

Arquivos do

INSTITUTO Brasileiro de Direito Social CESARINO JÚNIOR



- A JUSTIÇA DO TRABALHO E O INSS
- A FISCALIZAÇÃO E A EFICÁCIA DO DIREITO DO TRABALHO
- A NOVA LEI DO AVISO PRÉVIO

Vol. 35 - 2011

**ARQUIVOS DO
INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Nº 35 - 2011

A JUSTIÇA DO TRABALHO E O INSS

Sumário

Apresentação.....	7
MARLY A. CARDONE	
1.Ações que Interessam à Previdência Social. Ações Acidentárias e Ações Declaratórias de Reconhecimento de Vínculo Empregatício para Fins De Aposentadoria.....	9
IRANY FERRARI E MELCHÍADES RODRIGUES MARTINS	
2.A Justiça do Trabalho e o INSS.....	17
MARLY A. CARDONE	
3.Causas Trabalhistas em que há Interesse do INSS.....	29
CLÁUDIO HENRIQUE CORRÊA	
4. La eficacia de la legislación laboral y el papel de la inspección del trabajo.....	37
CARLOS ZANGRANDO	
5.Aviso Prévio sob a nova óptica da Lei 12.506/2011.....	65
ANTONIO BONIVAL CAMARGO	

**INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO SOCIAL
CESARINO JÚNIOR**

Seção Brasileira da “*Société Internationale de
Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*” - SIDTSS

Av. Paulista, 726, 1º a./cj.102 - CEP 01310-910 - SP - Fone/fax 3285-0372
www.institutocesarinojunior.org.br - icj@uol.com.br

*As opiniões e textos dos trabalhos aqui publicados são de exclusiva
responsabilidade de seus autores.*

CONSELHO DIRETOR DO *IBDSCJ*
(Mandato de 15 de agosto de 2011
a 15 de agosto de 2014)

Presidente

Prof. Dr. PAULO SERGIO JOÃO
(PUC/SP / FGV/SP e Advogado)

Vice presidentes

Prof^{ta} Dr^a **MARLY A. CARDONE**
(USP e Advogada)

Prof. Dr. **MARCO ANTONIO VILLATORE**
(PUC/PR e Advogado)

Desembargadora **ODETE DE ALMEIDA ALVES**
(TRT 8^a Região)

Dr. **PEDRO DE JESUS FIGUEREDO**
(Advogado em Salvador)

Secretário Executivo

Prof. Dr. JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO
(Mackenzie/SP e advogado)

Secretário

Dr. **MARCUS DE OLIVEIRA KAUFMANN**
(Mestre PUC/SP e Advogado em Brasília)

Tesoureiros

1º - Prof^{ta} **MARIA HEMILIA FONSECA**
(USP Ribeirão Preto)

2º - *Prof. Dr. CARLOS EDUARDO PALETTA GUEDES*
(Professor e Advogado em Juiz de Fora)

APRESENTAÇÃO

A revista de 2011 *do Instituto Cesarino Junior* publica valiosos trabalhos relacionados a temas diversos.

Causas trabalhistas em que há interesse do INSS provocam vários problemas de ordem doutrinária e prática e são objeto de reflexão de três estudos, que suscitam questões da maior atualidade, que agrupamos sob a rubrica ***A JUSTIÇA DO TRABALHO E O INSS.***

Os membros efetivos do IBDSCJ **IRANY FERRARI** e **MELCHIADES RODRIGUES MARTINS**, após várias ponderações, sugerem alteração da Constituição Federal no tema da competência, respectivamente arts. 109 e 114. Em estudo de nossa parte, embora teoricamente concordemos com as alterações sugeridas, sustentamos que, politicamente, seria muito difícil esta mudança, que retiraria jurisdição de juízes estaduais. Diante disto, é proposta uma alteração contemporizadora da Constituição Federal, no aspecto da competência, em causas nas quais há interesses do INSS.

O também membro efetivo **CLAUDIO HENRIQUE CORREA** também disserta sobre o assunto, fazendo um resumo da problemática e aceitando o comparecimento do INSS perante o Juízo trabalhista, sem alteração da Constituição Federal, apenas com mudança da lei ordinária.

Consideramos oportuno, também, trazer a público - já que a maioria dos brasileiros a ele não terá acesso - e é sobre assunto pouco versado entre nós, o relatório brasileiro para o XX Congresso Mundial de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, sobre

A FISCALIZAÇÃO E A EFICÁCIA DO DIREITO DO TRABALHO, de que se encarregou o membro efetivo **CARLOS ZANGRANDO** (consultar www.institutocesarinjunior.org.br).

Este trabalho, redigido numa das línguas do congresso, foi enviado ao relator geral do tema, Prof. Giuseppe Casale, alto funcionário da OIT e consistiu na resposta aos questionamentos apresentado por ele.

A partir das próprias perguntas oferecidas é possível se perceber quais são os aspectos relevantes que a matéria sugere fora do Brasil e que, no relatório nacional, mereceu o enfoque do relator brasileiro.

Já o membro efetivo **ANTONIO BONIVAL CAMARGO** sentiu-se provocado a fazer algumas reflexões sobre a nova lei do aviso prévio que, como se verá, suscita algumas dúvidas na sua interpretação e aplicação, resultado da incapacidade de nossos legisladores de redigirem textos legais mais puros.

Haverá ótimo aproveitamento na leitura de todas as páginas desta revista.

MARLY A. CARDONE
Vice Presidente

AÇÕES QUE INTERESSAM À PREVIDÊNCIA SOCIAL. AÇÕES ACIDENTÁRIAS E AÇÕES DECLARATÓRIAS DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO PARA FINS DE APOSENTADORIA

Irany Ferrari e Melchiádes Rodrigues Martins (*)

1. Introdução

O Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior promoveu um debate no dia 13.5.2011 a respeito das ações que interessam à Previdência Social e duas situações foram discutidas pelos presentes, uma que diz respeito às ações acidentárias que envolvem o acidente de trabalho e os casos a ele equiparados como são as doenças ocupacionais e profissionais e outra relacionada com as ações declaratórias de vínculo empregatício, para fins previdenciários. Estas em virtude de que a Previdência Social só admite as decisões da Justiça do Trabalho, quando baseada em início de prova material de tempo de serviço com o intuito de obtenção de aposentadoria pelo trabalhador, na forma do art. 55, § 3º, da Lei n. 8.213/91.

(*) Magistrados trabalhistas aposentados, advogados, membros efetivos do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior*.

Participamos dos debates, com exceção do Dr. Irany Ferrari que não pode comparecer por motivos particulares. Na oportunidade, levamos a nossa preocupação, minha e a do Dr. Irany, no sentido de que é mais importante tratarmos das ações acidentárias pelas quantidades hoje existentes e da competência da Justiça do Trabalho. Isso pelo fato de que o trabalhador está procurando a Justiça do Trabalho apenas com o objetivo da reparação pecuniária (indenização por dano moral com fundamento em acidente de trabalho, doença ocupacional e profissional) sem a preocupação com a sua saúde que é um direito seu e dever do Estado, considerando inclusive que há contribuição da sociedade à Seguridade Social visando assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistencial social.

Por outro lado, não há lei que obrigue a Previdência Social a participar das mencionadas ações, nem obrigação da Justiça do Trabalho em comunicar a ocorrência de reconhecimento de infortúnio ao Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. Sem isso, há prejuízo para a Previdência Social uma vez que a contribuição das empresas para o Seguro de Acidentes do Trabalho está vinculada ao número de acidentes (Art. 22 da Lei n. 8.212/91).

De notar-se igualmente que as ações regressivas contra empregador por negligência nas questões ligadas à medicina e segurança do trabalho (art. 120 da Lei n. 8.213/91) só são viáveis nas hipóteses em que o INSS participa do processo, mas a Justiça do Trabalho não é competente para apreciar tais ações.

Registre-se ainda que a perícia médica competente para apreciação de acidente do trabalho do trabalho é a da Previdência Social (art. 21-A, da Lei n. 8.213/91 e art. 337, do Decreto n. 3048/99). O art. 337 do Decreto n. 3048/99 estatui que “*O acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela perícia médica do*

INSS mediante a identificação do nexo entre o trabalho e o agravo”. Ademais, o trabalho e os seus infortúnios caminham juntos e não podem ser dissociados, daí porque sustentamos que uma mesma justiça deve apreciar tanto a ação principal (reconhecimento de acidente do trabalho ou seus derivados na existência de conflitos) quanto a ação acessória (indenização por dano moral), observada, no que couber, a responsabilidade do empregador, que poderá ser objetiva (art. 927, § único, do Código Civil) ou subjetiva (art. 186 e 187, do Código Civil).

Recentemente, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Instrução Normativa SIT/DDSST n. 88, de 30.11.10, na qual estabelece diretrizes para análises de acidentes do trabalho efetuadas por Auditor Fiscal do Trabalho e modelo de relatório para ser encaminhado à Previdência Social, justamente para que se tenha um controle social sobre os infortúnios no trabalho. Evidentemente, se a Justiça do Trabalho apreciasse as ações acidentárias com a participação da União (Previdência Social) o controle seria completo, pois no caso, ela também julgaria as ações regressivas (art. 120, da Lei n. 8.213/91), na hipótese em que o empregador negligenciasse as medidas preventivas relacionadas à saúde e segurança no trabalho.

Quanto à questão das ações declaratórias de reconhecimento de vínculo empregatício para fins previdenciários, entendemos que, por lei ordinária, a União (Previdência Social) poderá ser chamada a integrar o processo trabalhista e neste caso, a decisão da Justiça do Trabalho valerá para os efeitos trabalhistas e previdenciários. Necessário também o acrescentamento de um parágrafo (quarto) no art. 55, da Lei n. 8.213/91, dispondo que “*Participando a União do processo relacionado com o reconhecimento de vínculo empregatício, a decisão suprirá as exigências do parágrafo anterior*”.

No que refere às ações acidentárias, somos do entendimento de que somente por emenda constitucional é que a Justiça do Trabalho poderá apreciar as referidas ações. Neste contexto, apresentamos a nossa modesta contribuição de proposta de emenda constitucional, conforme abaixo:

II - PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.

Atribuir à Justiça do trabalho competência para apreciação de ações de acidente de trabalho ou a ele equiparado

JUSTIFICATIVA

Os direitos fundamentais no campo das relações trabalhistas têm colocado ao seu abrigo o trabalho humano, conforme se observa pelo art. 6º da Carta Magna que dispõe:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)” Não há grifos no original.

A Lei n. 8.080, de 19.9.90, considerada como Lei Orgânica da Saúde, dispõe no seu art. 2º que *“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*. Outros artigos da mencionada Lei tratam das condições de bem-estar físico, mental e social do trabalhador, todas voltadas não só à preservação, mas também à recuperação da saúde, por meio de ações assistenciais e atividades preventivas (art. 194, da Carta Magna).

