

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**DA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA
E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Rafael Rodrigues Henn

Presidente Prudente/SP
2.005

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

**DA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA
E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Rafael Rodrigues Henn

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Andrei Mohr Funes.

**DA INTERMEDIACÃO DE MÃO DE OBRA
E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

Trabalho de conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Andrei Mohr Funes
Orientador:

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes
1º Examinador:

Luiz Eduardo Sian
2º Examinador:

Presidente Prudente, ____ de _____ de 2005

Prefiro ser essa metamorfose ambulante,
do que ter aquela velha opinião formada sobre tudo.

Raul Seixas

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, José Luiz e Madalena, e a minha irmã Raquel, por sempre acreditarem nos meus sonhos.

A minha tia Cristina que nunca me deixou faltar nada, estando sempre do meu lado.

Ao Dr. Sian amigo que muito admiro.

E a todos os meus amigos e familiares que me acompanharam até hoje.

RESUMO

O presente estudo visa demonstrar qual a correta interpretação do artigo 442, parágrafo único da CLT, que dispõe não existir vínculo empregatício entre a cooperativa, e os seus associados, interpretado isoladamente tal disposição permite que as empresas contratem seus empregados através de cooperativas de trabalho sem que com isso exista vínculo empregatício entre as partes, o que a doutrina denomina intermediação de mão de obra. Na elaboração desta análise, foi empregada, sobre tudo, a pesquisa bibliográfica. Assim demonstraremos através de uma comparação entre o contrato de trabalho com o contrato cooperativo, principalmente através dos requisitos da subordinação e o da autonomia que individualizam respectivamente cada dos contratos mencionados, quando se trata de uma relação de emprego e quando se trata de uma relação de associados cooperados. Desta forma, observaremos, qual deve ser a correta interpretação do artigo supra-citado, isto é, em conjunto com os artigos 2º e 3º da CLT, que definem empregado e empregador, e por consequência o artigo 9º, que dispõe que caso de alguma forma existam atos que tentem contra os interesses protegidos pela CLT tais atos serão considerados nulos. Será dado enfoque também a ação civil pública como uma das formas de resolução deste conflito, demonstrando tal afirmação através de uma rápida passagem pelos seus requisitos e do estudo dos seus direitos tuteláveis, denominados interesse metaindividuais.

PALAVRAS – CHAVE: Intermediação da Mão de Obra – Contrato de Trabalho – Subordinação - Cooperativismo – Autonomia – Ação Civil Pública Trabalhista – Direitos Metaindividuais.

ABSTRACT

The present study it aims at to demonstrate to which the correct interpretation of article 442, only paragraph of the CLT, that makes use not to exist employment bond between the cooperative, and its associates, interpreted separately such disposal allows that the companies contract its employees through work cooperatives without that with this to employ bond between the parts exists, what the doctrine calls intermediation of workmanship hand. In the elaboration of this analysis, she was employee, on everything, the bibliographical research. Thus we will demonstrate through a comparison enters the employment contract with the cooperative contract, mainly through the requirements of the subordination and of the autonomy that respectively individualizam each of mentioned contracts, when one is about an employment relationship and when one is about a relation of cooperated associates. Of this form, we will observe, which must be the correct interpretation of the above-mentioned article, that is, in set with articles 2° and 3° of the CLT, that defines employed and employer, and for consequence the article 9°, that it makes use that case of some form exists acts that try against the interests protected for the CLT such acts will be considered null. The public civil action as one of the forms of resolution of this conflict will be given to approach also, demonstrating such affirmation through a fast ticket for its requirements and of the study of its tutelaveis rights, called interest metaindividuais.

KEYWORDS: Intermittence of the Hand of Workmanship - Employment contract - Subordination - Cooperativismo - Autonomy - Civil action Public Member of labor party - Right Metaindividuais.

SUMÁRIO

Introdução.....	08
1) Contrato de Trabalho.....	10
1.1) Características.....	11
1.2) Elementos Fáticos Jurídicos.....	12
1.3) Subordinação.....	14
2) Sociedade Cooperativa.....	16
2.1) Histórico.....	17
2.1.2) Origem no Brasil.....	18
2.2) Natureza Jurídica.....	19
2.3) Características.....	20
2.4) Affetio Societatis.....	25
2.5) Subordinação versus Autonomia na relação empregado e sócio.....	26
3) Fraude.....	27
3.1) Intermediação da mão de obra.....	27
3.2) Elementos Caracterizadores.....	30
3.3) Princípio da Primazia da Realidade.....	32
4) Ação Civil Pública.....	34
4.1) Conceito de Ação Civil Pública.....	34
4.1.1) Ação Civil Pública Trabalhista.....	35
4.2) Natureza Jurídica.....	39
4.3) Legitimidade para agir.....	40
4.3.1) Legitimação do Ministério Público Trabalhista.....	43
4.3.2) Legitimação dos Sindicatos.....	45
4.4) Valores Protegidos.....	47
4.4.1) Da Condenação em Dinheiro.....	48
4.4.2) Da Condenação em Obrigação de Fazer ou Não Fazer.....	49
4.5) Dos Interesses Metaindividuais.....	51
4.5.1) Dos Interesses Difusos.....	53
4.5.2) Dos Interesses Coletivos “ <i>stricto sensu</i> ”.....	57
4.5.3) Dos Interesses Individuais Homogêneos.....	59
4.6) Adequação ao Tema.....	62
5) CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

INTRODUÇÃO

As relações econômicas atuais estão cada vez mais dinâmicas, isto é, se modificando rapidamente, fenômeno este devido a globalização que significa a diminuição o encurtamento das relações econômicas entre todos os cantos do mundo, como exemplo, hoje, uma pessoa aqui no Brasil negocia com outra na China em frações de minutos. Por consequência as partes contratantes precisaram se atualizar, diminuir despesas, aumentar seu lucro para se manter competitivo a esta nova ordem econômica atual.

E uma das formas atuais de se diminuir as despesas, encontrado por muitas empresas, são fraudar as relações trabalhistas, através da intermediação da mão de obra, na qual uma empresa contrata o serviço de uma cooperativa de serviços objetivando mascarar a subordinação característica do contrato trabalhista com fundamento no artigo 442 da CLT, e desta forma fraudar, ou melhor, não pagar os direitos trabalhistas, diminuindo seus gastos e se tornando competitiva no mercado econômico.

Sendo assim, o objetivo deste trabalho, é demonstrar como é feita a intermediação da mão de obra, demonstrando que nestes casos onde no plano contratual se demonstra ser um contrato civil entre cooperativa e contratante onde deve existir a autonomia das partes, no plano fático, real, este contrato é mascarado, ou seja a empresa contratante subordina seus contratados como em um contrato de trabalho.

Desta maneira com base em pesquisas bibliográficas, e em acórdãos e jurisprudências pretendemos demonstrar o que é uma intermediação de mão de obra, principalmente comparando o contrato de trabalho, com o contrato civil decorrente da relação de uma cooperativa.

Outro ponto focado neste estudo é a resolução deste conflito através da ação civil pública trabalhista, pois é de costume dos manejadores do direito nacional se utilizarem como forma de resolução das lides de forma individual. Porém existe a forma coletiva de resolução dos conflitos, que também abrange a seara trabalhista, através da ação civil pública, que visa defender os direitos metaindividuais, interesses estes que abrangem os direitos trabalhistas, também são uma das formas de se combater a fraude aos direitos dos trabalhadores.

Desta forma o trabalho se limitará a demonstrar a intermediação da mão de obra através da comparação entre os requisitos do contrato de trabalho e das cooperativas, principalmente através da existência de subordinação na relação de intermediação de obra

que caracteriza o contrato de trabalho. E também enfocará a forma de resolução deste conflito coletiva muito pouco utilizada ainda pelos manejadores do direito dando uma nova dinâmica ao direito do trabalho.

1) CONTRATO DE TRABALHO

A definição de contrato de trabalho trazida pelo artigo 442 da CLT, segundo o qual: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”, é pouco esclarecedor e não revela os elementos integrantes do contrato de trabalho.

Da mesma opinião compartilha Maurício Godinho Delgado (1999, p. 17):

O texto da CLT não observa, como se nota, a melhor técnica de construção de definições: em primeiro lugar, não desvela os elementos integrantes do contrato empregatício; em segundo lugar, estabelece uma relação incorreta entre seus termos (é que em vez de o contrato corresponder a relação de emprego, na verdade ele *propicia* o surgimento daquela relação); finalmente, em terceiro lugar, o referido enunciado legal produz um verdadeiro círculo vicioso de afirmações (contrato/relação de emprego; relação de emprego/contrato).

A melhor técnica para definir o contrato de trabalho, é identificar os elementos integrantes do contrato, também denominados pela doutrina como elementos fático-jurídicos, previstos nos artigos 2º e 3º da CLT, que são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a outra pessoa física ou jurídica, b) pessoalidade, c) não eventualidade, d) onerosidade e, e) subordinação ao tomador.

Maurício Godinho Delgado (1999, p. 16), define contrato de trabalho como: “... o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não-eventual, subordinada e onerosa de serviços”, o que segundo o próprio doutrinador, também pode ser definido como: “acordo de vontades, tácito ou expresso, pelo qual uma pessoa física coloca seus serviços a disposição de outrem, a serem prestados com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação ao tomador.

Sendo assim, para que se caracterize o contrato de trabalho tem que existir uma relação originada de comum acordo, tácito ou expresso e que também estejam presentes os elementos fático-jurídicos, entende-se que este conceito é mais completo que aquele trazido pelo artigo 442 da CLT.

1.1) Características

O contrato de trabalho tem várias particularidades que o distingue dos demais, estas características, são mais amplas que a definição explicada acima, indicando os elementos essenciais do contrato e o nexo que os mantém interligados.

Contrato de direito privado: em razão da natureza privada dos sujeitos pactuantes, (situação de paridade jurídica) e dos direitos envolvidos.

Contrato sinalagmático: decorrente da circunstância de resultarem do contrato empregatício obrigações contrárias, contrapostas. Haveria assim, reciprocidade entre as obrigações contratuais, ensejando um equilíbrio formal entre as prestações onerosas.

No âmbito empregatício o sinalagma seria aferido tomando-se o conjunto do contrato e não apenas o contraposto de suas obrigações específicas (trabalho versus salário), conferindo tal característica pelo conjunto contratual, preserva-se a validade da característica sinalagmática do contrato empregatício.

Contrato consensual: no sentido de que o pacto não se sujeita a formalidades imperativas, ou seja, tem que ser consensual de comum acordo, desta forma o contrato pode ajustar-se tacitamente inclusive, sem a necessidade de manifestação expressa das partes, a exceção a esta característica, são os contratos formais de atleta de futebol e de artistas profissionais.

Contrato celebrado *intuitu personae*: envolve uma única parte contratual, o empregado, sendo estranha ao outro ente pactuante, pois com relação ao empregador predomina a impessoalidade, a despersonalização de sua figura contratante.

Contrato de trato sucessivo: é que as prestações centrais deste contrato, trabalho versus salário, sucedem-se continuamente no tempo, cumprindo-se e vencendo-se seguidamente ao longo do prazo contratual.

Contrato de atividade: o contrato de emprego representa um pacto que tem como uma de suas obrigações centrais a prestação de fazer, que se cumpre continuamente no tempo. Do ponto de vista do empregado, a atividade contratada é a prestação principal, já quanto ao do empregador, é a própria causa de formação do contrato.

Contrato oneroso: consiste na previsão de perdas e vantagens econômicas para ambas as partes no âmbito do contrato, neste contexto empregatício essa troca se faz substantivamente através do contraponto prestação de trabalho versus parcelas salariais. Se

a prestação de serviços realizar-se sem intuito contraprestativo por parte do prestador, o contrato existente não será de emprego, por falta de onerosidade, que lhe é inerente.

Contrato dotado de alteridade: noção de que a prestação laboral do tipo empregatício corre por conta alheia ao prestador, o risco inerente à prestação de serviços e seu resultado, além dos riscos próprios do empreendimento empresarial, todo este risco é estranho à figura do prestador, recaindo sobre o contratante de tais serviços, a alteridade surge-lhe como marca característica independente do ajuste tácito ou expresso fixado pelas partes contratuais a respeito dos riscos do empreendimento ou do trabalho efetivado.

Contrato complexo: traz como característica a possibilidade de associar-se a outros contratos, que tendem a ter perante ele uma relação de acessoriedade, os contratos auxiliares, tendem a sofrer efeitos decorrentes da dinâmica do próprio contrato de trabalho, contudo, esse vínculo pode não ser absoluto.

1.2) Elementos Fático – Jurídicos

Como já exposto nos itens anteriores a relação de trabalho só se configura quando existentes os elementos fático-jurídicos, prestação de trabalho por pessoa física a um tomador qualquer, prestação efetuada com pessoalidade pelo trabalhador, não eventualidade, efetuada sob subordinação ao tomador dos serviços, e a prestação de trabalho efetuada com onerosidade.

A CLT prevê esses elementos logo em seu começo no *caput* de dois artigos, o 2º e o 3º, abaixo descritos:

Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Estes elementos são todos fáticos, ou seja, acontecem realmente, não são criações jurídicas, mas sim elementos que realmente ocorrem na relação de trabalho.

Da mesma idéia compartilha Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1975), apud Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 289): "Não são portanto, criação jurídica, mas simples reconhecimento pelo Direito de realidades fáticas relevantes. Também denominados pela mais arguta doutrina jurídica de pressupostos".

Demonstrado quais são os elementos fático-jurídicos, e demonstrado que eles não são uma criação jurídica, mas sim o reconhecimento de uma situação real, analisaremos um a um:

A) Trabalho por pessoa física:

O primeiro requisito é que a prestação de trabalho tem que ser feita por uma pessoa física, esta exigência decorre dos bens jurídicos tutelados pelo direito do trabalho, que são a vida, saúde, integridade psíquica, lazer e etc do ser humano, fica evidente que os bens tutelados são de uma pessoa física, natural desta forma, ser pessoa física o empregado é um requisito essencial para que se configure a relação de emprego.

B) Pessoalidade:

Este requisito está muito ligado ao anterior, pois o fato do trabalhador ser pessoa física, não quer dizer que o serviço seja prestado com pessoalidade, individualidade, aqui exige-se uma relação jurídica concreta realizada pelas partes.

Sendo assim, é essencial que no contrato de trabalho quanto à pessoa do prestador de serviço, está deva ser *intuitu personae*, isto é não poderá fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização do serviço pactuado.

Outra importante característica é que a pessoalidade não é só importante na caracterização do vínculo, mas também é relevante na extinção do vínculo, pois sendo personalíssima a obrigação, ela não se transmite aos seus herdeiros e sucessores, portanto a morte do empregado, dissolve automaticamente o vínculo entre as partes.

Importante também enfatizar que a pessoalidade incide somente na pessoa do empregado, pois quanto ao empregador prevalece o aspecto oposto, chamado de despersonalização da figura do empregador, que em breves linhas pode alterar a parte contratante, desde que mantenha-se em vigor as regras contratuais anteriores assumidas perante o empregado.

C) Não eventualidade:

A não eventualidade tem a ver com a continuidade do serviço, está idéia atua em duas dimensões:

Quanto a duração do contrato empregatício, que tem a intenção de incentivar ao máximo o seu prolongamento, ou seja, sua duração, nesse aspecto vige o princípio da continuidade da relação de emprego, pelo qual se incentiva por leis a permanência por tempo indefinido do vínculo de emprego.

A outra idéia de permanência tem haver com o instante da configuração do tipo legal da relação empregatícia, para não se configurar trabalho esporádico.

D) Onerosidade:

A onerosidade é a contraprestação econômica que o empregador entrega ao empregado, pela sua força de trabalho colocada a sua disposição.

Porém a onerosidade não pode ser analisada como elemento fático-jurídico, pelo ponto de vista do trabalho realizado, ou do tomador de serviços, pois neste ponto de vista a onerosidade estará sempre presente.

Pelo ponto de vista do empregado é preciso analisar dois planos, o objetivo que é o pagamento pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato de trabalho acertado entre as partes, ou seja, é a efetiva contraprestação pelo serviço realizado.

Já do ponto de vista subjetivo, é a intenção de existir o ganho econômico ao realizar a contraprestação existente no contrato por parte do trabalhador, ou seja a vontade de ser remunerado pela prestação do serviço, é o denominado *animus contrahendi*.

E) Subordinação:

A subordinação vem a ser a obediência do trabalhador, a sua sujeição às ordens do contratante, ocorre aí uma posição de subordinação do empregado, perante o empregador.

Mauro Mascaro Nascimento (1976), apud Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 302), assim define: "situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará".

Sendo assim, fica claro que no direito do trabalho a subordinação atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador.

