CAROLINA POPOFF FERREIRA DA COSTA

FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2011

CAROLINA POPOFF FERREIRA DA COSTA

FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob orientação do Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva.

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

SÃO PAULO – 2011

FOLHA DE APROVAÇÃO

COSTA, Carolina Popoff Ferreira da. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas.

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Trabalho, sob orientação do Professor Doutor Homero Batista Mateus da Silva.

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho, com muito amor, à minha família e ao Fernando.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, da Biblioteca Nebrídio Negreiros, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, ao servidor Luis Carlos Granjeiro, do Setor de Avulso do Senado Federal, pela valorosa colaboração, e a Hugo Maciel de Carvalho, pela criteriosa revisão.

Agradeço ao Professor Homero, pela oportunidade e pela confiança em mim depositada, mas principalmente pelo exemplo de dedicação, boa vontade, seriedade e extremo respeito em relação a todos que o cercam.

Agradeço aos meus pais, pela vida, pelo amor, pelo oferecimento de todas as condições que estiveram ao seu alcance e que contribuíram para o meu desenvolvimento e, especialmente, pelo estímulo constante ao estudo, desde os meus primeiros anos de vida.

Agradeço à minha protetora irmã Renata, por tudo, e ao Danilo.

Agradeço ao Fernando, pelo incansável e permanente apoio nestes anos de estudo, que lhe solicitaram a companhia em bibliotecas e arquivos do Congresso Nacional, a paciente escuta e muitas noites e fins de semana com a televisão no mudo. Enfim, agradeço à dedicação que só o amor pode ofertar.

Por fim, agradeço a Deus a oportunidade da reencarnação, com todas as possibilidades que me têm sido ofertadas.

RESUMO

O presente trabalho estuda a proposta de criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas no Brasil. Partindo de considerações acerca da efetividade processual e da crise da execução trabalhista, estudamos os Projetos de Lei regulamentadora do artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Para tanto, analisamos as instituições de garantia de créditos trabalhistas no Direito Internacional e no Direito Comunitário (União Europeia), sobretudo o Fondo de Garantía Salarial, instituição de garantia de créditos trabalhistas existente na Espanha que inspirou a disposição constitucional derivada. A seguir, foram analisados o Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004, o Projeto de Lei n. 6.541, de 2006, e o Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Finalmente, foram feitas considerações sobre a regulamentação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas no Brasil.

Palavras-chave: Execução Trabalhista; Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas no Brasil; Projeto de Lei.

ABSTRACT

This dissertation studies the proposal to establish a Guarantee Fund for Labor Enforcement Proceedings in Brazil. Based on considerations about the effectiveness of proceedings and the labor enforcement proceedings crisis, we studied the bill drafts to regulate the Article 3 of the Constitutional Amendment 45/2004. To this end, we analyze the labor credit guarantee institutions in International Law and in Community Law (EU), especially the Fondo de Garantía Salarial, a labor credit guarantee institution existing in Spain that inspired the Constitutional Amendment. Next, we analyzed the Bill Draft 4.597-A/2004, the Bill Draft 6.541/2006, and the Senate Bill Draft 246/2005. Finally, we present our considerations on the regulation of the Guarantee Fund for Labor Enforcement Proceedings.

Keywords: Labor Enforcement Proceedings; Guarantee Fund for Labor Enforcement Proceedings; Bill Draft.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC	Código Civil
CCJC	Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CEE	Comunidade Económica Europeia
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CODEFGET	Conselho Deliberativo do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas
CSJT	Conselho Superior da Justiça do Trabalho
CTASP	Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público
FGET	Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (<i>cf.</i> Projeto de Lei n. 6.541, de 2006)
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
FUNGET	Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (<i>cf.</i> Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004, e Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005)
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas
LRJ-PAC	Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común
MPT	Ministério Público do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PEC	Proposta de Emenda à Constituição
PL	Projeto de Lei
RTJCE	Repertório do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
STF	Supremo Tribunal Federal
TAC	Termos de ajustamento de conduta
TCEE	Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJLP	Taxa de Juros de Longo Prazo
TRLPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 EFETIVIDADE PROCESSUAL E CRISE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA	15
1.1 Efetividade processual.....	15
1.2 Execução trabalhista.....	16
2 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2004.....	22
2.1 Proposta de Emenda à Constituição n. 96-B, de 1992.....	22
2.2 Bloco de constitucionalidade.....	29
3 SISTEMAS DE GARANTIA SALARIAL NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO.....	32
3.1 O Direito Internacional Público e o Direito Comunitário	35
3.2 Fontes da Organização Internacional do Trabalho	36
3.3 Fontes de Direito Comunitário	38
3.4 Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho	41
3.5 Diretiva n. 80/987 da Comunidade Econômica Europeia (CEE)	45
3.5.1 Histórico, objetivos e estrutura.....	45
3.5.2 Conteúdo da Diretiva.....	48
3.5.3 Descumprimento da Diretiva.....	52
3.6 Da revogação da Diretiva n. 80/987 da CEE pela Diretiva n. 2008/94 da Comunidade Europeia.....	54
4 EXPERIÊNCIA ESPANHOLA.....	57
4.1 Previsão legal.....	57
4.2 Natureza jurídica do Fondo de Garantía Salarial.....	58
4.3 Estrutura do Fondo de Garantía Salarial.....	59
4.4 Recursos do Fondo de Garantía Salarial.....	60
4.5 Beneficiários.....	63
4.5.1 Trabalhadores expressamente excluídos da cobertura do Fondo de Garantía Salarial	64
4.6 Atuação do Fondo de Garantía Salarial nos casos de insolvência empresarial	65
4.6.1 Tipos de insolvência empresarial.....	65
4.6.2 Atuação do Fondo de Garantía Salarial antes da Ley Concursal (Ley n. 22/2003).....	65
4.6.3 Atuação do Fondo de Garantía Salarial após a Ley n. 22/2003.....	66
4.6.4 Intervenção do Fondo de Garantía Salarial como parte do processo concursal	66
4.6.5 Insolvência singular.....	69
4.7 Sub-rogação do Fondo de Garantía Salarial	71
4.8 Imputação de pagamento	73
4.9 Insolvência: prestações	74
4.9.1 Prestações	74
4.9.2 Requisitos para o reconhecimento do direito às prestações decorrentes de salários	75
4.9.3 Limites de cobertura do crédito salarial	75
4.9.4 Cobertura de indenizações pela extinção do contrato de trabalho.....	76
4.10 Hipóteses em que a atuação do Fondo de Garantía Salarial independe da insolvência empresarial.....	77
4.10.1 Medidas de proteção às pequenas empresas.....	78
4.10.2 Casos de força maior que não ensejam responsabilidade ao empresário	80

4.11 Procedimento de solicitação de prestações do Fondo de Garantía Salarial	81
4.12 Atuação do Fondo de Garantía Salarial no processo trabalhista	87
5. PROJETOS DE LEI REGULAMENTADORA DO FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS	91
5.1 Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004.....	91
5.1.1 Regulamentação	92
5.1.2 Gestão e operação	96
5.1.3 Recursos	96
5.1.4 Objeto da garantia.....	100
5.1.5 Acionamento do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas	103
5.1.6 Tramitação	108
5.2 Projeto de Lei n. 6.541, de 2006.....	109
5.2.1 Regulamentação	109
5.2.2 Gestão e operação	110
5.2.3 Recursos	111
5.2.4 Objeto da garantia.....	112
5.2.5 Acionamento do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas	114
5.3 Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005.	116
5.3.1 Regulamentação	117
5.3.2 Gestão e operação	119
5.3.3 Recursos	119
5.3.4 Objeto da garantia.....	125
5.3.5 Acionamento do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas	125
5.3.6 Tramitação	126
CONCLUSÕES	132
REFERÊNCIAS	138
ANEXOS	144
Anexo A. Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho.....	145
Anexo B. Artigo 11 da Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho	150
Anexo C. Diretiva n. 80/987/CEE	151
Anexo D. Artigos 32, 33, 51 e 52 do Estatuto de los Trabajadores da Espanha.....	156
Anexo E. Artigo 64 da Ley Concursal 22/2003 da Espanha	165
Anexo F. Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.	168
Anexo G. Directiva n. 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008, relativa à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador	183

INTRODUÇÃO

A presente dissertação visa ao estudo da proposta de criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas no Brasil.

A execução trabalhista tem sido apontada por grande parte da doutrina como o “calcanhar de Aquiles” da Justiça do Trabalho, pois de seu sucesso depende a efetividade da prestação jurisdicional. Para o jurisdicionado, não basta a obtenção de uma sentença condenatória favorável, mas sim a sua concretização no mundo dos fatos, com a entrega do bem da vida pretendido.

O processo trabalhista possui peculiaridades que favorecem a efetividade da execução, tais como a obrigatoriedade da realização de um depósito recursal para recorrer das sentenças condenatórias e a necessidade de garantia do Juízo para opor embargos à execução. Prevê formas de responsabilidade patrimonial próprias, como a responsabilidade do grupo econômico (artigo 2º, parágrafo 2º, da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT) e a responsabilidade na sucessão trabalhista (artigos 10 e 448 da CLT), lançando mão, ainda, da responsabilidade pessoal de sócios, gerentes ou acionistas, de acordo com as disposições legais que a regulam (artigo 50 do Código Civil – CC; artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor – CDC; artigos 117 e 158 da Lei n. 6.404/76).

Relevante citar, ainda, a previsão de medidas que visam à satisfação espontânea da execução, tais como a certidão negativa de débitos trabalhistas prevista na Lei n. 12.440/2011, necessária àqueles que pretendem contratar com o Poder Público.

Ressalvadas tais peculiaridades e espécies de responsabilidade patrimonial que envolvem a execução trabalhista, fato é que muitas vezes ela deixa de atingir sua primordial finalidade, que é a de dar o bem da vida àquele que tem direito, em razão da ausência de patrimônio (ao menos penhorável) do executado.

Neste sentido, o Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2009 evidenciou, ao final daquele ano, uma taxa de 67,87% de congestionamento nas Varas do Trabalho,¹ relativamente às execuções pendentes. Em 2010, esta Taxa de Congestionamento foi de 68,61%.²

Diante desse quadro de impossibilidade de satisfação do crédito trabalhista, tem-se defendido a criação de um fundo que possa adimpli-lo, atendendo aos imperativos da efetividade e da razoável duração do processo. A Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que implementou a Reforma do Judiciário, dispôs em seu artigo 3º sobre a criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, nos seguintes termos: “A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas”.

O Estado pode promover os direitos sociais através de sua atividade legislativa, da atuação administrativa (implementando políticas públicas ou fiscalizando as atividades dos particulares em face do interesse público) ou da atividade jurisdicional, ligada à aplicação do direito ao caso concreto. A criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas engloba essas três atividades estatais, pois demanda regulamentação por meio de lei, implementação e operacionalização pelos órgãos a serem por ela indicados, mas pressupõe e está umbilicalmente vinculada ao exercício da função jurisdicional.

A previsão constitucional de sua criação nos impulsionou ao estudo das justificativas que levaram o legislador constituinte derivado a conceber tal instituto. Para tanto, analisamos, no capítulo 2 da dissertação, a Proposta de Emenda à Constituição n. 96-B, de 1992. Objetivou-se o exame das razões e discussões apresentadas pelos parlamentares para a criação desse Fundo, com o fim de melhor compreender a finalidade de tal instituto e, consequentemente, o acerto dos Projetos de Lei regulamentadora da norma constitucional já apresentados ao Congresso Nacional.

Na análise da justificativa do constituinte derivado para a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, constatou-se a referência ao Fondo de Garantía Salarial,

¹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística. Relatório Geral da Justiça do Trabalho. 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/Sseest/RGJT/Rel2009/JT2009/rel2009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2011.

² Ibid. Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho. 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/Sseest/RGJT/Rel2010/indice2010/Ind2010.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2011.

instituição de garantia de créditos trabalhistas existente na Espanha desde 1976. Os estudos sobre o Fondo de Garantía Salarial evidenciaram, por sua vez, a existência de previsões acerca das instituições de garantia de créditos trabalhistas no Direito Internacional e no Direito Comunitário (União Europeia), requerendo sua análise. Dessa forma, para a melhor compreensão do que seria um fundo garantidor de crédito trabalhista dentro de um sistema de garantia salarial, no capítulo 3 foram analisadas as abordagens realizadas no direito internacional e comunitário sobre a questão.

Inicialmente foram delimitados os conceitos de Direito Internacional Público e de Direito Comunitário, bem como suas fontes. No tocante ao Direito Internacional Público, foi analisada a Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que dispõe sobre a proteção dos créditos trabalhistas na insolvência do empregador. Porém, foi dada ênfase ao estudo da Diretiva n. 80/987, da Comunidade Econômica Europeia (CEE), que derivou de estudos realizados desde a década de 1970 nesta Comunidade, com o fim de instituir mecanismo de proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador.

Após essa análise, necessária para a melhor compreensão da experiência espanhola do Fondo de Garantía Salarial, passamos ao seu estudo no capítulo 4, buscando oferecer uma visão geral desse instituto, abordando importantes questões como: sua estrutura, previsão de recursos, beneficiários, hipóteses de cobertura e requisitos para acionamento e percepção de benefícios.

Realizados os estudos relativos às instituições de garantia de créditos trabalhistas no âmbito internacional e comunitário, com análise específica do Fondo de Garantía Salarial, referido pelo legislador constituinte derivado na Proposta de Emenda à Constituição n. 96-B, de 1992, iniciamos a análise dos projetos de lei regulamentadora do artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Assim, no capítulo 5 foram abordados os três Projetos de Lei regulamentadora da disposição constitucional já apresentados no Congresso Nacional, com a finalidade de verificar sua correspondência a tal norma, sem prescindir da comparação com a regulamentação alienígena.

Foram delimitados alguns aspectos que entendemos relevantes nas propostas de regulamentação brasileiras, tais como: (i) o momento de acionamento do Fundo de Garantia

das Execuções Trabalhistas; (ii) eventual limitação, seja quanto ao valor, seja quanto à natureza (salarial ou indenizatória) dos créditos a serem por ele satisfeitos e (iii) a sub-rogação do Fundo nos créditos por ele pagos aos trabalhadores, a fim de concluir qual seria o melhor modelo para alcançar os fins visados pelo legislador constituinte derivado.

Sem esgotar todas as importantes questões que envolvem a criação de um fundo garantidor de créditos trabalhistas, expusemos nossas conclusões sobre a existência e viabilidade de tal instituição no Brasil, especialmente quanto aos itens supradestacados.

1 EFETIVIDADE PROCESSUAL E CRISE DA EXECUÇÃO TRABALHISTA

A importância da criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas no Brasil está ligada ao contexto da efetividade processual, razão pela qual analisaremos tal questão nos tópicos a seguir, especialmente em relação à execução trabalhista.

1.1 Efetividade processual

A jurisdição, segundo Alexandre Freitas Câmara, foi conceituada de diversas maneiras pela doutrina, e, apesar de não se ter obtido consenso sobre sua definição, foi definida como a “função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática”.³

A inserção da efetividade no próprio conceito da jurisdição também é partilhada por Antonio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco ao afirmarem que

A função jurisdicional não se limita à emissão de sentença, através do processo de conhecimento. Além de formular concretamente a regra jurídica válida para a espécie, é necessário atuá-la, modificando a situação de fato existente para adaptá-la ao comando emergente da sentença. Na sentença condenatória, alia-se à declaração a sanção: forma-se, então, o título executivo necessário para que esta possa ser concretamente atuada.⁴

A premissa de que a função jurisdicional deve ser capaz de alterar a situação de fato existente, conforme a vontade concreta do direito objetivo, enseja uma releitura do processo, que passou a ser concebido como instrumental. Isto porque é através do processo que o direito de ação é exercido, o qual deve ser visto como instrumento⁵ para a obtenção do direito

³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, v. 1, p. 69.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 312.

⁵ Para Humberto Theodoro Júnior, “Instrumentalismo e efetividade são idéias que se completam na formação do ideário do processualismo moderno. Para ser efetivo no alcance das metas de direito substancial, o processo tem de assumir plenamente sua função de instrumento”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito*

material.⁶ Objetiva-se, ainda, que este processo instrumental seja capaz de atribuir, ao titular de uma posição jurídica de vantagem, a tutela jurisdicional em tempo razoável, conforme diretriz constitucional estabelecida no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.⁷ E é neste contexto teórico acerca da efetividade do processo que se torna necessária a análise da questão em relação ao processo do trabalho, especialmente no tocante à execução trabalhista, pressuposto do instituto a ser analisado na presente dissertação.

1.2 Execução trabalhista

A perspectiva dos direitos trabalhistas como direitos fundamentais não reside apenas no plano formal, positivado no artigo 7º da Constituição Federal de 1988, e em diplomas internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (artigos 23 e 24) e Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Reside principalmente no plano material, donde exsurge a fundamentalidade dos direitos trabalhistas em razão da busca de um patamar mínimo de condições de vida dignas que propiciam, em última instância, o efetivo gozo dos direitos fundamentais de primeira geração.⁸

Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 16.

⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, o “direito de ação, quando visto no quadro dos direitos fundamentais, não pode ser resumido ao direito de ir a Juízo, ao direito de acesso à justiça ou ao direito ao julgamento de mérito. O direito de ação é o direito de utilizar o processo para obter a tutela do direito material, desde que, obviamente, o direito seja reconhecido em juízo”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 3, p. 58.

⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*. 2005. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Processual Civil) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 45.

⁸ CUNHA, Rodrigo Giotri da. *O processo do trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais trabalhistas: contribuições para o aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista*. 2008. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 66.

O autor alerta, porém, que nem todos os direitos trabalhistas são fundamentais, mas o são aqueles contidos nos artigos 7º a 11 da Constituição Federal de 1988, e os materialmente fundamentais, que dispõem sobre a proteção trabalhista e o trabalho digno.

Por essa razão, tão importante quanto o reconhecimento de tais direitos em sede judicial é a sua efetivação no plano dos fatos, evidenciando a importância da execução trabalhista quando o crédito do trabalhador não é satisfeito espontaneamente pelo devedor.