Por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Carta Magna) faz com que o trabalhador seja merecedor de toda proteção do Estado justamente para o seu desenvolvimento saudável e seguro. Sob tal prisma pode-se dizer que todas as normas constitucionais e trabalhistas visam sempre à proteção do trabalhador para a vida em todos os seus aspectos: saúde, trabalho digno e acesso ao emprego.

Assim, o controle social relacionado com o acidente do trabalho, doenças ocupacionais e profissionais compete ao Estado para que ele possa adotar medidas que interessam a todos os trabalhadores e a sociedade, pois os cuidados com a saúde é dever do Estado e a saúde é direito do cidadão. (Arts. 6ª, da CF, art. 2º da Lei n. 8.080, de 19.9.90 e Lei n. 8.213, de 24.7.91).

A Justiça do Trabalho com a Emenda Constitucional n. 45, que modificou o artigo 114, da CF, teve aumentada a sua competência para apreciação de conflitos não só envolvendo a relação de emprego, mas também as de trabalho.

A decisão do STF, no Conflito de Competência n. 7.204, de 30.6.05, aumentou ainda mais a competência da Justiça do Trabalho para incluir as ações com pedido de indenização por dano moral fundado em acidente do trabalho, ou a ele equiparado, como são os infortúnios ligados às doenças ocupacionais ou profissionais.

Com a decisão da Suprema Corte no referido Conflito de Competência abriu-se a possibilidade de o trabalhador mesmo sem ser avaliado pelo órgão estatal competente, no caso, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, postular na Justiça do Trabalho a indenização por dano moral baseado naqueles infortúnios.

A intenção do trabalhador neste caso está voltada apenas ao aspecto indenizatório sem se preocupar com objetivo maior dele que é a proteção à sua saúde, conforme se infere pelas normas que cercam os infortúnios ocorridos no cotidiano das relações trabalhistas. Em tais casos, não há controle social do Estado e a saúde é deixada de lado pelo interesse meramente econômico do trabalhador.

A existência de um órgão competente, da magnitude do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, que tem suporte na CF (Arts. 194 a 204) e nas Leis ns. 8.080/90, 8.212/91 e 8.213/91 já demonstram que o Estado se preocupou com a saúde do trabalhador (dever do Estado e direito do cidadão), com a imposição de um controle e ao mesmo tempo garantindo aos necessitados os benefícios previdenciários decorrentes, inclusive a aposentadoria por invalidez, em caso da incapacidade do obreiro. Outros mecanismos como o Nexu Técnico Epidemiológico – NTEP- (Lei n. 8.213, Art. 21-A)- e o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP (Lei n. 8.213/91, art. 58, § 4), foram instituídos tendo-se presente a preocupação do Estado com a saúde e segurança do trabalhador e a necessidade do seu controle.

Entretanto, o efetivo controle só poderá acontecer quando as demandas de acidente do trabalho, ou a ele equiparado, passarem a ser da competência da Justiça do Trabalho, até por questão de unidade de convicção. Ocorre que, o acidente do trabalho, doenças ocupacionais e profissionais estão relacionados com a saúde, esta com a Previdência Social, que por sua vez tem conexão com o Direito do Trabalho quando envolve o trabalho subordinado. Nessa conformidade, tanto as ações pertinentes ao acidente de trabalho e as equiparadas, como as de indenizações por dano moral e material que tenham o mesmo fato gerador devem ser apreciadas pelo mesmo Órgão do Judiciário, para melhor segurança jurídica e melhor distribuição de justiça.

Assim, o trabalhador poderá pleitear na Justiça do Trabalho o reconhecimento do acidente do trabalho ou a ele equiparado, colocando no polo passivo da demanda apenas o Órgão previdenciário, no caso desse não reconhecer a ocorrência do infortúnio laboral, ou a ação poderá ser ajuizada contra o Órgão previdenciário e o empregador, tendo por base um mesmo fato gerador e por certo haverá uma mesma perícia para o seu deslinde. Eventualmente, no mesmo processo poderá haver o reconhecimento do acidente do trabalho com repercussão na Previdência Social e indenização pela responsabilidade civil do empregador (dano material ou moral). Ainda, a mesma prova pericial poderá servir para os mesmos efeitos em face do que dispõe o art. 108, do CPC “*A ação acessória será proposta perante o juízo competente para a ação principal*”.

A modificação propugnada demanda alteração nos artigos 109, inciso I e art. 114, da Carta Magna, a seguir destacados.

1) ART. 109, INCISO I. Retirar da Justiça Comum às ações de acidentes do trabalho, ficando assim a redação:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

2) ART. 114. Incluir o inciso VII, dispondo sobre as ações de acidentes do trabalho que interessam a União e renumerar os demais, cuja redação segue abaixo:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

VII - ações de acidente do trabalho com a participação da União, quando houver interesse relacionado com a Previdência Social;



A JUSTIÇA DO TRABALHO E O INSS

Marly A. Cardone (*)

Introdução

Há, pelo menos, 3 hipóteses em que o INSS tem interesse em estar presente nas ações trabalhistas, exceção feita à mera cobrança das contribuições previdenciais resultantes de condenação, de acordo ou do reconhecimento de vínculo empregatício (CF, art 114, inciso VIII, § único do art. 876 da CLT, Súmula do TST nº 368).

São elas:

- a) Ações por dano moral ou material, decorrentes de infortúnio do trabalho;
- b) Estabilidade no emprego, seja a do art. 118 da lei 8.213/91, ou as estabilidades garantidas por instrumentos coletivos;
- c) Ações apenas de reconhecimento de vínculo empregatício.

(*) Livre-docente em Direito do Trabalho e da Previdência Social pela FDUFRJ e professora-assistente-doutora aposentada pela FADUSP. Advogada. Vice-presidente do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

Em todas elas, além do interesse direto do INSS, há um interesse coletivo, da sociedade, no comparecimento da autarquia previdencial no juízo trabalhista, pelo menos por duas razões.

Primeiramente, o sistema judiciário há de ser organizado com a máxima racionalidade, afim de que haja o maior aproveitamento dos recursos pessoais e materiais.

Em segundo lugar, porque todas as questões ora suscitadas envolvem a segurança jurídica e a proteção social do trabalhador.

Segurança jurídica porque, estando o INSS acompanhando a causa, poderá produzir provas, arguir testemunhas, ou seja, poderá defender os interesses da autarquia, enquanto órgão de administração da previdência social. A consequência disto será não haver disparidade entre as decisões administrativas e as judiciais, contradição esta que tanto desprestigia as instituições.

O interesse social é percebido eis que a previdência social, com sua função precípua de manter uma renda para o trabalhador, para que ele não caia em estado de necessidade (lei 8.213/91, art. 1º), não desperdiçará tempo e recursos em outras ações, sejam administrativas ou judiciais.

Os casos mais freqüentes, em que se percebe a importância da presença do INSS na ação trabalhista, são aqueles em que o empregado, não havendo logrado reconhecimento do INSS da ocorrência de um infortúnio do trabalho, muitas vezes por falta de CAT – *Comunicação de Acidente de Trabalho* (lei 8.213/91, art. 22) – ingressa com reclamação trabalhista para pleitear danos materiais e/ou morais, na qual deve provas: a) que sofreu o infortúnio; b) que dele ocorreram danos.

A situação é mais grave do ponto de vista jurídico quando o trabalhador não é sequer registrado pelo empregador e passa por uma das situações acima descritas, pois deverá demonstrar, judicialmente, de início, a existência do vínculo empregatício.

Não raras são as situações em que o trabalhador subordinado é despedido logo após retornar de um auxílio-doença, oriundo de um infortúnio de trabalho, também não comprovado *a priori* com a CAT, e precisa demandar do seu empregador a garantia de emprego do art. 118 da lei 8.213/91, garantia esta que é de doze meses, contados daquele retorno.

Ação declaratória de relação de emprego e ação de reconhecimento de tempo de serviço

A existência de uma relação de emprego desencadeia uma outra relação jurídica que une empregado, empregador e a entidade previdencial, no caso brasileiro, o Instituto Nacional de Seguro Social – INSS.

Se o empregado não é registrado, simplesmente porque o empregador desrespeita a lei, a relação jurídica previdenciária não pode aparecer no mundo jurídico, muito embora ela exista faticamente. Com efeito, da simples existência de um contato de trabalho, *ope legis* forma-se a relação jurídica previdencial.

O parágrafo 1º do art. 20 do decreto 3.048, de 6-5-99, que regulamentou as leis de custeio e benefícios previdenciais, respectivamente leis 8.212/91 e 8.213/91, declara:

“A filiação à previdência social decorre automaticamente do exercício de atividade remunerada para os segurados obrigatórios e

da inscrição formalizada com o pagamento da primeira contribuição para o segurado facultativo”. E o art. 9º, I, do decreto 3.048/99, já dissera, repetindo o que está na lei 8.213, que o empregado é segurado obrigatório.

Muito frequente, assim, ações perante a Justiça do Trabalho em que se pleiteia o reconhecimento do vínculo empregatício, ainda que para período passado, muitas vezes com os direitos dela resultantes, que foram negados ao trabalhador.

Todavia, é preciso distinguir, ***ação declaratória de relação de emprego de ação declaratória de tempo de serviço.***

Ações apenas declaratórias de tempo de serviço, que podem ser intentadas por qualquer segurado obrigatório da previdência social, são processadas perante a Justiça Federal *estricto senso*, conforme dispõe o art. 109, inciso I da CF. O Superior Tribunal de Justiça promulgou a Súmula 242 que afirma: “*Cabe ação declaratória para reconhecimento de tempo de serviço para fins previdenciários.*” (DJ de 27-11-2000, pg. 195).

Este tribunal só aceita o reconhecimento do tempo de serviço quando há início de prova material, ou seja, não bastam apenas depoimentos testemunhais, consoante o comando do § 3º, do art. 55, da lei 8.213/91, que dispõe:

“A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito conforme disposto no Regulamento.”

Os precedentes da Súmula 242 deixam muito clara esta concordância do STJ com a letra do § 3º, do art. 55, citado, ou seja,

mesmo em ação declaratória de tempo de serviço há de existir começo de prova material, não bastando apenas depoimentos testemunhais.

Mas, por outro lado, tem o STJ aceitado que uma sentença trabalhista que declare a existência de um vínculo trabalhista constitui começo de prova material, como se vê no seguinte acórdão:

PROCESSUAL E PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO. COMPROVAÇÃO. **INÍCIO DE PROVA MATERIAL**. SENTENÇA **TRABALHISTA**. NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 472 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA DO ART. 55, § 3º DA LEI 8.213/91. AGRAVO INTERNO PROVIDO.

1 – A Questão posta em debate restringe-se em saber se a sentença **trabalhista** constitui ou não **início de prova material**, pois as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS advieram por força desta sentença.

2 – Neste contexto, mesmo o Instituto não tendo integrado a lide **trabalhista**, impõe-se considerar o resultado do julgamento proferido em sede de Justiça **Trabalhista**, já que se trata de uma verdadeira **decisão judicial**.