1.3) Subordinação

Apesar de a relação de emprego, ser o resultado da soma dos cinco fatores denominados elementos fático-jurídicos. Dentre todos estes elementos a subordinação se destaca por ser aquele elemento, mais marcante, da caracterização da relação empregatícia.

Segundo o mesmo raciocínio Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 301), expõe:

De fato, a subordinação é que marcou a diferença específica da relação de emprego perante as tradicionais modalidades de relação de produção que já foram hegemônicas na história dos sistemas socioeconômicos ocidentais (servidão e escravidão). Será também a subordinação o elemento principal de diferenciação entre a relação de emprego e o segundo grupo mais relevante de

fórmulas de contratação de prestação de trabalho no mundo contemporâneo (a diversas modalidades de trabalho autônomo).

Continua o mesmo autor reforçando esta posição destacando que já houve juristas, como o italiano Renato Corrado, que lecionavam que não importava o conceito do contrato de trabalho, mas sim a forma como tais serviços eram prestados, isto é, se o eram subordinados ou não.

Seguindo está idéia de que a subordinação diferencia o contrato de trabalho dos demais contratos observa Valentin Carrion (2003, p. 36): “*a subordinação do empregado às ordens do empregador (colocando a disposição deste sua força de trabalho) de forma não eventual é a mais evidente manifestação de existência de um contrato de emprego; o poder disciplinar é-lhe inerente*”.

A posição da doutrina como demonstrado é também o mesmo da jurisprudência nacional como demonstra o acórdão a seguir:

Relação de emprego. O elemento qualificador por excelência da relação de emprego é a subordinação, a qual encontra-se presente ao caso em tela face à prestação de labor com exclusividade ao reclamado, com sujeição ao horário e submissão a ordens do empregador (TRT/RS, RO 286/88, José Cordenonsi, Ac. 3ª T.)

Desta forma, como demonstrado pela doutrina e pela jurisprudência laboral, a subordinação é importante, pois é através deste requisito quando existente na relação entre as partes, que se diferenciará a relação de trabalho das demais relações, fica evidente que demonstrado a subordinação ficará afastado qualquer outra forma de contrato que não seja o de trabalho.

Sendo assim a subordinação também será um elemento importante para caracterizar a intermediação da mão de obra feita por cooperativas de trabalho, já que ela não é um dos elementos caracterizadores deste tipo de sociedade como veremos a seguir, por consequência quando existente a subordinação na relação entre empresa contratante e cooperativa, existirá fraude aos direitos trabalhistas.

2) SOCIEDADES COOPERATIVAS

Devido as características particulares da sociedade cooperativa, os doutrinadores têm encontrado dificuldades para defini-la precisamente.

Walmor Franke apud Wilson Alves Polônio (1999, p. 19), ao pesquisar sobre o tema conceito da sociedade cooperativa identificou no Congresso de Praga, em 1948, a seguinte definição:

Será considerada como cooperativa, seja qual for a constituição legal, toda a associação de pessoas que tenha por fim a melhoria econômica e social de seus membros pela exploração de uma empresa baseada na ajuda mínima e que observa os princípios de Rochdale.

Amador Paes de Almeida (1998, p. 342) define a cooperativa como uma “sociedade de pessoas, com capital variável, que se propõe, mediante a cooperação de todos os sócios, um fim econômico”.

Já Carvalho de Mendonça, apud Marcelo Mauad (1999, p. 31), define as sociedades cooperativas como:

Institutos modernos, tendentes a melhorar as condições das classes sociais, especialmente dos pequenos capitalistas e operários. Elas procuram libertar essas classes da dependência das grandes indústrias por meio da união das forças econômicas de cada uma; suprimem aparentemente o intermediário, nesse sentido: as operações ou serviços que constituem o seu objeto são realizados ou prestados aos próprios sócios e é exatamente para esse fim que se organiza a empresa cooperativa; diminuem despesas, pois que representando o papel do intermediário, distribuem os lucros entre a própria clientela associada; em suma, concorrem para despertar e animar o hábito da economia entre os sócios.

Existe também a definição legal, trazida pelo artigo 4º da Lei nº 5764 de 16 de dezembro de 1971, que define a sociedade cooperativa como: “sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados”.

Marcelo Mauad (1999, p. 31), após refletir bastante sobre o tema, extraiu os traços característicos das cooperativas que são:

sociedades de pessoas e não de capitais; apóia-se na ajuda mútua dos sócios; possui um objetivo comum e pré-determinado de afastar o intermediário e propiciar o crescimento econômico e a melhoria da condição social de seus membros, os quais possuem na união a razão de sua força; possui natureza civil e forma própria, regulada por lei especial; destinam-se a prestar serviços aos próprios cooperados.

Desta forma conclui-se que a sociedade cooperativa, apóia-se na união de pessoas, retirando delas vantagens aos seus associados que dificilmente obteriam o resultado almejado sozinhos.

2.1) Histórico

As sociedades cooperativas surgiram da união entre operários, com a finalidade de minimizar os efeitos que o sistema capitalista causava a classe operária. Os operários viam na união uma forma de garantirem os seus direitos perante o sistema capitalista.

Fazendo uma pesquisa histórica mais detalhada, pode-se observar que organizações semelhantes já existiam muito antes que as cooperativas. Nos primórdios da humanidade o homem já sentia a necessidade de conviver em grupo para melhorar suas condições de vida.

Seguindo esta linha histórica pode-se citar como exemplos: a reunião de agricultores escravos que aconteciam no Egito, com o incentivo do Estado que era denominado de Grêmio; na Grécia antiga haviam colégios que reuniam carpinteiros, serralheiros e as sodalistas que visavam garantir enterros religiosos com caráter beneficente.

Outro exemplo ocorreu na China, quatrocentos anos antes de Cristo, onde os mercadores freqüentemente sofriam prejuízos, ao naufragarem no Rio Yang-Tsé.

Buscando uma solução para o problema eles organizaram-se em grupos de 10 levando em cada barco uma caixa de mercadoria de cada um dos companheiros, assim, quando ocorria um naufrágio o prejuízo era repartido entre todos.

Uma das formas mais definidas de cooperativa, foi constatado no século XV, quando do descobrimento da América, foram encontradas as civilizações Asteca, Maia e Inca, vivendo em regime de verdadeira ajuda mútua, sustentado pela organização agrária, através do qual o Rei mantinha a soberania sobre a terra repartindo-a entre os súditos para a exploração e usufruto, na modalidade de propriedade familiar, passando-a de pai para filho desde que fossem cumpridas algumas normas.

Mas foi na Inglaterra, no século XIX, em pleno regime liberal, em 1844, que 28 tecelões de Rochdale se reuniram com o objetivo de enfrentar a crise industrial da época. Ela inicialmente funcionava oferecendo gêneros de primeira necessidade aos associados, e posteriormente passou-se às atividades de produção, foi desta forma que surgiu a Rochdale

Society of Equitable Pionners, ou seja, Sociedade dos Probos Pioneiros de Rochdale. (POLÔNIO, 1999, p. 22).

Esta foi a primeira cooperativa que obteve êxito, ou seja, trazia formas eficazes de combate ao desemprego, e também contra o capitalismo da época que impunha aos trabalhadores uma elevada carga horária de trabalho, com um salário pequeno, que não supria as necessidades básicas dos trabalhadores e seus familiares. (FERRARI, 1999, p. 17).

Na mesma época tanto na França quanto na Alemanha também surgiam cooperativas que viriam a consolidar o movimento cooperativista, difundindo seus princípios pela Europa e também voltando o seu sistema para os pequenos produtores urbanos e artesões. (POLÔNIO, 1999, p. 22)

Os pioneiros do cooperativismo introduziram alguns princípios que até os dias de hoje, vivificam o espírito cooperativista, isto é, os princípios que o início do movimento lá na Inglaterra permanecem atuais. São eles: adesão livre de qualquer pessoa, administração praticada pelos próprios associados, juros módicos do capital social, divisão das sobras para todos os associados, neutralidade política social e religiosa, cooperação entre as cooperativas no plano local, nacional e internacional e constituição de fundo de educação. (POLÔNIO, 1999, p. 22).

2.1.2) Origem no Brasil

De acordo com Carlos Alberto Ramos Soares de Queiroz (1966) apud Irany Ferrari (1999, p. 18), no ano de 1847, no Paraná, surgiu a Colônia “Teresa Cristina”, organizada em formato de cooperativa por um grupo de europeus, e que no ano de 1887 deram origem à primeira cooperativa brasileira.

Porém Saratt e Moraes (1997) apud Ferrari (1999, p. 17) observa que:

a primeira cooperativa que obteve êxito no Brasil foi a caixa rural criada pelo padre suíço Theodoro Amstad, no ano de 1902, no Estado do Rio Grande do Sul, Município de Nova Petrópolis. Porém, as cooperativas só se desenvolveram no país a partir da década de 40, quando Getúlio Vargas incentivou a criação de cooperativas de trigo e de soja.

No Brasil as cooperativas foram inicialmente regulamentadas pelo Decreto Lei nº 22.239, de 19 de outubro de 1932, que vigorou até 1966. O art. 24 do decreto acima citado definia o que era naquela época uma cooperativa de trabalho:

Art. 24. Cooperativas de Trabalho são aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão ou ofício, ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal dos seus associados, e dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõem contratar obras, tarefas ou serviços públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupo de alguns.

Com o surgimento da Consolidação das Leis Trabalhistas no ano de 1943, nada foi legislado a respeito das Cooperativas, porém, com o passar dos anos o decreto nº 22.239/32 foi diversas vezes revogado e revigorado, mas o artigo 24 nunca sofreu qualquer alteração e continuou a regulamentar a organização das cooperativas de trabalho da época.

Porém, em 1966 o Decreto nº 59/66 revogou definitivamente o Decreto 22.239/32 e seu artigo 24, e no ano de 1971 foi promulgada a lei nº 5.764, que disciplinava a formação das cooperativas e que continua em vigor até os dias atuais com algumas posteriores alterações.

2.2) Natureza Jurídica

O artigo 3º da Lei 5764/71, que estabelece normas às cooperativas reza, *in verbis*: “Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”.

Analisando este artigo, fica claro que a natureza jurídica da relação entre o cooperado e a cooperativa é contratual, impondo deveres e obrigações a ambos, cujo descumprimento de alguma das partes, poderá acarretar a rescisão contratual.

Na parte final do artigo 3º já mencionado, constata-se que este contrato não tem fins lucrativos, o que gera uma controvérsia acerca da natureza jurídica das cooperativas, quanto ao fato do lucro ser ou não seu objetivo.

Marcelo Mauad (1999, p. 60), sobre a controvérsia assinala:

De fato, embora a cooperativa não possua o desiderato do lucro como razão maior de sua existência, deve executar suas atividades com tal eficiência a ponto de gerar sobras no final do exercício, permitindo aos associados tenham acessos a elas, ou, caso assim decidam, reinvestindo-as na própria organização, em seus fundos, os quais almejam, em última análise, promover a melhoria econômica e social dos membros da organização. A eficiência da atividade cooperativa é sim um fim a ser alcançado. O lucro não é, porém, a finalidade da organização.

No mesmo sentido Amador Paes de Almeida (1977) apud Marcelo Mauad (1999, p. 59), assevera:

A sociedade cooperativa, como tivemos ensejo de acentuar, não se confunde com a sociedade comum, exatamente por faltar-lhe finalidade especulativa, embora não seja o lucro incompatível com a sua natureza. Muito ao contrário, o lucro está para a cooperativa na mesma situação em que está para a empresa pública, constituindo-se em mera decorrência de uma gestão profícua, mesmo porque, como já observamos, dificilmente manter-se-á uma sociedade cooperativa deficitária.

Com base na idéia exposta no parágrafo acima, alguns doutrinadores admitem ser as cooperativas um misto de associação e de sociedade, pois apesar de serem sociedades sem fins lucrativos, a lei não impede que apurem lucros.

Corroborando com essa idéia, Irany Ferrari (1999, p. 14), aduz:

Embora não tenham finalidades lucrativas, o lucro não é incompatível com a sua natureza, mesmo porque, como adverte Amador Paes Almeida, dificilmente se manterá uma sociedade cooperativa deficitária. Sua natureza pode ser civil ou comercial, segundo os doutrinadores, com essência híbrida, de associação e de sociedade.

Esta última posição parece ser mais de acordo com a atual realidade da sociedade, pois mesmo que a sociedade cooperativa não vise lucro, este não é incompatível com sua função, pois nos dias atuais é inviável que alguma sociedade funcione devedora.

2.3) Características

As cooperativas de trabalho têm um grande destaque no direito por terem características muito próprias que serão demonstradas a seguir.

A primeira característica destacada é quanto à natureza jurídica das pessoas que compõem a sociedade. Dispõe o artigo 6º, da Lei n.º 5.764/71, que para ser constituída, as cooperativas de trabalho têm que ter um número mínimo de 20 associados, pessoas físicas, mas excepcionalmente podem ser admitidos pessoas jurídicas, desde que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas, ou ainda que sejam pessoas jurídicas sem fins lucrativos.

Segundo Wilson Alves Polônio (2000, p. 49) prescreve:

A admissão de pessoa jurídica como cooperado associado, desde que em caráter de excepcionalidade, conforme apregoa a Lei, não desvirtua a natureza da

sociedade cooperativa, ainda que esta tenha como objeto social a prestação de serviços. De fato não só a lei permite, como também, do ponto de vista pragmático, a sociedade pode operar sem qualquer conflito. Basta pensar, hipoteticamente, numa cooperativa de trabalho que tenha por associados cooperados profissionais de marcenaria. Caso esses marceneiros não tenham em seu grupo alguém especializado em arquitetura e projetos relacionados a suas atividades, podem perfeitamente admitir, como membro dessa sociedade, na qualidade de associado cooperado, uma pessoa jurídica prestadora de serviço dessa especialidade.

Desta forma podemos concluir que as cooperativas de trabalho podem conviver em harmonia tendo pessoas jurídicas como associados cooperados, desde que estas sejam contratadas em caráter excepcional, e que as atividades das pessoas jurídicas completem as atividades das pessoas físicas não predominando sobre elas.

Outra característica apontada é de que os associados que formam uma cooperativa podem pertencer a uma ou mais classes de profissão. Isto significa que podem ser reunidas diversas profissões em uma cooperativa de trabalho, desde que exista alguma identidade entre elas.

Também tem que ser destacada a natureza jurídica do trabalho prestado pelos associados, que deve ser autônomo ou eventual. Segundo Marcelo Mauad (1999, p. 77): “trabalho autônomo é aquele exercido sem subordinação, enquanto que o trabalho eventual, embora presente a subordinação, caracteriza-se como prestação de serviço ocasional, isto é sem continuidade no tempo”.

O artigo 3º da Lei das Cooperativas traz outra característica, qual seja o exercício profissional em comum, que consiste na prestação coletiva dos trabalhos baseando-se nos princípios da ajuda mútua e proveito comum dos resultados do trabalho.

Outra marca das cooperativas é a organização em auto gestão democrática, ou seja, a administração interna das cooperativas deve ser gerida por seus próprios sócios. Como resultado desta autogestão da organização pelos sócios, fica excluída a relação patrão empregado, não existindo neste caso o vínculo empregatício, o que é também expresso pela Lei das Cooperativas em seu artigo 90 e reforçado pelo artigo 442 da CLT.

As cooperativas, também têm a finalidade de melhorar as condições econômicas e as condições gerais de trabalho dos seus associados. Tal condição visa afastar as organizações autênticas daquelas que, embora possuam uma aparência formal de sociedade cooperativa, na verdade, são falsas cooperativas destinadas a satisfação de interesses particulares de alguém, em detrimento dos trabalhadores cooperados.

A Lei nº 5764/71, trouxe nos seus artigos 3º e 4º, as principais características que diferenciam as sociedades cooperativas das demais sociedades, cujo texto segue:

Art. 3º - Celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro.

Art. 4º - As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e naturezas jurídicas próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:

- I- adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;
- II- variabilidade do capital social, representado por quotas-partes;
- III- limitação do número de quotas partes do capital para cada associado, facultando, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento das obrigações sociais;
- IV- inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;
- V- singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividades de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;
- VI- 'quorum' para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não do capital;
- VII- retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo em deliberação ao contrário da Assembléia Geral;
- VIII- indivisibilidade dos Fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;
- IX- neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social;
- X- prestação de assistência aos associados, e, quando prevista nos estatutos, aos empregados da cooperativa;
- XI- área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços;

Os artigos descritos acima são auto explicativos, ou seja, descrevem de forma bem direta as características das sociedades cooperativas, mas mesmo assim achamos importante comentá-los e expor algumas opiniões da doutrina.