Há na doutrina quem se manifeste no sentido de que a execução trabalhista seria o “calcanhar de Aquiles” da Justiça do Trabalho, ressaltando que, na maior parte dos casos, a obtenção da sentença condenatória se dá em prazo muito mais exíguo que a satisfação do crédito por ela reconhecido.⁹

Comprova tal constatação o Relatório Geral da Justiça do Trabalho de 2009, que evidenciou que, ao final daquele ano, esta Justiça possuía o saldo de 1.748.716 execuções pendentes, o que gerou uma taxa de 67,87% de congestionamento nas Varas do Trabalho, superior à de 2008 em 8,07%.¹⁰ Em 2010, a este saldo de 1.748.716 processos pendentes de execução foram acrescentados 855.644 novos processos, totalizando 2.604.360. Destes, 696.994 (26,76%) foram encerrados, tendo restado pendentes de execução 1.907.366 processos, o que representou um aumento de 1,09%, em relação a 2009. Desse modo, a Taxa de Congestionamento para 2010 foi de 68,61%.¹¹

Vê-se, assim, que, embora o percentual de aumento, no período de 2009 a 2010, tenha decrescido, a taxa de congestionamento das Varas do Trabalho, no tocante às execuções, aumentou, evidenciando a dificuldade de reversão deste quadro de aumento das execuções pendentes na Justiça do Trabalho.

Marcos Neves Fava, em tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, aponta três causas que contribuem para a crise da execução trabalhista, classificando-as em (i) estruturais, (ii) ontológicas e (iii) de interpretação.

⁹ GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito processual do trabalho*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1984, p. 430.

Também neste sentido, Luiz Eduardo Gunther afirma que “Há consenso entre os operadores do direito, que atuam na Justiça do Trabalho, sobre a morosidade da fase executória.”. Ressalta que tal fato se dá em razão das dificuldades de liquidação da sentença, garantia do Juízo e extinção da execução. GUNTHER, Luiz Eduardo. Aspectos principiológicos da execução incidentes no processo do trabalho. //n. SANTOS, Jose Aparecido dos. (Coord). *Execução Trabalhista*. 2 ed. Sao Paulo: LTr, 2010, p. 17-18.

¹⁰ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística. *Relatório Geral...* Op. cit.

¹¹ Ibid. *Consolidação Estatística...* Op. cit.

Na abordagem das causas estruturais, Marcos Neves Fava constata ser ínfimo o número de juízes do trabalho se comparados com a população brasileira (a partir de estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho, que aponta o número de magistrados em relação a cada conjunto de cem mil habitantes), bem como a de servidores lotados na primeira instância (na qual se concentram os movimentos processuais da execução) em comparação com os lotados na segunda instância.¹² O autor propõe medidas que podem aperfeiçoar a atividade judicial, como a padronização de procedimentos administrativos, a racionalidade da distribuição de recursos e a melhoria da coleta de dados estatísticos, especialmente os relativos à execução.¹³ Em relação ao pessoal, destaca questões relativas à capacitação, produtividade e motivação de servidores públicos, à formação de juízes e ao estabelecimento de padrões objetivos de produtividade.¹⁴

No tocante às causas interpretativas, Marcos Neves Fava destaca como dificuldade à evolução do processo a resistência à revisão das decisões jurisprudenciais pacificadas, bem como a preponderância da interpretação de textos legais infraconstitucionais em detrimento da soberania da Constituição Federal, defendendo a centralidade da Constituição no processo hermenêutico, ao afirmar que

Neste microcosmos da execução de créditos trabalhistas, importante recuperar, na mira de encontrar saídas para a crise do processo decorrente de interpretação menos-do-que-constitucional, as premissas de que (a) a dignidade da pessoa e o valor social do trabalho são fundamentos do Estado (art. 1º, II e IV), (b) a partir do mesmo valor social do trabalho organiza-se toda a ordem econômica da Federação (art. 170), (c) o tempo de duração razoável do processo ocupa mesmo assento principiológico constitucional de garantia dos cidadãos, como as garantias do contraditório e o direito à ampla defesa (art. 5º, LVIII) e (d) que da Administração Pública — o Judiciário, obviamente, incluído — exige-se eficiência, como princípio (art. 37). Deste patamar, interpretam-se as regras inferiores, substanciais ou procedimentais, na construção de uma hermenêutica viva, criativa e resgatadora dos valores fundantes da organização política e social do país.¹⁵

Por fim, as causas ontológicas residiriam nas dificuldades de acesso ao patrimônio do executado, seja pelos diversos artifícios utilizados pelos chamados “devedores profissionais”, seja pela insuficiência patrimonial do executado.

¹² FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009, p. 36.

¹³ *Ibid.*, p. 76-78.

¹⁴ *Ibid.*, p. 79-97.

¹⁵ *Ibid.*, p. 45-46.

A análise destas causas remete, ainda, à leitura que muitos operadores do direito fazem do sistema jurídico (especialmente a jurisprudência), desvirtuado do sistema econômico,¹⁶ permitindo que os empreendedores insiram as decisões judiciais como elementos do custo da produção capitalista.¹⁷ Como exemplo, Marcos Neves Fava cita o percentual de juros trabalhistas (1% ao mês), que estimula a utilização de diversas medidas de revisão das decisões judiciais pelo devedor, visando aumentar a remuneração do capital reservado para a satisfação da execução — o que poderia ser evitado com a elevação deste percentual por meio de lei.¹⁸

São diversas as propostas para o enfrentamento das dificuldades de satisfação da execução, classificadas por Marcos Neves Fava como ontológicas. Destacam-se as medidas que visam à ampliação do rol de responsáveis pelo crédito trabalhista, como a desconsideração da personalidade jurídica¹⁹ e o reconhecimento de grupo econômico na fase de execução, bem como a celebração de convênios administrativos para acelerar a execução, como o Bacen-Jud, o Infoseg, os celebrados com cartórios de registros de imóveis e com os departamentos de trânsito.²⁰

Marcos Neves Fava constata que determinadas disposições legais, ao invés de induzirem o devedor à satisfação da obrigação, favorecem seu descumprimento ao baratear o custo da dívida. Assim, propõe alterações legais que revertam tal estado, como a realização do depósito recursal integral para a interposição de recursos (ressalvados casos que restringissem o direito de defesa, como em relação aos empregadores pessoas físicas) e a elevação dos juros e da correção monetária aplicados ao crédito trabalhista.²¹ O autor propõe medidas que induzam à efetividade da execução, ao onerar a imagem do devedor, tais como a existência de certidão negativa de débitos trabalhistas (hoje regulada pela Lei n. 12.440/2011) e a criação de

¹⁶ Utiliza o autor as referências do movimento *law and economics*, especialmente a doutrina de Richard Allen Posner, para elucidar as causas ontológicas que contribuem para a crise da execução trabalhista, embora ressalve a existência de fundadas críticas a tal vertente, afirmando não se tratar da mais adequada perspectiva de análise dos sistemas jurídico e econômico. FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 38.

¹⁷ Ibid., p. 38-40.

¹⁸ Ibid., p. 40.

¹⁹ Relembrando o autor a despersonalização da figura do empregador, afirma que “[...] nenhuma importância guarda, na configuração do contrato de trabalho subordinado, a composição formal do empregador, o que torna lícita, sem necessidade de identificação do desvio de uso da personalidade jurídica, sua desconsideração.” Ibid., p. 105-106.

²⁰ Ibid., p. 102-113, 118-122.

²¹ Ibid., p. 122-125.

um cadastro de devedores recalcitrantes pelos tribunais do trabalho (semelhante à “lista suja” de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condição análoga à de escravos, regulada pela Portaria n. 540, de 15 de outubro de 2004, do Ministério do Trabalho e Emprego), a partir de critérios objetivos a serem fixados oportunamente.²²

Por fim, a falta de efetividade da execução, em muitos casos, não deriva da impropriedade das técnicas processuais executivas ou de manobras utilizadas pelos executados para postergar o cumprimento da execução, mas sim da ausência de patrimônio penhorável do executado. Marcos Neves Fava afirma que:

O emperramento das execuções encontra causa, muitas vezes, na ausência total de meios materiais para cumprimento das obrigações contidas no título exequendo. Sem dinheiro, patrimônio ou crédito, ninguém paga dívida pecuniária, assim como pessoas já falecidas não exprimem declaração. A sentença que ordenou a alguém que pagasse não se concretiza, quando o destinatário da ordem encontra-se em estado de total insolvência. Se, por outra, determinou a pessoa natural que cumprisse obrigação de fazer e o obrigado veio a falecer, igualmente não haverá satisfação do conteúdo executório, ao menos pelo obrigado original.²³

Neste contexto, o autor cita o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, previsto no artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, como instrumento a ser utilizado para minorar tal situação de insolvência.²⁴

Wagner Drdla Giglio, desde a 5ª edição da obra “Direito Processual do Trabalho”, datada de 1984, defendia a utilização de um fundo como garantia que permitisse o célere recebimento do crédito trabalhista. Propunha o referido professor, inspirado em um fundo das execuções previsto na legislação da Espanha, a utilização do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para o recebimento imediato do crédito trabalhista pelo empregado. Para tanto, propôs o depósito integral da condenação para recorrer, asseverando que:

O Fundo cobriria essa despesa antecipada com o depósito da condenação feito pelo empregador, havendo recurso. O reembolso do vencido em primeiro grau, se ocorrer reforma da condenação, ficaria garantido pela indisponibilidade de quantia equivalente, na conta vinculada do empregado, até trânsito em julgado da decisão. Mantida a condenação, a quantia

²² FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 130-133.

²³ Ibid., p. 134.

²⁴ Ibid., p. 134-135.

congelada voltaria a ser disponível nas hipóteses legais de levantamento do Fundo, pelo trabalhador. Reformada a sentença, o Fundo ressarciria o empregador, descontando igual montante da conta vinculada do empregado. Assim, resultariam atendidos todos os interesses: os do empregado, os do empregador e os do Fundo de Garantia. Os do empregado, porque poderia dispor imediatamente do que ganhou, e tendo necessidade de devolver a verba recebida, por reforma parcial ou total do julgado, fã-lo-ia com dinheiro próprio, retirado do Fundo; os do empregador, porque não ficaria privado de recorrer e, em caso de sucesso, teria assegurada a devolução do numerário depositado, corrigido pela aplicação de juros e dos índices de correção monetária; e os do Fundo de Garantia, porque não pagaria a descoberto.²⁵

Esta proposta solucionaria, segundo o autor, a maioria dos processos, mas haveria situações que demandariam novas soluções.

O depósito da condenação seria devolvido ao empregador no caso de acolhimento total ou parcial de seu recurso, desde que tenha cumprido regularmente suas obrigações em relação ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. No caso de ter recolhido os depósitos corretamente, mas estes serem insuficientes à devolução do montante que foi entregue ao trabalhador, o Fundo de Garantia deveria se ressarcir com os depósitos existentes na conta vinculada do empregado e aguardar novos recolhimentos para a reposição de toda a quantia paga. Na hipótese de não mais serem efetuados depósitos, caberia ao Fundo promover ação de cobrança contra o empregado e, não sendo possível recuperar tal valor, inevitável seria o prejuízo do Fundo, que seria minimizado ao ser distribuído entre todos os empregados do Brasil.²⁶ Por fim, no caso de o Fundo adimplir a condenação sem o depósito realizado pelo empregador, por não ter sido interposto recurso, o Fundo deveria mover ação de cobrança, na condição de sub-rogado do empregado.²⁷

Ainda que o artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, tenha veiculado a criação de um fundo garantidor de créditos trabalhistas com conformação diversa da proposta pelo referido autor, prevendo a criação de um instituto próprio e com recursos diversos dos propostos, fato é que a presente referência se fez necessária para demonstrar que a preocupação com a efetividade da execução trabalhista não é recente.

²⁵ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 431-432.

²⁶ Ibid., p. 432.

²⁷ Ibid., p. 433.

2 EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2004

A Emenda Constitucional n. 45, de 08 de dezembro de 2004, dispôs sobre a reforma do Poder Judiciário, criando e alterando a redação de diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988. No artigo 3º da referida Emenda Constitucional, previu-se a criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, nos seguintes termos: “Artigo 3º - A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.”

Ante a inovação da matéria no ordenamento jurídico trabalhista, impõe-se a análise dos motivos que inspiraram o legislador constituinte derivado reformador a prever a criação de tal Fundo, com a necessária investigação da Proposta de Emenda à Constituição da qual resultou a Emenda Constitucional n. 45/2004.

2.1 Proposta de Emenda à Constituição n. 96-B, de 1992

A Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu modificações na estrutura do Poder Judiciário, decorreu da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 96-B, de 1992, de autoria do deputado Hélio Bicudo, composta de 21 artigos que nada dispunham sobre a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas.²⁸

Referida Proposta de Emenda à Constituição foi objeto de 45 emendas na Câmara dos Deputados, no prazo regimental,²⁹ dentre as quais nos interessa a de n. 26/99, apresentada pelo deputado Zenaldo Coutinho (PSDB/PA), que previu a criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas nos seguintes termos: “Será instituído um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, nos termos da lei.”³⁰

²⁸ BRASIL. Constituição (1988): Proposta de Emenda à Constituição n. 29, de 2000. Secretaria de Arquivo do Senado Federal, Brasília, DF, v. 1, p. 01-11.

A Proposta de Emenda à Constituição n. 96, de 1992, de autoria do Deputado Hélio Bicudo, foi protocolada no Senado Federal sob o número 29/2000, na data de 30 de junho de 2000, conforme página 01 do volume principal.

²⁹ Ibid., v. 7, p. 828.

³⁰ Ibid., v. 2, p. 597.

Considerando a importância do estudo dos objetivos pretendidos pelo legislador constituinte derivado reformador ao dispor sobre a criação deste Fundo, transcreveremos a justificação desta proposição:

JUSTIFICAÇÃO

Justificativa para o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas:

Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas [Tese aprovada no X Congresso Brasileiro de Magistrados, sob o tema “O Poder Judiciário e a Constituinte”, realizado em Recife (PE), de 17 a 20 de setembro de 1986, dentre outros conclaves jurídicos. Texto resumido. (*Nota do original*)]

1. Prolegômenos

Nunca é tarde para que nos convençamos de que a Justiça do Trabalho exerce uma Jurisdição social, um *tertius genus* que não se confunde com a jurisdição civil ou penal. Portanto, deve ser tratada de maneira especial e diferenciada.

Observe-se que nas regras de competência incluem-se o poder de decidir e executar, pois ambos são aspectos da mesma realidade — a aplicação do Direito, salvo se a pretensão tiver por objeto a mera declaração. Conforme a lição de KELLNER “o autor e a sociedade têm interesse de que a pretensão não só seja reconhecida, ma também expressamente realizada, isto é, de que a unidade cognição-execução seja efetivamente concretizada” (CF. ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA, *in* “Créditos Trabalhistas no Juízo Concursal”, Aide Editora, 1ª edição, 1985, pág. 133).

Por isso, resolvemos incluir, neste estudo, o problema da execução trabalhista, até mesmo porque, muito embora a questão seja pouco percebida pelos Tribunais, é justamente nos órgãos de 1º grau de jurisdição que se depara com entraves e com as dificuldades no efetivo cumprimento da *res judicata*. AMARO BARRETO tinha razão ao afirmar que na Justiça do Trabalho se executa mal (LTr 38/804, setembro-1984).

Desta forma, parece-nos oportuno que a matéria seja elevada à categoria de garantia constitucional. Se por um lado, a competência da Justiça do Trabalho ficará limitada, praticamente, à fase de conhecimento do processo — como veremos — em compensação, a idéia visa dotar o Judiciário Trabalhista dos meios que lhe permitam efetivamente dar cumprimento à sentença transitada em julgado ou de acordo descumprido.

A Justiça do Trabalho, dada sua relevante missão sócio-político-jurídica, não pode e nem deve ficar no descrédito daqueles que a ela recorrem em busca da efetiva satisfação de suas pretensões procedentes.

Em suma, reduz-se a competência executória, com a eliminação total da execução nos moldes atuais — cuja eficácia é precária —, contudo, amplia-se a eficiência e a rapidez na entrega efetiva da tutela jurisdicional trabalhista. Mais do que uma simples reforma; uma verdadeira “revolução” no processo executivo trabalhista, com respaldo constitucional, sem quebra da ordem jurídica, como convém aos propósitos do aperfeiçoamento do Judiciário em crise e aos anseios da Sociedade atual. Portanto, um desafio ao Estado moderno, ao papel do Direito e aos princípios da Justiça Social.

2. Considerações críticas

O processo trabalhista, como recurso alternativo, concebido para ser simples, informal, concentrado, oral e, célere, vem se tornando complexo, formal,

seccionado na colheita da prova, escrito e lento, o que tem sido motivo de preocupação por todos aqueles que desejamos uma justiça mais efetiva, mediante um processo que seja instrumental, e jamais um fim em si mesmo. Na fase de execução, um dos calcanhares de Aquiles na Justiça do Trabalho, a efetividade é quase nenhuma, porque nada ali obedece aos princípios basilares do processo verdadeiramente simples, informal, concentrado, oral e célere.

Desde o momento histórico em que o devedor deixou de responder com o seu próprio corpo pelas dívidas civis (salvo os resquícios em casos de dívidas por alimentos e infidelidade do depósito), o seu patrimônio passou a garantir o crédito, em caso de execução judicial forçada. Daí a penhora sobre bens do devedor, para efeito de alienação, em praça ou leilão, e posterior pagamento para satisfação do direito do credor, como assegurado no título executivo judicial ou extrajudicial. Acontece que esse sistema complexo de execução, que vem dos romanos, já não atende às expectativas do credor trabalhista, não raro hipossuficiente e desempregado.

O que fazer? Após ouvir conferência proferida por Manuel Alonso Olea, em São Paulo, no ano de 1976, que fez breve referência ao “Fondo de Garantía Salarial”, na Espanha, o juiz do trabalho, Vicente José Malheiros da Fonseca, atual Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (Belém-Pará) e Coordenador do Colégio de Presidentes e Corregedores de TRTs, sustentou a tese de criação de um “Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas” [Tema central do livro *Reforma da Execução Trabalhista e Outros Estudos*, LTr, São Paulo, 1993, de autoria de Vicente José Malheiros da Fonseca. (*Nota do original*)], que tem defendido há quase vinte (20) anos, aprovada em diversos congressos jurídicos, mas ainda não aproveitada pelo legislador brasileiro.