3 – A Jurisprudência desta Eg. Corte vem reiteradamente decidindo no sentido de que a sentença **trabalhista** pode ser considerada como **início de prova material**, sendo apta a comprovar-se o tempo de serviço prescrito no artigo 55, §

3º da Lei 8.213/91, desde que fundamentada em elementos que demonstrem o exercício da atividade laborativa na função e nos períodos alegados, ainda que o Instituto Previdenciário não tenha integrado a respectiva lide.

4 – Agravo interno conhecido e provido (Ag. Rg 887805 / PR) no Agravo de Instrumento 2007/0117177-8 – Ministra Jane Silva (convocado). (Pg. 348 *In min.* STJ)

Já na Justiça Federal do Trabalho a situação é outra, ao julgar ações entre *trabalhadores e tomadores do seu serviço, para declarar a existência, ou não, de vínculo empregatício*, eis que o art. 114, inciso I da CF afirma sua competência para decidir contendas que envolvam “relação de trabalho”.

Para este fim, utiliza a Justiça do Trabalho todos os meios probatórios permitidos pelo Direito, tal qual lhe faculta o art. 456, da CLT *verbis*: “*a prova do contrato individual de trabalho será feita pelas anotações constantes da carteira profissional ou por instrumento escrito e suprida por todos os meios permitidos em direito.*” (grifamos).

Considere-se, ademais, que o contrato individual de trabalho não tem formalidade exigida por lei, podendo ser celebrado ‘.... *tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito....*’, conforme proclamado pelo *caput* do **art. 443 da CLT**.

Mas o INSS não aceita as decisões da Justiça do Trabalho que declaram a existência do vínculo empregatício e, como consequência,

tempo de serviço (com posterior recolhimento das contribuições previdenciárias), que não estejam baseadas em início de prova material. O que está no citado art. 55 da lei 8.213/91 é explicitado pela Instrução Normativa nº 20 INSS/PRESS:

“§ 3º Na concessão ou revisão de aposentadoria por tempo de contribuição ou qualquer outro benefício do RGPS, sempre que for utilizado tempo de serviço/contribuição decorrente de ação trabalhista transitada em julgado, o processo deverá ser encaminhado para análise da Chefia de Benefícios da APS, devendo ser observado: I – a contagem de tempo de serviço/contribuição dependerá da existência de início de prova material, isto é, de documentos contemporâneos que possibilitem a comprovação dos fatos alegados, juntados ao processo judicial ou ao requerimento administrativo do benefício; II – o cômputo de salário-de-contribuição considerará os valores constantes da ação trabalhista transitada em julgado, ainda que não tenha havido o recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, mas desde que o início de prova material referida no inciso I contemple os valores referidos, observando o limite máximo e mínimo de contribuição”.

Diante do princípio da segurança jurídica, que deve estar presente em todos os sistemas jurídicos, inadmissível que a administração pública – o INSS – não aceite a eficácia da coisa julgada material trabalhista, que tem um efeito indireto ou reflexo sobre ele.

Ressalte-se que a autarquia previdencial faz parte da **relação jurídica complexa** que se instaura **automaticamente**, *ope legis*, pelo simples exercício de atividade remunerada. Repita-se: o simples exercício de atividade remunerada, formalizada ou não, vincula o trabalhador à previdência social e esta a ele e ao empregador.

O reflexo da coisa julgada material a pessoas que não participaram de uma relação jurídica processual pode existir, como ressalta MOACYR AMARAL SANTOS:

“A regra já o sabemos, é que somente as partes são alcançadas pela autoridade da coisa julgada. Terceiros que não participaram da relação processual, não tiveram posição no processo e podem mesmo ignorar a sua existência, estão livres dos efeitos da coisa julgada. Mas a realidade não pode ser ignorada. Do fato da coexistência social decorre que as relações humanas não são isoladas, mas, ao contrário, se interpenetram. Assim como os atos jurídicos em geral, a sentença, proferida entre as partes, influi mais ou menos intensamente nas relações de terceiros.” (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, Saraiva, v. 3, pg. 64).

Não ser aceita uma decisão da Justiça do Trabalho transitada em julgado, que declarou a existência de vínculo empregatício com base em prova exclusivamente testemunhal é não dar à coisa julgada material a eficácia que ela deve ter. Em outras palavras, há uma inconstitucionalidade no art. 55, da lei 8.213/91 que nega eficácia à coisa julgada trabalhista, quando a CF, no art. 5º, inciso XXXVI declara que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.”*

A proteção à coisa julgada material tem estado em todas as Constituições brasileiras, desde 1934, como lembrado por LUÍS ROBERTO BARROSO (*“O controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”*, Saraiva, 4ª Ed., pg. 223).

Este mesmo autor, discorrendo sobre o tema, ensina:

“A coisa julgada, como já assinalado, consiste na situação jurídica de imutabilidade da sentença e de seus efeitos. O tipo

da autoridade de que se reveste é atributo específico dos atos praticados no desempenho da função jurisdicional: atos legislativos e administrativos não são aptos a produzi-la. A coisa julgada tem por finalidade assegurar a estabilidade do ato estatal que soluciona o litígio, imunizando os efeitos da decisão, não apenas no âmbito do processo (coisa julgada formal) como também, e sobretudo, aqueles que se projetam para fora do processo, atingindo as partes em suas relações (coisa julgada material). Como se depreende intuitivamente, a proteção da coisa julgada é a materialização sob a forma de uma regra explícita, do princípio da segurança jurídica, em cujo âmbito se resguardam a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade das condutas e a certeza jurídica que se estabelece acerca de situações anteriormente controvertidas. De fato, o fim da situação litigiosa e o restabelecimento da paz social são valores relevantes para a sociedade e para o Estado, e em seu nome se impede a reabertura da discussão, mesmo diante da alegada injustiça da decisão. Daí por que, no Brasil, a coisa julgada, de longa data, deixou de ser apenas um instituto de direito processual para adquirir status constitucional.” (Idem, pgs. 222/223).

Na nota de rodapé nº 218, da mesma pg. 223, relembra doutrina de CANDIDO RANGEL DINAMARCO:

“A distinção entre coisa julgada material e formal consiste, portanto, em que a) a primeira é a imunidade dos efeitos da sentença, que os acompanha na vida das pessoas ainda depois de extinto o processo, impedindo qualquer ato estatal, processual ou não, que venha a negá-los; enquanto que b) a coisa julgada formal é o fenômeno interno ao processo e refere-se à sentença como ato processual, imunizada contra qualquer substituição por outra.”

Recorde-se que a relação jurídica de previdência social é triangular e, por isto, o INSS deveria ser chamado ao processo quando se discute a existência ou não de vínculo empregatício. Há, contudo, o problema da competência, pois as causas em que uma autarquia federal é interessada são da competência da Justiça Federal estrito senso, conforme o inciso I do art. 109 da CF.

Temos ressaltado em nossos estudos que a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciais é **exclusivamente** do empregador, consoante o § 5º do art. 33 da lei 8.212/91 (CF. *“Previdência Social e Contrato de Trabalho - Relações”*, Saraiva, 2011, pág. 85).

Diante disto, ciente de que uma decisão reconhece vínculo empregatício, o INSS deve, de pronto, proceder à fiscalização da empresa reclamada para levantar elementos que lhe permitam expedir notificações em débito. Para isto, as Varas do Trabalho deveriam oficiar o INSS quando proferissem sentença reconhecendo vínculo empregatício.

Ficando o empregado prejudicado de alguma maneira pelas omissões do empregador e do INSS, deste em fiscalizar, poderá ingressar com ação por danos materiais. Nesta, pode pleitear a condenação da empresa omissa no valor do benefício a que teria direito, se as contribuições tivessem sido efetuadas regularmente ou à diferença entre o que está recebendo e o que receberia, se sua situação na empresa estivesse juridicamente correta.

Uma alteração do art. 114 da CF, acrescentando-se-lhe um parágrafo, com a redação abaixo sugerida, poderia tornar nosso sistema processual mais racional, com maior aproveitamento de tempo e recursos:

“A União será chamada a intervir em todo processo decorrente de acidente ou doença do trabalho ou profissional, de garantia de emprego decorrente destes eventos ou de reconhecimento de vínculo empregatício, que corra perante a Justiça do Trabalho, sem que se possa alegar incompetência *ratione personae* ou *ratione materiae*”.

Talvez o ideal fosse transferir definitivamente para a competência da Justiça do Trabalho todas as causas sobre infortúnios do trabalho, que hoje estão sujeitas às varas estaduais. Contudo, diante de alguns problemas interpretativos ainda não solucionados quanto à ampliação daquela competência, feita pela EC 45/2004, será preferível aguardar momento mais oportuno.

Além disto, dentro da “política judiciária” seria necessário transpor rígidas barreiras, pois alguns juízes estaduais *perderiam jurisdição*. Um trabalho longo e lento, demonstrando as vantagens daquela mudança ideal de competência, pode ser feito e é o que propugnam IRANY FERRARI e MELCHIADES RODRIGUES MARTINS (Revista LTr, abril de 2010) há um bom tempo e insistem no estudo publicado nesta revista.



CAUSAS TRABALHISTAS EM QUE HÁ INTERESSE DO INSS

Cláudio Henrique Corrêa (*)

I - As causas trabalhistas, em regra, têm como partes o empregado e o empregador, ou os seus sucessores. Por vezes, podem envolver responsáveis solidários.

Em algumas situações, de terceirização da mão de obra, também o tomador dos serviços pode ser parte passiva, como responsável subsidiariamente pelos direitos postulados.

Hoje, por força de disposições constitucionais, não apenas a relação de emprego, mas igualmente grande número de relações de trabalho, podem gerar ações perante a Justiça do Trabalho, sendo partes o trabalhador e aquele para quem o trabalho foi prestado.

Em todas estas ações, a Previdência social, através do INSS, não é parte, mas pode ter interesse jurídico ou econômico que justifique sua intervenção no processo.

Com efeito, a declaração da existência de uma relação de emprego, por exemplo, não só irá criar direitos e obrigações de natureza previdenciária para as partes, como também para o INSS,

(*) Advogado e Juiz do Trabalho aposentado. Membro efetivo do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

seja em termos das contribuições devidas, seja quanto à contagem de tempo de serviço, benefícios previdenciários, inclusive futura aposentadoria ou pensão.

II - Há outras ações que, embora não sejam atualmente da competência da Justiça do Trabalho, têm sua origem no contrato de trabalho, como é caso das ações referentes a acidentes do trabalho ou doenças do trabalho ou profissionais.

Nestas, que se processam perante a Justiça Estadual comum, o INSS é parte passiva, pois a pretensão de direito material se volta contra ela.

III - Existem, ainda, causas que irão mesclar direitos trabalhistas e previdenciários, como aquelas que objetivam o reconhecimento de estabilidade no emprego em consequência de acidente do trabalho, com início após a alta médica e cessação do auxílio doença acidentário.