O artigo 3º já citado, expressa os princípios fundamentais para o adequado funcionamento da cooperativa. São eles: obrigação de contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, ajuda mútua entre os cooperados, proveito comum dos resultados e ausência de lucratividade.

Marcelo Mauad (1999, p. 40), explica que o artigo 3º, já citado, deixa nítido que todos os sócios, sejam eles fundadores, ou posteriores a sua fundação, devem assumir o compromisso através de bens ou serviços para que a cooperativa possa desenvolver efetivamente suas atividades e alcançar a sua verdadeira aspiração social.

Importante frisar que embora a sociedade cooperativa não objetive o lucro, este não está de todo afastado, já que dificilmente se sustentará uma cooperativa deficitária, isto é, mesmo que o objetivo não seja o lucro, uma sociedade cooperativa sem lucro dificilmente existirá, pois ela será ineficiente. (ALMEIDA, 1998, p. 341).

Na mesma norma legal analisada, existe também o princípio a prática da ajuda mútua em proveito comum, sendo assim, cabe a todos colaborar para o resultado do trabalho, e este resultado será repartido entre todos, na proporção da colaboração de cada um.(MAUAD, 1999, p. 42)

Já o artigo 4º, enumera onze características que diferenciam as sociedades cooperativas das demais sociedades:

A Lei traz em seu artigo 4º, a expressão adesão voluntária, mas também são usadas outras denominações como da livre adesão ou princípio da porta aberta. Todas estas expressões querem dar a idéia de que é permitida a entrada e saída de sócios livremente desde que eles preencham os requisitos da Lei e dos estatutos da sociedade.

Waldirio Bulgarelli apud Wilson Alves Polônio (1999, p. 32), analisa o princípio da adesão livre, desdobrando-o em dois aspectos: “a voluntariedade, pela qual não se admite que ninguém seja coagido a ingressar em uma sociedade cooperativa, e o da porta aberta, por meio do “wusl” não pode ser vedado o ingresso na sociedade àqueles que preenchem as condições estatutárias”.

A segunda parte do inciso I do artigo 4º, faz referência ao limite de número de associados, ou seja, será ilimitado, mas existe um limite imposto pelo Código Civil, uma vez combinado com o artigo 6º, da própria Lei 5764/71.

O Código Civil em seu artigo 1.094, II, esclarece que o número mínimo de cooperados será aquele necessário para que se possa compor a administração da sociedade, conforme exigência estatutária. Não será, porém, inferior ao limite mínimo de vinte associados, respeitando o limite imposto pela Lei 5.764/71, isto é não há um número máximo de sócios mas sim um limite mínimo. (MAMEDE, 2004, p. 624).

Já o inciso II trata da variabilidade do capital social representada por quotas-partes. Este inciso é uma consequência lógica do inciso I já discutido acima, ou seja, a variabilidade do capital social pode existir, pois é permitido a qualquer tempo a adesão ou saída dos sócios.

A limitação do número de quotas-partes trazida no inciso III, impede que o capital social permaneça nas mãos de poucos sócios. O artigo 24 define critérios para a subdivisão do capital social em quotas-partes: cada associado poderá subscrever até 1/3 do total das quotas-partes; fica vedado distribuir benefícios, estabelecer privilégios ou vantagens às quotas-partes dos cooperados, excetuando-se a incidência de juros legais de 12% ao ano sobre a parte integralizada.

Quanto ao inciso IV, observa-se a idéia de que só é cabível a quota-parte da sociedade cooperativa a aqueles que preencherem os requisitos legais e estatutários da sociedade cooperativa. O mesmo pensamento compartilha Gladston Mamede (2004, p. 626), ao dizer: “a quota não é um bem jurídico que se possa transferir livremente; somente se pode transferi-la a quem preenche as condições objetivas para se tornar um cooperado...”.

Analisando o inciso V, conclui-se que a regra geral é que cada cooperado tem direito a um voto nas assembleias da sociedade cooperativa, independente da sua quota-parte na sociedade cooperativista. Este é uma importante característica que distingue as sociedades cooperativas das demais, porém, as cooperativas centrais, federações e confederações, com exceção das que exercem atividades de crédito, poderão optar pelo critério da proporcionalidade.

Relacionado com o inciso anterior, o inciso VI traz a mesma idéia de distinção entre quotas-partes e de associados ao relatar que para o quórum de funcionamento e deliberação da assembleia geral será computado o número de sócios cooperados e não do capital presente.

O inciso VII dispõe que as sobras líquidas do exercício poderão reverter ao associado, proporcionalmente às operações realizadas. Para Wilson Alves Polônio (1999, p. 35), este princípio visa atender: “aos interesses dos cooperados, pois trata do fruto do seu trabalho e esforços conjuntos. Não fosse assim, os cooperados estariam desestimulados a unir suas forças de trabalho e capital em forma de cooperativa”.

Fundamenta o inciso VIII que os fundos de reserva e de assistência técnica, educacional e social são indivisíveis. Isto ocorre porque estes fundos têm outras destinações especificadas pelo art. 28 da Lei 5.764/71, podendo ainda ser utilizados para compensação de prejuízos contábeis ou, no caso de liquidação da sociedade, revertendo-se em favor da Fazenda Nacional.

Quanto ao inciso IX, trata-se de uma norma geral, com previsão constitucional, presente no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, isto é, o artigo 5º, inciso VIII, da Constituição Federal, sendo assim, conclui-se que esta característica não é apenas só das sociedades cooperativas mas uma norma, *erga omnes*, que alcança a todos, porém, ela também reforça o princípio já discutido da livre adesão

No que diz respeito ao inciso X, que preceitua a assistência a cooperados e empregados, esta é uma característica própria das sociedades cooperativas, ou seja, ela visa preservar o grupo, a coletividade, o social.

Finalizando, o artigo 4º, inciso XI, dispõe que a admissão de novos cooperados terá que ser compatível com a área de reuniões, controle, operações e prestações de serviços. Deste modo, conclui-se que só serão aceitas novas adesões se existirem espaços suficientes para a participação dos cooperados em sua administração.

Expostas as características das sociedades cooperativas, observa-se que estas são bem peculiares, ou seja, dizem respeito a apenas este tipo de sociedade, então quando presentes as características citadas, com absoluta certeza se tratará de uma sociedade cooperativa.

2.4) *Affectio Societatis*

As sociedades cooperativas têm como característica marcante a *affectio societatis*, também conhecido como o princípio da adesão livre, consiste na vontade do trabalhador, profissional ou empresário, queira se cooperar, ou seja, que ele tenha vontade de participar da sociedade cooperativa é um ato de vontade.

Esse traço é fundamental para caracterizar uma cooperativa, ninguém pode ser obrigado a se associar, porque a voluntariedade é essência de toda associação, cooperativa ou não, é a *affectio societatis*, vontade de se associar que garante a idoneidade de qualquer corporação.

Este princípio foi incorporado pelo artigo 29 da Lei n.º 5764/71, nos seguintes termos:

Art. 29 – O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvando o disposto no art. 4º, item I, desta Lei.

§ 1.º - A admissão dos associados poderá ser restrita, a critério do órgão normativo respectivo, às pessoas que exercem determinada atividade ou profissão, ou estejam vinculadas a determinada entidade.

Importante observar que na primeira parte do *caput* do artigo, fica bem claro que o ingresso é livre para todos aqueles que tiverem interesse em participar da sociedade, está idéia é complementada a seguir desde que os sócios adiram aos propósitos sociais a qual se propõe a sociedade, ou seja desde que siga a finalidade desta.

A sociedade cooperativa é regida pelos seus propósitos sociais, ela é autônoma gerenciada pelos próprios sócios, ou seja, por si mesma, ela não é subordinada, os sócios das sociedades cooperativas não se sujeitam a ordem ou vontade de nenhum empregador

eles mesmos decidem tomam os rumos de seus negócios. Esta é a característica marcante das sociedades cooperativas, pois uma vez demonstrada autonomia esta não se confundirá com a relação de trabalho existente em um contrato de trabalho.

De certa forma este princípio é um empecilho para aqueles que pretendem disfarçar a relação trabalhista, numa simulação de terceirização por meio de sociedades cooperativas, pois se o contratante pretende ficar com os mesmos empregados, caracterizando assim a subordinação, este esbarrará no princípio da livre adesão ou da *affectio societati*.

2.5) Subordinação versus Autonomia na relação empregado e sócio

A fraude na sociedade cooperativa será determinada como visto no tópico anterior pela autonomia ou não dos associados, uma vez constatado que os associados não tem autonomia para trabalhar, isto é recebem ordens de como executar o serviço estes estarão subordinados aos seus empregadores, o que é uma característica do contrato de trabalho e portanto, estará caracterizada a existência da relação trabalhista.

A *affectio societati*, é importante para diferenciar o contrato de trabalho e o contrato de sociedade, pois para as sociedades, sempre existirá o interesse dos sócios para a realização de um mesmo fim, na colaboração que existe entre eles para atingir um mesmo objetivo conforme demonstrado nos parágrafos anteriores.

Sendo assim, a *affectio societati*, distingue os sujeitos do contrato de sociedade para os do contrato de trabalho, enquanto no contrato de trabalho os sujeitos são o empregado e o empregador, aonde existe uma relação de subordinação entre eles, no contrato de sociedade seu sujeito são os sócios que encontram-se em uma relação de igualdade, isto é eles são autônomos, não seguirão ordens do empregador para executar seu serviço.

Tudo dependerá da análise do caso real, se ao analisarmos ficar constatado a existência de subordinação este será um empregado, e seguirá as leis trabalhistas, porém se no caso real ficar demonstrado que existe autonomia se tratará de um sócio da cooperativa se tratará de um contrato civil.

3) FRAUDE

A CLT, com o objetivo de garantir os direitos do trabalhador, e de evitar fraudes, dispõe em seu artigo: “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação”.

Constatado em um contrato diverso do trabalhista, a subordinação e a relação de trabalho, o atual contrato será anulado e convertido para o contrato de emprego, reconhecendo-se as garantias empregatícias e respeitando desta forma os princípios da primazia da realidade e da irrenunciabilidade de direito.

Desta maneira, percebe-se que a expressão serão nulos não é a mais adequada, pois os atos não serão considerados inexistentes, mas sim aproveitados e convertidos em relação de emprego.

Conclui-se que a fraude ao contrato de trabalho está intimamente relacionado com a intermediação da mão de obra demonstrada no item anterior, ou seja, se feito um contrato entre uma cooperativa e o contratante, e neste verificar-se existir os elementos fático-jurídicos já demonstrados trabalho prestado por pessoa física, não eventualidade, onerosidade, pessoalidade e subordinação, o contrato civil será convertido em contrato de trabalho, e reconhecidos todos os direitos trabalhistas.

3.1) Intermediação da Mão de Obra.

A grande e crescente proliferação de cooperativas de trabalho prestadoras de serviços vem desencadeando uma série de críticas calcadas no fato de que tais cooperativas se constituem para descaracterizar o vínculo empregatício e se desvencilhar de uma série de impostos e obrigações sociais para com o trabalhador.

Porém tal entendimento, requer o embate com a exata compreensão do conceito, peculiaridades e finalidades das sociedades cooperativas de trabalho, além de uma análise dos aspectos doutrinários e jurídicos que envolvem a questão, em conjunto com a interpretação da legislação vigente.

Primeiramente cabe salientar que a finalidade das cooperativas de trabalho, é organizar o trabalho de seus associados provendo-lhe de suas necessidades, eliminando a figura do patrão e o conceito de lucro.

A Lei n.º 5764/71, que definiu a política nacional de cooperativismo, dispõe em seu artigo 90, sobre as relações entre o sistema trabalhista e as cooperativas: “ Art. 90 – Qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”.

Como se percebe não existe vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados pois não há subordinação, nem caracterização de um contrato de trabalho, há sim autonomia, controle democrático e a associação em torno de um objetivo em comum.

No mesmo sentido do artigo 90, discutido acima, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 442, teve inserido um parágrafo único pela Lei 8949/94 passando a vigorar com a seguinte redação:

Art. 442 – Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Parágrafo Único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.

Verifica-se assim, que o legislador tratou de reafirmar o já disposto no citado artigo 90 da Lei 5764/71 e acrescentou também não existir vínculo empregatício entre os associados e o tomador de serviços desta cooperativa, é evidente que este artigo faz parte do processo de flexibilização das relações de trabalho e da terceirização das atividades empresariais. Porém este processo não deve, e nem pode, servir como mecanismo de intermediação de mão de obra.

Se analisados isoladamente os artigos citados, não existirá vínculo empregatício nos contratos firmados com as cooperativas, desta forma a análise do parágrafo único do art. 442, da CLT, não pode ser isolado, mas em conjunto com o ordenamento jurídico vigente, principalmente com os artigos 2º, 3º e 9º da CLT.

O artigo 2º da CLT, traz como definição legal de empregador:

Art. 2 – Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.

§ 1.º - Equiparam-se ao empregador, para os direitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas, ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregado.

Nota-se neste artigo a presença de alguns dos elementos fático-jurídicos, dentre eles a subordinação, a onerosidade e a pessoalidade, todos elementos caracterizadores do contrato de trabalho.

Já o empregado é definido pelo artigo 3º CLT, conforme: “Considera-se empregado toda pessoa física, que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Este artigo completa os elementos fático-jurídicos restantes que configuram a relação empregatícia, ou seja, pessoa física, a não eventualidade e os demais fatores já citados acima.

A interpretação dos artigos citados é essencial para que seja afastada a intermediação de mão de obra, em caso de existir realmente um contrato trabalhista com todos os elementos fático-jurídicos, mesmo sendo uma das partes uma cooperativa, se analisado que não são os contratantes que determinam a existência ou não de um contrato de trabalho, mas sim a forma pela qual os serviços são desenvolvidos.

Da mesma idéia compartilha Marcelo Mauad (1999, p. 109/110), ao escrever sobre tema:

...caso não sejam observados os pressupostos de autonomia ou eventualidade que distanciam a prestação laboral dos cooperados da relação empregatícia (isto é se presentes a subordinação, a pessoalidade e a ineventualidade), ou, ainda, se os serviços prestados não forem especializados, ligados a atividade meio da empresa tomadora (Enunciado/TST n. 331, item III), configura-se á fraude contra a legislação do trabalho, resultando na aplicação do artigo 9.º da CLT. Neste caso, identificar-se-á o vínculo de emprego entre a tomadora e o trabalhador, ou até mesmo (dependendo da situação) entre a cooperativa e o prestador.

Então se na realidade prática ocorrer uma relação de emprego com todos os elementos fático-jurídicos, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação, a forma cede lugar a situação real, reconhecendo-se o vínculo empregatício. É o que é chamado no Direito do Trabalho, de princípio da primazia da realidade, no qual não importam as cláusulas de um contrato, mas sim o que realmente ocorre na relação.

Nesta situação estariam descaracterizados os requisitos do trabalho genuinamente cooperativo e verificada a ocorrência da intermediação da mão de obra, que admite, dirige, paga e demite associados travestidos de associados trazendo prejuízos latentes aos trabalhadores e para a verdadeira compreensão do sistema cooperativista.

3.2) Elementos Caracterizadores

Importante destacar mais uma vez, que pactuado um contrato de natureza civil entre uma cooperativa e outro contratante, o que caracterizará este contrato, e sua natureza jurídica será a existência da subordinação, ou da autonomia, existente entre a relação às partes.

O contrato de natureza civil das cooperativas, tem como característica marcante, a *affectio societatis*, ou seja a autonomia de vontade dos associados em aderir a cooperativa e a seus ideais, nota-se também, que todos são iguais entre si não existindo vínculo empregatício, conforme expõe o artigo 4º da Lei 5.764/71, que define a política nacional do cooperativismo:

Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
I – adesão voluntária...

Uma vez constatado que na relação firmada entre a cooperativa e a contratante existir a *affectio societatis*, esta relação estará conforme a Lei e seus artigos 3º, 4º, 29 e 90, da Lei 5764/71 que define a política nacional das cooperativas e do artigo 442 parágrafo único da CLT, e tratar-se-á de relação cooperativista.

Porém, partindo da relação inicial do primeiro parágrafo deste tópico, se verificado nesta a existência de qualquer dos requisitos dos artigos 2º e 3º, principalmente a subordinação, característica esta já demonstrada que caracteriza a relação de emprego o vínculo empregado versus empregador, este será um contrato de trabalho, afastando-se o contrato cooperativista com fundamento no artigo 9º da CLT, combinado com o princípio da primazia da realidade reconhecendo-se assim a relação trabalhista e seus direitos decorrentes desta relação.