O precedente espanhol funciona, em resumo, da seguinte maneira: havendo recurso da empresa relativo a parcela salarial, pode o trabalhador levantar logo o valor correspondente perante o Fundo; improvido o apelo, o obreiro já teve antecipado o seu pagamento; provido o recurso patronal, o Fundo se incumbe de cobrar do trabalhador e ressarcir o empregador.

A idéia, ora proposta, é um pouco diferente. Propõe-se a movimentação do Fundo somente após o trânsito em julgado da decisão. Se houver recurso, a execução poderá estar garantida com o depósito parcial (50% do valor da condenação, em caso de recurso ordinário) ou total (100% do valor da condenação, na hipótese de recurso de revista). Não havendo garantia total, os embargos do devedor somente poderão ser admitidos mediante o depósito em dinheiro equivalente ao valor integral da condenação, em se tratando de decisão condenatória. Como a sentença deve ser líquida, considerável percentual de embargos do devedor não terá mais razão de ser apresentado, porque, como sabemos, versam costumeiramente sobre cálculos de liquidação de sentença. Aliás, proponho que esses embargos sejam opostos em audiência, onde também devem ser instruídos e imediatamente julgados, observando-se, ainda nesse particular, os princípios da simplicidade, informalidade, concentração, oralidade e celeridade. Superada a fase de embargos do devedor, e não havendo pagamento, o juízo da execução determinará a movimentação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas — que se destina a assegurar todo e qualquer crédito trabalhista, e não apenas o de natureza salarial, como na Espanha —, para efeito de pagamento imediato ao credor trabalhista, que terá, assim, satisfeito, de modo rápido, o seu direito. Em seguida, o Fundo, sub-rogando-se no crédito do trabalhador, passa a executar o devedor, perante a Justiça do Trabalho, mediante a aplicação de sanções severas, inclusive as astreintes (dia-multa),

justamente para evitar a sua movimentação constante e inevitável descapitalização.

Como se vê, não haverá penhora, avaliação, registro, remoção, praça, leilão, embargos de terceiro e outras medidas e incidentes que retardam a efetiva e real entrega da prestação jurisdicional. As empresas, entretanto, poderão utilizar-se do Fundo, para aplicação em programas que tragam benefícios diretos ou indiretos aos trabalhadores e seus familiares, tais como creches, escolas, qualificação profissional, lazer etc., desde que não provoquem a movimentação judicial dos depósitos durante um período razoável (1 ou 2 anos). O Fundo, na hipótese sugerida, inicialmente resultará da fusão de diversos outros fundos já existentes no Brasil (FGTS, PIS-PASEP, FAT etc). Os empregadores adimplentes com o Fundo receberão incentivos fiscais.

A fórmula preconizada, que se fundamenta nos princípios da seguridade e tem como premissa a função social da empresa, nas relações trabalhistas, atende aos pressupostos jurídicos da responsabilidade civil objetiva, que justificam, por exemplo, o instituto do seguro prévio para garantir os infortúnios humanos, que não se restringem aos fenômenos da morte, do acidente, do incêndio, da doença e da aposentadoria, para os quais existem os fundos que asseguram a cobertura de compensações para os dependentes e segurados, mas devem incluir os riscos decorrentes das relações de emprego, especialmente em favor dos desempregados e seus familiares, excluídos de uma vida mais digna, vítimas da crueldade que a sociedade, egoisticamente, vem se acostumando a assistir, quase insensível, senão indiferente.

Foi, pois, pensando nas agruras do credor trabalhista, que espera “até não sei quando” o final do processo de execução, qual Pedro Pedreiro, do Chico Buarque de Hollanda, que o juiz trabalhista Vicente José Malheiros da Fonseca concebeu a idéia do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, com vistas a agilizar e tornar realmente efetiva uma das fases mais demoradas do processo do trabalho, ao lado do sistema recursal, que também carece de aperfeiçoamentos. O processo civil tem sofrido diversas mudanças. Guarda-se, ainda, a esperança de que o processo executório trabalhista possa ser dotado da efetividade de que tanto necessita.

3. Colocação do problema

A execução trabalhista apresenta-se penosa, muitas vezes com incidentes protelatórios. Se o direito material do trabalho possui características peculiares, impõe-se a necessidade de um processo judiciário trabalhista que se identifique com os princípios norteadores do equilíbrio entre o capital e o trabalho, inclusive na fase executória. A imediata satisfação do acordo ou da sentença é a garantia do prestígio do Judiciário Trabalhista, na sociedade. Hoje, porém, a execução trabalhista continua sob os moldes tradicionais da execução cível. Ora, o processo civil serve para a execução de sentença “entre iguais”, e não para a execução “entre desiguais”. Na execução trabalhista, os princípios de economia, celeridade e simplicidade processuais têm sido nulos. Não raro, o empregado ganha, mas não leva. De que vale valorizar o trabalho e não reconhecer aos trabalhadores as garantias decorrentes dessa valorização? O certo é que nem sempre a aplicação das normas subsidiárias ao processo trabalhista resolve o problema. Qual seria, então, a solução?

4. Solução

Creemos que a criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas resolveria o impasse.

Eis o seu funcionamento, em resumo: com o trânsito em julgado, promove-se a execução *ex-officio*, expedindo-se mandado de citação ao executado, sob pena de, em caso de falta de cumprimento da decisão ou do acordo, em 48 horas, o Juiz, por simples despacho, ordena o levantamento imediato da importância em depósito no FUNDO, em favor da parte credora, mediante mandado ou alvará judicial, cumprido pelo oficial de justiça, no valor correspondente ao principal e acessórios. Em caráter alternativo, expede-se autorização diretamente ao banco depositário para pagar ao credor, sem maiores formalidades, cabendo ao banco remeter à Justiça do Trabalho o documento de quitação para anexação aos autos. O credor, porém, poderá deixar a quantia depositada, total ou parcialmente, no banco, com idênticos rendimentos assegurados à caderneta de poupança.

Sendo ilíquida, a sentença exequenda será previamente liquidada, utilizando-se métodos modernos de computação para os cálculos, se possível. Na liquidação por artigos, inverte-se o ônus da prova, a cargo do reclamado-empregador-executado, reduzindo-se o prazo de impugnação para cinco dias. Elimine-se a liquidação por arbitramento, que, se necessário, deve ser estabelecido logo na sentença final da fase cognitiva.

Em síntese: não há penhora, avaliação, remoção, depósito, editais, praça, arrematação, adjudicação, remição e outros atos ou incidentes que dificultam, retardam ou nulificam a execução trabalhista.

Com o levantamento do fundo a favor do credor e recolhidas as custas, arquiva-se o processo trabalhista. Em seguida, incumbe ao órgão gestor do FUNDO propor ação regressiva contra o executado, perante a Justiça Comum, subrogando-se nos direitos do credor trabalhista, mediante sanções severas para desestimular a movimentação desmotivada. Em caráter alternativo, o FUNDO poderá prosseguir na execução contra o executado, perante a própria Justiça do Trabalho.

5. Recursos do Fundo e incentivos fiscais

Os recursos para o FUNDO serão obtidos por depósitos mensais obrigatórios, em contas individualizadas, empresa por empresa, tal qual o sistema do FGTS. As empresas poderão movimentar também o FUNDO, em hipótese e valores limitados, a critério do legislador, mas a aplicação do recurso será rigorosamente fiscalizado pelo órgão gestor do FUNDO (Banco do Trabalho) e deverá ser utilizada em benefício exclusivo dos trabalhadores ou de seus dependentes (creches, escolas, colônia de férias, etc.), sob pena de severas sanções, inclusive criminais. A lei instituirá incentivos e estímulos fiscais, isenções e deduções tributárias às empresas contribuintes do FUNDO, se em determinado período de carência não houver falta de recolhimento mensal e não tenham sido inadimplentes na Justiça do Trabalho, mediante comprovação por certidões idôneas.

6. Disciplinamento legal

O FUNDO será disciplinado por Lei Complementar, para incorporação à nova CLT, com definição de alíquotas e bases do tributo, bem como do sistema de arrecadação, administração e aplicação. Deve, porém, ser logo assegurado na nova Constituição Federal, como garantia dos trabalhadores.

7. Conclusões

Não é suficiente que o crédito do trabalhador, reconhecido por sentença judicial, conserve o seu poder aquisitivo. Impõe-se que o empregador sofra as consequências penais por mora no cumprimento da obrigação resultante da *res judicata*, proporcionalmente à gravidade social da sua atitude. Em face do alcance social da medida e adotando-se o sistema francês das

astreintes, propõe-se que seja inserido na Constituição Federal, um dispositivo que assegure que, na execução da sentença trabalhista, a dívida principal seja acrescida das sanções pecuniárias impostas pelo juiz à parte vencida pelo atraso no cumprimento da decisão judicial, sem prejuízo de sua atualização monetária. Não basta “dizer” o direito (*jurisdictio*); impõe-se realizá-lo, concretamente (*judex executione*).

(a) Trata-se de uma reformulação profunda e corajosa no nosso Direito Processual do Trabalho, pois é medida capaz de imprimir uma verdadeira antecipação da garantia das execuções trabalhistas, inclusive com apoio nos princípios da seguridade social;

(b) É um sistema de pagamento imediato, efetivo e atualizado dos créditos decorrentes do trabalho humano;

(c) É uma reforma ampla e eficaz da execução trabalhista.

Sala das Sessões, em 28 de abril de 1999.

ZENALDO COUTINHO

Deputado Federal – PSDB/PA³¹

A Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 96-A, de 1992, que “introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário”, e às propostas apensadas, apresentou substitutivo elaborado pela relatora, deputada Zulaide Cobra,³² que, ao relatar o processamento da PEC, proferiu voto no qual explicitou as principais alterações do texto constitucional constantes do substitutivo.³³ Neste voto foram elencadas as seguintes matérias: celeridade e efetividade da prestação jurisdicional,³⁴ aprimoramento da magistratura,³⁵ acesso à Justiça e mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos,³⁶ democracia interna do Poder Judiciário,³⁷ moralidade administrativa,

³¹ BRASIL. Constituição (1988): Proposta de Emenda à Constituição n. 29. Op. cit., v. 2, p. 597-603.

³² Ibid., v. 7, p. 825-884.

³³ Ibid., p. 835-854.

³⁴ Neste tópico foram abordados temas como o sistema recursal, especialmente nos tribunais superiores, a súmula impeditiva de recursos, o controle constitucionalidade, as competências do Supremo Tribunal Federal (STF), a extinção Tribunais de Alçada, a execução por precatórios, o *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos e a competência da Justiça Federal para julgar crimes relativos a esta matéria, o cumprimento de prazos pelos juízes, o mandado de injunção, a distribuição imediata processos, dentre outros. (Ibid., p. 835-840).

³⁵ Foram apresentadas propostas acerca da idade mínima e do requisito de experiência jurídica para ingresso na carreira, da criação de escolas nacionais de formação e aperfeiçoamento de magistrados, das condições para promoções. (Ibid., p. 840-841).

³⁶ Tratou-se de matérias como a autonomia funcional, administrativa e orçamentária das Defensorias Públicas, a atividade jurisdicional ininterrupta, o aumento número de magistrados condicionado à litigiosidade na unidade jurisdicional e à população, o aperfeiçoamento da justiça de paz, a criação de instrumentos extrajudiciais de solução de conflitos, inclusive em empresas e como condição de ajuizamento de ação trabalhista. (Ibid., p. 842-843).

³⁷ Abrangidas, dentre outras, questões sobre a eleição parcial ou total dos órgãos especiais e diretivos dos tribunais e a impossibilidade de reeleição. (Ibid., p. 843).

transparência, controle e coordenação administrativa dos órgãos do Poder Judiciário,³⁸ Justiças Especializadas e Ministério Público.³⁹

No tocante às Justiças especializadas, foram abordadas alterações nas disposições constitucionais relativas à Justiça Militar,⁴⁰ à Justiça Eleitoral⁴¹ e à Justiça do Trabalho.

Relativamente à Justiça do Trabalho, foram realizadas justificações sobre as seguintes matérias: extinção da representação classista e do poder normativo, com ênfase a mecanismos extrajudiciais de composição de litígios; organização de juizados especiais para matérias trabalhistas; ampliação e explicitação de competências para abranger causas e matérias que pertençam ao universo do trabalho ou que com ele guardem conexão; reorganização dos Tribunais Regionais do Trabalho, reduzindo seu número conforme critérios objetivos e criando novos quando demonstrada efetiva necessidade, tendo em vista o número de habitantes e de processos trabalhistas.⁴²

Nada foi exposto acerca da criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, apesar de sua previsão no artigo 44 do substitutivo, nos seguintes termos:

Art. 44. A lei criará o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas.⁴³

³⁸ Há disposições sobre o Conselho Nacional da Magistratura, o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público, o Conselho da Justiça Federal e o da Justiça do Trabalho, a destinação de custas e emolumentos ao Poder Judiciário, a vedação do nepotismo, a previsão de quarentena, a publicidade das sessões dos tribunais, entre outras. (BRASIL. Constituição (1988): Proposta de Emenda à Constituição n. 29. Op. cit., p. 844-848).

³⁹ Previsão de que a indicação do Procurador-Geral seja feita pelo Presidente da República a partir de lista tríplice elaborada pela instituição, dentre integrantes da carreira; extensão das vedações impostas aos membros da magistratura aos do Ministério Público; possibilidade de perda do cargo por decisão do Conselho Nacional do Ministério Público; vedação total do exercício de atividade político-partidária; idade mínima de 25 anos e exercício de três anos de prática forense para ingresso na carreira; aplicação das regras do artigo 93, III, da Constituição Federal (CF), relativas à promoção por antiguidade e merecimento; distribuição imediata de processos, dentre outras disposições. (Ibid., p. 852-853).

⁴⁰ Discutiu-se a extinção dos Tribunais de Justiça Militar e dos Conselhos de Justiça nos Estados e, em nível federal, a redução da composição do Superior Tribunal Militar para nove ministros, bem como a competência restrita aos crimes propriamente militares. (Ibid., p. 851).

⁴¹ Propôs-se a alteração da composição do Tribunal Superior Eleitoral, bem como a regulamentação da organização e da competência dos tribunais por lei ordinária, e não lei complementar, como consta do art. 121 da CF. (Ibid., p. 851-852).

⁴² Ibid., p. 849-851.

⁴³ Ibid., p. 882.

A proposta inicial, apresentada pelo deputado Zenaldo Coutinho, não se referiu às receitas do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, prevendo apenas a sua criação “nos termos da lei”. Mas, conforme a justificação de sua proposição, supratranscrita, o parlamentar foi claro ao pretender que o Fundo fosse “constituído por depósitos mensais obrigatórios, em contas individualizadas, empresa por empresa, tal qual o sistema do FGTS”.

Como se vê, houve modificação da proposta apresentada pelo deputado Zenaldo Coutinho por meio da Emenda n. 26/99, pois, no substitutivo apresentado pela relatoria, foi incluída a previsão de que o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas deveria ser integrado pelas multas decorrentes de condenações trabalhistas e administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, além de outras receitas. Porém, não houve exemplificação, no voto da deputada relatora, acerca das razões de tal opção política (recursos decorrentes de multas, além de outras receitas). Tampouco foi explicitado de quais multas decorrentes de condenações trabalhistas adviriam as receitas do Fundo e, em relação às multas administrativas oriundas da fiscalização do trabalho, não se fez qualquer menção à realocação da destinação de tais verbas.

Tais questões, de suma importância para a constituição e viabilidade do Fundo, foram relegadas à regulamentação pela legislação ordinária e serão retomadas em capítulo próprio deste estudo, quando da análise dos Projetos de Lei regulamentadora do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas.

Após diversos substitutivos que mantiveram a mesma redação do artigo 44 daquele apresentado pela Comissão Especial, a disposição foi transcrita na Redação Final da Proposta de Emenda à Constituição n. 96-E, de 1992, de relatoria da deputada Zulaiê Cobra,⁴⁴ e aprovada sem alterações no Senado Federal, compondo o artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45/2004.

2.2 Bloco de constitucionalidade

O artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45/2004 não foi incorporado ao texto da Constituição Federal, mas tal fato não lhe retira a natureza de norma constitucional, já que

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988): Proposta de Emenda à Constituição n. 29. Op. cit., v. principal, p. 85.

está inserido no bloco de constitucionalidade — que compreende “tudo o que compõe o ordenamento jurídico com *status* constitucional”.⁴⁵

Por isso, referido artigo serve de parâmetro para controle de constitucionalidade, o que é corroborado por José Carlos Francisco ao tratar do tema nos seguintes termos:

Uma dessas certezas é que a aplicação do Princípio da Supremacia da Constituição (que permite o controle de constitucionalidade dos atos jurídicos infraconstitucionais) passa a ter como parâmetro um conjunto de atos normativos, que no início não estará consolidado ou codificado, de forma sistematizada, num único diploma normativo. Com efeito, o ordenamento constitucional passa a ser composto do texto positivado e pelos elementos implícitos inseridos no corpo permanente e no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) pelo constituinte de 1988, pelos preceitos expressos e implícitos constantes apenas nas emendas constitucionais ordinárias elaboradas nos termos do art. 60 e nas emendas de revisão produzidas com amparo no art. 3º do ADCT (vale dizer, dispositivos constitucionais que não foram introduzidos no corpo permanente ou no ADCT, mas que têm hierarquia constitucional) e, agora, também pelos preceitos expressos e implícitos contidos nos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados nos moldes § 3º do art. 5º do ordenamento constitucional. Dessa reunião de diplomas normativos, todos com hierarquia constitucional, o sistema jurídico brasileiro passa a se valer da noção de bloco de constitucionalidade, qual seja, Constituição em sentido formal e material (portanto, hierárquico, permitindo o controle de constitucionalidade em decorrência da Supremacia da Constituição), que agora representa a reunião de diplomas normativos diversos, ainda que não consolidados em um único “código”.⁴⁶

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, refere-se ao conceito de *corpus* constitucional, que seria o “conjunto limitado de materiais normativos que formam a constituição”.⁴⁷ Tal *corpus* não seria um dado, mas um problema, havendo diversas concepções sobre quais elementos o comporiam. Segundo o autor, para alguns seria constituído apenas do texto constitucional, com a necessária identificação entre a constituição e o texto, sendo que, em alguns casos, há pequena variação, como o das Constituições da França de 1946 e 1958, que admitem no preâmbulo o respeito aos princípios da Declaração

⁴⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 303.

