimento de retorno do trabalhador. Impossibilidade. Violação aos arts. 1º, inciso III, e art. 7º, *caput*, da CF (DM, 06) 250

Intervalo

- Intervalo do art. 384 da CLT. Recepção pela Constituição da República de 1988. Ausência de ofensa ao princípio da isonomia (DM, 34)..... 260
- Intervalo intrajornada. Pré-assinalação. Fruição. Ônus da prova (DM, 35) 261

Jornada de trabalho

- Carga horária. Empregado público. Alteração. Licitude (DM, 10).....251
- Jornada dos docentes da educação básica. Desrespeito à proporção entre atividades realizadas em sala de aula e extraclasse. Horas extraordinárias devidas (DM, 36) 261

Juros

- Juros. Massa falida (DP, 50)269

Justa causa

- Justa causa. Desídia. Falta grave configurada pelas reiteradas e injustificadas ausências ao serviço (DM, 37) 262

Multa

- Multa do art. 477 da CLT. Massa falida. Decretação de falência após rescisão contratual. Inaplicabilidade da Súmula n. 388 do C. TST (DP, 50)..... 269

Nulidade

- Nulidade da sentença. “Decisão surpresa”. Não configurado (DP, 51) 269
- Nulidade processual. Caracterização. Inobservância dos ditames legais. Interesse de incapaz. Ministério Público do Trabalho. Intervenção obrigatória. Arts. 82, I, do CPC/1973; 178, II, do CPC/2015 e 794 da CLT (DP, 52) 270

Penhora

- Penhora de salários e proventos no Novo CPC. Impenhorabilidade (EX, 65)..... 279

Plano de saúde

- Manutenção do empregado no plano de saúde empresarial. Ausência de contribuição. Inexistência do direito à reintegração ao plano (DM, 38)..... 262

Prescrição

- Prescrição. Prazo. Ação de indenização por danos morais e materiais decorrentes de doença ocupacional. Ciência da lesão posterior à Emenda Constitucional n. 45/2004 (DP, 55) 271
- Prescrição nuclear. Danos morais e materiais. Acidente típico. Pedidos indenizatórios prescritos. Fato ocorrido antes da EC n. 45/2004, e ação proposta após. Prazo prescricional de 3 anos, aplicável à espécie (DP, 54) 270

Reclamação trabalhista

- Reclamação trabalhista anterior com quitação pelo objeto da ação e com relação ao extinto contrato de trabalho. Nova reclamação com pedido de reparação civil. Ausência de coisa julgada (DP, 56) 272

Recurso

- Recurso condicionado ou subordinado (DP, 54)..... 271
- Recurso ordinário não conhecido. Depósito recursal não recolhido. Inaplicabilidade do art. 1.007 do NCPC (DP, 57) 273
- Recurso ordinário. Litigância de má-fé. Multa. Responsabilidade solidária do advogado. Apuração em ação própria (DP, 58) 274
- Recurso ordinário. Rescisão indireta pleiteada pela reclamante. Justa causa por abandono de emprego alegada pela reclamada. Prova favorável à reclamada. Verbas rescisórias e indenização por danos morais indevidas (DM, 40)..... 262

Relação de emprego

- Vínculo de emprego. Prestação de serviço autônomo. “Pejotização”. Inexistente (DM, **43**)..... 264

Responsabilidade

- Responsabilidade civil do empregador. Concausalidade (DM, **41**) 263
- Responsabilidade subsidiária do ente público tomador de serviços. Conduta culposa. Negligência (DM, **42**) 263

Sindicato

- Sindicato. Substituição processual. Direito individual homogêneo. Legitimidade de parte. Inteligência do art. 8º, III, CF (DP, **59**) 274

Tutela

- Tutela de evidência. Concessão de ofício. Cerceamento de defesa. Inteligência do art. 311, IV, do NCPC (DP, **60**) 274

Valor da condenação

- Limitação da condenação ao valor atribuído à causa. Impossibilidade (DM, **42**) 263

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

AZEVEDO, Dagoberto Nishina de

- Comissão de Conciliação Prévia..... 265
- Desídia..... 262
- Doença do trabalho..... 263
- Responsabilidade civil do empregador 263

BACCHI, Rodolpho César Aquilino

- A aplicação imediata (ou não) do adicional de periculosidade para o empregado vigilante (artigo) 137

BORGES, Fernando da Silva

- Discurso de posse do Exmo. Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região23

CARRADITA, Manuel Soares Ferreira

- Agravo regimental em Correição Parcial 265
- Correção monetária 272
- Indenização..... 272
- Justa causa..... 262
- “Pejotização” 264
- Prescrição 271

*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.

