



Os acórdãos, as ementas, a decisão da *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* da Argentina, as decisões do STF e do STJ selecionadas pelo TST, os artigos e as informações contidos na presente edição foram obtidos em páginas da "internet" ou enviados pelos seus prolatos para a Comissão da Revista e Outras Publicações do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Por razões de ordem prática, alguns deles foram editados e não constam na íntegra.

João Ghisleni Filho
Presidente do TRT da 4ª Região

Flavio Portinho Sirangelo
Diretor da Escola Judicial do TRT da 4ª Região

Paulo Orval Particheli Rodrigues
Coordenador Acadêmico

Flavio Portinho Sirangelo
José Felipe Ledur
Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa
Comissão da Revista e Outras Publicações

Luís Fernando Matte Pasin
Tamira Kiszewski Pacheco
Glades Helena Ribeiro do Nascimento
Equipe Responsável

Marizete Piovesani Santa Catarina
Estagiária

Sugestões e informações: (51) 3255.2689
Contatos: revistaeletronica@trt4.jus.br

Utilize os links de navegação: [◀ volta ao índice](#)
[▲ volta ao sumário](#)

Sumário

1. Acórdãos
2. Ementas
3. Decisão da *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* da Argentina
4. Decisões do STF e do STJ selecionadas pelo TST
5. Artigos
6. Notícias
7. Indicações de Leitura
8. Dica de Linguagem Jurídico-Forense



Para pesquisar por assunto no documento, clique no menu **Editar/Localizar** ou utilize as teclas de atalho **Ctrl+F** e digite a palavra-chave ou expressão na caixa de diálogo que será aberta.

Índice

1. Acórdãos

- 1.1. Acidente de trabalho. Medidas de segurança ausentes ou insuficientes. Omissão da empresa. Inexistência de culpa exclusiva da vítima. Responsabilidade civil. Risco da atividade. Devidas indenizações por danos morais e materiais. Pensionamento. Constituição de capital. Ausência de lesões aparentes. Indevida indenização por dano estético. Art. 950 do Código Civil. Art. 475-Q do CPC.
(9ª Turma. Relator o Exmo Juiz Marçal Henri Figueiredo - Convocado.
Processo nº 01310-2006-661-04-00-2 RO. Publicação em 30.06.2009).....11
- 1.2. Acidente do trabalho. Morte por disparo acidental de arma de fogo. Manuseio, para conserto, por colega de trabalho. Responsabilidade da empresa. Indenização por dano moral. Direito dos familiares do *de cujus*.
(6ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Beatriz Renck.
Processo nº 01201-2007-030-04-00-9 RO. Publicação em 30.06.2009).....15
- 1.3. Agravo de petição. Terceiros-embargantes. Impenhorabilidade do bem de família. Norma de ordem pública que se sobrepõe à coisa julgada. Declaração de nulidade da penhora efetivada na ação principal. Arts. 1º e 5º da Lei nº 8.009/90. Arts. 166, 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil.
(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda.
Processo nº 00381-2008-007-04-00-5 AP. Publicação em 22.06.2009).....16
- 1.4. Promoções. Não concessão decorrente de alteração de norma regulamentar da empresa. Ilegalidade. Princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho em prejuízo do trabalhador. Art. 468 da CLT. Súmula nº 51 do TST.
(1ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Milton Varela Dutra.
Processo nº 00481-2008-351-04-00-4 RO. Publicação em 01.07.2009).....20

▲ volta ao sumário

2. Ementas

- 2.1. Ação cautelar. Efeito suspensivo a recurso. Possibilidade de execução provisória, limitada até a penhora.
(6ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira.
Processo nº 01781-2009-000-04-00-4 CAUINOM. Publicação em 03.07.2009).....25

2.2.	Ação de execução. Descumprimento de termo de ajuste de conduta. Descumprimento de obrigação de fazer a que a parte se comprometeu com o Ministério Público do Trabalho. Cabimento da ação visando ao seu cumprimento e não apenas ao pagamento de multa previsto para o caso de descumprimento.	
	(4ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Hugo Carlos Scheuermann. Processo nº 00152-2009-401-04-00-6 AP. Publicação em 03.07.2009).....	25
2.3.	Acidente de Trabalho. Omissão da empresa na adoção de medidas de segurança. Responsabilidade configurada. Devida indenização por danos materiais, morais e estéticos. Pensionamento. Arts. 944 e 950 do Código Civil.	
	(2ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Carmen Gonzalez. Processo nº 00228-2007-403-04-00-4 RO. Publicação em 03.07.2009).....	25
2.4.	Acidente do trabalho. Assalto. Banco. Responsabilidade civil da empregadora. Devida indenização por dano moral.	
	(4ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Hugo Carlos Scheuermann. Processo nº 01068-2006-030-04-00-0 RO. Publicação em 29.07.2009).....	25
2.5.	Agravamento de petição. Responsabilidade subsidiária. Despesas processuais. Possibilidade de cobrança paritária das respectivas quotas-partes.	
	(1ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Milton Varela Dutra. Processo nº 01291-2003-003-04-41-9 AP. Publicação em 01.07.2009).....	25
2.6.	Art. 475-J do CPC. Aplicabilidade no processo do trabalho, desde que voluntária a inadimplência do executado.	
	(6ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. Processo nº 00575-2008-511-04-00-0 AP. Publicação em 30.06.2009).....	26
2.7.	Classificação de complemento salarial conforme diferentes regiões geográficas. Inexistência de ofensa ao Princípio da Isonomia.	
	(1ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Processo nº 02636-2007-611-04-00-1 RO. Publicação em 02.07.2009).....	26
2.8.	Justa causa. Validação. Comprovação de ato de improbidade do empregado. Rompimento do elo de confiança.	
	(1ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Processo nº 00242-2008-404-04-00-5 RO. Publicação em 01.07.2009).....	26
2.9.	Justa causa. Validação. Faltas injustificadas e reiteradas. Advertência e suspensão aplicadas ao empregado por mais de uma vez. Descumprimento da obrigação fundamental de prestar trabalho.	
	(1ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Processo nº 01390-2007-305-04-00-4 RO. Publicação em 01.07.2009).....	26
2.10.	Múltiplos devedores solidários. Redirecionamento da execução contra o devedor subsidiário. Possibilidade somente depois de esgotados os meios de excussão dos bens dos primeiros.	
	(1ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Milton Varela Dutra. Processo nº 01353-1996-018-04-00-4 AP. Publicação em 30.06.2009).....	26
2.11.	Recurso do MPT. Extinção do processo por falta de regularização da habilitação da sucessão. Prevalência das normas que protegem os direitos dos filhos menores do empregado falecido. Dever de nomeação de curador especial, que é o próprio Ministério Público. Art. 9º, I, do CPC. Irregularidade sanável. Prosseguimento do feito. Habilitação incidental das dependentes do INSS. Lei nº 6.858/80.	
	(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Cláudio Antonio Cassou Barbosa. Processo nº 00326-2008-402-04-00-6 RO. Publicação em 03.07.2009).....	27

2.12.	Representação comercial. Ausência de prova de subordinação. Não configuração de relação de emprego.	
	(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda. Processo nº 01528-2007-020-04-00-3 RO. Publicação em 03.07.2009).....	27
2.13.	Responsabilidade solidária. Sucessão de empresas. Inexistência. Empresa adquirente que ainda não recebeu os bens para a continuidade da atividade econômica. Ausência de trânsito em julgado de decisão, em ação cível, cujo objeto é a validade ou não do contrato de compra e venda do estabelecimento.	
	(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda. Processo nº 00272-2007-611-04-00-5 RO. Publicação em 03.07.2009).....	27
2.14.	Substituição processual. Defesa de direitos individuais heterogêneos. Ilegitimidade ativa do sindicato. Extinção do processo sem resolução do mérito. Art. 267, VI, do CPC.	
	(8ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Cleusa Regina Halfen. Processo nº 01160-2004-021-04-00-7 RO. Publicação em 29.07.2009).....	27

[▲ volta ao sumário](#)

3. Decisão da *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* da Argentina

Dano moral. Ativista sindical. Despedida discriminatória. Nulidade. Reintegração ao trabalho. Indenização devida. Indícios razoáveis de dano aos direitos fundamentais da trabalhadora, autorizando a inversão do ônus da prova para o empregador. Violação ao direito de liberdade sindical. <i>Art. 1 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Nº 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, ratificado por la República Argentina, e incluido en la Declaración de la O.I.T.</i>	28
--	----

[▲ volta ao sumário](#)

4. Decisões do STF e do STJ selecionadas pelo TST

4.1. Decisões do STF publicadas de 30.01 a 18.06.2009, envolvendo matérias trabalhista e processual.....	59
4.2. Decisões do STJ publicadas de 02.02 a 16.06.2009, envolvendo matérias trabalhista e processual.....	69

[▲ volta ao sumário](#)

5. Artigos

5.1. Contribuições Previdenciárias Sonegadas pelo Empregador e Possibilidade de o Empregado Acioná-lo, em face dessa Sonegação, na Justiça do Trabalho.	
Fernando Formolo	83

5.2. Garantia de Manutenção no Emprego: Condição de Possibilidade da Verdadeira Negociação Coletiva.	
Valdete Souto Severo.....	92
5.3. A Greve Virtual: O Projeto de Lei Italiano nº 1.170 de 2008.	
Manuel Martín Pino Estrada.....	103

6. Notícias

6.1. Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br)

Informativo nº 552. Brasília, 22 a 26 de junho de 2009.

Plenário

Centrais Sindicais e Contribuição Sindical – 1	110
Centrais Sindicais e Contribuição Sindical – 2	110
Centrais Sindicais e Contribuição Sindical – 3	111
Centrais Sindicais e Contribuição Sindical – 4	111
Centrais Sindicais e Contribuição Sindical – 5	111
Proposta de Súmula Vinculante: Cálculo de Gratificações e Vinculação ao Salário Mínimo	112
Proposta de Súmula Vinculante: Total da Remuneração de Servidor Público e Garantia de Salário Mínimo	112

Clipping do DJ - 26 de junho de 2009

HC n. 87.585-TO

Relator: Min. Marco Aurélio

[Depositário infiel - prisão](#).....
 112 |

Rcl n. 2.267-MA

Relator p/ o acórdão: Min. Menezes Direito

[Ementa: Reclamação. Precatório. Alteração do critério de cálculos.](#)

[ADI nº 1.662/SP](#).....
 112 |

6.2. Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br)

6.2.1. Empresa terá de indenizar pela morte de porteiro que cumulava função de vigilante (REsp 611949).	
Veiculada em 03.07.2009	113
6.2.2. Em conflito de competência, juiz competente não pode reformar sentença para pior (RHC 20337).	
Veiculada em 06.07.2009	114

6.2.3. Incide a contribuição previdenciária sobre valores pagos em participação de lucros (REsp 856160).	
<i>Veiculada em 07.07.2009.....</i>	<i>115</i>

6.3. Tribunal Superior do Trabalho (www.tst.jus.br)

6.3.1. Ex-diretora da Coelce garante equiparação com estrangeiro (RR 1006/2003-001-07-00.3).	
<i>Veiculada em 29.06.2009.....</i>	<i>115</i>
6.3.2. TST concede justiça gratuita, mas não pode determinar devolução de custas (RR-1000/2003-251-02-40.0).	
<i>Veiculada em 29.06.2009.....</i>	<i>116</i>
6.3.3. TST mantém vínculo de vigilante de prestadora clandestina com Multibank (RR 400/2007-022-13-00.6).	
<i>Veiculada em 29.06.2009.....</i>	<i>117</i>
6.3.4. Sexta Turma mantém hipoteca judiciária em ação contra Unilever (RR 571/2006-092-03-00.0).	
<i>Veiculada em 30.06.2009.....</i>	<i>118</i>
6.3.5. Policiais conseguem reconhecimento de vínculo com empresa (E-ED-ED-RR-789851-2001.6).	
<i>Veiculada em 30.06.2009.....</i>	<i>119</i>
6.3.6. Contratação de capatazia por prazo indeterminado não exige registro no OGMO (RR-1868/2002-004-17-00.0).	
<i>Veiculada em 30.06.2009.....</i>	<i>119</i>
6.3.7. TST julga controvérsia de trabalho em feriados no comércio de Salvador (RR-858/2002-002-05-00.0).	
<i>Veiculada em 06.07.2009.....</i>	<i>120</i>
6.3.8. Rompimento do contrato por morte afasta multa do art. 477 da CLT (RR 380/2004-027-03-00.7).	
<i>Veiculada em 06.07.2009.....</i>	<i>121</i>
6.3.9. JT garante pensão vitalícia a trabalhadora com doença profissional (RR-1941/2005-030-04-00.3).	
<i>Veiculada em 08.07.2009.....</i>	<i>121</i>
6.3.10. Primeira Turma acolhe cerceio de defesa por dispensa de testemunhas (RR 142.315/2004-900-01-00.0).	
<i>Veiculada em 09.07.2009.....</i>	<i>122</i>
6.3.11. TST cancela penhora de imóvel adquirido antes da ação trabalhista (RR 383/2007-011-08-40.5).	
<i>Veiculada em 09.07.2009.....</i>	<i>123</i>

6.3.12. Vale garante pagamento de insalubridade com base no salário mínimo.	
Veiculada em 10.07.2009.....	124
6.3.13. SDI-1 manda reintegrar empregada da CEF demitida com 24 anos de casa (E-ED-RR 1593/2000-069-02-00.0).	
Veiculada em 10.07.2009.....	125
6.3.14. Sindicato é condenado por impedir atuação de dirigente.	
Veiculada em 10.07.2009.....	125

6.4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (www.trf4.jus.br)

Incapacidade parcial para o trabalho pode ser considerada plena quando compromete importante período da jornada.	
Veiculada em 08.07.2009.....	126

▲ volta ao sumário

7. Indicações de Leitura

7.1. Revista Justiça do Trabalho. HS Editora. Nº 306. Junho de 2009.

"O Monitoramento dos <i>E-mails</i> nas Relações de Trabalho"	
Michelle Sponchiado.....	126

7.2. Revista LTr. Ano 73. Junho de 2009.

7.2.1. "A Regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada".	
José Ribeiro de Campos.....	126
7.2.2. "Efetividade na Execução contra a Fazenda Pública".	
Rui Barbosa de Carvalho Santos.....	126
7.2.3. "Dispensa Coletiva e seu Controle pelo Judiciário".	
Antônio Álvares da Silva.....	126
7.2.4. "Hermenêutica Jurídica e Direitos Humanos Sociais do Trabalhador".	
Rubia Zanotelli de Alvarenga.....	126
7.2.5. "Nexo Técnico Epidemiológico Acidentário – Sua Inconstitucionalidade".	
José Eduardo Duarte Saad.....	126
7.2.6. "Novas Reflexões sobre a Renúncia, Transação e Conciliação no Direito e no Processo do Trabalho à Luz do Novo CPC e da Jurisprudência do TST".	
Mauro Schiavi.....	126

7.2.7. "Trabalho Artístico da Criança e do Adolescente".	
Oris de Oliveira.....	126
7.3. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Magister Editora. Ano V. Nº 30. Maio/junho de 2009.	
7.3.1. "Garantia do Devido Processo Legal para Demissão de Empregado Público".	
Hélio Rios Ferreira.....	128
7.3.2. "Gestante: Estabilidade Provisória em Caso de Aborto Não Criminoso".	
Antonio Borges de Figueiredo.....	128
7.4. Repertório de Jurisprudência IOB. Volume II. Nº 11. 1ª Quinzena de Junho de 2009.	
7.4.1. "Apontamentos sobre a Ação Regressiva de Acidentes de Trabalho".	
José Aldázio Pereira Júnior.....	128
7.4.2. "Direito do Trabalho, Rotinas Trabalhistas e Eventuais Implicações Referentes ao Menor Jogador de Futebol – Caso Neymar – Jovem Revelação do Santos".	
Paulo Sérgio Basílio.....	128
7.4.3. "Equivalência Salarial".	
Luciane Cristine Lopes.....	128
7.4.4. Jurisprudência comentada: "O Benefício de Ordem e a Responsabilidade Subsidiária Trabalhista".	
Luiz Marcelo Figueiras de Góis.....	128
7.5. Repertório de Jurisprudência IOB. Volume II. Nº 12. 2ª Quinzena de Junho de 2009.	
"Ainda que na Vigência do Contrato de Trabalho, a Fonte Pagadora é Desobrigada de Proceder com a Retenção na Fonte do Imposto de Renda sobre o Abono Pecuniário de Férias".	
Antônio Cleto Gomes.....	128
7.6. Disponíveis na internet.	
7.6.1. "A aplicação subsidiária da reconvenção no processo do trabalho. Cuidados práticos para abertura de prazo para manifestação do reconvindo".	
Anderson Ítalo Pereira.....	129
7.6.2. "A desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Análise dos fundamentos jurídicos".	
Gaysita Schaan Ribeiro.....	129

7.6.3. "A importância dos princípios na interpretação da linguagem jurídica".	
Fernando Augusto de Vita Borges de Sales.....	129
7.6.4. "A teoria da ação de Liebman e sua aplicação recente pelo Superior Tribunal de Justiça. Alguns aspectos dogmáticos da teoria da asserção".	
Dierle José Coelho Nunes.....	129
7.6.5. "Aposentadoria e Ação Rescisória"	
Ricardo Carvalho Fraga.....	129
7.6.6. "Assédio Sexual".	
Eliane Alfradique. Robson Zanetti.....	129
7.6.7. "Breves considerações sobre a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais".	
Luiz Carlos Canalli.....	129
7.6.8. "Considerações acerca do trabalho a termo".	
Francisco José Monteiro Júnior.....	129
7.6.9. "Considerações sobre a irrecorribilidade dos despachos e dos atos meramente ordinatórios".	
Roberto Carvalho de Souza.....	130
7.6.10. "Da tutela antecipada e sua efetivação".	
Athos Gusmão Carneiro.....	130
7.6.11. "Justiça alternativa do trabalho. Necessidade ou ficção?".	
Magno Cardoso Brandão.....	130
7.6.12. "Mandado de segurança impetrado por servidor ou juiz da justiça do trabalho contra ato administrativo de presidente de TRT. Competência pelo critério da matéria (EC nº 45/2004). Julgamento pelo juízo federal comum".	
Izidoro Oliveira Paniago.....	130
7.6.13. "O Direito Laboral Estrangeiro e o Juiz do Trabalho Brasileiro".	
Manoel Carlos Toledo Filho.....	130
7.6.14. "O assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos".	
Wilson Ramos Filho.....	130
7.6.15. "O Enunciado nº 385 da Súmula do STJ e a chancela a possíveis injustiças".	
Fernando César Borges Peixoto.....	130
7.6.16. "O trabalho infanto-juvenil proibido: prevenção e erradicação".	
Gaysita Schaan Ribeiro.....	131

7.6.17. "Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana relacionados ao inciso I do artigo 114 da Constituição Federal de 1988". Dayse Coelho de Almeida.....	131
7.6.18. "Trabalho na atividade pesqueira à luz do Direito do Trabalho". Francisco Edivar Carvalho.....	131

[▲ volta ao sumário](#)

8. Dica de Linguagem Jurídico-Forense

Prof. Adalberto J. Kaspary

Novas Grafias – Palavras Novas.....	132
-------------------------------------	-----

[▲ volta ao sumário](#)

1. Acórdãos

1.1. Acidente de trabalho. Medidas de segurança ausentes ou insuficientes. Omissão da empresa. Inexistência de culpa exclusiva da vítima. Responsabilidade civil. Risco da atividade. Devidas indenizações por danos morais e materiais. Pensionamento. Constituição de capital. Ausência de lesões aparentes. Indevida indenização por dano estético. Art. 950 do Código Civil. Art. 475-Q do CPC.

(9ª Turma. Relator o Exmo Juiz Marçal Henri Figueiredo - Convocado. Processo nº 01310-2006-661-04-00-2 RO. Publicação em 30.06.2009)

EMENTA: Acidente de trabalho. Responsabilidade civil. Danos materiais. Lucros cessantes. Pensionamento. Constituição de capital. Danos morais. Nas relações laborais, há que se considerar que, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder. Constatada a existência de omissão em relação à prevenção do acidente de trabalho, a reclamada deve indenizar os prejuízos decorrentes do fato lesivo ao trabalhador, já que é o empregador quem assume os riscos do empreendimento.

[...]

ISTO POSTO:

I – MATÉRIAS COMUNS AOS RECURSOS.

1. Acidente de trabalho. Responsabilidade. Danos morais e materiais. Pensão mensal. Constituição de capital. Dano estético.

1.1. A julgadora condenou a reclamada ao pagamento de pensão mensal em valor correspondente a 7,33% do salário básico que o autor recebia na data do acidente, a ser paga desde essa data até que ele complete 71 anos de idade, abrangendo, inclusive a gratificação natalina e o adicional de 1/3 sobre as férias, com reajuste de acordo com os percentuais fixados na norma coletiva ou, na falta desses, de acordo com os reajustes do salário-mínimo; danos materiais, a título de danos emergentes; indenização por danos morais, no valor de R\$5.000,00. Foi determinada, ainda, a constituição de capital.

1.2. A reclamada insurge-se com a condenação, sustentando que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, requerendo, assim, seja afastada sua responsabilidade. Alternativamente, requer seja considerada culpa concorrente do trabalhador pelo infausto, com redução dos valores e percentuais em que a empresa foi condenada. Postula, ainda absolvição ao pagamento do pensionamento mensal, asseverando que o autor foi negligente com as atividades de reabilitação. Caso confirmada a condenação ao pensionamento, pede que, para o cômputo do termo inicial, seja utilizada a data do efetivo arbitramento. Em relação às parcelas vencidas, requer sejam distribuídas proporcionalmente junto com o pagamento das vincendas, por se tratar de uma empresa de pequeno porte. Sob esse último fundamento, pugna pela substituição da constituição de capital por um bem corpóreo (material) da empresa ou dos sócios, como garantia do adimplemento das parcelas mensais do pensionamento. Por fim, busca a absolvição ao pagamento de despesas com tratamento médico – danos emergentes – no valor de R\$2.600,00 e indenização por danos morais, no valor de R\$5.000,00.

1.3. O reclamante, por sua vez, quer a majoração tanto do valor arbitrado a título de indenização por dano moral como do pensionamento, bem como a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos estéticos.

1.4. Por partes.

1.5. É cediço no ordenamento jurídico pátrio que o dever de indenizar nasce quando alguém viola direito de outrem, acarretando-lhe prejuízo.

1.6. A responsabilidade civil, assim, implica a existência simultânea de uma conduta humana voluntária (ação ou omissão), de um dano e do nexo de causalidade a vincular aquele comportamento ao resultado produzido. O ato lesivo, para a teoria subjetiva, decorre do dolo ou da culpa do agente, que procede com negligência, imprudência ou imperícia, na forma dos artigos 186 e 927 do Código Civil.

1.7. Em se tratando de acidente de trabalho, contudo, a matéria assume outra feição e passa-se a admitir que a presença do elemento de vontade na conduta do pretendo ofensor é dispensável. Defende a teoria objetiva, nesse contexto, que a coexistência dos dois últimos fatores é suficiente para o surgimento da obrigação de reparar, na medida em que o fundamento dessa corrente reside, tão-só, no risco da atividade.

1.8. Por isso, prescindir-se-ia de perquirir, em caso de infortúnio laboral, acerca das circunstâncias em que agiu o empregador, já que é ínsito à sua própria condição a assunção dos riscos oriundos do desenvolvimento da atividade econômica, como se vê no art. 2º da CLT.

1.9. Na hipótese dos autos, é incontroversa a ocorrência do acidente de trabalho, assim como o é o nexo causal entre o sinistro e a lesão sofrida pelo reclamante. A divergência restringe-se, então, ao preenchimento (ou não) dos demais requisitos.

1.10. Na inicial, o reclamante narrou que, no dia 07-06-2005, enquanto exercia a função de auxiliar de serviços gerais, por volta das 18h30min, após 10 horas de trabalho, por falta de segurança e equipamentos adequados de proteção na obra, despencou no poço do elevador, caindo de uma altura de aproximadamente 6m. Afirmou, ainda, que em consequência da queda, perdeu a consciência, sofreu lesões e fraturas múltiplas expostas no braço esquerdo, escoriações na cabeça e hematoma no pulmão.

1.10.1. Na contestação (fls. 71/86), a reclamada asseverou que o autor vinha puxando um carrinho de quatro rodas, com as costas voltadas para o buraco da escada, enquanto os colegas empurravam esse carinho de frente para o buraco. Em certo momento, uma das mãos do autor acabou por se soltar dos cabos do carrinho, o que fez com que ele se desequilibrasse e caísse no buraco (vão da escada).

1.11. A questão referente ao local e altura da queda do reclamante foi adequadamente dirimida na origem, transcreve-se, pois, como razões de decidir, o já dito às fls. 456/457:

Em que pese não haja negativa do acidente, a ré não cumpriu sua obrigação legal de emitir a CAT, providência essa que foi tomada pelo sindicato da categoria profissional, conforme faculta a lei, depois de transcorrido mais de um mês da ocorrência do evento (fls. 19 e 246). Na descrição desse documento, consta que o autor "Despencou escorregou no poço do elevador e caiu da altura, 5m80cm" (fl. 19). Pendente da emissão desse documento, o autor, incapacitado para o trabalho, recebera apenas o Auxílio-Doença (fl. 21 e 30), depois (dezembro de 2005) caracterizado como Auxílio doença decorrente de acidente do trabalho (fls. 26 e 29).

Posteriormente (05.08.2005), por provocação do INSS (fl. 248), a ré requereu retificação da descrição do evento, para que constasse que "Por desatenção [o autor] escorregou no poço do elevador, e caindo de uma altura de 4m e 80cm" (fl. 245). Outras descrições do evento são noticiadas nos autos (pela dona da obra, dando conta de que "O Funcionário estava transportando agregados com carrinho de quatro rodas, e a mão do funcionário escapou do cabo do carrinho e este caiu para traz dentro do buraco da escada, sofrendo a quebra no braço esquerdo" – fl. 241; e de que "Funcionário estava trabalhando e não viu buraco da laje, caindo até o andar inferior altura de 4,8m" – fl. 243), mas sem qualquer comprovação de que tenham sido formalmente informadas ao Órgão Previdenciário (aliás, sequer estão datadas ou firmadas).

Prevalecendo, portanto, as informações feitas ao INSS, **impõe-se reconhecer o poço do elevador como local da queda e sua altura entre 4m e 80cm e 5m e 80cm.** (grifou-se)

1.12. Todavia, independentemente do local e altura da queda, a responsabilidade civil da empresa resta configurada. Afinal, as medidas de segurança que protegem a saúde do trabalhador não foram tomadas (ou, se foram, não como deveriam), visto que o evento aconteceu. Não há falar, assim, em culpa exclusiva da vítima.

1.13. De outro lado, não é crível se pensar, como quer a empresa (razões recursais– fl. 491), que o empregado tenha resolvido, voluntariamente, agir de forma a causar o infausto. Ora, ninguém em sã consciência deseja cair num buraco, motivo pelo qual é de ser refutada a tese de culpa exclusiva da vítima.

1.14. José Affonso Dallegrave Neto¹ bem elucida a questão:

Sobre a assunção do risco da atividade econômica pela empresa, não há como negar que ela é sucedânea do próprio poder de comando do empregador, que ao traçar as suas linhas de atuação acaba se responsabilizando pelos desígnios da atividade: seus bônus e ônus; lucros e prejuízos (ubi emolumentum, ibi onus). [...] Quando o empregado celebra o contrato de trabalho acaba por assumir uma obrigação principal, qual seja, o compromisso de prestar serviço de forma subordinada (obrigação de meio) de acordo com a boa-fé e com o jus variandi do empregador. Tal poder patronal de comando encerra limites técnicos, o que vale dizer: dirige a atividade do empregado de acordo com as necessidades de serviço da empresa, vista em sua finalidade social. O empregador, por sua vez, quando da contratação do empregado, avoca a obrigação de remunerá-lo (obrigação de resultado), observando as normas cogentes típicas do contrato-dirigido (art. 444 da CLT). Além disso, devido ao conceito atribuído pelo art. 2º da CLT, o empregador assume os riscos da atividade econômica, o que importa dizer que, na esfera contratual, o empregado se incumbe apenas da obrigação de trabalhar, correndo todos os demais riscos e despesas por conta exclusiva do empregador. A obrigação de trabalhar (obligatio facere) é de meio, enquanto a obrigação de remunerar (dare) é de resultado. Dessa forma, o empregador assume o resultado da atividade desempenhada pelo empregado. Vale dizer, em troca da energia despendida, o empregado receberá sem qualquer risco o salário ajustado e os direitos assegurados em lei.

1.15. A CF/88 garante a todo trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII), no mesmo sentido colocando o art. 157 da CLT.

1.16. O empregado, assim, tem o direito fundamental de laborar em ambiente hígido e salubre, de maneira tal a ter preservada a sua incolumidade. Tanto o é que o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria nº 3.214/78, estabelece, por exemplo, na NR-1, item 7.1, que o empregador é obrigado a adotar medidas de prevenção contra a prática de atos inseguros e contra condições inseguras de trabalho, impondo, outrossim, a obrigação de cientificar seus empregados de todos os riscos a que estão sujeitos naquele ambiente.

1.17. O perigo, por isso, deve ser adequadamente limitado, não bastando a mera existência de fita “zebrada” no poço, porquanto dito instrumento, por si só, não assegura o necessário respeito à vida do operário.

1.18. A reclamada, portanto, foi omissa em relação à prevenção do acidente de trabalho. Sobre a omissão que gera consequência, Sérgio Cavalieri Filho² comenta:

[...] tem-se entendido que a omissão adquire relevância jurídica, e torna o omitente responsável, quando este tem dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado, dever, esse, que pode advir da lei, do negócio jurídico ou até de uma conduta anterior do próprio omitente, criando o risco da ocorrência do resultado, devendo, por isso, agir para impedi-lo.

1.19. Logo, não há dúvida de que a empresa deve responder pelo dano causado ao reclamante.

1.20. No laudo das fls. 295/304, a perita, respondendo se as lesões apresentadas pelo reclamante trazem para ele incapacidade laborativa, apurou que: “Atualmente, sim. Porém, trata-se

¹ Responsabilidade civil no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005, p. 123.

² Programa de responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 24.

de quadro que poderá ser modificado. Atualmente apresenta uma redução de 33,3% do arco de movimento. A ausência total da mobilidade do cotovelo é de 8,33%. Esses valores foram baseados na tabela DPVAT de indenizações”.

1.21. O que se vê, então, é que o dano resta demonstrado e a participação da empresa também. Nesse cenário, em tendo a perita constatado a existência de redução na capacidade laborativa, dúvida não há acerca do prejuízo.

1.22. Por isso, para o surgimento da obrigação de reparar, pouco importa o tamanho do dano. Por menor que seja a consequência, a conduta lesiva enseja o dever de indenizar. Tanto o é que o art. 950 do Código Civil é taxativo a esse respeito: “*Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*”.

1.23. Logo, não há dúvida de que a empresa deve responder pelo dano causado à reclamante.

1.24. O dano, *conditio sine qua non* da indenização, pode ser de duas espécies: o material, que se subdivide em danos emergentes e lucros cessantes, e o moral.

1.25. Danos materiais. Lucros Cessantes. Pensão mensal. Conforme já analisado no item 1.21, o reclamante apresenta redução parcial da capacidade laborativa. Assim, a diminuição potencial do patrimônio do trabalhador, ainda que em relação ao ganho esperável, e a frustração da expectativa daquilo que ele razoavelmente estará deixando de auferir por consequência da patologia apurada dá azo ao ressarcimento dos lucros cessantes. Correta, portanto, a sentença ao fixar pensão mensal em valor correspondente a 7,33% do salário básico que o autor recebia na data do acidente, a ser paga desde essa data até que ele complete 71 anos de idade, abrangendo, inclusive a gratificação natalina e o adicional de 1/3 sobre as férias, com reajuste de acordo com os percentuais fixados na norma coletiva ou, na falta desses, de acordo com os reajustes do salário-mínimo.

1.25.1. Quanto ao termo inicial do pensionamento, perfilha-se a posição externada na origem. Se o reclamante sofreu o acidente em 07-06-2005, certo é que a indenização (que tem por objetivo primeiro reparar os danos suportados) deve retroagir àquela data.

1.25.2. No que tange às parcelas vencidas, também não vinga o apelo. A matéria referente ao parcelamento deverá ser apreciada em momento oportuno, quando da execução da sentença.

1.25.3. A constituição de capital encontra amparo no art. 475-Q do CPC, aplicável à espécie. Nada a alterar, pois, na decisão que determina a formação da garantia necessária ao cumprimento da obrigação. Fica o juízo de origem incumbido de dar efetividade a esse comando, na forma que julgar pertinente, quando da liquidação do feito, inclusive quanto à substituição por um bem corpóreo.

1.26. Danos materiais. Danos emergentes. Neste tópico, compartilha-se com o entendimento da julgadora: “[...] *evidenciada a necessidade de intervenção cirúrgica (laudo pericial, fl. 304), as despesas constantes do orçamento da fl. 31, deverão ser pagas pela ré, atualizadas, a título de danos emergentes*”.

1.27. No que diz com o dano moral, sabe-se que, na quantificação desse tipo de indenização, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo à reparação da lesão sofrida. De acordo com os critérios utilizados por esta Turma e o entendimento acima transcrito, tem-se que o montante equivalente R\$5.000,00, mostra-se suficiente para o fim pretendido e consentâneo com a natureza jurídica da indenização, registrando-se que o reclamante não está incapacitado para o trabalho.

1.28. O dano estético pressupõe lesão aparente. Como, no caso dos autos, a perita informou à fl. 304 que o autor não apresenta dano estético, não há seqüela visível a justificar a indenização pretendida. Provimento negado.

1.29. Nega-se provimento aos recursos das partes.

[...]

1.2. Acidente do trabalho. Morte por disparo acidental de arma de fogo. Manuseio, para conserto, por colega de trabalho. Responsabilidade da empresa. Indenização por dano moral. Direito dos familiares do *de cujus*.

(6ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Beatriz Renck. Processo nº 01201-2007-030-04-00-9 RO. Publicação em 30.06.2009)

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ACIDENTE DO TRABALHO. DIREITO DOS FAMILIARES. Tem absoluta pertinência a condenação em indenização por danos morais aos familiares do *de cujus*, vitimado em decorrência de acidente do trabalho.

[...]

ISTO POSTO:

1. Incompetência. Dano Moral. Acidente do Trabalho.

Argúi a demandada a incompetência dessa Justiça para o julgamento da demanda, sob o argumento de que não manteve com as autoras relação de cunho empregatício ou qualquer outra que as autorize utilizar a justiça do trabalho com o fito de requerer indenização por danos morais decorrente de óbito de terceiro.

Razão não lhe assiste, porém.

Versa a presente demanda sobre o direito das autoras (mãe e irmã do *de cujus*) à indenização por danos morais decorrentes do falecimento de empregado da ré em decorrência de acidente do trabalho.

Muito embora, conforme referido no recurso, não exista relação de cunho empregatício entre as autoras e a demandada, nem tampouco alegação de prestação de serviços, a competência dessa Justiça para o julgamento da demanda decorre da nova redação do art. 114 da Constituição Federal, que incluiu, em seu inciso VI, "**as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho**".

No caso desses autos, ainda que as autoras não tenham mantido com a demandada qualquer relação de trabalho, buscam o reconhecimento de direito que tem seu nascedouro no vínculo de emprego mantido com o falecido, cujo óbito, em decorrência de acidente do trabalho, pode acarretar prejuízos de ordem moral e até material àquelas.

Ressalte-se que a competência da Justiça do Trabalho foi afirmada pelo Supremo Tribunal Federal, no Conflito de Competência nº 7545, julgado em 04/06/2009.

Assim, rejeita-se a arguição de incompetência.

2. Acidente do Trabalho. Óbito do Empregado. Indenização por Danos Morais aos Parentes do *de cujus*.

Não se conforma a demandada com a condenação ao pagamento de indenização por danos morais à mãe e a irmã do *de cujus*, falecido em virtude de acidente do trabalho.

Sustenta que não há prova de culpa ou dolo da empresa no acidente sofrido pelo autor, bem como que não restou demonstrado o prejuízo sofrido pelas autoras em decorrência do sinistro. Salaria que a prova dos autos autoriza concluir que as autoras não mantinham qualquer relação direta com o falecido, a despeito dos laços sangüíneos, já que residia ele com seu pai e madrasta desde os 3 anos de idade. Aponta a existência de demanda anterior ajuizada pelo pai e madrasta do autor, na qual, em acordo homologado ainda na instrução, foi alcançado a título de danos morais aos autores o valor de R\$ 350.000,00.

Razão não lhe assiste, todavia.

Incontroverso que tinha o falecido por tarefas o conserto e testes de armas de fogo fabricadas pela demandada, executando essas atividades por aproximadamente sete anos. Ainda, não há divergência acerca dos fatos ocorridos que levaram ao óbito do empregado Quelmes.

Revelam os elementos dos autos que em 18.09.2006 estava o autor em sua bancada de serviço quando foi atingido por um projétil de arma de fogo 9mm que estava sendo consertada por seu colega I. F. N. na bancada ao seu lado. Em decorrência do acidente acima narrado, veio o autor a falecer já no Hospital Cristo Redentor para onde foi levado.

Atualmente, a par de se entender suficiente a culpa levíssima para o acolhimento dos pedidos de indenização por acidente do trabalho que ocorrem quando o empregado desenvolve sua atividade laboral dentro da esfera de interesses da empresa, a jurisprudência constrói o entendimento de que o empregador deve indenizar com base na teoria do risco criado e a responsabilidade objetiva do empregador.

A propósito é pertinente a transcrição dos esclarecimentos tecidos no artigo *"A Teria do Risco Criado e a Responsabilidade Objetiva do Empregador em Acidentes de Trabalho"*, por Adib Pereira Netto Salim, publicado na Revista Jurídica da Amatra - 17ª Região, 6ª edição (fls. 16/19).

"(...) Por derradeiro, conforme destaca Caio Mário, temos a teoria do risco criado, sendo a que melhor se adapta às condições de vida social, fixando-se na idéia de que se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que essa atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, a um erro de conduta... (...).

No caso concreto, não resta dúvida de que o acidente ocorreu quando da execução de atividades laborais dentro da sede da demandada, bem como que o sinistro teve origem no manuseio de arma de fogo carregada, na bancada de consertos onde estavam o falecido e seu colega Israel, autor do disparo accidental.

Não obstante não haver prova de que a demandada tenha sido negligente em relação ao sistema de proteção ou de prevenção de acidentes, salta aos olhos o fato de que o acidente somente se proporcionou porque o falecido e seu colega executavam atividade de risco que envolve, conserto, manuseio e teste de arma de fogo.

Nesse contexto, há justa incidência da Teoria do Risco Criado no caso concreto. O acidente ocorreu por falha no sistema de segurança do trabalho que permite rotinas que criam situações de risco, ainda que decorrentes de negligência, imprudência ou imperícia dos trabalhadores.

Tendo sido reconhecido o ilícito reparável dentro do espectro de responsabilidade da ré, passa-se ao exame das respectivas reparações.

Diversamente do quanto afirma a demandada, a prova quanto ao dano sofrido pela mãe e pela irmã do *de cujus* é clara e decorre do simples fato de terem perdido um ente querido, vítima de um acidente repentino aos 28 anos de idade. Cabe aqui referir que as alegações da demandada no sentido de que o autor não mantinha contato com sua progenitora não se sustentam.

A testemunha Diogo, convidada a depor pelas autoras, afirma que **"era amigo do de cujus; que o de cujus residia com seu pai; que tem conhecimento que o relacionamento do de cujus com a primeira requerente era bom; que o de cujus costumava visitá-la, mas não sabe a frequência; que o de cujus comentou com o depoente que ajudava financeiramente a primeira reclamante, mas não sabe informar qual a quantia; que tal ajuda era para a compra de remédios e despesas do lar; que não sabe se a segunda reclamante morava com sua mãe, com seu pai ou era casada; que nunca ficou sabendo de qualquer atrito entre o de cujus e a segunda autora; que o relacionamento do depoente com o de cujus era de amizade; que costumavam sair para festas e jogar bola juntos; que foi umas duas ou três vezes na casa da primeira reclamante com o de cujus"** (fl. 243).

Cabe destacar que o fato de o falecido residir com seu pai desde os três anos de idade não importa reconhecer a existência de litígio ou afastamento de sua mãe e irmã, em especial diante do teor do depoimento acima transcrito.

De qualquer sorte, presume-se, ausente prova em contrário, que a perda de um filho causa, por certo, imenso sofrimento aos seus progenitores, assim como abala a vida da família, aí incluídos os irmãos, situação da segunda ré.

Diante dessa realidade resta configurada a responsabilidade da demandada e o dano sofrido pelas autoras.

Ainda, tal como salientado na origem, se os danos morais atingiram diversas pessoas da família, cada uma tem direito à pretensão reparatória individual, pois se trata de dano próprio.

Quanto ao valor da indenização, igualmente não merece reparo a decisão, uma vez que arbitrado com esteio nos valores pagos ao pai e madrasta do *de cujus*, por conta de acordo judicial celebrado com a empresa, ou seja, de forma espontânea.

Nega-se, pois, provimento ao recurso ordinário.

[...]

1.3. Agravo de petição. Terceiros-embargantes. Impenhorabilidade do bem de família. Norma de ordem pública que se sobrepõe à coisa julgada. Declaração de nulidade da penhora efetivada na ação principal. Arts. 1º e 5º da Lei nº 8.009/90. Arts. 166, 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil.

(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda. Processo nº 00381-2008-007-04-00-5 AP. Publicação em 22.06.2009)

EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. A Lei nº 8.009/1990 veda expressamente a penhora de bem de família, razão porque a sua constrição judicial viola expressa disposição legal. A nulidade da apreensão judicial sobre o bem de família prevalece até mesmo sobre a coisa julgada, porque a autora se trata de sucessão, integrada pela viúva e filhos solteiros, que ainda residem no imóvel. Agravo de petição dos terceiros-embargantes a que se dá provimento.

[...]

ISTO POSTO:

1. AGRAVO DE PETIÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE.

O órgão julgador de primeiro grau não conheceu dos embargos de terceiro opostos pela Sucessão de A. A. F., sob o fundamento de que ela tomou ciência da penhora, na pessoa de C. C. F., em 30-11-2007 e os embargos de terceiro foram opostos em 04-04-2008. De acordo com o registrado na sentença, a disposição do artigo 1.048 do CPC está a significar que tomando ciência do ato de apreensão em momento anterior, o prazo de 05 dias para a oposição de embargos deve ser contado a partir de tal ciência. Mesmo não conhecendo dos embargos de terceiro, por intempestivos, examinou a alegação de coisa julgada, tendo-a por configurada em face da sentença proferida no processo nº 01379-2007-007-04-00-2, da qual não foi interposto recurso.

Não-conformada com tal decisão a sucessão embargante interpõe agravo de petição nas fls. 64/67, fazendo um breve relatório acerca da condenação e dos atos de execução levados a efeito nos autos da ação principal. No mais, a agravante limita-se à transcrição de excertos de decisões proferidas por este e por outros tribunais a respeito da impenhorabilidade do bem de família.

Não veio aos autos a cópia da petição inicial do processo nº 01379-2007-007-04-00-2. Todavia, pela cópia da decisão proferida naquela ação, que se encontra juntada nas fls. 30/31, verifica-se que a matéria discutida também girava em torno da impenhorabilidade do bem de família. Com efeito, constou nas razões de decidir da referida sentença: *Sustenta a embargante que o bem penhorado é o único que possui, além de alegar, se outros houvesse, "ser dito imóvel de residência permanente do casal, também porquanto e por tudo isso, adquiriu o status e consideração do bem de família ...", para tudo invocando os artigos da Lei 8009/90 que transcreve e também excertos jurisprudenciais. A ação foi julgada improcedente. Conforme consulta processual na página do Tribunal na internet, contra a decisão foi interposto recurso, o qual não foi recebido por intempestivo, tendo a decisão transitado em julgado.*

Na presente ação também é alegada a impenhorabilidade do bem de família, conforme se pode verificar dos argumentos expendidos na inicial.

Para ser caracterizada a coisa julgada, é necessário que seja reproduzida ação anteriormente ajuizada e que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso (artigo 301, parágrafos 1º e 3º, do CPC).

Uma ação pode ser considerada idêntica à outra, de conformidade com o que dispõe o artigo 301, parágrafo 2º, do CPC, quando ambas apresentam identidade de:

- 1) pedidos;
- 2) causa de pedir, isto é, quando os fatos e os fundamentos jurídicos dos pedidos de ambas as ações são os mesmos;
- 3) partes.

Somente quando ocorre igualdade nos três pressupostos acima apontados é que se pode considerar caracterizada a coisa julgada.

No caso, verifica-se que há identidade nos referidos pressupostos, uma vez que, tanto esta quanto aquela ação, objetivam o levantamento da constrição judicial sobre o mesmo imóvel, sob o argumento de tratar-se de bem de família, cuja impenhorabilidade é garantida pela Lei nº 8.009/1990.

No tocante às partes, porém, a identidade revela-se de forma parcial. O pólo ativo da presente ação é composto pelos sucessores de A. A. F., quais sejam C. C. F., L. C. F. (viúva), J. C. F. e C. C. F., enquanto que o processo nº 01379-2007-007-04-00-2 foi ajuizado somente pela viúva, L. C. F.

Sendo assim, a coisa julgada está configurada em relação à viúva L. C. F., mas não em relação aos demais sucessores, os quais não integraram o pólo ativo do processo nº 01379-2007-007-04-00-2.

Não obstante, tem-se que a questão relativa à impenhorabilidade do bem de família, sendo de ordem pública, sobrepõe-se à coisa julgada.

O imóvel residencial de propriedade da entidade familiar, sendo único e utilizado para sua moradia permanente, é impenhorável, consoante artigos 1º e 5º da Lei nº 8.009/1990.

A finalidade da Lei nº 8.009/1990 é a garantia da moradia da família, excetuando o imóvel com suas benfeitorias, bem como os móveis não suntuosos que guarnecem a casa, da execução por dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e que nele residam.

No presente caso, foi penhorado o apartamento nº 61 do Edifício Oiapoc-Chuí e a respectiva parte ideal de 1/24 da garagem coletiva, situados na R. 24 de outubro, nº 89, nesta capital. O referido bem foi adquirido por A. A. F. e sua esposa L. C. F., casados sob o regime da comunhão universal de bens, conforme registro R4 na Matrícula nº 8.260 do Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre (fl. 21-v). Conforme noticiado na inicial, o Sr. A. A. F., falecido em 24-09-2007, foi sócio e administrador da empresa Santa Clara Mármore e Granitos Ltda., uma das executadas na ação tombada sob nº 00602.007/98-4, onde expedido o mandado de penhora.

As certidões das fls. 15/20 comprovam a inexistência de outros imóveis em nome do *de cujus* e da viúva L. C. F. Os documentos juntados nas fls. 43/52, ainda em nome do falecido, comprovam que o imóvel era o único utilizado como residência do casal e assim permanece em relação à viúva.

Portanto, para o deslinde da controvérsia, é necessário fixar os limites da norma contida no artigo 5º da Lei nº 8009/1990, assim expressa:

Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta Lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar, ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis e na forma do artigo 70 do Código Civil.

Com efeito, por estar prevista na Lei nº 8.009/1990 – norma de ordem pública – o único bem imóvel residencial não pode sequer ser penhorado, sob pena de ser nula inclusive a sua apreensão judicial, por força do disposto no artigo 166 do CCB ao dispor:

É nulo o negócio jurídico quando:

II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

VII – a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

No sentido de que o bem de família não poderá ser objeto de penhora e nem ao menos de transação, por se tratar de matéria regida por norma de caráter público e, por isso, insuscetível de disposição, João Roberto Parizzato estatui que:

A penhora realizada sobre um bem de família é um ato ineficaz, por sua flagrante nulidade. Não pode o bem em questão ser oferecido à penhora pelo devedor. Trata-se de regra de caráter público, insuscetível, pois, de ser alterada pela pessoa que tenha instituído tal benefício (in Da Penhora e da Impenhorabilidade de Bens. Ed. de Direito, p. 20, 2ª edição, 2000).

Nessa seara é a lição de Pontes de Miranda:

Os bens inalienáveis não podem ser penhorados, porque toda penhora implica tomada de eficácia do poder de dispor (*abusus*), e o devedor, dono desses bens não o tem. (in Comentários ao CPC, Tomo XIII, Forense, 1973, p.284).

Corroborando a nulidade de negócio jurídico decorrente de bem impenhorável a lição de Theotônio Negrão:

A alegação de que determinado bem é absolutamente impenhorável pode ser feita a todo tempo, mediante simples petição e independentemente de apresentação de embargos à execução, mas o devedor responde pelas custas de retardamento. (in Código de Processo Civil, 26ª Ed., p.490)

Nota-se que a Lei nº 8.009/1990 veda expressamente a penhora de bem de família, portanto, a sua constrição judicial viola expressa disposição legal, subsumindo-se a hipótese do inciso II do artigo supracitado, posto que teve como fundamento objeto ilícito, ou seja, contrário à lei, e, ainda, o seu inciso VII, já que há expressa proibição da prática da penhora do bem de família.

Sabe-se ser nulo o ato jurídico quando, em razão do defeito grave que o atinge, não pode produzir o efeito almejado. A nulidade se apresenta, portanto, como sanção para a ofensa à predeterminação legal.

A nulidade, neste caso, será insuprível pelo juiz, seja de ofício, seja a requerimento do interessado. Não poderá, também, ser o ato ratificado, posto que jamais convalidará.

Determinam os artigos 168, parágrafo único, e 169 do Código Civil, respectivamente, que:

Art. 168, parágrafo único: As nulidades devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do negócio jurídico ou dos seus efeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permitido supri-las, ainda que a requerimento das partes.

Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

As normas acima citadas poderiam ser utilizadas, em tese, para declarar-se a nulidade da apreensão judicial do bem penhorado na ação matriz que desconsiderou a natureza atribuída ao imóvel em pauta e que restou assegurada pela Lei nº 8.009/1990.

Entende-se dessa forma porque restou comprovado nos presentes autos que o referido bem é o único bem de natureza residencial da viúva. Todavia, quanto à mesma resta configurada a ocorrência de coisa julgada, haja vista a decisão proferida no Proc. nº 01379-2007-007-004-00-2, referida pelo juízo de origem, que julgou aquela ação improcedente.

Entretanto, na presente situação, a autora é a sucessão, integrada, não só pela viúva, como pelos filhos herdeiros: C. (solteira), J. (solteiro) e C. (casada). Consta que os filhos solteiros residem no endereço do imóvel penhorado, conforme se vê pela declaração de pobreza de fl. 09. A pessoa que foi cientificada da penhora foi a herdeira C. (vide auto de depósito de fl. 14-verso). Os documentos existentes nos autos (fls. 43/52) comprovam que a residência ainda é moradia da viúva e dos filhos solteiros. Assim, restou comprovado que o bem objeto da penhora se caracteriza como bem de família da sucessão.

Diante do exposto, é nula a apreensão judicial realizada sobre o bem de família acima referido, situação que prevalece até mesmo sobre a coisa julgada oriunda da decisão proferida no processo nº 01379-2007-007-04-00-2, porque se está a tratar da sucessão (integrada pela viúva e filhos solteiros).

Constatada afronta à norma legal, no caso, a Lei nº 8.009/1990, cabe dar-se provimento ao agravo de petição interposto pelos terceiros-embargantes para declarar de ofício a nulidade da penhora efetivada na ação principal.

[...]

1.4. Promoções. Não-concessão decorrente de alteração de norma regulamentar da empresa. Ilegalidade. Princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho em prejuízo do trabalhador. Art. 468 da CLT. Súmula nº 51 do TST.

(1ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Milton Varela Dutra. Processo nº 00481-2008-351-04-00-4 RO. Publicação em 01.07.2009)

EMENTA: PROMOÇÕES. NÃO CONCESSÃO DECORRENTE DE ALTERAÇÃO DA NORMA REGULAMENTAR. INALTERABILIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO. DEVIDAS. A alteração unilateral do contrato de trabalho, decorrente do *jus variandi* do empregador, não autoriza redução de salário e/ou supressão de vantagens anteriormente deferidas. Princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho em prejuízo do trabalhador, consagrado na súmula 51 do TST e previsto, expressamente, no art. 468 da CLT. Recurso do autor parcialmente provido.

[...]

RECURSO DO AUTOR – ORDINÁRIO.

1. PROMOÇÕES DE CLASSE.

O MM. Juiz julgou improcedente a ação quanto ao pedido de promoções de classe, por entender que a Resolução 23/82 não prevê a efetivação das promoções por antiguidade ou merecimento de forma cogente e obrigatória para a totalidade dos empregados da ré; ainda, porque **"a demandada não se encontra obrigada a promover, indistintamente, todos os seus empregados a cada ano que passa, pois a ascensão profissional dos empregados depende de percentual daqueles que *"poderão"* ser promovidos a ser estabelecido pela Diretoria, decorrendo de tal fato o critério de lotação em cada unidade administrativa (UA) da empresa, devendo, ainda, ser sopesadas diversas circunstâncias e requisitos insertos no próprio Capítulo que trata da promoção de classe, tais como o interstício de 730 dias para antiguidade e 365 para merecimento (fl. 37), se o empregado encontra-se afastado para exercício de mandato eletivo ou à disposição de outro órgão, no caso de promoção por Antiguidade, ou se foi punido por suspensão no decorrer do período de aquisição do direito à promoção, além da aferição de dados objetivos que demonstrem a capacidade do empregado, no caso das promoções por merecimento, além de critérios de desempate em ambos os casos."** (sic, fls. 532v/533), ressaltando, ainda, que não há qualquer estipulação de número mínimo a ser considerado na fixação do coeficiente multiplicador, podendo-se, portanto, deduzir que a ausência de sua fixação importa em considerá-lo igual a zero. Com isso não se conforma o recorrente, nos termos em que relatado.

Data venia, entendo, diversamente do decidido, que o recorrente faz jus às diferenças salariais postuladas, conforme passo a expor.

A Resolução 23/82, em que se funda a pretensão do recorrente, conforme o seu enunciado de abertura, **"reorganiza o Quadro de Pessoal da CORSAN, estabelece novo sistema de classificação de cargos e dá outras providências"**. Nos arts. 37 a 47, Capítulo VII, disciplina o sistema de promoções integrante do quadro de carreira da demandada, dispondo, no seu art. 38, em retilínea obediência ao comando emanado dos §§ 2º e 3º do art. 461 da CLT, que **"As promoções obedecerão, alternadamente, aos critérios de merecimento e da antiguidade"**, e, no seu art. 39, que **"Haverá promoção no mês de julho de cada ano"** (fl. 27).

No direito pátrio, de regra, o empregador é livre para instituir sistema de promoções funcionais, por qualquer critério, no âmbito da empresa, o que encerra verdadeira expressão do seu poder de direção do negócio, autêntico direito potestativo, exercitável ao seu livre alvedrio.

Diferentemente, entretanto, quando tenha o empregador instituído quadro de pessoal organizado em carreira a disciplinar a vida e a evolução funcional dos empregados – caso dos autos –, a lei lhe impõe a obrigatoriedade de instituição e alternância de promoções, por merecimento e antiguidade.

Como é inequívoco, já pelo enunciado da Resolução 23/82, a demandada mantém seu corpo funcional organizado em quadro de carreira. Esta certeza, somada à regra do citado art. 39 da mencionada Resolução 23 por ela própria editada, que estabelece, de forma imperativa – **“Haverá promoção no mês de julho de cada ano”** –, *data venia*, impõe concepção diversa e contrária à defendida pela demandada e esposada na sentença no sentido de lhe ser facultativa e discricionária a adoção de promoções. Instituído quadro de carreira na empresa, a circunstância limita o poder de comando do empregador e o submete ao comando legal de obrigatoriedade das promoções, o qual, no caso da demandada, conforme visto, é ainda mais limitado pela força da norma interna que lhe impõe proceder a promoções anualmente, no mês de julho, norma esta que desde sua edição aderiu ao contrato de trabalho dos empregados contemporâneos à sua vigência, não mais podendo ser alterada em prejuízo desses.

Disso já decorre, segundo entendo, no caso da demandada, quanto aos empregados admitidos anteriormente à edição da Resolução 23/82, assim como quanto àqueles admitidos na sua vigência originária, a nulidade da suspensão das promoções incontroversamente praticada pela ré, à luz da regra emanada do art. 468 da CLT (expressão do princípio da inalterabilidade do contrato de trabalho), do art. 9º, também da CLT, e na consonância com o uniforme entendimento jurisprudencial assentado no item I da súmula 51 do TST, segundo o qual **“As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”**.

Neste sentido os acórdãos invocados no recurso, da ilustre lavra da Exma. Juíza Maria Guilhermina Miranda (proc. Nº 00724.022/99-6) e da Exma. Desembargadora Maria Helena Mallmann (proc. nº 00541.451/00-6), proferidos em julgamento perante as Colendas 1ª e 8ª Turmas deste Tribunal, assim ementados:

“QUADRO DE CARREIRA. CRITÉRIOS DE PROMOÇÕES. O critério de promoções alternadas por antiguidade e merecimento inseridos em quadro organizado em carreira não são passíveis de alteração por meras deliberações da diretoria. Recurso a que se nega provimento.”

“PROMOÇÕES NÃO CONCEDIDAS. DIFERENÇAS SALARIAIS. A suspensão de promoções previstas na Resolução nº 12/92 configura ofensa ao art. 468 da CLT, fazendo jus o empregado ao pagamento de diferenças salariais a esse título. Recurso a que se dá provimento.”

De acordo com os documentos juntados às fls. 374/377, o recorrente foi promovido tão somente em duas oportunidades, quais sejam, por merecimento em outubro/1997 e por antiguidade em outubro/1999, estando incontroversamente enquadrado no cargo de Auxiliar de Tratamento de Água e Esgoto, grupo II, nível III, não restando dúvida, portanto, de que não houve a observância dos prazos fixados na Resolução 23/82. O recorrente foi admitido em 03.05.1994 (fl. 374), tendo aderido ao seu contrato de trabalho as condições estabelecidas em seu favor pela Resolução 23/82, ao que interessa ao litígio, as promoções postuladas, segundo os critérios da norma regulamentar.

Segundo evidenciam as várias e sucessivas resoluções acostadas por cópias à petição inicial, a demandada ora comandava promoções em mês diverso daquele previsto no regulamento de pessoal, ora estabelecia percentual zero de pessoal a promoção. É verdade que o regulamento prevê no seu art. 53 que no mês de abril de cada ano a Diretoria da demandada estabeleça o percentual de servidores que poderão ser promovidos. Entretanto, também é certo, segundo entendo, que dita norma não autoriza alteração de critérios, suspensão e/ou abolição das promoções por critério da empresa, de ordem econômica ou administrativa, e nem seria razoável pensar que assim fosse, uma vez que a prática importaria a própria negação do quadro de carreira em choque frontal com a imperatividade legal. Também ali no referido artigo a norma é de índole imperativa – **“... a Diretoria estabelecerá o percentual de servidores que poderão ser**

promovidos ..." (*sic*, sublinhei – fl. 29), não sendo razoável sequer pensar que a norma interna assim dispondo estaria autorizando inclusive o índice "zero" multiplamente adotado. O chamado "índice zero" não é índice, é sofisma, porquanto equivale a "não ter promoção", em flagrante agressão à norma interna que a impõe.

No caso, como antes referido, o recorrente foi promovido em apenas uma única oportunidade, ou seja, em outubro de 1999, de acordo com as normas insculpidas na Resolução 23/82, tendo direito, no entanto, às promoções não procedidas, observado, contudo, o interstício de 730 dias previsto no art. 41 da resolução entre promoções. Referindo-se aos dois tipos de promoção, merecimento e antiguidade, a norma estabelece, diferentemente do que por muito tempo entendi e decidi, a bienalidade para a promoção do empregado, não conflitando com o regrado no art. 39 (onde referido o mês de julho de cada ano), o qual, na verdade, dispõe sobre as promoções em gênero e no âmbito da empresa, estas sim obrigatórias anualmente. Considerado o empregado individualmente, as promoções se darão sempre, alternadamente, por merecimento e antiguidade, sempre tendo-se em conta o preenchimento da condição essencial ao direito: tempo de serviço igual ou superior a 730 dias na respectiva classe.

Nestes termos, considerada a admissão do recorrente em 1994, bem assim os períodos alinhados na petição inicial, faz jus o recorrente às promoções de 1996, 1998 (compensada a promoção havida em 1997), 2000 (compensada a promoção efetivada em 1999), 2002 e 2004, observado o interstício de 730 dias previsto no art. 41 da resolução entre promoções. Inviável de provimento neste feito promoções posteriores a 2004, uma vez que, segundo o recorrente, as promoções de 2005 a 2007 estão sendo postuladas em ação distinta.

Como dito, a prescrição pronunciada relativamente às parcelas exigíveis em período anterior a 22.07.2003 não alcança o direito às promoções, mas apenas os efeitos pecuniários delas decorrentes. Nesse contexto, as promoções pecuniariamente exigíveis (ou seja, a partir de 22.07.2003) deverão ser calculadas levando-se em consideração as promoções anteriores, tal como aqui definidas.

Dou parcial provimento ao recurso para condenar a ré ao pagamento de diferenças salariais por promoções que devem ser implementadas correspondendo aos anos de 1996, 1998 (compensada a promoção havida em 1997), 2000 (compensada a promoção havida em 1999), 2002 e 2004, observado o interstício de 730 dias previsto no art. 41 da resolução entre promoções, com os reflexos pretendidos em com reflexos em férias com 1/3, gratificações natalinas, gratificação normativa de retorno de férias incorporada, licença-prêmio, adicional por tempo de serviço, horas extras, adicional noturno, horas de sobreaviso, e FGTS, em parcelas vencidas e vincendas, com o devido registro na CTPS, observado o decidido neste grau de jurisdição quanto à prescrição.

2. PROMOÇÃO EXTRAORDINÁRIA EM 2002.

A despeito de toda a fundamentação esposada no recurso, entendo, tal como decidido, que o recorrente não tem direito à promoção de classe concedida em 2002 aos empregados que migraram para o outro plano de cargos e salários, implementado pela demandada pela Resolução 014/01, porquanto de adesão facultativa, já que ainda se encontra em vigor o PCS anterior, implementado pela Resolução 32/82. Quanto ao aspecto, portanto, adoto inteiramente as razões de decidir constante da sentença recorrida, cuja decisão expressa, no caso, o que entendo acerca da matéria:

"Incontroverso nos autos que o demandante não optou pela migração ao Plano de Classificação em Empregos e Salários – PCES 2001, implantando pela Resolução nº 14/01 – GP, uma vez que o autor, por ocasião de sua manifestação às fls. 522/528, não impugnou a afirmação constante da defesa à fl. 371.

Assim sendo, à vista do disposto no artigo 27, da supra citada Resolução, a qual dispõe que "a todos os empregados que aderirem ao PCES 2001 até 30 de junho de 2002, inclusive, será concedida uma promoção extraordinária, em 30 de dezembro de 2002, independente de vaga" (fl. 62), em não sendo o autor optante pelo novo Plano de Cargos e Salários da empresa, por óbvio, as

disposições nele constantes não podem alcançá-lo, pois, caso contrário, estar-se-ia diante da criticada acumulação de fontes normativas aplicáveis no contrato de trabalho, a qual prevê a utilização fracionada dos textos legais *lato sensu*, aplicando-se aquela mais favorável ao obreiro, que, no caso concreto, optou por permanecer no Plano de Cargos e Salários anterior, sendo este que aderiu ao seu contrato de trabalho, não se podendo falar em alteração ilícita, nos termos do artigo 468, pois as cláusulas contratuais permaneceram as mesmas.

Assinale-se que a Resolução nº 14/01 não revogou a Resolução nº 23/82, a que está vinculado o autor, não podendo aquela ser aplicada ao contrato de emprego em vigor, inexistindo qualquer vedação legal à edição de novo Plano de Cargos e Salários, prevendo vantagens e formas de promoção distintas daquele anterior, podendo ambos os regulamentos internos conviver dentro da empresa, que os aplica a cada um dos empregados optantes por um ou outro, mormente no presente caso, em que a reclamada, no artigo 16, da Resolução nº 14/01, prevê que o enquadramento no PCES por ela implementado “*será de livre opção pelos empregados*” (fl. 61).

Ademais, o artigo 6º, da indigitada Resolução, ao prever que a empresa possuirá quadro especial, de caráter transitório, constituído por empregados que excedam teto salarial nela previsto (inc. I), por aqueles que optaram por não aderir ao PCES 2001 (inc. II) e por aqueles exercentes de “empregos” (*sic*) sem equivalência no PCES 2001 (inc. III), dispondo, ainda, o § 2º do referido artigo, que “*os empregados com os empregos constantes neste Quadro Especial pelos motivos citados no caput reger-se-ão pela Resolução específica do Plano que permanecerem enquadrados*” (fls. 59/60), ou seja, não há qualquer viés discriminatório na edição de novo Plano de Cargos e Salários que permite aos empregados permanecerem no antigo ou optarem pelo novo regulamento de pessoal e neste haver previsão, como incentivo à adesão a ele, de promoção extraordinária, pois esta dependia unicamente de um ato volitivo do trabalhador e, portanto, inexistente a alegada ofensa ao artigo 5º, da Constituição da República.

À vista de tais fatos e em se considerando que o reclamante não demonstrou nenhum vício capaz de macular sua vontade de permanecer vinculado ao Plano de Cargos e Salários previsto na Resolução nº 23/82, não faz jus à promoção extraordinária no mês de dezembro/2002, prevista no artigo 27, da Resolução nº 14/2001, o qual somente é aplicável àqueles empregados que a ele aderiram, indefiro o pedido de promoção de classe em 2002 e diferenças salariais dela decorrentes (item “b” do petítório).

Analisando situação análoga, o e. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região assim se manifestou recentemente:

“PROMOÇÃO EXTRAORDINÁRIA DE DEZEMBRO DE 2002. No caso, não se configura a discriminação apontada pelo reclamante, uma vez que não há qualquer ilicitude na atitude empresarial de prever a concessão de uma promoção extraordinária aos trabalhadores que aderissem ao novo PCES. O reclamante não tem direito a tal promoção, uma vez que não demonstra ter aderido a tal novo plano, motivo pelo qual é de manter-se a decisão recorrida nesse aspecto. Provimento negado”. *Proc. TRT-RS nº 00795-2006-211-04-00-8 – Rel. Luiz Alberto de Vargas – Publicado em 10/09/2008.*

Como reforço de argumento, trago à colação, ainda, o seguinte aresto jurisprudencial, exarado pelo c. Tribunal Superior do Trabalho:

“RECURSO DE REVISTA. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS ADOTADO PELA CEF EM 1998. ENGENHEIROS E ARQUITETOS. ENQUADRAMENTO NO NOVO PCS COM MANUTENÇÃO DAS VANTAGENS DO PLANO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. Não há de se falar em discriminação, ou em violação ao princípio da isonomia, diante do indeferimento do pedido de diferenças salariais decorrentes do enquadramento nas regras do Plano de Cargos e Salários adotado pela CEF em 1998, mediante o qual se estruturou a carreira de engenheiros e arquitetos no âmbito daquela empresa. De acordo com o contexto apontado pelo Regional, revela-se que não há fundamento na pretensão da Autora, de se inserir nas regras do novo PCS para fins de percepção do salário-padrão e da movimentação funcional facultada aos que se submetem às novas regras, com manutenção, ainda assim, das vantagens percebidas pelos empregados enquadrados no PCS de 1989, tendo em vista que ambos os planos revelam características próprias, que não se comunicam entre si, não se podendo pretender auferir somente as vantagens de cada plano. Recurso de Revista conhecido por divergência e desprovido”. *Proc. TRT-RS nº RR 00251-2006-007-08-00 – Rel. Ministra Maria de Assis Calsing – Publicado em 07/11/2008.*”

Nego provimento.

[...]

2. Ementas

2.1. EMENTA: **AÇÃO CAUTELAR. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE DESDE QUE LIMITADA À PENHORA.** No processo trabalhista os recursos, como regra, são dotados de efeitos meramente devolutivos. A possibilidade de penhora, por sua vez, ainda que provisória a execução, decorre de expressa previsão legal. Contudo, a imediata satisfação dos valores à requerida, a despeito da provisoriedade da execução que, nestes termos, consoante o artigo 899 da CLT, não deve ir além da penhora, autoriza a concessão, parcial, da cautela.

(6ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. Processo nº 01781-2009-000-04-00-4 CAUINOM. Publicação em 03.07.2009)

2.2. EMENTA: **AÇÃO DE EXECUÇÃO. DESCUMPRIMENTO DO TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR E OBRIGAÇÃO DE FAZER.** Quando a parte compromitente não cumpre a obrigação de fazer a que se obrigou perante o Ministério Público do Trabalho por meio de Termo de Ajuste de Conduta é cabível o ajuizamento de ação de execução buscando o cumprimento de todas as obrigações que assumiu e não apenas da multa prevista para o descumprimento do que foi convencionado. Agravo de petição do Ministério Público do Trabalho a que se dá provimento.

(4ª Turma. Relatora a Exma. Desembargador Hugo Carlos Scheuermann. Processo nº 00152-2009-401-04-00-6 AP. Publicação em 03.07.2009)

2.3. EMENTA: **Acidente de Trabalho. Responsabilidade Civil. Indenização por danos materiais, morais e estéticos.** Comprovado o acidente de trabalho, bem como a culpa do empregador que não adotou medidas hábeis de prevenção de acidentes na máquina utilizada pelo trabalhador, restam demonstrados os danos e o nexo causal. Incapacidade laborativa parcial e permanente demonstradas. Devida a indenização correspondente à pensão vitalícia no valor fixado, consentâneo com o disposto nos artigos 944 e 950 do Código Civil. Configurados os danos moral e estético, é devida a respectiva indenização. Recurso não provido. [...]

(2ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Carmen Gonzalez. Processo nº 00228-2007-403-04-00-4 RO. Publicação em 03.07.2009)

2.4. EMENTA: **ACIDENTE DO TRABALHO. ASSALTO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA RECLAMADA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DEVIDA.** Reconhecida a responsabilidade do banco demandado pelos danos decorrentes das agressões psicológicas sofridas pelo reclamante durante assalto à agência bancária em que laborava, que culminaram com a sua total incapacidade para o labor e aposentadoria por invalidez, é devida a indenização por danos morais postulada. Recurso da reclamada a que se nega provimento.

(4ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Hugo Carlos Scheuermann. Processo nº 01068-2006-030-04-00-0 RO. Publicação em 29.07.2009)

2.5. EMENTA: **LITISCONSÓRCIO PASSIVO. DESPESAS PROCESSUAIS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DECLARADA A MÚLTIPLOS RÉUS. EXECUÇÃO VOLTADA EM CONJUNTO A TODOS OS DEVEDORES SUBSIDIÁRIOS. DIVISÃO PARITÁRIA.** A responsabilidade subsidiária declarada em sentença abrange as despesas processuais, as quais são respondidas por inteiro por aqueles devedores subsidiários contra os quais se volte a execução. Possibilidade de cobrança paritária das respectivas quotas partes. Agravo de petição não provido.

(1ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Milton Varela Dutra. Processo nº 01291-2003-003-04-

41-9 AP. Publicação em 01.07.2009)

2.6. EMENTA: **MULTA DO ARTIGO 475-J DO CPC. APLICAÇÃO AO PROCESSO DO TRABALHO.**

O artigo 475-J do CPC, que busca agilizar a execução e dar maior efetividade no cumprimento das sentenças, é compatível com o processo do trabalho. No entanto, se o intuito da norma é dar efetividade ao processo judicial, imprimindo celeridade à execução, não incide a multa de que trata o referido artigo quando se verificar que a reclamada não possui bens livres e desembaraçados aptos a satisfazer a execução no prazo nela estabelecido.

(6ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Maria Cristina Schaan Ferreira. Processo nº 00575-2008-511-04-00-0 AP. Publicação em 30.06.2009)

2.7. EMENTA: **CLASSIFICAÇÃO DE COMPLEMENTO SALARIAL CONFORME DIFERENTES REGIÕES GEOGRÁFICAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

A classificação das agências conforme regiões geográficas, para a finalidade de estabelecer o valor do complemento salarial denominado de CTVA, não atenta contra o princípio da isonomia. Ao contrário, estabelece padrões remuneratórios considerando os diferentes níveis de responsabilidade assumidos, em razão do porte da agência e do volume de negócios geridos. Do contrário, ter-se-ia empregados recebendo a mesma remuneração, mas com níveis de responsabilidade diversos. Não havendo prejuízo, não há falar em alteração lesiva, em afronta ao artigo 468 da CLT. Recurso não provido.

(1ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Processo nº 02636-2007-611-04-00-1 RO. Publicação em 02.07.2009)

2.8. EMENTA: **DA JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE.** Considerando-se os efeitos negativos na vida profissional do trabalhador, a alegada justa causa para o despedimento deve ser robustamente comprovada pelo empregador, ônus do qual a reclamada, no caso, logrou desonerar-se. Prova que demonstra que o reclamante e outro colega colocavam em curso ação para se apropriar de mercadorias pertencentes à empregadora, o que caracteriza ato de improbidade, suficiente a romper o elo de confiança necessário à manutenção do vínculo de emprego. Recurso do reclamante não provido no particular.

(1ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Processo nº 00242-2008-404-04-00-5 RO. Publicação em 01.07.2009)

2.9. EMENTA: **TÉRMINO DO CONTRATO DE TRABALHO. JUSTA CAUSA.** Quando o empregado falta injustificadamente, descumpra a obrigação fundamental do contrato de trabalho, que é a de prestar trabalho. Por outro lado, a punição anterior é necessária, como um elemento que revela o animus do agente. Tendo o reclamante faltado injustificada e reiteradamente ao trabalho e tendo a reclamada o advertido e suspenso mais de uma vez por esse motivo, não há razão para a reversão da justa causa aplicada. Recurso do reclamante não provido.

(1ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Ione Salin Gonçalves. Processo nº 01390-2007-305-04-00-4 RO. Publicação em 01.07.2009)

2.10. EMENTA: **EXECUÇÃO DE SENTENÇA. MÚLTIPLOS DEVEDORES SOLIDÁRIOS. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA O DEVEDOR SUBSIDIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE ANTES DE ESGOTADOS OS MEIOS DE EXCUSSÃO DOS BENS DOS PRIMEIROS.**

Somente após esgotados todos os meios de excussão dos bens dos devedores solidários pode a execução se voltar contra o devedor subsidiário, observado, quanto a este, os limites da responsabilidade declarada no título executivo judicial. Agravo de petição parcialmente provido.

(1ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Milton Varela Dutra. Processo nº 01353-1996-018-04-

00-4 AP. Publicação em 30.06.2009)

2.11. EMENTA: **RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. HABILITAÇÃO DA SUCESSÃO.** Em que pese não tenham sido promovidos os atos determinados pelo Juízo a fim de regularizar a habilitação da sucessão nos autos, prevalecem as normas legais que protegem os direitos das filhas menores do falecido empregado. Incidência do disposto no artigo 9º, inciso I, do CPC, devendo o Juiz nomear curador especial das menores, no caso, o próprio Ministério Público do Trabalho, mediante o qual resta regularizada a representação processual da parte autora nos autos. Prosseguimento do feito na forma da Lei nº 6.858/80, bastando que o Juízo *a quo* determinasse a habilitação incidental como dependentes do INSS das herdeiras menores, atuando o MPT como curador especial. Recurso provido.

(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador Cláudio Antonio Cassou Barbosa. Processo nº 00326-2008-402-04-00-6 RO. Publicação em 03.07.2009)

2.12. EMENTA: **RELAÇÃO DE EMPREGO. REPRESENTANTE COMERCIAL.** Para se distinguir a relação de emprego da representação comercial não é suficiente o critério da participação integrativa do trabalho na atividade normal do tomador de serviço, sinal distintivo da não-eventualidade. Necessário é pesquisar a intensidade da subordinação em seu conceito tradicional; questionar sobre a organização própria do representante, sua atividade para outras empresas, quando admitida contratualmente e, ainda, sobre a ingerência não-acentuada do tomador na atividade do prestador do trabalho. Na ausência de prova quanto à efetiva supervisão da reclamada no sentido de direcionar o exercício da atividade do reclamante, há que se presumir a representação comercial. Recurso do reclamante a que se nega provimento.

(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda. Processo nº 01528-2007-020-04-00-3 RO. Publicação em 03.07.2009)

2.13. EMENTA: **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SUCESSÃO DE EMPRESAS NÃO-CONFIGURADA.** Não há sucessão de empresas e nem a responsabilidade solidária da empresa adquirente de estabelecimento enquanto não receber bens úteis para a continuidade da atividade econômica da empresa alienante (empregadora), bem como enquanto não houver o trânsito em julgado da ação que tramita perante a Justiça Cível e que tem por objeto julgar a validade ou não do contrato de compra e venda do estabelecimento da empregadora (alienante) em face da alegação da adquirente da prática de fraude pelo titular da empresa alienada. Recurso do reclamado a que se nega provimento.

(9ª Turma. Relator o Exmo. Desembargador João Alfredo Borges Antunes de Miranda. Processo nº 00272-2007-611-04-00-5 RO. Publicação em 03.07.2009)

2.14. EMENTA: **RECURSO ORDINÁRIO DO SINDICATO AUTOR. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO.** O sindicato autor não detém legitimidade ativa para substituir seus filiados em ação em que são pleiteados direitos individuais heterogêneos, o que impõe a extinção do processo, sem resolução de mérito, com amparo no art. 267, VI, do CPC. Sentença mantida.

(8ª Turma. Relatora a Exma. Desembargadora Cleusa Regina Halfen. Processo nº 01160-2004-021-04-00-7 RO. Publicação em 29.07.2009)

3. Decisão da *Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo* da Argentina

Dano moral. Ativista sindical. Despedida discriminatória. Nulidade. Reintegração ao trabalho. Indenização devida. Indícios razoáveis de dano aos direitos fundamentais da trabalhadora, autorizando a inversão do ônus da prova para o empregador. Violação ao direito de liberdade sindical. Art. 1 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Nº 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, ratificado por la República Argentina, e incluido en la Declaración de la O.I.T.

Publicação em 20.12.2007

Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

Expte. Nº 30265/06

SENTENCIA DEFINITIVA Nº 70349. SALA V. AUTOS: "QUISPE QUISPE NECTAR C/COMPAÑÍA ARGENTINA DE LA INDUMENTARIA S.A. S/JUICIO SUMARISIMO" (JUZGADO Nº 59).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 20 días del mes de diciembre de 2007, se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y **EL DOCTOR OSCAR ZAS** dijo:

I) Contra la sentencia de la instancia anterior que declara la nulidad del despido de la actora y condena a la demandada a reinstalarla en su puesto de trabajo, y a pagarle los salarios devengados desde la fecha del aparente despido y una suma de dinero en concepto de daño moral, recurre la accionada a tenor de las consideraciones expuestas en el memorial de fs. 361/8, contestadas mediante el escrito de fs. 375/82. También apela a fs. 372 la perito contadora por considerar reducidos los honorarios regulados a su favor.

II) Luego de analizar minuciosamente los argumentos vertidos por la recurrente y las constancias de la causa, propiciaré la confirmación de la sentencia apelada por las consideraciones que a continuación formularé.

III) Como señalé en lo pertinente al emitir mi voto en las causas: "**Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo S.A.**" (sent. def. nº 68.536, del 14/06/2006 del registro de esta Sala) y "**Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.**" (sent. def. nº 69.131, del 21/12/2006 del registro de esta Sala):_

Uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en la dificultad probatoria. Por ello, y teniendo en cuenta que **el derecho a la no discriminación arbitraria**, no sólo está tutelado por normas de jerarquía constitucional y suprallegal, sino que -como intentaré fundamentar más adelante - **ha ingresado en el dominio del jus cogens**, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba.

Es decir, esta específica mecánica probatoria responde a las exigencias de tutela de los derechos fundamentales del trabajador y a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, al referirse al Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958, ratificado por la República Argentina, señala en lo pertinente:

"...Uno de los problemas de procedimiento más importantes que se plantean cuando una persona alega una discriminación en el empleo o la ocupación se refiere a que con

frecuencia le corresponde la carga de la prueba del motivo discriminatorio subyacente al acto incriminado, lo que puede constituir un obstáculo insuperable a la reparación del perjuicio sufrido. Si bien a veces los elementos de prueba se pueden reunir sin demasiadas dificultades..., lo más frecuente es que la discriminación sea una acción o una actividad más presunta que patente, y difícil de demostrar, sobre todo en los casos de discriminación indirecta o sistemática, y tanto más cuanto que la información y los archivos que podrían servir de elemento de prueba están la mayor parte de las veces en manos de la persona a la que se dirige el reproche de discriminación...**La exigencia de que sea el autor de la discriminación el que aporte la prueba de que el motivo de la medida adoptada no guarda relación con la demanda constituye una protección suplementaria para la persona discriminada, pudiendo al mismo tiempo tener un efecto disuasivo...**

"...La Comisión considera que la cuestión de la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada...En un estudio general precedente, **la Comisión ya tuvo ocasión de subrayar que, en lo que respecta a la discriminación por motivo antisindical, la obligación que tenía el empleador de aportar la prueba del carácter no sindical del motivo subyacente a la intención de despedir a un trabajador o que estaba en el origen del despido constituía un medio complementario para asegurar una verdadera protección del derecho sindical...**De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación)".

El art. 5º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que se aplica, efectivamente, "a todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional y a todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional". Pero luego agrega que esto es "sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización internacional". Por ello, teniendo en cuenta todo el sistema especial de convenios internacionales del trabajo y sus métodos de control, el objetivo de estos convenios -consistente en proteger los derechos sociales de los trabajadores- y hasta la naturaleza de los mismos -de carácter cuasilegislativo-, el mencionado principio de interpretación establecido en la Convención de Viena puede considerarse como no aplicable a los convenios de la O.I.T. En efecto, si estos instrumentos tuvieran que ser interpretados a la luz de "toda práctica ulteriormente seguida" en su aplicación por las Partes, el fin mismo de los convenios, que es la promoción del progreso social, quedaría anulado por el mero hecho de que una serie de países dejaran de aplicar determinado convenio. Por el contrario, el propósito de los convenios es que la ley y la práctica de esos países cambie, para adaptarlas a los principios del convenio respectivo.

Conserva así toda su importancia la jurisprudencia de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, así como la del Comité de Libertad Sindical, que también forma parte de las instituciones tradicionales de la O.I.T. El valor de las opiniones expresadas por ambos órganos es tanto mayor en nuestro país, teniendo en cuenta la jerarquía que ocupan las normas de la O.I.T. en nuestra pirámide legislativa después de la reforma constitucional de 1994, y más aún el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, como parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, de nivel constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna (conf. Geraldo Von Potobsky, "Los debates en torno a la interpretación de los convenios de la OIT", en "Derecho Colectivo del Trabajo", La Ley, Buenos Aires, 1998, p. 205/10).

El carácter vinculante para los tribunales argentinos de la jurisprudencia de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo resulta corroborado por la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual a los efectos de valorar la violación de la libertad sindical prevista en el art. 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tomó

particularmente en cuenta los criterios de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y del Comité de Libertad Sindical de la O.I.T. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001).

Cabe destacar, asimismo, que el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en lo pertinente:

"1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia.

Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las garantías necesarias por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil..."

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la citada disposición del P.I.D.C.P., que consagra el **derecho al debido proceso legal derivado de la "dignidad inherente a la persona humana"**, concierne efectivamente a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Para que exista "debido proceso legal" es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que **el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia.** A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho" y son "condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales (cfr. arts. II y XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 2.1, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2 y 15 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; 2, 5 y 7 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; 1, 8 y 24 de la Convención Americana sobre derechos humanos) y a la correlativa prohibición de discriminación. **La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas** (Corte Interamericana de Derechos Humanos, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", Opinión Consultiva OC-16/99 de 1º de octubre de 1999).

Recientemente, el tribunal americano ha señalado en una Opinión Consultiva referida a la condición jurídica y a los derechos de los trabajadores extranjeros indocumentados:

"...18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en

que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan -para formar, por ejemplo, una relación de trabajo- el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye -o conoce perfectamente- que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. **Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones que sustenten sus respectivas pretensiones**".

"19. **En estos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección** -y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la Opinión Consultiva OC-16/99, el concepto de debido proceso- **que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal**. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo "Derecho se pretende justo -dice el tratadista español-, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial". Ahora bien, "la igualdad no es punto de partida, sino una finalidad" ("La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior", en La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 644 y 656). **A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes...**" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párr. 18 y 19).

La reforma constitucional argentina de 1994 ha conferido jerarquía constitucional a varios tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La jerarquía constitucional precitada ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente "en las condiciones de su vigencia" (art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional), esto es, tal como la mencionada Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cfr. arts. 75, C.N., 62 y 64 de la Convención Americana y 2º de la ley 23.054; C.S.J.N., 7/4/95, "Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación", L.L. 1995-D, p. 463).

El referido criterio fue reiterado por nuestro más Alto Tribunal en su actual composición (C.S.J.N., 3/05/2005, V.856.XXXVIII, Recurso de Hecho "Verbitsky, Horacio s/habeas corpus"; 14/06/2005, "Simón, Julio Héctor y otros", L.L. 2005-D, p. 845).

Con posterioridad al dictado de las sentencias en los casos "Parra Vera" y "Arecco", la Corte Suprema de Justicia de la Nación profundizó esta línea hermenéutica en los siguientes términos:

"...Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que `es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les

obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos'. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana** (CIDH Serie C Nº 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124) (C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII., "Mazzeo, Julio Lilo y otros").

En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos.

Asimismo, sostuve al votar en las causas "**Parra Vera**" y "**Arecco**":

En base a las pautas precitadas, considero razonable que en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales el onus probandi quede articulado de la siguiente manera.

El trabajador tiene la carga de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad.

Desde esta perspectiva, son admisibles diversos resultados de intensidad en el ofrecimiento de la prueba por el trabajador y que, aun pudiendo aportarse datos que no revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, en todo caso habrán de superar un umbral mínimo, pues, de otro modo, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos cardinales para que la conexión misma pueda distinguirse, haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del onus probandi al demandado.

Una vez configurado el cuadro indiciario precitado, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que debe llevar a la convicción del tribunal que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión patronal, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito violatorio de derechos fundamentales. En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, cabe destacar la importancia de la norma contenida en el art. 163, inc. 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone en lo pertinente:

"...Las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción según la naturaleza del juicio, de conformidad con las reglas de la sana crítica..."

El Código Procesal se refiere a las presunciones no establecidas por ley, de modo que se excluyen las presunciones "iure et de iure" y las "iuris tantum"; se trata en consecuencia de las llamadas presunciones judiciales o presunciones hominis, pues las consecuencias jurídicas las deduce el juez partiendo de la existencia de hechos (indicios) reales y probados (conf. Fenochietto, "Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado", t. I, p. 592).

El indicio es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido. El indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción. Por lo tanto, la presunción es la consecuencia que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos (conf. obra citada, t. I, p. 593/4).

IV) A la luz de la doctrina expuesta, corresponde ahora dilucidar si el despido de la actora obedeció a discriminación por motivos antisindicales.

El análisis de las pruebas producidas en la causa, me lleva a coincidir con la Dra. Temis en que está acreditada la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la alegada discriminación antisindical. Me explico.

Aliaga (fs. 297/305) manifiesta:

"...Que trabaja para la demandada desde el 2005. Que...trabaja de lunes a viernes de 7 a 16 hs. desde hace tres meses (declara el 28/06/07). De lunes a viernes de 7 a 18 hs. trabajó cuando ingresó a la empresa. Los sábados trabajaba de 7 a 13 hs...Que la actora trabajó en la empresa donde trabaja el testigo. Que en la actualidad la empresa tiene dos delegados de SOIVA que fueron elegidos en el mes de diciembre de 2006...Que el testigo es delegado desde el 28/12/06...Hasta donde sabe el testigo la empresa nunca tuvo delegados anteriormente...Que hubo dos aspectos que motivó a un grupo especialmente pequeño, por un lado el trato personal que había a los trabajadores, por otro lado el pago que recibían los trabajadores...Por los motivos que mencionó se organizaron para lograr mejoras, en los dos aspectos mencionados, especialmente. Que el grupo que comenzó fue "pequeño", un grupo inicial de aproximadamente ocho, diez personas. Eran solamente varones al principio...Que integraban el grupo Milton, Luis, Hernán, Edgar, Cristian, Juan Pablo y otros que no recuerda el testigo porque varios ya no trabajan en la empresa...Le era difícil para el testigo saber con qué mujer comunicarse...Fue Milton quien en primer lugar logró conversar con la actora. Fue la actora la primera mujer a la que llegaron. La actora fue comentando con los compañeros o compañeras de trabajo que estaban cerca de ella sobre el deseo de hacer algo para lograr las mejoras que querían. Que el testigo lo sabe porque después conversó con la actora...Que se reunían en una cancha de papi fútbol o Fútbol 5 en Avenida Avellaneda y Condarco. Que al principio fueron charlas informales, luego fueron viendo que pasos podían tomar. Se enteraron entonces que tenían la posibilidad de nombrar delegados del sindicato en la empresa y que era una herramienta que podía tener para lograr el objetivo que tenían...Cuando se enteraron que había un abogado en el grupo Alameda, la organización, fue un grupo de aproximadamente siete personas, incluido el testigo a preguntar al abogado qué pasos podían tomar para tener un delegado...Personalmente el testigo recibió presión en el sentido de que cuál sería la intención de la encargada de la empresa. Por un tiempo se le hacía llegar trabajos al testigo con los cuales no podía producir mucho, algunas veces que reclamó a la encargada ésta le dijo: "si no te parece tenés la puerta de salida y podés irte" y le mostraba la puerta de salida. Entonces algo que sucedía bastante allí es que aquellos que les pasaba esto decidían irse porque producían poco. El testigo sabe que a otros les pasaba esta situación porque comentaban entre ellos y le decían al testigo que les habían llegado trabajos cuyo valor de producción era muy bajo y decían: "yo me voy". En otros casos se les llamaba la atención públicamente delante de otros compañeros de trabajo haciéndoles

pasar vergüenza...Cuando decidieron enviar notas escritas con firmas de compañeros al Ministerio de Trabajo el testigo tomaba las hojas, las tenía adentro de un diario, y hacía firmar a compañeros de trabajo que querían hacerlo. Esa misma hoja el testigo en una oportunidad se la entregó a la actora y ésta hizo firmar a otros compañeros de trabajo en el horario en que la actora almorzaba. Que lo sabe el testigo porque éste le entregó la hoja a la actora y cuando volvió la hoja ya tenía firma de otros compañeros. Fue después de este hecho que la echaron a la actora de la empresa. Que ya habían tenido varias reuniones y habían decidido una nota al Ministerio de Trabajo, hacerla firmar para luego pedir la elección de delegados al sindicato, y lo de la nota se dio alrededor de fines de octubre, noviembre, hasta la segunda semana de diciembre de 2006, el período previo de las elecciones para delegado. Había temor por parte de los compañeros de trabajo por el carácter fuerte que tiene el dueño de la empresa...Que el testigo se cuidaba de hablar abiertamente en la empresa, por eso no lo hablaba dentro de la empresa pero el día que estaban haciendo firmar la nota para el Ministerio de Trabajo había un grupo numeroso de compañeros de trabajo en la esquina y la actora hacía firmar a varios a la vista de todos los que estaban allí, con eso se refiere el testigo a que la actora "se descuidó", allí le nació la preocupación de que pudieran echar a la actora o de que pudieran tomar alguna medida en su contra. Para ese momento el grupo organizado para ello se hizo más grande. Para ese momento tenían una hoja firmada por aproximadamente 25, 30 personas. Cuando dice "que se descuidó" la actora, la vieron a la actora muchos compañeros de trabajo, no sabe el testigo si no la habrá visto también Andrea haciendo firmar la hoja a la actora, porque Andrea también salió. Que sabe que Andrea salió a la calle porque el testigo la vio persona, es lo que recuerda el testigo de ese momento, Andrea se iba siempre por ese lado. Que en una oportunidad el testigo y la actora se fueron al sindicato para postularse como delegados, para ser elegidos delegados, pero por el requisito de tiempo de antigüedad que necesitaban -porque en el sindicato les dijeron que tenían que tener un año de antigüedad como mínimo- por eso la actora no pudo, pero sí fueron ambos al sindicato para ver si podían ser postulados como delegados...Que una vez que concurren a la sede que tiene Alameda hicieron conocer su situación, entonces ese grupo que fue, 6, 7 personas, supieron que se podía dar una inspección de ese tipo por parte de la Subsecretaría de Trabajo y entonces fue ese grupo el que dio el paso para que se diera la inspección. La primera inspección en la que fue parte el testigo se dio a comienzos del 2006...La segunda inspección la pidió ese grupo...Que se les dijo que en cuanto al horario de trabajo que digan que se trabaja de 7 a 16 hs...Que en la segunda inspección también se les había dicho que declaren que trabajaban de 7 a 16 hs. cuando el horario normal siempre fue de 7 a 18 hs. Con "les" se refiere a los compañeros de trabajo. La encargada les dijo...Que son diez personas actualmente las que salen a las 16 hs. de la empresa. Son los que se pusieron firmes en que se puedan cumplir los términos del CCT...Sabe por ejemplo que alguien no tenía aún los tres meses, que salía del trabajo en el horario de este grupo y poco antes de cumplir los tres meses lo echaron. Hay diferencia entre la gente que trabajó tres meses y los que no superaron los tres meses. El temor de los compañeros de trabajo es que si no tienen los tres meses de trabajo entonces quizá los echen...Fue notorio lo que se estaba haciendo el día que la actora hizo firmar las hojas, en ese momento el testigo pensó que se darían cuenta. Después de ese hecho fue que echaron a la actora...Que a los trabajadores, incluido el testigo les hacían firmar un recibo. En este figuraban la cantidad de horas de trabajo, generalmente 90, pero las horas de trabajo que habían trabajado generalmente eran mayores. Que esto fue previamente al período de organizarse y a las elecciones de delegados..."

La actora y Fredy Bautista (D.N.I. 93.971.800) y Milton Mendieta (C.I. 5.991.637), invocando todos la calidad de trabajadores de la demandada en el marco del Trámite Interno

18002/06 y del acta labrada el 20/10/2006 Nº 84.504 se dirigieron a la Subsecretaría de Trabajo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de manifestar lo siguiente:

1) Ratificaron la presentación efectuada el 9 de octubre de 2006 por el Presidente de la Cooperativa 20 de Diciembre Ltda., Gustavo Vera.

2) Que luego de realizadas las inspecciones por parte de la Subsecretaría precitada, los trabajadores de la demandada recibieron persecuciones y amenazas de pérdida de trabajo por parte de la empresa, por haber declarado los términos reales de cómo se desarrollaba la relación laboral.

3) Ratificaron que trabajaban en exceso de la jornada máxima legal permitida y que el pago se realizaba por prenda en un monto sensiblemente inferior al correspondiente al convenio colectivo de trabajo aplicable.

4) Ratificaron las presentaciones ante el Ministerio de Trabajo de la Nación y la entidad sindical (SOIVA), solicitando la convocatoria a elecciones de delegados para integrar la comisión de dicha empresa (ver nota presentada el 28/11/2006 y agregada a fs. 257 e informe de fs. 284).

El representante legal de la demandada en la audiencia prevista para la producción de la prueba confesional, manifestó ante la siguiente posición formulada Quispe Quispe: "Para que jure como que es cierto...que la accionante promocionó al cuerpo de delegados...", "Que no entiende la pregunta, que no está al tanto." (ver fs. 127 y 130).

Mediante el acta notarial extendida por escritura pública nº 1395, no redargüida de falsedad, el 28/11/06 la actora ingresó a la empresa demandada, donde fue atendida por el titular de la misma Sr. Sergio Losz, quien le manifestó que "...fue despedida y en cualquier momento le llegará una carta documento, que no tiene tareas asignadas para ella solicitándole se retire del establecimiento, y agregando que las causales del despido se encuentran en la citada carta documento que dice haber enviado..." (ver doc. agregado en el sobre de fs. 3).

Los elementos de prueba precitados me llevan a formular las siguientes conclusiones:

1) Debido a las condiciones de trabajo vigentes en la demandada, un grupo de trabajadores comenzó a organizarse informalmente para la mejora de esa situación y la defensa de sus derechos.

2) Las condiciones de trabajo cuyo cambio propiciaban estaban vinculadas especialmente con el exceso en la jornada máxima de trabajo, y con el pago por producto terminado, sin la contraprestación salarial establecida en las normas vigentes.

3) Los trabajadores que no cumplían las pautas de productividad impuestas unilateralmente por la empresa eran presionados, y algunos decidieron desvincularse.

4) El grupo inicialmente estaba integrado sólo por varones, quienes consideraron pertinente convocar a mujeres, y a tal efecto tomaron contacto con la actora.

5) Dentro de los mecanismos tendientes a la defensa de sus derechos, los trabajadores plantearon la necesidad de elegir delegados a través del sindicato correspondiente.

6) La actora participó activamente en esas gestiones, incluso en una oportunidad concurrió al sindicato para postularse como delegada, pero le hicieron saber su imposibilidad de acceder a esa función por carecer de la antigüedad mínima exigible.

7) Una vez integrado al grupo inicial, Quispe Quispe participó activamente en la difusión de esas ideas y objetivos entre el resto de los compañeros de trabajo.

8) En el marco de las actividades mencionadas en el párrafo que antecede, la actora hizo circular a fin de obtener adhesiones una nota donde se formulaban distintos reclamos ante la autoridad administrativa de aplicación.

9) La suscripción de la referida nota fue impulsada por la actora a la salida de la empresa, y era notoria y visible su participación en esa gestión.

10) Finalmente, la actora, junto con otros dos compañeros de trabajo, suscribió una nota dirigida a la Subsecretaría de Trabajo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, donde ratificaban los reclamos relacionados con el exceso de la jornada de trabajo, el pago por prenda inferior a lo estipulado por el convenio colectivo de trabajo, las persecuciones y amenazas sufridas por los trabajadores que declararon ante los inspectores laborales, y la solicitud de convocatoria a elección de delegados de personal.

11) Contemporaneamente, Quispe Quispe fue despedida sin expresión de causa (conf. arts. 386, 403, 413 Y 456, C.P.C.C.N.).

No alteran las conclusiones expuestas, las manifestaciones vertidas por la apelante acerca de la ausencia de acreditación del panorama indiciario precitado.

En efecto, la demandada cuestiona que la jueza de grado tome como indicio la declaración de Aliaga, y sostiene que este testigo nada aporta para **acreditar en forma fehaciente** que la actora podía ser pasible de alguna medida en su contra; que simplemente tenía una preocupación y un temor de los cuales no da razón.

En primer lugar, cabe destacar que el recurrente no impugnó oportunamente el mencionado testimonio.

En segundo término, de lo que se trata es de determinar si están probados indicios de discriminación antisindical contra Quispe Quispe y no de demostrar "en forma fehaciente" como sostiene el recurrente en su memorial la efectiva discriminación.

Desde esta perspectiva, Galeano aporta elementos objetivos y convictivos que permiten corroborar el aludido cuadro indiciario; en particular, la activa participación de la actora en la recolección de firmas entre sus compañeros de trabajo para la denuncia ante la autoridad administrativa de aplicación vinculada a las mejoras de las condiciones de trabajo y a la convocatoria a elecciones de delegados.