Se o empregado era regularmente registrado e o acidente foi comunicado e reconhecido como acidente do trabalho, tendo sido concedido o auxílio previdenciário, a situação será mais simples. Entretanto, muitas vezes o empregado não era sequer registrado, ou não foi elaborada a devida Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT), ou, ainda, o benefício não foi concedido, mas o empregado, na ação trabalhista, insiste em ter havido acidente do trabalho e fazer jus ao auxílio doença acidentário, que seria pressuposto para o deferimento da pretendida estabilidade.

Nesta hipótese, ainda que a ação tenha sido ajuizada em face apenas do empregador, seria viável que o INSS também fosse incluído no pólo passivo, pois o reconhecimento do acidente de trabalho e concessão do auxílio doença são da sua responsabilidade.

IV - O interesse do INSS em promover a cobrança das contribuições devidas à Previdência Social nos casos em que seja reconhecido o vínculo empregatício, ou mesmo nas ações em que sejam deferidos direitos trabalhistas, sobre cujos valores também ocorre a incidência previdenciária, é de manifesta obviedade.

Sempre seria uma forma de se tentar reduzir o já famoso “deficit” dos cofres previdenciários, que muitas vezes autorizadas afirmam inexistir....

Se a cobrança direta dos devedores – principalmente dos grandes devedores, tão conhecidos, – parece ser algo muito distante, corroborando e aumentando a sensação de impunidade que já é uma péssima característica de nosso país, foi passada para a Justiça do Trabalho a competência para a execução dos créditos da Previdência Social decorrentes das ações trabalhistas., como constou da Emenda Constitucional 45/2004.

Embora a primeira interpretação do texto levasse a uma amplitude maior, parece que a doutrina e a jurisprudência se inclinaram em restringir essa possibilidade para os créditos previdenciários decorrentes apenas dos direitos trabalhistas reconhecidos ou deferidos pela sentença, e não para todos os que resultariam de todo o tempo de vigência do contrato de trabalho.

V - É sabido que, lamentavelmente, a Previdência Social vem se pautando por uma orientação preocupada em reduzir os custos dos benefícios estabelecidos na lei, mediante uma série de entraves, com o objetivo de dificultar ou mesmo impedir sua concessão, ainda que com grandes prejuízos para os trabalhadores.

Exemplo disso é o que consta do parágrafo 3º. do artigo 55 da Lei 8213, de 24/07/91, que dispõe sobre os benefícios previdenciários.

Esse texto praticamente nega validade às sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, com relação À DECLARAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO E RESPECTIVO TEMPO DE SERVIÇO, para os efeitos da concessão dos benefícios previdenciários, ao determinar que essa comprovação somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme o disposto no regulamento.

A justificativa para tal exigência, ao que parece, decorre, primeiramente, da possibilidade de alguma fraude, através de falsos testemunhos, de reclamações trabalhistas fictícias, de revelias forjadas, etc. e, depois, de uma questão de natureza processual, uma vez que a sentença, transitada em julgado, faz lei entre as partes da ação, sendo certo que o INSS não é parte nas reclamações trabalhistas.

O primeiro argumento não impressiona, pois a possibilidade de fraudes também existirá nas justificações administrativas, e, na verdade, a fiscalização que um Juiz exerce no processo que está instruindo torna mais difícil a ocorrência de procedimentos fraudulentos.

Quanto à participação do INSS nos processos, para que as sentenças proferidas possam ter plena eficácia também com relação ao órgão previdenciário, tal questão pode apresentar alguma dificuldade, em razão da problemática da competência estabelecida na Constituição Federal.

Com relação à cobrança das contribuições devidas à Previdência Social, cuja competência pertencia à Justiça Federal, a Emenda Constitucional 45/2004 já atribuiu à Justiça do Trabalho poder cobrá-las quando decorrerem de sentenças que reconheçam o vínculo de emprego ou estabeleçam condenações a pagamentos de direitos que sofram a incidência previdenciária.

Mas a definição da competência do Juízo não afasta a necessidade de se resolver a legitimidade do INSS, seja ativa, para poder executar as contribuições que lhe sejam devidas, seja passiva, para sofrer os efeitos do reconhecimento do vínculo de emprego e da contagem do tempo de serviço em favor do reclamante, com vistas à obtenção de benefícios a cargo da Previdência Social.

VI - Salvo melhor juízo, o Código de Processo Civil já possui mecanismos que possibilitam a solução do problema.

Com efeito, as normas processuais relativas à figura do litisconsórcio passivo, - CPC art. 46/49 - assim como as que tratam da sentença declaratória incidental - CPC art. 5º., 325 e 470 - podem ser aplicáveis, ensejando não só que o INSS participe efetivamente do processo, como também que a sentença declaratória do vínculo de emprego e do tempo de serviço produza seus jurídicos efeitos perante o INSS.

Para tanto, porém, afigura-se indispensável também que exista um comando nesse sentido na própria legislação previdenciária, qual seja a Lei 8213/91.

Através de lei ordinária, alterando o texto do parágrafo 3º. do artigo 55 da referida lei, este desiderato pode ser obtido. A título de colaboração, pode-se sugerir que o citado dispositivo passe a ter a seguinte redação:

“Art. 55 -

Parágrafo 3º. - A comprovação do tempo de serviço, para os efeitos desta Lei, poderá ser feita:

a) – Administrativamente, perante a Previdência social, inclusive mediante Justificação Administrativa, nos termos do artigo 108 desta Lei; ou,

b) - Judicialmente, perante a Justiça Federal, observado o disposto nos artigos 861/866 do Código de Processo Civil, sendo obrigatória a citação do INSS; ou, ainda,

c) – Judicialmente, perante a Justiça do Trabalho, em reclamações trabalhistas em face do empregador, do ex-empregador, do tomador dos serviços, dos sucessores, dos responsáveis solidários ou subsidiários, mediante sentença declaratória incidental, nos termos dos artigos 5º., 325 e 470, do Código de Processo Civil. Para

este efeito, se o autor da ação pretender que a sentença produza efeitos perante a Previdência Social, deverá na petição inicial requerer a citação do INSS para que este componha o pólo passivo na condição de litisconsorte, observado o disposto nos artigos 46/49 do Código de Processo Civil, sendo vedado ao INSS argüir por tal razão a incompetência da Justiça do Trabalho.”

E, para que se previna a possibilidade de fraudes nas ações judiciais, seja perante a Justiça Federal seja perante a Justiça do Trabalho, poder-se-á manter, com pequena alteração, o que já consta da atual redação do parágrafo 3º., acrescentando-se os parágrafos 4º. e 5º. com o seguinte teor:

“Parágrafo 4º. - Na hipótese da letra “a” não será aceita a comprovação com base em prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou de caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

Parágrafo 5º. - Nas hipóteses das letras “b” e “c”, a Previdência Social poderá deixar de considerar o tempo de serviço declarado na sentença, se o reconhecimento judicial tiver decorrido unicamente de acordo ou transação entre as partes, ou de confissão do réu. Nestes casos, o segurado interessado deverá promover justificação administrativa complementar, apresentando prova material ou testemunhal do tempo de serviço.”

VI - Embora, a rigor, as ações acidentárias propriamente ditas também pudessem ser da competência da Justiça do Trabalho, pois

têm como pressuposto a existência de um contrato de trabalho, - e as ações por dano moral decorrentes dos acidentes do trabalho já passaram à competência da Justiça laboral especializada - , não nos parece conveniente que, na atual conjuntura, se faça mais esta ampliação da competência da Justiça do Trabalho, por absoluta falta de condições pessoais e materiais para tanto, o que resultaria em grave prejuízo para os jurisdicionados.

Talvez, futuramente, isso possa ocorrer.

**XX CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

**CUESTIONARIO SOBRE EL TEMA I: LA EFICACIA
DE LA LEGISLACIÓN LABORAL Y EL PAPEL DE LA
INSPECCIÓN DEL TRABAJO - RELATÓRIO BRASILEIRO**

Carlos Zangrando (*)

1. La inspección del trabajo es uno de los medios más importantes para asegurar la eficacia de la legislación laboral. Dos modelos o sistemas de inspección prevalecen en el mundo. En uno de ellos la autoridad laboral es compartida por diferentes agencias u órganos, cada uno de los cuales tiene una competencia relativamente estrecha y delimitada. En el segundo la autoridad laboral está centralizada en un solo órgano o agencia, que es responsable de asegurar el cumplimiento de la legislación laboral en un sentido amplio (incluyendo convenios colectivos

(*) Advogado e professor no RJ. Membro efetivo do *Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Junior*.

de trabajo). En este modelo los inspectores del trabajo gozan de considerable poder y autoridad. ¿Cuál de estos dos modelos es el que ha sido adoptado por su país? Sírvase describir las principales áreas cubiertas por su sistema de inspección del trabajo.

Respuesta: En Brasil, el modelo utilizado es el centralizado. Aquí, el Sistema Federal de Inspección del trabajo, a cargo del Ministerio del Trabajo y Empleo, tiene como finalidad garantizar, en todo el territorio nacional, la aplicación de las disposiciones legales, incluyendo las convenciones internacionales ratificadas, los actos y decisiones de las autoridades competentes y las convenciones, y los convenios, acuerdos y contratos colectivos de trabajo, con respecto a la protección de los trabajadores en el ejercicio de la actividad laboral.

La inspección del trabajo es realizada por los funcionarios públicos especialmente seleccionados por concurso público, que componen la Auditoría Fiscal del Trabajo.

El sistema de inspección del trabajo brasileño abarca todas las áreas de tutela del trabajo y debe velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones relativas a la jornada, salarios, seguridad y salud en el trabajo, normas de protección al trabajador adolescente y joven, prohibición del trabajo infantil, trabajo en condiciones degradantes o análogas a la esclavitud, cumplimiento de cuotas legales relativas al aprendizaje y a las personas con discapacidad, el fondo de garantía por tiempo de servicio, contribución social y otras disposiciones semejantes.

a) Si su país tiene una estructura federal, ¿la inspección del trabajo es de competencia federal o ha sido puesta bajo jurisdicción de las respectivas entidades federativas (provincias, estados, regiones autónomas, cantones, etc) que lo componen? ¿En qué casos la competencia en materia de inspección del trabajo es compartida entre la administración federal y las de las entidades federativas? Por favor, sírvase dar ejemplos.

Respuesta: En Brasil, la competencia para organizar, mantener y ejecutar la inspección del trabajo es exclusiva del Gobierno Federal (Constitución federal, art. 21, XXIV). No hay división de competencias con los estados, en este caso.

b) ¿Existen en su país servicios de inspección del trabajo especializados en determinadas industrias o sectores (por ejemplo minería, construcción, agricultura, silvicultura, transporte, marítima y pesca, comercio y oficinas, otros)?