Da mesma idéia compartilha a jurisprudência pátria, na análise dos casos concretos, em que se verificam os elementos fático-jurídicos, dos Artigos 2º e 3º da CLT, a melhor jurisprudência vem reconhecendo o vínculo empregatício, conforme se verifica nas transcrições abaixo:

VÍNCULO EMPREGATÍCIO – COOPERATIVA RURAL V.S. ASSOCIADO
COOPERADO – DISSOCIAÇÃO – FRAUDE – RECONHECIMENTO

A relação de emprego, como é cediço, depende da efetiva comprovação dos elementos preconizados pelos artigos 2º e 3º da CLT e, no caso específico do trabalhador rural, deve-se atentar para o quanto disposto nos artigos 2º e 3º da Lei n.º 5.889/73 e de modo especial, para o contido em seu artigo 4º. De outra parte, a finalidade da cooperativa vem definida no art. 4º da Lei n.º 5.764/71. Visa primordialmente o bem comum dos sócios cooperados. Nesse passo, a cooperativa que deixar, por qualquer razão, de cumprir essa finalidade, para simplesmente arregimentar *pseudos* sócios para prestação de serviços a terceiros, numa nítida locação de mão-de-obra, como se mercadorias ou bens de serviços fossem, divorcia-se flagrantemente da sua própria razão de existir. Haveria aí uma verdadeira intermediação ilícita de mão-de-obra, afrontando o art. 90 da Lei n.º 5.764/71, como também o parágrafo único do artigo 442, o artigo 9º e o art. 444 da CLT. (TRT 15ª R – RO 1.743/98-9 – Av. 5ª T. 010322/99 – Rel. Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva – 23.3.99).

COOPERATIVA DE MÃO-DE-OBRA RURAL. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. AFRONTA AO ART. 4º DA LEI 5.674/71

Ainda que a distinção, deveras criticada por expressivo número de doutrinadores, adotada pela jurisprudência trabalhista para efeito de declarar lícita ou ilícita a terceirização, tendo por base a atividade-fim e a atividade-meio ou acessória da empresa tomadora dos serviços, é inquestionável a ilicitude da terceirização quando implica na locação permanente de mão-de-obra, via cooperativa, obviamente mais barata, inclusive com a redução de salário e desvirtuamento a relação de emprego. Se os cooperados limitam-se à mera execução, sem qualquer poder de direção dos serviços, à evidência a afronta ao art. 4º da Lei 5.674/71, segundo o qual, a cooperativa é uma sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídicas próprias, de natureza civil, não sujeita a falência, constituída para, através da união de esforços de seus associados, propiciar benefícios aos cooperados, mediante a distribuição de lucros na proporção do trabalho prestado pelos associados, por força do espírito de mútua ajuda, sendo particularmente específica das sociedades cooperativas: cada cooperado exerce, ao mesmo tempo, as funções de empregado e de patrão, uma vez que cada um realiza simultaneamente a direção e a execução do serviço (TRT 15ª R – SE 31084/99 – Ac. 32116/01 – Rel. Juiz Samuel Corrêa Leite – DOE 23.07.01 – p.68.)

Nota-se que no primeiro caso a ementa destaca que se observados os elementos dos artigos 2º e 3º da CLT, que são os elementos do contrato de trabalho, na sociedade cooperativa, está desconfigurara a finalidade da cooperativa, prevista no artigo 4º da Lei das Cooperativas. Já a segunda ementa não cita o artigos 2º e 3º da CLT que configuram o contrato, mas debate expressamente os elementos que o compõem, quanto à eventualidade e a subordinação recai do mesmo modo nas características do contrato de trabalho previstas nos já citados artigos da CLT.

Conclui-se então que se na relação existente entre cooperativa e seus sócios existirem algum dos requisitos do contrato de trabalho, trazidos pelos artigos 2º e 3º da CLT, esta relação será afastada, com fundamento no artigo 9º da própria CLT, anula os atos que visam fraudar os direitos trabalhistas protegidos por este instituto.

3.3) Princípio da Primazia da realidade.

Impõe o artigo 9º da CLT, que os atos que visam desvirtuar, impedir ou fraudar, os bens tutelados pela CLT, serão nulos, conforme o texto descrito: “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.”

Desta forma todo ato que vise mascarar ou encobrir uma relação de trabalho, ferindo os direitos trabalhistas, ou prejudicando nesta relação o trabalhador, principalmente quando este tenta mascarar a relação de trabalho visando fraudar os créditos ou direitos trabalhistas. Quando levada para a análise do judiciário, este caso de fraude a relação de trabalho, esta será considerada nula, por fundamento expresso da Lei no art. 9º da CLT.

Da mesma idéia do legislador compartilha Arnaldo Süssekind *apud* Rodriguez (2002, p. 349), ao observar que: “A regra que prevalece no Direito do Trabalho é a da nulidade absoluta do ato anormal praticado com o intuito de evitar a aplicação das normas jurídicas de proteção ao trabalho.”

No entanto para ter eficácia, ou seja, tal norma ela precisa ser analisada em conjunto com o princípio da primazia da realidade.

Tal princípio, tem o objetivo de fazer valer não só o acordo entre as partes no papel, ou melhor dizendo no contrato, mas sim a verdadeira relação existente entre as partes de fato, na relação entre elas, ou seja, o que acontece de verdade como sua própria denominação assevera. Desta forma o que foi acordado entre as partes no contrato não sobrepõe a verdadeira relação existente no dia a dia.

Fortalecendo a idéia deste, Evaristo de Moraes Filho *apud* Rodriguez (2002, p. 356), primeiro expõe sua idéia, e logo em seguida traz jurisprudências para demonstrar que este é o melhor entendimento a se seguir conforme exposto abaixo:

Pouco importa o *nomen juris* que lhe seja atribuído em suas relações de emprego. O contrato de trabalho, segundo a conhecida denominação de *Iñarritu*, ministro da Suprema Corte Mexicana, é um *contrato realidade*, preso a realidade cotidiana e concreta. Daí o conceito do art. 442 da CLT, quando dispõe que “contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

...

Dois exemplos jurisprudenciais confirmatórios da doutrina e da lei: o contrato de trabalho é um ‘contrato-realidade’. Significa isso que os efeitos jurídicos são extraídos da forma em que a prestação de serviço se realiza. ‘Não importa a sua descaracterização a circunstância de constar da carteira profissional ou de documento escrito anotações diversas da realidade fática, pois é esta que prevalece como relação de emprego’ (Ac. TRT, 3ª Região, Rel. Juiz Ribeiro de

Vilhena). 'O fato de a empresa consignar na ficha de registro de seus empregados a designação genérica de operários não impede que adquiram eles, ao longo da prestação de serviços, ocupação habitual, configuradora até de ofício, inalterável, daí por diante, pela só vontade do empregador (Ac. TRT, 2ª Região, Rel. Antonio José Fava).

Américo Plá Rodriguez (2002, p. 384), também reforça este pensamento expondo uma jurisprudência, onde o órgão máximo da Jurisdição Trabalhista, ou seja o TST, aquele que tem a competência para expor a última palavra, também compartilha do princípio da primazia da realidade:

Em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos e acordos, deve dar-se preferência ao primeiro, isto é, ao que acontece no terreno dos fatos (Plá Rodriguez). É a primazia da situação de fato sob a ficção jurídica que se manifesta em todas as fases da relação de trabalho (Deveali). Revista de empresa não conhecida (TST. Relator Coqueijo Costa).

Desta forma pode-se observar que no direito do trabalho a existência de uma relação de trabalho depende muitas vezes não do que as partes tiverem pactuado, mas sim da situação real em que o trabalhador se ache colocado. Assim é errôneo julgar a natureza de uma relação pelo acordo em que as partes pactuaram, uma vez que tal acordo estabelecido no contrato não corresponde à realidade.

Desta forma, analisando o artigo 9º, em conjunto com este princípio, se foi pactuado entre as partes um contrato civil, mas que na prática esteja sendo praticado um contrato de trabalho constando na relação entre as partes os requisitos do artigos 2º e 3º da CLT, tal ato será nulo, por tentar desvirtuar a relação de trabalho existente, e por conseqüência ferir os direitos tutelados pela CLT. E paralelamente será reconhecida a relação de trabalho, pois no direito do trabalho vige o princípio da primazia da realidade onde, tem valor não o acordo pactuado pelas partes, mas sim, a situação real das partes observada pelos fatos.

4) AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A melhor forma de resolução de um conflito trabalhista, é por meio do diálogo, porém em situações como a apresentada de intermediação de mão de obra para fraudar os direitos de um grande número de trabalhadores, é necessário buscar formas modernas e eficientes para a resolução desta lide.

No Brasil a tradicional forma de resolução do conflito é essencialmente individualista, não atendendo mais às necessidades de efetivação das normas protetoras dos direitos fundamentais básicos dos trabalhadores, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, que criou e manteve importantes direitos sociais, como também armou um sistema processual moderno para a aplicação e efetivação desses direitos.

Dentre estes instrumentos trazidos pela Constituição Federal de 1988, encontra-se a ação civil pública, que representa uma das progressivas evoluções do sistema processual brasileiro nos últimos tempos. Porém trata-se de um instituto novo que ainda apresenta muitas dúvidas e dificuldades em sua aplicação, principalmente no direito do trabalho, no qual ainda é pouco utilizado.

Desta forma os principais pontos destacados neste capítulo serão, o conceito de ação civil pública, sua natureza jurídica, rol dos legitimados, utilização no tema, os valores protegidos e como utilizá-la na prática.

4.1) Conceito de ação civil pública

Da lei 7.347/85, atualizada pelas Leis 8.078/90, 8.884/94 e pela medida Provisória 1.984-19 de 29 de junho de 2000, pode-se extrair o conceito legal de ação civil pública como sendo o de ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Hely Lopes Meirelles (2000, p. 153/154), conceitua como:

o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e por infração da ordem econômica (art. 1º), protegendo, assim, os interesses difusos da sociedade.

Da mesma idéia compartilha, Dalazen (1994), *apud* Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 27), ao defini a ação civil pública como:

conceitua-se a ação civil pública, à luz da legislação brasileira, como o exercício do direito abstrato a um provimento jurisdicional, provocado pelo Ministério Público, entidade ou pessoa definida em lei, objetivando preservar o meio ambiente, o patrimônio cultural (artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico), os direitos do consumidor e outros interesses difusos e coletivos.

Já Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 28), descreve a ação civil pública como: “...Ação Civil Pública é aquela de titulariedade definida em lei, cujo objeto tem por fim a responsabilização por danos ou ameaça de danos causados a interesses Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos sociais relevantes”.

Como pode-se observar para o autor os interesses individuais homogêneos fazem parte da seara de aplicação da Ação Civil Pública o que ainda hoje é um tema muito controverso.

Importante salientar que a ação civil pública que tem como fundamentos legais a Constituição Federal, a Lei 7.345/85 e o Código de Defesa do Consumidor, é destinada a tutela de todos os interesses meta individuais da sociedade.

4.1.1) Ação civil pública trabalhista

Definida a ação civil pública no item anterior, definiremos esta no âmbito trabalhista, demonstrando suas particularidades e demonstrando se esta é uma nova espécie de ação civil pública.

Raimundo Simão de Melo (2000, p. 90), observa que a ação civil pública no seu primeiro texto legal, ainda era muito restrita com a Lei complementar n. 40/81, porém com os adventos da Lei 7.347/85 e da Constituição Federal, o seu alcance foi ampliado consideravelmente como instrumento de cidadania destinando-se a defesa de qualquer interesse metaindividual da sociedade.

No entanto, na Justiça do Trabalho, assevera o autor que sua aceitação não vem sendo pacífica e seu desenvolvimento tem sido lento, embora seja a área trabalhista uma das mais férteis para a defesa coletivizada dos direitos trabalhistas lesionados.

A Lei complementar n. 75/93, estabelece o cabimento da ação civil pública na esfera trabalhista, dizendo em seu artigo 83, III que o Ministério Público do Trabalho é o

responsável pela promoção da ação civil pública para a proteção dos direitos previstos constitucionalmente¹.

Fica claro no texto de lei, que o legislador reconhece o cabimento da ação civil pública na seara trabalhista, ao reconhecer que uma das funções do Ministério Público do Trabalho, é defender os interesses coletivos trabalhistas ajuizando estas ações no âmbito da Justiça Trabalhista.

Do mesmo ponto de vista compartilha Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 51), ao observar:

Sob o aspecto formal a possibilidade da utilização da Ação Civil Pública no Processo do Trabalho está assegurada na normatização do art. 85, III da Lei Complementar n. 75/93, que tratando da organicidade do Ministério Público do Trabalho, estabelece a prerrogativa-dever do órgão ministerial para 'promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos'.

Para Nelson Nery Junior (2000) apud Raimundo Simão de Melo (2000, p. 92), tem a opinião de que é cabível a ação civil pública na área trabalhista como demonstra a seguir:

A ação civil pública, expressão que diante do direito positivo vigente, é sinônima de ação coletiva, pode ser ajuizada na Justiça do Trabalho, com base no sistema constitucional e legal brasileiro. O sistema da CLT mostra-se, hoje, insuficiente para atender à demanda dos direitos transindividuais de natureza trabalhista, razão pela qual cada vez mais estão sendo ajuizadas ações coletivas, de variada ordem na Justiça do Trabalho.

Giglio (1997), apud Amarildo Carlos de Lima (2002, p.17/18), expõe a relevância desta ação ao dizer:

Na verdade a ação civil pública deverá, dentro de algum tempo, sedimentada as dúvidas ainda existentes e estruturado o procedimento, constituir o melhor e mais eficaz instrumento para a solução das macrolesões. Aplicada com criatividade, em conjunto com outros meios processuais de coletivização das ações (substituição processual, criação do Fundo das Execuções etc.), poderá vir a ser um poderoso meio para a solução da crise na Justiça do Trabalho. Questões como a utilização indevida e abusiva do trabalho de menores, das horas extras, de insalubridade do ambiente de trabalho, de falta de recolhimento de FGTS, de contratação sem concurso público, de terceirização de serviços, de descumprimento reiterado e preordenado das obrigações trabalhistas etc.,

¹ Artigo 83 – Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - ...

II - ...

III – promover a ação civil pública no âmbito da Justiça Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

poderão ser resolvidas por meio de ações civis públicas bem fundamentadas e documentadas.

O autor, ressalta a importância da ação civil pública como instrumento eficaz da solução dos grandes problemas atuais do direito do trabalho, e que solucionada suas dúvidas contra o procedimento sua contribuição será de grande relevância ao sistema jurídico atual.

Outra posição tem Aroldo Plínio Gonçalves (1994) apud Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 54), segundo o qual para ele é possível a aplicação da Lei n.º 7.347/85, na Justiça do Trabalho, porém sua aplicação não é total na Justiça do Trabalho, devido as suas peculiaridades, entendo que nesta justiça, esta ação visa proteger interesses vinculados aos direitos dos trabalhadores reconhecidos no plano constitucional, ou seja, apenas direitos coletivos constitucionalmente protegidos, conforme se constata a seguir:

Quaisquer outras espécies de interesses que não sejam os coletivos conectados aos direitos constitucionais dos trabalhadores estão fora da órbita da Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho. Estão, portanto, excluídos os interesses individuais, assim como os coletivos de outros grupos sociais que não sejam de trabalhadores, e os interesses difusos de quaisquer grupos ou comunidades sociais.

É certo que a Lei 7.347/85 não disciplinou de forma específica a utilização da ação civil pública na defesa dos interesses difusos e coletivos afetos a relação do trabalho.

Porém, a ausência de uma norma específica que autorize a utilização da ação civil pública no âmbito laboral e por conseqüência a proteção dos interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individual homogêneos decorrente da relações de trabalho, exclui a apreciação judicial destes direitos na seara trabalhista?

Em resposta a está pergunta Marcelo Ribeiro Silva (2001, p. 23), leciona:

Nem por isto, no entanto, estão os interesses coletivos, em sentido lato, neste compreendidos os interesses difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos decorrentes das relações laborais, fora do âmbito da proteção da ação civil pública, até mesmo porque, é exatamente na seara trabalhista que se concentram os conflitos de interesses coletivos mais latentes da chamada sociedade de massa.

Desta forma para o autor, a ação civil pública trabalhista não representa uma nova espécie de ação civil pública, senão o instrumento processual destinado à tutela dos interesses metaindividuais referentes as relações trabalhistas perante os órgãos da Justiça do Trabalho, com amparo exatamente na lei de ação civil pública padrão (Lei 7.347/85), mas especificamente, em seu art. 1º, IV, acrescentado pela Lei 8078/90, que estendeu a

ação civil pública para *qualquer outro interesse difuso e coletivo*, aplicável de forma subsidiária ao Processo do Trabalho, com fulcro no art. 769 da CLT.

Prevê o artigo 769 da CLT: “ Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste título.”.