Por otra parte, la recurrente no cuestiona fundadamente la valoración de la jueza de grado, con la cual -como señalé "ut-supra"- coincido plenamente, acerca de la nota presentada el 28/11/06 ante la Subsecretaría de Trabajo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y suscripta por la actora donde ratificaba los reclamos anteriores.

V) El art. 4º de la ley 23.551 dispone:

"Los trabajadores tienen los siguientes derechos sindicales:..."

"...c) Reunirse y desarrollar actividades sindicales".

"d) Peticionar ante las autoridades y los empleadores..."

A su vez, el art. 3º de la ley citada establece:

"Entiéndese por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la plena realización del trabajador".

Las constancias reseñadas precedentemente, analizadas a la luz de las mencionadas normas de la ley de asociaciones sindicales, me persuaden de que Nectar Quispe Quispe ejerció derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical.

El carácter sindical de la acción desplegada por la actora fluye de un contexto conformado por su participación activa en la organización de los trabajadores de la empresa demandada para la mejora de sus condiciones de trabajo, en la petición al sindicato y a la autoridad de aplicación para la convocatoria a la elección de delegados, y en la denuncia ante la Subsecretaría de Trabajo ratificatoria de reclamos anteriores.

Es menester destacar que actos como los realizados por Quispe Quispe coadyuvan a la defensa del interés colectivo de los trabajadores, más allá de su afiliación sindical, constituyendo, por ende, el ejercicio de derechos incluidos en la libertad sindical, teniendo en cuenta que fueron realizados respecto de una empresa que carecía de delegados sindicales.

Los hechos probados configuran indicios razonables de la posible existencia de una decisión empresarial dirigida a desprenderse de una trabajadora concreta que había instado activamente la acción colectiva tendiente a la mejora de las condiciones de trabajo, y a la convocatoria a elecciones de delegados de personal en una empresa donde no existía hasta ese entonces esa instancia de representación colectiva de los trabajadores.

Estamos en presencia, por ende, de una sucesión de datos cronológicos, temporal y causalmente conectados entre sí, susceptibles de conducir a la deducción de que el despido de la

actora obedeció verosímelmente a la actitud de esta última de ejercer derechos incluidos en el ámbito de la libertad sindical.

VI) Frente al panorama indiciario descripto, considero que la demandada no ha logrado demostrar que el despido de la actora haya tenido causas reales absolutamente extrañas a la discriminación antisindical, así como que aquéllas hayan sido de entidad suficiente como para motivar la ruptura contractual, de manera tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión del derecho fundamental de la trabajadora.

En efecto. Como ya destaqué en el considerando IV, el 28 de noviembre de 2006 la actora fue despedida “verbalmente” por la demandada, quien le hizo saber que en cualquier momento le llegaría una carta documento donde se le expresarían las causales del despido.

La jueza de grado concluye en lo pertinente:

“...La accionada no ha probado la recepción por Quispe Quispe del mencionado despacho telegráfico (a fs. 117 se le da por decaído el derecho a producir la prueba informativa al Correo Oficial de la República Argentina...). Todas estas circunstancias llevan a concluir que se trata en el caso de una medida rescisoria injustificada comunicada verbalmente que surtió plenos efectos en la fecha puesta en el Acta Notarial aludida (28/11/2006)...” (ver fs. 335).

La recurrente no cuestiona fundadamente la mencionada conclusión (conf. art. 265, C.P.C.C.N.).

La magistrada de la instancia anterior descarta la fuerza convictiva de los testimonios de Galeano (fs. 176/81) y de Rodríguez (fs. 213/7).

En el caso de Galeano porque al aludir al trabajo de la actora manifestó conocer esas circunstancias porque llegó a la oficina de personal el hecho de Quispe Quispe no estaba cumpliendo, que la encargada lo notificó a la oficina de personal. Expresó que conocía el horario de trabajo porque liquidaba los sueldos, y añadió que la actora trabajaba en el sector de máquinas en el taller y que ella no trabajaba en el taller sino en las oficinas.

Las circunstancias minuciosamente descriptas por la Dra. Temis bastan para desestimar la eficacia probatoria de la declaración de Galeano, sin que esta conclusión sea adecuadamente rebatida por el apelante, quien se limita dogmáticamente a aludir a manifestaciones de la testigo.

En el caso de Rodríguez, la jueza a quo manifiesta:

“...su testimonio procura demostrar que el desempeño de la actora fue bueno al principio pero luego comenzó a disminuir en cuanto a calidad y productividad. Sin embargo las circunstancias relatadas: defectos de prestación, incursión en conductas supuestamente sancionables, solicitud de permisos de retiro antes de concluida la relación laboral para la realización de trámites personales, asiduidad en la concurrencia al baño, apuntan a justificar una medida expulsiva, cuando en realidad de las constancias de autos no surgen comunicadas esas causales a la trabajadora en los términos del art. 243 de la L.C.T. Este testimonio también ha sido impugnado por la actora a fs. 253/vta...” (ver fs. 347/8).

El apelante se limita en su memorial a transcribir frases aisladas del testimonio de Rodríguez, sin hacerse cargo fundadamente de las circunstancias en virtud de las cuales la magistrada de grado descarta la fuerza convictiva de sus dichos.

Por otra parte, en el responde la demanda aduce haber impuesto a la actora dos apercibimientos: uno el 23/10/2006 fundado en la supuesta ausencia sin aviso ni justificación en ese día, y otro el 2/11/2006 basado en la supuesta falta de compromiso en sus tareas, reflejada en el bajo rendimiento laboral que no cubriría el jornal básico por hora; apercibimientos que el empleador aduce haber notificado por escrito a Quispe Quispe (ver fs. 72 vta.).

Sin embargo, la demandada no acompañó los respectivos documentos; por lo que las sanciones no pueden considerarse acreditadas.

Cabe agregar que la notificación de las sanciones disciplinarias es un requisito de validez de las mismas a fin de permitir ejercer al trabajador el derecho a cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma dentro del plazo legal (art. 67, L.C.T. -t.o.-).

Desde esta perspectiva, carece de verosimilitud y credibilidad la manifestación de Rodríguez en el sentido de que habría presenciado cuando la actora se notificó de las invocadas sanciones disciplinarias.

La manifestación de la testigo de que "...hubo otros despidos durante el tiempo de trabajo de la actora, mucha rotación hubo..." tampoco favorece la postura de la demandada, pues no indica concretamente a qué personas, ni descarta el móvil discriminatorio antinsindical del despido de Quispe Quispe.

En efecto, renglones más adelante Rodríguez agrega:

"la gente cuando lamentablemente no sirve se la **despido** (sic) y hay muchos que se van también. Que **los despido**, cuando la productividad que hacen y la calidad no sirven..."

Con relación al párrafo transcripto, cabe formular las siguientes consideraciones:

En primer lugar, llama la atención la conjugación del verbo despedir en primera persona del singular, lo que revela la asunción plena por parte de la testigo de los poderes del empleador en materia de despidos, circunstancia que lleva a apreciar la verosimilitud de sus dichos con criterio sumamente restrictivo.

En segundo término, la cuestión vinculada a las pautas de productividad impuestas unilateralmente por la empresa era una de las que justamente motivó el conflicto y la acción colectiva de los trabajadores, en los cuales tuvo un papel protagónico la actora, razón por la cual no cabe invocar esa supuesta política empresarial como motivo excluyente de la discriminación alegada por Quispe Quispe (conf. arts. 386 y 456, C.P.C.C.N.).

Así las cosas, estimo probado que **el despido de la actora fue un acto discriminatorio por motivos antisindicales.**

VII) Corresponde elucidar ahora si resulta fundada la pretensión de nulidad del despido articulada por Quispe Quispe en el escrito de inicio.

Me remito nuevamente a mi voto en la causa "Arecco", cuyos tramos pertinentes reproduzco a continuación para dar una adecuada respuesta a los agravios de la demandada.

Con la lucidez que lo distingue, Antonio Baylos Grau advierte que se habla del despido como una variable de un conjunto de presupuestos ni jurídicos ni políticos, en el contexto de la producción y de la competitividad interempresarial. Añade el citado catedrático español que la regulación del despido es contemplada desde el punto de vista de su capacidad para favorecer o impedir la libertad de las empresas en reducir la plantilla de trabajadores a su servicio y que la relevancia que el despido tiene sobre los derechos o sobre la posición subjetiva del trabajador y su derecho fundamental a un puesto de trabajo, ha sido subvalorada en el discurso de los juristas. Se suele presentar el despido como "función" del poder empresarial y de su capacidad de gestionar los intereses de la unidad productiva.

De esta manera es posible afirmar que en esta forma de ver las cosas se está consolidando una cierta autoreferencialidad del poder unilateral de rescisión del contrato por parte del empleador. Esto supone que esta figura se reconduce a la lógica de la acción empresarial, y a sus exigencias de realizar un beneficio, puesto que es la empresa y su interés definido contractual y organizativamente quien "guía" la interpretación sobre las reglas del despido.

Nada hay que objetar a un discurso jurídico que mantiene como referencia exclusiva del mismo la unilateralidad del poder empresarial y su repercusión en la relación contractual individual que liga a trabajador y empresario, discurriendo de forma prioritaria por el examen de los esquemas contractuales orientados y en ocasiones degradados por el ejercicio del poder empresarial. Sin

embargo, esa perspectiva no coloca en primer lugar las repercusiones que este tipo de regulación tiene en las posiciones de los trabajadores (conf. Antonio Baylos Grau, "Por una (re) politización de la figura del despido", Revista de Derecho Social Nº 12 (octubre-diciembre 2000), Editorial Bomarzo, Albacete, España, p. 10/1).

Si bien constituida principalmente desde la experiencia española, la visión aportada por Baylos Grau resulta útil para la comprensión del "contexto" argentino. En especial, si se tiene en cuenta el énfasis puesto por la doctrina tradicional para descartar toda posibilidad de nulificar el despido incausado, injustificado o arbitrario con el latiguillo de la inexpugnable ciudadela de la libertad de contratación empresarial, y su pretendido correlato de la libertad de extinción de los contratos de trabajo.

En esta línea de pensamiento, se suele aludir al derecho del empleador de despedir incluso sin expresión de causa con la única consecuencia jurídica de abonar una indemnización.

Es clásica e inexplicablemente olvidada la enunciación y conceptualización de Justo López de los distintos modos de protección contra el despido arbitrario.

El célebre jurista distinguía al respecto tres sistemas: 1) de validez e ilicitud, 2) de ineficacia y 3) de propuesta de despido.

En virtud del primer modelo, el ordenamiento jurídico reconoce la validez del despido arbitrario, pero lo considera un acto ilícito y lo sanciona, por ejemplo, con el pago de una indemnización al trabajador despedido. Desde esta perspectiva, hablar de un despido válido pero ilícito tanto vale como decir que un determinado comportamiento humano es ilícito y sin embargo apto para crear una norma válida derogatoria de la que originó la relación individual de trabajo. Este es el sistema general adoptado por el ordenamiento jurídico laboral argentino y al que algunos califican de estabilidad relativa impropia.

En el sistema de ineficacia la voluntad arbitraria del empleador de despedir al trabajador no podría nunca lograr su propósito pues nunca se traduciría en un acto disolutorio de la relación de trabajo.

Por último, en el sistema de propuesta de despido, la derogación de la norma individual que originó la relación de trabajo y la consiguiente extinción de ésta son resultado de un acto complejo en el cual el empleador participa con su "iniciativa", pero no puede ponerlo por sí mismo, sino que queda subordinado a una instancia superior, sea ésta judicial, administrativa o interprofesional (conf. Justo López, "Despido arbitrario y estabilidad", L.T. XXI-289 y ss.).

Más allá de la utilidad y pertinencia de la clasificación, lo relevante del aporte del Dr. Justo López es que el despido sin causa siempre constituye un acto ilícito, conclusión que comparto y que es rechazada por cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia, que alude a un supuesto derecho del empleador a despedir, incluso sin expresión de causa.

En el mismo sentido, señala Meik:

"...El primero de esos modelos (de "validez extintiva irreversible" del acto de despido pese a su ilicitud) podría ser considerado de ilicitud del despido injustificado con plena validez extintiva del acto, ya que sólo da lugar a la percepción por el trabajador de una indemnización pero que no le permite recuperar la titularidad del vínculo contractual. El despido es ilícito pero de eficacia extintiva. El acto injustificado es válido siendo ilícito; obliga a reparar sólo económicamente las consecuencias emergentes de su incumplimiento. La indemnización, tasada o no, presupone la antijuridicidad del acto."

"No se puede afirmar que existe libertad para despedir pagando la indemnización como no se puede decir que existe libertad para atropellar un peatón pagando la indemnización. Afirmar esto presupone ignorar el concepto mismo de antijuridicidad civil. El despido sin justa causa es, por definición, el despido sin causa de justificación. Sólo requiere causa de justificación lo que es ab initio ilícito..." (conf. Moisés Meik, "Estudio de doctorado en Economía Industrial y Relaciones Laborales. La protección contra el despido injustificado en España como derecho al trabajo con estabilidad", Universidad de Castilla-La Mancha, Campus Albacete, año 2003, inédito).

Me parece que esta cuestión ha sido zanjada definitivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reciente caso "Vizzoti" en los siguientes términos:

"...10) Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/5), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)."

"Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el "**derecho a trabajar**" (art. 6.1), **comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo**, cualquiera que sea la clase de éste. Así surge, por otro lado, de los trabajos preparatorios de este tratado (v. Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon, 1998, págs. 197 y 223). Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a)..." (C.S.J.N., 14/09/2004, "Vizzoti, Carlos A. c/AMSA S.A. s/despido, considerando 10).

Es decir, el despido *ad nutum* es un acto ilícito violatorio de los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, y de la estabilidad en el empleo.

Agregaba Justo López:

"...El legislador constituyente no eligió (el sistema de protección contra el despido arbitrario); dejó la elección al legislador ordinario. La decisión a favor de un sistema o de otro es cuestión de política legislativa...De modo que el legislador constituyente al hablar de "protección contra el despido arbitrario" no excluyó la llamada "estabilidad en sentido propio"; por el contrario, la incluyó como un posible modo de esa protección..."

"...Se arguye en contra de la supresión del poder jurídico de "despido arbitrario" la libertad constitucional "de trabajar y ejercer toda industria lícita", de "comerciar" y el derecho implícito en ella de la "libertad de contratación".

"Debe observarse en primer lugar que, según el texto expreso del mismo art. 14 de la Constitución Nacional esas "libertades" o derechos se reconocen "conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio"; y las normas constitucionales que reconocen otros derechos y otorgan otras garantías no tienen, por cierto, menor jerarquía que las leyes reglamentarias. La Corte Suprema de Justicia de la Nación recordó, frecuentemente, que no hay derechos absolutos -p. ej., con referencia al derecho de huelga- y eso vale, obviamente, lo mismo para los derechos antes mencionados."

"Además, la constitucionalización de los "derechos sociales" implicó, indudablemente, la aceptación expresa de un cambio en la "dogmática" constitucional, que ya no cabría situar en la perspectiva de una concepción individualista del derecho y del estado. Desde esta perspectiva, corresponde considerar superada la concepción del estado de

derecho individualista, no, precisamente, en tanto estado de derecho, sino en tanto individualista; ahora se suele hablar, por ejemplo, de un estado de bienestar, como concepción que completa -en el ordenamiento estatal- los "derechos individuales" con los "derechos sociales", sin aniquilar aquéllos ni sacrificar a ellos estos últimos. En esta concepción se sitúa, ahora, sin lugar a dudas, la "parte dogmática" de la Constitución Nacional".

"Esto no puede significar sino peculiares restricciones a los derechos de ejercer toda industria lícita, comerciar, contratar y descontratar, sin las que no sería ni siquiera concebible el moderno derecho del trabajo".

"Es también indudable que en la nueva concepción que incorpora a la dogmática constitucional los "derechos sociales", el despido desnudo o inmotivado merece una valoración negativa, sellada con la palabra "arbitrario", a tal punto que entró en los propósitos del legislador constituyente la protección del trabajador contra él. Eso importa, necesariamente, una descalificación -en principio- de las antes mencionadas libertades (de ejercer toda industria lícita, de comerciar, de contratar y descontratar), no en sentido absoluto, pero sí en cuanto conduzcan al despido arbitrario. La intensidad de esa descalificación -según se dijo más arriba- queda sujeta al criterio "político" (de "política legislativa") del legislador ordinario, pero, en principio, no excluye -no tiene por qué excluir- ninguno de los modos posibles de protección contra el despido arbitrario..."

"...la supresión del poder jurídico de despedir arbitrariamente no ataca la libertad de descontratar...; lo único que ataca es el poder de derogar por acto unilateral inmotivado (arbitrario) lo que fue acordado bilateralmente..." (conf. Justo López, op. cit., ps. 297/99).

Las consistentes reflexiones de Justo López resultan corroboradas y profundizadas luego de la reforma constitucional de 1994.

En efecto, sin perjuicio del acrecentamiento del catálogo de derechos sociales, generado especialmente por las declaraciones y pactos de derechos humanos constitucionalizados, el material normativo incorporado incluye un arsenal principista de notable importancia al momento de juzgar la constitucionalidad de la conducta positiva y omisiva de los poderes públicos y de evaluar las pretensiones deducidas ante los órganos jurisdiccionales.

El referido arsenal principista implica un enriquecimiento y complementación de los principios del Estado Constitucional Liberal; esto es, el de legalidad (arts. 14, 16, 18, 19 y cons., C.N.) y el de razonabilidad (art. 28, C.N.) (conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, "Estado Social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales", p. 178).

En esta línea se inscribe el considerando 10) de la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Vizzoti" mencionada precedentemente.

Asimismo, y en lo específicamente vinculado al contenido y alcance de los derechos a la protección contra el despido arbitrario, al trabajo, o más genéricamente a la estabilidad del trabajador en el empleo, resulta relevante la regulación contenida en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por la Organización de Estados Americanos en El Salvador, el 17 de noviembre de 1988.

Este ordenamiento internacional de derechos humanos, también denominado "Protocolo de San Salvador", fue aprobado por la ley 24.658, sancionada y promulgada con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.

El art. 7 del Protocolo de San Salvador dispone en lo pertinente:

"Los Estados Partes en el presente Protocolo reconocen que el **derecho al trabajo** al que se refiere el artículo anterior, supone que **toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias**, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:..."

"...d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional..."

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los **principios fundamentales** es **el de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, en el caso al trabajador** (conf. arts. 75, inc. 22, C.N.; 29, inc. b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 23 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 180).

Con posterioridad, y en la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló:

"...156. Este Tribunal señala que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente..." (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

Por último, cabe recordar que el art. 18 del Código Civil dispone:

"Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención".

El cuadro descripto precedentemente me lleva a formular las siguientes conclusiones:

1) **El despido ad nutum, incausado, inmotivado, injustificado o arbitrario es un acto ilícito, que viola los derechos de jerarquía constitucional a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo y la estabilidad en el empleo.**

2) **Es constitucional** la consagración de un sistema de estabilidad que frente al acto ilícito descripto en el párrafo anterior, otorgue al trabajador **el derecho a reclamar la nulidad del despido y la readmisión en el empleo.**

3) El **contenido esencial** de los **derechos** constitucionales de **trabajar y ejercer toda industria lícita, de comerciar, de usar y disponer de la propiedad y de contratación,** conferidos al empleador, **no comprende la potestad de despedir a los trabajadores ad nutum, en forma incausada, injustificada, inmotivada o arbitraria.**

Por otra parte, cabe señalar que la Observación General Nº 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas señala en lo pertinente:

"...El derecho al trabajo es un derecho fundamental, reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a través de su artículo 6, trata este derecho más

extensamente que cualquier otro instrumento. **El derecho al trabajo es esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a la dignidad humana...**"

"...El **derecho al trabajo**, amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma la **obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas** su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular **el derecho a no ser privado de su trabajo de forma injusta...**".

"...El trabajo, según reza el artículo 6 del Pacto, debe ser un trabajo digno. Éste es el trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana, así como los derechos de los trabajadores en lo relativo a condiciones de seguridad social y de remuneración..."

"...El Convenio Nº 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) establece la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente..."

"...En virtud del párrafo 2 del artículo 2, así como del artículo 3, el Pacto proscribe toda discriminación en el acceso al empleo y en la conservación del mismo por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible. Según el artículo 2 del Convenio Nº 111 de la OIT, los Estados Partes deben "formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto"..."

"...La principal obligación de los Estados Partes es velar por la realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo...Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas en relación con el derecho al trabajo, como la obligación de "garantizar" que ese derecho sea ejercido "sin discriminación alguna" (párrafo 2 del artículo 2) y la de "adoptar medidas" (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 6. Dichas medidas deben ser deliberadas, concretas e ir dirigidas hacia la plena realización del derecho al trabajo..."

"...Al igual que todos los derechos humanos, el derecho al trabajo impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: las obligaciones de respetar, proteger y aplicar. La obligación de respetar el derecho al trabajo exige que los Estados Partes se abstengan de inferir directa o indirectamente en el disfrute de ese derecho. La obligación de proteger exige que los Estados Partes adopten medidas que impidan a terceros interferir en el disfrute del derecho al trabajo. La obligación de aplicar incluye las obligaciones de proporcionar, facilitar y promover ese derecho. Implica **que los Estados Partes deben adoptar medidas** legislativas, administrativas, presupuestarias, **judiciales** y de otro tipo adecuadas **para velar por su plena realización...**"

"...En la Observación general nº 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto. En el contexto del art. 6, esta "obligación fundamental mínima" incluye la obligación de garantizar la no discriminación y la igualdad de protección del empleo..."

"...La prohibición de no discriminación que establece el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto es de aplicación inmediata y no está sujeta a una aplicación progresiva ni se supedita a los recursos disponibles. Se aplica directamente a todos los aspectos del derecho al trabajo..."

"...El incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros..."

"...Toda persona o grupo que sea víctima de una vulneración del derecho al trabajo debe tener acceso a adecuados recursos judiciales o de otra naturaleza en el plano nacional. A nivel nacional, los sindicatos y las comisiones de derechos humanos deben jugar un papel importante en la defensa del derecho al trabajo. Todas las víctimas de esas violaciones tienen derecho a una reparación adecuada, que puede adoptar la forma de una restitución, una indemnización, una compensación o garantías de no repetición..."

"...La integración en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que amparan el derecho al trabajo, en especial de los convenios pertinentes de la OIT, debe reforzar la eficacia de las medidas adoptadas para garantizar tal derecho, por lo que se encarece. La incorporación en el ordenamiento jurídico interno de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho al trabajo, o el reconocimiento de su aplicabilidad directa, puede mejorar de modo importante el alcance y la eficacia de las medidas de corrección y se alienta en todos los casos. Los tribunales estarían entonces en condiciones de juzgar las violaciones del contenido básico del derecho al trabajo invocando directamente las obligaciones derivadas del Pacto..."

"...Se invita a los jueces y a otros miembros de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley a que presten mayor atención a las violaciones del derecho al trabajo en el ejercicio de sus funciones..."

A propósito de la mencionada observación general estimo pertinente transcribir las agudas reflexiones de Rolando E. Gialdino:

"...La reforma de la Constitución Nacional producida en 1994 dio jerarquía constitucional a diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22)...Cada uno de estos (tratados nacidos en el seno de las Naciones Unidas) ha previsto la creación de un Comité, apellidado, comúnmente con referencia al instrumento respectivo...Una de las competencias atribuidas por estos tratados a dichos Comités es la de dictar observaciones generales o recomendaciones generales (en adelante, OGs)."

"...El conjunto de las OGs, por un lado, resulta un corpus vasto, de inculcable riqueza y en permanentes vías de expansión y actualización, mientras que, por el otro, se constituye en una fuente de la única "interpretación autorizada" de los textos internacionales, en un medio por el cual les ha sido permitido a los Comités establecer una suerte de "interpretación auténtica" de aquéllos. M. Nowak, haciendo referencia al Comité de Derechos Humanos, señala que sus OGs son adoptadas por consenso entre todos sus miembros y, por ende, con la participación de variadas escuelas del pensamiento y del Derecho, lo cual "subraya el carácter autorizado de estas interpretaciones". Esta interpretación es extensible a los restantes Comités".

"Los caracteres reseñados en los dos párrafos anteriores, amén de otros, nos han llevado a sostener que las OGs. resultan, lisa y llanamente, fuente del Derecho Constitucional argentino. Por lo demás reciente jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha apoyado en estos documentos ("Aquino", sent. del 21/9/2004, Fallos 327:3753, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, consids. 8 y 10 y "Verbitsky", sent. del 3/5/2005. Ver, asimismo, el voto de la jueza Argibay en "Díaz, Timoteo", sent. del 7/3/2006, consid. 7)..."

"...No parece que queden dudas, entonces, de que para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas la legalidad del despido,

como protección del derecho al trabajo del PIDESC, está regida en términos al menos equivalentes a los del art. 4 del Convenio OIT 158, al que también remite expresamente el mencionado párr. 11 cuando alude al derecho del trabajador a la "reparación" (redress) en caso de despido injustificado. Importan estos señalamientos, entre otras razones, por cuanto la Argentina no ha ratificado (¿todavía?) dicho convenio".

"Recordamos, por lo demás, que **la tutela contra el despido injustificado puede asumir, dentro del PIDESC, la forma de la reinstalación, tal como lo precisa nuestra OG. 18 (art. 48), así como los arts. 10 convenio OIT 158 y 7.d Protocolo de San Salvador...**" (conf. Rolando E. Gialdino, "El derecho al trabajo en la observación general 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social", 23 (diciembre 2006), Lexis Nexis, p. 2085/6 y 2090).

Las consideraciones vertidas precedentemente revelan que el sistema indemnizatorio consagrado en la Ley de Contrato de Trabajo no es el único modo posible de reglamentación de los derechos al trabajo y de protección contra el despido arbitrario, ambos de jerarquía constitucional. Tampoco resulta pertinente ni insoslayable pronunciarse en esta causa acerca de la constitucionalidad de las normas de la L.C.T. (t.o.) que reglamentan los derechos precitados, toda vez que -a mi modo de ver- las citadas normas no regulan la situación planteada.

VIII) De todos modos, y sin perjuicio de lo expuesto, aun cuando por vía de hipótesis se compartiera la descalificación de un sistema genérico de nulidad del despido como modo razonable de reglamentación de los derechos a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo, igualmente la pretensión de nulidad de la actora resultaría fundada, toda vez que **la decisión rescisoria de la demandada quebranta el principio fundamental de no discriminación, y el derecho fundamental de libertad sindical.**

IX) Frente a la visión del despido como "función" del poder empresarial, Baylos Grau plantea la necesidad de reivindicar el lado oculto de aquella figura, el que hace referencia a los derechos de los trabajadores. Por eso resulta conveniente analizar los límites impuestos a la acción empresarial por las normas de jerarquía constitucional constitutivas del Estado Social y Democrático de Derecho (conf. Antonio Baylos Grau, op. cit., p. 11).

Desde esta perspectiva, la cualidad de trabajador por cuenta ajena no resulta incompatible con la figura del ciudadano en plenitud de sus derechos, de forma que también en los lugares de trabajo se deben garantizar los derechos fundamentales reconocidos por las normas de jerarquía constitucional a todos los ciudadanos, y no sólo aquéllos específicamente concebidos para su utilización en el contexto productivo, o aquellos que están directamente ligados a la situación socio-profesional del trabajador.

El Tribunal Constitucional de España en una conocida decisión afirmó de manera tajante la repugnancia del ordenamiento jurídico democrático ante "las manifestaciones de feudalismo industrial", de manera que no era posible la defensa del "despojo transitorio de los derechos que al trabajador le corresponden como ciudadano", puesto que esta conducta no resulta amparada por el principio de la libre iniciativa empresarial ni, desde luego, "las empresas son mundos separados de la sociedad" (conf. STC 88/1985, de 19 de julio, cit. por Antonio Baylos Grau, op. cit. p. 14/5).

En última instancia, además, el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (conf. I. García-Perrote, "Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador, RDS Nº 4, 1998, p. 9 y ss.; A. Martín Valverde, "Contrato de trabajo y derechos fundamentales", RDS Nº 6, 1999, p. 11 y ss. Una síntesis de esta elaboración en la doctrina constitucional, con especial atención al canon de "proporcionalidad" que mide la limitación empresarial de los derechos fundamentales de los trabajadores, Mª E. Casas Baamonde, "Evolución constitucional y Derecho del Trabajo", en A. Pedrajas Moreno (Dir.), Puntos críticos interdisciplinarios

en las relaciones laborales, Lex Nova, Valladolid, p. 88 y ss. Autores citados por A. Baylos Grau, op. cit. p. 15 y nota 8).

La repercusión de estos elementos derivados del orden constitucional y su sistema de garantías sobre el régimen de despido es inmediata, de manera que el goce de los derechos fundamentales reconocidos por el trabajador constituye un límite infranqueable por el poder unilateral del empresario de rescisión del contrato de trabajo, que, de ser transgredido, debe ser removido en su eficacia, restituyendo al trabajador en la plenitud del disfrute de su derecho fundamental, reintegrándolo por tanto en su puesto de trabajo (conf. A. Baylos Grau, op. cit., p. 15).

Es decir, **la accionada** no sólo ha vulnerado los derechos de la actora a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo al constituir el despido un acto incausado y, por tanto, ilícito, sino también **ha transgredido el derecho fundamental de la trabajadora a no ser discriminada por motivos antisindicales consagrado en normas constitucionales e internacionales de jerarquía constitucional y supralegal e integrante del jus cogens**, configurándose de ese modo **otra ilicitud escindible** de aquélla cuya sanción no puede ser subsumida en las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo.

Esta clara distinción de ilicitudes y de imputación de sanciones jurídicas resulta especialmente corroborada por la circunstancia de que el derecho a no ser discriminado arbitrariamente ha ingresado en el dominio del jus cogens, por lo que su vulneración concretada través del despido de un trabajador habilita a este último a reclamar la nulidad del acto rescisorio y la readmisión en el empleo.

Desde esta perspectiva, y por las razones jurídicas que expondré a continuación, **la sólo invocación de las normas de la ley de contrato de trabajo que reglamentan el derecho a la protección contra el despido arbitrario y al trabajo para desestimar la pretensión de la actora**, no sólo **sería insostenible en el orden jurídico nacional**, sino que **comprometería gravemente la responsabilidad internacional del Estado Argentino**.

Hoy en día, el Derecho de los derechos humanos, punto de convergencia del Derecho Internacional y del Derecho constitucional, admite la existencia de normas supranacionales que se imponen a la soberanía de los Estados en aquellas materias que son de **orden público internacional**, por constituir principios básicos de la convivencia internacional. Estos, que constituyen el denominado "*jus cogens*", incluyen el respeto de los derechos fundamentales por encima de intereses y voluntad de los Estados.

Esta ampliación de contenidos, sujetos y fronteras, se corresponde perfectamente con la globalización, produciéndose una racionalización de la soberanía nacional al incorporar normas supraestatales inherentes al ser humano y -sobre todo-, constatando la *universalidad* de los derechos humanos, en vez de su mera internacionalidad o constitucionalidad.

La noción de *jus cogens* está consagrada en el art. 53 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en tanto "norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

Las normas del *jus cogens* obligan a todos los Estados y a los nacionales de dichos países, tienen carácter erga omnes y pueden ser reclamadas por cualquier persona o Estado, aún al margen de cualquier vínculo convencional o ratificación (conf. Oscar Ermida Uriarte, "La Declaración Sociolaboral del Mercosur y su eficacia jurídica", en "Eficacia jurídica de la Declaración Sociolaboral del Mercosur", Trabajos de la Reunión Técnica celebrada en Buenos Aires los días 10 y 11 de diciembre de 2001, Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Oficina Internacional del Trabajo, Buenos Aires, 2002, p. 19/20).

En similar sentido, explica Barbagelata que "todas las categorías de instrumentos que tratan de derechos humanos -entre los que se cuentan los laborales-, son un tipo muy especial de instrumentos internacionales que no pertenecen solamente a la esfera de los Pactos entre los Estados, sino que han alcanzado la dimensión de *jus cogens* (conf. Héctor-Hugo Barbagelata, "Algunas reflexiones sobre los derechos humanos laborales y sus garantías", en revista Judicatura, Montevideo, República Oriental del Uruguay, 2000, Nº 41, p. 134).

Oportunamente, sostuve que en materia de derechos sociales uno de los **principios fundamentales** es **el de no discriminación** (conf. arts. 14 bis, 16, 75, incs. 22 y 23, C.N.; 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 2.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 5 y conchs. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; 1, 11, 12, 13 y conchs. de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; 2, 26 y conchs. de la Convención sobre los Derechos del Niño; conf. Guillermo Gianibelli y Oscar Zas, op. cit., p. 181).

Cabe añadir a las normas internacionales mencionadas, los arts. 3.I de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, 3 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del Convenio Nº 111 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado:

"1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental."

"2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional."

"3. Que **el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.**"

"4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. **En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.**"

"5. Que **el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares...**"

"...9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-empleado). **El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales...**" (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

En síntesis:

1) El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del jus cogens.

2) En el marco de una relación laboral privada, por la teoría del *Drittwirkung*, ese principio debe ser respetado cabalmente por el empleador en relación con el trabajador, y su vulneración no

sólo transgrede normas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional y supralegal, sino también normas imperativas de orden público internacional.

3) En caso de despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador puede demandar la nulidad del despido y la readmisión al empleo, pues ese es el modo más idóneo y eficaz para garantizar *in natura* el contenido esencial del principio fundamental vulnerado.

En esta línea se inscribe el art. 1º de la ley 23.592, cuyo texto reza:

"Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

"A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

Desde esta perspectiva, concretado un despido discriminatorio por motivos antisindicales, el trabajador afectado tiene derecho a demandar judicialmente que se "deje sin efecto el acto discriminatorio", lo que implica la nulidad de la decisión rescisoria y la readmisión en el empleo.

De no admitirse la invocación de la ley 23.592 por parte de un trabajador afectado por un despido discriminatorio, se estaría consagrando una discriminación jurídica inadmisibles.

En la medida que todos los habitantes tienen el derecho fundamental a no ser discriminados arbitrariamente, es irrefutable que también los trabajadores asalariados, categoría singular de personas integrantes del ámbito subjetivo general abierto por el pronombre "todos", son titulares del referido derecho en cualesquiera circunstancias, y también por ello, en el ejercicio de su actividad profesional debida en virtud del contrato de trabajo que les une a su empleador.

Ese derecho fundamental no es ciertamente un derecho específicamente laboral, en el sentido que tenga su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en el ámbito estricto de las relaciones laborales, y de modo que no sea posible técnicamente su ejercicio extramuros de las mismas.

El citado derecho, pensado constitucionalmente para el ejercicio de su titularidad por todos los ciudadanos, y desde su incorporación al jus cogens por todos los habitantes del mundo, cualquiera sea su condición personal o profesional, puede ser ejercitado desde luego por los sujetos de las relaciones de trabajo (y por los trabajadores en particular) en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquiere un **contenido o dimensión laboral sobrevenidos**. Se produce así una "impregnación laboral" de un derecho de titularidad general o inespecífico por el hecho de su utilización por trabajadores asalariados a propósito y en los dominios de un contrato de trabajo.

En síntesis, estamos en presencia de un derecho fundamental atribuido con carácter general a todos los habitantes, que es ejercitado en el seno de una relación jurídica laboral por personas que, al propio tiempo son trabajadores y, por lo tanto, se convierte en un verdadero derecho laboral por razón de los sujetos y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hace valer, en un **derecho laboral fundamental inespecífico** (cfr. Palomeque- López, Manuel Carlos, "El derecho constitucional del trabajador a la seguridad en el trabajo", conferencia inaugural del Encuentro Iberoamericano Riesgo y Trabajo, Universidad de Salamanca-Fundación MAPFRE, pronunciada el 11/11/91 en el Paraninfo de dicha universidad, pub. en Actualidad Laboral Nº 4 -semana 27 de enero-2 de febrero 1992-, ps. 37/44).

Ahora bien, el art. 14 bis de nuestra Carta Magna viene a reforzar la aludida protección constitucional laboral inespecífica, prescribiendo expresamente que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador, entre otros derechos, condiciones dignas y equitativas de labor.

Por otra parte, en materia de derechos sociales, los arts. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 3 del "Protocolo de San Salvador", 1, 2 y 3 del

Convenio Nº 111 de la O.I.T. sobre la Discriminación (empleo y ocupación) de 1958 y la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento, consagran una tutela antidiscriminatoria específica.

Es decir, que el trabajador tiene el derecho a no ser discriminado arbitrariamente desde una doble dimensión: una tutela constitucional similar a los restantes habitantes de la Nación y una tutela constitucional laboral específica.

La doble protección constitucional se funda en una razón ontológica:

"...14. Sin embargo, las vacilaciones se disipan al advertir que no se trata aquí de dilucidar un mero concepto de derecho civil y laboral, sino de dar pautas para la definición de **aspectos decisivos de la noción de trabajo**, que es un **concepto jurídico constitucional** que debe ser siempre forjado a la luz de la prescripción del art. 14 bis de la Carta Magna que le garantiza "en sus diversas formas" la protección de las leyes".

En este sentido, la **Corte Suprema** ha determinado que **la inteligencia de normas laborales de índole procesal habilita la instancia extraordinaria para determinar cuál de las divergentes interpretaciones en juego resulta de mayor consonancia con el art. 14 bis de la Constitución Nacional** (Fallos 307-146, Luna, Juan S. c/Ferrocarriles Argentinos, 5/3/85)".

"15. La relevancia principalísima de la noción constitucional de trabajo se vincula no sólo al art. 14 bis de la Carta Magna, sino con el afianzamiento de la justicia, meta del orden constitucional, según el Preámbulo, que, de conformidad a la doctrina ética mayoritariamente recibida y que emana de las fuentes bíblicas y evangélicas, requiere **reconocer en el trabajo una dimensión fundante, intersubjetiva y trascendente de la persona humana, debiendo basarse en él la estructura del ordenamiento jurídico**, y no en el simple vínculo aislado del sujeto individual con los objetos materiales de su entorno, que han de subordinarse y servir al evento laboral e integrarse en su marco..." (cfr. C.Fed. La Plata, disidencia del Dr. Leopoldo Schiffrin, 24/4/91, "Leira, Manuel P. L. c/Y.P.F.", J.A., n° 5721, p. 21 y sgtes.).

El art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional dispone en lo pertinente:

"Corresponde al Congreso:..."

"...Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con **justicia social**..."

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

"...Se trata de la justicia en su más alta expresión...", cuyo contenido "...consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (cfr. C.S.J.N., 13/99/74, "Bercaitz, Miguel Angel", Fallos 289:430).

Además, nuestro más Alto Tribunal había señalado con anterioridad que la justicia social es elemento integrante de la Constitución desde sus orígenes: "el objetivo preeminente de la

Constitución, según expresa su Preámbulo, es lograr el bienestar general, lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social" (cfr. Fallos: 278:313).

Asimismo, según la Corte Suprema, "las desigualdades no pueden resolverse sino tendiendo a alcanzar mayores niveles de bienestar" (Fallos: 293:551 y 556), conjugándose con los valores de "cooperación" y "solidaridad" (C.S.J.N., 3/5/84, "Gutiérrez c/Y.P.F.").

"El trabajo humano tiene características propias que imponen su consideración con criterios propios que obviamente exceden el mero mercado económico y que se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia, también normativamente comprendidos en la Constitución Nacional", lo que "sustenta la obligación de los que utilizan los servicios, en los términos de las leyes respectivas, a la preservación de quienes los prestan" (Fallos: 258:315 y 321; 304:415; 306:337).

Al decir de Masnatta, la recepción expresa de la justicia social "como norte de las decisiones económicas", habilita la "función transformadora" de la Constitución. A partir de la etapa "post-constitucional" le compete al Congreso Nacional la adopción de cláusulas y principios que permitan el desarrollo productivo con justicia social. Constituye, asegura, una "plataforma de lanzamiento" para nuestros legisladores y nuestros jueces (cfr. Masnatta, Héctor, "Interpretación de la Constitución", L.L., diario del 3/10/94).

Según el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional, el Congreso, entre otras medidas, deberá:

"...Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...".

Las medidas de acción positiva en general tienen por finalidad garantizar la igualdad real de trato, desbrozando los impedimentos que condicionan y limitan la igualdad en los hechos.

Entre los destinatarios de las normas que, como medidas de discriminación positiva debe promover el legislador, obviamente se incluyen los trabajadores.

El carácter compensatorio del Derecho del Trabajo, exigido -entre otras normas- por el art. 75, inc. 23, C.N. resulta claramente definido en una sentencia del Tribunal Constitucional de España, en términos que resultan aplicables a nuestro ordenamiento jurídico.

"...la disparidad normativa se asienta sobre una desigualdad originaria entre trabajador y empresario que tiene su fundamento no sólo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula, que es de dependencia o subordinación de uno respecto del otro, y que posee una tradición que es innecesario concretar, en todo el amplio conjunto de consecuencias derivadas de dicha relación...De todo ello deriva el específico carácter del Derecho Laboral, en virtud del cual, mediante la transformación de reglas indeterminadas que aparecen indudablemente ligadas a los principios de libertad e igualdad de las partes sobre los que se basa el derecho de contratos, se constituye como un ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades fundamentales...Estas ideas encuentran expresa consagración en el artículo 9.2 de la Constitución española cuando impone a los poderes públicos la obligación de *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas*, pues con esta disposición se está superando el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1, que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho, por lo que, en definitiva, se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora del Derecho Laboral en garantía de la promoción de una igualdad real, ya que el ámbito de las relaciones laborales exige un

mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador..." (STC 3/1983 de 25/1, cit. por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, "Estado Social y Derecho del Trabajo", en "Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)", coordinado por Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992, p. 23).

La exclusión del trabajador de la tutela consagrada en forma general por la ley 23.592 implicaría una violación del plexo normativo y principista descrito precedentemente, llegando a la paradoja de que una norma pensada para prevenir y sancionar actos discriminatorios sería aplicable con un sentido arbitrariamente discriminatorio contra un grupo numeroso de personas -los trabajadores asalariados- que gozan de una tutela jurídica más intensa (ver en el mismo sentido: mi voto en la sent. def. nº 68.536 del 14/06/2006 en el caso "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A. del registro de esta Sala).

Cabe agregar, en apoyo de la solución propuesta, las siguientes argumentaciones.

Según jurisprudencia reiterada de nuestro más Alto Tribunal, la ley 23.592 es de naturaleza federal y reglamenta directamente un principio constitucional de tal magnitud que excede el concreto interés de la parte e involucra y afecta a toda la comunidad -art. 16 y concs., Ley Fundamental y pactos internacionales incorporados a ella- (Fallos 322:3578, 324:392 y sent. del 11/07/2006, "Triaca, Alberto Jorge c/Southern Winds Líneas Aéreas S.A.", pub. en E.D. del 25/10/2006, p. 6).

Si el despido discriminatorio como una especie de los actos discriminatorios afecta el interés de la comunidad, no resulta consistente limitar la protección al pago de una indemnización tarifada o integral, porque la cuestión no se agota con la satisfacción patrimonial del trabajador directamente afectado.

X) De igual modo, visto el problema desde la perspectiva de la libertad sindical vulnerada, la nulidad del despido discriminatorio por motivos antisindicales es la única solución que repara totalmente el daño causado, porque el perjuicio no sólo es sufrido por el trabajador despedido sino por el universo de trabajadores representados por aquél en ejercicio de la libertad sindical. La alternativa indemnizatoria podría solucionar el problema económico del trabajador directamente afectado, pero no repararía eficazmente la violación a la libertad sindical como derecho humano fundamental.

El art. 1 del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Nº 98 sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva, ratificado por la República Argentina, e incluido en la Declaración de la O.I.T. relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el trabajo y su seguimiento, dispone en lo pertinente:

"1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

"2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:..."

"...b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier forma a causa de su afiliación o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo ha señalado:

"En ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador, si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical cubiertos por el Convenio Nº 98" (Recopilación de 1985, párrafo 547; 211 informe, caso núm. 1054, párrafo 163; 241 informe, caso núm. 1287, párrafo 227; 292 informe, caso núm. 1625, párrafo 70

y 295 informe, caso núm. 1729, párrafo 36; "La libertad sindical", Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Cuarta Edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 153).

"Nadie debería ser objeto de discriminación antisindical por la realización de actividades sindicales legítimas y la posibilidad de reintegro en el puesto de trabajo debería estar a disposición de los interesados en los casos de discriminación antisindical" (297 informe, casos núms. 1678, 1695 y 1781, párrafo 426; Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Cuarta Edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1996, p. 162).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en un caso incoado por 270 trabajadores despedidos por motivos antisindicales:

"...La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad..."

"...Esta Corte considera que **la libertad de asociación, en materia sindical, reviste la mayor importancia para la defensa de los intereses legítimos de los trabajadores y se enmarca en el corpus iuris de los derechos humanos...**" (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001).

A su vez, el máximo tribunal americano ha manifestado en el caso "Huilca Tecse":

"...**En su dimensión individual, la libertad de asociación, en materia laboral, no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad.** Cuando la Convención proclama que la libertad de asociación comprende el derecho de asociarse libremente con fines "de cualquier (...) índole", está subrayando que la libertad para asociarse y la persecución de ciertos fines colectivos son indivisibles, de modo que **una restricción de las posibilidades de asociarse representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de la colectividad de alcanzar los fines que se proponga.** De ahí la importancia de la adecuación con la Convención del régimen legal aplicable a los sindicatos y de las acciones del Estado, o que ocurran con tolerancia de éste, que pudieran hacer inoperante este derecho en la práctica..."

"...**En su dimensión social la libertad de asociación es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos...**"

"...**Las dos dimensiones mencionadas de la libertad de asociación deben ser garantizadas simultáneamente**, sin perjuicio de las restricciones permitidas en el inciso 2 del artículo 16 de la Convención..."

"...Este Tribunal considera que **el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla.** En este sentido, **un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe**

garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses..." (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Huilca Tecse vs. Perú, sentencia de 3 de marzo de 2005).

El art. 47 de la ley 23.551 dispone:

"Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarísimo establecido en el art. 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los Códigos Procesales Civiles provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento antisindical".

En el precitado caso "Baena" la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en lo pertinente:

Es un principio de derecho internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente.

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el **restablecimiento de la situación anterior** y en la **reparación de las consecuencias que la infracción produjo**, así como el **pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados**.

Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención, la Corte debe disponer que se garantice a los lesionados en el goce de sus derechos o libertades conculcados...Este Tribunal considera que el Estado está obligado a restablecer en sus cargos a las víctimas que se encuentran con vida y, si esto no fuera posible, brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos..." (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros, sentencia de 2 de febrero de 2001).

La misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes (Fallos: 253:267, entre otros).

El razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley (C.S.J.N., F. 1116.XXXIX, 21/3/2006, "Ferreyra, Víctor Daniel y Ferreyra, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A.", considerando 4º, párr. 1º del voto del Dr. Ricardo Luis Lorenzetti).

El control de constitucionalidad de las leyes que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permite (cfr. C.S.J.N., Fallos: 308:647, cons. 8º y sus citas; cons. 20 del voto del Dr. Carlos S. Fayt, 22/12/94, "Manauta, Juan J. y otros c/Embajada de la Federación Rusa", D.T. LV, ps. 643/55).

Esta línea hermenéutica debe ser aplicada al denominado **"control de convencionalidad"** al que alude nuestro más Alto Tribunal en el caso "Mazzeo", citado en el considerando III) de este voto, por reenvío a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada el 26 de septiembre de 2006 en el caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile".

Lo sustancial de este precedente es que **el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.**

Cabe añadir que, con posterioridad a lo resuelto en "Almonacid Arellano", el tribunal americano ha profundizando este criterio en los siguientes términos:

"...Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones..." (conf. CIDH, Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, sentencia de 24 de noviembre de 2006, parágraf. 128).

También constituye criterio hermenéutico del cimero tribunal americano que **las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos deben interpretarse** de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y **teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos** (conf. CIDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004).

En el contexto hermenéutico delineado precedentemente, en caso de despido violatorio de la libertad sindical **"el cese inmediato del comportamiento antisindical"** al que alude el art. 47 de la ley 23.551 **sólo puede concretarse mediante la nulidad de la decisión extintiva y la reinstalación del trabajador.**

El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, y el despido es un modo violento de impedir el ejercicio de ese derecho fundamental.

Por otra parte, el Estado también debe garantizar la dimensión social de la libertad sindical como medio idóneo y eficaz para que los integrantes del colectivo laboral puedan alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos.

Dicho en otros términos: el despido de un trabajador como represalia al ejercicio de la libertad sindical vulnera las dimensiones individual y colectiva de este derecho fundamental, en tanto no sólo perjudica al despedido sino también a los trabajadores comprendidos en el ámbito de la acción colectiva desplegada por aquél, quienes perciben objetivamente la amenaza de sufrir una represalia similar si ejercen aquel derecho fundamental.

¿Qué sentido tendría reconocer la libertad sindical con el alcance descrito precedentemente, consagrar una acción jurisdiccional tendiente a garantizar su ejercicio efectivo y habilitar al juez o tribunal al cese inmediato del comportamiento antisindical del empleador, si esa respuesta idónea y eficaz encontrara el valladar inexpugnable de una ilimitada libertad de despido que sólo ofrece como sanción a ese gravísimo ilícito el pago de una indemnización tarifada o integral?

Estimo pertinentes, y coincidentes con mi enfoque del tópico, las reflexiones de Miguel A. Maza, quien sostiene que el judicante no debe distinguir donde el legislador no lo ha hecho y que el

art. 47 de la ley 23.551 no posee gradaciones ni excepciones: dispone que en el marco de la acción sumarísima los jueces podrán hacer cesar el comportamiento antisindical, y la única manera de cumplir la norma es hacer desaparecer el acto patronal que impide el ejercicio por el trabajador de los derechos derivados de la libertad sindical, es decir el despido.