Respuesta: En Brasil, el servicio de inspección del trabajo es indiviso, y de responsabilidad exclusiva del Gobierno federal. De este modo, en principio, el *Servicio Federal de Inspección del Trabajo* posee autoridad para supervisar cualquier tipo de trabajo subordinado. Sin embargo, hay un servicio auxiliar específico, que es formado por los *Agentes de Higiene y Seguridad del Trabajo*.

c) ¿Se han excluido a determinadas actividades, industrias o empresas del ámbito de competencia de la inspección del trabajo (por ejemplo cooperativas, empresas artesanales, empresas del estado, empresas de las fuerzas armadas, la administración central, microempresas, empresas familiares, otras)?

Respuesta: Ninguna empresa, institución o actividad económica está excluida de la competencia de la inspección del trabajo, que se promueve en todas las empresas, establecimientos y lugares de trabajo, públicos o privados. Se extiende también a los profesionales liberales e instituciones no lucrativas, así como a las embarcaciones o aeronaves extranjeras en territorio brasileño.

Solamente las tareas del hogar – entendidas como aquellas tareas realizadas en el ámbito residencial del contratante, y sin ánimo de lucro, están excluidas de la actuación de la inspección del trabajo (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 7).

2. ¿Además de la inspección del trabajo, es posible que en virtud de leyes especiales se hayan conferido funciones de control de aplicación de la ley a determinadas instituciones públicas; por ejemplo inspección de seguridad e higiene, la agencia o instituto de promoción de la igualdad y lucha contra la discriminación, etc? Si es el caso de su país, por favor enuncie esas instituciones, describa su competencia y explique sus relaciones con la inspección del trabajo.

Respuesta: No hay, en Brasil, instituciones especialmente designadas para el control de la aplicación de las leyes de seguridad e higiene del trabajo, o en contra la discriminación. Todas las cuestiones están bajo la competencia del Sistema Federal de Inspección del Trabajo. Sin embargo, cualquier persona, sindicato, empresa o institución puede presentar quejas sobre violaciones de cuestiones laborales, a las que son remitidas al órgano federal de inspección del trabajo (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 631).

3. La existencia de un sistema eficaz de inspección del trabajo es algo vital para que se pueda aplicar la legislación laboral y se brinde protección a los trabajadores. Dentro de esta perspectiva es esencial que se confieran suficientes potestades a los inspectores del trabajo para administrar sanciones e imponer soluciones si en los lugares de trabajo se está violando la legislación. Para que esas sanciones sean eficaces es necesario que sean proporcionales a las faltas, disuasivas y eficaces. Con ese objeto es crucial que la Inspección del Trabajo y en general el sistema de administración del trabajo disponga de un arsenal de medidas adecuadas, que incluyan sanciones y soluciones.

a) ¿Qué clases de sanciones puede aplicar la Inspección del Trabajo de acuerdo con la naturaleza de la falta (p. ej. advertencias, multas, órdenes

de cese o suspensión de conductas o actividades, cierre temporario o definitivo de locales de trabajo, revocación de licencias de explotación, arresto, prisión u otras sanciones penales)? ¿Qué procedimientos establece la ley para imponer estas sanciones? Por favor descríbalos brevemente.

Respuesta: En Brasil, los auditores fiscales del trabajo no aplican solamente “sanciones”. En determinados casos, tienen una actuación *orientadora*. Por lo tanto, en su actuación, los auditores fiscales del trabajo pueden aplicar las siguientes medidas correctivas/punitivas:

a) *orientación de los responsables* – en el caso de promulgación o emisión de nuevas leyes, reglamentos o instrucciones ministeriales relacionadas con la protección del trabajo, o cuando se realiza la primera inspección de los establecimientos o lugares de trabajo, recién inaugurado o emprendido (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 627)

b) “convocatoria de una mesa de entendimiento” – el auditor fiscal del trabajo puede proponer la formación de una “mesa de entendimiento”, con el objetivo de dar informaciones y consejos técnicos a los empleadores en situaciones que requieren una atención especial, cuando la orientación proporcionada por la fiscalización reiterada se demuestre insuficiente para convencer al empleador a adaptarse a las normas laborales (Instrucción Normativa n. 23/01);

c) *notificación* – El auditor fiscal del trabajo puede notificar a las personas sujetas a la inspección del trabajo para el cumplimiento de obligaciones o la corrección de irregularidades y adopción de medidas que eliminen los riesgos a la salud y seguridad de los trabajadores, en las instalaciones o métodos de trabajo;

d) *multa* – en todos los casos que no admitan orientación, y donde el auditor fiscal del trabajo constate la existencia de violación de precepto legal, será levantada acta, y aplicada una multa correspondiente a la infracción cometida (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 628);

e) *proposición de interdicción* – El auditor fiscal del trabajo puede proponer la interdicción del establecimiento, sector de servicio, máquina o equipamiento, o el embargo de la obra, total o parcial, cuando constate situación de grave e inminente riesgo a la salud o a la integridad física del trabajador, a través de la emisión de un informe técnico que indique la situación de riesgo verificada y especifique las medidas correctivas que deberán ser adoptadas por las personas sujetas a la inspección del trabajo, comunicando el hecho inmediatamente a la autoridad competente (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 161);

f) *orden de arresto* – El auditor fiscal del trabajo, como autoridad pública y también como ciudadano, puede dar orden de arresto a todo y cualquier individuo que se encuentre en flagrante delito (Código de Proceso Penal, art. 301). Algunas conductas pueden ser consideradas

como “crímenes contra la organización del trabajo” (Código Penal, arts. 197 a 207) y el auditor fiscal puede informar de la detención al acusado. El auditor debe llamar a la autoridad de policía más cercana y acompañar al acusado a la comisaría, donde se iniciará el proceso criminal, conforme determinado por ley.

g) pedido de ayuda a la policía – las autoridades policiales, cuando solicitadas, deberán proporcionar a los agentes de la inspección la asistencia de que necesiten para el fiel desempeño de sus atribuciones legales (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art.630, § 8º).

Además de esas actividades, el auditor fiscal del trabajo también puede denunciar al Ministerio Público del Trabajo (Procuraduría del Trabajo), para iniciar una *investigación civil*, para averiguar los hechos y proponer las acciones judiciales que correspondan.

b) ¿En qué medida los inspectores de trabajo gozan de discreción para dar consejos o emitir advertencias, en vez de imponer sanciones, con objeto de hacer cumplir la ley? ¿Qué procedimiento siguen en la práctica con ese objeto?

Respuesta: respondido en el ítem anterior.

c) ¿De qué derechos de defensa y apelación gozan los empleadores y trabajadores ante las decisiones de la Inspección del Trabajo? ¿Si existe un procedimiento, cómo funciona? Por favor, explicita si existen otras garantías y cómo funcionan.

Respuesta: En Brasil, se admite el amplio derecho de defensa contra las sanciones aplicadas por los auditores fiscales del trabajo. En resumen, el ejercicio de esa defensa sigue el procedimiento abajo (Consolidación de la Leyes de Trabajo, arts. 628 a 642):

a. cuando verificada la violación de precepto legal, el auditor-fiscal del trabajo levanta el acta de infracción;

b. el acta de infracción es redactada en duplicado. Una copia se entrega o se envía al infractor, contra recibo, dentro de 10 (diez) días del levantamiento del acta, bajo pena de responsabilidad, en registro postal, con franquicia y el recibo de vuelta;

c. el infractor tendrá el plazo de 10 (diez) días contados del recibimiento del acta para presentar su defensa;

d. el infractor podrá requerir la audiencia de testigos y las diligencias que considere necesarias al esclarecimiento del proceso. Sin embargo, cabe a la autoridad, juzgar la necesidad de estas pruebas;

e. cuando la defensa sea juzgada, el acta de infracción puede ser anulada o mantenida;

f. las multas se reducirán de 50% (cincuenta por ciento) si el infractor, renunciando al recurso a recoger al Tesoro Nacional

dentro del plazo de 10 (diez) días contados del recibimiento de la notificación de la decisión que mantuvo el acta de infracción;

g. si el acto de infracción es mantenido, el infractor podrá interponer recurso al Superintendente Regional del Trabajo, en el plazo de 10 (diez) días de la comunicación de la decisión que mantuvo la multa;

h. el Ministro del Trabajo y Empleo podrá avocar a su examen y decisión, dentro de 90 (noventa) días del envío final del tema, o durante el proceso, las cuestiones referentes a la fiscalización de los preceptos establecidos en las leyes laborales;

i. todas las decisiones serán siempre fundamentadas, bajo pena de nulidad;

j. mantenida la multa, si el infractor no comparece o no deposita la cantidad correspondiente, será hecha la inscripción en libro especial, existente en las oficinas de las que haya originado la multa o penalidad, o de donde haya venido la reclamación que la determinó, siendo extraída copia certificada de esta inscripción y enviada a las autoridades competentes para la respectiva cobranza judicial. Este instrumento valdrá como título de deuda neta y cierta.

k. la cobranza judicial de las multas impuestas por las autoridades administrativas del trabajo deberá cumplir con el ordenado en la legislación aplicable al cobro de la deuda activa.

4. La eficacia de la inspección del trabajo depende en una medida muy amplia de la voluntad de las autoridades públicas para tomar las medidas necesarias para atraer y retener un cuerpo de inspectores del trabajo calificados, motivados y en número suficiente. Como lo dispone el Convenio de la OIT sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81):

Artículo 10 El número de inspectores del trabajo será suficiente para garantizar el desempeño efectivo de las funciones del servicio de inspección, y se determinará teniendo debidamente en cuenta:

a) la importancia de las funciones que tengan que desempeñar los inspectores, particularmente: i) el número, naturaleza, importancia y situación de los establecimientos sujetos a inspección; ii) el número y las categorías de trabajadores empleados en tales establecimientos; iii) el número y complejidad de las disposiciones legales por cuya aplicación deba velarse; b) los medios materiales puestos a disposición de los inspectores; y c) las condiciones prácticas en que deberán realizarse las visitas de inspección para que sean eficaces.

Además, los inspectores del trabajo deberán estar bien formados y bien remunerados y disponer de apoyo logístico adecuado para llevar a cabo sus inspecciones y otras tareas,

a) Sírvase suministrar información, si estuviese disponible, sobre el número de inspectores del trabajo que llevan a cabo inspecciones en su país.¹

Respuesta: en enero de 2011, Brasil poseía 2.955 (dos mil novecientos cincuenta y cinco) auditores fiscales del trabajo (doc. 02).

b) ¿Cómo son reclutados los inspectores del trabajo en su país? ¿Qué requisitos de educación y formación se les exige para postular?

Respuesta: en Brasil, los auditores fiscales del trabajo son servidores públicos federales. Por eso, deben ser reclutados mediante concurso público, abierto a todos los que cumplen con las exigencias del trabajo (Constitución Federal, art. 37).