CÉSAR, João Batista Martins

- Dispensa em massa266, 267
- Garantia de emprego257, 258
- Reclamação trabalhista 272

COCA, Eleonora Bordini

- Complementação de auxílio-doença..... 266
- Dano moral 251
- Doença ocupacional..... 254
- Nulidade processual..... 270

COSTA, Jorge Luiz

- Contribuição sindical rural..... 277
- Intervalo 261
- Morte do trabalhador 249

DE BIASI, Erodite Ribeiro dos Santos

- Gestante..... 255
- Penhora de salários..... 279

ESCANFELLA, Carlos Augusto

- Anotação em CTPS 250
- Empregado doméstico 255
- Execução..... 279
- Fundação Casa 256

FELICIANO, Guilherme Guimarães

- Assédio e inversão do ônus da prova: breves considerações
(artigo)..... .77

FIGUEIREDO, Ana Meire Coelho

- A aplicabilidade da Norma Regulamentadora n. 31 em relação ao uso de agrotóxicos e dos equipamentos de proteção individual (EPIs) (artigo) 215

GARMENDIA ARIGÓN, Mario

- Notas sobre el proceso de construcción jurídica de la negociación y el convenio colectivo (artigo) 179

GOMIERI, Olga Aida Joaquim

- Acúmulo de funções..... 260
- Adicional de insalubridade..... 249
- Horas extras..... 259
- Prescrição nuclear..... 270
- Recurso condicionado..... 271

GRASELLI, Hélio

- Alta médica do INSS 250
- Estabilidade provisória 256
- Indenização por danos materiais..... 256
- Recurso ordinário 273
- Responsabilidade subsidiária 263
- Valor da condenação 263

HENRIQUES, Ana Lúcia Magano

- A aplicabilidade da Norma Regulamentadora n. 31 em relação ao uso de agrotóxicos e dos equipamentos de proteção individual (EPIs) (artigo) 215

LIMA, Samuel Hugo

- Tutela de evidência..... 274

LOBO JUNIOR, Helcio Dantas

- Adicionais de periculosidade e insalubridade 249
- Assédio moral..... 251
- Enquadramento sindical..... 255
- Horas extras..... 259

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina

- Ação anulatória 279
- Ação de consignação em pagamento..... 265
- “Decisão surpresa” 269
- Óbito 268

LOPES, Edmundo Fraga

- Acúmulo de funções..... 249
- Garantia de emprego..... 258
- Intervalo 260
- Pedido de demissão..... 262

MIESSA, Élisson

- Incidente de desconsideração da personalidade jurídica: forma de aplicação no direito processual do trabalho (artigo).....37

MONSALVE CUÉLLAR, Martha Elisa

- Una visión de la 105ª Conferencia Internacional del Trabajo OIT (artigo) 197

MONTANAGNA, Antonio Francisco

- Aposentadoria compulsória..... 250
- Contribuição sindical rural..... 277

- Dispensa em massa.....	247
- Juros	269
- Multa.....	269

PESTANA, Antonia Regina Tancini

- Grupo econômico.....	256
- Plano de saúde	262

PINTO, Melina Silva

- A aplicabilidade da multa do art. 523, § 1º, do NCPC (art. 475-J do CPC/1973) ao processo do trabalho (artigo).....	127
---	-----

RAFAEL, Luis Henrique

- Dispensa discriminatória.....	252
- Horas <i>in itinere</i>	260
- Indenização por danos morais.....	260
- Substituição processual.....	274

SANTOS, Enoque Ribeiro dos

- A aplicabilidade da multa do art. 523, § 1º, do NCPC (art. 475-J do CPC/1973) ao processo do trabalho (artigo).....	127
---	-----

SEVERO, Valdete Souto

- Súmulas, crise e ordem constitucional: alguns elementos para debate (artigo)	151
--	-----

SILVA, Luciane Storel da

- Compensação de jornada irregular.....	253
- Dupla punição.....	254

- Jornada de trabalho	253
- Litigância de má-fé	274
- Norma coletiva	252

SOUZA, Rita de Cássia Penkal Bernardino de

- Honorários advocatícios	258
---------------------------------	-----

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César

- Jornada dos docentes	261
- Operador de <i>telemarketing</i>	254

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

- Atos normativos.....	291
- Súmulas	281
- Teses prevaletentes	287

VIEIRA, Thelma Helena Monteiro de Toledo

- Carga horária.....	251
- Coisa julgada	270
- Dano moral	252
- Fundação Casa	257

WAKAHARA, Roberto

- <i>Bluwashing</i> , desrespeito aos direitos fundamentais laborais e propaganda enganosa (artigo)	165
--	-----

NORMAS PARA SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO

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 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, 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 das Publicações da Escola Judicial** (http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1974226/Manual_Normas_Revisado.pdf/73a5de83-3e5f-4ddf-bd64-fe5c1a4f69b0).

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 máximo vinte e cinco laudas. Deve ser indicado, na primeira lauda, além do solicitado no parágrafo anterior, qual o tipo de trabalho, a área de conhecimento, a instituição de ensino e o nome do professor orientador, se for o caso.

A Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas, da Escola Judicial, que assessoria o Conselho Editorial da Revista do Tribunal, procederá 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 Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927
Fone: (19) 3731-1683 | *e-mail*: revistadotribunal@trt15.jus.br