Valentim Carrion (2001, p. 559), em comentando tal artigo explica a sua aplicabilidade:

Ao processo laboral se aplicam as normas instituídas e estudadas da doutrina do processo geral (que é o processo civil), desde já: a) não esteja aqui regulado de outro modo (“casos omissos, subsidiariamente”); b) não ofenda os princípios do processo laboral (incompatível); c) se adapte aos mesmos princípios e às peculiaridades deste procedimento; d) não haja impossibilidade material de aplicação (institutos estranhos à relação deduzida no juízo trabalhista); a aplicação de institutos não previstos não deve ser motivo maior eternização das demandas e tem de adaptá-las às peculiaridades próprias. Perante novos dispositivos do processo comum, o intérprete necessita fazer uma primeira indagação: se, não havendo incompatibilidade, permitir-se-ão a celeridade e a simplificação, que sempre foram almejadas.

Compartilhando da mesma opinião o ministro do TST, João Oreste Dalazen (1994) apud Marcelo Ribeiro Silva (2001, p. 24), explica que:

... que não há propriamente uma ação civil pública ‘trabalhista’, no sentido de um instituto com identidade própria e diversa da ação civil pública em geral. O que se denomina ação civil pública ‘trabalhista’, não é senão uma forma especial, exibindo algumas peculiaridades, de propor a ação civil pública em geral na esfera da Justiça do Trabalho. Substancialmente o instituto não se revela diferente.

Para ambos a ação civil pública “trabalhista”, não é uma nova espécie de ação civil pública, isto é, ela é apenas uma ação civil pública com algumas peculiaridades próprias para que está possa ser utilizada na seara trabalhista.

Diante o exposto pode-se concluir a ação civil pública “trabalhista” como a ação de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados aos interesses metaindividuais afetos às relações de trabalho, entendendo-se como metaindividuais, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

4.2) Natureza Jurídica

Analisando o conceito da ação civil pública elencado no artigo 1º, da Lei 7347/85, e do seu objeto no artigo 3º, chega-se a definição de sua natureza jurídica².

Desta forma Carlos Henrique Bezerra Leite (1996), *apud* Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 31), afirma que:

não há dúvida de que, abstraindo-se o conceito genérico de que toda ação possui conteúdo declaratório, trata-se, em princípio, de uma ação de natureza condenatória'. E prossegue 'Excepcionalmente, porém quando a ação civil pública visa apenas à anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo praticado por autoridade pública contra direitos e interesses protegidos por este tipo especial de ação, como prevê, v.g., o art. 25,IV,b, da Lei n. 8.625/93, assumiria, segundo a clássica posição de Pontes de Miranda, o caráter de ação mandamental.

Da mesma idéia compartilha Wilson de Souza Campos Batalha (1991), *apud* Lima (2002, p. 31), ao observar:

ao passo que a ação popular tem natureza declaratória (reconhecimento de nulidade) ou constitutiva (decretação de anulabilidade ou ineficácia), a ação civil pública tem precipuamente natureza condenatória (condenação a pagamento em dinheiro ou a cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

Desta forma, observa-se que ação civil pública tem natureza condenatória, isto é, visa a condenação de pagamento em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer conforme pode se observar no já citado artigo acima.

Já quanto às leis, estas são classificadas quantos a sua natureza jurídica em leis substanciais ou materiais e instrumentais e formais, de acordo com as suas disposições.

São leis materiais ou substanciais, aquelas que definem e regulam as relações e criam direitos, tutelam interesses e compõem o seu conflito; já as leis instrumentais ou

² Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações por responsabilidade por danos materiais e patrimoniais causados:

I- ao meio ambiente;

II- ao consumidor;

III- aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV- a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V- por infração da ordem econômica e da economia popular

VI- a ordem urbanística

Art. 3º A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

formais, como o próprio nome já diz, servem de instrumento para o exercício da função jurisdicional, ou seja, são aquelas leis que regulam a atuação da lei material no processo.

Porém esta divisão clássica demonstrada, atualmente não pode mais ser considerada de forma absoluta, pois nos dias atuais existe uma relativização desses dois pólos, observando-se que nem sempre uma lei é absolutamente material ou processual, isto é, ela pode ser predominantemente material, mas terá algumas normas de cunho processual.

Analisando a já citada Lei, Rodolfo de Camargo Mancuso (1997), *apud* Silva (2001, p. 25), afirma que: “... a lei em questão é de índole *predominantemente processual*, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo da tutela ao interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos”.

Desta forma constata-se que esta Lei é tipicamente instrumental, porém existe em seus dispositivos algumas normas de caráter material, como por exemplo os artigos 10 e 13, que, respectivamente, tipificou como crime, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público e criou um fundo para a destinação dos valores relativos às condenações em dinheiro provenientes de ações civis públicas.

4.3) Legitimidade para agir

A legitimidade para agir ou *legitimatío ad causam*, como condição da ação (CPC, art. 267, V) no direito processual nacional, fundamenta-se no art. 6º do CPC³, ao observar que ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei. Desta forma, em partida, é detentor do direito de ação apenas a pessoa detentora do direito substancial violado, ou seja, o detentor do direito principal, básico, prejudicado, como do mesmo modo também só pode ser demandado aquele que seja titular da obrigação correspondente, como legitimado passivo.

Essa via limitada de entendimento, hoje, não mais atende aos anseios do processo moderno, principalmente por existirem direitos que não se restringem somente ao direito individual, que é o caso dos direitos coletivos.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 ampliou os estreitos limites do art. 6º do CPC, que não vinha atendendo os anseios da sociedade, pois através de seu

³ Art. 6º Ninguém poderá pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

individualismo estava restringindo o acesso ao judiciário no que dizia respeito aos interesses difusos e coletivos. Esta evolução se deu com o artigo 5º, I e II, da Lei n. 7.347/85, acolhida pela Constituição de 1988, e aprimorado pelo artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor⁴.

Sendo assim, a legitimidade ativa diz respeito à possibilidade de alguém poder figurar no pólo ativo de uma ação, pedindo um provimento jurisdicional do Estado como proteção ou prevenção de um direito próprio ou de terceiro, conforme se trate de uma legitimação ordinária ou extraordinária, respectivamente, ou autônoma, no caso da tutela de interesses e direitos metaindividuais.

O rol dos legitimados para promover a ação civil pública encontra-se na Lei Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor, e são: o Ministério Público; União, Estados, Municípios e Distrito Federal; autarquias, empresas públicas, fundações (públicas e privadas) e sociedades de economia mista, associações civis constituídas há pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa do direito questionado. O Código de Defesa do Consumidor acrescenta as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica.

Indaga-se se todos os legitimados para promover a ação civil pública pela Lei n.º 7.347/85 e pelo Código de Defesa do Consumidor estariam legitimados para promover a ação civil pública no âmbito laboral. Existem algumas controvérsias.

O ilustre Juiz do TRT de São Paulo Francisco Antonio de Oliveira (1998), *apud* Silva (2001, p. 118), entende negativamente ao observar que: “entendo que a legitimidade para a propositura da chamada ação civil pública ‘trabalhista’ é restrita ao Ministério Público do Trabalho e aos Sindicatos”.

Já o Ministro do TST, João Oreste Dalazen (1994), *apud* Silva (2001, p. 119), restringe ainda mais o rol dos legitimados exposto acima, entendendo que para ele é legitimado apenas o Ministério Público do Trabalho, fundamentado no artigo 83, III, *caput* e inciso:

⁴ Art. 82 Para os fins do art. 81, parágrafo único são legitimados concorrentemente:

I- O Ministério Público;

II- a União, os Estados, os Municípios, e o Distrito Federal;

III- as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;

IV- as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensanda a autorização assemblear.

curial que a legitimação ativa para a ação civil pública ‘trabalhista’ é privativa do Ministério Público do Trabalho. Inegável que nem a Lei 7.347/85 (art. 5º), tampouco a CF/88 (art. 129, § 1º) limitaram ao Ministério Público a iniciativa da ação civil pública em geral. Pelo contrário: admitidos à titularidade ativa também a União Federal, Estados, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista e associação, nos termos do artigo 5º, da Lei 7.347/85. Todavia consoante se extrai da Lei Complementar 75/93 (art. 83, III, *caput* e inc. III), restringiu-se ao Ministério Público do Trabalho a titularidade para a propositura da ação civil pública ‘trabalhista’, sendo esta precisamente uma de suas notas características.

Carlos Henrique Bezerra Leite (1998), *apud* Silva (2001, p. 119), já entende que o rol dos legitimados já não é tão restrito conforme os pareceres comentados, conforme se observa:

para o processo do trabalho interessa de perto a legitimação ativa conferida ao Ministério Público do Trabalho e ao sindicato, vez que este, iniludivelmente, constitui uma espécie de associação. Nada impede porém, que os demais entes – União, Estados, Municípios, Distrito Federal (acrescentamos) e respectivas autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista – possam na qualidade de empregadores, ajuizar ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho.

Da mesma opinião compartilha Rodolfo de Camargo Mancuso (1996), *apud* Silva (2001, p. 119/120), ao mais uma vez reforçar a idéia de que sem dúvida são legitimados o Ministério Público do Trabalho e os Sindicatos, quanto aos demais elencados tem que se ter um maior cuidado ao observar se no caso concreto é da seara trabalhista conforme suas palavras abaixo:

quando se trata de ação civil pública exercida numa justiça especializada, como a trabalhista, cuja a competência é estabelecida, constitucionalmente, ‘*ratione materiae*’ (CF. art. 114), não há negar que essa especificidade acaba por projetar reflexos no campo da legitimação ativa. O que, aliás, bem se compreende, por que esta condição da ação, em última análise, se revela como o aspecto do interesse processual (a ‘pertinência subjetiva da ação’)... de sorte que no âmbito trabalhista, à parte os legitimados que se poderiam dizer ‘institucionais’ (Sindicatos e Ministério Público do Trabalho), na medida que a sua atuação é imanente a esse campo, já os demais elencados no art. 5º e incisos da Lei 7.347/85, não que ser vistos com um certo temperamento, por certas razões intuitivas, tendo-se presente a seara específica de atuação da Justiça do Trabalho (CLT, art. 643), em contraste com as tarefas e encargos ordinariamente desempenhados pelos demais co-legitimados ativos na ação civil pública..

Desta forma conclui-se que o Ministério Público Trabalhista e os Sindicatos são legitimados indiscutíveis para propor a ação civil pública trabalhista por se tratarem de representantes designados especificamente para atuarem na seara trabalhista. Quanto aos demais legitimados excluindo-se o Ministério Público Trabalhista, para propor tal ação terão que demonstrar estar especificamente destinado à tutela dos interesses

transindividuais decorrentes das relações laborais e também demonstrar seu interesse em concreto de agir na tutela dos direitos pleiteados na ação civil pública trabalhista.

Passa-se a analisar de forma mais detalhada os dois legitimados que assumem uma maior relevância na ação civil pública trabalhista, ou seja, o Ministério Público do Trabalho e os Sindicatos.

4.3.1) Legitimação do Ministério Público Trabalhista

A legitimação para propor a ação civil pública do Ministério Público do Trabalho, decorre da Carta *Magna*, ao dispor em seu artigo 129, inciso III:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I- ...

II- ...

III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Importante ressaltar um aspecto, qual seja, o fato de que a Constituição Federal de 1988, referiu-se a o Ministério Público como um todo por se tratar de uma instituição una, porém o Ministério Público do Trabalho também figura como legitimado para propor ação civil pública na Justiça do Trabalho, como dispõe expressamente o artigo 83, III, da Lei Complementar 75/93:

Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I- ...

II- ...

III- promover ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

Sendo assim, o artigo 83, inciso III, da Lei Complementar 75/93, complementa a norma constitucional, isto é, acaba com as dúvidas da aplicação da ação civil pública, na seara trabalhista.

A Lei Complementar, traz em seu texto que somente serão defendidos pela ação civil pública, os interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. A dúvida que surge deste dispositivo é quanto à condição do Ministério Público do Trabalho como defensor de Direitos Individuais Homogêneos ou Difusos, já que a referida Lei nada dispôs sobre tal situação.

Analisando o artigo 84 da referida Lei, ele complementa a omissão do artigo 83, inciso III, ao dispor: “incube ao Ministério Público do Trabalho, no âmbito de suas atribuições, exercer as funções institucionais previstas nos capítulos I, II, III e IV do Título I”. No Capítulo II do Título I da Lei Complementar n.º 75/93, encontra-se o artigo 6º, inciso VII, alíneas “a” e “d”, que observam que compete ao Ministério Público da União - do qual faz parte o Ministério Público do Trabalho – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos constitucionais e outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Analisando os Artigos 129, III da Constituição Federal, e o 83, III da Lei Complementar, percebe-se que o artigo constitucional é mais amplo ao abranger os direitos difusos. Porém se a instituição do Ministério Público é una e indivisível, por que tratar de modo diferente o Ministério Público do Trabalho que faz parte da mesma instituição, desta forma a expressão “interesses coletivos” existente na lei complementar tem que ser interpretada extensivamente referindo-se aos interesses coletivos *lato sensu*, sob pena de inconstitucionalidade. Nesse sentido observa Carlos Henrique Bezerra Leite (1998), apud Silva (2001, p. 57), ao dispor:

Não resiste à própria interpretação gramatical do art. 129, III, da CF, que confere ao MP, sem distinção entre os seus ramos, a legitimação para a defesa de “outros interesses difusos e coletivos”. Além disso, a LOMPU, interpretada tanto literal quanto sistematicamente prevê a legitimidade ativa do MPT para a ACP que tenha por objeto a defesa não apenas dos interesses difusos e coletivos, mas também, dos interesses individuais (indisponíveis) homogêneos. A expressão “interesses coletivos”, prevista no art. 83, III, da LOMPU, comporta, assim, interpretação extensiva ou ampliativa, sob pena de incorrer sob manifesta inconstitucionalidade, caso excluísse os interesses difusos. Desse modo, os interesses defensáveis pelo MPT são os interesses coletivos *lato sensu*, ou metaindividuais.

Quanto aos interesses individuais homogêneos, a atuação do Ministério público tem sido admitida quando qualificada pelo interesse social, do mesmo entendimento compartilha a jurisprudência nacional:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS – LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – O Ministério Público do Trabalho é legitimado para propor ação civil pública na forma da Lei Complementar 75/93, artigos 6º e 83, visando não só a defesa de interesses coletivos mas também individuais indisponíveis, homogêneos, sociais e difusos. Recurso provido para determinar o retorno do feito à origem para pronunciamento sobre o mérito (TRT 4ª R – RO 00417.221/00-2 1ª T. – Rel. Juiz Conv. Raul Zoratto Sanvicente - J. 05.12.2002).

Portanto, o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para agir dentro de suas funções institucionais, com fundamento na norma constitucional do artigo 129, III, ou pelos artigos 83, III, 84 e 6º, VIII, alíneas “a” e “d”, da Lei Complementar 75/93, na defesa dos interesses difusos, coletivos e também individuais homogêneos, quando assim o determine o interesse social.

4.3.2) Legitimação dos Sindicatos

Tanto o artigo 5º da LACP⁵, como o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, não constam expressamente, a legitimidade dos sindicatos para propor a ação civil pública trabalhista. Porém a sua legitimação tem sido aceita por grande parte da doutrina e da jurisprudência, fazendo uma interpretação extensiva de que os sindicatos constituem uma espécie de associação, sendo inegável a legitimação deste para a propositura das ações coletivas, desde que constituído legalmente há pelo menos um ano e inclua entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos objetivados na respectiva ação. Atuando de forma associativa em defesa da categoria e seus integrantes, não há que se negar, que os sindicatos são uma espécie do gênero associação.

Já a Constituição Federal em seu artigo 8º, III, incube aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observando o seguinte:

I- ...

II- ...

III- ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais e administrativas.

Por outro lado, a Lei n.º 7347/85, em seu artigo 5º, e a Lei n.º 8078/90, em seu artigo 82, IV, reconhecem aos sindicatos, como sendo associações civis, a legitimidade para propor a ação civil pública na defesa dos interesses coletivos da categoria. Entende-se que a legitimidade para propor a ação civil vem de modo concorrente e disjuntivo, ao Ministério Público do Trabalho e aos Sindicatos, já que o ordenamento processual assegura

⁵ Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que:

I- Esteja pelo menos constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil.

II- inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

a legitimidade de ambos (art. 129, III e § 1º da Constituição Federal, e art. 5º, I e II da Lei n.º 7347/85).