⁴⁶ FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. *In*: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 99-100.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1132.

dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os quais compõem o *corpus* sem estarem no documento constitucional.⁴⁸

Para outros, seriam incluídos no *corpus*, além do texto constitucional, outros materiais normativos, como o costume constitucional ou as interpretações do texto, sendo citado como exemplo o caso norte-americano da Judicial Review of Legislation.⁴⁹ Por fim, há quem considere que o *corpus* seria composto pelas normas materialmente constitucionais, mas Canotilho critica tal entendimento em razão da dificuldade de se determinar o que seria verdadeiramente constitucional, além da possibilidade de tal pensamento quebrar a unidade normativa da constituição, uma vez que todas as normas constitucionais possuem o valor constitucional e estão inseridas no *corpus* constitucional.⁵⁰

Da análise da justificação para a inclusão do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas na Emenda Constitucional n. 45/2004 denota-se que o legislador fez menção à existência de um fundo garantidor de créditos trabalhistas na Espanha, que serviu de inspiração à proposição. Desta forma, necessária se faz a análise da experiência espanhola para melhor compreender a sistemática de atuação de um fundo de garantia de créditos trabalhistas e perquirir se os Projetos de Lei regulamentadora estão em consonância com a experiência relatada pelo legislador.

Antes do estudo da experiência espanhola, porém, requer-se a investigação da regulação do tema no Direito Internacional e no Direito Comunitário, tendo em vista o importante papel que a Organização Internacional do Trabalho desempenha perante a comunidade internacional e perante os países membros da União Europeia, dentre os quais a Espanha. Desta forma, pretende-se avaliar como a questão dos fundos garantidores de créditos trabalhistas tem sido tratada nos âmbitos internacional, comunitário e nacional (Espanha), para verificarmos em que medida a proposição brasileira a eles se alinha.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1132-1133.

⁴⁹ Ibid., p. 1135-1136.

⁵⁰ Ibid., p. 1138.

3 SISTEMAS DE GARANTIA SALARIAL NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO

A previsão em normas internacionais de proteção do salário, segundo Manuel Ramos Torres, tem por fundamentos mais recentes: a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1948 (artigos 23.3 e 25.1);⁵¹ o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 (artigo 7º);⁵² bem como a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que assim dispõe na Declaração relativa aos fins e objetivos da organização (Declaração de Filadélfia, adotada na 26ª reunião de 10 de maio de 1944)⁵³:

III.

[...]

d) adotar normas referentes aos salários e às remunerações, ao horário e às outras condições de trabalho, a fim de permitir que todos usufruam do progresso e, também, que todos os assalariados, que ainda não o tenham, percebam, no mínimo, um salário vital.⁵⁴

No âmbito comunitário europeu, Manuel Ramos Torres cita o direito dos trabalhadores à percepção de remuneração digna, conforme o artigo 4º da Carta Social Europeia, de 1961,⁵⁵

⁵¹ “Artigo 23.3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.”

“Artigo 25.1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” (grifado). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 15 mar. 2011.).

⁵² “Artigo 7. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i) um salário equitativo (...);

ii) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto.” (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 469).

⁵³ RAMOS TORRES, Manuel. *El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y Análisis de su Régimen Jurídico Sustantivo*. Granada: Comares, 2000, p. 77-78.

⁵⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 24.

⁵⁵ Aprovada em Turim no ano de 1961, entrou em vigor no ano de 1965 e foi inspirada nas normas da OIT. Segundo Arnaldo Süssekind, “a Carta possibilita sua *ratificação parcial*, mas a validade do ato dependerá da aceitação de cinco das disposições referentes aos seguintes temas: direito do trabalho, direito sindical, direito de negociação coletiva, direito à seguridade social, direito à assistência social e médica, direito da família a uma proteção social e econômica e direito dos trabalhadores migrantes e suas famílias a proteção e ajuda”. (SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 435).

e o artigo 5º⁵⁶ da Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989.⁵⁷ Afirma que, à primeira vista, tais normas preveem a justa retribuição pelo trabalho; mas uma interpretação ampla revela a necessidade de os Estados adotarem medidas para garantir tal contraprestação, pois não basta garantir uma quantia a título de salário ou limitar sua retenção, se não forem estabelecidas medidas para assegurar sua percepção quando o inadimplemento se der por circunstâncias alheias ao trabalhador.⁵⁸

A garantia em caso de insolvência do empregador deu-se por meio de privilégios salariais previstos no artigo 11⁵⁹ da Convenção n. 95 da OIT,⁶⁰ o qual atribuiu aos trabalhadores a condição de credores preferenciais no tocante ao pagamento de salários devidos por serviço prestado anteriormente à quebra ou à liquidação da empresa, estipulando seu pagamento antes dos credores ordinários. Esse artigo previu a limitação, pelas legislações

⁵⁶ Consta do sítio oficial da União Europeia: “A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, foi adoptada em 1989 por todos os Estados-Membros, à excepção do Reino Unido. Os objectivos da Carta foram retomados no Tratado de Amsterdão aquando da integração neste último das disposições do protocolo social de Maastricht.

O Tratado de Lisboa faz-lhes referência no Título X relativo à política social (artigo 151.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia). O Tratado reconhece igualmente a Carta Social Europeia do Conselho da Europa, assinada em 1961 em Turim.

A Carta é considerada um instrumento político que estabelece "obrigações morais" com o objectivo de assegurar o respeito por determinados direitos sociais nos Estados. Estes direitos dizem sobretudo respeito ao mercado de trabalho, à formação profissional, à protecção social, à igualdade de oportunidade e à saúde e segurança no trabalho. Inclui ainda um pedido expresso à Comissão para que apresente iniciativas destinadas a traduzir o conteúdo da Carta em actos legislativos. Na sequência da Carta, foram adoptados vários programas de acção e propostas legislativas concretas.

A Carta dos Direitos Fundamentais, proclamada em Nice em 7 de Dezembro de 2000 e integrada no Tratado de Lisboa, retoma os direitos enunciados naquela”. (UNIÃO EUROPEIA. Sínteses da legislação da UE. Glossário. Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/social_charter_pt.htm>. Acesso: 15 mar. 2011).

⁵⁷ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p.78.

⁵⁸ Ibid., p.78.

⁵⁹ “Artigo 11

1. Em caso de falência ou de liquidação judiciária de uma empresa, os trabalhadores seus empregados serão tratados como credores privilegiados, seja pelos salários que lhes são devidos a título de serviços prestados no decorrer de período anterior à falência ou à liquidação e que será prescrito pela legislação nacional, seja pelos salários que não ultrapassem limite prescrito pela legislação nacional.

2. O salário que constitua crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores comuns possam reivindicar sua parte.

3. A ordem de prioridade do crédito privilegiado constituído pelo salário, em relação aos outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional.” (MARTINS, Sérgio Pinto. Convenções da OIT. Op. cit., p. 141).

⁶⁰ Este instrumento foi ratificado pela Espanha em 12 de junho de 1958 (BOE 22 ago. 1959), vigente a partir 24 de junho de 1959. (RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 78, nota 139). No Brasil, foi ratificada em 25 de abr. de 1957, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 29 de maio de 1956, e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 25 de julho de 1957, com vigência a partir de 25 de abril de 1958. (Ibid., p. 138).

nacionais, tanto do período de prestação de serviços a ser garantido quanto dos valores a ela correspondentes.⁶¹

A Convenção n. 117 da OIT, de 22 de junho de 1962,⁶² que dispõe sobre normas e objetivos da política social, determina, no artigo 11.1, que os Estados adotem medidas para garantir que todos os salários sejam pagos, o que leva Manuel Ramos Torres a afirmar que foi atribuída ao Estado responsabilidade em casos de inadimplemento decorrente de insolvência, especialmente quando os privilégios salariais sejam insuficientes.⁶³ Desta forma, o autor assevera que a criação da instituição de garantia dos créditos trabalhistas na Espanha no ano de 1976 não foi inédita, uma vez que já existiam tais instituições em ordenamentos de outros países europeus, as quais atuavam de forma simultânea ou complementar ao regime de proteção por meio de privilégios.⁶⁴

A Comunidade Econômica Europeia (CEE), considerando a existência de diversos modelos de garantia salarial, seja no tocante ao âmbito objetivo da proteção, da gestão e da contingência a considerar, constatou a necessidade de harmonizar as legislações dos Estados-membros, objetivo que se consolidou com a edição da Diretiva n. 80/987, de 20 de outubro de 1980. Já a Organização Internacional do Trabalho (OIT), constatando a evolução das legislações nacionais quanto à garantia salarial, seja pela atribuição de privilégios, seja pela criação de instituições de garantia, elaborou a Convenção n. 173, de 23 de junho de 1992.⁶⁵

Embora tais normas não estabeleçam quaisquer obrigações para o Brasil, pelo evidente fato de não compor o bloco da União Europeia e por não ter ratificado a referida Convenção da OIT,⁶⁶ impõe-se a análise destas normas internacionais por retratarem estudos e aprimoramentos advindos da experiência obtida pelos países que possuem instituição de garantia de crédito salarial.

⁶¹ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p.78-79.

⁶² Ratificada pela Espanha por Instrumento em 19 de fevereiro de 1973 (BOE 05 jul. 1974), depositado em 08 de maio de 1973 e vigente a partir de 08 de junho de 1974. (RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 79).

⁶³ Ibid., p. 79.

⁶⁴ Ibid., p. 79.

⁶⁵ Ibid., p. 80.

⁶⁶ O sítio da OIT Brasil evidencia que a Convenção n. 173 foi ratificada por 19 países: Albânia, Armênia, Austrália, Áustria, Botsuana, Bulgária, Burkina Faso, Chade, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Finlândia, Letônia, Lituânia, Madagascar, México, Suíça, Ucrânia e Zâmbia. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Recomendação 180, de 1992. Disponível em: <<http://www.oit.org/ilolex/spanish/index.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2011).

Porém, antes de analisarmos especificamente as citadas normas de Direito Internacional e de Direito Comunitário, insta efetuarmos breves apontamentos acerca do sistema jurídico que lhes corresponde.

3.1 O Direito Internacional Público e o Direito Comunitário

O Direito Internacional Público é “o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional”, sendo tais atores os Estados, as organizações internacionais, o homem etc.⁶⁷

No tocante ao Direito Comunitário, há quem o diferencie do Direito da Integração. Gustavo Bregalda Neves afirma que este é “o ramo do Direito Internacional que trata da integração (formação de blocos) econômica entre países de determinada região”, enquanto que o Direito Comunitário decorre da circunstância de a integração econômica atingir outros patamares, como, por exemplo, o de integração política, social, educacional, revelado pela União Europeia.⁶⁸

A OIT, como organização internacional, rege-se pelo princípio da coordenação, enquanto a União Europeia, como organização supranacional, ajusta-se ao princípio da integração, sendo que tal diversidade principiológica acarreta diversas consequências quanto à sujeição do Estado às normas produzidas por tais organizações.⁶⁹

Ambas são organizações internacionais, sendo que Miguel Gorjão-Henriques nos ensina que elas podem ser classificadas, quanto à sua estrutura jurídica, em organizações intergovernamentais (ou de cooperação) e organizações de integração ou supranacionais.⁷⁰

⁶⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de Direito Internacional público. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 77.

⁶⁸ NEVES, Gustavo Bregalda. Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 125-126.

⁶⁹ BORRAJO DACRUZ, Efrén. Liberdade de Opção e Responsabilidade do Estado-Legislator frente às Diretivas (Disposições) Comunitárias Européias: a experiência do Fundo de Garantia Salarial (FOGASA). Revista LTr, ano 59, n. 12, dez. 1995, p. 1620.

⁷⁰ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito comunitário. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 19.

As organizações de cooperação consistem no tipo clássico de organização internacional que estabelecem relações horizontais de coordenação entre soberanias (de cooperação). Por isso seus atos se dirigem aos Estados-membros, não atingindo seus cidadãos e não atribuindo direitos e obrigações que possam ser reivindicados direta e judicialmente. Assim, não adotam atos obrigatórios, vinculativos, mas recomendações.⁷¹

Por outro lado, as organizações internacionais de integração, ou supranacionais, segundo Miguel Gorjão-Henriques, têm como fundamento a limitação da soberania dos Estados e a “delegação ou transferência” de poderes soberanos para a organização. Estas organizações possuem uma ordem jurídica própria e são vinculantes no plano interno dos Estados-membros, podendo gerar direitos e obrigações para seus cidadãos.⁷² Afirma o autor que:

Em suma, as organizações internacionais de integração têm características que as contradistinguem claramente das de cooperação, de entre as quais se destaca o facto de erigirem uma ordem jurídica própria. Criadas por um instrumento de direito internacional público (*v.g.* um tratado), este constitui o seu direito originário, outorgado pelos Estados ou outra organização internacional (a ONU constituiu a OMS). Mas, partindo deste direito, elaboram o seu próprio direito interno (derivado ou secundário), cujo referente de validade é o próprio tratado, conjuntamente com as normas internas (constitucionais) dos Estados membros.⁷³

3.2 Fontes da Organização Internacional do Trabalho

Segundo o artigo 19, parágrafo 1º, da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia),⁷⁴ sua produção normativa compõe-se da Convenção Internacional e da Recomendação, que, conforme Arnaldo Süssekind, “constitui o que a OIT denomina de Código Internacional do Trabalho, figurando as resoluções e outros documentos

⁷¹ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Op. cit., p. 19.

⁷² Ibid., p. 19.

⁷³ Ibid., p. 20.

⁷⁴ “Artigo. 19.1. Se a Conferência pronunciar-se pela aceitação de propostas relativas a um assunto na sua ordem do dia, deverá decidir se essas propostas tomarão a forma: a) de uma convenção internacional; b) de uma recomendação, quando o assunto tratado, ou um de seus aspectos não permitir a adoção imediata de uma convenção.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia). Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2011).

como seus anexos”.⁷⁵ Essas normas, segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, abrangem o ramo individual e coletivo do Direito do Trabalho, “incidindo nas mais diversas matérias, que correspondem, grosso modo, ao evoluir das grandes preocupações da área jurídica ao longo dos cem anos da sua História”.⁷⁶

A produção normativa da Organização Internacional do Trabalho tem como fundamentos a universalidade e a adaptabilidade (artigo 19.3 da Constituição da OIT), pelos quais se considera que as normas devem ter caráter universal e devem considerar os diversos estágios de desenvolvimento dos países. Devem, ainda, ser flexíveis, no sentido de facultar a aceitação parcial de uma convenção ou a exclusão de determinados setores da atividade econômica, de categorias de trabalhadores e de cláusulas que admitam a ratificação em diferentes níveis de obrigações.⁷⁷

Arnaldo Süssekind afirma que a opção pela regulamentação de uma questão por meio de convenção ou de recomendação não se dá pela matéria a ser tratada, mas pelos efeitos jurídicos que se pretende obter. A regulamentação por meio de convenções é preferível em razão de sua maior hierarquia e eficácia jurídica, já que são objeto de ratificação pelos Estados-membros, enquanto que as recomendações devem ser utilizadas quando não se reputar apropriado, em determinado momento, regulamentar a questão por meio de convenção (artigo 19, parágrafo 1º, da Constituição da OIT).⁷⁸ Afirma que:

As convenções constituem tratados multilaterais, abertos à ratificação dos Estados-membros que, uma vez ratificadas, integram a respectiva legislação nacional. Já as recomendações se destinam a sugerir normas que podem ser adotadas por qualquer das fontes diretas ou autônomas do Direito do Trabalho, embora visem, basicamente, ao legislador de cada um dos países vinculados à OIT.⁷⁹

Relativamente às Convenções, tema que interessa a este estudo, uma vez aprovada uma Convenção pela Conferência Internacional da Organização Internacional do Trabalho, e ratificada por certo número de Estados-membros, já é considerada norma internacional.

⁷⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional... Op. cit., p.180.

⁷⁶ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Direito do Trabalho: parte I: dogmática geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 185.

⁷⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional... Op. cit., p. 183-185.

⁷⁸ Ibid., p. 181-182.

⁷⁹ Ibid., p. 182.

Porém, para vigorar no ordenamento jurídico de cada Estado-membro, requer-se que o país, manifestando ato de soberania, integre a Convenção ao seu ordenamento interno, ratificando-a.⁸⁰

3.3 Fontes de Direito Comunitário

Segundo a doutrina, o direito comunitário tem duas origens: o direito originário, decorrente das convenções internacionais e, portanto, de natureza convencional, e o direito derivado, composto por atos normativos emanados das instituições comunitárias, de caráter unilateral.⁸¹ Paulo Borba Casella afirma que:

As fontes convencionais, por seu turno, podem ser subdivididas em dois grupos. As fontes convencionais principais são os Tratados constitutivos, conforme referido. As fontes secundárias são outras convenções internacionais, originando normas jurídicas vinculantes para a Comunidade, sejam estas concluídas pelos Estados-membros entre si ou concluídas pela Comunidade com terceiros Estados.⁸²

Miguel Gorjão-Henriques nos ensina que o direito comunitário originário, sendo composto pelas normas que criaram as Comunidades e a União Europeia, desempenha outras funções.⁸³

Da primeira função, decorrente do princípio dos poderes atribuídos, extrai-se que a União Europeia somente pode intervir para realizar objetivos quando resultantes dos Tratados, isto é, do direito originário. Tem-se, também, que os atos de seus órgãos devem ter como sua base o direito comunitário originário, sob pena de invalidade, daí decorrendo outra função do direito primário, a de servir de fundamento de validade normativa de todo o direito comunitário derivado.⁸⁴

⁸⁰ BORRAJO DACRUZ, Efrén. Op. cit., p.1621.

⁸¹ CASELLA, Paulo Borba. Comunidade Europeia e seu ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1994, p. 122.

⁸² Ibid., p. 122.

⁸³ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Op. cit., p. 261.

⁸⁴ Ibid., p. 262. Também neste sentido BELTRAN, Ari Possidonio. Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais. São Paulo: LTr, 1998, p. 110.