¹ Estos datos pueden ser tomados de la memoria anual de la inspección del trabajo, obligatoria para todos aquellos países que han ratificado el Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (Nº 81), que dispone lo siguiente: Artículo 20

1. La autoridad central de inspección publicará un informe anual, de carácter general, sobre la labor de los servicios de inspección que estén bajo su control.
2. Estos informes se publicarán dentro de un plazo razonable, que en ningún caso podrá exceder en doce meses de la terminación del año a que se refieran.
3. Se remitirán copias de los informes anuales al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo dentro de un período razonable después de su publicación, que en ningún caso podrá exceder de tres meses. Artículo 21 El informe anual que publique la autoridad central de inspección tratará de las siguientes cuestiones, así como de cualesquiera otras que competan a dicha autoridad: a) legislación pertinente a las funciones del servicio de inspección del trabajo; b) personal del servicio de inspección del trabajo; c) estadísticas de los establecimientos sujetos a inspección y número de trabajadores empleados en dichos establecimientos; d) estadísticas de las visitas de inspección; e) estadísticas de las infracciones cometidas y de las sanciones impuestas; f) estadísticas de los accidentes del trabajo; g) estadísticas de las enfermedades profesionales.

Las exigencias del cargo de auditor fiscal del trabajo son (Ley n. 10.593/2002):

a. graduación completa o habilitación legal equivalente;

b. a los auditores fiscales del trabajo, en las áreas de especialización en seguridad y medicina del trabajo, se les exige la comprobación de su formación profesional, en el nivel de posgrado, reconocida oficialmente;

c. ningún registro de antecedentes penales resultantes de una condena definitiva por un delito cuya descripción contenga la práctica de acto de improbidad administrativa o incompatible con la idoneidad necesaria para llevar a cabo sus funciones.

d. Inexistencia de punición en proceso disciplinario por acto de improbidad administrativa por una decisión que ya no admita recurso jerárquico.

c) ¿Los inspectores del trabajo gozan de garantías de carrera y estabilidad? ¿Su remuneración y otras condiciones de servicio son comparables a las de otras categorías equivalentes de funcionarios públicos en otros ministerios?

Respuesta: Sí. El desarrollo del servidor en la carrera de auditor fiscal del trabajo se produce a través de la progresión funcional y de la promoción.

El servidor pasa por un periodo probatorio de 3 (tres) años, cuando es objeto de evaluación específica. Al final de este periodo, si es confirmado en el cargo, el servidor obtendrá la progresión para el patrón inmediatamente superior de la clase inicial.

Después del período probatorio, el servidor no puede ser dispensado, alejado o demitido sin una justa causa, y a través de un proceso administrativo en el que esté asegurado amplia defensa (Constitución Federal, art. 41)

Los beneficios y remuneración de todos los servidores públicos federales de Brasil fueron unificados. No hay diferencias o privilegios para los servidores de uno o más órganos.

La jornada de trabajo de los auditores fiscales del trabajo es de 40 (cuarenta) horas semanales.

5. La credibilidad y eficacia de la inspección del trabajo depende en una medida muy amplia de su capacidad para ofrecer asesoramiento a empleadores y trabajadores acerca de la mejor manera de dar cumplimiento a la legislación laboral. Esta función asesora puede jugar un papel crucial para conferir mayor eficacia a la legislación.

a) ¿Qué funciones preventivas y educativas confiere la legislación laboral de su país a la Inspección del Trabajo?

Respuesta: Como ya fue respondido en ítem “a” de la cuestión n. 3, en Brasil, el auditor fiscal del trabajo posee una actividad que además de la punición, abarca también los campos de la prevención, de la orientación y de la educación.

El auditor fiscal del trabajo puede ofrecer orientación a los responsables por el cumplimiento de las normas laborales, siempre que sean promulgadas nuevas leyes o emitidos nuevos reglamentos o instrucciones ministeriales relativas a la protección del trabajo.

El auditor fiscal también puede ofrecer esta orientación cuando realiza la primera inspección de los establecimientos o de los lugares de trabajo, recién inaugurados; cuando se trate de establecimiento o lugar de trabajo con hasta 10 (diez) trabajadores (a menos que sea constatada infracción por falta de registro de un empleado o falta de anotación en la “Carteira de Trabalho e Previdência Social” (carné del trabajo), también en caso de reincidencia, fraude, resistencia o alguna dificultad a la fiscalización); y en el caso de microempresas y pequeñas empresas (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art.627).

El auditor fiscal también puede notificar a las personas sujetas a la inspección del trabajo para el cumplimiento de las obligaciones o la corrección de irregularidades y adopción de medidas que eliminen los riesgos para la salud y seguridad de los trabajadores, en las instalaciones o métodos de trabajo.

Además de esas actividades, el auditor fiscal puede proponer la formación de una “*Mesa de entendimiento*”, con el objetivo de dar informaciones y consejos técnicos a los empleadores en situaciones que requieren una atención especial, cuando la orientación dada por la fiscalización reiterada es insuficiente para convencer al empleador a ajustarse a las normas laborales (Instrucción Normativa n. 23/01).

La auditoría fiscal del trabajo también funciona como *mediador*, en caso de conflicto laboral colectivo, con sindicatos de empleadores y

de empleados, o empresas y sindicatos de empleados (Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 616).

b) ¿Se han dado iniciativas, o formulado programas, con objeto de concientizar a empleadores y trabajadores con relación a temas de inspección del trabajo?

Respuesta: No. Por lo menos en los últimos 20 años, no hay noticias sobre programas públicos de concientización de empleadores o empleados sobre el papel de la inspección del trabajo en Brasil. Por el contrario, la inspección del trabajo parece haber perdido un montón de espacio, principalmente después del aumento de la competencia y atribuciones concedido al Ministerio Público del Trabajo, el que también ejerce una función “fiscalizadora”. Esta función “fiscalizadora” ejercida por el Ministerio Público del Trabajo, se demuestra mucho más dinámica, investigativa, amplia, profunda e inquisitoria que aquella ejercida por el sistema tradicional de inspección del trabajo.

c) ¿Los empleadores y empleados se encuentran implicados o son asociados en el seno de algún órgano relacionado con la inspección del trabajo? En caso afirmativo sírvase describirlo precisando los temas y áreas en que es competente.

Respuesta: No. Sin embargo, no es inusual que el Ministerio Público del Trabajo, durante sus investigaciones, requiera el trabajo de la inspección del trabajo, para inspeccionar y reunir pruebas y elementos de convicción, en relación a las denuncias que son investigadas.

d) ¿En qué medida los trabajadores o sus representantes (sindicatos, delegados de personales, consejos o comités de empresa) están implicados o han sido asociados en las actividades y funciones de la inspección del trabajo? ¿Por ejemplo, pueden someter denuncias de incumplimiento a la inspección del trabajo? ¿Pueden acompañar a un inspector del trabajo cuando el mismo realiza una visita de una empresa o establecimiento?

Respuesta: Cualquier sindicato, órgano, institución o cualquier ciudadano puede someter denuncias a los órganos de inspección del trabajo. Son bastante frecuentes las denuncias sometidas por sindicatos que representan categorías de trabajadores. Los denunciante pueden acompañar a los auditores fiscales del trabajo, o alguien puede ir por ellos, aunque esta práctica no es muy común. En cualquier caso, el auditor fiscal siempre debe presentar un informe sobre la denuncia recibida, y la investigación que se hizo.

6. La Inspección del Trabajo y la Justicia deben trabajar en estrecha cooperación con objeto de asegurar el mejor cumplimiento de la legislación laboral. De hecho, la eficacia de las sanciones previstas en caso de incumplimiento de la legislación laboral es tributaria de la diligencia con que la justicia trata y expide los asuntos que le remite la inspección del trabajo. Como se destaca en el Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios

y Recomendaciones² de OIT relativo a la inspección del trabajo (2006)², un número creciente de países ha venido tomando medidas para mejorar la colaboración entre la administración de justicia y la inspección del trabajo.

a) ¿Qué relaciones se han establecido entre la Inspección del Trabajo y la administración de justicia en su país?

Respuesta: No hay una relación directa entre la inspección del trabajo y la Justicia del trabajo debido a la organización del Estado brasileño, que está determinada por la Constitución. Esa relación sólo existe de modo *indirecto*. Para explicar: cuando la inspección del trabajo se entera de una violación de una norma laboral, ella puede denunciar al Ministerio Público del Trabajo. Éste se encarga de investigar la denuncia y, después de concluir por su procedencia, mueve la acción judicial que considera adecuada para la protección de los intereses laborales colectivos.

Sin embargo, la inspección del trabajo no posee la competencia para proponer acción o cualquier medida judicial en relación con las violaciones.

Por otro lado, la Justicia del Trabajo puede, durante la instrucción de un proceso laboral no solamente denunciar al órgano de la inspección del trabajo cualquier violación de que tenga conocimiento, sino también solicitar a esos órganos que

² Disponible en línea: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc95/pdf/rep-iii-1b.pdf>.

ejecuten las inspecciones específicas, en los lugares, personas o cosas, para obtener informaciones para la instrucción del proceso judicial.

b) ¿Cuál es el potencial de estas relaciones y con qué escollos se enfrentan?

Respuesta: para mí la cuestión está perjudicada por la respuesta del ítem anterior.

c) ¿Cuán eficaz es esta relación?

Respuesta: Podemos decir que la relación indirecta que hay entre la inspección del trabajo y la Justicia del trabajo, en Brasil, es muy eficaz.

Cuando la Justicia del Trabajo quiere que el órgano de inspección del trabajo realice una investigación, la eficacia de esta actuación es casi de 100%. De hecho, debido a la tradición de la Justicia del Trabajo brasileña, no hay órganos de inspección de trabajo que no responda con prontitud a sus reivindicaciones u órdenes. Por lo general, las inspecciones son realizadas de forma rápida, y los informes son presentados en corto plazo.

Las denuncias recibidas por el Ministerio Público del Trabajo, originadas de denuncias realizadas por la inspección del trabajo, suelen ser investigadas de forma profunda y muy detallada. No es raro que terminen en acciones judiciales, o en acuerdos realizados bajo la tutela de la propia Procuraduría del Trabajo.

d) ¿Qué recomendaría Vd para mejorar su eficacia?

Respuesta: En este momento, el aumento de auditores fiscales del trabajo, la mejoría de los equipamientos y de los recursos materiales de los órganos de inspección del trabajo, ya mejoraría la eficacia de esta relación. Sin embargo, limitaciones financieras impiden la apertura de concursos públicos para rellenar las vacantes que ya existen, así como para aumentar el número de auditores fiscales del trabajo.

7. ¿Cuáles son las principales dificultades que enfrenta el sistema de inspección del trabajo (p. ej. ámbito de acción, recursos humanos y materiales disponibles, funciones, organización, procedimientos, eficacia de las sanciones?

Respuesta: No seríamos sinceros si no dijéramos que faltan personas y recursos de todo tipo. Brasil, un país con 8.500.000 km cuadrados, y una población de más de 200.000.000 habitantes, posee menos de 10.000 inspectores del trabajo. Esto equivale a aproximadamente un inspector para cada 850 km cuadrados de territorio. Y estos inspectores sufren limitaciones materiales de todo tipo. Necesitan material básico, como por ejemplo, papel.

La eficacia de las sanciones es mínima, porque los valores de las multas de las infracciones laborales son los mismos desde el año de 1991 y, después del período de estabilización económica que vivimos desde 1995, esos valores perdieron completamente cualquier expresividad (doc. 06).