Alguns autores entendem diferente que os Sindicatos não possuem legitimidade para propor a ação civil pública, mas a melhor doutrina e jurisprudência entende o contrário, tanto é verdade que o Tribunal Superior do Trabalho, órgão máximo da Justiça do Trabalho, em um acórdão recente proferiu entendimento neste sentido de legitimidade aos Sindicatos:

Ação civil pública. Legitimidade. A defesa dos interesses coletivos em juízo, através da ação civil pública, pode ser feita tanto pelo Ministério público do Trabalho como pelos sindicatos, de vez que o ordenamento processual assegura a legitimidade concorrente de ambos (CF, artigo 129, III e parágrafo 1º, Lei n. 7347/87, artigo 5º, I e II)” (TST – RR n. 316001/96.4; 4ª T. - Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho – J. 22.02.2000).

Do mesmo entendimento compartilham Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery *apud* Melo (2002, p. 120), ao observar que: “na defesa dos direitos difusos e coletivos têm os sindicatos legitimação autônoma para a condução do processo, já que possuem natureza jurídica de associação civil”.

Outra discussão quanto à legitimação dos Sindicatos é quanto ao prazo de pré-constituição de um ano que se exige das associações, e se este prazo também deve ser estendido aos Sindicatos.

Analisando a finalidade deste prazo de pré-constituição, Oliveira (1997), *apud* Lima (2002, p.70), observa que este requisito visa dar representatividade a entidade evitando que tal ação seja manejada por entidade criada por fins distintos ao qual o legislador destinou a ação civil pública: “não se pode dar legitimidade para a defesa dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, correndo o risco de não estar se confiando na pessoa certa”.

Porém, de maneira diversa entende Raimundo Simão de Melo (2002, p. 125), ao observar um cuidado excessivo perante à atuação dos sindicatos este período de um ano para que estes possam propor a ação civil pública, já que o artigo 8º, III, da Constituição Federal, institui aos Sindicatos a função de garantir a proteção dos interesses coletivos da categoria:

... entendemos dispensável esse requisito para os sindicatos, uma vez que estes, diferentemente das demais associações civis, têm precipuamente inerente à sua finalidade a defesa dos interesses e direitos coletivos e individuais da categoria, judicial e extrajudicialmente, como assegura a Constituição Federal (art. 8º, inciso III).

Uma terceira posição adota Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 70), observando que dependendo da análise do caso concreto, o juiz poderá dispensar o requisito se entender existir um relevante interesse social na proteção do bem jurídico:

De toda forma dentro da discricionariedade possível ao juiz diretor do processo, poderá o requisito ser dispensado se evidenciado o interesse social pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância social do bem jurídico a ser protegido (Lei n. 7.347/85, artigo 5º, § 4º e Lei n. 8.078/90, art. 82, § 1º).

Importante finalizar, expondo que ao lado do Ministério Público do Trabalho, os Sindicatos são legitimados concorrentes na defesa dos interesses transindividuais. Raimundo Simão Melo (2002) fazendo uma análise mais profunda da sociedade brasileira, ressalta que não reconhece nos dias atuais a defesa dos direitos e interesses coletivos por meio da ação civil pública. No sistema brasileiro em que são corriqueiros as lesões e ameaças aos direitos mínimos dos trabalhadores, é desconhecer, ou negar, a própria razão de ser dos Sindicatos, e negar o seu papel como seguimento organizado da sociedade num Regime Democrático de Direito.

4.4) Valores protegidos

O artigo 1º da Lei n. 7.347/85, que estabelece a ação civil pública, e suas normas, complementado, e ampliado pelo art. 129, inciso III da *Magna Carta* e posteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor, em suma expõe que cabe esta ação estudada, para tutelar o patrimônio público e social, o meio ambiente e quaisquer outros interesses difusos e coletivos e individuais homogêneos, sendo um instrumento moderno e eficaz de atuação jurisdicional na proteção dos interesses e direitos metaindividuais.

Desta maneira visando proteger os interesses acima expostos o artigo 3º da Lei da ação civil pública, expõe que ela terá como finalidade a condenação em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, complementando o objeto da ação civil pública, o artigo 11 da própria lei, expõe que nas ações onde o seu objeto for o cumprimento de obrigação de fazer, ou não fazer, o juiz determinará, o cumprimento da prestação da atividade devida ou a interrupção da atividade nociva, sob pena no caso de descumprimento da ordem judicial, de execução específica ou de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Sendo assim, analisando os artigos expostos, chega-se a conclusão de que a ação civil pública pode ter como objeto, tutelar os bens expostos no artigo 1º da LACP, e do artigo 129, III da Constituição Federal, através de um comando condenatório, cautelar, declaratório, constitutivo (positivo ou negativo), mandamental, de liquidação e de execução ou qualquer outra espécie, desde que necessário para a tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em situações excepcionais o artigo 12 da já referida lei, permite através de liminar, quando não presentes os requisitos mínimos de segurança do trabalho colocando em risco iminente a saúde e a vida dos trabalhadores, a interdição de uma obra, local de trabalho e até mesmo de toda uma empresa.

4.4.1) Da condenação em dinheiro

O interesse da ação civil pública está no fato de prevenir que o fato lesivo ocorra, ou o seu prosseguimento, desta forma é preferível a imposição da obrigação de fazer ou não fazer, sobre a condenação em dinheiro.

A condenação em dinheiro é cabível quando se constatado que a ocorrência do dano material ou material, realizados pelo réu contra os interesses metaindividuais for irreversível, isto é, não for possível o seu retorno ao *status quo ante*.

Analisando o artigo 13, da LACP, verificamos que o dinheiro arrecadado deve ser revertido a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com a participação obrigatória do Ministério Público e os representantes da comunidade, e que este dinheiro deverá ser destinado a reconstituir os bens lesados.

Atualmente existe uma grande discussão de como adaptar este artigo para o direito do trabalho e a proteção dos direitos metaindividuais, para onde será revertido este dinheiro das condenações levando-se em conta que não de se falar em “reconstituição dos bens lesados e sim da “reconstituição dos próprios direitos dos trabalhadores”?

A doutrina tem entendido que em se tratando de ação civil pública na seara trabalhista, o artigo 13 da LACP, deve direcionar o dinheiro arrecadado para o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, criado pela Lei n.º 7998/90, que tem o objetivo de custear programas de seguro desemprego, pagamento de abono salarial e o de financiamento de programas de desenvolvimento econômico, de acordo com o artigo 10 da referida lei.

Compartilhando desta idéia encontra-se Ives Gandra Martins Filho (1996, p.217/218), ao expor:

a utilização do FAT como destinatário da indenização imposta no caso de lesão a interesses difusos na órbita trabalhista decorre da inadequação do Fundo previsto no art. 13 da Lei 7347/85 para a reparação dos danos causados nas relações laborais. Como o objetivo do fundo é gerar recursos para a reconstituição dos bens lesados, deve ser usado com certa flexibilidade, podendo ser destinado à finalidade compatível com sua origem.

No caso da defesa do **interesses coletivos na área trabalhista**, deve-se buscar um **fundo compatível com o interesse lesado**. Neste sentido tanto a multa prevista no termo de compromisso firmado perante o Ministério Público, quanto aquela postulada em juízo através da ação civil pública, podem reverter a favor do **Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)**, instituído justamente para proteger os trabalhadores contra os males do desemprego.

Desta forma a melhor doutrina reconhece que o FAT, se adequa ao artigo 13 já citado, e que nas hipótese de lesão aos interesses difusos e coletivos esta reversão poderá ser feita. Importante frisar que se tratando de interesses individuais homogêneos serão as condenações pecuniárias destinadas a seus titulares, devido a sua natureza individual de interesse.

4.4.2) Condenação em Obrigação de Fazer ou Não Fazer

Como observado anteriormente, a ação civil pública, pode conceder um provimento que assevere o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Está é a hipótese aonde a prestação jurisdicional será preventiva, objetivando evitar a continuidade da conduta danosa, ou no sentido de evitar outros danos.

Neste sentido, é a previsão contida no artigo 11 da LACP, ou seja:

Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se está for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

Está preocupação do legislador em manter a situação anterior, é o principal objetivo da ação civil pública, isto é, evitar que ocorra lesão ao direito ao bem defendido, visa-se evitar que o direito seja perdido, ou que este só possa ser reparado de forma financeira.

Tanto é a prioridade do bem ou do direito, prevenindo a lesão a estes direitos, que mesmo a norma do artigo 83, §1º Código de Defesa do Consumidor que prevê as hipóteses em que possa haver conversão em perdas e danos, a saber, quando o autor optar pela

condenação em dinheiro ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. Entende-se que mesmo nestes casos está não é a regra geral, e sim a exceção, devendo-se sempre ser objetivado, a execução específica de fazer ou não fazer.

No mesmo sentido, priorizando a manutenção do *status quo ante*, segue a melhor doutrina, em que Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Júnior (2002, p. 762), expondo a idéia de que ordinariamente nos casos de ação civil pública, não se admite a substituição da tutela específica por perdas e danos, e sim em casos excepcionais, conforme se observa no trecho transcrito abaixo:

... a regra do direito privado brasileiro – civil, comercial, do consumidor – quanto ao descumprimento da obrigação de fazer ou não fazer é a da execução específica, sendo exceção a resolução em perdas e danos.

Na hipótese acima, em que o pedido do autor, seja fundamentado no artigo 11 da LACP, ou seja, que o pedido tenha como objeto uma obrigação de fazer, ou de não fazer, a sentença que acolher este pedido do autor, terá natureza condenatória mandamental. Uma vez que a sentença do Juiz determinará que o réu aja fazendo ou deixando de fazer alguma coisa, e o descumprimento desta ordem judicial tipifica a conduta prevista no artigo 330 do Código Penal, ou seja, o crime de desobediência.

O artigo 11 da LACP, e também o artigo 84, §4º do CDC, estabelecem como uma forma de coação ao réu de cumprimento da decisão mandamental judiciária de fazer ou não fazer, a culminação de uma multa diária, se está for suficiente ou compatível com a obrigação, independentemente da vontade do autor.

Importante frisar, que está multa, ou como a melhor doutrina denominou tal sanção, *astreintes*, não se confunde com o caráter condenatório do provimento jurisdicional que se busca na ação civil pública. Trata-se de uma forma de caráter econômico de forçar o devedor a cumprir a obrigação de fazer ou não fazer.

Reforçando está tese Raimundo Simão de Melo (2002, p. 103), expõe:

... mediante cominação de multas diárias, as chamadas *astreintes* do direito francês, pelo descumprimento de comando judicial. Essas multas, para o caso de descumprimento das normas trabalhistas, são fixadas em valores elevados e cumulativos, com o objetivo de desestimular o descumprimento da ordem emanada do Poder Judiciário: por isso, os resultados são efetivos,...

Nota-se que as *astreintes*, só poderão ser fixadas, em valor compatível com a situação concreta, levando-se em consideração os princípios da razoabilidade e da efetividade, posto que se não observado este princípios poderia levar o devedor a ruína,

mas paralelamente, as *astreintes*, tem que ter o poder de coerção que obrigue o réu a cumprir a sentença mandamental.

4.5) Dos Interesses Metaindividuais

Para adequarmos o tema da intermediação da mão de obra, ou melhor, a proteção dos direitos dos trabalhadores violados por este ato, junto a ação civil pública, é importante entender a definição e a distinção do que vem a ser os interesses metaindividuais que se sub-dividem em interesses individuais homogêneos, interesses coletivos e principalmente o interesses difusos.

A clássica classificação dos interesses jurídicos entre privado e público, aonde interesse público é aquele cujo o titular é o Estado, e de que o interesse privado é aquele de que o titular é o indivíduo, ficou nitido com o passar do tempo, que tal classificação não mais abrange a todas relações sociais. Pois os novos interesses e direitos da coletividade, não se enquadravam mais em nenhuma dessas duas espécies.

Mesma observação faz Hugo Nigro Mazzili (2002, p. 42):

... nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora, não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas ou indivíduos, como os moradores de uma região no que diz respeito as questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto, no que diz respeito à qualidade ou ao preço da mercadoria.

Entretanto surge, uma nova classe de interesse intermediário entre as classes existentes, o público e a privada. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público, ou seja, ele se encaixa entre, no meio, dos dois outros interesses já existentes.

São estes interesses existentes, que são mais que os direitos meramente individuais e menos que os interesses públicos que denominamos de interesses metaindividuais. Estes novos interesses representam um ponto intermediário entre o Estado e o indivíduo.

Dentre estes interesses metaindividuais encontramos uma categoria determinável de pessoas (como os individuais homogêneos e coletivos), e outro que é compartilhado por grupo indeterminável de indivíduos ou de difícil determinação (como os difusos).

Desta forma, com a constatação de direitos metaindividuais, que extrapolam o privado, mas não chegam a ser públicos, existiu uma grande dúvida quanto a regra da

legitimidade “*ad causam*”, uma vez que, apenas os interesses jurídicos em que fosse possível determinar o seu titular, merecia a proteção estatal, então quem seria o legitimado para proteger tal interesse já que muitas das vezes não é possível determinar a coletividade de pessoas interessadas em tal direito metaindividual.

Quanto ao fato narrado acima, oportuna é a transcrição da idéia do Juiz Francisco Antônio de Oliveira (1998) *apud* Silva (2001, p. 42):

A noção de interesse difuso e coletivo contrapõe-se a essa noção tradicional que busca a proteção de sujeitos indetermináveis ou de difícil determinação. Mas essa nova concepção não se pode traduzir em óbice à proteção de interesses jurídico que envolvam coletividade, ainda que não determinável, já que o interesse em discussão poderá ser de tal magnitude, que colocará em risco a sobrevivência de uma região inteira ou ainda colocará a própria humanidade (camada de ozônio). Inarredável, pois, que a concepção individualista seja substituída pela relevância social, já que nesta concepção estarão reunidas as titularidades possíveis e imagináveis, embora indeterminável ou de difícil determinação.

Nota-se que os interesses metaindividuais, merecem a proteção do Estado, por se tratar de um conjunto de interesses que englobam várias pessoas, tanto é, que as vezes este número é indeterminável. E que estes interesses se subdividem-se em difuso, coletivo e individual homogêneo, classificação estas que serão demonstradas nos tópicos a seguir.

Os direitos metaindividuais estão dispostos no artigo 81, parágrafo único e incisos I, II e III, conforme transcrição abaixo:

- I – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
- II – Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
- III – Interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A iniciativa do legislador de definir os interesses metaindividuais, de certa forma efetivou estes direitos no momento em que suas características ficaram nítidas, possibilitou aos aplicadores do direito efetivar os interesses metaindividuais ao caso concreto. Pois caso contrário estes direitos seriam de difícil aplicação, pois haveria uma grande discussão da definição de tais direitos. Da mesma opinião dispõe Raimundo Simão de Melo (2001, p. 28), ao observar:

É de se resaltar, em primeiro lugar, que embora não seja próprio de uma lei processual emitir definições, constitui grande avanço do CDC, como forma, inclusive, de efetivação dos direitos do consumidor, a definição de tais interesses porque se tal tivesse ficado para a doutrina, até hoje e, por muito tempo, iríamos nos deparar com as mais variadas divergências a inviabilizarem o objeto do aludido instrumento de defesa do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor ao mesmo tempo que definiu os interesses metaindividuais também ampliou sua aplicação a qualquer ramo do direito, dentre estes ramos inclui-se também o direito do trabalho, por força do artigo 90 do mesmo Código que observa que a proteção deste interesses se estende a qualquer outro ramo do direito em que for reclamada tal conceituação. Da mesma opinião compartilha Raimundo Simão de Melo (2001, p. 29), ao frisar que:

Não há dúvida, portanto, de que tais definições aplicam-se ao direito do trabalho. Aliás, esse ramo especial do direito já conhece, desde a sua origem, a discussão sobre os chamados interesses e direitos coletivos, quando se trata de um ramo desse direito laboral, chamado mais comumente de direito coletivo do trabalho; nesses são tratadas as questões envolvendo novas condições do trabalho, quer por meio de negociação coletiva, quer através do dissídio coletivo.

Desta forma pode-se concluir que agiu bem o legislador em conceituar os interesses difusos, pois desta forma os deu efetividade. Importante também frisar que estes direitos metaindividuais também abrangem a seara trabalhista por força de lei.

4.5.1) Dos Interesses Difusos

Conforme já demonstrado no tópico anterior, os interesses difusos são uma das espécie de interesses metaindividuais, do qual, este é gênero, e que tal interesse vem conceituado legalmente no artigo 81, parágrafo único, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81 (...)

I – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

Observa-se que a lei caracterizou os interesses difusos delimitando seus elementos como: transindividuais; indivisíveis; e que sejam titulares pessoas indeterminadas. Que serão a seguir demonstrados mais detalhadamente.