O direito comunitário derivado foi previsto no Tratado que instituiu a Comunidade Económica Europeia (Tratado da CEE). Em seu artigo 249, o Tratado dispôs sobre as fontes do direito comunitário nos seguintes termos:

Para o desempenho das suas atribuições e nos termos do presente Tratado, o Parlamento Europeu em conjunto com o Conselho, o Conselho e a Comissão adotam regulamentos e diretivas, tomam decisões e formulam recomendações ou pareceres.

O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os Estados-Membros.

A diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.

A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários que designar.

As recomendações e os pareceres não são vinculativos.⁸⁵

Como se vê deste artigo, o regulamento possui aplicação direta (vincula os Estados-membros sem necessidade de qualquer procedimento de incorporação), tem carácter geral e é obrigatório em seus termos.

Paulo Borba Casella ressalta que a aplicabilidade direta do regulamento não é tão simples quanto parece, pois, além de constituir formalmente regulamento, deve possuir tal natureza em razão de seu conteúdo, para daí produzir efeitos sobre as ordens jurídicas nacionais. Assevera que o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE)⁸⁶ falava em “verdadeiros regulamentos”, em que é o conteúdo material do ato jurídico que determina sua natureza jurídica, e, por conseguinte, assegura sua aplicação direta.⁸⁷

Já a diretiva traça um resultado a ser alcançado pelo Estado, deixando à sua discricionariedade o modo de realizá-lo. Trata-se de uma obrigação de resultado imposta aos Estados-membros. Entende-se que a transposição das diretivas para os Estados deve se dar de forma clara e completa, até mesmo para possibilitar aos particulares a exigência de seu cumprimento. A esse respeito, Miguel Gorjão-Henriques se manifesta neste sentido:

⁸⁵ UNIÃO EUROPEIA. Versão compilada do texto que institui a Comunidade Europeia. 2002. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_PT.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

⁸⁶ Atualmente, a designação do TJCE é “Tribunal de Justiça da União Europeia”.

⁸⁷ CASELLA, Paulo Borba. Op. cit., p. 124.

Se o Estado membro estava obrigado a transpor a diretiva e não o fez (no prazo por esta fixado), coloca-se numa situação de incumprimento, sancionável contenciosamente (artigo 226º) e não pode, no entendimento constante do Tribunal de Justiça, prevalecer-se (beneficiando) perante os particulares do seu próprio incumprimento (é um afloramento do princípio do estoppel). Pelo que, se a directiva não transposta (ou incorretamente transposta) reunir as condições de que depende o efeito directo de qualquer norma comunitária (incondicionalidade e precisão), o particular poderá invocá-la jurisdicionalmente contra o Estado membro inadimplente, obtendo-se o benefício da sua aplicação e a desaplicação das normas nacionais que a esta se oponham.⁸⁸

As decisões são de cumprimento obrigatório aos seus destinatários (individualizados), que tanto podem ser os particulares como os Estados-membros. Miguel Gorjão-Henriques afirma que “sua eficácia depende de notificação (salvo se adoptadas segundo o procedimento de co-decisão) e serão inválidas se não se encontrarem devidamente fundamentadas”.⁸⁹

Por fim, relativamente às recomendações e aos pareceres, a característica principal destas fontes reside no fato de que não são vinculativas. A doutrina aponta que a distinção entre recomendações e pareceres é realizada de modo vago, sendo que o Tratado da Comunidade Económica Europeia determina a utilização de um ou de outro em cada matéria. Afirma Miguel Gorjão-Henriques que geralmente a recomendação é de “iniciativa do órgão que a formula e dirige-se para o exterior” e que o parecer “costuma ser adoptado no quadro do desenvolvimento habitual do procedimento de decisão, como acto interno e preparatório [...]”.⁹⁰

O princípio da integração que rege a União Europeia faz com que as normas por ela editadas integrem-se imediatamente ao ordenamento jurídico dos Estados que a compõem, sem qualquer necessidade de ratificação. Nestes termos manifesta-se Efrén Borrajo da Cruz:

As normas da Comunidade Europeia respondem a outro tipo normativo. Em princípio, enquanto tais, por si mesmas e, uma vez aprovadas pelas Instituições Comunitárias competentes, se integram ao ordenamento jurídico espanhol. Não requer outros atos formais ou expressos posteriores por parte do Estado espanhol, para ser Direito interno da Espanha.⁹¹

⁸⁸ GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Op. cit., p. 281-282.

⁸⁹ Ibid., p. 287.

⁹⁰ Ibid., p. 289.

⁹¹ BORRAJO DACRUZ, Efrén. Op.cit, p. 1622.

Analizados os termos em que se dá a produção normativa e sua vinculação aos Estados no âmbito da OIT e da União Europeia, passemos à análise das normas dessas organizações quanto à proteção de créditos trabalhistas em caso de insolvência empresarial.

3.4 Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho

A Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho, de 23 de junho de 1992, dispõe sobre a proteção dos créditos trabalhistas na insolvência do empregador.

Manuel Ramos Torres afirma que a proteção outorgada aos créditos salariais pelo artigo 11 da Convenção n. 95 da OIT mostrou-se incompleta nos últimos tempos, bem como superada pelas novas técnicas aplicadas à situação de crise na empresa, que privilegiam sua continuidade e conservação, ao invés de sua liquidação — que levaria à extinção de postos de trabalho. Tanto é assim que destaca o preâmbulo da Convenção n. 173, que traz como objetivo não só a proteção do crédito trabalhista, mas também a reabilitação das empresas insolventes, a fim de evitar seu desaparecimento e a perda dos postos de trabalho.⁹²

A Convenção n. 173 estabelece disposições mínimas, passíveis de melhora pelos Estados (artigo 16.1), e completa a proteção conferida aos créditos trabalhistas pela Convenção n. 95, revisando-a no que tange às disposições do artigo 11, o qual permanece em vigor para os países que não ratificaram a Convenção n. 173 e que ainda pode ser objeto de ratificação (artigo 14 da Convenção 173).⁹³

A Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho é dividida em quatro partes: a Parte I (artigos 1º a 4º) contém as disposições gerais, a Parte II (artigos 5º a 8º) trata da proteção do crédito trabalhista por meio de privilégios, a Parte III (artigos 9º a 13) da proteção do crédito trabalhista através de instituições de garantia, e a Parte IV (artigos 14 a 22) veicula as disposições finais. Para melhor compreensão da matéria, analisar-se-á a Convenção conforme tal divisão.

⁹² RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 80.

⁹³ Ibid., p. 80.

Nas disposições gerais (Parte I), o artigo 1.1 dispõe que o termo “insolvência” consubstancia, conforme legislação e prática nacionais, um processo relativo aos ativos de um empregador, objetivando o pagamento de uma coletividade de credores. Porém, o artigo 1.2 faculta a extensão de tal termo a outras situações que não permitam o pagamento do crédito trabalhista em razão de insuficiência financeira do empregador, por exemplo quando seu ativo não autoriza a abertura de processo coletivo de execução. Manuel Ramos Torres afirma que tal artigo amplia o conceito de insolvência para outras hipóteses, conforme legislação e práticas de cada Estado, complementadas pelo artigo 1.2 da Recomendação n. 180 da OIT, de 1992, sobre a proteção dos créditos trabalhistas na insolvência do empregador.⁹⁴

Dispõe o artigo 2º da Convenção que suas disposições devem ser aplicadas pela via legislativa ou por qualquer outro meio, conforme a prática nacional.

Como a norma prevê que a proteção dos créditos trabalhistas pode se dar de duas maneiras, quais sejam, pelo estabelecimento de privilégios aos credores trabalhistas (Parte II) e pela criação de instituição de garantia (Parte III), o artigo 3º possibilita a ratificação parcial por parte dos Estados, que será manifestada por uma declaração que acompanhará a ratificação. Assim, o Estado pode aceitar apenas a Parte II (estabelecimento de privilégios aos credores trabalhistas),⁹⁵ apenas a Parte III (proteção ao crédito por meio de instituição de garantia),⁹⁶ ou ambas.⁹⁷

O artigo 3.6 prevê que a aceitação da parte II põe fim, de pleno direito, às obrigações previstas no artigo 11 da Convenção sobre a Proteção do Salário (Convenção n. 95 da OIT), sendo que o artigo 3.7 dispõe que aquele que aceitar apenas as obrigações da Parte III poderá,

⁹⁴ “1.2) A los efectos de la presente Recomendación, los Miembros pueden extender el término ‘insolvencia’ a otras situaciones en que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador, en particular las siguientes:

a) cuando haya cerrado la empresa o hayan cesado sus actividades, o sea objeto de una liquidación voluntaria;
b) cuando el monto de los activos del empleador sea insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia;
c) cuando las sumas que se adeudan al trabajador, en razón de su empleo, estén en vías de cobro y se constate que el empleador carece de activos o que éstos no bastan para pagar la deuda en cuestión;
d) cuando haya fallecido el empleador, se haya puesto su patrimonio en manos de un administrador y no puedan saldarse las sumas adeudadas con el activo de la sucesión.” (RAMOS TORRES, Manuel. Op cit., p. 85).

⁹⁵ É o caso da ratificação de 11 dos 19 países que ratificaram a Convenção: Albânia, Austrália, Botsuana, Burkina Faso, Chade, Eslováquia, Lituânia, Madagascar, México, Ucrânia e Zâmbia. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Constituição... Op. cit.).

⁹⁶ Áustria e Eslovênia. (Ibid. Recomendação 180... Op. cit.).

⁹⁷ Armênia, Bulgária, Espanha, Finlândia, Letônia e Suíça. (Ibid.).

por meio de declaração ao diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho, pôr fim às obrigações do referido artigo 11 no que se refere aos créditos protegidos pela instituição de garantia.

Há a possibilidade de o Estado que aceitar as obrigações das partes II e III poder limitar, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, a aplicação da Parte III a certas categorias de trabalhadores e a certos setores de atividade econômica, devendo tal limitação ser especificada na declaração de aceitação (artigo 3.3).⁹⁸

O artigo 4.1 dispõe que a Convenção se aplica a todos os trabalhadores assalariados e a todos os setores de atividade econômica, mas o artigo 4.2 autoriza a exclusão de determinadas categorias das partes II e III (em particular os empregados públicos), devido à natureza peculiar de sua relação de emprego, ou no caso de existirem outras garantias que ofereçam proteção equivalente ao crédito,⁹⁹ após a consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas.

A Parte II trata da proteção do crédito trabalhista pela instituição de privilégio, o que, nos termos do artigo 5º, faz com que seja pago antes dos outros credores. Trata do mínimo a ser satisfeito (artigo 6º), da possibilidade de limitação quantitativa do crédito privilegiado (artigo 7º) e da atribuição de classe privilegiada ao crédito trabalhista, em particular frente aos créditos do Estado e da Seguridade Social (artigo 8º).

A parte III, que mais interessa a este estudo, dispõe sobre a proteção do crédito trabalhista por instituição de garantia, sendo que o artigo 11.1 da Convenção faculta à legislação e à prática nacionais a fixação das modalidades de organização, gestão, funcionamento e financiamento desta instituição. Já o artigo 11.2 autoriza, conforme as

⁹⁸ Exemplo da Bulgária, que excluiu da proteção da parte III os (i) sócios da empresa, (ii) os membros do órgão de gestão e de controle da empresa e (iii) os cônjuges e descendentes em linha reta do responsável pela empresa ou das pessoas elencadas nos itens (i) e (ii). (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação 180... Op. cit.).

A Espanha também ratificou a Convenção, excluindo da proteção prevista na Parte II os funcionários públicos e da Parte III os trabalhadores domésticos. (Ibid.).

⁹⁹ Como exemplo à previsão de proteção por “outras garantias”, Manuel Ramos Torres vislumbra a possibilidade de cobertura do crédito salarial por companhias de seguro, prevista no artigo 11.2 da Convenção n. 173. (RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p.84).

características e as necessidades do Estado, que as companhias de seguros proporcionem a proteção, desde que ofereçam garantias suficientes.

No tocante aos princípios que norteariam o funcionamento da instituição, Manuel Ramos Torres cita o artigo 8º da Recomendação n. 180 da Organização Internacional do Trabalho,¹⁰⁰ que prevê a existência de autonomia administrativa, financeira e jurídica em relação ao empregador; o financiamento pelos empregadores, exceto na hipótese de ser integralmente custeado pelo poder público; prestações automáticas, independente da ausência de contribuições do empregador, quando seja o caso; o caráter subsidiário de sua intervenção e a possibilidade de sub-rogação nos direitos dos trabalhadores; a destinação dos fundos à finalidade de sua arrecadação, quando não provenham do erário público.¹⁰¹

O artigo 10 autoriza o Estado, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, a adotar as medidas apropriadas para evitar possíveis abusos.

A Convenção dispõe sobre os créditos a serem protegidos, sobre o montante mínimo de cobertura, bem como sobre a possibilidade de fixação de um limite, conforme artigos 12 e 13, que assim dispõem:

Art. 12 - Os créditos trabalhistas amparados em virtude desta parte da Convenção deverão cobrir, pelo menos:

- a) os salários correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a oito semanas, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;
- b) as somas devidas relativas às férias remuneradas correspondentes ao trabalho efetuado em um período estabelecido, que não deverá ser inferior a seis meses, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;

¹⁰⁰ “Art. 8. Las instituciones de garantía podrían funcionar con arreglo a los siguientes principios:

a) deberían tener autonomía administrativa, financiera y jurídica con respecto al empleador;
 b) los empleadores deberían contribuir a su financiación, a menos que ésta esté asegurada íntegramente por los poderes públicos;
 c) deberían asumir sus obligaciones para con los trabajadores protegidos, independientemente de que el empleador haya cumplido o no con sus obligaciones eventuales de contribuir a su financiación;
 d) deberían asumir con carácter subsidiario las obligaciones de los empleadores insolventes, en lo referente a los créditos protegidos por la garantía, y poder subrogarse en los derechos de los trabajadores a los que hayan pagado prestaciones;
 e) los fondos administrados por las instituciones de garantía que no provengan del Erario público no podrían ser utilizados sino para los fines para los cuales fueron recaudados.”

¹⁰¹ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 86-87.

c) as somas devidas relativas a outras ausências remuneradas correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a oito semanas, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;
e

d) as indenizações relativas aos serviços prestados devidas aos trabalhadores por motivo do término de sua relação de trabalho.

Art. 13 - 1. Os créditos trabalhistas amparados em virtude desta parte da Convenção poderão ser limitados a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável.

2. Quando os créditos amparados estejam limitados desta forma, aquele montante deverá ser reajustado quando efetuado, para manter seu valor.

Manuel Ramos Torres afirma que a Convenção n. 173 entrou em vigor na Espanha em 16 de maio de 1996, doze meses depois do registro do instrumento de 28 de abril de 2005 (BOE de 21 de junho). Assevera que, nos termos do artigo 16.3, o Estado deve adaptar a legislação interna à Convenção, o que foi parcialmente atingido, uma vez que, embora haja conformidade do ordenamento espanhol no tocante aos mecanismos de proteção (estabelecidos nos artigos 32 e 33 do Estatuto de los Trabajadores) e no tocante ao âmbito subjetivo de proteção, o mesmo não ocorre com os créditos a serem protegidos.¹⁰² Isto porque, embora os créditos salariais sejam objeto de maior proteção no ordenamento interno, as indenizações pelo término dos serviços não observam a Convenção, pois algumas hipóteses de extinção contratual não se enquadram na definição dos créditos protegidos pelo Fondo de Garantía Salarial.¹⁰³

3.5 Diretiva n. 80/987 da Comunidade Econômica Europeia (CEE)

3.5.1 Histórico, objetivos e estrutura

Manuel Ramos Torres afirma que, se num primeiro momento, a política social comunitária era exercida como meio de obtenção de objetivos econômicos, aos quais se subordinava, a partir de 1972 tal situação se modifica, uma vez que os Estados perceberam a necessidade de uma atuação específica no âmbito social, em razão da crise econômica e das políticas de emprego por eles adotadas para enfrentá-la. Desta forma, em 21 de janeiro de 1974 foi aprovado o primeiro Programa de Ação Social por meio da Resolução do Conselho,

¹⁰² RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 88

¹⁰³ Ibid., p. 88-89.

com o objetivo de que a Comunidade tivesse um desenvolvimento equilibrado tanto na seara econômica como na social.¹⁰⁴

Com fundamento no artigo 118 do Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia (TCEE), que previa a colaboração dos Estados-membros no âmbito social, bem como no artigo 117, que dispunha, como formas de obtenção da melhoria das condições de vida e de trabalho dos cidadãos, a (i) harmonização dos sistemas sociais e a (ii) aproximação das disposições legais, regulamentares e administrativas dos Estados-membros, utilizou-se a técnica normativa prevista no artigo 100, qual seja, diretivas, que, segundo Manuel Ramos Torres, se concentraram, principalmente, nas matérias relativas à discriminação de gênero e à crise empresarial.¹⁰⁵

No tocante à crise empresarial, foi editada a Diretiva n. 80/987 da CEE, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros quanto à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador.

No tocante aos antecedentes e ao processo de elaboração da diretiva, o autor afirma que a Direção Geral de Emprego e Assuntos Sociais da Comunidade, constatando a implantação em alguns Estados-membros da instituição de garantia de créditos trabalhistas para casos de insolvência empresarial na década de 1970, realizou um estudo em 1977 sobre os diversos regimes existentes.¹⁰⁶

Esse estudo, segundo o Manuel Ramos Torres, foi realizado por prestigiosos juristas e contou com a opinião de organizações profissionais e de técnicos governamentais dos Estados-membros, e concluiu que de fato havia a necessidade de melhorar o sistema de proteção de créditos trabalhistas em casos de insolvência empresarial, o qual deveria abranger a remuneração do trabalho e das prestações acessórias. Para tal proteção, destacaram a tendência de constituição de um sistema de garantia por um fundo público financiado exclusivamente pelos empregadores, inspirado nos princípios da Seguridade Social e que atendesse a outras hipóteses de insolvência notória, não se restringindo à falência.¹⁰⁷

¹⁰⁴ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 89.

¹⁰⁵ Ibid., p. 89-90.