Añade con lucidez mi distinguido colega de Cámara que una interpretación restringida de la norma de marras habilitaría a dejar sin efecto todos los actos antisindicales excepto el despido, lo que empujaría al empleador discriminador por motivos antisindicales a ejecutar la máxima inconducta, si ésta no pudiera ser removida judicialmente (conf. voto del Dr. Miguel A. Maza, "in re": "Alvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.", sent. def. nº 95.075, dictada el 25/06/2007 por la Sala II de la C.N.A.T.).

En el mismo sentido, Machado y Ojeda sostienen que el criterio restrictivo conduce a la paradoja interpretativa de que los atentados más graves contra la libertad sindical, como por ejemplo el despido de un simple militante en pro de la constitución de una entidad nueva, o quien se expresa en disidencia con la conducción oficial del sindicato mayoritario, queden bajo la absoluta desprotección legal (conf. José Daniel Machado y Raúl Horacio Ojeda, "Tutela de la representación gremial", en "Relaciones colectivas de trabajo", dirigida por Mario E. Ackerman y coordinada por Diego M. Tosca, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2007, Tomo I, p. 699).

A mi entender, idéntica situación paradójica sufriría la actora, quien fue despedida por su participación activa en la organización de los trabajadores de la empresa para la mejora de las condiciones de trabajo, en la petición al sindicato y a la autoridad de aplicación de la convocatoria a la elección de delegados en un establecimiento que carecía de esa instancia de representación colectiva, y en la denuncia a la Subsecretaría de Trabajo ratificatoria de los reclamos precitados.

En el presente caso, el art. 47 de la ley 23.551 y la ley 23.592 se articulan y complementan en la protección de la actora frente al despido discriminatorio por motivos antisindicales dispuesto por la demandada.

De conformidad con el art. 29, inc. b) de la Convención, si alguna ley otorga una mayor protección o regula con mayor protección el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, éste deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos.

Por otra parte, **la Corte aplica el principio de la norma más favorable para interpretar la Convención Americana, de manera que siempre se elija la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado**, y si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana (conf. CIDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004).

Son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que **no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador**. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, **si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente**" (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003).

La situación de real o aparente desarmonía entre el art. 47 de la ley 23.551 y la ley 23.592 y sus posibles interpretaciones debe ser resuelta en el sentido más favorable a la trabajadora; esto es, admitiendo que constituyen un conjunto normativo armónico que, ante un caso -como el "sub-lite"- de despido discriminatorio por motivos antisindicales, habilita a la actora a demandar, por la vía sumarísima, la nulidad del despido, la reinstalación en el puesto de trabajo y la reparación de los daños y perjuicios sufridos.

El control de convencionalidad de oficio que deben realizar los jueces y tribunales argentinos, a la luz de la doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos acatada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lleva a sustentar la interpretación propuesta.

Desde esta perspectiva hermenéutica, la decisión de la jueza de grado de declarar la nulidad del despido de la actora y de condenar a la demandada a reinstalarla en su puesto de trabajo igualmente procedería por la operatividad de las normas de jerarquía constitucional y suprallegal mencionadas y su interpretación por los tribunales y organismos pertinentes, aun cuando no existieran normas como el art. 47 de la ley 23.551 y la ley 23.592.

Por las razones expuestas, postulo la confirmación de la sentencia de primera instancia en este tópico.

XI) La queja por la condena al pago de las reparaciones de los daños material y moral estipuladas por la magistrada de la instancia anterior, consistentes en las remuneraciones devengadas desde la fecha del despido y la suma de \$ 3.000, respectivamente (fs. 367 vta., pto. c) no contiene la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas (conf. art. 265, C.P.C.C.N.).

Al respecto la C.S.J.N. ha dicho que corresponde declarar desierto el recurso de apelación "si el escrito de expresión de agravios no formula una crítica concreta y razonada de los fundamentos desarrollados por el sentenciante de la anterior instancia, desde que las razones expuestas en el memorial respectivo deben ser suficientes para refutar los argumentos de hecho y de derecho dados para arribar a la decisión impugnada; no bastando en consecuencia escuetos argumentos que no constituyen más que una mera discrepancia con el criterio sostenido en el fallo recurrido y que distan de contener una crítica concreta y razonada de los argumentos que sostienen a aquél (C.S.J.N. "Fallos", 323:2131)".

Por las razones expuestas, propongo declarar desierto el recurso en este tópico.

XII) La demandada pide exención de costas, pero su planteo luce dogmático (fs. 368, pto. e) "in fine"), pues no invoca circunstancia objetiva alguna que permita hacer excepción al principio objetivo de la derrota que rige en la materia (conf. art. 68, C.P.C.C.N.), por lo que postulo el rechazo de este agravio.

XIII) Trataré conjuntamente las apelaciones por honorarios que articulan la demandada por considerar elevadas las retribuciones fijadas a los profesionales intervinientes en la causa (fs. 368, pto. e), y la perito contadora por estimar reducido el monto fijado a su favor (fs. 372).

En atención al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y etapas cumplidas por los de cada litigante, y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18.345 y 1, 6, 7, 9, 19, 37, 39 y conchs. de la ley 21.839 y demás normas arancelarias vigentes, no considero elevados los honorarios regulados a la representación y patrocinio letrado de las partes actora y demandada; por lo cual propicio su confirmación.

En cambio, teniendo en cuenta las circunstancias y normas citadas, además de lo dispuesto en el dec.-ley 16.638/57, considero reducidos los honorarios regulados a la perito contadora Irma Mabel García, por lo que postulo su elevación a la suma de \$ 1.200.

Sugiero que las costas de la alzada se impongan a cargo de la demanda (conf. art. 68, C.P.C.C.N.), y que se regulen los honorarios de los profesionales firmantes de fs. 361/8 y fs. 375/82 en el 25% de lo que les corresponda percibir por sus actuaciones en la previa instancia (art. 14, ley 21.838).

EL DOCTOR JULIO CESAR SIMON manifestó: Que por análogos fundamentos adhiere al voto del señor juez de cámara preopinante.

LA DOCTORA MARIA C. GARCÍA MARGALEJO dijo:

1) Discrepo, respetuosamente, de la postura que mocionan los distinguidos colegas preopinantes.

En la demanda la actora promueve acción sumarísima por reinstalación en su puesto de trabajo porque, según dijo (en resumen, y en lo que se refiere a los hechos invocados): a) la empresa accionada incumplía la legislación laboral y C.C.T. 204/93 lo que llevó a algunos trabajadores a formular denuncias, b) la Secretaría de Trabajo de la ciudad de Buenos Aires efectuó una verificación de las irregularidades cometidas, surgiendo que entre los trabajadores que denunciaron la cantidad de horas reales de servicios se encontraba la accionante, c) la Sra. Quispe realizó reclamos y conversó con sus compañeras sobre la situación, d) los trabajadores más

comprometidos con las denuncias fueron aislados, e) el sindicato convocó a elecciones y para evitar cualquier injerencia de la trabajadora con el resto de sus compañeros, la firma le impidió el acceso al establecimiento haciéndole saber que estaba despedida (fs. 5 vta./6), de lo cual se dejó constancia en un acta notarial.

Al responderse la acción la empresa empleadora (quien dijo dedicarse a trabajos *a façon*) negó en lo esencial los hechos invocados, aunque reconoció la relación laboral desde el 4-7-2006, asegurando que durante el período de prueba la demandante cumplió con las expectativas de la firma en cuanto a su desempeño y comportamiento mas, agotado tal período, tuvo un notorio cambio, incumplía con sus tareas propias, se ausentaba del trabajo y disminuía la calidad del confeccionado de las prendas; se la alertó al respecto pero hizo caso omiso a las advertencias, el 23-10-2006 faltó sin aviso ni justificación, fue apercibida pero persistió en su actitud por lo cual el 2-11-2006 nuevamente se la apercibió haciéndosele saber que de continuar así se vería el patrono obligado a terminar el vínculo y, a pesar de todo ello -según versión de la accionada- la reclamante incurrió en similar conducta por lo cual y ante su corta antigüedad el 27-11-2006 se la despidió; indicó que el despacho respectivo no fue recepcionado por "cerrado/ausente/se dejó aviso de visita - plazo vencido no reclamado"; aduce que la confección de un acta notarial fue un ardid para configurar una negativa de trabajo que se ajustó al plan de la empleada.

2) Aclaro liminarmente que dado lo expresamente invocado en el inicio sobre la existencia de un despido discriminatorio, sobre el aislamiento de trabajadores comprometidos con denuncias y sobre presiones para que se desista del intento de organización sindical (fs. 5/vta.), es evidente a mi juicio que tales imputaciones implican una conducta por parte de Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. consciente y deliberada a esos efectos, pues tales actos por sus características conllevan en sí mismos una intención dirigida a la consecución de tales fines; deben pues acreditarse a los efectos pretendidos, actitudes y/o comportamientos por parte de dicha firma que conduzcan a evidenciar tal imputación.

Huelga aclarar que no se está ante el caso de un delegado gremial regularmente designado, situación que no es la invocada en la demanda.

De la prueba rendida rescato lo siguiente. La testigo Galeano (fs. 176/181, responsable administrativa) trabaja en la empresa desde el año 2004 y conoce a la actora desde julio de 2006; dijo saber por sus labores y los datos que llegaron a la oficina de personal que la accionante no estaba cumpliendo con las pautas de trabajo y que fue apercibida, desconoce si realizaba actividades gremiales y no recibió intimaciones de la demandante antes de su despido; indicó que el presidente de la empresa Sr. Losz era quien se manejaba con el representante del sindicato, lo cual sabe porque si venía gente de la asociación gremial se dirigían a dicha persona; agregó que ella vio al Sr. Losz recibir a gente del sindicato. Por su parte Andrea Susana Rodríguez (fs. 213/217) es la encargada de taller, dijo que la demandante era overlockista, que su desempeño al principio fue bueno y que luego empezó a mermar, disminuyendo calidad y productividad, que pedía permisos para retirarse por diversas razones personales; no sabe la testigo si desempeñó la reclamante actividad gremial y para ella dejó de trabajar por el tema de la baja productividad, ella misma elevó a personal el reclamo al no ver mejoría; agregó que hay rotación de personal y que "la gente cuando lamentablemente no sirve" se la despide. Más allá de otras consideraciones que podrían efectuarse sobre tal manifestación lo cierto es que no emerge en concreto de esta declaración, una actitud discriminatoria de la empresa en contra de la demandante.

El testigo Freddy Edwin Aliaga (fs. 297/305) relató cómo un grupo de personas comenzaron a reunirse para reclamar por el sistema de retribución, primero del sexo masculino y luego con intervención de la Sra. Quispe Quispe, y comenta que se reunían en una cancha de "papi fútbol o fútbol 5" no exclusivamente por ese tema sino que hacían deporte y aprovechaban para hablar; también se reunieron con un abogado y las reuniones "...no se realizaron dentro de la empresa". El testigo es delegado. De su declaración no surge concretamente, que algún directivo o jefe de la firma haya tenido alguna actitud de desmedro en relación a la actora por las actividades que realizó, ni manifestaciones demostrativas de animosidad hacia aquella específicamente.

Dada la forma en que quedó trabada la litis (ver fs. 70/71 vta.) incumbía a la parte actora acreditar los hechos invocados en la demanda y en los que se sustenta la pretendida

reincorporación, entre ellos lógicamente, que el despido fue consecuencia directa de su actividad sindical. Coincidió en este punto con el criterio que el Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara sentó en el dictamen nº 41.918 del 17-3-2006 en el sentido de que en este tipo de acciones, en las que se pretende nulificar el acto extintivo de la contratación laboral -lo que el Dr. Eduardo O. Álvarez denomina con acierto y precisión "una respuesta de ineficacia tan intensa"- se requiere para su procedencia la producción de una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados. Por cierto y en relación a lo que la sentencia de 1ª instancia expresa a fs. 349 segundo párrafo, aclaro que no constituye prueba en este sentido -a mi juicio- lo que simplemente se señale, refiera o manifieste en una denuncia efectuada por la propia interesada u otras personas que dicen estar en igual situación (ver en el *sub lite* la firma de la aquí actora en la copia de fs. 257) pues de seguirse tal criterio, la propia parte por su sola voluntad podría preconstituir prueba en su favor tan solo con presentar una denuncia.

No debe perderse de vista que, como bien se señaló en el dictamen del Sr. Fiscal Gral. antes mencionado, es necesaria suma prudencia para invalidar un despido y consagrar la vigencia misma de una relación, porque está en tela de juicio la posibilidad de rescindir los contratos, criterio que por otra parte hice mío en el pronunciamiento recaído el 17-2-2004 en los autos "Failde, Carlos Alberto c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo" (sentencia definitiva de esta Sala nº 66.890). Recuerdo que el derecho de ejercer toda industria lícita y de comerciar también tiene rango constitucional (art. 14 C.N.) y requiere para su plena vigencia el ejercicio de las facultades regulares que lógicamente conlleva. En similar sentido la Sala I de esta Cámara ha resuelto que tratándose de la acreditación de un despido discriminatorio se requiere una prueba muy convictiva y una apreciación muy exigente de los elementos acompañados, porque se impone suma prudencia ya que se trata de invalidar un acto con apariencia de derecho y está en juego la libertad de contratar (9-5-2007, "Macaroff, Estela E. c/ Pepsico de Argentina S.R.L.", La Ley 10-9-2007 página 9, D.T. 2007-A página 685).

Como dije en anteriores precedentes ("Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo", mi voto en minoría en la sentencia definitiva nº 69.131 del 21-12-2006) no es original ni se vincula sólo con el tema de la discriminación, el criterio de que la prueba de ciertas conductas, hechos o actos debe ser certera y juzgarse con particular cuidado. Así, cuando se trata por ejemplo de acreditar la falta de trabajo o fuerza mayor en las suspensiones y despidos de los arts. 219 y 247 L.C.T. la jurisprudencia mayoritaria es conteste en que incumbe al empleador en esos casos probar que la falta de trabajo no le es imputable, que observó una conducta diligente acorde con las circunstancias, las medidas adoptadas con el fin de paliar la situación, que el hecho determinante no obedeció al riesgo propio de la empresa, y la perdurabilidad de la situación crítica -amen del respeto al orden de antigüedad del personal objeto de la medida- (débesse convenir en que varios de estos requisitos no surgen literalmente del texto de esas normas, que sólo hacen referencia a que la fuerza mayor o falta de trabajo no imputable deben estar "debidamente" o "fehacientemente" comprobadas). También la apreciación de la prueba y la interpretación legal se torna restrictiva ante la aplicación del instituto de la prescripción. A veces no se admiten presunciones (ej.: art. 58 L.C.T.) y hay actos que no pueden probarse por testigos (art. 1.193 C. Civil). En los juicios de separación personal o divorcio vincular no es suficiente la prueba confesional ni el reconocimiento de los hechos, salvo excepcionalmente (art. 232 igual código). En el Derecho del Trabajo en caso de duda las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato por lo que la parte que asume la iniciativa de ponerle fin carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo (ver lo resuelto por esta Sala con una anterior composición, sentencia del 31-10-1988 "Verón, Víctor A. c/ Celulosa Recuperada", D.T. 1989-A pág. 66). Según enseña Devis Echandía la regla es que el juez sólo puede declarar un hecho sobre la base de la certeza o el convencimiento que tenga de él, pero esa regla general respecto de la sentencia puede tener atenuaciones para ciertas materias incidentales o de previo pronunciamiento (ej.: medidas preventivas) en las que no se exige que el juez tenga certeza sobre ellas; y citando a Chiovenda agrega que la prueba debe ser más rigurosa para los extremos de la sentencia que constituirán la cosa juzgada y menos para la justificación de la demanda de una resolución en el curso del proceso ("Teoría General de la Prueba Judicial" Tomo 1, 6ª edición, págs. 326/327). Concluyo de ello -se ha efectuado una enumeración sólo ejemplificatoria- que el matiz

probatorio exigible según los casos puede ser mayor o menor, y no necesariamente por ende el mismo en todos los supuestos.

Asimismo -y sin perjuicio de lo que correspondería considerar respecto del derecho a la vida, en general- no hay derechos constitucionales absolutos (y la prudencia se impone ante la posibilidad de que en forma expresa o tácita se pretenda que hay algunos mejores o más grandes que otros, en tanto ello lleve a elaborar de hecho una suerte de escalafón de importancia que autorizaría a avasallar a los segundos en aras de los primeros). Cuando un hecho acarrea consecuencias de magnitud a nivel de todo el plexo de obligaciones y derechos que integran el ordenamiento jurídico, su prueba ha de ser en mi opinión, clara y terminante.

Sentado ello, diré que a estar a las pruebas de autos no se ha evidenciado que la desvinculación laboral del *sub examine* -que quedó suficientemente comunicada el día 28 de noviembre de 2006 a tenor de lo que se relata a fs. 5 vta./6 y respecto de la cual no está demostrado que estuviera precedida de actitudes hostiles o discriminatorias contra la Sra. Quispe Quispe- obedeciera concretamente a motivos de discriminación, y no se han probado comportamientos tales que autoricen a tener por evidenciada tal discriminación. Desde luego, la carencia de elementos de prueba no puede suplirse en mi opinión por el solo hecho de que el despido se dispusiera sin invocación de justa causa (de fs. 5 vta./6 surge una comunicación verbal sin una causa determinada, aunque con remisión a una comunicación fehaciente con causa que, si bien es evidente que existió -ver fs. 313/327-, no puede aquí considerarse sin más, por lo resuelto a fs. 117 sobre la producción de la respectiva prueba). No debe perderse de vista que la Ley de Contrato de Trabajo establece un sistema general de estabilidad relativa impropia (al decir de de la Fuente, citado por Fernández Madrid en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo" Tomo II, 2ª edición).

En tales condiciones, votaré por la revocatoria de la sentencia apelada.

Lo expuesto precedentemente torna abstracto referirse a la apelación de fs. 372 pues en el marco de lo que propugno debería acudir al art. 279 C.P.C.C.N.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, **el TRIBUNAL POR MAYORIA RESUELVE: 1)** Confirmar la sentencia de primera instancia en todo lo que fue materia de recursos y agravios, con excepción de los honorarios de la perita contadora IRMA MABEL GARCIA que se elevan a la suma de PESOS UN MIL DOSCIENTOS (\$ 1.200). **2)** Declarar las costas de alzada a cargo de la parte demandada y regular los honorarios correspondientes a las actuaciones cumplidas por las representaciones letradas de la actora y de la demandada en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) -a cada uno- de lo que en definitiva les corresponda por sus labores en la instancia originaria. **3)** Se hace saber al obligado al pago del honorario de abogados y procuradores que, en caso de corresponder, deberá adicionar al monto de la regulación el de la contribución prevista en el inc. 2) del art. 62 de la ley 1181 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Se hace saber también que el obligado a afrontar las costas del juicio deberá adicionar, en caso de corresponder, en ocasión de abonar la tasa de justicia, la contribución prevista en el inciso 3 del citado artículo 62, todo bajo apercibimiento de comunicar la situación a CASSABA (art. 80 ley 1181 cit. y punto II Acordada 6/05). Regístrese, notifíquese con carácter urgente y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe.

Oscar Zas
Juez de Cámara

Julio César Simon
Juez de Cámara

María C. García Margalejo
Juez de Cámara

4. Decisões do STF e do STJ selecionadas pelo TST

4.1. Decisões do STF publicadas de 30.01.2009 a 18.06.2009, envolvendo matérias trabalhista e processual.

(Disponíveis no "site" do Tribunal Superior do Trabalho, www.tst.jus.br – Jurisprudência)

cl 8168/SC-MC Min. Ellen Gracie decisão monocrática DJe divulgado em 18/6/2009	Vislumbrando ofensa ao decidido no julgamento da ADI 1770/DF, a Ministra Ellen Gracie deferiu liminar para suspender a tramitação de reclamação trabalhista em curso na 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis/SC. Na espécie, a decisão reclamada estabeleceu entendimento no sentido de que, após o julgamento das ADI 1721/DF e 1770/DF, a aposentadoria espontânea não seria mais causa de extinção do contrato de trabalho e de que não seria aplicável aos empregados públicos, aposentados pelo Regime Geral da Previdência Social, a proibição de acumulação de proventos com remuneração, vez que esta somente se aplicaria aos servidores públicos estatutários.
Rcl 8281/SP-MC Min. Cezar Peluso decisão monocrática DJe divulgado em 10/6/2009	O Ministro Cezar Peluso deferiu liminar para suspender processo de execução trabalhista em trâmite no TST (AIRR-3372/2005-131-15-40.0), tendo em vista a decisão liminar proferida na ADC/MC n.º 11, que suspendeu todos os processos em que se discuta a constitucionalidade do art. 1º-B da Medida Provisória n.º 2.180-35, que trata do aumento de prazo para a oposição de embargos à execução.
Rcl 8182/RS-MC Min. Ellen Gracie decisão monocrática DJe divulgado em 2/6/2009	A Ministra Ellen Gracie deferiu pedido liminar para suspender a eficácia de acórdão proferido pela 4ª Turma do TST nos autos do processo n.º TST-AIRR-1190/2003-016-04-40.1. Vislumbrou a relatora confronto com o disposto na Súmula Vinculante n.º 10, quando, ao afastar a incidência do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/96 - o qual não permite a transferência de responsabilidades por encargos trabalhistas para os entes públicos - a Turma manteve a aplicação do que dispõe o item IV da Súmula n.º 331 do TST.
CC 7641/RJ Min. Menezes Direito decisão monocrática DJe divulgado em 25/5/2009	O Ministro Menezes Direito declarou a competência do TST para processar e julgar agravo de instrumento em recuso especial, recebido como agravo de instrumento em recurso de revista, interposto nos autos de ação ordinária em que se discute representação sindical. Entendeu o Ministro que a discussão relativa à legitimidade de representação envolve matéria funcional à atuação sindical, enquadrando-se na nova competência da Justiça do Trabalho. Ademais, não subsiste o argumento de incompetência da justiça especializada em razão de já ter sido prolatada sentença de mérito na Justiça comum em data anterior à promulgação da EC n.º 45/04, porquanto, na espécie, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro restringiram-se à tutela de caráter meramente acautelatório, não sendo suficientes para fixar sua competência.

PSV 38/DF Edital DJe disponibilizado em 21/5/2009	PROCESSUAL. TRABALHISTA. SINDICATO. LEGITIMIDADE EXTRAORDINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. ART. 8º, III DA CF/1988: "A legitimidade processual dos sindicatos para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria que representam abrange a liquidação e a execução de créditos reconhecidos aos trabalhadores e independe de autorização expressa dos substituídos." ou "A legitimação dos sindicatos para defender em juízo direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria compreende a liquidação e a execução dos créditos reconhecidos aos trabalhadores, independentemente de autorização expressa destes."
PSV 33/DF Edital DJe disponibilizado em 21/5/2009	TRABALHISTA. CONTRATO DE TRABALHO. EXTINÇÃO AUTOMÁTICA PELA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. INOCORRÊNCIA: "A aposentadoria espontânea não rompe, tão-somente por si, o contrato de trabalho." ou "A aposentadoria espontânea não extingue de per si o contrato de trabalho."
PSV 32/DF Edital DJe disponibilizado em 21/5/2009	JUROS DE MORA – PRECATÓRIOS – PERÍODO ENTRE A EXPEDIÇÃO E O PAGAMENTO: "Os juros de mora não incidem durante o prazo para pagamento dos precatórios previsto no artigo 100, parágrafo 1º, da Constituição, tanto em sua redação original quanto naquela dada pela EC 30/2000." ou "Durante o período previsto no art. 100, parágrafo primeiro, da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos."
PSV 31/DF Edital DJe disponibilizado em 21/5/2009	PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO INFIEL: "É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito."
PSV 28/DF Edital DJe disponibilizado em 21/5/2009	JUSTIÇA DO TRABALHO: EXECUÇÃO DE OFÍCIO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E ALCANCE: "A competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, VIII, da Constituição Federal alcança apenas a execução das contribuições previdenciárias relativas ao objeto da condenação constante das sentenças que proferir."
PSV 25/DF Edital DJe disponibilizado em 21/5/2009	COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA JULGAMENTO DA AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO NA HIPÓTESE DE MOVIMENTO GREVISTA: "A Justiça do Trabalho é competente para julgar interdito proibitório que envolva o exercício do direito de greve." ou "É competente a Justiça do Trabalho para julgar ação possessória relacionada com o exercício do direito de greve."

PSV 24/DF Edital DJe disponibilizado em 21/5/2009	COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRABALHO: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra o empregador, inclusive aquelas nas quais, ao tempo da edição da Emenda Constitucional nº 45/04, ainda não havia sido proferida sentença de mérito em primeiro grau."
PSV 23/DF Edital DJe divulgado em 21/5/2009	COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA: "Compete à Justiça Comum processar e julgar causas instauradas entre a Administração Pública e seus servidores submetidos a regime especial disciplinado por lei local editada com fundamento no art. 106 da Constituição de 1967, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 1/69." ou "Compete à Justiça Federal ou Estadual, conforme o caso, processar e julgar causas instauradas entre a Administração Pública e seus servidores submetidos a regime especial disciplinado por lei editada com fundamento no art. 106 da Constituição de 1967, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 1/69, ou no art. 37, IX, da Constituição de 1988." ou "Compete à Justiça Estadual julgar causas entre a Administração Pública e (seus) servidores, qualquer que seja a norma aplicável."
Rcl 7734/RJ-MC Min. Ellen Gracie decisão monocrática DJe divulgado em 15/5/2009	A Ministra Ellen Gracie, vislumbrando ofensa à autoridade da Súmula Vinculante n.º 10, deferiu pedido liminar para suspender a eficácia de acórdão proferido pelo TRT da 1ª Região, que afastou a incidência do art. 625-D da CLT ao fundamento de que tal dispositivo seria incompatível com a Constituição por ofender a garantia do livre acesso ao Judiciário prevista no art. 5º, XXXV, da CF.
Rcl 8120/PA Min. Cármen Lúcia decisão monocrática DJe divulgado em 8/5/2009	De acordo com o decidido no julgamento da ADI 3395/DF, compete à Justiça comum estadual processar e julgar reclamação trabalhista no caso em que o contrato temporário firmado entre a reclamante e o interessado tem natureza jurídica administrativa, pois alicerçado em norma estadual.
Rcl 8082/SP-MC Min. Cármen Lúcia decisão monocrática publicada DJe divulgado em 30/4/2009	Tendo em conta que a decisão da 3ª Turma do TST, ao manter, em essência, a sentença que determinou que o cálculo da vantagem denominada "adicional por tempo de serviço" tornasse a incidir à razão de 5% sobre 2 salários mínimos, parece ter descumprido a vedação expressa contida na Súmula Vinculante n.º 4 do STF, a Ministra Cármen Lúcia deferiu medida liminar para suspender os efeitos da decisão proferida nos autos do processo n.º TST-ED-AIRR-2164/2002-900-15-00.3.

AgRg no AI 508426/MS Min. Cezar Peluso decisão monocrática DJe divulgado em 20/4/2009	O Ministro Cezar Peluso acolheu agravo de instrumento para desde logo conhecer e dar provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do TST que proveu recurso ordinário para julgar improcedente ação rescisória que visava desconstituir decisão que determinou o pagamento do reajuste no índice de 26,05%, relativo à variação da URP de fevereiro de 1989. Na espécie, o Ministro afastou a aplicação do reajuste ao entendimento de que o acórdão recorrido está em desconformidade com a Súmula n.º 339 do STF, bem como com a orientação do Plenário firmada no julgamento da ADI 694/DF.
Rcl 6368/SC Min. Eros Grau decisão monocrática DJe divulgado em 23/4/2009	Tendo em conta que não cabe ao Poder Judiciário estimar novos valores como base de cálculo do adicional de insalubridade, o Ministro Eros Grau deferiu medida liminar para suspender o trâmite do processo n.º TST-RR-230/2007-038-12-00.0 na parte em que trata do referido adicional. Entendeu o Ministro que a decisão da 5ª Turma do TST, a qual determinou que o adicional de insalubridade fosse calculado sobre o salário base da categoria, desobedeceu o contido na Súmula Vinculante n.º 4 do STF.
RE 469632/PA Primeira Turma Min. Marco Aurélio DJe divulgado em 16/4/2008	"CRIME CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO VERSUS INOBSERVÂNCIA DE DIREITOS TRABALHISTAS. Deve-se sopesar o quadro fático delineado soberanamente pela Corte de origem, no julgamento do recurso extraordinário, cujas razões vinculam a caracterização de crime contra a organização do trabalho. O simples fato de haver o descumprimento de normas trabalhistas, prevendo direitos dos trabalhadores, não configura o crime a ponto de deslocar a competência para a Justiça Federal."
RE 590378/SE Min. Ricardo Lewandowski decisão monocrática DJe divulgado em 30/3/2009	A descaracterização da contratação temporária ou do provimento comissionado é questão que deve ser resolvida no âmbito do direito administrativo, pois para o reconhecimento da relação trabalhista terá o juiz que decidir primeiro se houve vício na relação administrativa apto a descaracterizá-la. Com esse entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski deu provimento a recurso extraordinário para determinar a remessa dos autos à Justiça comum, reformando decisão da 1ª Turma do TST que confirmou sentença na qual o Estado de Sergipe fora condenado ao pagamento de verbas rescisórias trabalhistas, sob o argumento de que a função desempenhada pela recorrida era incompatível com o cargo em comissão.
AgRg na AR 2001/SP Plenário Min. Ellen Gracie DJe divulgado em 26/3/2009	"AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL DE 02 (DOIS) ANOS. DIREITO MATERIAL. NÃO INCIDÊNCIA DA NORMA QUE PRORROGA O TERMO FINAL DO PRAZO AO PRIMEIRO DIA ÚTIL POSTERIOR. 1. Por se tratar de decadência, o prazo de propositura da ação rescisória estabelecido no art. 495 do CPC não se suspende, não se interrompe, nem se dilata (RE 114.920, rel. Min. Carlos Madeira, DJ 02.09.1988), mesmo quando o termo final recaia em sábado ou domingo. 2. Prazo de direito material. Não incidência da norma que prorroga o termo final do prazo ao primeiro dia útil posterior, pois referente apenas a prazos de direito processual. 3. Recurso improvido."

AI 498400/SP Min. Cármen Lúcia decisão monocrática DJe divulgado em 25/3/2009	Tendo em conta que a competência para processar e julgar ações de cumprimento de sentenças normativas havidas em dissídios coletivos ou em convenções ou acordos coletivos de trabalho é da Justiça do Trabalho, a Ministra Cármen Lúcia deu provimento a agravo de instrumento e, desde logo, a recurso extraordinário para reformar decisão do TJ-SP que declarara a competência da Justiça comum para apreciar matéria relativa à cobrança de contribuições sindicais, bem como ao cumprimento da convenção coletiva de trabalho dos metalúrgicos do Estado.
CC 7392/MG Min. Carlos Ayres Britto decisão monocrática DJe divulgado em 20/3/2009	Tendo em conta que o interessado é beneficiário da complementação de aposentadoria em razão da relação de trabalho que mantinha com a empresa patrocinadora da instituição de previdência privada, Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social – Valia, o Ministro Carlos Ayres Britto declarou a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar demanda em que ex-empregado da Vale do Rio Doce objetivava o recebimento de suplementação de aposentadoria.
RE 541855/PR Min. Menezes Direito decisão monocrática DJe divulgado em 19/3/2009	Na fixação da competência da Justiça do Trabalho, não importa se a controvérsia baseia-se na legislação civil, pois o que deve ser considerado é se o litígio decorre da relação de trabalho. Com o fundamento acima exposto, o Ministro Eros Grau deu provimento a recurso extraordinário para reformar decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que entendeu ser da competência da Justiça comum processar e julgar ação de indenização no caso de suposta prática de ato ilícito pelo empregador ter sido praticado após o término do contrato de trabalho.
Rcl 7521/DF Min. Celso de Mello decisão monocrática DJe divulgado em 18/3/2009	O Ministro Celso de Mello deferiu liminar para suspender o processamento de reclamação trabalhista em curso perante a 10ª Vara do Trabalho de Brasília/DF e de recurso ordinário em trâmite no TRT da 10ª Região em razão de entendimento firmado nos autos da ADPF n.º 53/PI no sentido de não admitir a aplicação do piso salarial vinculado ao salário mínimo, conforme previsto na Lei n.º 4.950-A/66.
Rcl 7218/AM Min. Ricardo Lewandowski decisão monocrática DJe divulgado em 18/3/2009	O acórdão proferido pela 6ª Turma do TST, nos autos do processo n.º TST-RR-561/2005-351-11-00.9, não afrontou o verbete da Súmula Vinculante n.º 10 do STF, pois a redação do item IV da Súmula n.º 331 do TST resultou do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º TST-IUJ-RR-297751/96 em votação unânime pelo Plenário do TST. Com esse entendimento, o Ministro Ricardo Lewandowski julgou improcedente reclamação, cassando os efeitos da concessão da medida liminar.

AI 648748/PA Min. Menezes Direito decisão monocrática DJe divulgado em 17/3/2009	O Ministro Menezes Direito deu provimento a agravo de instrumento para melhor examinar recurso extraordinário interposto de acórdão da SDC assim ementado: "AÇÃO ANULATÓRIA - MÃO-DE-OBRA - PREFERÊNCIA NA CONTRATAÇÃO. A discriminação positiva, nesse contexto, visa garantir o acesso aos poucos empregos que são gerados pela instalação de grandes projetos na região. Recurso a que se nega provimento. (ROAA - 560/2004-000-08-00.2 , Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, Data de Julgamento: 13/09/2005, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: 07/10/2005)".
RE 256453/SP rel. Min. Cármen Lúcia decisão monocrática DJe divulgado em 9/3/2009	A Ministra Cármen Lúcia deu provimento a recurso extraordinário para reformar decisão do TST que não observara o entendimento do STF firmado no sentido de que os sindicatos têm ampla legitimidade para atuar na defesa dos direitos subjetivos individuais e coletivos de seus integrantes como substituto processual.
RE 594655/SP Min. Min. Menezes Direito decisão monocrática DJe divulgado em 10/10/2008	Em razão do entendimento fixado durante o julgamento da ADI 3395/DF-MC, o Ministro Menezes Direito conheceu de recurso extraordinário e deu-lhe provimento para reformar decisão da SBDI-I e declarar a competência da Justiça comum estadual para processar e julgar reclamação trabalhista ajuizada por servidora contratada pelo Município de Osasco, em caráter temporário, sob o regime especial previsto na Lei Municipal n.º 1.770/84.
AI 593976/RN Min. Cármen Lúcia decisão monocrática DJe divulgado em 2/3/2009	A Ministra Cármen Lúcia deu provimento a agravo de instrumento e, desde logo, a recurso extraordinário para reformar decisão do TST que, ao manter acórdão do TRT, divergiu da pacífica jurisprudência do STF firmada no sentido de que a superveniência do Regime Jurídico Único cessa a competência da Justiça do Trabalho para dirimir questões afetas ao vínculo de emprego anteriormente mantido com a Administração.
AgRg no Ag 727958/MG Min. Eros Grau DJe divulgado em 26/2/2009	Segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, não incide contribuição previdenciária sobre as horas extras e o adicional de um terço de férias, porquanto somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem a incidência da contribuição previdenciária.
Ag. Reg. no RE 594381/DF Min. Eros Grau, acórdão DJe divulgado em 26/2/2009	Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar a controvérsia relativa à complementação de aposentadoria paga pelo Banco do Brasil a seus ex-empregados, com fundamento no disposto na Portaria n.º 966/47.
Rcl 7214/MG Min. Eros Grau decisão monocrática DJe divulgado em 25/2/2009	O Ministro Eros Grau julgou procedente a reclamação proposta contra decisão do TST nos autos do processo n.º TST AIRR-808/2007-114-03-40-4, por entender que houve afronta à autoridade do acórdão proferido na ADI n.º 3395, ao deixar de reconhecer a incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar causas que sejam instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.

Rcl 7740/AM-MC Min. Ricardo Lewandowski decisão monocrática DJe divulgado em 25/2/2009	O Ministro Ricardo Lewandowski deferiu liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pela Sexta Turma do TST que, ao reconhecer a responsabilidade subsidiária do Estado do Amazonas, com fundamento na Súmula n.º 331, IV, do TST, desrespeitou o entendimento firmado na Súmula Vinculante n.º 10, que versa sobre a cláusula de reserva de Plenário.
RE 197910/MG Min. Joaquim Barbosa decisão monocrática DJe divulgado em 20/2/2009	O Ministro Joaquim Barbosa deu provimento a recurso extraordinário para excluir de sentença normativa que vigorou entre outubro de 1984 e outubro de 1985 as cláusulas sétima - dispensa do chefe de família, vigésima sexta - salário doença e vigésima sétima - garantia para o acidentado, ao fundamento de que são inconstitucionais. Citou precedentes que corroboram seu entendimento, no sentido de ser "incabível, por falta de base constitucional, a imposição de cláusulas que imponham ao empregador rural pagamento de salário-doença só previsto para o trabalhador urbano; que asseguram estabilidade (sic.) por determinado período ao acidentado no trabalho; e que permita ao empregado rural despedido sem justa causa ter como também despedidos sem justa causa sua mulher e seus filhos."
RE 491780/DF Min. Menezes Direito decisão monocrática DJe de 17/2/2009.	A teor do art. 114, II, da CF, o Ministro Menezes Direito deu provimento a recurso extraordinário para declarar a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ação de interdito proibitório em que se busca garantir o livre acesso de funcionários e de clientes a agências bancárias, sob o risco de serem interditadas em decorrência de movimento grevista.
AC 2273/ CE-MC Min. Ellen Gracie decisão monocrática DJe de 17/2/2009	A Ministra Ellen Gracie deferiu liminar para atribuir efeito suspensivo ao RE 590880, no qual a União alega violação dos arts. 105, I, "d", e 114 da CF, por incompetência da Justiça do Trabalho para apreciar os efeitos de decisão trabalhista após a instauração do regime jurídico único, com a edição da Lei n.º 8.112/90.
Rcl 7579/ DF-MC Min. Cezar Peluso decisão monocrática DJe de 17/2/2009	O Ministro Cezar Peluso deferiu liminar para suspender a eficácia da decisão proferida nos autos do processo TST-RR-214/2005-067-15-00.5, que condenou o Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, da Universidade de São Paulo, a pagar, a uma auxiliar de enfermagem, adicional de insalubridade calculado sobre o total do salário mínimo ou do salário profissional, se houver. Para o Ministro, a decisão reclamada está em descompasso com o enunciado da Súmula Vinculante n.º 4 do STF .

Repercussão Geral

1 - "QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIAS NAS QUAIS HÁ JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO PLENÁRIO. APLICABILIDADE DO REGIME DOS ARTS. 543-A E 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. VALIDADE DO TERMO DE ADESÃO. SÚMULA VINCULANTE Nº 01. 1. Aplica-se o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo STF, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou jurisprudência dominante. 2. Necessidade de pronunciamento expresso desta Corte sobre as questões constitucionais dotadas de repercussão geral, para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicados os efeitos do novo regime, em especial, para fins de retratação de decisões e inadmissibilidade de recursos sobre o mesmo tema. 3. Possui repercussão geral a discussão sobre a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001, para pagamento das diferenças relativas aos expurgos inflacionários sobre os saldos das contas vinculadas de FGTS. 4. Matéria já enfrentada por esta Corte em vários julgados, colegiados e monocráticos, que consagraram o entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº1, segundo o qual, ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001. 5. Questão de Ordem resolvida no sentido de se negar a distribuição deste recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando sobre idêntica controvérsia, devolvendo-se os autos à origem, para a adoção do novo regime legal" — Repercussão Geral por QO em RE 591068/PR, Plenário, rel. Min. Presidente, acórdão publicado no DJe divulgado em 19/2/2009, págs. 17/18.

2 - "CONSTITUCIONAL. PRECATÓRIOS. JUROS DE MORA. INCIDÊNCIA DURANTE O PRAZO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO PARA SEU PAGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 100, § 1º (REDAÇÃO ORIGINAL E REDAÇÃO DADA PELA EC 30/2000), DA CONSTITUIÇÃO. I - QUESTÃO DE ORDEM. MATÉRIA DE MÉRITO PACIFICADA NO STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. DENEGAÇÃO DA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS QUE VERSEM SOBRE O MESMO TEMA. DEVOLUÇÃO DESSES RE À ORIGEM PARA ADOÇÃO DOS PROCEDIMENTOS PREVISTOS NO ART. 543-B, § 3º, DO CPC. PRECEDENTES: RE 579.431-QO/RS, RE 582.650-QO/BA, RE 580.108-QO/SP, MIN. ELLEN GRACIE; RE 591.068-QO/PR, MIN. GILMAR MENDES; RE 585.235-QO/MG, REL. MIN. CEZAR PELUSO. II - Julgamento de mérito conforme precedentes. III - Recurso provido." — Repercussão Geral por QO em RE 591085/MS, Plenário, rel. Min. Ricardo Lewandowski, acórdão publicado no DJe divulgado em 19/2/2009, pág. 18.

3 - "Processo Civil. Execução. Definição da competência para, após a instituição do regime jurídico único dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/90), julgar os efeitos de decisão anteriormente proferida pela Justiça do Trabalho. Inexigibilidade do título executivo judicial (artigo 884, § 5º, da CLT). Reajuste do Plano Collor a servidores públicos federais. Decisão do Supremo Tribunal Federal.

Rcl 7219/MG-MC Min. Carlos Ayres Britto decisão monocrática DJe divulgado em 12/2/2009	O Ministro Carlos Ayres Britto indeferiu liminar nos autos de reclamação em que se questiona acórdão proferido pelo TRT da 3ª Região, que afastou a aplicabilidade do § 1º do art. 71 da Lei n.º 8.666/93. Entendeu o Ministro que, fazendo a decisão reclamada expressa remissão à Súmula n.º 331 do TST, a qual foi objeto de análise pelo Plenário do TST no Incidente de Uniformização de Jurisprudência n.º 297.751/96, não há que se falar em desrespeito à Súmula Vinculante n.º 10.
RE 594040/SP Min. Ricardo Lewandowski decisão monocrática DJe divulgado em 9/2/2009	O Ministro Ricardo Lewandowski deu provimento a recurso extraordinário para cassar decisão do TST que entendeu válida a dispensa imotivada de empregado público, ainda em estágio probatório, sob o argumento de que este ainda não gozava de direito à estabilidade previsto no art. 41, § 1º, da CF, com redação anterior a EC n.º 19/98. Entendeu o Ministro que a decisão do TST está em confronto com a Súmula n.º 21 do STF e com a jurisprudência da Corte, a qual entende que é necessário o devido processo administrativo, com garantia do contraditório e da ampla defesa para que se opere a demissão de servidores públicos estáveis ou não.
ADI 4175/DF Min. Carlos Ayres Britto decisão monocrática DJe divulgado em 5/2/2009	A petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa dos Lojistas de Shopping (Idelos) questionando a Lei n.º 11.418/06, que instituiu o requisito da repercussão geral, foi indeferida. Para o Ministro relator, o instituto carece de legitimidade para propor ação, vez que a lei impugnada não tem direta repercussão no campo de interesse dos associados do autor. Ainda que assim não fosse, estaria ausente o interesse de agir por não haver utilidade no provimento judicial, visto que, mesmo em declarando-se a inconstitucionalidade da lei, o requisito da repercussão geral permaneceria no ordenamento jurídico por força do disposto no § 3º do art. 102 da CF, acrescentado pela EC n.º 45/04.
Rcl 5665/RS-MC Min. Menezes Direito decisão monocrática DJe divulgado em 2/2/2009	O Ministro Menezes Direito julgou procedente a reclamação proposta pela União contra decisão proferida pelo Juízo da 16ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS que, ao deixar de receber, por intempestivos, os embargos do devedor opostos nos autos de execução trabalhista, considerando o prazo de 5 dias, inobservou a liminar concedida pelo STF na ADC n.º 11, que suspendeu quaisquer julgamentos que envolvam a aplicação do art. 1º-B, da Lei n.º 9494/97, acrescentado pelo art. 4º da MP n.º 2180/01, o qual ampliou para 30 dias o prazo concedido à Fazenda Pública para oferecimento de embargos à execução.
Rcl 7282/PE-MC Min. Joaquim Barbosa decisão monocrática DJe divulgado em 2/2/2009	Foi concedida liminar para suspender a tramitação dos autos de processo em que o TRT da 23ª Região deixou de reconhecer a incompetência da Justiça do Trabalho para julgar a ação de execução de honorários proposta em face do Estado de Mato Grosso por advogado nomeado defensor dativo nos autos de ação penal. Entendeu o Ministro relator que houve afronta à autoridade da liminar proferida na ADI n.º 3395.

Rcl 7320/PE-MC Min. Joaquim Barbosa decisão monocrática DJe divulgado em 30/1/2009	O Ministro Joaquim Barbosa deferiu liminar para suspender a eficácia do acórdão proferido pela Segunda Turma do TRT da 6ª Região que, ao afastar a incidência do art. 71, § 1º, da Lei n.º 8.666/93 para assegurar vigência ao art. 37, § 6º, da CF e reconhecer a responsabilidade subsidiária do Estado de Pernambuco, com fundamento na Súmula n.º 331, IV, do TST, desrespeitou o entendimento firmado na Súmula Vinculante n.º 10, que versa sobre a cláusula de reserva de Plenário.
--	---

4.2. Decisões do STJ publicadas de 02.02 a 16.06.2009, envolvendo matérias trabalhista e processual.

(Disponíveis no "site" do Tribunal Superior do Trabalho, www.tst.jus.br – Jurisprudência)

AgRg no CC 92821/BA Segunda Seção Min. Massami Uyeda DJe disponibilizado em 16/6/2009	A Segunda Seção reafirmou o entendimento de que a ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada pelos herdeiros do empregado falecido, em nome próprio, em razão de acidente de trabalho deve ser processada e julgada perante a Justiça comum.
CC 89990/SE Primeira Seção Min. Castro Meira DJe disponibilizado em 9/6/2009	"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA POR EMPRESA PÚBLICA FEDERAL (ECT). LEI Nº 8.429/92. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. 1. O alargamento do campo de atuação da Justiça laboral advindo da nova redação conferida ao art. 114 da CF pela EC 45/04 não abrange a ação de reparação de danos por ato de improbidade administrativa proposta exclusivamente com base na Lei nº 8.429/92 pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - empresa pública federal - contra funcionária. 2. Descabe à Justiça Trabalhista examinar questões de natureza administrativa que encerram pedido de aplicação da multa civil prevista na Lei nº 8.429/92, de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o poder público no prazo legal. 3. O art. 109, I, da CF preconiza ser da competência dos juízes federais as causas em que empresa pública for parte na condição de autora. O feito que deu ensejo ao incidente em tela não se enquadra na exceção estatuída nesse preceito constitucional quanto às lides sujeitas à Justiça do Trabalho, haja vista a índole administrativa das questões discutidas. 4. Conflito conhecido para declarar-se a competência do Juízo Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Sergipe, o suscitado."
RMS 20386/PR Terceira Turma	"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ARREMATACÃO EM EXECUÇÃO ALHEIA POR CRÉDITO TRABALHISTA.