A primeira característica a ser abordada na norma legal é a transindividualidade, que significa dizer que seu titular é a coletividade, o que nas palavras de Raimundo Simão de Melo (2001, p. 30), significa:

são chamados de *transindividuais* ou *metindividuais* certos interesses ou direitos pelo fato de que os mesmos transcendem a esfera privada e pessoal do indivíduo porque não pertencem a uma só pessoa. São direitos de todos os cidadãos dispersamente considerados na coletividade; a lesão de um constitui ofensa a toda a coletividade, assim como a satisfação de um implica a satisfação de todos, daí a sua indivisibilidade como marca principal norteadora do procedimento de tutela dos mesmos;

Desta forma pode-se concluir que os interesses transindividuais ultrapassam a esfera privada, porém não abrangem a esfera pública, constituindo um interesse intermediário entre o público e o privado.

A segunda característica dos interesses difusos é a indivisibilidade, ou seja este direito não pode ser fracionado em partes, esta característica é uma consequência da característica anterior, a transindividualidade, a partir do momento que o interesse passa a ser coletivo e se sobrepõe ao interesse individual, este interesse também passa a ser indivisível, único. Nesse sentido compartilha o Procurador do Município de São Paulo, Rodolfo de Camargo Mancuso *apud* Martins Filho, (1996, p. 205): "*consubstanciada na impossibilidade de participação do objeto em quotas atribuíveis a pessoas ou grupos, isto é, a lesão do bem atinge a todos e a reparação em relação a um satisfaz a todos;*".

Como exemplo de um direito indivisível seria ao direito de ter um meio ambiente saudável, isto é, não é possível dividir o ar que respiramos, por consequência, seria impossível dividir uma ofensa de poluição ao ar que respiramos. Trazendo o caso para a seara trabalhista seria impossível repartir os efeitos de um ato discriminatório na contratação de pessoas deficientes.

Outra característica inerente aos direitos difusos é a indeterminação dos sujeitos, que significa dizer que, não se pode identificar todos os indivíduos atingidos pela lesão. Marcelo Ribeiro Silva, (2001, p. 45), observa esta característica da seguinte forma:

é impossível identificar todos os indivíduos atingidos pela lesão aos interesses difusos, pois o que une seus titulares (indeterminados e indetermináveis) são meras circunstâncias de fato, como por exemplo o fato de estarem assistindo à televisão no momento em que é veiculada uma propaganda enganosa.

Fica evidente que o elo que liga os titulares, ou seja, as meras circunstâncias de fato não permite a determinação dos sujeitos lesionados.

Arrolados e descritas as características dos interesses difusos trazidas pela norma legal, é importante mencionar que o doutrinador Rodolfo de Camargo Mancuso *apud* Martins Filho (1996, p. 205), atribui mais duas características aos interesses difusos que são: a intensa litigiosidade interna, que se caracteriza por: *“Por se tratar de interesses e não direitos, todas as posições, por mais contrastantes, parecem sustentáveis e exigem, para solução, uma verdadeira escolha política entre os interesses em conflito”*.

Isto é, por se tratarem de interesses coletivos, eles muitas vezes serão divergentes entre os grupos existentes na sociedade, ou seja, poderá existir grupos com pretensões contrárias, que entrarão em colisão.

A outra característica apontada pelo doutrinador Rodolfo de Camargo Mancuso *apud* Martins Filho (1996, p. 205), é a da transição e mutação no tempo e no espaço, que o autor define como: *“por estarem ligados as situações de fato contingenciais, que se alteram e desaparecem quando não tutelados a tempo fazendo surgir interesses novos, de ordem diversa”*.

Esta última característica tem muito a ver com a tempestividade no direito, isto é caso não tutelado a tempo o interesse este poderá se perder, isto é, a nova situação poderá ser irreversível, como por exemplo a construção de uma hidrelétrica numa região, envolve a inundação de certa área territorial, e por consequência ocorre a perda de áreas florestais, morte de animais e outros danos a natureza, irreversíveis após a inundação.

Demonstrado as características imposta pela lei, e de outras resultantes da sociedade, e da tempestividade em tutelar o direito, é importante demonstrar a existência destes interesses na esfera trabalhista.

Uma hipótese calar de violação aos interesses difusos na seara trabalhista ocorre quando algum ente da administração pública direta ou indireta, contrata servidores sem a realização de concurso público e fora das hipóteses previstas na Constituição Federal de inexistência de concurso previsto no artigo 37 e nos incisos II e IX.

Quanto a este fato Marcelo Ribeiro Silva, (2001, p. 47), observa que que esta forma de contratação fere a previsão constitucional e também todos os candidatos em potencial para prestar o concurso, e que também estão presentes todos os elementos caracterizadores dos interesses difusos conforme o parágrafo disposto abaixo:

Na hipótese, a ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho visaria a tutelar a própria ordem jurídica constitucional lesada, bem como os interesses difusos de todos os trabalhadores nacionais ou estrangeiros (CF, art.37, I), candidatos em potencial a ocupar os respectivos empregos públicos. *In casu*, todos os elementos caracterizadores dos interesses difusos estão presentes:

transindividualidade: não é juridicamente relevante determinar a coletividade atingida, pois o titular do interesse é o grupo; **indivisibilidade do objeto:** o objeto, na hipótese, é indivisível, pois o interesse à abertura do certame não pode ser cindido, atingindo a todos sem distinção; **indeterminação subjetiva:** não é possível determinar subjetivamente a coletividade atingida pela lesão (todos os candidatos em potencial ao emprego público, no exemplo, foram atingidos pela atitude do ente administrativo), sendo que os respectivos titulares se ligam entre si por meras circunstâncias de fato (satisfazer os requisitos exigidos no edital do concurso).

Pelo texto transcrito acima ficou demonstrado que o interesse difuso abrange a seara trabalhista. Raimundo Simão de Melo (2002, p. 32), visualiza outra hipótese de proteção do interesse difuso na seara trabalhista, que é ocorre no caso de greve em atividades ou serviços essenciais a comunidade, conforme trecho a seguir:

- a) interesses difusos há, por exemplo, no caso de greve em serviços ou atividades essenciais, em que as atividades inadiáveis da comunidade não são atendidas pelos sujeitos da relação de trabalho – empregados e empregadores – e o Ministério Público do Trabalho, por exemplo, ajuíza uma ação civil pública de natureza cautelar, buscando o cumprimento de uma obrigação de fazer mediante cominação de *astreintes*;

Tal situação não é rara de ocorrer, uma vez que muitas vezes os sindicatos declaram greves em atividades essenciais para a sociedade como por exemplo: assistência médica, hospitalar, transporte, ferindo direitos de grande valor social protegidos inclusive pela Constituição, e por consequência lesando uma quantidade indeterminada de usuários necessitantes de tal serviço.

Desta forma demonstrado as características dos interesses difusos, e também que eles abrangem a seara trabalhista é oportuno descrever a conceituação de interesse difuso relativo a sua aplicação no âmbito laboral, de Rocha (1996), *apud*, Lima (2002, p. 39):

interesse difuso é a espécie de interesse metaindividual, que não possuindo o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definido no campo das relações entre o capital e trabalho, encontrando-se em estado fluido, disperso pela organização produtiva como um todo, pode ser afetado a qualquer associação, constituída há um ano ainda que sem natureza sindical, desde que os representados pela associação, uma vez indeterminados, estejam ligados entre si por uma circunstância de fato, caracterizando-se pela indeterminabilidade dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço.

Por tudo o que já foi demonstrado acima, a previsão legal dos interesses difusos no CDC, as suas características e os exemplos de cabimento da ação civil pública trabalhista

na defesa destes interesses, concluí-se que é possível a tutela dos interesses difusos pela ação coletiva do trabalho.

4.5.2) Dos interesses coletivos “*stricto sensu*”

O próximo interesse metaindividual previsto no Código de Defesa do Consumidor, são os coletivos ou também denominados “*stricto sensu*”, que estão previstos no artigo 81, parágrafo único, II, do código supra-mencionado.

O conceito trazido pela norma jurídica é de que são direitos coletivos, aqueles interesses trindividuais, de natureza indivisível e de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Comparando o interesse difuso com o interesse coletivo encontraremos características comuns tais como a transindividualidade e a indisibilidade, pontos estes já demonstradas no tópico anterior que se referia aos interesses difusos.

A grande característica que diferencia os direitos difusos dos coletivos, são a possibilidade neste último interesse, poder se identificar os sujeitos atingidos pela lesão. Observa-se que nos interesses difusos, a lesão é resultante de um mero fato circunstancial, como por exemplo um comercial de televisão, este fato circunstancial impossibilita a contagem dos sujeitos lesados. Embora nos direitos coletivos inicialmente os sujeitos lesado sejam indeterminados, a lesão destes interesses por se tratar de um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas pela mesma relação jurídica básica, torna possível a determinação dos sujeitos lesados, exatamente pelo fato de estarem ligados entre si, por uma relação jurídica.

Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 40), observa esta diferença entre os interesses e a descreve da seguinte forma:

Se os interesses difusos tem como diferencial a indeterminabilidade de seus titulares interligados por mera circunstância fática, encontrando-se seu objeto disperso pela comunidade, o que caracteriza os Direitos e Interesses Coletivos é justamente a possibilidade de sua determinação, pois os determinados titulares estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e não mera circunstancial factual.

Desta forma, fica claro que nos interesses difusos, por terem como origem uma simples questão fática, não tem a possibilidade de determinar os sujeitos lesados, porém os direitos coletivos embora indetermináveis em princípio, por decorrerem de uma relação

jurídica base, existirá a possibilidade de serem determinados, conforme observa Raimundo Simão de Melo (2002, p. 31) :

Assim, o que diferencia os interesses e direitos difusos e coletivos é a indeterminabilidade absoluta nos primeiros e a forma de ligação entre os sujeitos titulares e a parte contrária, que, nos primeiros, decorre de uma simples questão fática e, nos segundos, de uma relação jurídica base.

Importante resaltar que embora os interesses coletivos sejam determináveis, isto é, que seja possível determinar os sujeitos lesados, esta característica não possibilita que o sujeito lesado individualmente defenda seu direito. Tanto é assim que o próprio CDC ao caracterizar os interesses coletivos, expressamente lhe conferiu a indivisibilidade conforme se verifica no artigo 81, II.

Dos direitos metaindividuais os interesses coletivos, são aqueles que maior guardam afinidade com a seara trabalhista, conforme aponta Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 42): “ *E é justamente o interesse coletivo a espécie de interesse metaindividual que demonstra maior afinidade com o direito do Trabalho, uma vez que é através da coletividade organizada em categorias que ao longo da história procede sua evolução.*”

Eva Kocher (1998), *apud* Marcello Ribeiro Silva, (2001, p. 51), observa que os interesses coletivos originalmente era um conceito trabalhista, que posteriormente, foi ampliada pelo CDC conforme se observa a seguir:

o conceito de interesses coletivos, originariamente, foi um conceito trabalhista, referindo-se as unidades devidamente representadas pelos sindicatos. No Direito do Trabalho entretanto, caracterizam-se os direitos coletivos pelo fato do grupo atingido ser organizado e representado. O CDC, contudo, adota, aparentemente, outro conceito, já que, segundo o inc. II, do art. 81, basta as pessoas atingidas serem ligadas por uma relação jurídica-base com a parte contrária.

Desta forma, se os interesses coletivos, tiveram sua origem na seara trabalhista, por consequência sua relação com tal área será muito próxima.

A clássica hipótese de lesão ao direito do trabalho na esfera trabalhista, é a tutela do meio ambiente do trabalho, esta hipótese apresenta todas as características dos interesses coletivos, conforme observa Marcello Ribeiro Silva (2001, p. 51/52):

..., podemos mencionar o descuido com o meio ambiente do trabalho, de forma a provocar riscos a integridade física dos empregados da respectiva empresa, como o fato da exposição e contato com agentes físicos, químicos ou biológicos nocivos à saúde. Nesta hipótese, todas as características dos interesses coletivos estão presentes: **transindividualidade, indivisibilidade e determinabilidade subjetiva**. O interesse, *in casu*, deve ser tratado em sua dimensão global e não em função dos integrantes do universo de interessados (no exemplo, todos os

empregados da referida empresa), pois estes podem, inclusive, não ser os mesmos no decorrer do tempo, em função do desligamento de alguns ou de todos os empregados, e admissão de outros fato que não altera a identidade do grupo. O interesse, na hipótese em testilha, é indivisível, pois não se pode conceber que o meio ambiente laboral seja saudável para um trabalhador e nocivo para outro que labora sob as mesmas condições. Por outro lado, a reparação em relação a um, aproveitará a todos. Finalmente, os empregados atingidos pela lesão são perfeitamente determináveis em um dado momento, (basta que se verifique a anotação do livro de registros de empregados da empresa, por exemplo), em função de serem ligados entre si (pelo fato de pertencerem a uma determinada categoria profissional) e com parte contrária por uma relação jurídica-base (pela relação de emprego).

Raimundo Simão de Melo (2002, p. 33/34), demonstra outros exemplos de agressão aos interesses coletivos, como: a realização de exames médicos admissionais, demissionais e periódicos; demissão coletiva de trabalhadores durante uma greve, como forma de retaliação pela participação no movimento, ou o ato praticado pela empresa para manter grupos ou trabalhadores dentro da empresa para dar continuidade a produção; ato patronal obrigando que obrigue aos trabalhadores a receber parte do seu salário em benefícios ou mercadorias da empresa.

Fica cristalino deste modo com os fatos expostos, que os interesses coletivos abrangem grande parte dos conflitos trabalhistas, entre eles, a intermediação da mão de obra que será demonstrada no momento oportuno.

4.5.3) Dos Interesses Individuais Homogêneos

Os interesses individuais homogêneos, vêm tratado no art. 81, III, do CDC, e tem como base aquele direito decorrente de origem comum. Trata-se de uma novidade do legislador, que visou tutelar coletivamente os direitos individuais, oriundos de uma origem em comum.

Sendo, assim como a própria denominação traz, trata-se de direitos individuais, que devido a sua origem comum, e o grande número de indivíduos postos numa mesma situação, são tutelados coletivamente, do mesmo modo observa Amarildo Carlos de Lima (2002, p. 45), quanto a finalidade de unificar estes interesses:

Como se percebe, o que determina tenham os direitos individuais homogêneos tratamento coletivo não é uma qualidade intrínseca, mas a circunstância de sua uniformidade em decorrência de uma origem comum e grande afetação de seus destinatários.

Importante frisar, que se tratando de direito individual homogêneo, isto é direitos individuais, conseqüentemente, são nestes interesses determináveis os indivíduos lesados, e também fracionável, isto é, passível de ser dividido para cada interessado.

Sendo assim determinável os indivíduos lesados, e conseqüentemente, divisível, e fracionado a lesão a cada indivíduo, este se diferenciara dos interesses difusos no tocante a indeterminação dos sujeitos lesados, e na indivisibilidade da tutela pretendida. Já quanto aos interesses coletivos, embora determináveis, seus direitos, estes são infracionáveis devidos a uma relação jurídica, o que o distingue dos interesses individuais homogêneos, que são fracionáveis e por estarem ligados por uma situação fática comum.

Marcello Ribeiro Silva (2001, p. 52), observa esta diferença deste modo:

..., os titulares dos direitos individuais homogêneos são perfeitamente identificáveis e, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos e coletivos, o objeto daqueles interesses é passível de divisão, de cisão, e de ser conferido a cada interessado, individualmente considerado, na exata proporção que lhe caiba.

Ives Granda Martins Filho (1996, p. 207), tem uma ressalva quanto a diferenciação dos interesses individuais homogêneos em face dos interesses coletivos na seara trabalhista, explicando que nos interesses coletivos, a prática lesiva se estende no tempo, enquanto, que o do último interesse atinge apenas aqueles sujeitos que compunham a categoria no momento do ato lesivo, conforme descrição a seguir:

No campo das relações trabalhistas, podemos estabelecer como elemento diferenciador dos interesses coletivos frente aos individuais homogêneos o fato de, nos primeiros, a prática lesiva **se estender no tempo**, isto é, constituir procedimento genérico e continuativo da empresa, enquanto, nos segundos, sua origem ser **fixa no tempo**, isto é, consistente em atos concretos, atingindo apenas alguns ou todos os que compunham a categoria no momento dado. Assim, como exemplo de interesse coletivo lesado teríamos o do descuido continuado do ambiente de trabalho, que afeta, **potencialmente**, a todos os empregados da empresa; quanto a interesses individuais homogêneos, teríamos o exemplo da demissão coletiva num dado momento, atingindo, **imediatamente**, um grupo concreto e identificável de empregados.

Interessante observar que a tutela coletiva pode ser agrupada em dois segmentos, aquele segmento que abrange os interesses da coletividade abrangidos pelos incisos, I e II, do art. 81 do CDC, que são direitos indivisíveis entre seus titulares portando sendo obrigatória a ação coletiva, e no outro grupo os interesses individuais homogêneos que embora possam ser tratados no âmbito coletivo podem ser também divisíveis e tratados individualmente.