¹⁰⁶ Ibid., p. 91.

¹⁰⁷ Ibid., p. 91.

Os trabalhos preparatórios da Diretiva iniciaram-se no início do ano de 1978, sendo que a laboriosa tramitação perdurou mais de dois anos, uma vez que foi adotada em outubro de 1980.¹⁰⁸

O autor classifica os objetivos da norma em três categorias, a seguir explicitadas.¹⁰⁹

O objetivo social da Diretiva reside na proteção do trabalhador ante a insuficiência do sistema de privilégios,¹¹⁰ pretendendo fazer frente à demora da satisfação dos créditos trabalhistas em procedimentos concursais e ao inadimplemento em razão da insuficiência de patrimônio do empregador. Ainda nesse aspecto, objetiva-se proteger a empresa, uma vez que o sistema de privilégios pressupõe a liquidação desta, que resulta na extinção dos postos de trabalho, situação a ser evitada.

Há, ainda, os objetivos econômicos e comunitários da Diretiva, que revelam a intenção de harmonizar as legislações dos Estados-membros para evitar distorções que os diversos sistemas de proteção possam acarretar no mercado único,¹¹¹ bem como para facilitar os processos de modernização das empresas ao favorecer adaptações tecnológicas e organizativas que aumentem sua competitividade.

O artigo 9º da Diretiva revela seu caráter de norma que impõe resultados e diretrizes mínimas, deixando ao arbítrio dos Estados-membros a adoção de meios para alcançá-los. Dispõe que a norma comunitária não impede os Estados-membros de formularem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores assalariados.

¹⁰⁸ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 92.

¹⁰⁹ Ibid., p. 92.

¹¹⁰ Este objetivo consta do preâmbulo da diretiva, nos seguintes termos: Considerando que são necessárias disposições para proteger os trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, em particular para garantir o pagamento dos seus créditos em dívida, tendo em conta a necessidade e um desenvolvimento económico e social equilibrado na Comunidade; [...]”. (UNIÃO EUROPEIA. Directiva n. 80/987/CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980L0987:PT:NOT>>. Acesso em: 16 mar. 2011).

¹¹¹ Este objetivo também consta do preâmbulo da diretiva, nos seguintes termos: “Considerando que subsistem diferenças entre os Estados-membros quanto ao alcance da protecção dos trabalhadores assalariados neste domínio; que é conveniente reduzir essas diferenças que podem ter uma incidência directa no funcionamento do mercado comum; [...]”. (Ibid.).

Manuel Ramos Torres ressalta que a norma comunitária não pretendeu estabelecer um modelo único de garantia dos créditos trabalhistas, mas adotou um modelo pluralista e diversificado que estivesse em conformidade com os sistemas nacionais já implantados.¹¹² Por isso, permite aos Estados delimitar o âmbito de aplicação da proteção a determinadas categorias de trabalhadores (artigo 1.2) e os limites temporais e quantitativos dos créditos a serem garantidos (artigos 3º e 4º), definir as hipóteses específicas de insolvência (artigo 2.1) e definir termos como “empregado”, “empregador”, “direito adquirido” (artigo 2.2), atribuindo aos países, ainda, a faculdade de recusar ou reduzir a garantia quando houver laços particulares e interesses comuns entre trabalhador e empregador (artigo 10).¹¹³

3.5.2 Conteúdo da Diretiva

Da análise do conteúdo da Diretiva, especificamente quanto ao âmbito subjetivo da garantia, destaca-se o artigo 1.1, que dispõe que “A presente directiva aplica-se aos créditos dos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho existentes em relação aos empregadores que se encontrem em estado de insolvência na aceção do no 1 do artigo 2º.”¹¹⁴

Manuel Ramos Torres afirma que o dispositivo se refere a todos os trabalhadores por conta alheia, atendendo o dispositivo tanto ao caráter contratualista da relação quanto às hipóteses em que não exista contrato (neste caso abrangendo aqueles que não reconhecem o caráter contratual da relação de trabalho, bem como os casos em que o contrato seja nulo), desde que vinculados a empregadores que estão ou que se possam encontrar em estado de insolvência.¹¹⁵

O artigo 1.2 autoriza que os Estados, excepcionalmente, excluam da proteção certas categorias de trabalhadores em razão da natureza especial do contrato (ou da relação) de trabalho ou da existência de outras formas de garantia que assegurem proteção equivalente à prevista na Diretiva.

¹¹² RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 93.

¹¹³ Ibid., p. 93.

¹¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Directiva n. 80/987/CEE... Op. cit.

¹¹⁵ RAMOS TORRES, Op. cit., p. 95.

No tocante à contingência a ser protegida, a proteção aplica-se aos créditos devidos por empregadores em estado de insolvência, situação abordada no artigo 2.1 da Diretiva, que dispõe sobre a caracterização do estado de insolvência quando (i) tenha sido instaurado um processo, previsto nas disposições legislativas, regulamentares e administrativas do Estado-membro interessado, de satisfação coletiva dos credores do empregador; (ii) a autoridade que é competente por força das referidas disposições legislativas, regulamentares e administrativas tenha (ii.a) decidido a instauração do processo coletivo ou (ii.b) verificado o encerramento definitivo da empresa ou do estabelecimento do empregador, bem como a insuficiência do ativo disponível para justificar a instauração do processo.

Manuel Ramos Torres afirma que tal disposição evidencia que a Diretiva não considerou todas as hipóteses de insuficiência patrimonial do empregador, o que ficou patente na sentença do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) de 9 de novembro de 1995,¹¹⁶ que decidiu a segunda questão prejudicial¹¹⁷ que lhe foi suscitada, a qual inquiria se a Diretiva era válida à luz do princípio da igualdade ao proteger apenas os trabalhadores vinculados a empregadores que tinham seu patrimônio sujeito a execução, especialmente a coletiva.¹¹⁸

O Tribunal decidiu que não havia elemento para questionar a Diretiva à luz de tal princípio, ressaltando que a norma comunitária que fixa disposições mínimas pode ser elevada pelos ordenamentos nacionais e que tal critério objetivo se justifica ante a dificuldade de harmonização e adoção de um conceito de insolvência que se aplique a todos os Estados-membros.¹¹⁹

¹¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Processo C-479/93: Acórdão. 9 nov. 1995. Colectânea da Jurisprudência, 1995, p. I-03843. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0479:PT:HTML>>. Acesso em: 24 out. 2011.

¹¹⁷ A questão prejudicial é um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça da União Europeia e os tribunais nacionais, que possui dois objetivos: o primeiro reside na colaboração do tribunal europeu com os nacionais visando a *boa administração da justiça*, enquanto que o segundo objetivo é o de que tal instituto seja um instrumento de garantia da *uniformidade* da aplicação do direito comunitário.

O instituto é tratado no artigo 234 do Tratado que institui a Comunidade Europeia e se destina tanto à interpretação (das normas de direito comunitário originário e derivado) como à declaração de validade das normas de direito comunitário derivado pelo Tribunal de Justiça europeu.

Os acórdãos em questões prejudiciais fornecem elementos para a decisão do órgão nacional a respeito da validade e interpretação de uma norma comunitária, vinculando as diversas instâncias jurisdicionais, naquele processo, a tal interpretação. (GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Op. cit., p. 389-402).

¹¹⁸ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 98.

¹¹⁹ Ibid., p. 98.

Relativamente aos créditos garantidos, além dos créditos trabalhistas previstos no artigo 1.1 a Diretiva faz menção ao artigo 6º, que dispõe sobre a proteção das contribuições aos sistemas legais nacionais de segurança social ou aos regimes complementares de previdência profissionais ou interprofissionais.¹²⁰

Manuel Ramos Torres afirma que a definição ampla de créditos trabalhistas prevista no artigo 1.1 da Diretiva é restringida pelo artigo 3.1, que os limita à remuneração do período situado antes de determinada data a ser escolhida pelos Estados-membros nos termos do artigo 3.2.¹²¹

No tocante às contribuições sociais, afirma o autor que o crédito protegido seria o devido ao regime legal ou complementar de seguridade social, que de forma mediata protegeria o trabalhador das consequências derivadas do inadimplemento, mas o artigo 6º da Diretiva autoriza que os Estados excluam tais créditos do âmbito da garantia. Desta forma, a fim de evitar que a ausência de recolhimento das contribuições devidas ao regime legal ou complementar de seguridade social prejudique os trabalhadores, a Diretiva impôs duas obrigações aos Estados,¹²² analisadas a seguir.

A primeira traduz a obrigação de adotar medidas que assegurem o direito do trabalhador às prestações dessas instituições, na medida em que as cotizações tenham sido descontadas dos salários pagos (artigo 7º), isto é, o Estado deve garantir o direito às prestações.¹²³

A segunda obrigação está disposta no artigo 8º, nestes termos:

Os Estados-membros certificar-se-ão de que serão tomadas as medidas necessárias para proteger os interesses dos trabalhadores assalariados e das pessoas que tenham deixado a empresa ou o estabelecimento da entidade patronal na data da superveniência da insolvência desta, no que respeita aos seus direitos adquiridos ou em vias de aquisição, a prestações de velhice, incluindo as prestações de sobrevivência, a título de regimes complementares de previdência, profissionais ou interprofissionais existentes para além dos regimes legais nacionais de segurança social.

¹²⁰ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 98.

¹²¹ Ibid., p. 98/99.

¹²² Ibid., p. 99.

¹²³ Ibid., p. 99.

Segundo Manuel Ramos Torres, a obrigação que se atribui ao Estado é a de garantir que o direito às prestações seja garantido pelas pessoas responsáveis (empregadores ou entidades gestoras de tais sistemas), de forma que, se o ordenamento jurídico nacional não prever fórmulas de garantia dos regimes complementares, tanto pela ausência de contribuição como pela possível insolvência do gestor, pode-se exigí-lo do Estado, em razão do descumprimento do artigo 8º da Diretiva.¹²⁴

Os créditos trabalhistas protegidos podem ser limitados temporal e quantitativamente (artigos 3º e 4º).

Dispõe o artigo 3º que os créditos garantidos serão os relativos à retribuição do período anterior a uma das seguintes datas, a ser escolhida pelo ordenamento interno: (i) a data da insolvência do empregador, (ii) a data do aviso prévio concedido em razão da insolvência do empregador, ou, alternativamente, (iii) a data da insolvência do empregador, da extinção do contrato de trabalho ou da relação de trabalho em razão da insolvência.¹²⁵

O artigo 4º fixa os mínimos a serem garantidos conforme a data escolhida pelos Estados, da seguinte forma:

- i. no caso de se optar pela data da insolvência do empregador, a garantia deve abranger os créditos relativos aos últimos três meses do contrato de trabalho ou da relação de trabalho, compreendidos no período dos seis meses anteriores à insolvência;
- ii. se a data escolhida é a do aviso prévio, garante-se os créditos dos três meses que precederam esta data;
- iii. se foi adotada a opção alternativa relativa à data da insolvência do empregador, ou da extinção do contrato de trabalho, ou da relação de trabalho em razão da insolvência, garante-se a remuneração dos dezoito meses anteriores, sendo que, nestes casos, os Estados-membros podem limitar a obrigação de pagamento à remuneração referente a

¹²⁴ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 100.

¹²⁵ Ibid., p. 100-101.

um período de oito semanas ou a diversos períodos parciais que perfaçam esta duração.¹²⁶

Importante destacar que o artigo 4.3 da Diretiva faculta a fixação de um limite para a garantia dos créditos salariais, a fim de evitar o pagamento das importâncias que excedam a finalidade social da norma comunitária, sendo que os Estados devem comunicar à Comissão os critérios utilizados para estabelecer tal limite.

Por fim, o artigo 5º da Diretiva faculta aos Estados a fixação das formas de organização, financiamento e funcionamento das instituições de garantia, que devem observar os seguintes princípios: (i) patrimônio independente do capital das empresas e impenhorável; (ii) financiamento pelos empregadores, salvo no caso de ser assegurado integralmente pelos poderes públicos; e (iii) obrigação de pagamento, pelas instituições, independentemente da ausência de contribuição para o seu financiamento.

3.5.3 Descumprimento da Diretiva

Conforme já exposto neste trabalho, a Diretiva deve ser transposta pelos Estados-membros, os quais podem fazê-lo da forma que entenderem conveniente, desde que atinjam o resultado previsto na norma comunitária.

Efrén Borrajo da Cruz, no tocante ao efeito da Diretiva no ordenamento espanhol, assim se manifesta:

A conclusão é esta: a Diretiva transportada é uma norma espanhola. Obriga na Espanha aos Órgãos Administrativos, e aos Órgãos Judiciais, gerando, em seus próprios termos, direitos e obrigações entre particulares. Em nosso caso, entre empregadores e trabalhadores. A Diretiva incorporada, quer dizer, repito: uma vez desenvolvida e uma vez publicada no boletim oficial da Espanha, tem eficácia diretiva vertical; e tem eficácia direta horizontal. A eficácia vertical recolhe o já firmado de que a Diretiva é invocável pelo cidadão frente ao Estado Espanhol; frente aos Poderes Públicos Espanhóis. A eficácia horizontal recolhe o já firmado de que a Diretiva é invocável para o cidadão, enquanto particular, frente a outros cidadãos, também enquanto particulares.¹²⁷

¹²⁶ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 101.

¹²⁷ BORRAJO DACRUZ, Efrén. Op. cit, p. 1623.

A eficácia direta, no tocante ao descumprimento da diretiva pelos Estados-membros, é exemplificada por Manuel Ramos Torres:

*El incumplimiento de la Directiva por el Estado miembro, sin perjuicio de su aplicabilidad directa en aquéllas previsiones suficientemente incondicionales y precisas, tales como los sujetos protegidos y contenido de la garantía, según sentencia del TJCE de 19-11-91 (RTJCE-286), hace incurrir al Estado afectado en responsabilidad, debiendo reparar los perjuicios sufridos por la falta o inadecuada transposición de la misma, es la llamada “eficacia directa y/o vertical” de la Directiva, que permite al particular exigir su cumplimiento frente al Estado, conforme al ordenamiento interno, tal y como viene a señalar la sentencia antes referida al proclamar el principio de responsabilidad del Estado por incumplimiento en la aplicación del Derecho comunitario.*¹²⁸

A sentença citada pelo autor refere-se ao caso “Francovich & Bonifaci”, na qual foi negada a eficácia direta da Diretiva por se ter considerado que essa norma, apesar de possuir disposições precisas e incondicionais no que tange aos sujeitos e ao conteúdo, não o tem em relação a quem deve ser considerado o devedor da garantia, razão pela qual não se condenou a Itália.¹²⁹

Efrén Borrajo Dacruz problematiza a questão ao discorrer sobre a possibilidade de uma diretiva não cumprida, de fato, possuir eficácia horizontal, isto é, ser aplicada às relações entre particulares ou em face de uma instituição administrativa com personalidade jurídica e recursos econômicos diversos do Estado.¹³⁰

O caso referia-se à congruência entre as disposições da Diretiva n. 80/987 e a postura adotada pela instituição de garantia salarial da Espanha (Fondo de Garantía Salarial), corroborada pelos tribunais trabalhistas espanhóis, de excluir do âmbito de proteção os altos empregados, com fundamento do artigo 15 do Real Decreto n. 1.382/1985, que dispunha sobre o regime de trabalho especial de altos cargos laborais. O questionamento se deu porque a Diretiva dispunha que a exclusão da proteção a determinadas categorias deveria constar de seu Anexo, sendo que a Espanha dele somente fez constar os trabalhadores domésticos.¹³¹

¹²⁸ RAMOS TORRES, Manuel. Op. cit., p. 94/95.

¹²⁹ Ibid., p. 94.

¹³⁰ BORRAJO DACRUZ, Efrén. Op. cit, p. 1623.

¹³¹ Ibid., p. 1624.

Houve diversas decisões judiciais, muitas mantendo a exclusão dos altos empregados do âmbito de proteção do Fondo de Garantía Salarial e outras em sentido contrário, condenando-o ao pagamento dos benefícios a tais trabalhadores.¹³²

Ocorre que tal questão foi submetida ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, o qual, na sentença de 16 de dezembro de 1993, relativa ao caso Miret, negou a eficácia horizontal da diretiva, sob o fundamento de que o Fondo de Garantía Salarial é uma das instituições de garantia possíveis prevista na Diretiva, destinada apenas aos trabalhadores previstos em sua regulamentação. Assim, tendo os altos empregados sido excluídos de sua proteção, não se pode condenar tal ente ao pagamento de benefício, sendo o caso de se condenar o Estado espanhol, em tribunal do próprio Estado-membro, a indenizar os prejuízos sofridos por tais empregados pela não transposição da Diretiva a tais trabalhadores,¹³³ o que evidencia, no caso, a possibilidade de se invocar apenas a eficácia direta da Diretiva.

Não obstante tal decisão, importante para a apreensão dos efeitos da norma comunitária, Borrajo Cruz afirma que em 1994 a Espanha modificou o Real Decreto n. 1.382/1985 para dispor que os altos empregados gozam das garantias de salário previstas diversos artigos do Estatuto dos Trabalhadores, dentre os quais o artigo 33, relativo ao Fondo de Garantía Salarial.¹³⁴

3.6 Da revogação da Diretiva n. 80/987 da CEE pela Diretiva n. 2008/94 da Comunidade Europeia

A Diretiva n. 2008/94 da CE¹³⁵ foi editada para tornar mais clara e racional a regulamentação da matéria em âmbito comunitário, tendo em vista as alterações promovidas na Diretiva 80/987 da CEE, mantendo-se o objetivo de proteção mínima aos trabalhadores quando da insolvência do empregador e a consequente busca de um desenvolvimento econômico e social equilibrado na Comunidade.

¹³² BORRAJO DACRUZ, Efrén. Op. cit, p. 1624.

¹³³ Ibid., p. 1626.

¹³⁴ Ibid., p. 1624.

¹³⁵ UNIÃO EUROPEIA. Directiva n. 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:283:0036:0042:PT:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2011.