Rel. Des. Paulo Furtado (convocado) DJe disponibilizado em 2/6/2009	POSSIBILIDADE. ART. 186 DO CTN. PREVALÊNCIA DO CRÉDITO TRABALHISTA MESMO QUE GARANTIDO POR PENHORA POSTERIOR À DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO. 1 - Em homenagem ao Princípio da Efetividade, é pacífico na doutrina a possibilidade de se arrematar bem em execução alheia, conforme inúmeros precedentes que envolvem credores hipotecários. 2 - O art. 186 do CTN proclama que o crédito de natureza fiscal não está sujeito a concurso de credores, razão por que os créditos de natureza trabalhista, que sobressaem em relação àqueles, por lógica, não estarão. Precedentes. 3 - Em que pese a previsão legal insculpida no art. 711 do CPC, segundo a qual a primeira penhora no tempo tem preferência no direito - prior in tempore, potior in iure, havendo a existência de título privilegiado, fundada em direito material, este prevalecerá. Precedentes. 4 - O credor que possui bem penhorado para garantir a execução trabalhista, pode arrematar este mesmo bem, em execução movida por terceiros contra o mesmo executado, por gozar de crédito privilegiado, incidindo, assim, o art. 690, § 2º. 5 - Ordem concedida."
REsp 735380/RS Primeira Turma Min. Teori Albino Zavascki DJe disponibilizado em 2/6/2009	Em sede de execução é certo que a jurisprudência admite, e até fomenta, a efetivação de correção monetária dos bens adjudicados quando decorrido considerável lapso temporal entre a penhora e a alienação. Entretanto, é inadmissível a alteração do valor de adjudicação do bem após a assinatura do respectivo auto.
REsp 962215/RS Min. Laurita Vaz decisão monocrática DJe disponibilizado em 2/6/2009	É firme o entendimento de que, a exemplo do que ocorre nas execuções por quantia certa, é incabível a imposição de multa à Fazenda Pública pelo eventual descumprimento da obrigação de dar, ou seja, no caso concreto, pelo não pagamento de precatório.
AgRg no REsp 1050817/MG Segunda Turma Min. Humberto Martins DJe disponibilizado em 1º/6/2009	O pedido de penhora on line deve ser apreciado considerando se a formulação foi feita antes ou depois da Lei 11.382/06, que alterou o art. 655, I, do CPC. Assim, se anterior à lei, tal pedido está condicionado ao esgotamento dos meios de localização dos bens do devedor, conforme o art. 185-A do CTN. Se posterior, a penhora on line pode ser deferida imediatamente.
REsp 754254/RS Segunda Turma Min. Castro Meira DJe disponibilizado em 29/5/2009	O depósito inicial da ação rescisória tem por finalidade reprimir o excessivo ajuizamento de ações e sancionar o abuso do direito, não se prestando a compensar a outra parte por eventuais prejuízos. Dessa forma, tal depósito apenas será revertido em favor do réu nas hipóteses geradoras de sanção expressamente previstas em lei (art. 494 do CPC), entre as quais não se enquadra a renúncia ao direito de ação.
REsp 1060682/MG	A interposição de recurso incabível não suspende e nem interrompe

Min. Luiz Fux decisão monocrática DJe disponibilizado em 26/5/2009	o prazo para a apresentação do recurso próprio, bem como não impede o trânsito em julgado de acórdão impugnado inadequadamente. Todavia, os embargos de declaração, ainda que não conhecidos, ressalvadas as hipóteses de intempestividade ou irregularidade formal, têm efeito interruptivo do prazo dos demais recursos, haja vista que, enquanto não integrada a decisão, não se pode cogitar de torná-la efetiva. Inteligência do art. 538 do CPC.
REsp 1033545/RJ Primeira Turma Min. Luiz Fux DJe disponibilizado em 27/5/2009	Considerando que a Lei n.º 6.830/80 (arts. 9º, § 3º e 15) conferiu à fiança bancária o mesmo status do depósito em dinheiro, para efeitos de substituição de penhora, o levantamento da fiança bancária oferecida como garantia da execução também fica condicionada ao trânsito em julgado da respectiva ação (art. 32, § 2º).
REsp 838985/RS Primeira Turma Min. Luiz Fux DJe disponibilizado em 20/5/2009	A Primeira Turma decidiu que os bens indivisíveis, de propriedade comum do casal em razão do regime de comunhão, podem ser penhorados em sua totalidade, reservando-se a metade do preço obtido ao cônjuge-meeiro.
CC 65211/SP Min. Luis Felipe Salomão decisão monocrática publicada DJe disponibilizado em 19/5/2009	Compete à Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar ação de cobrança de contribuições associativas, decorrentes da condição de associado do réu ao sindicato, bem como de despesas efetuadas em favor do trabalhador, decorrentes de contrato firmado com plano de saúde por sub-rogação de crédito.
REsp 1088998/MG Min. Aldir Passarinho Junior acórdão publicado DJe disponibilizado em 15/5/2009	"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DO ACÓRDÃO. CPC, ART. 535. INOCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. JUSTIÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE ILICITUDE. DANOS MORAIS E MATERIAIS AFASTADOS. RECURSO ESPECIAL. PROVIMENTO. I. Resolvidas todas as questões devolvidas ao órgão jurisdicional, o julgamento em sentido diverso do pretendido pela recorrente não corresponde a nulidade. II. O gasto com advogado da parte vencedora, em ação trabalhista, não induz por si só a existência de ilícito gerador de danos materiais e morais por parte do empregador vencido na demanda laboral, de sorte que incabível o ressarcimento pelos honorários pagos pelo empregado ao patrono que contratou na demanda reclamatória. III. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido."
MI 206/DF Min. Laurita Vaz acórdão publicado DJe disponibilizado em 15/5/2009	A Corte Especial julgou extinto, sem resolução de mérito, mandado de injunção em que se sustentava a ausência de regulamentação da realização de partidas de futebol em que atletas profissionais de futebol ficavam expostos a calor intenso. Entendeu a Corte que o Anexo 3 da NR n.º 15 – Limites de Tolerância para Exposição ao Calor (aprovado pela Portaria MTb n.º 3.214/78), já disciplina o tema para os trabalhadores em geral, não havendo que se falar em ausência de norma. Ademais, o disposto no art. 1º, § 1º, c/c art. 34, II e III, da Lei n.º 9.615/98 (Lei Pelé) impõe às entidades responsáveis pela administração do esporte profissional a observância de cuidados médicos e clínicos, bem como o

	oferecimento de condições necessárias à participação dos atletas nas competições.
REsp 1058535/MS Min. João Otávio de Noronha decisão monocrática DJe disponibilizado em 14/5/2009	Tendo em conta a lógica da efetividade processual extraída do § 6º do art. 461 do CPC, o valor da multa diária aplicada ao réu, com vistas a assegurar o adimplemento da obrigação de fazer, pode ser revisto pelo magistrado em qualquer tempo e grau de jurisdição, a fim de preservar a essência do instituto.
Ag 1103828/GO Min. Humberto Martins decisão monocrática DJe disponibilizado em 12/5/2009	A representação processual de Município somente independe de procuração se o advogado, atuando como procurador municipal, estiver devidamente investido na condição de servidor público, dada a presunção de conhecimento do mandato pelo seu título de nomeação ao cargo. Desse modo, a simples menção do número de inscrição na OAB indica apenas a contratação do profissional para o caso concreto, sendo obrigatória a juntada da procuração aos autos.
REsp 1108999/RS Min. Luiz Fux decisão monocrática DJe disponibilizado em 8/5/2009	É inviável a penhora de títulos da Eletrobrás que consubstanciam obrigações ao portador, considerando-se o fato de serem títulos de crédito de difícil e duvidosa liquidação. O mesmo não ocorre com as debêntures da referida empresa, as quais, por ostentarem cotação em bolsa, são passíveis de garantir a execução fiscal.
CC 101456/SP Min. Massami Uyeda decisão monocrática DJe disponibilizado em 5/5/2009	A competência para processar e julgar ação de execução de honorários advocatícios é da Justiça comum Estadual, pois o advogado, profissional liberal, exerce suas funções de forma autônoma, não ostentando vínculo empregatício com seus clientes, mas tão somente liame obrigacional decorrente de contrato de prestação de serviços firmado sob a égide do Direito Civil.
AgRg no CC 95001/BA Segunda Seção Min. Fernando Gonçalves DJe disponibilizado 28/4/2009	"AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FALIMENTAR E JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO TRABALHISTA. ARREMATACÃO. REMESSA DO PRODUTO AO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA. 1. Decretada a quebra, a Justiça do Trabalho é competente para definir o crédito trabalhista, que será, então, habilitado no juízo universal e atrativo da falência; excepcionalmente, porém, se os bens já estiverem em praça, a arrematação terá curso, mas o produto será transferido para o juízo falimentar. Precedentes. 2. Eventual pedido de não repetição dos valores levantados na execução trabalhista deve ser formulado perante o juízo competente, na espécie, o juízo falimentar. 3. Agravo regimental desprovido."
AgRg no REsp 975656/DF Quarta Turma Min. João Otávio de Noronha DJe disponibilizado 24/4/2009	Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar pedido de complementação de aposentadoria devida por instituição financeira na qualidade de ex-empregadora e cuja causa de pedir consiste no descumprimento de contrato de trabalho
Ag 1080440/RS	Com o advento da Lei n.º 11.382/06, que alterou a redação do art.

◀ volta ao índice
▲ volta ao sumário

:: Ano V | Número 80 | 2ª Quinzena de Julho de 2009 ::

Min. Massami Uyeda decisão monocrática publicada DJe disponibilizado em 7/4/2009	655, I, e incluiu o art. 655-A do CPC, o deferimento da penhora realizada eletronicamente sobre saldos depositados em instituições financeiras, também conhecida como penhora on line, prescinde da comprovação do exaurimento da busca por outros bens livres e desembaraçados do devedor.
CC 100271/PE Terceira Seção Min. Arnaldo Esteves Lima DJe disponibilizado em 3/4/2009	"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. VÍNCULO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO INAFASTÁVEL. EMENDA CONSTITUCIONAL 19. PLURALIDADE DE REGIMES JURÍDICOS. SUSPENSÃO DOS EFEITOS PELO STF. CONFLITO CONHECIDO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. 1. A contratação temporária de trabalho, nos termos do art. 37, IX, da CF, tem natureza nitidamente administrativa, excluindo-se a competência da Justiça do Trabalho para a apreciação dos feitos relativos a esse vínculo. 2. A Emenda Constitucional 19/98, que permitia a pluralidade de regimes jurídicos pela administração, foi suspensa, neste ponto, pelo Supremo Tribunal Federal, impossibilitando a contratação de servidor público pelo regime trabalhista (ADI 2.135-MC/DF). 3. A Suprema Corte adotou o entendimento de que a mera prorrogação do prazo de contratação de servidor temporário não tem o condão de transmutar o vínculo administrativo que este mantinha com o Estado em relação de natureza trabalhista (RE 573.202/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). 4. Conflito de competência conhecido declarar competente o Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública de Petrolina/PE, o suscitante".
REsp 355860/RS Quarta Turma Min. Luis Felipe Salomão DJe disponibilizado em 3/4/2009	"ADMINISTRATIVO E TRABALHISTA. INSTRUÇÃO NORMATIVA 001/93/DRT/RS. HOMOLOGAÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE TRABALHO. DESACORDO COM O ART. 477, § 1º, da CLT. 1. A Instrução Normativa 001/93/DRT/RS, ao conferir preferência às rescisões contratuais de empregados que não possuam representação sindical na localidade, encaminhando as demais à assistência dos respectivos sindicatos, impede as partes interessadas de escolherem livremente, em conformidade com o art. 477, § 1º, da CLT, o órgão homologador da rescisão contratual. 2. A Delegacia Regional do Trabalho do Estado do Rio Grande do Sul diminuiu a amplitude do art. 477, § 1º, da CLT, extrapolando seu poder regulamentar. 3. Recurso especial não conhecido."
REsp 689110/SP Min. Og Fernandes decisão monocrática DJe disponibilizado em 2/4/2009	A linha telefônica é impenhorável (art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 8.009/90), pois não constitui bem supérfluo, mas integrante do imóvel residencial da entidade familiar, sendo indispensável à vida moderna.
AG 1111504/SP Min. Laurita Vaz decisão monocrática	É firme o entendimento do STJ no sentido de que o prazo a que se refere art. 806 do CPC, para a propositura da ação principal, é

DJe disponibilizado em 2/4/2009	contado a partir do cumprimento da liminar em medida cautelar preparatória e não de sua concessão.
EDcl no MS 13981/RS Corte Especial Min. Nancy Andrighi DJe disponibilizado em 27/3/2009	(...) Deve-se distinguir a data em que a informação é disponibilizada no Diário de Justiça eletrônico, da data em que ela é considerada publicada, sendo esta sempre o dia útil seguinte ao daquela. - É irrelevante o horário em que se deu a disponibilização da decisão recorrida no Diário da Justiça Eletrônico, vez que sempre é considerado o primeiro dia útil seguinte como data da efetiva publicação. - Não obstante a publicação eletrônica tenha eliminado a existência física do Diário Oficial, este continua a circular, mas agora virtualmente, sendo possível consultá-lo na rede mundial de computadores (Internet). A data da circulação virtual, no entanto, não corresponde à disponibilização da informação, mas sim à da sua publicação, de modo que os prazos processuais já começam a fluir no primeiro dia útil seguinte. (...)
CC 88441/SC Primeira Seção Min. Luiz Fux DJe disponibilizado em 27/3/2009	Compete à Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar mandado de segurança impetrado contra ato administrativo que impõe o cumprimento de horário de funcionamento de comércio local.
CC 99460/CE Primeira Seção Min. Castro Meira DJe disponibilizado em 27/3/2009	Por não envolver o elemento intuitu personae, o contrato de mera locação celebrado entre entidade pública e pessoa física, após procedimento licitatório, não se coaduna com o termo "relação de trabalho" previsto no art. 114, I, da CF, com redação dada pela EC n.º 45/04. Com esse entendimento, a Primeira Seção declarou a competência da Justiça comum para processar e julgar demanda envolvendo contrato de prestação de serviço firmado com município cearense.
REsp 984202/SP Primeira Seção Min. Eliana Calmon DJe de 27/3/2009	"PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - CÓPIA DE ATOS CONSTITUTIVOS DA EMPRESA EXECUTADA - OBTENÇÃO JUNTO AO CARTÓRIO DE REGISTRO DA PESSOA JURÍDICA - PRETENDIDA ISENÇÃO PELA FAZENDA PÚBLICA. 1. Custas são o preço decorrente da prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz através de suas serventias e cartórios. 2. Emolumentos são o preço dos serviços praticados pelos serventuários de cartório ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos e não pelos cofres públicos. 3. Despesas, em sentido restrito, são a remuneração de terceiras pessoas acionadas pelo aparelho jurisprudencial, no desenvolvimento da atividade do Estado-juiz. 4. Não é razoável crer que a Fazenda Pública possa ter reconhecida isenção, perante os Cartórios de Registro de Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica, decorrente da obtenção de cópias dos atos constitutivos das empresas que pretende litigar. 5. Goza a Fazenda apenas da prerrogativa de efetuar o pagamento ao final, se vencida. Precedente da Primeira Seção. 6. Recurso especial provido."

AG 1104228/SP Min. Massami Uyeda decisão monocrática DJe disponibilizado em 30/3/2009	A intimação dos atos processuais se destinam aos procuradores das partes, que têm o direito de serem intimados pelo nome completo, grafado corretamente e sem abreviaturas. Com esse entendimento, o Ministro Massami Uyeda deu provimento a recurso especial, determinando a republicação de acórdão em cuja primeira publicação não constou o segundo prenome do patrono da parte agravante.
REsp 1099530/RJ Min. Nancy Andrighi decisão monocrática DJe disponibilizado em 30/3/2009	Tendo em conta que, conforme o entendimento do STJ, a impenhorabilidade de bem de família é alegável por simples petição, a Ministra Nancy Andrighi deu provimento a recurso especial, reformando decisão do TJ/RJ o qual entendeu que a arguição de nulidade da penhora do imóvel, com base na Lei n.º 8.009/90, deve ser tratada em sede de embargos do devedor.
REsp 1032966/PR Min. Massami Uyeda decisão monocrática DJe disponibilizado em 30/3/2009	O mero equívoco na destinação ou protocolo da petição é erro sanável, desde que tenha sido apresentada tempestivamente e esteja afastada a má-fé.
REsp 1108588/SP Min. Sidnei Beneti decisão monocrática DJe disponibilizado em 30/3/2009	Compete à Justiça comum, e não à Justiça do Trabalho, processar e julgar ação que visa à complementação de benefício previdenciário, haja vista que o pedido e a causa de pedir decorrem de pacto firmado com instituição de previdência privada, o que caracteriza a natureza civil da contratação.
REsp 968907/RS Terceira Turma Min. Nancy Andrighi DJe disponibilizado em 31/3/2009	Tendo em conta que, na hipótese, o andar inferior do imóvel era ocupado por estabelecimento comercial e por garagem, enquanto que a moradia dos recorrentes ficava restrita ao andar superior, a Terceira Turma manteve decisão que entendera possível o desmembramento do imóvel inicialmente protegido pela impenhorabilidade da Lei n.º 8.009/90, aplicando-lhe a penhora parcial.
REsp 863921/DF Min. Og Fernandes decisão monocrática DJe disponibilizado em 31/3/2009	É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que a limitação de litigantes prevista no art. 46, parágrafo único, do CPC, restringe-se ao caso de litisconsórcio facultativo, não se aplicando no caso de ação proposta por sindicato na qualidade de substituto processual de seus filiados.
AgRg no CC 101574/SP Segunda Seção Min. Fernando Gonçalves DJe disponibilizado em 31/3/2009	A Segunda Seção, adequando seu posicionamento à diretriz fixada pelo STF, entendeu que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar interdito proibitório em que se busca garantir o livre acesso de funcionários e de clientes a agências bancárias sob o risco de serem interditadas em decorrência de movimento grevista.

CC 102528/SP Segunda Seção Min. Fernando Gonçalves DJe disponibilizado em 31/3/2009	"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DO TRABALHO FUNDADA EM DIREITO COMUM. ART. 114 DA CF. DECISÃO DO STF. TRÂNSITO EM JULGADO. PREVALÊNCIA. 1. Cabe à Justiça do Trabalho, após o advento da EC 45/2004 dando nova redação ao art. 114 da CF, conhecer e julgar as ações de indenização por acidente do trabalho fundadas em direito comum. Havendo, no entanto, decisão singular de Ministro do Supremo Tribunal Federal na apreciação de recurso extraordinário, interposto por eventual violação ao mencionado art. 114 da Constituição Federal, com trânsito em julgado, firmando a competência da Justiça estadual, prevalece a força vinculante da res judicata, não rescindida por um dos meios admitidos em Direito. 2. A adoção de novo e subsequente posicionamento do STF, adotando solução completamente oposta, não interfere. 3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo suscitado, da 6ª Vara Cível de Bauru, SP, cabendo ao Tribunal de Justiça paulista apreciar e julgar a apelação como entender de direito."
CC 91457/SP Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado) decisão monocrática DJe disponibilizado em 1º/4/2009	Compete à Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar ação de prestação de contas movida por sindicato contra ex-membro de sua diretoria.
Ag 1069598/RS Min. Luiz Fux decisão monocrática DJe disponibilizado em 20/3/2009	O Ministro Luiz Fux negou provimento a agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial sob o fundamento de que a vaga de garagem identificada no cartório de registro de imóveis como unidade autônoma em relação à residência do devedor é bem penhorável por não se enquadrar na hipótese prevista no art. 1º da Lei n.º 8.009/90.
CC 86916/PR Primeira Seção Min. Denise Arruda DJe disponibilizado em 20/3/2009	Em razão do entendimento fixado pelo STF na ADI-MC n.º 3.395/DF, a Primeira Turma decidiu ser da competência da Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar ação em que se discute questões referentes a processo eleitoral de sindicato representativo de servidores públicos estatutários.
CC 97081/AM Segunda Seção Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado) DJe disponibilizado em 19/3/2009	"CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO. GREVE. ATO DO SINDICATO. DANOS AO PATRIMÔNIO DA ECT. AUSÊNCIA DE CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO TRABALHISTA. FEITO SENTENCIADO POR JUIZ FEDERAL. COMPETÊNCIA PARA APRECIAR O RECURSO. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 1. O fato de a ECT explorar atividade econômica, não importa a sujeição dela ao regime jurídico das empresas privadas, uma vez que está albergada na ressalva constante na primeira parte do artigo 173 da Constituição de 1988, por tratar-se de serviço público mantido pela União. 2. O Supremo Tribunal Federal equiparou a ECT à Fazenda Pública, dando

	a seus bens o mesmo tratamento dado às entidades de direito público. 3. Tratando-se de ação movida contra sindicato, em face de o patrimônio da ECT ter sido depredado por grevistas, sendo objeto da lide buscar a responsabilização do sindicato-réu – no sentido de obter ressarcimento de dano causado ao patrimônio da empresa, que é público –, inexistente, no particular, relação trabalhista a desafiar a competência da Justiça do Trabalho. 4. Não se cuidando de lide de natureza trabalhista, sendo a ECT empresa pública e considerando tratar-se de processo já sentenciado pelo juízo originário federal, o órgão competente para apreciar o respectivo recurso é o Tribunal Regional Federal da 1ª Região. 5. Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, suscitado.”
AG 752636/MS Min. Maria Thereza de Assis Moura decisão monocrática DJe disponibilizado em 17/3/2009	O registro do estatuto do sindicato no Ministério do Trabalho e Emprego é requisito indispensável para o seu ingresso em juízo, a fim de exercer a defesa de seus filiados. Com base nessa premissa, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura conheceu de agravo de instrumento e deu provimento a recurso especial para declarar a ilegitimidade do sindicato, reformando decisão do tribunal a quo o qual entendera que “o registro do estatuto do sindicato no Ministério do Trabalho e Emprego é considerado, nos dias atuais, apenas para efeito estatístico e controle de política governamental para o setor, de forma que a ausência desse registro não implica em nenhuma irregularidade de representação”.
RMS 27823/CE Primeira Turma Min. Teori Albino Zavascki DJe disponibilizado em 17/3/2009.	“A chamada 'teoria da encampação' não pode ser invocada quando a autoridade apontada como coatora (e que 'encampa' o ato atacado), seja hierarquicamente subordinada da que deveria, legitimamente, figurar no processo. Não se pode ter eficaz, juridicamente, qualquer 'encampação' (que melhor poderia ser qualificada como usurpação) de competência superior por autoridade hierarquicamente inferior.”
CC 92041/SP Min. Denise Arruda decisão monocrática DJe disponibilizado em 13/3/2009.	Compete à Justiça do Trabalho, em detrimento da Justiça comum, processar e julgar ação em que se objetiva a desconstituição de penhora supostamente irregular, efetuada nos autos de execução trabalhista, haja vista a regra do art. 1.049 do CPC, segundo a qual “os embargos serão distribuídos por dependência e correrão em autos distintos perante o mesmo juiz que ordenou a apreensão.”
CC 101338/ES Min. Massami Uyeda decisão monocrática DJe disponibilizado em 9/3/2009	A competência para processar e julgar ação de insolvência civil instruída com título executivo judicial originário da Justiça especializada é da Justiça comum e não da Justiça do Trabalho. No caso, entendeu-se que o pedido de insolvência não é continuação de processo de execução, mas procedimento autônomo e independente, não havendo motivos para acompanhar a competência para execução.
CC 95374/SP Min. João Otávio de Noronha decisão monocrática DJe disponibilizado em	É de competência da Justiça comum, e não da Justiça do Trabalho, analisar os conflitos de interesse de índole meramente pessoal entre os candidatos a eleições sindicais, ainda que decorrentes de campanha eleitoral, em razão de seu caráter eminentemente civil.

9/3/2009	
Ag 951942/SP Min. Presidente Despacho DJe disponibilizado em 9/3/2009	Tendo em conta um possível cerceamento de defesa, o Ministro Presidente deferiu a devolução do prazo recursal na hipótese em que constou da intimação da decisão agravada o nome da advogada adotado em primeiras núpcias e não em segundas, não obstante a procuração juntada aos autos apenas mencionar o nome atual.
CC 98212/PR Min. Massami Uyeda decisão monocrática DJe disponibilizado em 6/3/2009	A competência para processar e julgar ação monitória ajuizada em razão do não pagamento de cheques emitidos a título de haveres trabalhistas decorrentes dos serviços prestados por atleta profissional a clube de futebol é da Justiça comum e não da Justiça do Trabalho. Entendeu o Ministro relator que, na espécie, não há pedido de reconhecimento de relação de emprego ou de pagamento de verbas rescisórias, constatando-se apenas liame obrigacional decorrente de descumprimento de acordo particular de prestação de serviços, firmado sob a proteção do Direito Civil.
CC 83010/SP Min. Paulo Furtado (Desembargador Convocado) decisão monocrática DJe disponibilizado em 5/3/2009	Compete à Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar ação de reparação de danos ajuizada em razão do descumprimento de contrato de intermediação de mão-de-obra, transporte e alojamento de trabalhadores. Isso porque, na hipótese dos autos, não se verifica demanda envolvendo o reconhecimento de relação empregatícia ou o pagamento de verbas daí decorrentes, mas tão-somente pleito fundado em relação de direito civil.
CC 82884/SP Min. Massami Uyeda decisão monocrática DJe disponibilizado em 5/3/2009	O Juízo correcional, no exercício de função meramente administrativa, não pode se opor à determinação de juiz trabalhista, de cunho jurisdicional, fixando o registro de transferência de propriedade de imóvel arrematado em execução trabalhista.
CC 101608/MG Min. Aldir Passarinho Junior decisão monocrática DJe disponibilizado em 5/3/2009	Compete à Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar reclamação trabalhista em que pensionista de empregado falecido da Companhia Vale do Rio Doce pleiteia a complementação de benefício reduzido em virtude da implementação de novo plano.
Ag 1106323/SP Min. Castro Meira decisão monocrática DJe disponibilizado em 4/3/2009	“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TRANSAÇÃO JUDICIAL TRABALHISTA. ART. 43 DA LEI Nº 8.212/91. 1. Nos termos do art. 43 da Lei 8.212/91, com a redação conferida pela Lei 8.620/93, compete ao magistrado trabalhista discriminar as parcelas nas quais incidirá a contribuição. Na omissão do juízo, a contribuição previdenciária incidirá sobre o valor total do acordo homologado ou sobre o montante integral a ser liquidado. O silêncio do magistrado trabalhista, no regime anterior à Lei nº 10.035/00 que inseriu os parágrafos 3º e 4º ao art. 832 da CLT, importa numa presunção juris tantum da ocorrência do fato gerador, que pode ser afastada se o

	contribuinte provar, em ação própria, que a verba paga ao empregado não possui natureza remuneratória. 2. Agravo de instrumento não provido."
AgRg no REsp 1024809/SP Segunda Turma Min. Herman Benjamin DJe disponibilizado em 3/3/2009	Incide o Imposto de Renda sobre o aumento salarial conferido pelo empregador, em decorrência da não-instituição de fundo de previdência privada a que se obrigou, em razão de seu caráter remuneratório.
CC 98704/RJ Segunda Seção Min. Aldir Passarinho Junior DJe disponibilizado em 3/3/2009	"PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PASTOR VERSUS ENTIDADE RELIGIOSA. DEFINIÇÃO DA EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE EMPREGO. JUSTIÇA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA. I. Alegando a parte na inicial que a profissão de pastor possui vínculo de natureza trabalhista com a entidade religiosa, a verificação da viabilidade do ressarcimento depende da fixação dessa premissa. II. Cabe com exclusividade à Justiça do Trabalho o exame da pretensão, "...ainda que só para indeferir a petição inicial e/ou extinguir o processo, quando verificar que não existe relação de emprego" (CC n. 1.435/SC, Rel. Min. Dias Trindade, unânime, DJU de 04.03.1991). III. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 71ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, RJ, o suscitante."
CC 95907/RS Min. João Otávio de Noronha decisão monocrática DJe disponibilizado em 2/3/2009.	É cediço no STJ que, nos termos do art. 1º da Lei n.º 8.984/95, compete à Justiça do Trabalho e não à Justiça Comum processar e julgar as ações relativas à cobrança de contribuição assistencial prevista em convenção coletiva de trabalho.
AgRg no Ag 1074506/RS Terceira Turma Min. Sidnei Beneti DJe disponibilizado em 2/3/2009	"PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - RESPONSABILIDADE CIVIL - DEMANDA INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO - QUESTÃO PROCESSUAL - CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA - DEVOLUÇÃO DOS AUTOS ALÉM DO PRAZO LEGAL - PEDIDO DE DESENTRANHAMENTO - INVIABILIDADE - PRINCÍPIO DA DOCUMENTAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS. I - A previsão legal (CPC, artigo 195) de desentranhamento de peças e documentos apresentados juntamente com os autos - devolvidos em cartório além do prazo legal - não impede permaneçam nos autos, conquanto sem efeito jurídico, em observância ao princípio da documentação dos atos processuais. II - O desentranhamento da contestação intempestiva não constitui um dos efeitos da revelia. O réu revel pode intervir no processo a qualquer tempo, de modo que a peça intempestiva pode permanecer nos autos, eventualmente, alertando o Juízo sobre matéria de ordem pública, a qual pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Agravo regimental improvido."
	Compete à Justiça comum, e não à Justiça do Trabalho, processar e julgar ação de indenização proposta por herdeiros de ex-empregado,

CC 101936/RS Carlos Fernando Mathias Juiz convocado decisão monocrática disponibilizado em 27/2/2009	falecido em razão de acidente do trabalho, contra ex-empregadora, visto que, na espécie, não se verifica qualquer liame trabalhista entre os herdeiros e a ré.
CC 102782/MT Min. Francisco Falcão decisão monocrática DJe disponibilizado em 27/2/2009	Não caracteriza vínculo trabalhista, mas sim vínculo de natureza administrativa, os serviços prestados por advogado nomeado para atuar em ação penal na condição de defensor dativo. Esse foi o entendimento adotado pelo Ministro Francisco Falcão para declarar a competência da Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, para processar e julgar ação de execução de honorários advocatícios promovida em face do Estado do Mato Grosso.
AgRg no RMS 24943/MG Quinta Turma Min. Jorge Mussi DJe disponibilizado em 27/2/2009	Não importa em ilegalidade e independe de procedimento administrativo a dispensa ad nutum de servidor que exerceu precariamente, por vários anos, atividade no serviço público, por não fazer jus à estabilidade.
CC 45827/RS Min. Massami Uyeda decisão monocrática DJe disponibilizado em 26/2/2009	Compete à Justiça comum, e não à Justiça do Trabalho, processar e julgar ação de consignação em pagamento ajuizada pelas advogadas do reclamante visando compeli-lo a receber os valores que foram objeto do acordo trabalhista por ele autorizado, descontados os honorários advocatícios. Asseverou o Ministro relator que o causídico exerce seu labor de forma autônoma, não ostentando vínculo empregatício com seu cliente, mas tão-somente liame obrigacional decorrente de contrato de prestação de serviços regido pelo Direito Civil.
CC 96441/SP Min. Castro Meira decisão monocrática DJe disponibilizado em 26/2/2009	O termo “relação de trabalho” não abarca a relação jurídica existente entre o profissional e o conselho legalmente incumbido de fiscalizar sua atuação, que é regida pelo Direito Administrativo. Com base nesse entendimento, o Ministro Castro Meira, apreciando conflito instaurado entre os Juízos Federal e do Trabalho, nos autos de ação ordinária ajuizada contra conselho de fiscalização profissional, reconheceu a competência do primeiro para apreciar o feito.
REsp 1056692/SE Segunda Turma Min. Eliana Calmon decisão monocrática DJe disponibilizado em 26/2/2009	A juntada de boletim ou serviço de “informativo judicial”, contendo recorte do Diário da Justiça, não supre a ausência de certidão de intimação, peça obrigatória do agravo de instrumento, a teor do art. 525, I, do CPC.
REsp 1008612/SP Segunda Turma	À luz do disposto no inc. VI do art. 649 do CPC, para que um bem seja considerado impenhorável não é necessária a sua

Min. Eliana Calmon DJe de 26/2/2009.	indispensabilidade no exercício da profissão, bastando que seja útil à prática profissional.
CC 77416/MS Paulo Furtado desembargador convocado decisão monocrática DJe de 25/2/2009	Compete à Justiça Comum, e não à Justiça do Trabalho, processar e julgar ação de indenização por ato ilícito proposta por correntista do banco, em virtude de suposta agressão física sofrida em decorrência do alegado exercício abusivo do direito de greve dos bancários.
AG 1071484/MT Carlos Fernando Mathias juiz convocado decisão monocrática DJe de 19/2/2009.	A substituição do nome das partes pela expressão "e outros", quando representadas pelos mesmos advogados, não viola o disposto no art. 236, § 1º, do CPC.
CC 95585/AM Min. Arnaldo Esteves Lima decisão monocrática DJe de 18/2/2009.	Tendo em conta que a execução de título judicial deve ser processada pelo Juízo que proferiu a sentença de conhecimento, mesmo após a instituição do regime jurídico único, compete à Justiça do Trabalho, em detrimento da Justiça comum, processar e julgar ação de execução com vistas ao recebimento do percentual de 84,32% (Plano Collor), já reconhecido em sentença transitada em julgado na Justiça do Trabalho.
CC 100676/RS Min. Sidnei Beneti decisão monocrática DJe de 18/2/2009.	Compete à Justiça comum, e não à Justiça do Trabalho, processar e julgar ação de indenização por danos morais decorrente de contrato de estágio, haja vista que a prestação de estágio, pela nítida função educacional, não gera vínculo de natureza trabalhista.
AgRg no REsp 922781/RS Segunda Turma Min. Castro Meira DJe de 16/2/2009	"A contribuição previdenciária não incide sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho."
AG 1084844/MA Min. Castro Meira decisão monocrática DJe de 11/2/2009	O Ministro Castro Meira deu provimento a agravo de instrumento para melhor examinar recurso especial interposto de decisão que entendeu só ser possível a utilização do sistema Bacen-Jud se restar demonstrado que o exequente utilizou-se de todas as providências cabíveis para a localização de bens penhoráveis.
CC 101574/SP Min. Fernando Gonçalves decisão monocrática DJe de 9/2/2009	Compete à Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar demanda de interdito proibitório movida por banco visando garantir a posse de suas agências em decorrência de possível turbação por movimento grevista.
RE 897085/SP Quarta Turma Min. Aldir Passarinho Júnior DJe de 9/2/2009	"PROCESSUAL CIVIL. INTIMAÇÃO. PLURALIDADE DE ADVOGADOS. SUBSTABELECIMENTO COM RESERVA DE PODERES. PEDIDO EXPRESSO DE INTIMAÇÃO ESPECÍFICA EM NOME DE UM DELES. INVALIDADE DO ATO. I. Havendo mais de um advogado constituído nos autos, inválida a intimação efetuada em nome de um deles, se o substabelecimento foi feito com reserva de poderes e constou pedido expresso para que a publicação fosse exclusivamente

	direcionada a um patrono específico, como vinha se procedendo. II. Recurso especial conhecido e provido, para considerar tempestiva a apelação.”
CC 100463/GO Min. Herman Benjamin decisão monocrática DJe 4/2/2009	Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar ação de obrigação de fazer em que o autor requer o cumprimento de obrigações relativas aos valores do imposto de renda retido na fonte incidentes sobre as parcelas de acordo firmado por ex-empregado e ex-empregador e homologado pela Justiça do Trabalho.
CC 69418/RJ Min. Og Fernandes decisão monocrática DJe de 4/2/2009	Tendo em conta que a Lei n.º 8.112/90 não concedeu ao servidor público, outrora contratado sob a regência da CLT e demitido antes da implantação do regime jurídico único, a possibilidade de, ao ser reintegrado, ficar sob a égide do regime anterior, é da competência da Justiça comum, e não da Justiça do Trabalho, processar e julgar ação ordinária em que se pretende a reintegração no serviço público. Aplicação da Súmula n.º 173 do STJ.
CC 72455/SP Jane Silva (Des. Convocada) decisão monocrática DJe de 3/2/2009	Compete à Justiça comum, em detrimento da Justiça do Trabalho, processar e julgar ação em que se pleiteia o reconhecimento da natureza insalubre ou perigosa do ofício prestado pelo autor, visando a obtenção de benefício previdenciário perante o INSS.
EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 892729/DF Quarta Turma Carlos Fernando Mathias (juiz convocado) DJe de 2/2/2009	Conforme jurisprudência sedimentada do STJ, é de competência da Justiça do Trabalho o julgamento das ações movidas por ex-empregados do Banco do Brasil a fim de lhes ser reconhecida a complementação de aposentadoria prevista na Portaria n.º 966/47, uma vez que se trata de direito inerente ao primitivo contrato de trabalho.

5. Artigos

5.1. Contribuições Previdenciárias Sonegadas pelo Empregador e Possibilidade de o Empregado Acioná-lo, em face dessa Sonegação, na Justiça do Trabalho

Fernando Formolo

Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 4ª Região

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é avaliar a possibilidade de os empregados urbanos, rurais e domésticos buscarem, na Justiça do Trabalho, a condenação do empregador ao cumprimento de sua obrigação atinente ao recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes da existência e execução do contrato de trabalho.

A resposta exige o enfrentamento de questões ligadas à competência material da Justiça do Trabalho, legitimidade ativa e interesse processual, analisadas em confronto com dispositivos das leis de custeio e de benefícios da Previdência Social.

Um capítulo é dedicado à apreensão e delimitação da problemática, chegando-se à conclusão de que a existência de efetivo interesse processual é o critério hábil para solucionar a controvérsia.

Outro capítulo, subdividido em cinco subcapítulos, aborda os critérios propostos pela doutrina para a caracterização do interesse processual e os confronta com os critérios previstos na lei para o pagamento das prestações previdenciárias aos empregados urbanos, rurais e domésticos; e depois de concluir pela ausência de interesse processual em relação aos trabalhadores urbanos e rurais, mas pela existência de tal interesse, conforme as circunstâncias, no caso dos empregados domésticos, enfrenta possíveis objeções a essa última conclusão; por fim, analisa o procedimento a ser seguido uma vez reconhecida a viabilidade de os empregados domésticos demandarem em face dos seus empregadores, perante a Justiça do Trabalho, buscando compeli-los a proceder ao recolhimento das contribuições devidas ao Instituto Nacional do Seguro Social¹ por força do contrato de trabalho.

Ressaltamos que diante dos limites deste estudo não será analisada a situação das demais categorias de trabalhadores cujas ações oriundas das relações de trabalho também são de competência da Justiça do Trabalho, como os avulsos e os autônomos.

A importância da matéria é evidente, inclusive por estar imbuída de forte conteúdo social.

Esperamos, pois, que este trabalho sirva de pequena contribuição para estimular o debate das questões nele tratadas, visando ao aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista, especialmente nas oportunidades em que a Justiça do Trabalho é chamada a processar e julgar causas que requerem o exame de matéria previdenciária.

1. APREENSÃO E DELIMITAÇÃO DA PROBLEMÁTICA

Com certa frequência, nas ações submetidas à apreciação da Justiça do Trabalho, é formulado, pelo trabalhador, pedido de condenação do réu ao pagamento das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho.

Geralmente não se trata de o empregado pretender receber, ele próprio, o valor das contribuições (caso em que a ilegitimidade de parte é manifesta, porquanto o credor das contribuições previdenciárias não é o empregado, mas o INSS), mas de simplesmente pretender que o juiz condene o empregador a proceder ao recolhimento das contribuições em favor do INSS.

Nessas situações vêm à tona, além do problema da competência material da Justiça do Trabalho para a cobrança das contribuições previdenciárias, os da legitimidade ativa e interesse processual. Embora a questão pareça simples, na realidade ela apresenta desdobramentos complexos e deve ser analisada com cuidado.

¹ Doravante denominado abreviadamente INSS.

É de destacar, inicialmente, que a Emenda Constitucional nº 20/98 acrescentou o § 3º ao artigo 114 da Constituição Federal, atribuindo competência à Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais decorrentes das sentenças que proferir.² As contribuições em questão são as previstas no artigo 195, I, "a", e II, da Constituição.³

A matéria foi regulamentada pela Lei 10.035/2000, que alterou diversos dispositivos da CLT em face dessa nova competência. Dentre as alterações, cabe citar o acréscimo do parágrafo único ao artigo 876, dispondo: "Serão executados *ex officio* os créditos previdenciários devidos em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo."

No tocante aos créditos executáveis, no Tribunal Superior do Trabalho⁴ prevaleceu, de início, a seguinte posição, expressa no item I da Súmula 368, com a redação determinada pela Resolução 129/2005, publicada no Diário da Justiça de 20.04.2005 e republicada com correção no Diário da Justiça do dia 05.05.2005:

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais provenientes das sentenças que proferir. A competência da Justiça do Trabalho para execução das contribuições previdenciárias alcança as parcelas integrantes do salário de contribuição, pagas em virtude de contrato de emprego reconhecido em juízo, ou decorrentes de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS, objeto de acordo homologado em juízo. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998)

Posteriormente essa posição foi revista. Com a alteração determinada pela Resolução 138/2005, publicada no Diário da Justiça de 23/11/2005, o item I da Súmula 368 passou a ter a seguinte redação:

I. A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário-de-contribuição. (ex-OJ nº 141 - Inserida em 27.11.1998)

Conforme a jurisprudência sumulada do TST, portanto, estaria excluída da competência da Justiça do Trabalho, por exemplo, a execução das contribuições previdenciárias referentes a relação de emprego declarada judicialmente, incidentes sobre a remuneração já paga ao empregado no curso do contrato. Também ficaria excluída a execução das contribuições previdenciárias correspondentes a parcela salarial "extrafolha" reconhecida em juízo. A competência para a execução abrangeria apenas as contribuições incidentes sobre as parcelas a cujo pagamento o réu é condenado nos próprios autos da ação trabalhista, ou sobre aquelas que se obriga a pagar por força de acordo também formalizado nos próprios autos.⁵

² Eis o teor do aludido § 3º do artigo 114: Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. Atualmente dita norma de competência está mantida no inciso VIII do mesmo artigo 114, modificado pela Emenda Constitucional 45/2004.

³ Artigo 195: A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; [...]

⁴ Doravante denominado abreviadamente TST.

⁵ Aqui poderia ser citada, como exceção, a execução de termo de conciliação lavrado perante as comissões de conciliação prévia de que tratam os artigos 625-A e seguintes da CLT, que conforme a jurisprudência até aqui dominante também abrange as contribuições previdenciárias incidentes sobre as parcelas remuneratórias integrantes do valor do acordo.

Entretanto, a jurisprudência majoritária já não aplica tal entendimento, uma vez que o parágrafo único do artigo 876 da CLT, com a redação determinada pela Lei 11.457/07 (que é posterior à Resolução 138/2005 do TST), passou a prever expressamente:

Parágrafo único. Serão executadas ex-officio as contribuições sociais devidas em decorrência de decisão proferida pelos Juízes e Tribunais do Trabalho, resultantes de condenação ou homologação de acordo, inclusive sobre os salários pagos durante o período contratual reconhecido.

De todo modo, no que interessa ao presente estudo, em princípio é razoável que o empregado, embora não seja o credor das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho, detenha o interesse de que os valores a elas alusivos sejam recolhidos, pelo empregador, aos cofres da Previdência, até mesmo para evitar a possibilidade de que o INSS, ao ser requerido algum dos benefícios previstos em favor do segurado, o recuse sob alegação de que as contribuições não foram recolhidas.

Esse interesse do empregado, todavia, mesmo que esteja presente, nem sempre se identifica com o interesse processual, que é arrolado, pelo artigo 267 do Código de Processo Civil⁶, ao lado da legitimidade das partes e da possibilidade jurídica do pedido, como uma das condições da ação.

A análise sistemática da legislação, como veremos adiante, leva-nos a rejeitar, quanto aos trabalhadores urbanos e rurais, a possibilidade de que detenham autêntico interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, ao mesmo tempo em que nos convence de que em relação aos empregados domésticos, em determinadas circunstâncias, essa possibilidade é admitida.

O que importa por ora ressaltar é que, estando o interesse processual devidamente demonstrado, por decorrência o empregado é também parte legítima para pleitear o cumprimento da obrigação de fazer pelo empregador, ainda que ele, empregado, não seja o credor dos valores relativos às contribuições.

Pelo mesmo raciocínio, a presença do interesse processual dirime também eventual dúvida sobre a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação, visto que se trata de litígio entre empregado e empregador, oriundo da relação de trabalho (nesse caso especificamente da relação de emprego), a enquadrar a demanda no rol do inciso I do artigo 114 da Constituição Federal, com a redação determinada pela Emenda Constitucional 45/2004. Por óbvio, não seria o caso, aqui, de execução de ofício, pelo que as limitações ventiladas na Súmula 368 do TST em princípio não teriam incidência.

Dessa forma, entendemos que a existência de interesse processual é o elemento de maior importância para pautar a conduta do Juiz do Trabalho diante de tais pedidos, mormente tendo em vista a ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional 45/2004.

Exposta a problemática, as possíveis respostas às questões propostas serão examinadas no capítulo que segue.

2. O INTERESSE PROCESSUAL E A SUA CARACTERIZAÇÃO, OU NÃO, NO CASO CONCRETO, COM BASE NAS PARTICULARIDADES DAS LEIS DE CUSTEIO E BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISTINÇÃO ENTRE TRABALHADORES URBANOS E RURAIS E DOMÉSTICOS. PROCEDIMENTO

2.1 REQUISITOS PARA A CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL

Humberto Theodoro Júnior, tratando do interesse processual, também denominado interesse de agir, lembra inicialmente que ele “não se confunde com o interesse *substancial*, ou primário, para cuja proteção se intenta a mesma ação”. O interesse de agir, instrumental e secundário, “surge da *necessidade* de obter através do processo a proteção ao interesse substancial”. Reside “na *necessidade* do processo como remédio apto à aplicação do direito objetivo no caso concreto [...]”.

⁶ Doravante denominado abreviadamente CPC.

Para existir o interesse processual, o provimento judicial pretendido deve ser não apenas necessário, mas também adequado diante do conflito material trazido a juízo.⁷

Na mesma linha a doutrina de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

No que diz respeito ao interesse de agir, este repousa sobre o binômio necessidade+adequação. A parte tem 'necessidade' quando seu direito material não pode ser realizado sem a intervenção do juiz. Contudo, além da 'necessidade', exige-se a 'adequação'. Se a parte requer providência jurisdicional incapaz de remediar a situação por ela narrada na fundamentação do seu pedido, também falta o interesse de agir. O exemplo costumeiramente apontado é o do cidadão que requer sentença mandamental, em mandado de segurança, mas narra que tem direito a receber determinado valor em dinheiro.⁸

Como se infere dos precisos parâmetros apontados pela doutrina, para haver interesse de agir não basta que exista um interesse substancial que a parte pretenda proteger. É preciso que a ação judicial seja *necessária* para a defesa desse interesse substancial, bem como que o caminho processual escolhido, ou a providência jurisdicional pretendida, sejam adequados para remediar a situação de conflito.

Bem apreendidos esses requisitos, passamos a investigar a possível caracterização de interesse processual dos empregados urbanos, rurais e domésticos na condenação do empregador, perante a Justiça do Trabalho, ao recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho, tendo em vista o disposto nas leis de custeio e de benefícios da Previdência Social (Lei 8.212/91 e Lei 8.213/91, respectivamente).

2.2 OS CRITÉRIOS DA LEI PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES AOS TRABALHADORES URBANOS E RURAIS

Conforme Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, "O salário de benefício é o valor básico usado para o cálculo da renda mensal inicial dos principais benefícios previdenciários de pagamento continuado (art. 28 da Lei n. 8.213/91)."⁹

O valor do salário-de-benefício é apurado tomando-se por base os valores do salário-de-contribuição.¹⁰ Já o salário-de-contribuição é definido no artigo 28 da Lei 8.212/91:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

II - para o empregado doméstico: a remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social, observadas as normas a serem estabelecidas em regulamento para comprovação do vínculo empregatício e do valor da remuneração;

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

⁸ MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 62.

⁹ CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. *Manual de direito previdenciário*. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2006, p. 469.

¹⁰ Lei 8.213/91, artigo 29: O valor do benefício de prestação continuada, inclusive o regido por norma especial e o decorrente de acidente do trabalho, exceto o salário-família e o salário-maternidade, será calculado com base no salário-de-benefício.

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;

IV - para o segurado facultativo: o valor por ele declarado, observado o limite máximo a que se refere o § 5º;

§ 1º Quando a admissão, a dispensa, o afastamento ou a falta do empregado ocorrer no curso do mês, o salário-de-contribuição será proporcional ao número de dias de trabalho efetivo, na forma estabelecida em regulamento.

§ 2º O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição.

§ 3º O limite mínimo do salário-de-contribuição corresponde ao piso salarial, legal ou normativo, da categoria ou, inexistindo este, ao salário mínimo, tomado no seu valor mensal, diário ou horário, conforme o ajustado e o tempo de trabalho efetivo durante o mês.

§ 4º O limite mínimo do salário-de-contribuição do menor aprendiz corresponde à sua remuneração mínima definida em lei.

§ 5º O limite máximo do salário-de-contribuição é de Cr\$ 170.000,00 (cento e setenta mil cruzeiros), reajustado a partir da data da entrada em vigor desta Lei, na mesma época e com os mesmos índices que os do reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

§ 6º No prazo de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da data de publicação desta Lei, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei estabelecendo a previdência complementar, pública e privada, em especial para os que possam contribuir acima do limite máximo estipulado no parágrafo anterior deste artigo.

§ 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento.

§ 8º Integram o salário-de-contribuição pelo seu valor total: [...]

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: [...]

§ 10. Considera-se salário-de-contribuição, para o segurado empregado e trabalhador avulso, na condição prevista no § 5º do art. 12, a remuneração efetivamente auferida na entidade sindical ou empresa de origem.

Como se infere do inciso I, para os empregados urbanos e rurais (e ainda para os trabalhadores avulsos, não-abrangidos neste estudo) o salário-de-contribuição corresponde à totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho. Do que se deduz, ainda, do inciso I do artigo 34 da mesma Lei 8.213/91, no cálculo do valor da renda mensal do benefício dos empregados urbanos e rurais são considerados "os salários-de-contribuição referentes aos meses de contribuições devidas, ainda que não recolhidas pela empresa, sem prejuízo da respectiva cobrança e da aplicação das penalidades cabíveis".

Daí é possível inferir, desde logo, que essa categoria de trabalhadores não detém interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento de contribuições previdenciárias, pois lhes basta, para fazer jus às prestações da Previdência Social, a prova dos salários-de-contribuição, independentemente de ter havido, ou não, o efetivo recolhimento das contribuições por parte do empregador, porquanto não só as importâncias pagas pelo empregador, mas também as devidas ou creditadas a qualquer título compõem o salário-de-contribuição.

A ausência de interesse processual decorre de evidentemente inexistir necessidade de provimento jurisdicional condenando o empregador a recolher os valores das contribuições para que o empregado tenha direito às prestações devidas pela Previdência.

Caso o INSS, inadvertidamente, negue determinado benefício alegando ausência de recolhimento das contribuições, encargo que a lei atribui ao empregador, o empregado tem direito de ação em face da própria autarquia, a ser exercido perante a Justiça Federal, salvo na hipótese do

§ 3º do artigo 109 da Constituição Federal, em que a competência é delegada à Justiça Estadual.¹¹ Se nessa hipótese o empregado buscasse resolver a situação acionando o empregador na Justiça do Trabalho, caracterizar-se-ia a ausência de interesse processual não só pela desnecessidade da medida, mas também pela sua inadequação.

2.3 OS CRITÉRIOS DA LEI PARA O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES AOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS

A lei impõe tratamento diferenciado e injustificável aos empregados domésticos, em comparação com os empregados urbanos e rurais.

Para os domésticos, de acordo com o inciso II do artigo 28 da Lei 8.212/91, o salário-de-contribuição corresponde à remuneração registrada na Carteira de Trabalho e Previdência Social. Mas por aplicação do inciso III do artigo 34 da Lei 8.213/91, são computados no cálculo do valor da renda mensal do benefício "os salários-de-contribuição referentes aos meses de contribuições efetivamente recolhidas".

Ou seja, em relação aos domésticos a lei não se contenta com a prova dos salários-de-contribuição, com o que o simples débito das contribuições seria suficiente, mas exige também que as contribuições sejam efetivamente recolhidas.

A mesma Lei 8.213/91 assegura o benefício de valor mínimo ao "segurado empregado" (expressão que abrange, na sistemática da referida lei, o empregado urbano ou rural) "que tenha cumprido todas as condições para a concessão do benefício pleiteado, mas não possa comprovar o valor dos seus salários-de-contribuição no período básico de cálculo", com a oportunidade de recálculo "quando da apresentação de prova dos salários-de-contribuição".