Además de esto, hay también el problema histórico de la corrupción, que todavía se presenta como un obstáculo para la eficacia del sistema de inspección del trabajo brasileño.

A pesar de estos problemas, la inspección del trabajo en Brasil ha sido capaz de actuar de forma expresiva, como lo demuestran los números en el informe de actividades 2003-2011 (doc. 04). Se observa, sin embargo que el año de 2010 tuvo el menor número de empresas inspeccionadas desde 2003 (sólo 255.503 empresas) (doc. 06).

8. ¿Qué acciones concretas convendría emprender para mejorar la eficacia de la inspección del trabajo?

Respuesta: cualquier acción en la mejora de la inspección del trabajo en Brasil depende no sólo de uno, sino una serie de actos concretos, algunos de ellos presentándose casi imposibles, al menos en este momento actual de evolución política y social de la nación.

En primer lugar, necesitamos modernizar la legislación laboral de Brasil, cuya fecha es de la década de 1920/1930, y por eso refleja su caducidad. Esta legislación fue hecha para un país pre-industrial, con bajísimo índice educacional, y para un sistema empresarial basado en la “gran industria” de bases fordistas/tayloristas. Hoy, esa legislación se presenta tan remendada y ampliada por leyes accesorias, muchas de ellas obscuras, imposibles, repetitivas y contradictorias, que a veces es muy difícil saber si en realidad uno está “cumpliendo la ley”. A pesar de eso, el panorama sociopolítico actual no nos permite ni siquiera esperar por una amplia, seria y efectiva discusión sobre el tema, y mucho menos por cambios efectivos, en el corto y mediano plazo.

Por ejemplo, en los últimos diez años, todos los cambios en las leyes laborales de Brasil no fueron más que un mero ejercicio de “cosmética laboral”.

Dejando de lado ese enorme obstáculo, hay que equipar el Sistema Federal de la Inspección del Trabajo con recursos humanos de calidad, a través de nuevos y continuos concursos públicos.

Además de esto, hay que posibilitar a los auditores fiscales del trabajo medios de, concretamente, realizar su trabajo de manera amplia, rápida y eficiente.

Todo esto, por supuesto, depende de la voluntad política y recursos, que, en nuestro país no faltan, pero se han utilizado en varias actividades y programas públicos, a pesar del gobierno mantenerse, por más de diez años, en las manos de un partido político que se denomina “de los trabajadores”.

9. ¿Describa brevemente si ha habido recientes reformas de la inspección del trabajo en su país, o si algunas de ellas se encuentran en curso o en proyecto? ¿Cuáles serían los cambios más importantes? ¿Qué resultados se espera de ellos?

Respuesta: En Brasil, no hubo reformas profundas en el sistema de inspección del trabajo en los últimos cincuenta años. Los cambios de las últimas tres décadas, fueron notablemente organizacionales. No hay proyectos o previsión de cambios en corto y mediano plazo.

10. Toda apreciación crítica del sistema actual de inspección del trabajo de su país será muy bienvenida.

Respuesta: Todos los que ya han tenido una mínima experiencia en el tratamiento de las cuestiones laborales saben que las micro, pequeñas y medianas empresas suelen ser las víctimas más vulnerables de las arbitrariedades de los auditores fiscales del trabajo.

Por otro lado, nunca hemos tenido duda de que el papel habitual de la auditoría fiscal del trabajo, siempre ha sido más de *policía autoritaria*, que de auxiliar en la evolución de las relaciones laborales.

Indudablemente, es tarea de la inspección del trabajo fiscalizar, investigar, inquirir, examinar, estudiar, buscar, en fin, todo lo que se necesite para el fiel cumplimiento de las normas de tutela general del trabajo.

Sin embargo, en el ejercicio de sus funciones, la inspección del trabajo brasileña siempre ha presentado algunas máculas. Una de ellas es la ausencia de materiales y recursos humanos necesarios al cumplimiento de su labor. Hay también la cuestión endémica de la corrupción en el servicio público, una plaga que parece no ceder a todas las demandas sociales. Todos estos problemas permanecen, sin grandes perspectivas de cambio

A pesar de eso, el hecho es que la inspección del trabajo en Brasil siempre ha preferido una acción puramente *punitiva/represiva*, sin diferenciar objetivamente entre grandes y pequeñas empresas. Por cierto, ése es un reflejo de la elección del Estado brasileño, que siempre ha adoptado la cómoda situación de “no puedo ayudar, pero puedo punir.”

Es el nefasto comportamiento “punitivo/recaudatorio” del Estado brasileño, cuyo objetivo, en realidad, *no es modificar*

el comportamiento del que ha sido punido, o buscar formas de resolver los problemas de los trabajadores y de las empresas, sino proporcionar un aumento de recaudación.

Incluso las autoridades encargadas del ejercicio de la inspección padecen sus males, ya que se comportan, en la mayoría de los casos, con un autoritarismo arrogante heredado de los tiempos de la nobleza, sin recordar que son *prestadores de servicios públicos, y servidores de aquellos a quienes están “fiscalizando”*.

Es importante decir que los viejos sistemas de trabajos organizados alrededor de los anticuados modelos fordistas de “línea de montaje” están perdiendo terreno, no sólo por la evolución de las relaciones de trabajo, sino también por los cambios en los sistemas de producción. La contratación de prestadores de servicios, y las nuevas formas de contrato laboral siguen a lo largo de la normatividad estatal, causando una gran subjetividad en la valoración de los respectivos contratos, y así proporcionado las más extrañas interpretaciones, provocando inseguridad jurídica.

Sin embargo, en la década pasada hubo algún cambio en ese comportamiento únicamente punitivo. El artículo 12 de la ley 9.841/99 determinaba que las fiscalizaciones laborales y de la seguridad social orientarían, de forma prioritaria, a la microempresa y a las pequeñas empresas. En cuanto a la fiscalización laboral, se tendría en cuenta el criterio de la *dobles visita* para levantar las actas de infracción, a menos que se constatará infracción por falta de registro de empleados, o anotación en la “Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS” (carné del trabajo), o en caso de reincidencia, fraude, resistencia u obstáculos a la fiscalización.

El Decreto n. 4.552/02 (Reglamento de La Inspección del Trabajo) establece, en su artículo 23 que los auditores fiscales del trabajo tienen la obligación de orientar y advertir a la gente sujetas a la inspección del trabajo y a los trabajadores sobre el cumplimiento de las leyes laborales, y deben tener en cuenta el criterio de la *dobles visita* cuando se trate de microempresa y pequeñas empresas, en la forma de la ley específica.

Por fin, la ley complementaria n. 123/06, establece, en su art. 55: *la fiscalización, en cuanto a los aspectos laborales, metrológicos, de la salud, ambiental y de seguridad, de las microempresas y pequeñas empresas deberá tener la naturaleza prioritaria de orientar, cuando la actividad o situación, por su naturaleza, implicar un nivel de riesgo coherente con ese procedimiento.*

Manteniendo la orientación de la ley que la precedió, la ley complementaria n. 123 ordena que es necesario tener en cuenta el criterio de la *dobles visita* para levantar las actas de infracción, a menos que se constate infracción por falta de registro de empleados, o anotación en la “Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS” (carné del trabajo), o en caso de reincidencia, fraude, resistencia u obstáculos a la fiscalización.

Es importante destacar que la Administración Pública – en la que está inserida la auditoría fiscal del trabajo – no puede dejar de regir sus acciones por la estricta observancia del principio de la legalidad (Constitución Federal, art. 37)

De este modo, es nula la actuación que no tiene en cuenta el criterio de la *dobles visita*, además de las directrices generales de la actividad principalmente orientadora, de la auditoría fiscal del trabajo, cuando se trate de microempresas y pequeñas empresas,

observadas, siempre, a las excepciones de la propia ley.³

No tenemos ninguna duda de que la función de la Inspección del Trabajo todavía debe atenerse a su destino histórico, como órgano verificador del cumplimiento de las normas laborales. Pero no debemos olvidar la necesidad de dar prioridad a una actividad pedagógica, proporcionando la formación adecuada a los empresarios pequeños y medianos, con respecto al cumplimiento de las normas laborales.

3 En este sentido, véanse las apelaciones siguientes: “En el caso de las microempresas y pequeñas empresas, a excepción de lo expresamente previsto, la legislación determina que se tenga en cuenta el criterio de la doble visita antes de levantar el acta de infracción, como corolario de la naturaleza principalmente orientadora de la actividad de fiscalización de los agentes del Estado. la Administración Pública no puede dejar de regir sus acciones por la estricta observancia del principio de la legalidad (Constitución Federal, artículo 37). No se trata, en contra de lo que afirma la demandante, de someter la actividad fiscalizadora del Estado a mera formalidad, sino preservar la seguridad jurídica, imprescindible en un Estado Democrático de Derecho, sometiendo la acción de los agentes públicos a la observancia de las normas que el propio Estado editó, en el ejercicio de su función legislativa. Entendido del determinado en el artículo 12 de la Ley nº9841, de 5 de octubre de 1999, en el artículo 23 del Decreto nº 4552, de 27 de diciembre de 2002 y en el artículo 55 de la Ley complementaria nº123, de 14 de diciembre de 2006. Recurso ordinario del Gobierno Federal denegado” (TRT 15ª Reg., RO 0147200-62.2007.5.15.0118, Rel. Des. Fernando da Silva Borges, DJ/SP de 21.05.2010); “Las microempresas, las pequeñas empresas y las con menos de diez empleados solo pueden ser multadas por La fiscalización del trabajo después de una doble visita, conforme Ley 7.855/89, siendo responsabilidad de la parte interesada en la declaración de la nulidad del acta de infracción probar ante el tribunal que cumple con los requisitos necesarios para tener derecho al beneficio de la doble visita” (TRT 3º Reg., 6ª T., RO 00160-2009-135-03-00-0, Rel. Des. Emerson José Alves Lage, DEJT de 08.09.2009); “Conforme La Ley n. 9.841/1999, art. 12, cuando se trata de microempresa o pequeña empresa y no es verificada la falta de registro de empleado o de anotación en la “Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS” (carné del trabajo), ni la reincidencia, fraude, resistencia u obstáculos a la fiscalización, la actuación por la Fiscalización del Trabajo depende de una previa doble visita. La finalidad de la norma es permitir que estas empresas corrijan los errores antes de que sean multadas y sancionadas, con el objetivo protector de evitar que resulte en algo oneroso para la empresa, y cuando posible establecer la situación de normalidad. Después de la actuación en la primera visita y no siendo un caso excepcional por el art. 12 de la Ley nº 9.841/1999, resulta ilegal la multa aplicada por error procedimental. Seguridad concedida. Sentencia mantenida. Recurso voluntario y remesa oficial desprovistos (TRT 10ª Reg., 2ª T., RO 01484-2005-101-10-00-7, Rel. Des. Alexandre Nery de Oliveira, DJU de 09.03.2007).