O artigo 1.1 dispõe que a Diretiva se aplica aos créditos dos trabalhadores vinculados a contrato ou relação de trabalho, e em relação a empregadores que se encontrem em estado de insolvência. A Diretiva consolida a disposição que autoriza a exclusão excepcional de determinadas categorias de empregados da proteção nela prevista (artigo 1.2), desde que haja outras formas de garantia, explicitando, no artigo 1.3, que, no caso desta disposição já ser aplicável na legislação nacional, os Estados-membros podem manter a situação de exclusão dos domésticos e dos pescadores remunerados à base de percentagem.

A norma dispõe, no artigo 2º, que se considera estado de insolvência a existência de um processo coletivo fundado na insolvência do empregador, previsto nas disposições legislativas, regulamentares e administrativos do Estado, do qual resulte a proibição total ou parcial do empresário quanto à administração e disposição de bens, com a nomeação de um síndico, desde que a autoridade competente tenha decidido pela abertura do processo ou declarado o encerramento definitivo do estabelecimento e a insuficiência de ativo. O artigo 2.4, porém, prevê que o Estado pode estender a proteção a outras hipóteses de insolvência previstas na legislação nacional.

Dispõe o artigo 2.2 que não podem ser excluídos da proteção os trabalhadores a tempo parcial, os admitidos por meio de contrato a termo ou os temporários, prevendo, o artigo 2.3, que não se pode condicionar a garantia a um período mínimo de prestação de serviços.

As instituições de garantia devem assegurar o pagamento de créditos trabalhistas, incluindo indenizações decorrentes da extinção da relação de trabalho (artigo 3º), sendo-lhe facultada a limitação da proteção (artigo 4º).

Mantiveram-se os mesmos princípios de financiamento e funcionamento das instituições de garantia, previstos no artigo 5º, bem como as disposições relativas à segurança social, previstas nos artigos 6º a 8º da Diretiva n. 80/987.

A Diretiva n. 2008/94 prevê, no artigo 9º, a situação de insolvência das empresas transnacionais que possuem atividades em dois ou mais Estados-membros, dispondo que será responsável pelo pagamento dos créditos trabalhistas o Estado em que o trabalhador exercia a sua profissão, prevendo, ainda, que os direitos dele são os previstos pela legislação deste país.

O artigo 12 dispõe, ainda, que a Diretiva não impede os Estados-membros de adotarem medidas para evitar abusos ou de recusarem ou reduzirem a obrigação no caso de haver conluio entre trabalhadores e empregadores, ou no caso daquele possuir, individualmente ou conjuntamente com seus familiares, parte essencial da empresa e exercer influência sobre as suas atividades.

4 EXPERIÊNCIA ESPANHOLA

4.1 Previsão legal

O germe do Fondo de Garantía Salarial foi previsto na legislação de Seguridad Social da Espanha, na Ley n. 22/1961, de 22 de julho, sobre o seguro desemprego. Por meio desta lei foram garantidas indenizações decorrentes de sentenças trabalhistas quando, em razão de insolvência do empregador, o empregado não percebia seu crédito.¹³⁶

Manteve-se esta garantia de pagamento de créditos trabalhistas nas novas leis de Seguridad Social que se seguiram,¹³⁷ até que, em 1976, surgiu o Fondo de Garantía Salarial como organismo autônomo e com personalidade jurídica própria, em razão da generalizada situação de insolvência das empresas na época, que requeria a adoção de um mecanismo de proteção dos interesses dos trabalhadores.¹³⁸

Tal mecanismo reflete uma atuação estatal dirigida à prestação de garantias mínimas para se alcançar a dignidade do cidadão, que extrapola a atuação restrita à função de garantidor da liberdade e da propriedade individuais.¹³⁹

O Fondo de Garantía Salarial foi previsto no artigo 31 da Ley de Relaciones Laborales, de 1976, sendo que as normas de constituição e de funcionamento, bem como o processo administrativo, foram regulados no Real Decreto n. 317/1977, de 04 de março.¹⁴⁰

¹³⁶ GARCÍA VIÑA, Jordi. Guía Práctica del Fondo de Garantía Salarial. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 23.

¹³⁷ Jordi García Viña afirma que a Ley de Bases de la Seguridad Social, de 28 de dezembro de 1963, unificou a Seguridad Social na Espanha e conservou tal garantia como prestação complementar de desemprego no Decreto de 21 de abril de 1966 (que aprovou o texto na lei) e na Orden Ministerial de 05 de maio de 1967, que se referia ao seguro desemprego, sendo que seu artigo 20 continha o germe do que seria o Fondo de Garantía Salarial, pois previa como prestação complementar do seguro desemprego o pagamento das indenizações reconhecidas judicialmente relativas à extinção do contrato de trabalho em casos de insolvência, suspensão de pagamento e quebra do empresário. Afirma, ainda, que o Decreto n. 3.090/1972, de 2 de novembro, sobre política de emprego, reconheceu a mesma prestação, sendo que o texto modificado da Ley General de Salario Seguridad Social, de 30 de maio de 1974, quando previu prestações complementares e benefícios indiretos, incluiu o pagamento das indenizações decorrentes da extinção da relação de trabalho em casos de insolvência do empresário, estabelecendo a sub-rogação da entidade gestora. (Ibid., p. 23-24).

¹³⁸ Ibid., p. 24.

¹³⁹ Ibid., p. 24.

¹⁴⁰ Ibid., p. 24.

Tais normas foram objeto de diversas modificações, com o fim de aperfeiçoar o funcionamento do Fondo de Garantía Salarial, suas coberturas e seu procedimento de atuação. Relevante destacar a Orden del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, de 11 de novembro de 1977, que derogou o artigo 20 da Orden de 05 de maio de 1967 e excluiu a responsabilidade da Seguridad Social pelo pagamento de tais indenizações a título de prestações complementares do seguro desemprego e, portanto, revogou tacitamente os preceitos da Ley General de Seguridad Social neste sentido. O Real Decreto-Ley n. 34/1978, de 16 de novembro, reformulou o Fondo de Garantía Salarial, modificando algumas de suas funções e fixando limites aos riscos cobertos.¹⁴¹

A grande diversidade de normas a respeito do Fondo de Garantía Salarial tornou difícil a compreensão da matéria, exigindo a unificação da regulamentação, que se deu com o Real Decreto n. 505/1985, de 06 de março, que constitui sua norma básica, sendo que há disposições sobre a matéria nos textos alterados do Estatuto de los Trabajadores e da Ley de Procedimiento Laboral, bem como na Ley n. 22/2003, de 09 de julho, que trata do concurso de credores.¹⁴²

Conclusivamente, Jordi García Viña aponta que as principais normas do Fondo de Garantía Salarial são os artigos 32, 33, 50, 51 e 52 do Estatuto de los Trabajadores, o Real Decreto n. 505/1985, no que atine à organização e funcionamento, a Orden Ministerial de 20 de agosto de 1985 (modificada pela Orden de 20 de fevereiro de 1999), que prevê a possibilidade de acordo para o reingresso das quantias despendidas pelo Fundo, bem como a Ley n. 60/1997, de 19 de dezembro, que alterou o Estatuto de los Trabajadores no tocante à cobertura.¹⁴³

4.2 Natureza jurídica do Fondo de Garantía Salarial

Os organismos públicos, na Espanha, correspondem a todos os entes de direito público vinculados à Administración General del Estado e criados por lei.

¹⁴¹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 25.

¹⁴² Ibid., p. 26-27.

¹⁴³ Ibid., p. 28.

A Ley n. 6/1997, de 14 de abril, que dispõe sobre a “*Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado*”, concebe-os como entes que desenvolvem atividades derivadas da própria Administração estatal, atuando como instrumentos para o alcance dos objetivos previstos em seus estatutos. No tocante aos organismos autônomos, estes realizam atividades de fomento, prestação ou gestão de serviços públicos, atuando em regime de descentralização administrativa e na execução de programas específicos de um Ministério.¹⁴⁴

O artigo 33.1 do Estatuto de los Trabajadores dispõe que o Fondo é um organismo autônomo dependente do Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, com personalidade jurídica e capacidade para atuar na consecução de seus fins. Jordi García Viña afirma que o Fondo de Garantía Salarial é

*Un organismo autónomo que se limita a gestionar, bajo el principio de especialidad, propio de los entes institucionales, algún servicio concreto que le ha sido atribuido. Al tener personalidad jurídica e capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y ser titular de sus propio actos, está legitimado activa y pasivamente para el ejercicio de sus derechos y acciones.*¹⁴⁵

O autor assevera, ainda, que à personalidade jurídica do Fondo de Garantía Salarial, unitária e incindível, corresponde uma dualidade de capacidades jurídicas, nos seguintes termos:

*Siendo el Fondo titular de distintas relaciones jurídicas, goza al mismo tiempo de una capacidad jurídica de derecho público, cuando actúa como Administración; y de una capacidad de derecho privado, si una vez subrogado en los derechos y acciones de los trabajadores, actúa como cualquier particular, sometido por tanto a la vía judicial ordinaria.*¹⁴⁶

4.3 Estrutura do Fondo de Garantía Salarial

A direção do Fondo de Garantía Salarial, nos termos do artigo 4º do Real Decreto n. 505/1985, compete ao Conselho Reitor (órgão colegiado de direção) e à Secretaria Geral (órgão permanente de direção e gestão), sendo que a fiscalização superior cabe ao Ministério

¹⁴⁴ DÍAZ-ROMERAL GÓMEZ, Alberto. Organismos públicos. /n: Diccionario Jurídico Espasa. Madrid: Espasa, 2007, p. 1068.

¹⁴⁵ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 27

¹⁴⁶ Ibid., p. 28.

do Trabalho e Assuntos Sociais (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), em razão da função fiscalizadora que pode exercer sobre os órgãos autônomos em matéria financeira.¹⁴⁷

O Conselho Reitor é composto por um presidente, cujo cargo pertence ao ocupante da Secretaría General de Empleo, por quatro representantes da Administración Pública, indicados pelo Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dentre diretores-gerais e subdiretores-gerais do Departamento, cinco representantes de organizações sindicais profissionais e cinco representantes de organizações empresariais mais representativas, bem como por um secretário (o secretário-geral do Fondo de Garantía Salarial).¹⁴⁸

A Secretaria Geral é exercida pelo secretário-geral, nomeado pelo ministro do Trabalho e da Seguridad Social, dentre funcionários do Estado que estejam no nível de subdiretor-geral, o qual representa o Fundo e exerce a direção de todos os serviços, bem como do pessoal (artigos 7.1 e 7.2 do Real Decreto n. 505/1985).¹⁴⁹

O artigo 4.2 do Real Decreto n. 505/1985 previu que, para a instrução dos procedimentos administrativos e para a realização das ações de sub-rogação, seriam constituídas Unidades Administrativas Periféricas integradas às Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social. Jordi García Viña ressalta, porém, que o Real Decreto n. 2.725/1998, de 18 de dezembro, suprimiu as Direcciones Provinciales de Trabajo, integrando-as às Delegaciones de Gobierno.¹⁵⁰

4.4 Recursos do Fondo de Garantía Salarial

Segundo o artigo 3º do Real Decreto n. 505/1985, o Fondo de Garantía Salarial disporá dos seguintes recursos econômicos para o cumprimento de seus fins: (i) contribuições dos empresários que empreguem trabalhadores, (ii) recursos decorrentes da sub-rogação, (iii) rendas ou frutos de seu patrimônio ou do patrimônio do Estado agregado ao Fundo, (iv) venda

¹⁴⁷ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 32.

¹⁴⁸ Ibid., p. 31.

¹⁴⁹ Ibid., p. 32.

¹⁵⁰ Ibid., p. 33.

de suas publicações, (v) consignações ou transferências definidas nos Presupuestos Generales del Estado¹⁵¹ e (vi) quaisquer outros recursos previstos em leis.

Jordi García Viña aduz que, apesar das diversas fontes de recursos, são os aportes promovidos pelos empresários que nutrem o Fondo de Garantía Salarial, através das contribuições à Seguridade Social,¹⁵² uma vez que, nos termos do artigo 12.2 do Real Decreto n. 505/1985, as contribuições para o Fundo serão realizadas conjuntamente com as da Seguridade.¹⁵³

O autor afirma que a jurisprudência tem decidido que as irregularidades relativas à filiação à Seguridade Social ou ao recolhimento das contribuições não implicam a perda do direito às prestações do Fundo, uma vez que não constituem prestações da Seguridade Social em sentido estrito, sendo apenas exigida do beneficiário a comprovação de uma relação de trabalho,¹⁵⁴ sem prejuízo da responsabilidade pelo descumprimento de tais deveres em outros procedimentos. Ressalta, ainda, que não é exigido período de carência ou de contribuição para ter direito às prestações do Fondo de Garantía Salarial.¹⁵⁵

O artigo 11 do Real Decreto n. 505/1985 dispõe que são obrigados a contribuir para o Fondo de Garantía Salarial (i) os empregadores, públicos ou não, que mantenham contrato de trabalho de regime comum, conforme 1.2 do Estatuto de los Trabajadores,¹⁵⁶ (ii) os clubes ou

¹⁵¹ Trata-se dos orçamentos do Estado e dos Organismos Autónomos de carácter administrativo, conforme explicita Carmen Díez Valle na análise do verbete: “*Expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que, como máximo, pueden reconocer el Estado y sus Organismos Autónomos y de los derechos que se prevén liquidar durante el correspondiente ejercicio. Los P.G.E. tienen carácter anual y en ellos deben incluirse la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal. Integran dos P.G.E.: el presupuesto del Estado debidamente pormenorizado y el de los Organismos Autónomos de carácter administrativo. A ellos deben unirse además dos presupuestos-resúmenes de los restantes organismos autónomos y el de la Seguridad Social. [...]*” (DÍEZ VALLE, Carmen. Presupuestos del Estado. In: Diccionario Jurídico Espasa. Op. cit., p. 1158).

¹⁵² GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 35.

¹⁵³ Ibid., p. 37.

¹⁵⁴ Na maior parte dos casos exige-se uma relação de emprego, mas destaca-se a possibilidade de o *Fondo de Garantía Salarial* garantir créditos de trabalhadores que não assumem os riscos do negócio, como os representantes comerciais, conforme será analisado adiante.

¹⁵⁵ Ibid., p. 37-38.

¹⁵⁶ “*Artículo 1. Ámbito de aplicación.*

1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.”

associações desportivas relativamente aos atletas profissionais vinculados por relação laboral especial,¹⁵⁷ (iii) empregadores que contratam trabalhadores para atividades de mediação em atividades mercantis, desde que estes não assumam o risco da atividade, bem como (iv) os empregadores que tenham trabalhadores vinculados por meio de relação laboral especial, referidos no artigo 2º do Estatuto de los Trabajadores,¹⁵⁸ quando as normas regulamentadoras destas profissões prevejam a necessidade de contribuição para os trabalhadores por elas abrangidos.

Em 2011, a contribuição para o Fondo de Garantía Salarial correspondeu ao percentual de 0,2%,¹⁵⁹ exclusivamente a cargo da empresa, incidente sobre a base de cálculo estabelecida para contingências de “*accidente de trabajo, enfermedad profesional y desempleo*” (artigo 12 do Real Decreto n. 505/1985), que, no Regime Geral de Seguridade Social, neste ano, teve como valor máximo €\$ 3.230,10 e mínimo de €\$ 748,20.¹⁶⁰

(ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1995-7730>. Acesso em: 27 dez. 2010).

¹⁵⁷ Regulada pelo Real Decreto n. 1006/1985, de 1 de agosto. (GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 36).

¹⁵⁸ “Artículo 2. Relaciones laborales de carácter especial.

1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial:

a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c.

b) La del servicio del hogar familiar.

c) La de los penados en las instituciones penitenciarias.

d) La de los deportistas profesionales.

e) La de los artistas en espectáculos públicos.

f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.

g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.

h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas.

i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.

2. En todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución.” (ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 1/1995... Op. cit.).

¹⁵⁹ Percentual extraído do sítio do Ministerio de Trabajo e Inmigración. (ESPAÑA. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Fondo de Garantía Salarial. Preguntas más frecuentes. Disponível em: <<http://www.mtin.es/fogasa/faqs.html>>. Acesso em: 15 maio 2011).

Em 2006 era de 0,4%, cf. GARCÍA VIÑA, JORDI. Op. cit., p. 36.

¹⁶⁰ Extraído do sítio da Seguridad Social. (ESPAÑA. Seguridad Social. Régimen General de la Seguridad Social. Disponível em: <http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/CotizacionRecaudaci10777/Basesytiposdecotiza36537/index.htm#36538>. Acesso em: 15 mai. 2011).

4.5 Beneficiários

O artigo 13 do Real Decreto n. 505/1985 dispõe que podem perceber as prestações do Fondo de Garantía Salarial os trabalhadores que possuem relação laboral com algum dos empregadores referidos no artigo 11 e que detenham créditos trabalhistas relativos a salários ou indenizações, conforme demais disposições legais do Real Decreto n. 505/1985.

Jordi García Viña afirma, portanto, que o requisito subjetivo relativo à condição de trabalhador abrange tanto as relações laborais de caráter comum como as de caráter especial, remetendo à conceituação de trabalhador prevista no artigo 1.1 do Estatuto de los Trabajadores, transcrita na nota n. 156, *supra*.¹⁶¹

Assevera que são beneficiários do Fondo de Garantía Salarial os trabalhadores nacionais, estrangeiros, os trabalhadores espanhóis transferidos por empresas espanhola para o exterior, os vinculados por contratos de experiência, por contratos por prazo determinado ou indeterminado, os trabalhadores temporários, bem como os contratados a tempo parcial.¹⁶²

No tocante às relações de trabalho especial, a inclusão dos trabalhadores como beneficiários do Fondo de Garantía Salarial depende da análise dos dispositivos legais relativos a cada profissão, especialmente da compatibilidade ao Estatuto de los Trabajadores e ao Real Decreto n. 505/1985. Neste sentido, afirma García Viña que são beneficiários os atletas profissionais, os artistas de espetáculos públicos, os representantes comerciais, os deficientes que trabalham em centros especiais de emprego e os estivadores portuários.¹⁶³

Observa o autor que, no caso de os trabalhadores se vincularem a sociedades irregulares ou a comunidades de bens, a ausência de personalidade jurídica destas não as exime de contribuir para a Seguridad Social, tampouco isenta o Fondo de Garantía Salarial de satisfazer as prestações a que tais empregados eventualmente tenham direito.¹⁶⁴

¹⁶¹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 39.