Mas seguindo no tratamento desigual, em relação ao empregado doméstico prevê, no artigo 36:

Para o segurado empregado doméstico que, tendo satisfeito as condições exigidas para a concessão do benefício requerido, não comprovar o efetivo recolhimento das contribuições devidas, será concedido o benefício de valor mínimo, devendo sua renda ser recalculada quando da apresentação da prova do recolhimento das contribuições.

Dita lei de benefícios incorre em evidente contradição com ela própria e com a lei de custeio, pois, tal como é determinado em relação aos empregados urbanos e rurais, também no caso de relação de emprego doméstica é imposta ao empregador, e não ao empregado, a obrigação de recolher o valor da contribuição previdenciária aos cofres da Previdência, tanto da cota patronal como da cota do empregado, sendo demasiado, assim, que se venha a exigir do próprio empregado doméstico que comprove o recolhimento das contribuições, porquanto não é dele a obrigação de efetuar o recolhimento.

Talvez tenha o legislador imaginado que a possibilidade de conluio entre empregado e empregador, com intuito de lesar a Previdência, seja maior e de mais difícil fiscalização em se tratando de contratos de trabalho domésticos, pelo que o estabelecimento de maiores exigências seria uma forma de evitar a perpetração de fraudes.¹² Não é razoável, contudo, que a lei, tendo em vista o possível procedimento de uma minoria mal-intencionada, imponha excessivo ônus à generalidade dos segurados, cuja grande maioria, presume-se, age de boa-fé.

A doutrina não deixa de tecer fundadas críticas à distinção estabelecida pela lei. É oportuno, a propósito, o comentário de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior ao artigo 36 da

¹¹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]

§ 3º Serão processadas e julgadas na justiça estadual, no foro do domicílio dos segurados ou beneficiários, as causas em que forem parte instituição de previdência social e segurado, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal, e, se verificada essa condição, a lei poderá permitir que outras causas sejam também processadas e julgadas pela justiça estadual.

¹² Poder-se-ia imaginar, por exemplo, o caso de determinado empregador doméstico insolvente que, em conluio com o empregado, viesse a registrar na carteira de trabalho remuneração maior do que aquela efetivamente praticada, deixando de fazer o respectivo recolhimento e propiciando que o empregado recebesse eventual benefício em valor maior do que o devido.

Lei 8.213/91, citando inclusive jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o excerto que segue:

[...] Não há motivo que justifique o tratamento desigual conferido ao empregado doméstico neste ponto. Principalmente, se verificarmos que a Lei de Custeio responsabiliza o empregador doméstico pela arrecadação e recolhimento destas contribuições (inciso V do art. 30 e § 5º do art. 33, ambos da Lei nº 8.212/91), assim como ocorre com a empresa. Reconhecendo a iniquidade de tal dispositivo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: '*Previdenciário. Aposentadoria por idade. Empregada doméstica. Carência. Comprovação. Recurso especial. 1. O recolhimento da contribuição devida pelo empregado [sic] doméstica é responsabilidade do empregador, cabendo ao INSS fiscalizar e exigir o cumprimento de tal obrigação. 2. Preenchidos os seus demais requisitos, não se indefere pedido de aposentadoria por idade quando, exclusivamente, não comprovado o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias devidas (Lei 8213/91, art. 36). 3. Recurso Especial conhecido mas não provido.*' (REsp 272.648/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, 5 T., DJU de 04/12/2000).¹³

No entanto, apesar da crítica da doutrina e da existência de decisões judiciais afastando a exigência do artigo 36 da Lei 8.213/91, entendemos que diante do exposto teor desse artigo de lei deva ser reconhecido ao empregado doméstico o efetivo interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, sob pena de possível prejuízo na percepção dos benefícios de prestação continuada.¹⁴

A exceção, por óbvio, diz respeito aos casos em que o empregado doméstico não recebe e não faz jus a salário superior ao mínimo, porque assim sendo não teria como receber benefício previdenciário superior ao de valor mínimo.

2.4 POSSÍVEIS OBJEÇÕES

Poder-se-ia argumentar, em objeção ao entendimento ora exposto, que o empregado doméstico, em vez de pleitear a condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias, poderia simplesmente pedir, a título indenizatório, sua condenação ao pagamento das diferenças entre os valores recebidos da Previdência e os que efetivamente deveria auferir.

Em alguns casos tal solução, em tese, seria possível, visto que o empregador, por causa do inadimplemento de sua obrigação, poderia ser responsabilizado pelo prejuízo sofrido pelo empregado.¹⁵

Mas em muitos casos essa solução não será possível, visto que o prejuízo poderá consumir-se somente muitos anos após a omissão do empregador em recolher as contribuições previdenciárias, talvez no momento em que o empregado doméstico venha a implementar o tempo necessário à obtenção de aposentadoria ou quando necessite de auxílio-doença, por exemplo.

Condenar o empregador a indenizar desde logo possível prejuízo relacionado a benefício previdenciário futuro e incerto, cujas condições nem se sabe se o empregado vai oportunamente satisfazer, por óbvio é inviável. Mas da mesma forma não é razoável sujeitar o empregado ao risco evidente e concreto de vir a ser prejudicado, no futuro, por conta de infração à lei cometida pelo empregador.

¹³ ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JUNIOR, J. P. *Comentários à lei de benefícios da previdência social*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 182.

¹⁴ Assim entendemos porque o fato de existir jurisprudência em determinado sentido não confere, ao cidadão, a certeza de que na sua causa será efetivamente adotada a mesma orientação.

¹⁵ Aqui é preciso ter o cuidado de não admitir postulações abusivas, visto que, podendo o empregador solucionar prontamente o problema do empregado, regularizando o recolhimento das contribuições previdenciárias, não seria razoável impor-lhe ônus desproporcional consistente no pagamento de diferença de benefícios de prestação continuada por período extenso e de duração freqüentemente indeterminada.

Por isso que o mais adequado, na maioria desses casos, será admitir a possibilidade de o empregado doméstico pleitear, na Justiça do Trabalho, a condenação do empregador ao cumprimento da obrigação de fazer atinente ao recolhimento das contribuições previdenciárias.

Esse tipo de ação ou de pedido a ela correspondente não extrapolaria a competência da Justiça do Trabalho, mormente em face do novo teor do artigo 114 da Constituição Federal, determinada pela Emenda Constitucional 45/2004.

Com efeito, seria o caso de ação oriunda da relação de trabalho (no caso específico, da relação de emprego), a que se refere o inciso I do artigo 114 da Constituição, tendo como partes o empregado e o empregador. O INSS, embora credor da contribuição previdenciária, não seria parte no processo, podendo, contudo, nele intervir como interessado.

2.5 PROCEDIMENTO

Admitida a possibilidade de o empregado doméstico pleitear a condenação do empregador ao cumprimento da obrigação de fazer pertinente ao recolhimento das contribuições previdenciárias, e verificada a procedência da pretensão, propomos seja o empregador condenado nos termos do artigo 461 do CPC¹⁶, sendo de valiosa utilidade a fixação de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação em relação ao prazo fixado na sentença.¹⁷

Se mesmo com a ordem de pagamento sob pena de multa diária a obrigação não vier a ser cumprida, caberá a tentativa de assegurar o resultado prático correspondente, a que se refere o § 1º do artigo 461 do CPC, que pode ser viabilizado mediante a ordem de cálculo do débito, incluídos os acessórios de lei, e oportuna execução, determinando-se, após eventual resultado positivo, o respectivo recolhimento em favor do INSS e o fornecimento de certidão ao empregado para o resguardo de seus direitos previdenciários.

Diante da natureza da lide, difícil será admitir a pura e simples conversão da obrigação em perdas e danos, permitida somente em último caso pelo § 1º do artigo 461 do CPC, visto que não resolveria o problema do exequente e, por certo, também viria a revelar-se como medida infrutífera. Se não há patrimônio do devedor capaz de solver a obrigação para com o INSS, tampouco haverá para pagar perdas e danos ao exequente.

Ademais, e de todo como, como já frisado em nota acima, as perdas e danos, no caso, não corresponderiam ao valor das contribuições previdenciárias, cuja titularidade é do INSS, mas ao possível, mas nem sempre certo ou inevitável, prejuízo do empregado na percepção de determinado benefício previdenciário.

Mas sem entrar no mérito a respeito da efetiva possibilidade de garantia da execução, em tese será admissível a conversão em perdas e danos se na época da demanda os demais requisitos à percepção do benefício previdenciário já estiverem atendidos, não remanescendo dúvida sobre a efetiva consumação de prejuízo ao beneficiário, provocada pelo inadimplemento patronal no tocante

¹⁶ Aplicável subsidiariamente por força do artigo 769 da CLT, que dispõe: Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

¹⁷ CPC, artigo 461: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (artigo 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

ao recolhimento das contribuições previdenciárias. Nesse caso, como dito, o valor das perdas e danos será equivalente ao prejuízo efetivamente suportado pelo exequente.¹⁸

CONCLUSÃO

A análise sistemática da legislação leva-nos a rejeitar, quanto aos trabalhadores urbanos e rurais, a possibilidade de que detenham autêntico interesse processual na condenação do empregador ao recolhimento das contribuições previdenciárias decorrentes do contrato de trabalho. Mas convence-nos de que em relação aos empregados domésticos, em determinadas circunstâncias, essa possibilidade é admitida, especialmente em face do teor do artigo 36 da Lei 8.213/91, que condiciona o pagamento de benefícios em valor superior ao mínimo à comprovação do efetivo recolhimento das contribuições, cujo encargo é do empregador.

Estando o interesse processual devidamente demonstrado, o empregado doméstico é parte legítima para pleitear o cumprimento da obrigação de fazer pelo empregador, ainda que ele, empregado, não seja o credor dos valores relativos às contribuições, ficando assegurado ao INSS o direito de intervir na lide. Da mesma forma, é a Justiça do Trabalho competente para apreciar e julgar o feito.

Reconhecidas a legitimidade do empregado doméstico, bem como seu interesse em tal provimento jurisdicional, e ainda a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar a ação, se verificada a procedência da pretensão deve ser o empregador condenado nos termos do artigo 461 do CPC, sendo de valiosa utilidade a fixação de multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação.

Sucessivamente, se for o caso, caberá a tentativa de assegurar o resultado prático correspondente, a que se refere o § 1º do artigo 461 do CPC, mediante a ordem de cálculo do débito e oportuna execução, com posterior recolhimento dos valores ao INSS, fornecendo-se certidão ao empregado para o resguardo de seus direitos previdenciários vinculados às contribuições recolhidas.

Em princípio, a pura e simples conversão da obrigação em perdas e danos não é hábil a resolver o problema do exequente, e de acordo com o § 1º do artigo 461 do CPC deve ser admitida somente em último caso. Em tese será admissível se na época da demanda os demais requisitos à percepção do benefício previdenciário já estiverem atendidos, não remanescendo dúvida sobre a efetiva consumação de prejuízo ao beneficiário, provocada pelo inadimplemento patronal no tocante ao recolhimento das contribuições previdenciárias.

Esperamos ter atingido o objetivo a que nos propúnhamos, de fornecer subsídios para o incremento do debate a respeito da matéria, inclusive como meio de buscar o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional trabalhista nas oportunidades em que a Justiça do Trabalho é chamada a processar e julgar causas que requerem o exame de matéria previdenciária.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 38. ed. Atualizada até a Emenda Constitucional nº 48, de 10 de agosto de 2005. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Lei 8.212, de 24/07/1991**. Justiça do Trabalho. HS Editora. Notadez Sistemas Inteligentes. CD 2006. CD-ROM.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24/07/1991**. Justiça do Trabalho. HS Editora. Notadez Sistemas Inteligentes. CD 2006. CD-ROM.

BRASIL. **Lei 10.035, de 25/10/2000**. Justiça do Trabalho. HS Editora. Notadez Sistemas Inteligentes. CD 2006. CD-ROM.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30. ed. atualizada por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁸ Aqui, o resultado final seria idêntico se o empregado pleiteasse diretamente a reparação dos prejuízos, em vez de buscar primeiramente o cumprimento da obrigação de fazer, possibilidade já comentada acima.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 33. ed. atualizada por Eduardo Carrion – São Paulo: Saraiva, 2008.

CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. 7. ed. – São Paulo: LTr, 2006.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NEGRÃO, T.; GOUVÊA, J. R. F. **Código de processo civil e legislação processual civil em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, D. M. da; BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2001.

5.2. Garantia de Manutenção no Emprego: Condição de Possibilidade da Verdadeira Negociação Coletiva.

Valdete Souto Severo¹⁹

1. Introdução.

Em fevereiro de 2008, foi publicada notícia no site do TRT da Quarta Região, dando conta da Mensagem 59/2008, encaminhada pelo presidente Lula, ao Congresso Nacional, aconselhando a ratificação das convenções 151 e 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), relativas ao direito de livre organização sindical aos trabalhadores do setor público e à proteção dos trabalhadores contra despedidas sem justa causa.

Em audiência pública realizada na Câmara dos Deputados, em agosto deste ano, com o objetivo de discutir a necessidade de re-ratificação da convenção, foram opostos argumentos falaciosos, tais como o de que a convenção é obsoleta, está em dissonância com a Constituição Federal ou “atrapalharia” o mercado de trabalho²⁰. Alguns setores, especialmente representantes de grandes empresas, revelam o temor de que a incorporação dos termos da Convenção 158 ao ordenamento jurídico brasileiro possa representar um recrudescimento insustentável das relações de trabalho, outorgando estabilidade para todos os trabalhadores. A Convenção sequer trata de estabilidade. Seu principal mérito é garantir a aplicação do princípio – de resto já estabelecido no âmbito do direito civil – de motivação do ato de denúncia do contrato.

De qualquer modo, não se pode olvidar o fato de que a introdução formal dos termos da Convenção 158 da OIT em nosso ordenamento jurídico encontra forte resistência.

Para que o processo de re-ratificação se complete, ainda é necessária a ratificação pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, bem como de uma posterior manifestação do presidente, por meio de decreto. Caminho árduo e difícil de ser percorrido, dada às conjunturas atuais.

O importante é que o tema da Convenção 158 da OIT volta ao cenário das discussões jurídicas e econômicas nas relações de trabalho brasileiras. E reacende-se a discussão acerca da necessidade de ratificação (ou re-ratificação) da norma internacional.

¹⁹ Juíza do Trabalho Substituta da Quarta Região. Especialista em Processo Civil pela UNISINOS. Master em Processo do Trabalho, Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade Européia de Roma. Texto escrito em setembro de 2008.

²⁰ <http://www2.camara.gov.br/comissoes/ctasp/notastaq/nt22042008.pdf/view?searchterm=convenção%20158%20da%20OIT> (acesso em 12-9-2008)

2. O que está por trás dessa discussão.

Poderíamos discorrer longamente acerca da necessidade brasileira de efetivar a proteção contra a dispensa imotivada mediante ratificação da Convenção 158 da OIT, afrontando um a um os argumentos falaciosos anteriormente mencionados. Poderíamos destacar a irregularidade formal da denúncia efetivada pelo mesmo governo que incorporou os termos da norma internacional ao ordenamento pátrio, em 1996. Poderíamos especular acerca das consequências da ratificação da norma, no ordenamento brasileiro.

Não é esse, porém, nosso objetivo.

Pretendemos defender a desnecessidade, sequer, de nova ratificação da Convenção 158 da OIT. E não porque concordamos com os argumentos daqueles que vêem na convenção uma ameaça à saúde do mercado de trabalho ou um retrocesso em termos de política das relações de trabalho. Simplesmente porque o Brasil já possui (e nisso o representante da CNI tem razão, ao menos em parte, quando se manifesta na audiência pública de discussão da mensagem presidencial) normas suficientes para fazer valer o que a Convenção 158 da OIT tem de mais importante: o princípio da motivação dos atos de denúncia.

É bom que fique claro: somos absolutamente favoráveis à incorporação formal do texto da Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro, porque reafirmaria o preceito constitucional já vigente, trazendo elementos para a criação, por exemplo, de uma norma jurídica acerca da dispensa coletiva²¹.

Aqui, porém, defenderemos a possibilidade de aplicação imediata dos princípios contidos na Convenção 158 da OIT (ou ao menos de boa parte deles), conferindo eficácia ao artigo 7º, I, da Constituição Federal. Isso porque a norma constitucional já alberga o princípio da motivação do ato de denúncia do contrato, protegendo os trabalhadores brasileiros contra a dispensa imotivada ou abusiva. E a norma interna, como veremos adiante, confere a possibilidade de fixação de parâmetros objetivos para a aplicação do comando constitucional.

E é justamente essa proteção que a Convenção 158 da OIT pretende instaurar quando estabelece, em seu artigo 4º, que *“não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”*.

O ordenamento jurídico possui normas capazes de garantir a plena e imediata eficácia do comando contido no inciso I do art. 7º da Constituição Federal e, por consequência, do princípio da motivação do ato de denúncia do contrato de trabalho, contido na Convenção 158 da OIT.

Em realidade, é isso que está por trás da discussão – hoje reativada – acerca da incorporação dos termos da Convenção 158 da OIT ao ordenamento jurídico pátrio. A necessidade de *contaminar* o olhar do jurista com a idéia de que o dispositivo constitucional – que já determina deva a dispensa ser motivada – precisa urgentemente ser integralmente aplicado.

3. Alguns argumentos para debate.

Várias são as razões pelas quais não se sustenta mais, juridicamente, a chamada “denúncia vazia” do contrato de trabalho. No direito civil, o paradigma constitucional albergado pelo Código de 2002 determina expressamente que as partes ajam, tanto durante a execução quanto no momento de extinção dos negócios jurídicos, com boa-fé, atentando para a sua finalidade social. E há regra expressa determinando seja a denúncia devidamente motivada.

Na medida em que não discutimos mais a natureza contratual da relação de trabalho, não se sustenta a possibilidade – justamente aqui, em que lidamos com o *trabalho humano* – de resilir o contrato sem motivação válida.

²¹Em palestra proferida no Seminário de Direito Ítalo-Brasileiro, em Porto Alegre, em agosto deste ano, o professor italiano Sergio Magrini salientou que um dos méritos da norma internacional é justamente disciplinar a dispensa coletiva, motivada por crise financeira, trazendo o Sindicato para dentro da empresa, não apenas para negociar as consequências da despedida dos trabalhadores, mas também para permitir que eles não sejam surpreendidos com o ato empresarial. O Brasil não possui legislação a esse respeito e, em tal tópico, a Convenção 158 da OIT traria um avanço fundamental para o trato das relações sociais de trabalho em nosso país.

O *sensus communis* não permite, porém, que essa constatação simples e basilar faça eco nos discursos e nos posicionamentos jurídicos daqueles que operam com o direito do trabalho. Parece simples demais dizer que o contrato de trabalho, justamente por ser um contrato (negócio jurídico bilateral) está imbricado pela idéia de boa-fé objetiva segundo a qual deve haver um motivo para que um dos contratantes resolva extinguir a relação.

Tanto é assim que possuímos uma Constituição Federal com 20 anos de existência, e até hoje não conseguimos fazer valer o preceito expressamente contido no inciso I do art. 7º do texto constitucional.

Pensamos, então, em argumentos de ordem prática, que talvez auxiliem ou fomentem um pensamento crítico acerca da necessidade premente de efetivação do comando constitucional. E fomos buscá-los no discurso da flexibilização.

Um dos principais argumentos daqueles que defendem a necessidade de modernização das relações de trabalho, devolvendo aos “atores sociais” seu verdadeiro papel, é o de que precisamos acreditar na possibilidade de negociação entre trabalhadores e empregadores. É certo que esse discurso esconde as verdadeiras razões (econômicas) do movimento de fragilização / supressão (traduzido pelo eufemismo ‘flexibilização’) dos direitos sociais trabalhistas. Pois bem. Ainda assim propomos, em um exercício de diálogo democrático, conferir validade ao argumento, já que a negociação coletiva (pilar do direito do trabalho) sempre foi um importante elemento de consolidação desse direito social.

A aceitação de que é necessário fomentar a *verdadeira* negociação coletiva passa pela indispensável avaliação da possibilidade real de interação desses atores sociais (sindicato e empresa). Vale dizer: podemos concordar com o discurso de que a auto-regulação pode melhorar as relações de trabalho, mas para isso precisamos partir do pressuposto de que os atores sociais possuem verdadeiro poder de diálogo.

É nesse ponto que o discurso neo-liberal se encontra com a Convenção 158 da OIT e fornece elementos para a sustentação de que não apenas é necessário (re)ratificá-la, como também é imperioso que seu princípio fundante (a motivação dos atos de denúncia), já albergado na Constituição Federal, seja imediatamente aplicado nas relações de trabalho brasileiras.

A aplicação imediata do princípio da motivação do ato de denúncia estabelecido na Convenção 158 da OIT, com a implementação de efetivas garantias de manutenção no emprego, constitui condição de possibilidade do exercício da liberdade sindical, bem como da efetiva negociação coletiva.

4. A Necessidade de Motivação do Ato de Denúncia do Contrato de trabalho como Condição de Possibilidade da verdadeira Negociação Coletiva.

O discurso da flexibilização (e os movimentos legislativos nesse sentido) aponta para a necessidade de reafirmação da negociação coletiva como um dos pilares do direito do trabalho.

As modificações introduzidas no artigo 7º da Constituição Federal dão conta disso, ao permitirem, por exemplo, negociação coletiva acerca da compensação da jornada ou da remuneração (dois dos principais institutos do direito do trabalho). Podemos duvidar da idoneidade do argumento, quando manejado por aqueles que vêem o direito do trabalho como um obstáculo ao desenvolvimento econômico e acreditam que o ser humano deve servir ao *deus mercado*. Aqui, porém, não interessa discutir se o argumento é falacioso ou verdadeiro. Ele existe. Está em todos os discursos pró-flexibilização.

Podemos, portanto, afirmar que a proteção contra a dispensa não-motivada encontra respaldo, inclusive, no discurso liberal, já que apenas empregados protegidos contra a possibilidade de extinção repentina do posto de trabalho têm condições reais de negociar direitos trabalhistas²².

²²É importante observar que a negociação coletiva encontra limites na indisponibilidade (irrenunciabilidade) dos direitos mínimos previstos na Constituição Federal. O fato de que talvez não seja essa a negociação coletiva pretendida por aqueles que tratam da flexibilização como um processo positivo encerra um outro argumento, insuscetível de ser aqui desenvolvido.

4.1 A Importância da Negociação Coletiva.

A importância da negociação coletiva está no cerne do direito social do trabalho. Não é necessário *flexibilizar* para que os atores sociais, desde que tenham condições para isso, exerçam sua capacidade de negociação. Isso pq a origem dos sindicatos se confunde com a origem do próprio *direito* do trabalho.

A organização de um número elevado de pessoas em torno de um mesmo objetivo, dentro da fábrica, na época do capitalismo industrial, fez com que essas pessoas morassem próximas umas das outras e convivessem diuturnamente em seu local de trabalho. Essa similitude nas condições de vida (de moradia, de trabalho, de convivência) levou à consciência de classe ou grupo. Uma consciência que fez surgirem os primeiros movimentos operários instigando a criação de um conjunto de normas que protegessem o *homem-que-trabalha*.

A luta de classes forja a organização sindical, a partir de um sentimento de identidade²³. Os movimentos sindicais surgem como uma das poucas armas de resistência contra o individualismo gerado pelo sistema capitalista de produção²⁴. São a origem dos primeiros movimentos de greve e, por sua vez, responsáveis pela criação de normas limitadoras da exploração capitalista sobre o trabalho humano. Não é possível, pois, colocar em discussão a importância dos movimentos coletivos para a construção e a melhoria do que hoje concebemos como direito social do trabalho.

É preciso compreender, porém, que apenas sindicatos fortes têm verdadeira capacidade de negociação.

A onda de flexibilização das normas trabalhistas, sob o discurso de revitalização dos atores sociais, torna, pois, ainda mais imperiosa a atuação comprometida dos entes coletivos, impondo a consciência de que o movimento sindical tem que se fortalecer na base, sob pena de ver os trabalhadores irem paulatinamente abrindo mão de seus direitos fundamentais, até o ponto em que a idéia mesma de organização de classe perderá o sentido²⁵.

O movimento sindical, embora episodicamente retraído, tem condições de se revitalizar, encontrando no estágio atual do capitalismo globalizado um espaço importante de atuação. Deve assumir com compromisso o papel que o discurso neoliberal falaciosamente diz pretender atribuir-lhe.

Nesse sentido se posicionou o Sr. Herbert Passos, representante da Força Sindical, na reunião pública para discussão da re-ratificação da Convenção 158 da OIT. Em seu discurso, ele ressaltou que *"a Força Sindical também defende a ratificação da Convenção nº 158, porque ela virá trazer uma coisa de que precisamos muito, e há muito tempo, e discutimos muito entre as centrais, que é a Convenção nº 87. Sem a Convenção nº 87, que vai trazer a liberdade sindical, de as pessoas poderem optar pela sua entidade realmente representativa; acabar com o sindicalismo, que não aceitamos, as centrais sindicais não aceitam; trazer um sindicalismo mais puro, só vai ser possível com a Convenção nº 158, que não vai permitir a dispensa arbitrária"*²⁶.

Ora, se é o reforço da autonomia coletiva o que pretendem os capitalistas pós-modernos, a efetiva garantia de emprego assume caráter de condição de possibilidade.

Nas palavras de Oscar Ermida Uriarte, uma regulamentação sindical que pretenda ser legitimada em um Estado de Direito, deve garantir a liberdade sindical, que pressupõe e depende da

²³ MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política. Salário. Preço e Lucro. O Rendimento e suas Fontes*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

²⁴ Assim, se as recentes reformas liberais pretendessem realmente valorizar a autonomia coletiva, não precisariam dizer o óbvio: as negociações coletivas sempre constituíram fonte do direito do trabalho, tendo, porém, como limite, os preceitos legais vigentes.

²⁵ Qualquer semelhança com as renúncias diuturnamente trazidas ao conhecimento do Poder Judiciário Trabalhista, chanceladas em normas coletivas por sindicatos acuados, não é mera coincidência. Sem proteção contra a dispensa, os trabalhadores não podem se organizar. Não têm como fortalecer seu poder de grupo e, pois, não possuem poder de negociação.

²⁶ Notas taquigráficas da reunião pública realizada na Câmara dos Deputados, em agosto deste ano, para discussão acerca da mensagem presidencial solicitando a (re)ratificação da Convenção 158 da OIT, <http://www2.camara.gov.br/comissoes/ctasp/notastaq/nt22042008.pdf/view?searchterm=convenção%20158%20da%20OIT>, acesso em 12-9-2008.

"*preexistencia efectiva de los derechos humanos básicos*"²⁷, retratados especialmente nas normas supranacionais erigidas pela OIT.

4.2 A Proteção internacional aos direitos coletivos do trabalho.

No Brasil, há duas Convenções ratificadas, que são essenciais no que tange à proteção dos direitos coletivos do trabalho. A Convenção 98 da OIT, vigente no Brasil desde 1953 por força do Decreto Legislativo 49/1952²⁸, dispõe que os representantes sindicais não podem sofrer quaisquer tipos de "*restrições empresariais*" e que os sindicatos gozam de "*proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência*" assim compreendidas as "*medidas destinadas a provocar a criação de organizações de trabalhadores dominadas por um empregador*", a manutenção de organização de trabalhadores "*por outros meios financeiros*", com o objetivo de colocá-las "*sob o controle de um empregador ou de uma organização de empregadores*"²⁹.

A Convenção 135, também vigente no Brasil, em razão do Decreto 86/1989, dispõe que "*os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los*"³⁰, inclusive contra a dispensa, que em tal hipótese é de ser considerada abusiva.

Essa disposição vai ao encontro do que disciplina o artigo 7º, inciso I, da nossa Constituição Federal. Note-se que a aludida convenção não faz referência apenas aos dirigentes sindicais. É endereçada "*a todos aquellos que actúan en representación del sindicato o de los trabajadores*"³¹, cogitando, pois, de um núcleo essencial de normas protetivas que garantem a **todos os trabalhadores** o direito a serem dispensados apenas quando houver motivo relevante para isso.

A efetividade dessas convenções, ratificadas e incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, passa pela atribuição de eficácia imediata ao que dispõe o artigo 7º, § 1º, da Constituição Federal.

Para que os empregados possam se organizar e lutar por melhores condições de trabalho, é necessário, no mínimo, conferir-lhes a tranqüilidade de que não estarão na berlinda, podendo a qualquer momento perder sua fonte de subsistência³².

5. A Base Constitucional para a Aplicação do princípio da motivação do ato de denúncia contido na Convenção 158 da OIT.

Ao contrário do que muitos sustentam, a imediata eficácia do inciso I do art. 7º da Constituição Federal, encontra suporte na legislação vigente. O dispositivo estabelece que "*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*".

A primeira observação necessária diz com a redação expressa do *caput* do artigo em exame. Ao estabelecer quais sejam os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores brasileiros, o texto alberga todos os demais direitos (ali não explicitados) *que visem à melhoria de sua condição social*.

²⁷ URIARTE, Oscar Ermida. *Sindicatos en Libertad Sindical*. 2ª ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1999, p. 61.

²⁸ SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994, p. 204.

²⁹ Idem, *ibidem*.

³⁰ Idem, p. 307.

³¹ URIARTE, Oscar Ermida. Op. Cit., p. 51.

³² Exatamente por isso, Oscar Ermida Uriarte, na mesma obra citada, assevera que a proteção contida na Convenção 135 da OIT, ratificada tanto pelo Brasil quanto pelo Uruguai – país de origem desse doutrinador – não se destina a proteger o trabalhador individualmente considerado, mas tem por objeto a proteção da própria liberdade sindical, impensável em circunstâncias diversas. Uriarte menciona que "*Esto es así porque el bien jurídico tutelado por el fuero sindical no es solamente el derecho al empleo del trabajador afectado, sino la propia libertad sindical y, más precisamente, el derecho al desarrollo de la actividad sindical, lo que solo recibe 'adecuada protección' (como lo pide el Convenio 98) con la reincorporación real del trabajador*". Así lo ha entendido el Comité de Libertad Sindical de la OIT, al declarar que "*en ciertos casos en que en la práctica la legislación nacional permite a los empleadores, a condición de que paguen la indemnización prevista por la ley en todos los casos de despido injustificado, despedir a un trabajador incluso si el motivo real es su afiliación a un sindicato o su actividad sindical, no se concede una protección suficiente contra los actos de discriminación antisindical mencionados en el Convenio número 98' y así también lo postula la recomendación 143 que establece que 'una reparación eficaz' del despido de los representantes laborales debe comprender el reintegro de los mismos a sus puestos (artículo 6, numeral 2, literal d)'*" (p. 52).

As normas internacionais sobre direitos humanos estão inseridas no conceito de “outros direitos”, como torna clara a dicção do art. 5º da Constituição Federal.

Com efeito, o § 2º do artigo 5º da norma constitucional reforça o *caput* do art. 7º, quando estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

O artigo quinto da Constituição Federal, quando trata dos direitos fundamentais, consolida a orientação da doutrina constitucional acerca da necessidade de observância dos princípios que orientam um ordenamento jurídico, quando da interpretação e aplicação de suas normas. Princípios dentre os quais podemos destacar, em âmbito geral, o da boa-fé objetiva e o da finalidade social dos negócios jurídicos. Em âmbito específico, devemos necessariamente lembrar do princípio da proteção, a determinar – por exemplo – a hierarquia dinâmica das fontes formais do direito do trabalho e o respeito intransigente do núcleo mínimo de direitos sociais positivados.

Além disso, traz para o âmbito dos direitos e garantias fundamentais todos os direitos garantidos em “*tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

O Brasil é membro da OIT e assinou a Convenção 158 em Genebra, em 22 de junho de 1982³³. A recepção no âmbito interno (e posterior denúncia, válida ou inválida que seja) em nada altera o fato objetivo de que sendo membro da OIT e tendo assinado a Convenção 158, no momento de sua edição, o Brasil tem o compromisso, assumido em 1982, de adequar suas normas internas às suas disposições.

Nos termos do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, as normas contidas no pacto internacional que estamos examinando são plenamente aplicáveis em âmbito interno, na medida em que o Brasil, como membro da OIT, assinou a Convenção 158 e, pois, tem compromisso de efetividade com seus termos. É claro que aqui deveríamos ingressar na longa discussão doutrinária acerca da incorporação de tratados internacionais. Para além da definição da adoção da teoria monista ou da dualista (ambas passíveis de serem sustentadas com base em dispositivos insertos na nossa Constituição Federal) precisamos assumir o fato de que o constituinte optou claramente pela inserção imediata dos tratados internacionais relativos a direitos fundamentais. E dentre eles está a Convenção 158 da OIT, que trata do direito fundamental do trabalho.

No que tange à eficácia das normas constitucionais que versam a propósito de direitos fundamentais, é importante recordar lição de Ingo Sarlet, no sentido de que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental” acaba por atrair “o conteúdo de todos os direitos fundamentais”. Mais do que isso: “exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões”, na medida em que lhes negar eficácia equivaleria a negar “a própria dignidade”³⁴.

Os direitos sociais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja em sua dimensão positiva, “constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana”³⁵, valor fundamental do nosso Estado Democrático de Direito, como preconiza o artigo 1º da Constituição Federal vigente. Como tal, seu comando imperativo deve ser concretizado (maximizado) pelas normas infraconstitucionais.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal, dispõe expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Pois bem. É direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais a “*relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem*

³³O percurso de ratificação e posterior denúncia da referida Convenção 158, em âmbito brasileiro, é de envergonhar. Em 16-9-1992, o então Senador Mauro Benevides, presidente do Senado Federal, assinou o Decreto Legislativo nº 68 de 1992, aprovando o texto da Convenção nº 158 da OIT, sobre o término da Relação do Trabalho por Iniciativa do Empregador. Em 10-4-1996, mediante o Decreto n. 1855, o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, promulgou a aludida convenção. O texto do decreto refere que “a Convenção número 158, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982, apensa por cópia ao presente Decreto, deverá ser executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém”. Menos de um ano depois, em 20-12-1996, o mesmo Presidente Fernando Henrique Cardoso faz publicar o Decreto n. 2100, pelo qual tornou pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158, sem qualquer justificativa.

³⁴SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84.

³⁵ Idem, p. 90.

justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos'. Trata-se, pois, de norma de aplicação imediata. E sua aplicação passa pelo que estabelece a Convenção 158 da OIT, cuja aplicabilidade (igualmente) imediata em âmbito interno é expressamente autorizada pelo parágrafo segundo do mesmo artigo quinto.

De tudo isso extrai a conclusão de que não falta comando legal. Falta apenas uma compreensão autêntica do direito. Falta o comprometimento com uma hermenêutica constitucional intervencionista que pretenda transformar em fato o direito consagrado na norma.

A Constituição Federal inverte a lógica do raciocínio individualista e isso não pode ser ignorado nem mesmo pelas recentes alterações legislativas. A adoção da solidariedade, da justiça e da dignidade humana, como parâmetros do ordenamento jurídico, determina que as regras sejam examinadas sob a ótica da coletividade, sem que se perca de vista o ser humano.

A resistência injustificada em concretizar o comando constitucional de proteção contra a despedida arbitrária e sem justa causa não prejudica apenas trabalhadores isoladamente considerados. Compromete a existência de um movimento sindical sério e orientado para a busca de concretização e manutenção de direitos fundamentais. Por isso, nega a função social garantidora do direito do trabalho, como instrumento de realização da dignidade do homem-trabalhador³⁶.

À alegação de que o Brasil não disciplinou a matéria no âmbito interno, editando lei que diga como o trabalhador será protegido contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, opomos as regras da CLT, da Lei 9.029/95 ou do Código Civil vigente.

6. A Base Infra-constitucional do princípio da motivação do ato de denúncia do contrato de trabalho.

Os princípios da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, que figuram como fundamentos da República brasileira, implicam a mudança de paradigma da qual falamos anteriormente. Em lugar do individualismo, assume importância a solidariedade.

E esse novo paradigma é expresso, na legislação comum, pela denominada *função social* do contrato³⁷. Com o novo texto constitucional, inverte-se a lógica e o homem passa a ser visto sob a ótica da relação com seus pares. Desloca-se, pois, a 'vontade' (antes um elemento essencial do contrato) para a condição de elemento agregado à função social a ser exercida pelo pacto firmado³⁸.

Com isso, a finalidade social passa a constituir característica inerente a todas as espécies de contrato. É o novo paradigma – da solidariedade – sendo consolidado pelo Código Civil de 2002.

À noção mesma de contrato soma-se uma finalidade específica que contamina o conceito desse instituto jurídico, de modo a ser inconcebível a realização de um negócio, cujo escopo deixe de atender a função social que justifica sua existência³⁹.

O artigo 421 do Código Civil estabelece a finalidade social como objetivo e limite para o exercício pleno do poder-dever de contratar. Dispõe que *"a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"*. No caso das relações de trabalho, essa função social determina, necessariamente, a motivação quando da denúncia do vínculo, de modo que as partes estejam obrigadas a agir com lealdade e correção nos atos que incidam diretamente na relação de trabalho, inclusive após ou por ocasião de sua denúncia, motivando seus atos.

No mesmo sentido, o artigo 422 do Código Civil diz que os *"contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé"*. A boa-fé objetiva constitui princípio geral do direito cuja aplicabilidade certamente não pode ser

³⁶Nesse sentido: Em Defesa da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho. *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária*, Caxias do Sul: Plenum, n. 4, jan./fev. 2006. 1 CD-ROM.

³⁷A função social como algo que se agrega ao contrato e que contamina a sua existência mesma, é introduzida como regra em nosso ordenamento jurídico a partir da Constituição Federal de 1988, consolidada pela edição de leis específicas, como o Código de Defesa do Consumidor, e ampliada mediante a edição do novo Código Civil.

³⁸ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a Solidariedade Social. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 134.

³⁹ Ao funcionalizar o contrato, o ordenamento jurídico, em realidade, condiciona a liberdade de contratar ao cumprimento de uma função social (Op. Cit., p. 135).

olvidada no âmbito das relações de trabalho. Em realidade, nenhuma outra legislação aplica melhor tal princípio, do que aquela contida na Consolidação das Leis do Trabalho. O artigo 9º da CLT, para citar apenas um exemplo, é hipótese clara em que a cláusula contratual é de ser considerada abusiva e, pois, nula para todos os efeitos legais, por olvidar a função social do contrato de trabalho.

É no âmbito das relações de trabalho – por sua peculiar circunstância de que o trabalho humano é indissociável do homem-que-trabalha – portanto, que as regras a propósito do abuso do direito, da boa-fé objetiva e da função social do contrato devem ser aplicadas com ainda maior rigor.

Essas qualidades agregadas à liberdade contratual, inseridas de modo definitivo após a nova ordem constitucional, fazem como que a liberdade individual ceda espaço ao bem comum. Em lugar da 'vontade' individual, como elemento nuclear do contrato, passa a figurar o 'interesse social'⁴⁰.

A noção de finalidade social passa pela percepção de que os negócios jurídicos, embora interpessoais, devem estar comprometidos com a necessária busca de uma sociedade saudável, organizada, formada por seres humanos incluídos na ordem econômica e social vigente, que tenham a possibilidade de sobreviver e de atuar no meio em que vivem.

A observância da finalidade social de um contrato de trabalho, extinguindo-o apenas quando houver um motivo justificado, implica conceder ao homem – destinatário das normas jurídicas e razão de ser da organização econômica e social – a possibilidade de sobreviver física e mentalmente, e de intervir, com seu labor, no ambiente e na comunidade da qual faz parte. Isso porque a garantia de que não será dispensado apenas porque seu superior imediato está de mal-humor permite – sobretudo em um país como o Brasil, em que os empregos são escassos – que o empregado tenha tranquilidade para exercer suas tarefas, interagir em sua comunidade e programar seu futuro.

Não é por acaso que atualmente apenas o setor público se dá ao luxo de exercer o direito constitucional de greve. Apenas os empregados públicos, com a garantia de que não serão dispensados imotivadamente, podem lutar por melhores condições de trabalho e planejar um futuro a médio ou longo prazo. Isso faz diferença não apenas para o trabalhador diretamente afetado. Faz diferença para a família dele. Para as pessoas que com ele convivem e, inclusive, para o comércio da comunidade em que está inserido. Um trabalhador que não sabe como será o dia de amanhã e não possui garantia alguma de que continuará empregado no próximo mês, não tem condições de consumir a médio ou longo prazo.

Por isso a garantia de manutenção no emprego ou a exigência de motivação para o ato de denúncia é expressão do princípio da finalidade *social* do contrato. Atende interesse que ultrapassa o âmbito individual. Atinge diretamente o ideal de organização de uma sociedade saudável e equilibrada.

Precisamos reler – com base no paradigma da solidariedade e do privilégio à dimensão plural do homem introduzido pela Constituição Federal de 1988 – o conceito de abuso de direito, para o efeito de considerar abusiva a despedida injustificada, por atentar contra a finalidade social do contrato.

A responsabilidade contratual que daí decorre legitima o entendimento de que "*el trabajador sepa que manteniendo buena conducta, respetando sus deberes, nunca habrá de perder la fuente de trabajo*"⁴¹, porque essa é também a sua fonte de sobrevivência em uma sociedade capitalista como a nossa.

7. Os Parâmetros da norma trabalhista que permitem a aplicação imediata do princípio da motivação na denúncia do contrato de trabalho.

No âmbito interno, existem normas que permitem a efetivação da proteção contra a dispensa e conceituam o que deve ser considerado ato arbitrário.

⁴⁰ FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Op. Cit., p. 135.

⁴¹ Nesse sentido é o entendimento de Helios Sarthou, retratado em sua obra: SARTHOU, Helios. *Trabajo, Derecho y Sociedad. Tomo II. Estudios de Derecho Individual del Trabajo*. Montevideo: Fundación Cultural Universitaria, 2004, p. 83.

O artigo 165 da CLT, quando conceitua despedida arbitrária dos representantes dos empregados na CIPA, dispõe que *"os titulares da representação dos empregados nas CIPA's não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro"*. Em seu parágrafo único dispõe que *"ocorrendo a despedida, caberá ao empregador, em caso de reclamação à Justiça do Trabalho, comprovar a existência de qualquer dos motivos mencionados neste artigo, sob pena de ser condenado a reintegrar o empregado"*.

A CLT garante ao representante da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, portanto, não apenas a necessidade de motivação da denúncia do contrato de trabalho, como também a tutela da reintegração para a hipótese de não-observância da regra.

Do mesmo modo, a Lei nº 9.029 de 1995 proíbe *"a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade"* (art. 1º). Dispõe em seu artigo quarto, que *"o rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta lei, faculta ao empregado optar entre: I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais; II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais."*

É fácil constatar, portanto, que a regra infraconstitucional já definiu o que é uma despedida arbitrária, bem como qual a consequência jurídica desse ato para o empregador. Existe lei. Basta aplicá-la.

Trata-se de tutela real, a exemplo do que ocorre na Itália. Lá, porém, a regra geral (e não apenas para a dispensa arbitrária) é a de que o ato de denúncia do contrato deva ser motivado, sob pena de reintegração no emprego, excetuada a hipótese de empregador com menos de 15 empregados⁴².

No Brasil, vimos que a dispensa arbitrária já é disciplinada, tendo como consequência a reintegração ou, a escolha do empregado, o pagamento de indenização significativa.

Quanto à motivação da dispensa, o artigo 482 da CLT oferece parâmetros para a aplicação da proteção contida no texto constitucional⁴³. Nas hipóteses ali relacionadas (algumas delas de duvidosa constitucionalidade, tal como a embriaguez habitual) considera-se justificada a dispensa, para o efeito de permitir que o ato do empregador seja válido e, pois, produza seus efeitos jurídicos.

Tal dispositivo estabelece as hipóteses taxativas que *"constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador"*. O elenco não é uniforme. Algumas hipóteses realmente determinam a quebra da fides necessária para a continuidade do contrato de trabalho, tais como a *"negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena"* ou a *"violação de segredo da empresa"*.

Outras são tão genéricas, que permitem uma discricionariedade muito grande e incompatível com o caráter contratual da relação de trabalho. São exemplos as referências a *"ato de improbidade"*, *"incontinência de conduta ou mau procedimento"*, *"desídia no desempenho das respectivas funções"* ou *"ato de indisciplina ou de insubordinação"*.

A embriaguez habitual, embora ainda conste no dispositivo, já vem sendo afastada pela jurisprudência, por constituir doença prevista pela Organização Mundial de Saúde. E, cogitando-se

⁴²A tutela denominada *"tutela reale"* do direito italiano está disciplinada no art. 18 da Lei 300 de 1970, denominada *Statuto dei Lavoratori*, assim redigido *"Ferma restando l'esperibilità delle procedure previste dall'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'articolo 2 della legge predetta o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato stesso, ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro"*.

⁴³WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004, p. 320.

de doença, deve o empregado ser encaminhado para atendimento médico⁴⁴, e não simplesmente despedido.

O que nos interessa, porém, para esse estudo, é perceber que já temos o elenco de situações que configuram motivo justo para a dispensa, aos quais se agregam, nos termos da Convenção 158 da OIT, motivos afetos às *"necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço"*.

8. Considerações Finais.

A discussão acerca da necessidade de *re-ratificação* da Convenção 158 da OIT, para inseri-la no ordenamento jurídico brasileiro, tem como mérito principal lembrar algo que, embora presente há vinte anos, vem sendo esquecido.

Em 1988, a Constituição Federal brasileira consolidou uma luta de décadas pela necessidade de supremacia dos direitos sociais sobre aqueles de caráter predominantemente econômico. Uma luta travada em nível mundial, como resposta à capacidade humana de segregação e de auto-destruição, revelada com a segunda grande guerra.

A teoria dos direitos fundamentais triunfou em nossa carta política, mas não mudou o imaginário daqueles que aplicam suas regras.

É claro que de 1988 para cá já conseguimos muitos avanços. O direito civil tem sido um professor exemplar na consolidação de normas e de orientações jurisprudenciais que confirmam a adoção do paradigma da solidariedade, em lugar do individualismo que antes reinava soberano em nosso ordenamento. A Justiça do Trabalho se revela preocupada com a saúde do trabalhador e com as consequências sociais do desemprego estrutural gerado pelo sistema. Isso, porém, não tem sido suficiente para que a Constituição Federal seja lida com *olhos de quem vê*.

O ressurgimento da matéria relativa à Convenção 158 da OIT torna evidente a dificuldade que temos de efetivar o texto constitucional. A reunião pública realizada recentemente na Câmara dos Deputados, com representantes das grandes indústrias, do comércio, dos trabalhadores e da política nacional, expõe nossa miopia crônica.

O medo de que ninguém mais possa ser despedido parece obscurecer o fato de que as normas já existentes no Brasil consagram a necessidade de motivação do ato de denúncia. Nega a realidade de que não é mais possível – diante do ordenamento que *já possuímos* – defender juridicamente a denúncia vazia de um negócio jurídico (especialmente de um negócio jurídico contaminado pela idéia de proteção ao trabalho humano).

Falamos na necessidade de reativar o diálogo social entre trabalhadores e empregadores, mas esquecemos – propositadamente – que essa negociação existirá apenas na medida em que os trabalhadores não se sentirem mais com a espada da despedida imotivada sob suas cabeças.

Os preceitos gerais de boa-fé objetiva, de coibição do abuso de direito e da observância da finalidade social do contrato já indicam a incoerência de afirmarmos ser a relação de trabalho algo de natureza contratual e, ainda assim, continuarmos permitindo que um dos pólos da relação tenha poderes maiores (quase ilimitados) em detrimento do outro.

O total esvaziamento do exercício do direito de greve, assim como as convenções coletivas cada vez mais recheadas de renúncias a direitos legalmente estabelecidos revelam a incoerência de pretender um reforço do movimento sindical trabalhista sem por em prática o princípio da motivação do ato de denúncia.

⁴⁴Nesse sentido: "RECURSO DE REVISTA. INQUÉRITO PARA APURAÇÃO DE FALTA GRAVE. ALCOOLISMO. JUSTA CAUSA. O alcoolismo crônico, nos dias atuais, é formalmente reconhecido como doença pela Organização Mundial de Saúde - OMS, que o classifica sob o título de síndrome de dependência do álcool, cuja patologia gera compulsão, impele o alcoolista a consumir descontroladamente a substância psicoativa e retira-lhe a capacidade de discernimento sobre seus atos. Assim é que se faz necessário, antes de qualquer ato de punição por parte do empregador, que o empregado seja encaminhado ao INSS para tratamento, sendo imperativa, naqueles casos em que o órgão previdenciário detectar a irreversibilidade da situação, a adoção das providências necessárias à sua aposentadoria. No caso dos autos, resta incontroversa a condição do obreiro de dependente químico. Por conseguinte, reconhecido o alcoolismo pela Organização Mundial de Saúde como doença, não há como imputar ao empregado a justa causa como motivo ensejador da ruptura do liame empregatício. Recurso de revista conhecido e provido". (RR - 1864/2004-092-03-00, PUBLICAÇÃO: DJ - 28/03/2008, Rel Lélío Bentes Correa)

As regras específicas da CLT trazem o conceito dos termos contidos no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal, definindo o que é arbitrário ou não-motivado, no que concerne à denúncia do contrato de trabalho. A Lei 9.029, de 1995, também traz parâmetros do que se considera, em nosso Estado Democrático de Direito, uma dispensa abusiva.

O que está faltando para que nós, operadores do direito do trabalho, leiamos as regras jurídicas que ajudamos a aprovar (e bem assim o texto constitucional) com olhos de quem vê na relação de trabalho um negócio jurídico de mão dupla? Um negócio que se estabelece entre seres humanos e cuja comutatividade só pode sofrer desequilíbrio para o efeito de proteger o trabalho humano?