En el siglo que viene, la Inspección del Trabajo ya no puede seguir el anticuado manual del *control y de la represión*. Antes, debe desempeñar también el papel de la conciliación, armonización y pacificación social. Las “mesas de entendimiento” en la Fiscalización laboral, reguladas por la IN (Instrucción Normativa) n.23/01, son buenas opciones a las actividades meramente represivas/punitorias que están muy conectadas a la imagen de la Inspección del Trabajo. Sin embargo, la constitución de las “mesas del entendimiento” no es obligatorio, y aquí presentamos nuestra crítica.

Creemos que nuevos parámetros deben ser restablecidos, revisando y ampliando la actividad de la Inspección del Trabajo, no sólo priorizando el entendimiento entre el Estado y la empresa privada, sino también incluyendo los Sindicatos representantes de las categorías involucradas, responsabilizando a todos los que están involucrados de forma directa por la solución de los problemas, y no solamente el Estado.

¡Gracias por el honor concedido! Estamos disponibles para auxiliar en todo lo que sea necesario.



AVISO PRÉVIO SOB A NOVA ÓPTICA DA LEI 12.506/2011

Antonio Bonival Camargo (*)

Introdução

Alguns esclarecimentos jurídicos sobre a LEI 12.506/11 - AVISO PRÉVIO:

A recente lei promulgada no dia 13 de outubro veio alterar os prazos do aviso prévio, previsto nos (Art.s 487/491 – da CLT - Capítulo VI do Título IV). No referido artigo está previsto que:

“O aviso prévio “será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.” (Grifamos a palavra proporção).

“Parágrafo único. Ao aviso prévio previsto neste artigo serão acrescidos 3 (três) dias por ano de serviço prestado na mesma empresa, até o máximo de 60 (sessenta) dias, perfazendo um total de até 90 (noventa) dias.”

“Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

(*) Advogado em São Paulo - Membro efetivo do IBDSJC. Mestre e doutor pela Universidade de São Paulo.

Da referida lei tiram-se várias ilações. Vejamos.

2. Início dos acréscimos dos dias

Desta nova lei, publicada no dia 13 de outubro de 2011, extraem-se várias alterações no tema denominado AVISO PRÉVIO, cujas implicações irão repercutir no dia a dia das empresas, pela nova regulamentação desse instituto: Aviso Prévio. A primeira dúvida que se nos depara está no Parágrafo Único: “*ao aviso previsto neste artigo serão acrescidos 3 dias por ano...*” a contar já do primeiro ano (?), ou essa contagem começa no segundo ano; ou seja, o empregado com dois anos de serviço teria aviso prévio de 33 dias, ou 36 dias?

Como o legislador utilizou-se do termo “*ao aviso prévio ...serão acrescidos...*” a interpretação literal da lei, segundo a intenção do legislador, ao dizer: “*serão acrescidos...*” temos, assim, que ao aviso prévio de 30 dias, ora existente, serão acrescidos três dias a cada ano que se seguir ao primeiro ano. Ou seja, o aviso prévio para o primeiro ano de serviço fica inalterado. Os *acréscimos* de três dias a cada ano começarão a fluir a partir do segundo ano, sucessivamente, conforme o contrato for adentrando em anos, até ao máximo de 60 dias, que somados aos trinta (30) iniciais perfazem noventa dias de aviso prévio. (30 + 60).

Donde se conclui que o empregado para atingir o apogeu do aviso prévio de (90) noventa dias previstos na lei 12.506/11, terá de contar com (21) anos de serviço, visto que o acréscimo começa a partir do segundo ano. O fundamento jurídico analogicamente aqui aplicado é o da contagem de prazos estabelecida pelo art. 132 do Código Civil: “*Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo e incluindo o dia*”

do vencimento.” Porque: *“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”* (Art. 4º da LICC).

3. A quem alcança o novo regulamento?

O novo regulamento do Aviso Prévio aplica-se aos casos presentes, i.é, para os que estiverem em gozo do aviso prévio, (?) e os avisos que ocorrerem daqui para frente. Aqui se aplica o princípio jurídico previsto na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) art. 2º, ou seja, a lei entra em vigor na data de sua publicação, e não retroage aos casos já realizados. A nova lei não alcança os avisos prévios já findos quando de sua promulgação em 13.10.2011. Isto quer dizer que a lei não desfaz o que adquiriu a forma de: direito adquirido; coisa julgada; ato jurídico perfeito.

A lei nova regulamenta essa matéria daqui em diante. Não se volta para trás; fato que constitui o fenômeno jurídico da retroatividade da lei. (A única exceção de retroatividade prevista é da lei penal que beneficia o condenado). Isto porque a lei nova não atinge o ato jurídico perfeito; a coisa julgada; o direito adquirido. (Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado. Direito adquirido, quando seu titular já usufruiu dele, direito eficaz, direito que já se consumou. Coisa julgada, se da sentença proferida não couber mais recurso.) É a irretroatividade da lei fixada no Art. 5º, Inc. XXXVI da CF.

“A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada”.

A Força Sindical e as Centrais Sindicais estão-se mobilizando para fazer a lei vigorar retroativamente, o que é inadmissível diante dos princípios jurídicos da irretroatividade das leis. E, mesmo porque, no Art. 6º da Lei de Introdução está previsto que a lei nova terá efeito imediato, “*respeitado o ato jurídico perfeito etc...*”; assim, se o empregado já cumpriu o aviso prévio antes da promulgação da lei (cumprimento do aviso prévio, é ato jurídico perfeito e acabado), não pode ele ser beneficiado pela Lei nova.

Donde forçoso concluir-se, ato contínuo, se o aviso prévio estiver em andamento ao momento da publicação da lei (dia 13.10), o empregado gozará dos benefícios trazidos pela nova lei, que rege o momento do ato jurídico a se perfazer. O art. 489 da CLT diz que a rescisão contratual só se torna efetiva depois de consumado o prazo do aviso prévio. Enquanto perdurar o prazo do aviso prévio, (trabalhado ou indenizado) os privilégios e benefícios, bem como a contagem de tempo estarão presentes ao contrato que está em contagem regressiva, mas cujo término não se consumou. É o mesmo caso do que se afastou para a “Previdência” durante o aviso prévio, (contrato suspenso) antes que o aviso se houvesse consumado. (Súm. 371 do TST). “*Dado o aviso prévio, a rescisão se torna efetiva depois de expirado o prazo...*” (Art. 489 da CLT).

4. Interesses colidentes com a norma coletiva

Para exemplificar a questão, trazemos a guisa de exemplo a cláusula 30 da Convenção Coletiva de Entidade Sindical, cujo comando diz o seguinte: “*além do prazo legal, o aviso prévio de 1 (um) dia por ano de serviço prestado à empresa. Para os trabalhadores com mais de 45 (quarenta e cinco) anos de idade e mais de um ano de casa, será concedido aviso prévio de 45 (quarenta e cinco) dias.*”

Segundo nossa opinião, a referida cláusula convencional perdeu eficácia, posto que, a nova lei foi mais abrangente e mais benéfica que a referida cláusula. O fundamento é de que, a norma mais benéfica, (*lex favorabilior*), prevalece, independentemente, da hierarquia da norma. (*As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo. Art. 620 da CLT*).

A Cláusula 30 da referida norma coletiva irá prevalecer somente e quando, o empregado tiver mais de 45 (quarenta e cinco) anos de idade, e, assim mesmo, mais de um e menos de 5 anos de casa; pois, do contrário, passa a ser privilegiado pela nova lei. A nova lei não estabelece idade “...aos empregados que...” independentemente de idade.

5. A eficácia da lei nova

O simples fato da comunicação do aviso prévio, antes da publicação da lei, não implica que a empresa esteja livre das incidências da nova lei. (Se o aviso prévio não se consumou (indenizado ou trabalhado), pelo seu período integral, ele (colaborador pré-avisado) será bafejado pela nova lei.

Outra questão aqui em evidência está no fato de que, (especificamente neste caso) o Parágrafo 1º da Cláusula 30 da convenção coletiva estabelece que os dias excedentes aos trinta dias do aviso prévio, serão indenizados, (e a lei é silente neste sentido), diante da lacuna legal e pelo princípio da colbatagem ou (flexibilização da *mens legis*, intenção do legislador); temos que deva prevalecer, concomitantemente, a indenização dos dias sobressalentes aos trinta primeiros dias. (Mesmo porque, não é saudável para ambos que o empregado pré avisado permaneça por muito tempo na empresa).

6. A nova lei e o pedido de demissão

Se o empregado adentrado em anos na empresa pedir demissão, é devido o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço na empresa? (30 + 3 d. por a.).

O contrato de trabalho é negócio jurídico bipolar. Acoplagem de duas vontades que se vinculam nas obrigações “*de dar e de fazer*”, segundo o mestre Cesarino Júnior (“Obrigação de dar” = pagar salários; “obrigação de fazer” = trabalhar). O artigo 487 da CLT estabelece: “*Não havendo prazo estipulado, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindir o contrato deverá avisar a outra...*” Assim, sob o comando do *caput* do 487, ambos os contratantes (empresa e empregado) estão obrigados a avisar um ao outro, na forma como estabelece a lei, ou seja, (30 + 3 dias por ano trabalhado), quando lhes houver a vontade de pôr fim ao contrato.

A finalidade da lei ao estabelecer o aviso prévio, (teleologia), é a de evitar a surpresa de ver-se do dia para a noite, desempregado; e, sob o ângulo da empresa, também o imprevisto de, abruptamente, procurar substituto à altura, sem sofrer colapso no setor, o que, convenhamos, demanda algum tempo. Assim a finalidade do aviso prévio é o tempo de espera para ajustamento do fato da vida, de ambas as partes.

7. Proporcionalidade na distribuição dos dias

Ao frisarmos no *caput* da nova lei, a locução “*...na proporção de...*” o texto legal sugere a proporcionalidade na distribuição dos dias versus anos. Se o empregado for dispensado com 6 anos e 8 meses, suponhamos, como calcular o aviso prévio? Temos que: 30 dias do primeiro ano; restam $5 \times 3 =$ quinze dias; mais dois dias

equivalentes (proporção) aos 8 meses. Assim teremos 30 + 15 + 2, tudo somado, teremos quarenta e sete dias de aviso prévio. A proporcionalidade anual do aviso prévio corresponde a um (1) dia, a cada quatro (4) meses.

Estes pontos e demais controvérsias suscitadas pela nova lei serão esclarecidas, com o assentamento da jurisprudência. As Normas Coletivas e os Acordos irão renegociar esta flexibilidade que a lei trouxe, evidentemente, mesmo porque a validade das Normas coletivas tem prazo prefixado, ou seja, na maioria de 2 (dois) anos. (*“Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a dois anos.”* Art. 614 da CLT, §3º). Importante a presença da empresa na mesa da negociação, para acertamento dos pontos de impacto, já que o contrato de trabalho opera-se de forma dinâmica e só a presença de todos para a busca da justiça social.