Neste sentido também dispõe Watanabe (1999), *apud*, Amarildo Carlos de Lima, (2002, p. 45):

A tutela coletiva abrange dois tipos de interesses ou direitos: a) os essencialmente coletivos, que são os difusos, definidos no inc. I do parágrafo único do art. 81, e os coletivos propriamente ditos, conceituados no inc. II do parágrafo único do art. 81; b) os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os individuais homogêneos, definidos no inc. III do parágrafo único do art. 81.

Na seara trabalhista, os interesses individuais homogêneos são encontrados conforme observa Raimundo Simão de Melo (2002), muitas são as hipóteses possíveis, e estas se caracterizam pela obrigação de pagar, isto é, se busca em juízo uma indenização concreta em favor dos titulares individuais dos direitos violados. Continuando o autor cita como exemplo o pleito de pagamento de adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, também o pagamento de adicional ou horas noturnas em razão de ato único do empregador.

Outro detalhe que é importante frisar, é quanto a possibilidade da propositura do Ministério Público de Ação Civil Pública, na tutela de interesses individuais homogêneos. A Constituição Federal em seu artigo 129, III, ao dispor sobre as funções do Ministério Público, prevê a ação civil pública, somente para tutelar os interesses coletivos e difusos.

Da norma legal, surgiu controvérsias sobre a possibilidade ou não do Ministério Público poder ajuizar ação civil pública tutelando interesses individuais. A doutrina diverge em três correntes.

A primeira corrente, entende não ser possível a tutela dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, pois estes tem como característica a divisibilidade e a disponibilidade, e a regra trazida pelo artigo 127 da Constituição Federal é de que o Ministério Público deve apenas defender os direitos individuais indisponíveis.

Uma segunda corrente entende que os interesses individuais homogêneos só podem ser defendidos pelo ministério público, nos casos em que estes interesses produzirem uma grande repercussão social. Neste sentido entende Hugo Nigro Mazzilli (2002, p. 102/103):

... no caso dos interesses individuais homogêneos ou interesses coletivos em sentido estrito, sua iniciativa ou sua intervenção processual só podem ocorrer quando haja efetiva conveniência ministerial na atuação ministerial. Essa conveniência deve ser aferida em concreto, a partir de critérios como estes: a) conforme a natureza do dano (saúde, segurança e educação pública); b) conforme dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); c) conforme o interesse social no funcionamento de um

sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, questões tributárias).

A mesma opinião adotou o Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, através da Súmula 7.

A ultima corrente entende que o Ministério Público é titular para defender os interesses individuais homogêneos, primeiro porque esta categoria de interesse surgiu posterior a Constituição que é de 1988, e os interesses difusos com o CDC em 1990. Porém a própria Constituição em seu artigo 129, IX, já se atentava para a possibilidade de que o legislador ordinário atribui-se novas funções ao MP, como o fez o CDC.

Neste sentido entende Nelson Nery Junior (2002, p. 616):

..., sustenta a possibilidade de o MP defender em juízo, por meio de ação civil coletiva, os direitos individuais homogêneos. Os argumentos são os seguintes. A CF 129 III, quando fala da legitimação do MP para a ação coletiva, menciona apenas os direitos difusos e coletivos. A terceira categoria (direitos individuais homogêneos) foi criada pelo CDC, em 1990, e não poderia, mesmo, estar no texto constitucional de 1988. No entanto, a CF 129 IX abre a possibilidade para o legislador ordinário, dizendo que podem ser atribuídas outras funções ao MP, desde que compatíveis com o seu perfil constitucional.

O último posicionamento parece ser o mais atual com a realidade da proteção dos interesses da coletividade, isto é, os interesses individuais homogêneos devem ter a possibilidade de serem protegidos pelo MP, dando que a seara trabalhista uma dinâmica atual.

4.6) Adequação ao tema

Como já demonstrado neste capítulo, a ação civil pública é admitida na seara trabalhista para coibir a intermediação da mão de obra, conforme, demonstra expressamente que a ação civil pública, tutela os interesse metaindividuais e que a proteção destes interesses também abrangem a proteção do trabalhador contra a intermediação da mão de obra, conforme o acórdão abaixo:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - COOPERATIVA - FRAUDE - MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - LEGITIMIDADE. A CF/88, em seu artigo 129, III, estabeleceu a legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa de "outros interesses difusos ou coletivos". A Lei Complementar no. 75/93, no artigo 83, III, fixou a competência do Ministério Público do Trabalho para promover a Ação Civil Pública no âmbito da Justiça do Trabalho, na defesa dos "interesses coletivos". A referida Lei Complementar assegurou, ainda, a competência do MPT para "promover o inquérito civil e a ação civil pública" na

defesa de "outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos" (letra "d", inciso VII do art. 6º). Pode-se concluir, portanto, que o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para propor a ação civil pública na defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores, sob o fundamento de lesão aos direitos trabalhistas legalmente assegurados, em virtude de fraude na contratação de trabalhadores "cooperados". Em verdade, o Ministério Público do Trabalho não tem apenas a legitimidade para propor ação civil pública em casos análogos a este. Trata-se de um poder/dever - ou mesmo um dever/poder - pois a questão é, também, de política jurisdicional de prevenção de litígios. Na medida em que o MPT age, legitimamente, ele evita que várias ações individuais venham a ser ajuizadas posteriormente, assolando ainda mais a máquina judiciária. (TRT - 3ª Região, 28/08/2004, RO - 01665-2003-011-03-00-9, disponível em <http://www.mg.trt.gov.br>)

Observado que a proteção do trabalho contra a intermediação da mão de obra se enquadra nos interesses metaindividuais protegidos pela ação civil pública, demonstraremos alguns acórdãos em que a ação civil pública serve de instrumento de debate aos direitos dos trabalhadores lesados pela fraude originada pela intermediação da mão de obra.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COOPERATIVA - FRAUDE. O conceito de cooperativa no sentido de ser uma associação de pessoas objetivando a mútua contribuição com bens ou serviços em prol de uma atividade econômica, de proveito comum e sem objetivo de lucro, não se faz presente no caso, muito menos o objetivo precípua da cooperativa que é o de prestar serviços aos seus associados, conforme preceitua os artigos 3º, 4º e 7º da Lei 5764/71. Na realidade, tornou-se visível que a mão-de-obra fornecida era explorada com outros objetivos, quiçá com o propósito de se eximir de certas responsabilidades trabalhistas ou visando o lado econômico, como se fossem os trabalhadores que foram locados uma mercadoria, o que não se admite, eis que tal situação não se familiariza ao sistema de cooperativismo ou ao fenômeno da terceirização de atividades-fim da tomadora da mão-de-obra, previstos no ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, não pairando dúvida de que flagrante a ilegalidade na real situação enfrentada por estes trabalhadores, não lhes tendo sido assegurado os direitos constitucionais mínimos, tal situação coletiva deve ser enfrentada, de forma efetiva, razão pela qual outra alternativa não resta senão a de manter a r. sentença que coíbe a Cooperativa de perpetuar nesta prática. . (TRT - 3ª Região, 12/04/2005 - RO - 00513-2004-024-03-00-6, disponível em <http://www.mg.trt.gov.br>)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - COOPERATIVA - O parágrafo único do art. 442, da CLT, acrescentado pela Lei 8949 de 09/12/1994, sob o pretexto de trazer alguma novidade para o mundo jurídico, acabou estatuinto sobre o óbvio: "não existe vínculo empregatício entre a Cooperativa e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela". No entanto, a relação de emprego não se descaracteriza por rotulações. Existem verdadeiras cooperativas e falsas cooperativas, sendo que a tipificação de cooperado, que, dentre outros fatores, tem de observar o princípio da tríplice qualidade (cooperado, cliente e benefícios) e a tipificação do empregado passam irremediavelmente pelos pressupostos do artigo 3º da CLT. Provando-se que a Cooperativa tem por objetivo intermediar, ilicitamente, mão-de-obra de trabalhadores rurais, cujas atividades se inserem na atividade-fim da empresa tomadora, deve ser julgada procedente a ação civil pública contra ela movida pelo Ministério Público do Trabalho, objetivando fazer cessar seu procedimento ilegal, com ofensa aos direitos sociais coletivos dos trabalhadores que se sujeitam àquela intermediação,

mesmo por necessidade alimentar. Não de trata, portanto, de negar a legalidade da constituição de uma cooperativa de trabalhadores, objetivando o fornecimento de mão-de-obra especializada, sem que se forme vínculo empregatício com a cooperativa ou com a empresa tomadora dos serviços. O que não se pode admitir é a fraude à lei, ou seja, a criação de falsas cooperativas com o objetivo exclusivo de intermediar a mão-de-obra, para as empresas que delas se valem pretendendo exonerar-se dos ônus trabalhistas e previdenciários decorrentes do contrato de trabalho, ou apenas os trabalhistas, em se tratando de empresa rural, que tem a sua contribuição previdenciária diferenciada. A associação à cooperativa deve ser livre e ser bem definidos os seus objetivos, entre os quais prepondera a defesa do interesse de seus associados, aos quais deve a entidade prestar a mais completa assistência. A associação, também, deve ser permanente, não se limitando ao período em que o trabalhador presta serviços à empresa tomadora. (TRT - 3ª Região, 17/05/2003, RO - /4159/03 (RO/4196/00), disponível em <http://www.mg.trt.gov.br>)

Importante frisar também as obrigações de fazer e não fazer resultantes da ação civil pública civil na seara trabalhista visando tutelar os direitos dos trabalhadores fraudados pelas cooperativas. A primeira diz respeito a empresa contratante, que terá um dever positivo de reconhecer e garantir os direitos trabalhistas desta relação fraudulenta, e segundo terá um dever negativo que é o de parar de admitir empregados desta forma fraudulenta. O segundo efeito é perante a cooperativa fraudulenta que terá que parar de servir mão de obra fraudulenta as empresas contratantes dever negativo de não fazer também.

Entendemos ser a ação coletiva de trabalho, um instrumento de combate a fraude da intermediação da mão de obra, que abrange um maior número de trabalhadores, podendo servir de alternativa para desafogar o judiciário e alcançar um resultado mais rápido e satisfatório ao trabalhador lesado.

5) CONCLUSÃO

Conforme se observou neste estudo, a CLT em seu artigo 442 não define da melhor maneira o contrato de trabalho, sendo necessário que se busque esta definição nos artigos 2º e 3º da CLT, que descrevem os elementos integrantes do contrato, também denominados de elementos fáticos-jurídico, que são cinco: a) prestação de trabalho por pessoa física a outra pessoa física ou jurídica, b) pessoalidade, c) não eventualidade, d) onerosidade e, e) subordinação ao tomador.

Sendo assim, a relação de trabalho só se configura quando existentes os elementos fático-jurídicos já expostos acima, porém dentre os cinco elementos expostos o mais importante deles é a subordinação, que consiste na obediência do trabalhador, ou a sua sujeição às ordens do contratante. Tal característica como demonstrado pela doutrina, e acórdão, é importante, pois é ela que diferencia o contrato de trabalho dos demais contratos sendo assim quando na relação existente entre as partes houver subordinação tratar-se de um contrato de trabalho.

Posteriormente ao estudo do contrato de trabalho foi feita uma análise das sociedades cooperativas demonstrando um breve histórico, sua conceituação e suas características, que se encontram nos artigos 3º e 4º da Lei 5764/51, que basicamente diferenciam as cooperativas das demais sociedades. Dentre as características das cooperativas, frisou-se principalmente a autonomia dos associados, ou seja, a sociedade é gerida pelos próprios associados, eles são autônomos tomam suas próprias decisões, não estão sujeitos a vontade de ninguém.

Feito um panorama geral do contrato de trabalho e do empregado, paralelamente com o da sociedade cooperativa e seu sócio, ficou fácil distingui-los, desta forma quando presente a subordinação na relação entre as partes, tratar-se-a de um contrato de trabalho. E quando presente a autonomia, ou seja o gerenciamento de acordo por si só estaremos perante uma verdadeira sociedade cooperativa.

Expostos estes pontos básicos, passou-se a analisar o artigo 442 da CLT e seu parágrafo único, e a Lei n.º 5764/71, que definiu a política nacional de cooperativismo, em seu artigo 90, que dispõe que não existirá vínculo trabalhista entre as sociedades cooperativas e seus associados. Isoladamente interpretando este artigo quando uma das partes fosse uma cooperativa não existiria vínculo empregatício entre as partes.

Este expediente é muito usado entre as empresas, pois elas estariam isentas de pagar as custas referentes aos direitos do trabalhador previstos na CLT, porém tal lei não deve ser interpretada isoladamente, e sim levando-se em conta a situação fática, ou seja real existente entre as partes. Desta forma se na relação entre as contratantes existir autonomia da cooperativa em como desenvolver seu serviço tratar-se de uma verdadeira cooperativa e estará de acordo com a lei.

Porém se no caso concreto existir a subordinação, como já demonstrado pela doutrina e jurisprudência elemento caracterizador do contrato de trabalho tratar-se-á de relação de trabalho e desta forma valerá o contrato verdade e não o contrato celebrado entre as partes que não corresponde com a verdadeira relação entre as partes.

Desta forma é que o artigo 9º da CLT, discorre que serão nulos os atos praticados com a intenção de fraudar os direitos previstos na CLT, que analisado em conjunto com o princípio da primazia da realidade em que a situação real deve prevalecer sobre a situação contratual.

Em seguida, foi frisado que os operadores do direito pouco se utilizam das formas coletivas de resolução de conflito. Porém a tendência clássica de interesses públicos e privada está sendo ultrapassada, pois com o surgimento dos interesses metaindividuais dos quais são gêneros os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, possibilitam uma nova forma de acesso a justiça, ainda pouco usada.

Esta forma de acesso é através da ação civil pública prevista pela Lei nº 7.347/85, que representa forte incentivo a tutela coletiva, em contraposição à tendência atual de tutelar os direitos individualmente.

Quanto à possibilidade deste tipo de ação de ser possível ou não na seara trabalhista, o autor demonstrou que ela é cabível mesmo existindo resistência por parte da doutrina através do artigo 83, III da Lei Complementar 75/93, em conjunto com o artigo 1º, IV da Lei 7347/85 e também na Lei 8078/90.

Posteriormente demonstramos que os legitimados para proporem esta ação civil pública na seara trabalhista são os Sindicatos e o Ministério Público, sendo que os sindicatos para proporem tal ação terão que demonstrar estar especificamente destinado à tutela dos interesses transindividuais decorrentes das relações laborais e também demonstrar seu interesse em concreto de agir na tutela dos direitos pleiteados na ação civil pública trabalhista.

Finalizando o estudo foi demonstrados os direitos metaindividuais divididos em difusos, coletivos e individuais homogêneos, dispostos no artigo 81 incisos I, II e III do

Código de Defesa do Consumidor. Observa-se que a lei caracterizou os interesses difusos delimitando seus elementos como: transindividuais; indivisíveis; e que sejam titulares pessoas indeterminadas.

Já os direitos coletivos, são aqueles interesses transindividuais, de natureza indivisível e de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. E por último os direitos individuais, que devido a sua origem comum, e o grande número de indivíduos postos numa mesma situação, são tutelados coletivamente.

Por último enfocam-se acórdãos que demonstram que os direitos metaindividuais descritos abrangem a defesa dos direitos violados pela fraude ao trabalhador oriunda da intermediação da mão de obra e de ações civis públicas neste sentido de combater este ilícito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, A. P. **Manual das sociedades comerciais**. 10^o ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.

CARRION, V. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, M. G. **Introdução ao direito do trabalho**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 2001.

DELGADO, M. G. **Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr.

FERRARI, I. **Cooperativas de Trabalho: Existência Legal**. São Paulo: LTr, 1999.

LIMA, A. C. **A Ação Civil Pública e sua aplicação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

MAMEDE, G. **Direito Societário: Sociedades simples e empresárias**. São Paulo: Atlas, 2004.

MANUS, P. P. T. **Direito do Trabalho**. 7^o Ed., São Paulo: Atlas, 2002

MARTINS, S. P. **Comentários a CLT**. 6^a ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS FILHO, I. G. **Processo Coletivo do Trabalho**. 2^a ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

MAUAD, M. **Cooperativas de Trabalho: Sua Relação com o Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

MAZZILLI, H. N. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEIRELLES, H. L. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “hábeas data”, ação direta de inconstitucionalidade, e ação declaratória de constitucionalidade**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELO, R. S. **Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

NASCIMENTO, A. M. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1992.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. A. **Código de Processo Civil e legislação processual extravagante em vigor**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1999.

POLONIO, W. A. **Manual das Sociedades Cooperativas**. 2 ed. São Paulo: Atlas 1999.

SILVA, M. R. **Ação Civil Pública e o Processo do Trabalho**. São Paulo: Nacional Direito, 2002.