A nossa aplicação atual do direito do trabalho faz exatamente o contrário. Aceita a natureza contratual da relação. Compreende que o princípio da proteção é o que justifica sua regulação especial. Não discute a natureza social desse direito. Admite a sua especial característica, pela qual o *objeto* não se destaca do sujeito que o produz. E mesmo assim, aplica o direito favorecendo, de modo escandaloso e anti-jurídico, o lado supostamente mais forte da força.

É o que fazemos, quando admitimos que o empregador exerça um imoral (e ilegal no âmbito dos negócios jurídicos) *direito potestativo* de resilir o contrato de trabalho, sem qualquer motivação. Perdemos tempo discutindo os supostos impactos econômicos de algo que o nosso ordenamento jurídico já estabelece a vinte anos, mas que infelizmente até hoje não conseguimos aplicar.

Já é hora de assumirmos um compromisso com o texto constitucional vigente. Não precisamos de nova lei. Não precisamos da *re-ratificação* da Convenção 158 da OIT. Precisamos apenas aplicar a Constituição Federal.

É direito – diz nosso pacto social – “dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - **relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa**, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. A leitura é simples: para despedir, tem que motivar. E o motivo deve ser lícito e relevante.

O trabalho não é uma mercadoria. Com essa afirmação, o Tratado de Versalhes introduz no mundo do trabalho a idéia de que argumento algum, de ordem meramente econômica, poderá suplantar a consciência jurídica de que o homem, aquele para quem as normas jurídicas são criadas, está no centro dos interesses sociais. E é esse o homem que trabalha. E esse homem deve ser respeitado.

Está na base da idéia de respeito ao ser humano, a premissa consagrada na Convenção 158 da OIT e na Constituição Federal brasileira, de que os atos de denúncia do contrato de trabalho devam ser motivados.

Já passou da hora de aceitarmos (e aplicarmos) o princípio da motivação do ato de denúncia, que já impera nas relações jurídicas de natureza civil, em que a paridade substancial entre as partes é presumida, também no âmbito das relações de trabalho!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a Solidariedade Social. SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MARX, Karl. *Para a Crítica da Economia Política. Salário. Preço e Lucro. O Rendimento e suas Fontes*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARTHO, Helios. *Trabajo, Derecho y Sociedad. Tomo II. Estudios de Derecho Individual del Trabajo*. Montevideo: Fundación Cultural Universitaria, 2004.

SOUTO MAIOR, Jorge. Em Defesa da Ampliação da Competência da Justiça do Trabalho. *Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária*, Caxias do Sul: Plenum, n. 4, jan./fev. 2006. 1 CD-ROM.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*. São Paulo: LTr, 1994.

URIARTE, Oscar Ermida. *Sindicatos en Libertad Sindical*. 2ª ed. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 1999.

WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida Abusiva. O Direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, 2004.

5.3. A Greve Virtual: O Projeto de Lei Italiano nº 1.170 de 2008.

Manuel Martín Pino Estrada.

Mestre em Direito pela UFRGS. Professor de Direito do Trabalho e Direito Informático.

Membro da Sociedade Brasileira de Teletrabalho e Teleatividades.

Sumário: 1. Introdução. 2. A greve virtual: panorama e conceito. 2.1. Características da greve virtual. 2.2. O projeto de lei italiano nº 1170 de 2008. 2.3. Críticas à greve virtual. 3. O projeto de lei italiano em sua versão original. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

As mudanças nas relações sindicais nos últimos anos devido aos avanços tecnológicos e ao processo de globalização cada vez forte devido à internet fizeram os sindicatos reverem as suas formas de manifestação, protestos e também na maneira de fazerem as paralisações e greves, uma destas é a greve virtual, que na Itália já é comentada desde 1997 com Marco Biagi e desde 2008 entrou em destaque com o projeto de lei nº 1170 tentando regulamentá-la, promovendo debates e discussões entre trabalhadores e empregadores, juristas e interessados na área do direito do trabalho por ser uma alternativa de negociação entre as duas partes envolvidas na relação de trabalho.

O projeto de lei em questão dá conceito de greve virtual, trata sobre os beneficiados e como seria a negociação em si, e o mais interessante, sem afetar os usuários dos serviços prestados pelos trabalhadores, mas como a própria doutrina sobre o tema começa a dizer, sem uma organização prévia e sem uma colocação clara de regras claras esta greve virtual poderá tender ao fracasso.

2. A greve virtual: panorama e conceito

Na Itália o Governo deste país prepara lei da greve virtual que impede trabalhadores de faltar ao serviço em dias de paralisação. O governo italiano está estudando um projeto de lei para regular as mobilizações laborais, prevendo a introdução de "greves virtuais" com o objetivo de garantir os serviços mínimos. De acordo com a imprensa italiana, o projeto de lei prevê que alguns profissionais, cujos serviços são classificados como "essenciais" fiquem obrigados a aderir à greve de forma virtual.

Na prática, a greve virtual permite que trabalhadores expressem o seu protesto na internet, mas obriga-os a comparecer nos locais de trabalho para assegurar os seus serviços. No caso dos transportes, a realização de uma greve terá de ser referendada pelos funcionários, a menos que a paralisação seja convocada por sindicatos que representem mais de metade dos trabalhadores do setor.

Raffaele Bonanni, líder de um dos sindicatos mais importantes de Itália, mostrou-se contra a adesão individual à greve, mas aplaudiu a introdução da greve virtual para alguns trabalhadores. O secretário do Partido Refundação Comunista, Paolo Ferrero, anunciou greves caso estas novas normas se confirmem, por considerar que elas "atacam o trabalho e a democracia". Massimo

Donadi, porta-voz da Câmara dos Deputados de Itália, afirmou que a greve virtual é "uma ideia ridícula" e que é "outro exemplo da corrente autoritária do governo de Berlusconi"⁴⁵.

Segundo Marco Biagi, considerado o primeiro italiano em estudar a greve virtual em 1997, a define como um conjunto de ações de protesto que comportam o sacrifício econômico de ambas as partes, não provocando a suspensão ou interrupção do serviço público. O valor do sacrifício/dano econômico suportado pelas partes pode ser devolvida a um fundo gerido bilateralmente pelas partes⁴⁶.

No projeto de lei 1170 italiano encontra-se a definição mais atual na literatura trabalhista italiana que prevê greve virtual hoje para significar **"a forma coletiva de manifestação que um sindicato ou uma coligação com outros podem escolher para proclamar, em comparação com a tradicional greve, especialmente em uma área de serviço público, a fim de exercer pressão sobre outros aspectos em um direto e impacto imediato sobre o seu orçamento, mas sem prejuízo para os usuários do serviço ou na comunidade e sem a destruição de patrimônio"**⁴⁷. Após a declaração de uma greve virtual, os trabalhadores que participam continuam desenvolvendo as suas funções regulares, no entanto, renunciam aos seus salários, enquanto a empresa é obrigada a dedicar a uma utilidade social anteriormente identificada uma soma igual a um múltiplo de mesmo montante das receitas. Nesta versão mais sofisticada, a oportunidade de desfrutar da greve virtual pressupõe a existência de um acordo coletivo que prevê e define a modalidade de aplicação.

O custo da greve virtual, o empregador deve normalmente ser avisado pelo instrumento coletivo, seja ele comercial ou industrial, pela multiplicação dos ganhos perdidos pelos trabalhadores para um múltiplo que torna o custo da manifestação na medida do possível, equivalente ao custo de uma tradicional greve. Deve-se notar aqui que, nos serviços públicos e em particular nos transportes urbanos, as greves hoje tradicionais frequentemente produzem um custo muito pequeno, mesmo quando estas não conduzem a efeitos positivos sobre o seu orçamento.

Na Itália a greve virtual já existiu em alguns acordos coletivos em vários setores, especialmente de empresas que desenvolvem serviços de emergência por helicóptero (quando há um aumento no pagamento de uma carga igual a 100 por cento e 200 por cento, respectivamente no caso da segunda e terceira greve na mesma disputa) e na gestão dos médicos veterinários e Serviço Nacional de Saúde). É o objeto de estudo na Itália há mais de uma década: o primeiro juslaboralista que escreveu sobre o assunto é Marco Biagi, com o artigo "Virtual Strike: hipótese difícil, mas não impossível", no "Il Sole 24 Ore", de 13 de junho de 1997. Nos últimos anos, o problema tem vindo a ser objeto de numerosos estudos jurídicos: ver, entre outros E. Gianfrancesco, "Observações constitucionais sobre a greve virtual", em "Massimario Diritto del Lavoro", 2005, páginas 324-335; acima, o mesmo autor escreveu "Os serviços públicos essenciais e virtual greve: a perspectiva constitucional", em CGS Newsletter «órgão da Comissão de Garantia, n. 1 / 2001, páginas 33-36; "G. Prosperetti, A evolução da greve virtual em serviços públicos essenciais", no Relatório da Comissão em 1 de Outubro de 2001-31 de Julho de 2002, Roma, Poligrafico Estado, páginas 56-60; Mariella Magnani, A greve virtual", em CGS Newsletter, n.º 1-2/2004, páginas 3-4; Pietro Ichino, "O que faz a união", Milão, Mondadori, 2005, § 68. Durante vários anos, a Comissão foi utilizada para promover a disseminação de acordos desse tipo (ver o relatório aos presidentes das secções sobre a Comissão em 2003, o Presidente da Comissão Garantia Antonio Martone, Em 'Newsletter CGS, n.º 3 / 2003, página 15.

Em geral, é partilhada por todos os estudos, já que mesmo que os acordos sobre esta questão não necessitam autorização legislativa para ser validamente concluídos, a divulgação de tais acordos e deste tipo de manifestação sindical em lugar da greve tradicional provocou a feitura de um projeto de lei, que por enquanto não foi aprovado, mas que pelo menos existe um a respeito do tema.

2.1. Características da greve virtual

⁴⁵ Site da Central de Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil http://portalctb.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=4021. Acesso em 26/06/09

⁴⁶ RICCARDI, Francesco. Biagi: L'attualità del suo pensiero. In Revista Avvenire è Lavoro, Roma – Itália, 18/03/2009.

⁴⁷ Negritado pelo autor.

Uma greve virtual funciona assim: os trabalhadores continuam trabalhando normalmente e a empresa continua produzindo sem interferências, porém, nenhuma das partes recebe um pagamento. Os trabalhadores perdem os seus salários e o empregador perde seus benefícios durante a greve. Só que, durante a greve virtual os trabalhadores trabalhariam para nada e o empregador desistiria de suas receitas. Esse dinheiro poderia ir ao Tio Sam ou para uma instituição de caridade. Ou o produto poderia ser dado para os clientes. Durante uma greve virtual não existe interrupção para o resto da economia.

A greve virtual não pode ser um incentivo. Por exemplo, numa greve virtual, os trabalhadores não ganham os seus salários (como numa greve comum), mas ainda suportam um esforço imenso, porém, existe um ganho no âmbito da reputação na sociedade, mesmo assim, aparece como menos conveniente em comparação com uma greve normal.

A greve virtual não pode ser dificultada por erros de coordenação. Para realizar uma greve virtual as partes devem necessariamente estar em acordo nas regras e procedimentos respectivos, especificamente na questão da transferência do dinheiro dos salários e as receitas do empregador para o fundo. Em resumo, na greve virtual existem regras e que devem ser obedecidas para que não caia na unilateralidade.

A greve virtual não pode ser desencorajada pelo regime de impostos. Se o Código Tributário Nacional não isenta o dia de trabalho do imposto de renda numa greve virtual, o trabalhador paradoxalmente teria que pagar impostos sem receber seus salários. Para enfrentar o empregador, o trabalhador poderá escolher entre a greve virtual onde haverá um esforço, pagará taxas e transfere o seu salário, e a greve normal onde não há esforço exercido, e sem produção de salário não haverão impostos a serem pagos. Está muito claro que o terceiro argumento misturado com o primeiro pode dar uma greve virtual com alguns atrativos para o trabalhador.

A greve virtual não é contra os interesses gerais do sindicato e associações de empregadores. A greve virtual pode minar a economia política dos sindicatos e associações de empregadores. Sem dúvida, a greve virtual altera o tipo de ferramentas que foram usadas pelos sindicatos e empregadores anteriormente para resolver os seus opostos interesses por mais de um século. Apesar de que a greve virtual requer mais coordenação que uma greve comum, poderia ajudar a fortalecer as regras destas organizações⁴⁸.

2.2. O projeto de lei italiano nº 1170 de 2008

Este projeto é iniciativa dos senadores ICHINO, TREU, MORANDO, BRANCO, CECCANTI, ROILO, Perduca, Poretti, Adragna, BLAZINA, BIONDELLI, Ghedina, MAZZUCONI, Nerozzi, Passoni, Sangalli, Tonini e VIMERCATI, enviado à Presidência em 30 de Outubro de 2008, sendo os comentários a seguir:

Artigo 1º da proposta de definição legislativa é normalmente necessária para definir com precisão a situação abrangida pela isenção e pagar imposto sobre os montantes resultantes da dedução feita pelo empregador sobre os ganhos dos trabalhadores que participam em greve virtual. Aqui, em particular, afirma que a greve e, em particular a virtual cria obrigações para as partes na relação de trabalho e que devem ser definidas por um instrumento coletivo, que pode ser feito em qualquer nível.

Artigo 2º indica os muitos aspectos do novo caso sujeitos à disciplina citados e abrangidos pelo acordo coletivo, ditando um modelo padrão, que é aplicável apenas quando a falta de disciplina coletiva, em particular as modalidades para a proclamação, e a execução virtual de greve pelo prestador e do empregador, o destino das verbas resultantes do mesmo, a possibilidade de que o desfecho do litígio, ser preparado por acordo, a empresa reembolsar a totalidade ou parte do dinheiro arrecadado com as partes interessadas.

O artigo 3º prevê a criação, em cada empresa em causa, de um fundo para que o dinheiro virtual fluxos decorrentes da greve. Além disso, regulamenta a gestão do fundo confiada a uma comissão composta principalmente por representantes dos trabalhadores, mas dando o representante da entidade patronal um poder de veto sobre as decisões do Comitê da atribuição dos

⁴⁸NICITA Antonio et al. The case for the virtual strike: an appraisal of the italian proposal. In Quaderni del Dipartimento di Economia Politica nº 557 da Università Degli Studi di Siena, fevereiro de 2009.

montantes disponíveis, e que não cumpram com as disposições do acordo colectivo estabelecer ou de acordos celebrados nesta matéria. Por último, uma solução muito magra, a arbitragem para qualquer disputa sobre a atribuição de tais quantias.

O artigo 4º prevê a isenção de tributação dos montantes retidos ao trabalhador participante virtual em greve, afirmando, no entanto, a cessação do benefício em todos os casos em que os montantes são os mesmos para outros fins que não os abrangidos pelo contrato estabelecido. As medidas de isenção fiscal não incluem cobertura, porque o rendimento a que se referem, no entanto, não seria produzido se a manifestação sindical teve lugar, sob a forma tradicional da greve.

O artigo 5º prevê o período *vacatio legis*, e os efeitos jurídicos que estabelece o presente projeto de lei.

Segundo Fabrizia Santini, professora da Università degli studi di Paiva na Itália, define a greve virtual é "uma **forma de abstenção**"⁴⁹ por aqueles que exercem a não interrupção do serviço", sendo um caso não abrangido pelo conceito clássico de greve, o exercício de uma greve virtual dificilmente poderia ser aceito pela entidade patronal e a eficácia depende do tamanho da adesão dos trabalhadores para fazer pressão sobre aqueles que não fazem uma greve virtual, é importante mencionar que é difícil controlar a adesão a uma greve desta espécie. Uma das características da greve virtual é a publicidade das razões do conflito na internet, sendo que, as negociações continuam intactas pelo conflito porque não há nenhum benefício, mas exerceu-se uma forte pressão sobre as empresas, além disso, um cancelamento da greve virtual (caso ocorra), não acarretaria consequências, ressaltando que a greve foi definida no modelo original de "abstenção de trabalho que visa dar um dano à outra para alcançar um lucro (regulamentares e econômicos)"⁵⁰.

2.3. Críticas à greve virtual

Segundo Maria Vittoria Ballestero da Universidade de Gênova na Itália, a participação massiva dos trabalhadores nas greves contra a política social do governo demonstra que a greve é um instrumento privilegiado de luta da qual podem dispor os sindicatos e trabalhadores. O recurso à greve é absolutamente tradicional, considerando que o interlocutor seja mais o governo que a empresa, porque para sair de uma crise, devem se encontrar soluções no nível político. A ação sindical adota então a forma de paralisação do trabalho, mas vai acompanhada de manifestações de protesto, envolvendo as coletividades locais, os cidadãos e os movimentos "novos" (como o movimento da desobediência) com o objetivo de aumentar a força e a visibilidade da ação.

Salienta-se o sucesso (mais teórico do que prático) da greve virtual: greve sem paralisação do trabalho, mas com o sacrifício recíproco da remuneração para os trabalhadores e do benefício para o empresário. Aceita em princípio pelas organizações sindicais como pelas empresas, a greve virtual é difícil de colocá-la em prática, sendo que as empresas se resistem a quantificar a perda do benefício correspondente ao sacrifício sofrido pelos assalariados.

A mesma idéia de greve virtual, que permite causar um prejuízo à empresa sem prejudicar os direitos dos usuários foi uma idéia elaborada da reflexão ao redor do "abuso da posição dominante", observado no caso de pequenos grupos de assalariados que ocupam posições de hierarquia superior à maioria dos assalariados e por esta razão, podem bloquear o funcionamento inteiro de um serviço (caso dos controladores aéreos, acontecido na Itália).

É absolutamente evidente que a solução dos problemas do controle da conflitividade e da repressão dos abusos não pode ser confiada à greve virtual que continua sendo uma forma excepcional de ação sindical. Fica aberta a discussão sobre a admissibilidade do referendun antes da realização de uma greve e da admissibilidade do princípio majoritário no domínio do direito de greve. Enquanto que os representantes do governo atual, sobre a base de alguns juristas influentes (como Treu e Biagi), propõem introduzir na legislação italiana a regra do referendun prévio, a maioria dos juristas segue fiel à opinião de que uma regra deste tipo seria inconciliável com a garantia constitucional do direito de greve como direito fundamental dos trabalhadores não suscetível de monopólio sindical nem dos sindicatos majoritários⁵¹.

⁴⁹ Negritado pelo autor.

⁵⁰ <http://www-1.unipv.it/cim/corsi/labcs/sciopero%20virtuale.pdf>. Acesso em 26/06/09.

3. O Projeto de Lei nº 1170 italiano de 2008 em sua versão original

Disegno di Legge nº 1170

Art. 1. (Contratto collettivo istitutivo e nozione di sciopero virtuale)

1. I contratti collettivi di qualsiasi livello possono attribuire alle organizzazioni sindacali firmatarie la facoltà di proclamare lo sciopero virtuale.

2. Ai fini della presente legge, si intende per sciopero virtuale quello che, senza produrre alcuna sospensione della prestazione lavorativa né alcun pregiudizio alla normale funzionalità aziendale, comporta:

a) la cessione, da parte del lavoratore che vi aderisce, del proprio credito retributivo corrispondente alla durata dello sciopero stesso al fondo di cui all'articolo 3; ai fini della determinazione del suddetto credito, salva diversa disposizione contenuta nel contratto istitutivo, non si computano gli elementi di retribuzione differita, quali mensilità aggiuntive o trattamento di fine rapporto;

b) l'obbligo a carico del datore di lavoro di effettuare il pagamento in favore del fondo di cui all'articolo 3 dell'importo ceduto dal lavoratore, maggiorato di un importo di pari entità, ovvero di entità diversa, come determinata dal contratto istitutivo o dall'accordo aziendale che disciplina la materia.

Art. 2. (Contenuto del contratto collettivo istitutivo)

Il contratto collettivo istitutivo dispone:

a) le modalità di proclamazione e attuazione dello sciopero virtuale;

b) la destinazione delle somme versate al fondo di cui all'articolo 3 a finalità di progresso civile o di solidarietà sociale di cui all'articolo 3, comma 5, lettere a), b) e c), della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, nonché a iniziative di pubblicizzazione delle ragioni delle parti nella controversia.

c) La destinazione delle risorse del fondo di cui all'articolo 3 rivenienti da uno sciopero virtuale può essere variata mediante accordo aziendale tra il datore di lavoro e l'organizzazione sindacale che ha proclamato l'agitazione. Quando l'agitazione è proclamata da una pluralità di organizzazioni sindacali, l'accordo aziendale che varia la destinazione delle relative risorse rivenienti è sottoscritta da tutte le suddette organizzazioni.

3. Salvo diversa disposizione contenuta nel contratto collettivo applicabile, lo sciopero virtuale può essere proclamato da una o più organizzazioni firmatarie, in riferimento alla generalità o a una parte dei lavoratori dell'azienda o del settore.

4. La proclamazione dello sciopero virtuale avviene, mediante comunicazione ai lavoratori interessati e alla direzione aziendale, o all'associazione imprenditoriale di categoria competente quando l'agitazione si riferisca a una pluralità di aziende, con almeno dieci giorni di anticipo rispetto alla data in cui lo sciopero produce gli effetti di cui al comma 2 dell'articolo 1. I lavoratori che intendano aderire allo sciopero virtuale ne danno comunicazione alla direzione aziendale, di regola con almeno sei giorni di anticipo rispetto alla data per la quale esso è proclamato. La comunicazione può essere data in forma scritta, anche in forma telematica, secondo le modalità determinate dal contratto istitutivo.

5. Lo sciopero virtuale può essere proclamato in corrispondenza o no con la proclamazione, da parte di altre organizzazioni, dello sciopero nella sua forma tradizionale, con relativa astensione dal lavoro.

6. L'adesione allo sciopero virtuale comporta l'accettazione, da parte del lavoratore, di tutti gli effetti derivanti dall'applicazione del contratto collettivo istitutivo, nonché gli effetti derivanti dalla presente legge per quanto non previsto dal contratto stesso.

7. Salva diversa disposizione contenuta nel contratto collettivo istitutivo, il versamento da parte del datore di lavoro al fondo di cui all'articolo 3 delle somme di cui all'articolo 1, comma 2,

⁵¹BALLESTERO, María Victoria. Informe italiano. In La Huelga hoy en el Derecho Social Comparado. Editora J.M. Bosch Editor, Madri - Espanha, 2006.

lettera b), deve avvenire entro sette giorni da quello per il quale lo sciopero virtuale viene proclamato.

Art. 3. (Fondo di solidarietà)

1. Presso la direzione dell'azienda è costituito un fondo, alimentato dai versamenti di cui al comma 2 dell'articolo 1, da effettuare mediante accredito su un apposito conto corrente bancario.

2. La gestione del fondo è affidata a un comitato di gestione, composto da:

a) un membro designato da ciascuna delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto di cui al comma 1 dell'articolo 1, se presente in azienda;

b) un membro designato dal datore di lavoro, il quale dispone di tre voti qualora le organizzazioni sindacali firmatarie siano almeno quattro, due voti qualora le organizzazioni sindacali firmatarie siano almeno tre, un voto qualora le organizzazioni sindacali firmatarie siano meno di tre.

3. Il comitato di gestione elegge al suo interno il presidente, cui compete l'esecuzione delle delibere.

4. Il comitato di gestione delibera, con la maggioranza semplice dei voti espressi dai partecipanti alla seduta, la destinazione delle risorse disponibili, nel rispetto di quanto disposto al riguardo dal contratto collettivo applicabile.

5. Il presidente dà esecuzione alle decisioni del comitato di gestione disponendo del conto corrente bancario di cui al comma 1, mediante firma congiunta con il rappresentante dell'azienda nel comitato di gestione.

6. Il rappresentante dell'azienda nel comitato di gestione può rifiutare la propria firma sull'atto di disposizione soltanto nel caso in cui esso tenda a finalità differenti rispetto a quelle individuate dal contratto collettivo applicabile. Ogni controversia in proposito è risolta entro trenta giorni con lodo inappellabile da un arbitro unico individuato con le modalità stabilite nel contratto istitutivo o nel contratto aziendale applicabile, oppure, in difetto di disciplina collettiva della materia, designato dal presidente della sezione lavoro del tribunale territorialmente competente, senza altro vincolo di procedura se non quello di sentire, in contraddittorio tra di loro, tutti i membri del comitato di gestione. Le spese dell'arbitrato sono poste a carico del Fondo.

Art. 4. (Esenzioni fiscale)

1. La somma trattenuta al lavoratore che ha aderito allo sciopero virtuale e che è versata dal datore di lavoro al fondo di cui all'articolo 3 non è soggetta ad imposizione fiscale ai fini dell'imposta IRPEF.

2. Qualora, tuttavia, secondo quanto previsto nel comma 2 dell'articolo 2, sia disposta la restituzione della somma suddetta al lavoratore, o comunque la sua destinazione a finalità diverse da quelle stabilite dal contratto istitutivo, essa è considerata a tutti gli effetti imponibile sia ai fini contributivi, sia ai fini fiscali.

Art. 5. (Entrata in vigore)

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale⁵².

4. Conclusão

As mudanças tecnológicas geraram também mudanças nas manifestações sindicais, que no advento tecnológico os sindicatos tinham muito receio, mas que aos poucos estas instituições perceberam que poderiam também usá-las em benefício próprio e de maneira mais globalizada, como foi no caso da greve contra a IBM enfrente à sua sede virtual no Second Life.

O projeto de lei italiano nº 1170 prevê uma greve na qual tanto os trabalhadores como os empregadores envolvidos recebem uma contraprestação financeira, porém, os serviços continuam em funcionamento, sendo que, o dinheiro da produção dos trabalhadores iria para um fundo gerido

⁵²http://mobile.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=16&id=00333676&part=doc_dc&parse=no&mobile=si&index=si&toc=no

por ambas as partes. Esta greve virtual pode ser feita também no âmbito virtual, mas com um acordo e esclarecimento de regras estabelecidas previamente para que tenha o sucesso previsto.

Salienta-se que a greve virtual é uma alternativa de ação sindical que tenta ser regulamentada, mas o sucesso desta está baseado numa organização e coesão do grupo, incluindo regras claras e aceitas por todos os membros do sindicato, caso contrário de nada valeria fazer este tipo de greve.

5. Referências bibliográficas

1. BALLESTERO, María Victoria. Informe italiano. In La Huelga hoy en el Derecho Social Comparado. Editora J.M. Bosch Editor, Madri – Espanha, 2006.

2. NICITA Antonio et al. The case for the virtual strike: an appraisal of the italian proposal. In Quaderni del Dipartimento di Economia Politica nº 557 da Università Degli Studi di Siena, fevereiro de 2009.

3. RICCARDI, Francesco. Biagi: L'attualità del suo pensiero. In Revista Avvenire è Lavoro, Roma – Itália, 18/03/2009.

4. Site da Central de Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil http://portalctb.org.br/site/index.php?option=com_content&task=view&id=4021. Acesso em 26/06/09

5. . <http://www-1.unipv.it/cim/corsi/labcs/sciopero%20virtuale.pdf>. Acesso em 26/06/09.

6. Senato della Repubblica, site: http://mobile.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Ddlpres&leg=16&id=00333676&part=doc_dc&parse=no&mobile=si&index=si&toc=no. Acesso em 26/06/2009.

6. Notícias

6.1. Supremo Tribunal Federal (www.stf.jus.br)

Informativo nº 552. Brasília, 22 a 26 de junho de 2009.

PLENÁRIO

Centrais Sindicais e Contribuição Sindical - 1

O Tribunal iniciou julgamento de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Partido Democratas – DEM contra os artigos 1º, II, e 3º, da Lei 11.648/2008, bem como dos artigos 589, II, b e seus §§ 1º e 2º e 593 da CLT, na redação dada pela referida lei, a qual dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, e dá outras providências. O Min. Joaquim Barbosa, relator, julgou o pedido parcialmente procedente, no que foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso. Analisou, de início, a apontada ofensa à estrutura constitucional de representação das relações de trabalho (CF, art. 8º, III) pelos artigos 1º, caput, II, e 3º, §§ 1º e 2º, da lei impugnada, asseverando que a definição do papel que a Constituição reserva às entidades de representação dos trabalhadores seria imprescindível à exata compreensão da capacidade das centrais sindicais para serem sujeitos ativos de tributos. No ponto, ressaltou que o direito à associação civil seria instrumento essencial à garantia da plena eficácia dos princípios democráticos e humanísticos que inspiram a Constituição Federal, e que o direito à livre manifestação do pensamento estaria a ele ligado intimamente, haja vista que a efetividade da defesa institucional de ambos os pontos de vista públicos e privados, principalmente os mais controversos, seria, sem dúvida, melhorada pela associação em grupos. Observou que a representação de interesses coletivos no âmbito das relações do trabalho, por sua vez, atenderia a vicissitudes específicas e que o interesse público subjacente justificaria rigor e proteção adaptados, a fim de garantir a efetividade da manifestação de vontade dos trabalhadores, sendo imanente ao modelo de representação adotado pela CF/88, por exemplo, a presença dos sindicatos na defesa de interesses coletivos ou individuais de categoria de trabalhadores (CF, art. 8º, III).

ADI 4067/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 24.6.2009. (ADI-4067)

Centrais Sindicais e Contribuição Sindical - 2

Em seguida, afirmou que a Constituição, apesar de assegurar a autonomia sindical, teria fixado forma peculiar de unicidade e de monopólio de representação de categoria (CF, art. 8º, I e II), e que, sendo o monismo sindical incompatível com organização que abrangesse diversos órgãos de cúpula, as centrais sindicais não teriam sido contempladas no sistema de representação sindical dos trabalhadores pelo texto constitucional. Aduziu que a formação espontânea das centrais sindicais na sociedade haveria de ser interpretada à luz da aparente rigidez da estrutura sindical ponderada pela liberdade de associação e que, se preservada a autonomia e a competência da entidade sindical, a presença da central sindical em negociações de interesse das categorias profissionais não transgrediria o disposto no art. 8º da CF. Explicou que, apesar de essa central não poder substituir quaisquer entidades de base ou de grau superior na representação sindical dos interesses dos trabalhadores, a Constituição não vedaria que, como entidades civis, participassem, de forma auxiliar, nos processos de composição das expectativas de trabalhadores e empregadores. Assim, o relator interpretou o caput do art. 1º e o respectivo inciso II, bem como o art. 3º da Lei 11.648/2008, de modo a fixar que a representação geral dos trabalhadores e a participação nas negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores, não prejudicam a competência outorgada pela Constituição às entidades sindicais de base ou de grau superior, ou seja, os sindicatos, as federações e as confederações. Assim, as entidades sindicais não poderiam ser substituídas pelas centrais sindicais.

ADI 4067/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 24.6.2009. (ADI-4067)

Centrais Sindicais e Contribuição Sindical - 3

No que se refere aos artigos 589, caput e II, b, §§ 1º e 2º e 593 da CLT, o relator registrou, primeiro, que o chamado "imposto sindical" seria um tributo da espécie contribuição social de interesse de categoria profissional ou econômica (CF, art. 149), tratando-se, com mais rigor, da contribuição anual compulsória que, juntamente com a contribuição estatutária (CLT, art. 548, b) e da contribuição confederativa (CF, art. 8º, IV), representaria uma das fontes de custeio das entidades que compõem o sistema sindical. Ao salientar que a submissão da contribuição à legalidade e ao monopólio estatal funcionaria como garantia fundamental do contribuinte, haja vista que nela se manifestaria a reserva de representação popular para autorização de receitas e dispêndios, não havendo, por isso, como dissociar a tributação da soberania estatal, concluiu que, em nosso sistema, as entidades particulares não poderiam instituir tributos nem seriam titulares de qualquer espécie de direito adquirido ao domínio de recursos públicos. Dessa forma, somente os entes federados seriam dotados de competência tributária. Assinalou que as entidades privadas e paraestatais, entretanto, poderiam ser sujeitos ativos das relações jurídicas tributárias, ou seja, titulares do crédito tributário, e que, sempre que o sujeito ativo não fosse ente tributante competente para instituir o tributo, dar-se-ia o fenômeno da parafiscalidade, a qual pressuporia estreita ligação entre a forma de organização da entidade privada ou paraestatal e a finalidade pública perseguida (atividade desempenhada), fundamentando a destinação de recursos públicos. Constatou que a contribuição anual compulsória ("imposto sindical") teria sido instituída para auxiliar o custeio das entidades que compõem o sistema de representação sindical, em razão de ter por amparo o interesse das categorias profissionais e econômicas na manutenção da estrutura que permite sua representação eficiente no campo das relações do trabalho. Frisou que essa representação seria qualificada, não se referindo à defesa ampla dos interesses do trabalhador, mas sim à representação normativa obrigatória (CF, art. 8º, III e VI).

ADI 4067/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 24.6.2009. (ADI-4067)

Centrais Sindicais e Contribuição Sindical - 4

Tendo em conta que as centrais sindicais não fazem parte da estrutura sindical, não podendo substituir as entidades sindicais nas hipóteses em que a Constituição ou a lei obrigam ou permitem o envolvimento de tais entes na proteção dos interesses dos trabalhadores, considerou não existir forte nexo de pertinência entre as atividades desenvolvidas pelas centrais e o papel que apenas poderia ser desempenhado pelos sindicatos, federações ou confederações nas negociações trabalhistas, assentando pela impossibilidade de as centrais sindicais serem sujeitos ativos ou destinatários da receita arrecadada com tributo destinado a custear atividades nas quais as entidades sindicais não poderiam ser substituídas. Registrou, ainda, não se estar a debater a possibilidade de as centrais sindicais poderem, ou não, ser sujeitos ativos ou destinatários de produto arrecadado com tributos, mas de poderem ser sujeitos ativos ou destinatários de arrecadação de tributo destinado especificamente a custear entidades pertencentes ao sistema sindical. Com base nisso, o relator declarou a inconstitucionalidade das modificações efetuadas pela Lei 11.648/2008 nos artigos 589 e 591 da CLT, da expressão "ou central sindical", contida no § 3º e do § 4º do art. 590, bem como da expressão "e às centrais sindicais", constante do caput do art. 593 e de seu parágrafo único.

ADI 4067/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 24.6.2009. (ADI-4067)

Centrais Sindicais e Contribuição Sindical - 5

Em divergência, o Min. Marco Aurélio julgou improcedente o pleito. Salientou, inicialmente, que a Constituição não teria consagrado o princípio da unicidade sindical, tendo em conta o disposto no inciso II do seu art. 8º, no qual estaria o princípio norteador da pirâmide sindical que abrangeria os sindicatos, as federações e as confederações. Asseverou, também, não haver dúvida quanto a não estarem incluídas nessa pirâmide as centrais sindicais. Ponderou, por outro lado, que o art. 8º versaria não só o sistema sindical, mas também o associativo, dado que, no caput desse artigo, far-se-ia referência tanto à associação sindical quanto profissional. Observou, contudo, não se estar, na presente ação, discutindo sobre a inserção, pelo legislador ordinário, de entidade no sistema

sindical. Reportou-se à questão da representação, em si, das centrais sindicais, e julgou que ela seria efetiva. Após registrar ser garantia do rol principal da Constituição a liberdade de associação, disse que, procedendo-se à interpretação sistemática de preceitos da Carta, verificar-se-ia não ter o constituinte vinculado a participação de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos, a integração, em si, quer como sindicalizados, quer como associados de sindicatos, a sindicatos. Considerou que o art. 10 da CF deveria ser visto com generosidade para alcançar-se o objetivo visado, qual seja, o de se ter, nesses órgãos públicos, a participação de trabalhadores e empregadores, não necessariamente por intermédio de entidade sindical, mas de diversas formas, desde que essa participação fosse efetiva. Quanto ao denominado imposto sindical, reputou não se impressionar com a nomenclatura do tributo, a qual não direcionaria a que o arrecadado ficasse no âmbito das entidades sindicais, e que, verificada a lei, ver-se-ia que ela repetiria uma destinação dos valores arrecadados, considerada a conta especial: emprego e salário. Assim, ter-se-ia uma opção normativa política, que não conflitaria com a Constituição Federal, destinando parte da arrecadação. Reafirmou, por fim, não se estar a discutir a inserção, no sistema sindical, por lei ordinária, das centrais sindicais, mas ter-se-ia em conta a cláusula abrangente do art. 10 da CF quanto à representação de trabalhadores e empregadores nos órgãos públicos e uma opção política, legislativa, dos nossos representantes quanto à distribuição do valor arrecadado, o qual não estaria jungido, em si, ao sistema sindical. Após o voto da Min. Cármen Lúcia, que acompanhava a divergência, pediu vista dos autos o Min. Eros Grau.

ADI 4067/DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 24.6.2009. (ADI-4067)

Proposta de Súmula Vinculante: Cálculo de Gratificações e Vinculação ao Salário Mínimo

O Tribunal, por maioria, acolheu a proposta de edição da Súmula Vinculante 15 com o seguinte teor: "O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.". Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto que não a acolhiam.

PSV 7/DF, rel. Min. Presidente, 25.6.2009. (PSV-7)

Proposta de Súmula Vinculante: Total da Remuneração de Servidor Público e Garantia de Salário Mínimo

O Tribunal acolheu a proposta de edição da Súmula Vinculante 16 com o seguinte teor: "Os artigos 7º, IV, e 39, § 3º (redação da EC 19/98), da Constituição, referem-se ao total da remuneração percebida pelo servidor".

PSV 8/DF, rel. Presidente, 25.6.2009. (PSV-8)

CLIPPING DO DJ - 26 de junho de 2009

HC N. 87.585-TO

RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO

DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.

Rcl N. 2.267-MA

RELATOR P/ O ACÓRDÃO: MIN. MENEZES DIREITO

EMENTA: Reclamação. Precatório. Alteração do critério de cálculos. ADI nº 1.662/SP.

1. O entendimento do Supremo Tribunal Federal fixado na ADI nº 1.662/SP é o de que, em sede de precatório, o administrador público somente está autorizado a alterar os cálculos com a

finalidade de corrigir erros materiais ou aritméticos, não tendo competência para modificar critérios que foram adotados pelo Juiz originário da causa.

2. Caracterizada a ofensa ao que foi decidido na ADI nº 1.662/SP porque, na hipótese presente, houve a determinação específica do julgado no sentido de serem refeitos os cálculos com mudança de critérios, independentemente de estar essa determinação vinculada à observância de qualquer tipo de norma legal. No caso, o cálculo já havia sido feito, não estando evidenciado nenhum erro material.

3. Reclamação julgada procedente.

6.2. Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br)

6.2.1. Empresa terá de indenizar pela morte de porteiro que cumulava função de vigilante (REsp 611949).

Veiculada em 03.07.2009.

A empresa Refrescos Guararapes Ltda., da Paraíba, terá de pagar pensão e indenização por danos morais à viúva e aos filhos de empregado, morto durante assalto quando cumulava, sem qualquer arma, as atribuições de porteiro e vigilante, em claro desvio de função. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conheceu do recurso da empresa.

Após assinatura de contrato de prestação de serviços em terceirização assinado entre a Refrescos Guararapes e a Orserv, o funcionário foi contratado em locação pessoal para o desempenho de segurança de portaria sem porte de armas. Foi lotado na empresa Coca-Cola, onde teria recebido determinação para exercer a função de vigilante.

Segundo informações dadas por testemunha constante do processo, quando ocorreu o assalto que vitimou o funcionário, ele estava cumulando as funções de porteiro e vigilante, a pedido do colega, sem repasse das armas, enquanto chegava o vigilante do próximo turno.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente. A esposa e os filhos da vítima apelaram, e o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) reconheceu o direito à pensão e à indenização por danos morais a ser rateada entre as empresas, afastando as alegações de caso fortuito ou força maior e de inexistência de desvio de função.

Segundo observou o tribunal paraibano, a fiscalização e o controle das condições de segurança do trabalho são obrigação do empregador, agindo com culpa, por omissão, a empresa que não mantém vigilância sobre seus empregados, permitindo o desvio de função.

O TJPB determinou, então, o pagamento de R\$ 10 mil de indenização por danos morais à viúva e R\$ 10 mil divididos entre os dois filhos, além de pensão alimentícia no valor de dois salários mínimos, sendo um para a viúva, a ser paga até a data em que a vítima completaria 65 anos, rateada entre as empresas.

Insatisfeita, a Refrescos Guararapes recorreu ao STJ, pretendendo demonstrar, por indicação de divergência, que, se o empregado não portava arma, e o porte é uma característica da função de vigilantes, então não havia cumulação de cargos pelo trabalhador. Sustentou, ainda, que o assalto caracteriza caso fortuito ou força maior e que o valor da indenização por danos morais é excessivo, representando enriquecimento indevido.

Por unanimidade, o recurso não foi conhecido. "O contrato de trabalho é um contrato-realidade, de modo que se a instância ordinária, à luz dos elementos colhidos dos autos, entendeu que o de cujus [falecido] trabalhava em desvio de função, pouco importa o que consta do pacto celebrado entre as partes ou o que diz, em tese, a lei, sobre as atribuições inerentes ao cargo", asseverou o ministro Aldir Passarinho Junior, relator do caso. Ele ressaltou que conclusão diferente demandaria o reexame de prova, o que é vedado pela súmula 7 do STJ.

A outra alegação também foi afastada. Para o relator, a caracterização da força maior ou caso fortuito foi identificada pelo tribunal de origem "exatamente pela responsabilidade da ré pelo desvio de função, o que acarretou, na verdade, a utilização de um empregado em tarefa para a qual não estava habilitado, expondo-se a risco estranho ao objeto do contrato laboral que firmara", completou Aldir Passarinho Junior.

6.2.2. Em conflito de competência, juiz competente não pode reformar sentença para pior (RHC 20337).

Veiculada em 06.07.2009.

A sentença proferida por juiz a quem não compete decidir, até ser declarada sua incompetência, é nula, mas não inexistente e depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. Se o for por meio de recurso exclusivo da defesa, o juiz competente não poderá proferir sentença mais gravosa do que a anulada sob pena de reformatio in pejus (reforma para pior) indireta. A decisão é da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao dar parcial provimento a recurso para decretar a prescrição da pretensão punitiva contra um defensor público da Paraíba.

Tudo teve início com uma representação criminal apresentada pelo defensor público contra a mãe de sua filha, na qual afirmara ter conhecimento de que a garota estaria sofrendo maus-tratos por parte da mãe. A pedido do Ministério Público, a denúncia foi arquivada e o defensor protestou, afirmando que não lhe foi dada a possibilidade de se manifestar.

Posteriormente, ele foi denunciado e processado perante o Tribunal de Justiça da Paraíba (TJPB) por denúncia caluniosa e corrupção de testemunhas. O tribunal julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo-o da primeira acusação, mas condenando-o, pela segunda, à pena de um ano e seis meses de reclusão em regime aberto. Foi concedido, então, o benefício da suspensão condicional da pena pelo período de dois anos.

A defesa interpôs, então, habeas corpus, tendo o STJ declarado a incompetência do Tribunal de Justiça da Paraíba para processar e julgar o processo, pois o recorrente, defensor público, não detém foro especial por prerrogativa de função. Os autos foram encaminhados para o juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Mamanguape (PB). O advogado interpôs habeas corpus, mas o TJPB denegou o pedido para trancar a ação penal.

No recurso para o STJ, a defesa insistiu no pedido de arquivamento da ação penal que tratava do crime de maus-tratos, cuja vítima seria a filha e a pretensa ré, a ex-esposa. Alegou, ainda, inépcia da denúncia, além da pretensão punitiva estatal em face da pena aplicada em concreto, na decisão anulada, que não poderia ser agravada sob pena de reformatio in pejus. Pediu, então, trancamento da ação penal.

A Quinta Turma deu parcial provimento ao recurso. "Não há como sustentar que a decisão proferida por um juiz ou tribunal incompetente, mesmo o sendo absolutamente, seja inexistente", afirmou a ministra Laurita Vaz, relatora do caso. "Com efeito, a inexistência é penalidade máxima que se impõe àquele ato que sequer preencheu seus pressupostos constitutivos", acrescentou.

A relatora observou que o ato nulo, ao contrário, precisa ser declarado como tal por decisão judicial, para que seja excluído do mundo jurídico e, assim, não irradie efeitos. "Tanto é existente a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente – portanto gera efeitos até ser desconstituída – que há vários precedentes do Supremo Tribunal Federal que consideram intocáveis as decisões absolutórias assim proferidas, quando acobertadas pela coisa julgada, ou seja, não só se admite a produção de efeitos, como estes podem se tornar insuscetíveis de reexame", considerou.

A relatora destacou, ainda, que, para a apenação de um ano e seis meses como a do caso, o prazo prescricional é de quatro anos. "Vê-se que entre a data dos fatos (fevereiro de 1999) e o recebimento da nova denúncia perante o juízo de primeiro grau (2 de agosto de 2004) transcorreu o lapso temporal prescricional", explicou.

Com isso, ficou prejudicada a análise da alegada inépcia da denúncia. “Dou parcial provimento ao recurso para decretar a prescrição da pretensão punitiva do ora recorrente nos autos em tela, restando extinta sua punibilidade”, concluiu Laurita Vaz.

6.2.3. Incide a contribuição previdenciária sobre valores pagos em participação de lucros (REsp 856160).

Veiculada em 07.07.2009.

É legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de participação nos lucros. Com esse entendimento, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não acolheu o pedido da empresa Milênia Agrociências S/A que pretendia a declaração de inconstitucionalidade da contribuição previdenciária sobre os lucros distribuídos aos seus empregados.

No caso, a empresa entrou com ação ordinária objetivando a declaração da não-incidência da contribuição previdenciária sobre os lucros distribuídos aos seus empregados, bem como o reconhecimento do direito de proceder à compensação do valor recolhido indevidamente a esse título, corrigido monetariamente.

Em primeiro grau, o pedido foi negado. O TRF4, ao julgar a apelação, manteve a sentença. A Milênia Agrociências, então, recorreu ao STJ, alegando que, embora a distribuição dos lucros tenha sido feita em períodos inferiores a um semestre, não há no ordenamento jurídico vigente nenhum dispositivo de lei que considere irregularidade a base de incidência de alguma contribuição previdenciária.

Sustentou, ainda, que a distribuição dos lucros aos funcionários da empresa não constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista ou previdenciário.

Em seu voto, a relatora, ministra Eliana Calmon, considerou que não se sustenta o argumento de que não existe lei determinando a incidência de contribuição previdenciária sobre as parcelas pagas a título de participação nos lucros ou resultados em desacordo com a lei específica. A ministra destacou que, neste caso, a regra é a tributação, afastada apenas se cumpridas as exigências da lei isentiva.

Para a relatora, é devida a contribuição previdenciária se o creditamento da participação dos lucros ou resultados não observou as disposições legais específicas, como estabelece o artigo 28 da Lei 8.212/91.

6.3. Tribunal Superior do Trabalho (www.tst.jus.br)

6.3.1. Ex-diretora da Coelce garante equiparação com estrangeiro (RR 1006/2003-001-07-00.3).

Veiculada em 29.06.2009.

A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve o direito de uma ex-diretora jurídica da Coelce (Companhia Energética do Ceará) de equiparação salarial a dirigente estrangeiro que exercia a mesma função. A empresa pertence ao grupo espanhol Endesa e a decisão confirma o julgamento do Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará), que equiparou o salário da ex-diretora ao de gerente de auditoria.

A decisão se baseia no artigo 358 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que garante que nenhuma empresa no País poderá pagar “a brasileiro que exerça função análoga (...) à que é exercida por estrangeiro a seu serviço, salário inferior ao deste”.

A questão é nova no TST, como lembrou o ministro Simpliciano Fernandes, relator do processo, durante o julgamento da Segunda Turma. De acordo com ele, é “um caso raro, resultado da globalização do emprego e das privatizações” de empresas públicas brasileiras. Em sua defesa, a Coelce alegou que a decisão do TRT/CE, confirmada pela Segunda Turma do TST, levou em conta para a equiparação do salário da ex-diretora apenas o fato de as duas funções, a dela e a do estrangeiro, serem subordinadas à presidência da empresa, o que as colocaria, de acordo com o Tribunal Regional, no mesmo nível hierárquico.

No entanto, o ministro Simpliciano Fernandes defende que o artigo 358 “é mais brando” na exigência de critérios para configurar a similaridade de funções, por tratar de brasileiros e estrangeiros. Estaria de fora, por exemplo, a necessidade de comprovação de igualdade de trabalho e produção, como acontece em outras situações.

A Primeira Vara de Fortaleza (CE) garantiu à ex-diretora jurídica a equiparação salarial a gerentes e diretores estrangeiro da Coelce. O TRT/CE negou a comparação aos salários dos diretores, por serem funções diferentes, e manteve apenas ao do gerente de auditoria, pois estaria também subordinado diretamente à presidência da empresa.

6.3.2. TST concede justiça gratuita, mas não pode determinar devolução de custas (RR-1000/2003-251-02-40.0).

Veiculada em 29.06.2009.

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o direito de empregado que perdeu causa trabalhista ao benefício da justiça gratuita. No entanto, os ministros concordaram com a opinião do relator e presidente da Turma, ministro Lelio Bentes, de que a devolução dos valores recolhidos pelo trabalhador a título de custas processuais não pode ser determinada pelo TST nessa fase processual. No caso, o empregado deve obter a restituição por via administrativa ou, se negada, propor ação específica.

O empregado entrou com reclamação na Justiça do Trabalho contra a Ripasa S.A. – Celulose e Papel. Como a sentença julgou improcedente a ação, ao recorrer ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (SP), para reformar a decisão, o trabalhador pediu o benefício da justiça gratuita. Mas o TRT não só manteve a sentença como negou o benefício. O argumento foi de que o trabalhador já tinha recolhido as custas processuais, demonstrando que o pagamento não afetara a subsistência dele ou da família, e, portanto, não cabia mais discussão sobre o assunto.

Restou ao empregado recorrer mais uma vez do resultado, agora ao TST. Em relação ao benefício da justiça gratuita, alegou que era garantia constitucional do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal). Além do mais, a Lei nº 1.060/1950 estabelece que, para conseguir a justiça gratuita, basta simples declaração da parte. Por fim, o trabalhador requereu a expedição de ofício ao órgão arrecadador (Receita Federal) com o objetivo de reaver o valor pago.

O relator, ministro Lelio Bentes, esclareceu que o benefício da justiça gratuita pode ser requerido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, e, se ocorrer na fase recursal, é preciso apenas que o pedido seja formulado no prazo legal para interposição do recurso. De acordo com o relator, a concessão ou não da justiça gratuita depende da situação econômica da parte. A necessidade do benefício pode ser comprovada com o recebimento de salário inferior ao dobro do mínimo ou declaração do interessado.

Segundo o relator, como no caso havia declaração do empregado atestando a carência de recursos com pedido expresso de concessão do benefício, o Regional desrespeitou a Constituição ao negar a gratuidade judiciária ao trabalhador. Daí a importância do reconhecimento pelo TST do direito do empregado ao benefício e consequente expedição de certidão nesse sentido. Entretanto, para o relator, o Tribunal não pode determinar a devolução das custas processuais recolhidas aos cofres da União: o empregado deverá propor ação de repetição de indébito para reaver os valores.

Essa interpretação foi acompanhada, por unanimidade, pelos demais ministros da Primeira Turma. O ministro Vieira de Mello Filho ainda chamou a atenção para o fato de que “agora, com esta decisão, se extrai uma certidão de que o empregado fora isento das custas, e ele pode obter administrativamente a devolução”. Se houver dificuldade, aí sim a parte deve entrar com ação judicial, afirmou o ministro.

6.3.3. TST mantém vínculo de vigilante de prestadora clandestina com Multibank (RR 400/2007-022-13-00.6).

Veiculada em 29.06.2009.

A Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em voto relatado pelo ministro Ives Gandra Martins Filho, manteve a decisão regional que declarou o vínculo de emprego de um vigilante bancário diretamente com o Multibank S/A após constatar a forma fraudulenta como foi criada a empresa de vigilância e sua inidoneidade econômica. Ficou comprovado nos autos que as agências franqueadas do Multibank formaram uma associação – a Aspambank – que, por sua vez, contratou a empresa de vigilância Equipe Escolta de Apoio Ltda. para suprir a necessidade de segurança das numerosas agências. Ocorre que a suposta empresa de vigilância foi criada pelo então coordenador de segurança das franqueadas com o intuito de mascarar a formação de vínculo de emprego diretamente com as agências.

A Equipe Escolta de Apoio Ltda. assumiu as responsabilidades trabalhistas dos vigilantes contratados sem possuir idoneidade econômica para tanto, segundo o Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (PB). O TRT/PB também constatou que o Multibank era o responsável pelo pagamento dos salários de todos os vigias que trabalhavam em suas agências e, quando havia qualquer problema, eles se dirigiam à sede do Multibank para falar com uma pessoa responsável pela contratação destes empregados: o próprio coordenador de segurança que criou a Equipe Escolta de Apoio. O vigilante que ajuizou a ação trabalhista trabalhou para o Multibank durante vários anos e foi subordinado a este coordenador, que, apesar de formalmente ser o dono da empresa de vigilância, na verdade era empregado do Multibank. Para o TRT/PB, houve desvirtuamento no sistema de franquia.

No recurso ao TST, a defesa do banco afirmou que, apesar de o TRT/PB reconhecer o contrato de franquia para prestação de seus serviços de correspondente bancário, reconheceu o vínculo diretamente entre ele e o autor da ação trabalhista, que era empregado da empresa de vigilância que prestava serviços para as franqueadas. A defesa contestou a imputação ao Multibank da responsabilidade direta pelo contrato de trabalho, pois, de acordo com a lei que conceitua a franquia (Lei nº 8.955/94), o franqueador não pode ser responsabilizado pelo cumprimento das obrigações trabalhistas assumidas pelos franqueados.

Segundo o ministro Ives Gandra Filho, a defesa do Multibank não conseguiu comprovar a divergência jurisprudencial, uma vez que o acórdão utilizado para confrontar a decisão regional não trata da matéria sob o enfoque da clandestinidade da prestadora dos serviços, da contribuição da franqueadora para pagamento dos empregados da empresa de vigilância e da existência de ilicitude contratual. No TST, foi alegada ainda a ocorrência de cerceamento de defesa porque foi negado o pedido relativo ao chamamento ao processo da “real empregadora” do autor da ação trabalhista, segundo a defesa, ou seja, a Associação de Proprietários de Agências de Multibank (Aspambank).

O ministro Ives Gandra Filho rejeitou a alegação de cerceamento de defesa. O Código de Processo Civil (artigo 77) estabelece que é admissível o chamamento ao processo do devedor, na ação em que o fiador for réu; dos outros devedores, quando para a ação for citado apenas um deles; e de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, aparcial ou totalmente, a dívida comum. “Nesse contexto, tendo o Regional identificado a clandestinidade da empresa prestadora de serviços, desvirtuamento no sistema de franquia e conseqüente ilicitude do contrato, verifica-se que o alegado cerceamento de defesa não se mostra caracterizado, pois a

hipótese não se enquadra nos permissivos do artigo 77 do CPC, que trata do chamamento ao processo.

6.3.4. Sexta Turma mantém hipoteca judiciária em ação contra Unilever (RR 571/2006-092-03-00.0).

Veiculada em 30.06.2009.

A hipoteca judiciária, prevista no Código de Processo Civil (artigo 466), é um direito do credor, pode ser ordenada de ofício pelo juiz independentemente de pedido da parte e é efeito da sentença para garantir o cumprimento da decisão judicial, impedindo o dilapidamento dos bens do réu, em prejuízo da futura execução. Apesar de pouco utilizada na Justiça do Trabalho, sua aplicação tem sido promovida principalmente pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), o que tem levado as empresas atingidas a contestar o uso do instituto em recursos ao Tribunal Superior do Trabalho. Recurso recente discutindo o tema envolveu a Unilever Brasil Ltda. e um ex-empregado de sua unidade de Vespasiano (MG), onde são fabricados detergentes e sabões em pó.

A ação trabalhista movida pelo operador de embalagem foi julgada parcialmente procedente pelo juiz da Vara do Trabalho da Pedro Leopoldo (MG), que reconheceu o direito do trabalhador a 30 minutos diários de horas de percurso (horas in itinere), adicional de insalubridade em razão de ruído e equiparação salarial com um colega que realizava as mesmas funções e ganhava mais. Empregado e empregador recorreram ao TRT/MG. O Regional acrescentou à condenação o pagamento de uma hora extra diária relativa ao intervalo intrajornada e, julgando o recurso da Unilever, declarou a hipoteca judiciária sobre bens imóveis do devedor, correspondentes ao valor da condenação, gerando o direito real de sequência, até seu pagamento.

No recurso ao TST, a defesa da Unilever qualificou a hipoteca judiciária como “ato teratológico” (monstruoso e absurdo) do TRT/MG e contestou sua aplicação sem que tenha havido requerimento do trabalhador. Argumentou ainda que a Unilever é uma das maiores empresas do País, não se justificando a medida contra uma indústria de seu porte e liquidez e que, de acordo com o Código de Processo Civil, a execução deverá fluir pela forma menos gravosa ao devedor. Relator do recurso, o ministro Aloysio Corrêa da Veiga, afirmou que, “ao lançar mão da hipoteca judiciária, o TRT/MG visou à garantia dos créditos devidos ao trabalhador, sem com isso ofender a ampla defesa e o contraditório, uma vez que a Unilever deles tem se valido no seu intento de alterar o desfecho do que foi decidido”.

O acórdão regional, relatado pelo juiz Antônio Álvares da Silva, defende que, “de dispositivo morto, a hipoteca judiciária pode se transformar em realidade e contribuir decisivamente para a execução da sentença e para a efetiva prestação jurisdicional” enquanto não houver lei que exija o depósito integral da condenação. “Até que haja mudanças mais profundas, a hipoteca judiciária pode ser a solução. Incidindo sobre os bens da executada, a execução fica garantida e os bens, na quantia devida, indisponíveis. O caminho é, pois, fácil e lógico. Basta que a jurisprudência trabalhista adote, para o crédito alimentar, uma medida que é empregada pelo legislador comum”, registra o acórdão.

Para o TRT/MG, a hipoteca judiciária é um efeito da sentença, assim como as custas, a correção monetária, os honorários de perito, os descontos previdenciários e o imposto de renda. O extenso acórdão trata dos supostos entraves à utilização do instituto, rejeitando-os um a um. Caso a sentença seja reformada em instância superior, a hipoteca automaticamente se desfaz. Caso a hipoteca alcance bem de família que, por lei, é impenhorável, a parte pode alegar este fato até mesmo antes de sua constituição. Como a hipoteca se dá após a sentença de primeiro grau, ainda não há penhora e muito menos penhora “on line”. “Por isso é que ela exerce, desde logo, seu salutar efeito para garantir-lhe a execução da sentença, impedindo que a empresa malbarate seus bens”, concluiu.

Ao acompanhar o relator o ministro Horácio Senna Pires afirmou que “a hipoteca judiciária é um instituto que passa despercebido, não se valendo dele os juízes”. O ministro Maurício Godinho

Delgado ressaltou que a hipoteca judiciária é consequência da sentença, mas o juiz deve usá-la com moderação. Segundo ele, pelo fato de a empregadora em questão ser uma grande empresa multinacional, líder mundial em seu setor, talvez até não fosse necessária, mas não é algo capaz de gerar nulidade processual. O recurso da Unilever foi provido no ponto em que questionou a aplicação de multa administrativa imposta pelo TRT/MG em razão da condenação ao pagamento de adicional de insalubridade, já que a Justiça do Trabalho não tem competência para isso.

6.3.5. Policiais conseguem reconhecimento de vínculo com empresa (E-ED-ED-RR-789851-2001.6).

Veiculada em 30.06.2009.

A Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho rejeitou embargos da Editora Guanabara Koogan contra o reconhecimento de vínculo empregatício de dois policiais militares. A empresa havia embargado decisão da Primeira Turma do TST, que reconheceu o vínculo ao entendimento de que a atividade de segurança privada desenvolvida pelos policiais na empresa estava amparada legalmente nos termos do artigo 3º da CLT.

Em 1999, os policiais reclamaram na Justiça que trabalhavam como segurança para a editora, por meio de uma empresa terceirizada, e foram demitidos sem o pagamento de verbas rescisórias após reclamarem o recebimento de gratificação natalina. Entre outros itens, pediram o reconhecimento de vínculo de emprego com a editora. Tanto na primeira instância quanto no recurso ordinário ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (RJ) o vínculo foi negado. Para aqueles julgadores, a relação jurídica de subordinação não poderia existir, porque policiais da ativa tinham horários determinados pela corporação que não poderiam ser desrespeitados. Entenderam, assim, que o trabalho na editora era eventual.

Ao contrário das instâncias anteriores, a Primeira Turma do TST não viu motivo para que o reconhecimento do vínculo fosse negado, pois se tratava de atividade lícita, amparada legalmente na CLT. A Turma deu provimento a recurso do grupo e reformou a sentença, julgando procedentes seus pedidos. A editora então interpôs os à SDI-1 SDI – o órgão uniformizador das decisões da Justiça Trabalhista –, mas não obteve êxito. O relator, ministro Vantuil Abdala, explicou que, uma vez atendidos os requisitos celetistas, a Súmula nº 386 do TST legitima o reconhecimento de relação de emprego entre policial militar e empresa privada, independentemente das sanções disciplinares a que o policial esteja sujeito na corporação.

6.3.6. Contratação de capatazia por prazo indeterminado não exige registro no OGMO (RR-1868/2002-004-17-00.0).

Veiculada em 30.06.2009.

Os operadores portuários podem contratar mão-de-obra para serviços de capatazia, por prazo indeterminado, sem intermediação do Órgão Gestão de Mão-de-Obra. A Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho manteve este entendimento ao rejeitar recurso de um grupo de onze trabalhadores portuários avulsos registrados no Órgão de Gestão de Mão-de-Obra do Trabalho Portuário Avulso do Porto Organizado do Estado do Espírito Santo – OGMO/ES.

Os autores da reclamação trabalham no porto de Vila Velha e alegam que, em meados de 2000, tiveram diminuição de sua remuneração e perda de mercado de trabalho – cerca de 70% – devido à contratação de operadores fora do porto pela empresa TVV – Terminal de Vila Velha. Na ação, argumentam que a TVV não estaria autorizada por lei a contratar trabalhadores sem registro no OGMO. Por essa razão, pretendiam o reconhecimento do direito de preferência, obrigação da empresa em recrutá-los e indenização pelos prejuízos sofridos pela não-contratação.

De acordo com a 4ª Vara do Trabalho de Vitória (ES), a atividade realizada pelos trabalhadores avulsos é definida pela Lei nº 8.630/93 (Lei dos Portos) como de capatazia, que seria a “atividade de movimentação de mercadorias nas instalações de uso público, compreendendo recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário”.

Ao interpretar o artigo 26 da Lei dos Portos, o TRT/ES julgou não caber exclusividade na contratação de trabalhadores portuários avulsos registrados, sendo prescindível a intermediação do OGMO, pois o parágrafo único do artigo 26 “garante a faculdade, no âmbito dos portos organizados, de ser contratada mão-de-obra para a função de capatazia, que não seja de trabalhadores portuários avulsos”. No recurso ao TST, os trabalhadores apresentaram decisão do TRT da 2ª Região (SP), que, ao contrário, entende que essa forma de contratação deve se destinar apenas aos registrados no OGMO.

Segundo o ministro Emmanoel Pereira, relator do recurso de revista no TST, apesar da divergência de jurisprudência no assunto, os operadores portuários podem celebrar contrato de emprego a prazo indeterminado com outros trabalhadores e não apenas com trabalhadores portuários avulsos registrados. O relator esclarece que a Lei dos Portos mantém a exigência ou exclusividade na formação de vínculo de emprego a tempo indeterminado somente em alguns casos, especificamente para contratação de trabalhadores de estiva, conferência e conserto de carga e vigilância de embarcações, nos quais não se enquadram os autores.

6.3.7. TST julga controvérsia de trabalho em feriados no comércio de Salvador (RR-858/2002-002-05-00.0).

Veiculada em 06.07.2009.

O trabalho dos comerciários em feriados na cidade de Salvador provocou recurso de revista do Sindicato dos Supermercados e Atacados de Auto Serviço do Estado da Bahia – Sindisuper, representante da classe patronal. A polêmica foi apreciada pela Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, que manteve a decisão regional de que o direito ao descanso nos dias de feriados deve ser garantido aos empregados efetivos das empresas vinculadas ao Sindisuper, sob pena de multa de R\$ 25 mil a ser paga por estabelecimento a cada infração.

O recurso é resultado de uma ação civil pública do Sindicato dos Empregados em Supermercados, Hipermercados, Mercadinhos e Similares do Ramo Atacadista e Varejista da Cidade de Salvador – Sintrasuper, após várias tentativas frustradas de negociação com a classe empresarial para que fosse concedido o direito ao descanso nos dias de feriado. Segundo o relator do recurso de revista, ministro Aloysio Corrêa da Veiga, o descanso é um direito fundamental do trabalhador que deve ser reconhecido e protegido.

A 2ª Vara do Trabalho de Salvador havia determinado que o sindicato patronal deveria promover as medidas necessárias a assegurar a todos os empregados efetivos dos estabelecimentos comerciais sob sua representação - entre outros o Bompreço Bahia S.A. e o Extra Hipermercado - o “direito ao descanso nos dias de feriados (e não o mero pagamento de indenização por dia trabalhado)”, sob pena de que cada estabelecimento nominado na ação pagasse multa de R\$100 mil por infração. Em recurso ao Tribunal Regional da 5ª Região (BA), o Sindisuper conseguiu apenas a redução da multa para R\$ 25 mil. Insatisfeito com o resultado, recorreu ao TST.

Ao analisar o recurso, a Sexta Turma entendeu que os dispositivos legais e constitucionais apontados pelo Sindisuper não foram violados e rejeitou (não conheceu) o apelo. O ministro Aloysio observa que o artigo 6º-A da Lei 10.101/2000 permite o trabalho em feriados nas atividades do comércio em geral, desde que autorizado em convenção coletiva e observada a legislação municipal. Além disso, a Lei Municipal 5.280/97 estabeleceu diretrizes para a atividade comercial no Município de Salvador, tornando livre o trabalho em quaisquer dias e horários. No entanto, de acordo com o Regional, “a conduta no comércio denota abuso na utilização do direito”.

O relator do recurso no TST considerou correta a linha de raciocínio do Regional. Para o ministro Aloysio Corrêa, o TRT/BA não negou a validade da norma municipal, “apenas destacou que ela não garante a pretensão das empresas, do modo genérico, como pretendido, pois a mera autorização não impede que se adotem medidas para proteção dos empregados em relação ao dia de descanso trabalhado, quando exercido o direito pelos supermercados com abuso”.

6.3.8. Rompimento do contrato por morte afasta multa do art. 477 da CLT (RR 380/2004-027-03-00.7).

Veiculada em 06.07.2009.

A multa imposta ao empregador que atrasa, sem motivo justificado, o pagamento das verbas rescisórias (prevista no artigo 477 da CLT, parágrafo 8º) não é aplicável quando o contrato de trabalho é extinto em razão de morte do empregado. O entendimento foi aplicado em julgamento envolvendo os herdeiros de um metalúrgico e a Fiat Automóveis S/A pela Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, em voto relatado pelo ministro José Simpliciano Fernandes. Contratado como operador de produção em 1996, o trabalhador morreu em 11/05/2002, e as parcelas rescisórias foram pagas à viúva em 03/09/2002.

Segundo o artigo 477 da CLT, o não-pagamento das verbas rescisórias até o primeiro dia útil imediato ao término do contrato, ou até o décimo dia, contado da data da notificação da demissão, quando não há aviso prévio, implica multa no valor de um salário em favor do trabalhador. A defesa da Fiat sustentou que aguardou a regularização sucessória (em relação aos efetivos beneficiários do falecido perante o INSS) para efetuar o pagamento a quem de direito.

Ao rejeitar o pedido da defesa da Fiat para que a multa fosse retirada, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG) argumentou que o dispositivo legal, ao fixar o prazo de pagamento das parcelas rescisórias, não distingue a causa do término do contrato de trabalho, “não cabendo ao intérprete da lei distinguir onde esta não o faz”. Para o TRT/MG, o falecimento do empregado não afasta a aplicação dos prazos previstos na CLT, cabendo ao empregador, em caso de dúvida sobre a parte legitimada a receber as verbas rescisórias, ajuizar ação de consignação em pagamento a fim de afastar a mora.

O ministro Simpliciano Fernandes considerou necessária a reforma da decisão regional neste tópico. “A multa decorre de mora injustificada do empregador no pagamento das parcelas constantes do termo de rescisão contratual no prazo fixado, o que não ocorreu na hipótese dos autos, em que o contrato de trabalho foi extinto em decorrência do óbito do empregado”, disse. Para o ministro relator, tampouco se justifica o entendimento do Regional de que a empresa poderia ter ajuizado ação de consignação em pagamento, caso tivesse dúvida a quem deveria pagar as verbas rescisórias porque, como o contrato foi rompido em virtude de morte do empregado, não estava sujeita ao prazo legal.

6.3.9. JT garante pensão vitalícia a trabalhadora com doença profissional (RR-1941/2005-030-04-00.3).

Veiculada em 08.07.2009.

O Banco Santander S.A. terá que pagar pensão vitalícia e indenização por danos morais no valor de R\$ 20 mil (vinte mil reais) a ex-empregada aposentada por invalidez depois de adquirir LER (lesão por esforço repetitivo). Por unanimidade, os ministros da Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho rejeitaram o recurso de revista da empresa e mantiveram a condenação imposta pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS).

Na opinião do relator do processo, ministro Emmanoel Pereira, o recurso não merecia ser conhecido, porque o banco não indicou violação direta à Constituição, nem juntou exemplos de

decisões sobre a mesma matéria para serem comparados. Além do mais, a existência de outros fatores causadores da doença da empregada não eximia a responsabilidade da empresa e o dever de indenizá-la.

Depois de doze anos de serviços prestados ao banco, a operadora de microfilmagem foi aposentada por invalidez aos 40 anos de idade com diagnóstico de LER. Segundo médicos consultados, ela também sofria de síndrome do túnel do carpo (dor e formigamento nas mãos devido à compressão do nervo do punho) – doença que teria sido adquirida em função das tarefas desenvolvidas para o banco.

A empregada, então, entrou com ação na 30ª Vara do Trabalho de Porto Alegre (RS), pedindo indenização por danos morais e pensão vitalícia, com o argumento de que ficou com a capacidade de trabalho reduzida. O juiz negou o pedido, entendendo que não havia nexo de causalidade entre as doenças mencionadas e as tarefas realizadas, com base no laudo pericial médico.

Já no TRT da 4ª Região, a bancária conseguiu reformar essa decisão. O Regional concluiu que, apesar de o laudo não confirmar o nexo causal, existiam outros elementos complementares que evidenciavam a lesão por esforço repetitivo. E, ainda que a doença não tivesse como causa exclusiva as funções realizadas na empresa, certamente estas desencadearam os sintomas, sem que o empregador tomasse as medidas necessárias para evitar que isso ocorresse. Nessas condições, o TRT/RS condenou o banco a pagar à empregada pensão vitalícia equivalente à diferença entre o valor do último salário recebido e a aposentadoria por invalidez, além de indenização por danos morais de R\$ 20 mil (vinte mil reais).

No recurso de revista ao TST, o Banco insistiu na tese da não-comprovação do nexo de causalidade entre a doença sofrida e as atividades desenvolvidas pela trabalhadora. Durante o julgamento, a advogada da empresa ainda questionou a amplitude das duas condenações sem a caracterização da responsabilidade civil do banco.

Mas, de acordo com o relator, o TRT/RS decidiu de forma acertada ao considerar outras provas, além da pericial, para concluir pela existência do nexo de causalidade. O presidente da Quinta Turma, ministro Brito Pereira, destacou que o julgador avaliou todas as provas disponíveis para chegar a essa conclusão - como lhe permite a lei (artigo 131 do Código de Processo Civil). A ministra Kátia Arruda também não teve dúvidas em acompanhar o voto do relator, lembrando como prova irrefutável o fato de a empregada estar aposentada por invalidez.

6.3.10. Primeira Turma acolhe cerceio de defesa por dispensa de testemunhas (RR 142.315/2004-900-01-00.0).

Veiculada em 09.07.2009.

A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho determinou que 66ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro (RJ) reabra a instrução processual da ação trabalhista movida por um assistente administrativo contra a Itapemirim Turismo – Agência de Viagens e Despachos Ltda., colhendo os depoimentos das testemunhas do trabalhador. O juiz considerou que não era necessário ouvir todas as testemunhas, dispensando-as, pois já tinha formado convencimento a respeito do direito do empregado ao que pleiteou: horas extras e salário-substituição. A alegação de que a decisão do magistrado caracterizava cerceamento de defesa foi feita pela defesa do trabalhador nas contrarrazões ao recurso apresentado pela Itapemirim ao TRT da 1ª Região (RJ).

O TRT/RJ reformou a sentença ao acolher o recurso da Itapemirim e não admitiu analisar a alegação de nulidade feita pela defesa do trabalhador por considerar que ela foi feita em “via imprópria”. Segundo o TRT/RJ, a questão deveria ter sido abordada em recurso próprio ou adesivo. “Das contrarrazões deduzidas pelo autor fica claro, no que tange à nulidade do julgado, que a mesma foi suscitada eventualmente, ou seja, somente no caso de acolhimento do apelo patronal, o que não encontra respaldo algum. Afinal, a nulidade existe ou não e, como tal, deve ser arguida pela parte interessada, se assim lhe convier, independentemente do entendimento que se adote

quanto ao mérito”, dispõe o acórdão do TRT/RJ, agora reformado pela Primeira Turma do TST, por maioria de votos.

No recurso ao TST, a defesa do trabalhador afirmou que a decisão regional violou, entre outros dispositivos, o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da CF). Segundo o ministro relator do recurso, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, o trabalhador tem razão. “Na hipótese dos atos, foram julgadas procedentes as pretensões do reclamante quanto ao labor extraordinário e salário-substituição. Portanto, naquele momento, o reclamante carecia, de fato, do indispensável interesse em recorrer, pois, ainda que fosse reformada a sentença e beneficiada a parte contrária, as questões e matérias veiculadas nas contrarrazões ao recurso ordinário, já constaram do litígio, sendo arguidas na fase processual oportuna”, afirmou o relator. Vieira de Mello Fº foi acompanhado pelo ministro Lelio Bentes Corrêa. O ministro Walmir Oliveira da Costa divergiu. Para ele, o trabalhador deveria ter abordado a questão da nulidade em recurso adesivo.

6.3.11. TST cancela penhora de imóvel adquirido antes da ação trabalhista (RR 383/2007-011-08-40.5).

Veiculada em 09.07.2009.

A Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho cancelou a penhora de imóvel da Organização Paraense Educacional e de Empreendimentos Ltda. (ORPES), acusada de participar de fraude à execução pelas instâncias ordinárias da Justiça do Trabalho. Por maioria de votos, venceu a tese do relator, ministro Renato de Lacerda Paiva, que considerou inexistente a fraude na medida em que a reclamação trabalhista fora ajuizada depois da transação comercial com o bem. No caso, concluiu o ministro, a penhora violou o princípio da legalidade e o direito de propriedade – garantias constitucionais (artigo 5º, incisos II e XXII, da Constituição Federal).

Para a 11ª Vara do Trabalho de Belém e o Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA), houve fraude à execução e contra credores quando a Sociedade Civil Nóbrega por Cotas de Responsabilidade Ltda. transferiu o imóvel para a ORPES. No entendimento do TRT, embora o registro de propriedade do imóvel tenha, de fato, ocorrido antes de iniciada a reclamação que originou a presente execução, “várias ações trabalhistas já tramitavam contra a mesma empresa, que fatalmente se transformariam em feitos executivos”. Portanto, segundo o Regional, o objetivo do negócio foi prejudicar credores, porque as duas empresas tinham sócio comum.

No recurso de revista ao TST, a ORPES contou que recebeu o bem em fevereiro de 2001, e que a ação foi proposta em maio daquele ano. Além do mais, tomou posse do imóvel, mediante compromisso de compra e venda, em julho de 1982, ou seja, dezenove anos antes do ajuizamento da reclamação trabalhista. A Organização Paraense disse ainda que o imóvel penhorado fora adquirido diretamente da Universidade Federal do Pará (UFPA), sem intermediação da Sociedade Civil Nóbrega.

O relator, ministro Renato Lacerda, esclareceu que o artigo 593 do Código de Processo Civil considera fraude à execução a alienação ou oneração de bens quando estiver tramitando contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência. Como o imóvel em discussão foi adquirido antes de iniciada a reclamação trabalhista contra a Sociedade Civil Nóbrega, o relator deu razão à ORPES e concluiu que houve desrespeito à Constituição.

Já para o ministro José Simpliciano, estava correto o argumento do Regional de que houve o intuito de prejudicar credores, com base na informação de que várias ações trabalhistas tramitavam contra a mesma empresa – o que resultaria em diversas execuções no futuro. Mas, de acordo com o relator, o dispositivo legal que trata de fraude à execução é objetivo, logo, a fraude poderia eventualmente ser constatada em relação às demais ações, não quanto a este processo em particular.

A interpretação do relator foi acompanhada pelo ministro Walmir Oliveira da Costa. O ministro também não aceitou como verdadeira a hipótese de fraude, pois o negócio teve como intermitente a Universidade Federal do Pará, que pertence à Administração Pública e, em princípio, pratica atos revestidos de legalidade. O resultado do julgamento foi pelo conhecimento e provimento do recurso de revista, para anular a penhora do imóvel de propriedade da ORPES.

6.3.12. Vale garante pagamento de insalubridade com base no salário mínimo.

Veiculada em 10.07.2009.

No Tribunal Superior do Trabalho, a Companhia Vale do Rio Doce conseguiu reformar decisão transitada em julgado que estabelecia como base de cálculo do adicional de insalubridade a remuneração do trabalhador. Agora, a empresa pagará o adicional a ex-empregado tendo como referência o salário mínimo. Por unanimidade, a Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-2) acompanhou o entendimento do relator, ministro Renato de Lacerda Paiva, para dar provimento ao recurso ordinário em ação rescisória da empresa.

A questão central da ação rescisória proposta pela Vale era a desconstituição da decisão que determinou a remuneração do empregado como base de cálculo do adicional de insalubridade. A empresa foi condenada a pagar a parcela ao ex-técnico mecânico que prestou serviços por 18 anos à empresa e provou na Justiça ter direito ao recebimento do adicional em grau máximo. Pela condenação, o índice de 40% incidiria sobre a remuneração do empregado, e não sobre o salário mínimo, como pretendia a empresa.

Para o Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região (ES), a Vale alegou que a base de cálculo do adicional deveria ser o salário mínimo, nos termos do artigo 192 da CLT. Mas o TRT rejeitou a pretensão, aplicando as Súmulas nº 83 do TST e 343 do Supremo Tribunal Federal, que dispõem, basicamente, não caber ação rescisória por violação literal de lei quando a decisão a ser rescindida estiver baseada em texto infraconstitucional, de interpretação controvertida.

No recurso ordinário apresentado ao TST, esse obstáculo foi superado. O relator, ministro Renato de Lacerda Paiva, acolheu o argumento da empresa de que, na época da decisão (29/9/2004), a questão não era controvertida; inclusive a Orientação Jurisprudencial nº 2 da SDI-2 sobre o assunto já tinha sido editada. Em relação ao mérito do processo, o ministro concluiu que a Vale tinha razão em pedir o cálculo com base no salário mínimo.

O relator explicou que a 4ª Vara do Trabalho de Vitória (ES) aplicou ao caso a Súmula Vinculante nº 4 do STF, que proíbe o uso do salário mínimo como indexador de base de cálculo de vantagem devida a empregado (previsão do artigo 7º, inciso IV, da Constituição). Também serviu como referência a Súmula nº 228 do TST que estabelecia a aplicação do salário básico para o cálculo a partir de 9 de maio de 2008 (data da publicação da Súmula nº 4 do STF), salvo critério mais vantajoso para o trabalhador fixado em convenção coletiva.

Só que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) conseguiu liminarmente, no STF, suspender a aplicação da nova redação da Súmula 228 do TST, na parte que trata da utilização do salário básico como base de cálculo do adicional. Portanto, segundo o relator, até que haja norma regulamentando a situação, o salário mínimo continua sendo aplicável no cálculo da insalubridade.

No voto, o relator citou ainda dois julgados do STF que confirmam o impedimento do Judiciário (no caso específico, do TST) de alterar a base de cálculo: um da ministra Carmen Lúcia (Rcl 6830/PR-MC) e outro do ministro Menezes Direito (Rcl 6873/SP). Nessas condições, a SDI-2 deu razão à Vale e determinou o uso do salário mínimo como base para o cálculo do adicional.

6.3.13. SDI-1 manda reintegrar empregada da CEF demitida com 24 anos de casa (E-ED-RR 1593/2000-069-02-00.0).

Veiculada em 10.07.2009.

A Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do Tribunal Superior do Trabalho restabeleceu decisão que reconheceu o direito à reintegração ao emprego de uma servidora da Caixa Econômica Federal (CEF), demitida sem justo motivo, após 24 anos de trabalho ininterrupto e sem registro de uma única falta geradora de advertência ou suspensão em seu prontuário funcional. Por maioria de votos, os ministros consideraram que a falta de norma interna prevendo a demissão sem justa causa limita o poder potestativo do empregador neste caso, não obstante a jurisprudência do TST admita a possibilidade de dispensa imotivada de empregado celetista contratado por concurso público por empresa pública ou sociedade de economia mista (OJ nº 247).

Ao restabelecer a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF e TO), o relator do recurso na SDI-1, ministro Lelio Bentes Corrêa, afirmou que o caso dos autos não trata apenas da conhecida tese relacionada com a possibilidade de demissão imotivada de empregado de empresa pública, já que a decisão regional levou em consideração o descumprimento do regulamento de pessoal da CEF. Segundo o ministro relator, é reconhecido às empresas públicas e sociedades de economia mista o direito de dispensar seus empregados imotivadamente, mas se há norma empresarial restringindo esse poder, por meio de critérios e procedimentos, o dispositivo tem plena eficácia e deve ser observado.

“Em verdade, a matéria controvertida nos autos transcende ao que dispõe a OJ 24. Com efeito, tal particularidade é evidente na decisão do Tribunal Regional, que ressaltou a ilicitude da dispensa, tendo em vista que a empresa desobedeceu ao seu próprio regulamento de pessoal, que estabeleceu critérios e procedimentos para a prática da rescisão. A não observância de tais requisitos por parte da CEF gera para o empregado despedido imotivadamente o direito à reintegração”, afirmou Lelio Bentes em seu voto. A SDI-1 conheceu e proveu o recurso da servidora da Caixa após concluir que houve má aplicação da OJ 247 pela Quinta Turma do TST.

Os ministros João Oreste Dalazen, Vantuil Abdala, João Batista Brito Pereira, Guilherme Caputo Bastos e Maria de Assis Calsing divergiram do relator. Para eles, a dispensa sem justa causa de empregados celetistas contratados por concurso por empresas públicas ou sociedades de economia mista não depende de existência de norma interna autorizadora. Os ministros Dalazen, Vantuil e Brito Pereira afirmaram inclusive que, ao determinar a reintegração por inexistência de previsão para dispensa sem justa causa no regulamento de pessoal da CEF, o TRT valeu-se de um estratégia para se esquivar da aplicação da OJ 247.

6.3.14. Sindicato é condenado por impedir atuação de dirigente.

Veiculada em 10.07.2009.

A Quinta Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) confirmou o pagamento de indenização por dano moral, no valor de R\$ 30.000,00, a ex-delegado do Sindicato dos Engenheiros do Estado do Pará (SENGE), por ter sua atuação sindical impedida pelo órgão de classe. Eleito em 2003 como delegado da categoria perante a Federação Nacional dos Engenheiros, durante todo o mandato de três anos não foi indicado como representante do sindicato em nenhum encontro da Federação - foram oito no período.

A Quinta Turma rejeitou recurso do sindicato e manteve a condenação imposta pela Justiça do Trabalho da 8ª Região (PA/AP). “O sindicato tentou frustrar a atuação sindical do reclamante, não apenas em seu detrimento, mas alienando todos da categoria que nele votaram”, concluiu o ministro Emmanoel Pereira, relator do processo.

Pelo estatuto do sindicato, são eleitos dois delegados. O órgão, em sua defesa, alega o poder de escolha de um dos dois para representá-lo em cada reunião da Federação, pois só tem direito a um voto, baseado na garantia constitucional de independência dos sindicatos. Para o relator, a legislação garante a "liberdade do sindicato elaborar seus estatutos e a liberdade de escolha de seus dirigentes sem ingerência do Poder Executivo", mas não daria o direito de impedir um dirigente sindical de exercer a sua função. Assim, estaria comprovado o "prejuízo à sua imagem perante a categoria, e, portanto, o dano moral sofrido".

6.4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (www.trf4.jus.br)

Incapacidade parcial para o trabalho pode ser considerada plena quando compromete importante período da jornada.

Veiculada em 08.07.2009.

A Turma Regional de Uniformização (TRU) dos Juizados Especiais Federais (JEFs) da 4ª Região adotou o entendimento de que a incapacidade parcial para o trabalho pode ser considerada plena quando comprometer importante período da jornada de trabalho. A decisão foi publicada nesta semana no Diário Eletrônico da Justiça Federal da 4ª Região.

Um trabalhador rural de Santa Catarina, portador de câncer de pele, ingressou com ação no Juizado Especial Federal, buscando a concessão de benefício previdenciário por incapacidade. Como seu pedido foi negado em sentença e também em grau de recurso, interposto junto à 2ª Turma Recursal catarinense, o autor da ação recorreu à TRU, alegando divergência de entendimento com a 1ª Turma Recursal do Paraná.

Para a juíza federal Bianca Arenhart Munhoz da Cunha, relatora do incidente de uniformização na TRU, a incapacidade para o trabalho não pode ser identificada apenas a partir da perspectiva médica, "pois há casos em que o segurado, embora do ponto de vista médico seja portador de incapacidade parcial, se encontra incapaz para o desempenho de qualquer atividade se consideradas suas condições pessoais, como idade avançada e baixa qualificação profissional, ou ainda se considerado o grau de restrição para o trabalho". A magistrada lembrou que o autor da ação é trabalhador rural portador de câncer de pele, com restrição à exposição ao sol no período entre 10h e 15h e, nos demais horários, com uso de proteção (roupas longas, protetor solar e chapéu).

Assim, a TRU determinou por unanimidade que o processo retorne à 2ª Turma Recursal de SC, para análise da situação concreta e adequação do julgamento, observando-se o entendimento uniformizado pela Turma.

6. Indicações de Leitura

7.1. Revista Justiça do Trabalho. HS Editora. Nº 306. Junho de 2009.

“O Monitoramento dos E-mails nas Relações de Trabalho”

Michelle Sponchiado. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo IDC. Págs. 42-66.

7.2. Revista LTr. Ano 73. Junho de 2009.

7.2.1. **“A Regulamentação da Terceirização e a Responsabilidade da Empresa Contratante pelos Créditos Trabalhistas Inadimplidos pela Empresa Contratada”.**

José Ribeiro de Campos. Advogado. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Professor de Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Professor no curso de pós-graduação *strictu sensu* da Universidade Metropolitana de Santos. Págs. 724-733.

7.2.2. **“Efetividade na Execução contra a Fazenda Pública”.**

Rui Barbosa de Carvalho Santos. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, respondendo pelo Juízo Auxiliar de Conciliação de Precatórios. Ex-Procurador da Companhia Energética de Brasília. Ex-Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Págs. 719-723.

7.2.3. **“Dispensa Coletiva e seu Controle pelo Judiciário”.**

Antônio Álvares da Silva. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 3ª Região. Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da UFMG. Págs. 650-670.

7.2.4. **“Hermenêutica Jurídica e Direitos Humanos Sociais do Trabalhador”.**

Rubia Zanotelli de Alvarenga. Advogada. Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Finac/ES. Professora de Direito Previdenciário da Pio XII/ES. Professora de Legislação Social e Trabalhista da Fucape/ES. Professora de Direito do Trabalho do Curso de Pós-Graduação da Faculdade Pitágoras/MG. Professora do Curso de Pós-Graduação da Faculdade Fativale/MG. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Págs. 705-718.

7.2.5. **“Nexo Técnico Epidemiológico Acidentário – Sua Inconstitucionalidade”.**

José Eduardo Duarte Saad. Advogado. Professor. Ex-Procurador-Chefe do Ministério Público do Trabalho. Ex-Assessor Jurídico de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor. Págs. 671-683.

7.2.6. **“Novas Reflexões sobre a Renúncia, Transação e Conciliação no Direito e no Processo do Trabalho à Luz do Novo CPC e da Jurisprudência do TST”.**

Mauro Schiavi. Juiz do Trabalho na 2ª Região. Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Professor Convidado do Curso de Pós Graduação da Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito Processual do Trabalho. Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Págs. 684-689.

7.2.7. **“Trabalho Artístico da Criança e do Adolescente”.**

Oris de Oliveira. Juiz do Trabalho aposentado. Professor de Direito do Trabalho nas Faculdades USP e UNESP. Págs. 690-695.

7.3. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário. Magister Editora. Ano V. Nº 30. Maio/junho de 2009.

7.3.1. "Garantia do Devido Processo Legal para Demissão de Empregado Público".

Hélio Rios Ferreira. Procurador do Estado do Amapá. Págs. 58-64.

7.3.2. "Gestante: Estabilidade Provisória em Caso de Aborto Não Criminoso".

Antonio Borges de Figueiredo. Advogado. Professor. Mestre em Direito das Obrigações pela UNESP. Doutorando pela ITE. Págs. 33-43.

7.4. Repertório de Jurisprudência IOB. Volume II. Nº 11. 1ª Quinzena de Junho de 2009.

7.4.1. "Apontamentos sobre a Ação Regressiva de Acidentes de Trabalho".

José Aldízio Pereira Júnior. Procurador Federal do INSS. Especialista em Direito Processual Civil, Direito Administrativo e Direito Tributário e Finanças Públicas. Págs. 361-365.

7.4.2. "Direito do Trabalho, Rotinas Trabalhistas e Eventuais Implicações Referentes ao Menor Jogador de Futebol – Caso Neymar – Jovem Revelação do Santos".

Paulo Sérgio Basílio. Advogado. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo Centro de Extensão Universitária. Págs. 65-85.

7.4.3. "Equivalência Salarial".

Luciane Cristine Lopes. Advogada. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Fundação Eurípides Soares da Rocha, de Marília/SP. Mestre em Direito Constitucional – Direitos e Garantias Fundamentais do Cidadão pela Instituição Toledo de Ensino, de Bauru/SP. Págs. 358-360.

7.4.4. Jurisprudência comentada: "O Benefício de Ordem e a Responsabilidade Subsidiária Trabalhista".

Luiz Marcelo Figueiras de Góis. Advogado. Professor convidado do Curso de Especialização *Lato Sensu* em Direito do Trabalho da Fundação Getúlio Vargas. Especializando em Direito Civil-Constitucional pelo CEPED/UERJ. Mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior. Págs. 354-358.

7.5. Repertório de Jurisprudência IOB. Volume II. Nº 12. 2ª Quinzena de Junho de 2009.

"Ainda que na Vigência do Contrato de Trabalho, a Fonte Pagadora é Desobrigada de Proceder com a Retenção na Fonte do Imposto de Renda sobre o Abono Pecuniário de Férias".

Antônio Cleto Gomes. Advogado. Membro do Tribunal de Ética da OAB/CE. Págs. 389-392.

7.6. Disponíveis na internet.

7.6.1. "A aplicação subsidiária da reconvenção no processo do trabalho. Cuidados práticos para abertura de prazo para manifestação do reconvinado".

Anderson Ítalo Pereira. Advogado. Pós-graduando em Função Social e Constitucional do Direito pela UNISUL/REDE LFG. Pós-graduando em Direito Tributário, pelo JusPODIVM/BA. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2189, 29 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13057>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

7.6.2. "A desconconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista. Análise dos fundamentos jurídicos".

Gaysita Schaan Ribeiro. Advogada. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2196, 6 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13094>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

7.6.3. "A importância dos princípios na interpretação da linguagem jurídica".

Fernando Augusto de Vita Borges de Sales. Advogado. Professor de Direito Comercial e de Direito Processual Civil. Pós-graduado em Direito Civil e em Direito do Consumidor pela UNIFMU. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela UNIMES. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2188, 28 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13049>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

7.6.4. "A teoria da ação de Liebman e sua aplicação recente pelo Superior Tribunal de Justiça. Alguns aspectos dogmáticos da teoria da asserção".

Dierle José Coelho Nunes. Advogado. Professor Universitário da PUC/MG, da Faculdade de Direito do Sul de Minas e da UNIFEMM. Mestre em Direito Processual (PUC/MG). Doutor em Direito Processual (PUC/MG - Università degli Studi di Roma "La Sapienza"). Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/MG. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2190, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13066>>. Acesso em: 30 jun. 2009.

7.6.5. "Aposentadoria e Ação Rescisória"

Ricardo Carvalho Fraga. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/>>. Acesso em: 07 jul. 2009.

7.6.6. "Assédio Sexual".

Eliane Alfradique. Juíza de Direito. **Robson Zanetti.** Advogado. Palestrante. Árbitro. Pesquisador junto a Università "La Sapienza" em Roma. Especialista em Direito Privado pela Università degli Studi di Milano, Itália. Doctorat Droit Privé pela Université de Paris 1. CADERNO DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DA EMATRA XV, v. 5, n. 2, p. 33-72, março/abril 2009. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/MarAbr2009.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2009.

7.6.7. "Breves considerações sobre a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais".

Luiz Carlos Canalli. Juiz Federal. Revista de Doutrina da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2009.

7.6.8. "Considerações acerca do trabalho a termo".

Francisco José Monteiro Júnior. Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 65, 01/06/2009 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6292>. Acesso em: 10 jul. 2009.

7.6.9. "Considerações sobre a irrecorribilidade dos despachos e dos atos meramente ordinatórios".

Roberto Carvalho de Souza. Advogado. Professor de Direito Processual Civil, de Teoria Geral do Processo e de Direito Ambiental na Universidade Veiga de Almeida, no Rio de Janeiro. Professor Colaborador na Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Ex-professor na Escola Superior da Advocacia, no Rio de Janeiro. Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano I, Nº 1. Abril/junho de 2009. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-354.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2009.

7.6.10. "Da tutela antecipada e sua efetivação".

Athos Gusmão Carneiro. Ministro aposentado do STJ. Presidente do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Revista de Doutrina da 4ª Região. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2009.

7.6.11. "Justiça alternativa do trabalho. Necessidade ou ficção?".

Magno Cardoso Brandão. Advogado. Professor do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ. Mestrando em Direito Econômico pela UFPB. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2195, 5 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13095>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

7.6.12. "Mandado de segurança impetrado por servidor ou juiz da justiça do trabalho contra ato administrativo de presidente de TRT. Competência pelo critério da matéria (EC nº 45/2004). Julgamento pelo juízo federal comum".

Izidoro Oliveira Paniago. Juiz do Trabalho Substituto no TRT da 24ª Região. Ex-Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Professor da Escola da Magistratura do Trabalho. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2191, 1 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13074>>. Acesso em: 01 jul. 2009.

7.6.13. "O Direito Laboral Estrangeiro e o Juiz do Trabalho Brasileiro".

Manoel Carlos Toledo Filho. Juiz titular da 10ª Vara do Trabalho de Campinas/SP. Professor da Escola Paulista de Direito Social. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP. CADERNO DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DA EMATRA XV, v. 5, n. 2, p. 33-72, março/abril 2009. Disponível em: <http://www.trt15.jus.br/escola_da_magistratura/MarAbr2009.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2009.

7.6.14. "O assédio moral empresarial como modo de gestão de recursos humanos".

Wilson Ramos Filho. Advogado. Professor no mestrado em Direito da UNIBRASIL, no Máster Oficial e no *Doctorado en Derechos Humanos, interculturalidade y desarrollo*, na Universidad Pablo de Olavide, Espanha, e na graduação, mestrado e doutorado na Faculdade de Direito da UFPR, em Curitiba, nas disciplinas de Direito Sindical e de Direito do Trabalho. Doutor em Direito. Atualmente realiza pesquisa em pós-doutorado na École de Hautes Études en Sciences Sociales, em Paris. Membro da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas. Disponível em: <<http://www.abrat.adv.br/>>. Acesso em: 01 jul. 2009.

7.6.15. "O Enunciado nº 385 da Súmula do STJ e a chancela a possíveis injustiças".

Fernando César Borges Peixoto. Advogado. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes de Vitória/ES. Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade de Direito de Vila Velha/ES. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2189, 29 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13059>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

7.6.16. **“O trabalho infanto-juvenil proibido: prevenção e erradicação”.**

Gaysita Schaan Ribeiro. Advogada. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2195, 5 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13093>>. Acesso em: 06 jul. 2009.

7.6.17. **“Os princípios constitucionais da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana relacionados ao inciso I do artigo 114 da Constituição Federal de 1988”.**

Dayse Coelho de Almeida. Advogada. Professora do Curso de Direito da Universidade Federal de Sergipe e do Curso de Direito da Faculdade de Sergipe. Pós-graduada em Direito Público pela PUC/MG. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes/RJ. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/MG. Membro do Instituto de Hermenêutica Jurídica, da Associação Brasileira de Advogados e do Instituto Nacional de Estudos Jurídicos. Âmbito Jurídico, Rio Grande, 65, 01/06/2009 [Internet]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6227>. Acesso em 06 jul. 2009.

7.6.18. **“Trabalho na atividade pesqueira à luz do Direito do Trabalho”.**

Francisco Edivar Carvalho. Auditor Fiscal do Trabalho. Coordena e executa a Fiscalização do Trabalho Portuário e Aquaviário no Estado do Rio Grande do Norte. Professor universitário. Graduado e Pós-graduado em Administração de Empresas. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2198, 8 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13113>>. Acesso em: 08 jul. 2009.

7. Dica de Linguagem Jurídico-Forense

Prof. Adalberto J. Kaspary

Novas Grafias – Palavras Novas

Com a entrada em vigor do *Acordo Ortográfico* de 1990, aos poucos passamos a acostumar-nos com o novo visual de determinadas palavras: '*idéia*' perdeu o acento agudo: *ideia*; '*vôo*' ficou sem o acento circunflexo: *voo*; '*não-comparecimento*' apresenta-se sem o traço de união: *não comparecimento*; *traço de união*, como *veem*, perdeu seus dois tracinhos; *veem*, se ainda *descreem*, aposentou o acento circunflexo, que lhe servia de chapéu; '*co-réu*' trocou o hífen por mais um *r*: *corréu*; '*contra-razoar*' também optou por substituir o hífen por mais um *r*: *contrarrazoar*; e *contra-arrazoar*, forma variante do verbo anterior, mas com idêntico significado, resolveu ficar com seu hífen, que integra seu traje desde 1943. É conservador...

Mas não só de mudanças ortográficas vive a língua portuguesa. Ela também acrescentou novas palavras ao seu patrimônio, quer nacionalizando algumas, quer criando outras com seus próprios recursos. Umas e outras passaram a constar nos dicionários e a circular nos textos técnicos e não técnicos. Eis algumas delas, colhidas na Lei n. 11.419, de 19-12-2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial:

Sítio, que tomou a forma e o significado do *site* inglês. Está presente no art. 4º, *caput* (*sítio da rede mundial de computadores [...]*) e § 1º (*O sítio e o conteúdo das publicações [...]*).

Digitalização, substantivo, e *digitalizar*, verbo. Aparecem no art. 9º, § 2º (verbo), no art. 10, § 3º (substantivo), e no art. 11, §§ 1º (verbo e substantivo), 3º (verbo), 5º (substantivo) e 6º (verbo).

Disponibilização, substantivo, e *disponibilizar*, verbo. Execrados por alguns conservadores, marcam presença no art. 4º, *caput* (verbo) e § 3º (substantivo).