¹⁶² Ibid., p. 39.

¹⁶³ Ibid., p. 42-43.

¹⁶⁴ Ibid., p. 40.

Destaca, ainda, que a responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial, especialmente quando se refere à intervenção subsidiária,¹⁶⁵ requer a declaração de insolvência dos sócios, pois estes são responsáveis solidários pelos atos e contratos outorgados em nome da sociedade. Desta forma, os trabalhadores devem esgotar as tentativas de satisfação do crédito em face dos devedores solidários, já que a natureza subsidiária da obrigação do Fondo de Garantía Salarial somente surge depois de constatada a insolvência daqueles.¹⁶⁶ Observa o autor, porém, que tal obrigação de esgotar as tentativas de satisfação do crédito em face dos devedores solidários é amenizada no caso dos trabalhadores não deterem conhecimento sobre as relações internas entre os sócios, motivo pelo qual o Tribunal Supremo¹⁶⁷ decidiu ser suficiente a demanda em face daqueles que ostentam a aparência de titulares da empresa.¹⁶⁸

4.5.1 Trabalhadores expressamente excluídos da cobertura do Fondo de Garantía Salarial

Os trabalhadores domésticos foram expressamente excluídos da cobertura do Fondo de Garantía Salarial conforme o Real Decreto n. 1.424/1985, de 01 de agosto, que regulamenta a profissão.¹⁶⁹

Também foram excluídos os presos que trabalham em oficinas penitenciárias, bem como os que cumprem penas de trabalho à sociedade, pois o Real Decreto n. 782/2001, de 6 de julho, que regula questões relativas a salário e proteção da Seguridad Social, mas não faz qualquer referência ao Fondo de Garantía Salarial.¹⁷⁰

¹⁶⁵ Há algumas hipóteses que determinam a responsabilidade direta do Fondo de Garantía Salarial pelos créditos dos trabalhadores, conforme será analisado adiante no item 4.10.

¹⁶⁶ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 40.

¹⁶⁷ Tribunal de maior hierarquia da Espanha, com jurisdição nacional, que apenas não julga questões relativas às garantias constitucionais, afetas ao Tribunal Constitucional, conforme explicita Ricardo Sánchez Sánchez: “*El Tribunal Supremo, con sede en la villa de Madrid, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. Tendrá jurisdicción en toda España y ningún otro podrá tener el título de Supremo (arts. 53 y 54 de la L.O.P.J.)*.” (TRIBUNAL. In: DICCIONARIO Jurídico Espasa. Op. cit., p. 1398).

¹⁶⁸ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 40.

¹⁶⁹ Ibid., p. 43.

¹⁷⁰ Ibid., p. 43.

4.6 Atuação do Fondo de Garantía Salarial nos casos de insolvência empresarial

4.6.1 Tipos de insolvência empresarial

Jordi García Viña afirma que o artigo 33 do Estatuto de los Trabajadores e o artigo 2.1 do Real Decreto n. 505/1985 referem-se a casos que, embora traduzam um estado geral de insolvência, correspondem a situações especiais e distintas, de forma que há dois tipos de procedimentos: (i) o concursal ou geral, regido pela Lei Concursal (Ley n. 22/2003, de 9 de julho) e (ii) o singular, não submetido ao procedimento concursal, decorrente de um procedimento de execução específica, como a execução trabalhista, da qual deriva a maior parte das pretensões formuladas contra o Fondo de Garantía Salarial.¹⁷¹

4.6.2 Atuação do Fondo de Garantía Salarial antes da Ley Concursal (Ley n. 22/2003)

Anteriormente à Ley n. 22/2003, o Fondo de Garantía Salarial era responsável pelos débitos das empresas nas hipóteses de *suspensión de pagos*, *quiebra* e *concurso de acreedores*.¹⁷²

Suspensión de pagos era um procedimento tendente à conclusão de um acordo para evitar a quebra da empresa e, assim, a liquidação judicial do ativo da empresa, quando não havia suspensão total dos pagamentos pelo devedor. Nesta hipótese, para que o trabalhador fizesse jus às prestações do Fondo de Garantía Salarial, era necessário o auto judicial declarando o estado de suspensão de pagamento, bem como a comprovação de que o trabalhador compunha a lista de credores, com crédito igual ou superior à quantia exigida ao Fondo de Garantía Salarial.¹⁷³

A *quiebra* ocorria quando o comerciante cessava definitivamente o pagamento de suas obrigações e consubstanciava a execução universal do patrimônio deste devedor insolvente. Para que o trabalhador pleiteasse perante o Fondo de Garantía Salarial, deveria comprovar a declaração judicial da quebra, bem como sua inclusão da lista de credores, embora fosse desnecessária para tal pretensão que aguardasse até a elaboração da classificação na lista.

¹⁷¹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 55.

¹⁷² Ibid., p. 56.

¹⁷³ Ibid., p. 56.

Uma vez pagas as pretensões pelo Fondo de Garantía Salarial, este órgão se sub-rogava com todos os direitos e privilégios do crédito do trabalhador, integrando o procedimento concursal.¹⁷⁴

Por fim, o *concurso de acreedores* correspondia ao reconhecimento do estado de insolvência de um devedor não comerciante, com um procedimento coletivo especial para execução previsto no Direito Civil, embora fosse aplicada a mesma lei processual tanto à quebra quanto ao concurso de credores. No caso de tais devedores possuírem trabalhadores cujos créditos não fossem adimplidos, facultava-se a solicitação de prestações ao Fondo de Garantía Salarial, sendo necessário demonstrar o estado de concurso por meio de auto judicial, bem como a inclusão do crédito na lista de credores.¹⁷⁵

4.6.3 Atuação do Fondo de Garantía Salarial após a Ley n. 22/2003

A Ley n. 22/2003 modificou todo o processo concursal, prevendo uma situação única de concurso decorrente do estado de insolvência pelo qual o devedor não pode cumprir regularmente suas obrigações. No tocante à atuação do Fondo de Garantía Salarial, previu sua intervenção como parte do procedimento concursal, bem como sua presença na qualificação dos créditos.¹⁷⁶

4.6.4 Intervenção do Fondo de Garantía Salarial como parte do processo concursal

O artigo 184.1 da Ley n. 22/2003 dispõe que o Fondo de Garantía Salarial deverá ser citado como parte quando do processo puder decorrer responsabilidade pelo pagamento de salários ou indenizações dos trabalhadores.¹⁷⁷

¹⁷⁴ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 57-58.

¹⁷⁵ Ibid., p. 58.

¹⁷⁶ Ibid., p. 59.

¹⁷⁷ “1. En todas las secciones serán reconocidos como parte, sin necesidad de comparecencia en forma, el deudor y los administradores concursales. El Fondo de Garantía Salarial deberá ser citado como parte cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad para el abono de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. En la sección sexta será parte, además, el Ministerio Fiscal.” (ESPAÑA. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13813>. Acesso em: 27 dez. 2010).

Jordi García Viña afirma que esta intervenção qualifica o Fondo de Garantía Salarial como parte do processo, podendo formular todas as alegações e exceções que entender necessárias, bem como pretender a produção de provas para a defesa de seus interesses e relativas ao litígio principal, podendo interpor todo tipo de recursos. Todavia, afirma que não é considerado parte material, de forma que não pode ser condenado na demanda nem como responsável principal nem como subsidiário.¹⁷⁸

Ressalta, porém, que tal interpretação deve levar em consideração o momento em que essa disposição legal delimita a posição do Fondo de Garantía Salarial, de modo que, comparecendo ao processo concursal, ostenta a condição de parte processual, com as atribuições decorrentes da atuação preventiva na defesa de seus interesses no âmbito laboral, sem que ostente a condição de parte material, o que ocorrerá quando adimplir as prestações pleiteadas pelo trabalhador.¹⁷⁹

Tendo o Fondo de Garantía Salarial ingressado no processo concursal, atuará nas seguintes fases, da forma como será explanado.

Na fase de declaração, Jordi García Viña resume a atuação do Fondo de Garantía Salarial a quatro situações previstas na Ley n. 22/2003: consubstanciadas (i) na intimação obrigatória quando da análise judicial de incidente de competência territorial previsto no artigo 12; (ii) na necessidade de ser citado quando da fase de manifestação dos credores acerca da oposição do devedor ao pedido de concurso, conforme artigo 19.3; (iii) na possibilidade de recorrer da decisão do juiz que suspende, excepcionalmente, algumas das medidas cautelares adotadas ao admitir o concurso, em razão de recurso do devedor (artigo 20.2); e (iv) na possibilidade de ser intimado do auto declaratório do concurso, conforme do artigo 21.5.¹⁸⁰

Na fase de tramitação, o autor destaca que, dentre outras atuações, o Fondo de Garantía Salarial pode compor a administração do concurso no caso de ter adquirido a condição de credor depois da sub-rogação dos créditos laborais.¹⁸¹

¹⁷⁸ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 59-60.

¹⁷⁹ Ibid., p. 60.

¹⁸⁰ Ibid., p. 61.

¹⁸¹ Ibid., p. 61-62.

É facultado ao Fondo de Garantía Salarial, ainda, requerer à administração concursal a propositura de ação anulatória dos atos prejudiciais à massa (artigo 71 da Ley n. 22/2003), bem como impugnar o inventário, a lista de credores (artigo 96 da Ley n. 22/2003) e as propostas de acordos do devedor ou de outros credores.¹⁸²

A qualidade de credor do Fondo de Garantía Salarial lhe permite solicitar a abertura da fase de liquidação (artigo 142 da Lei Concursal), sendo que, se houver sucessão de empresa, nos termos do artigo 149.2 da Ley n. 22/2003 o juiz pode decidir que o adquirente não se subrogará no pagamento de salários e indenizações anteriores à alienação, que serão pagas pelo órgão, que será intimado da sucessão.¹⁸³

Jordi García Viña salienta que esta disposição contradiz o quanto disposto no artigo 33 do Estatuto de los Trabajadores no sentido de que a responsabilidade direta do Fondo de Garantía Salarial somente se dá (i) no caso de extinção dos contratos de trabalho de empresa que possui menos de 25 empregados ou (ii) em circunstância de força maior, o que não constou da Lei Concursal. Assim, assevera que a alienação da empresa no concurso reduzirá os bens aptos ao ressarcimento do Fondo de Garantía Salarial, criando uma vantagem às empresas sujeitas ao concurso, se comparadas com outras empresas com dificuldades econômicas que não estão sujeitas a tal regime.¹⁸⁴

O Fondo de Garantía Salarial deve ser intimado da conclusão do concurso decorrente da constatação de inexistência de bens do devedor, sendo-lhe facultado, ademais, intervir em todos os incidentes concursais relativos aos créditos laborais.¹⁸⁵

¹⁸² García Viña, Jordi. Op. cit., p. 61-62.

¹⁸³ “149.2 Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.ª del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorio, se considerará, a los efectos laborales, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subroga en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.” (ESPANHA. Ley 22/2003. Op. cit.).

¹⁸⁴ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 64-65.

¹⁸⁵ Ibid., p. 65.

Tendo o Fondo de Garantía Salarial se sub-rogado nos créditos dos trabalhadores, impõe-se destacar que estes serão classificados como (i) créditos contra a massa e (ii) créditos privilegiados.

Os créditos contra a massa são os decorrentes de salários dos trinta dias anteriores à declaração do concurso, desde que não excedam ao dobro do salário mínimo, bem como os decorrentes do exercício da atividade do devedor após a declaração do concurso, incluindo as indenizações decorrentes da extinção do contrato de trabalho (artigo 84 da Ley n. 22/2003). Jordi García Viña aduz que o Fondo de Garantía Salarial pode ser titular destes créditos contra a massa se a sub-rogação se der antes do pagamento dos credores concursais.¹⁸⁶

Os créditos privilegiados podem ser de privilégio especial ou geral, conforme artigos 90 e 91 da Ley n. 22/2003, sendo que o Fondo de Garantía Salarial poderá ser titular de tais créditos por sub-rogação se esta se der antes do pagamento dos trabalhadores.¹⁸⁷

4.6.5 Insolvência singular

A insolvência do empresário ocorre quando, nos termos do artigo 33.6 do Estatuto de los Trabajadores e do artigo 15. 1 do Real Decreto n. 505/1985, não é possível satisfazer os créditos trabalhistas, parcial ou totalmente, por meio da execução prevista na Ley de Procedimiento Laboral. Conforme decisões do Tribunal Supremo, tal circunstância restringe-se às execuções promovidas contra empresas, e não contra os sócios, que respondem com seus bens pessoais em sociedades mercantis.¹⁸⁸

Referidos artigos, assim como o artigo 274.1 da Ley de Procedimiento Laboral, exigem audiência prévia do Fondo de Garantía Salarial à declaração de insolvência, facultando a este órgão a prática de diligências que julgar cabíveis, bem como a indicação de bens do devedor.¹⁸⁹

¹⁸⁶ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 66-67.

¹⁸⁷ Ibid., p. 67.

¹⁸⁸ Ibid., p. 68.

¹⁸⁹ Ibid., p. 68.

Independentemente deste requerimento, o órgão judicial, de ofício e desde o início da execução, pode diligenciar bens do executado, nos termos do artigo 248 da Ley de Procedimiento Laboral, em órgãos de registros públicos, como Registros de Imóveis, Registros Mercantis, Delegacias da Fazenda e entidades financeiras.¹⁹⁰

Após a realização das diligências tendentes à apuração de bens, realizadas de ofício ou a requerimento, o órgão judicial poderá atuar das seguintes maneiras:

- i. declarar a insolvência total do executado, no caso de não encontrar bens livres e desembaraçados que possam reverter aos exequentes;
- ii. declarar a insolvência parcial do executado, no caso de os bens penhorados não se mostrarem suficientes à satisfação do crédito;
- iii. indeferir a declaração de insolvência empresarial quando, devido às circunstâncias e à falta de colaboração das partes quanto à localização de bens, houver dúvidas acerca de sua existência.¹⁹¹

Importante ressaltar que, nos termos do artigo 274.3 da Ley de Procedimiento Laboral, uma vez declarada a insolvência de uma empresa em execução, poder-se-á declará-la em outros processos de execução movidos contra ela, sem necessidade de repetir os trâmites tendentes à localização de bens, facultando-se, porém, ao autor e ao Fondo de Garantía Salarial a indicação de novos bens.¹⁹²

Também há a possibilidade de se obter, em um único processo de execução, os valores a cargo do Fondo de Garantía Salarial, decorrentes de sua responsabilidade subsidiária. Para tanto, é necessário que o Fundo tenha sido parte no processo que originou o título judicial exequendo, bem como condenado subsidiariamente pelos valores já determinados na sentença. Nesse caso, o Fondo de Garantía Salarial atuará, desde o início, no processo de execução e, uma vez declarada a insolvência, poderá ser demandado pelos valores a que foi condenado, deduzindo-os da execução.¹⁹³

¹⁹⁰ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 68.

¹⁹¹ Ibid., p. 69.

¹⁹² Ibid., p. 69.

¹⁹³ Ibid., p. 70.

Jordi García Viña salienta que o artigo 275 da Ley de Procedimiento Laboral regula o que se denominou de “insolvência técnica”, que ocorre no caso de os bens passíveis de penhora estarem vinculados ao processo produtivo da empresa executada, que continua em atividade. Neste caso, o artigo possibilita ao Fondo de Garantía Salarial requerer a suspensão da execução pelo prazo de 30 dias para verificar a impossibilidade de satisfação dos créditos trabalhistas e os efeitos da alienação dos referidos bens sobre a continuidade das relações laborais mantidas pela empresa executada.¹⁹⁴

Verificando o Fondo de Garantía Salarial a impossibilidade de satisfação do crédito, pelo fato de acarretar a extinção dos contratos de trabalho, poderá, motivadamente, solicitar a declaração de insolvência apenas para efeitos de reconhecimento das prestações de garantia salarial.¹⁹⁵ O autor salienta que o mecanismo pelo qual se faculta tal possibilidade é o da cessão de créditos, pelo qual o empresário, os trabalhadores a ele vinculados e os exequentes solicitam ao Fondo de Garantía Salarial que requeira a suspensão da execução iniciada ou, independentemente da suspensão, solicite ao órgão judicial a declaração de insolvência técnica.¹⁹⁶

4.7 Sub-rogação do Fondo de Garantía Salarial

O parágrafo segundo do artigo 33.4 do Estatuto de los Trabajadores e o artigo 30.3 do Real Decreto 505/1985 preveem a sub-rogação do Fondo de Garantía Salarial nos direitos e ações dos trabalhadores, relativos às quantias por ele satisfeitas, com a preservação do caráter privilegiado de tais créditos, previsto no artigo 32 da norma.

O Tribunal Supremo define o Fondo de Garantía Salarial como um responsável legal subsidiário, em relação a determinadas dívidas, frente aos trabalhadores.¹⁹⁷ Jordi García Viña destaca que não se trata de cessão ou transmissão de crédito, tampouco de novação subjetiva, mas de simples sub-rogação legal pelos valores pagos.¹⁹⁸ Pagos os valores aos trabalhadores, o Fondo de Garantía Salarial se sub-roga diretamente em suas ações. Assim, ordenado o pagamento pela Secretaria Geral do Fondo de Garantía Salarial e pago pela Tesouraria da

¹⁹⁴ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 70.

¹⁹⁵ Ibid., p. 70.

¹⁹⁶ Ibid., p. 70.

¹⁹⁷ Ibid., p. 70.

¹⁹⁸ Ibid., p. 71.

Seguridade Social, o Fondo de Garantía Salarial apresentará requerimento de sub-rogação perante o Juízo trabalhista, no caso de o ato de insolvência ser declarado por este, ou perante o Juízo que processa o procedimento concursal, instruído com os recibos das quantias pagas.¹⁹⁹

Nos termos do artigo 31.1 do Real Decreto n. 505/1985, o Fondo de Garantía Salarial deve propor ações judiciais e extrajudiciais para o rápido reembolso das quantias satisfeitas, sem prejuízo da faculdade de requerer diretamente às empresas executadas tal ressarcimento, para o qual poderão designar dia e horário para que compareçam à Secretaria Geral ou à unidade administrativa que instruiu o expediente.

A fim de reembolsar-se da quantia satisfeita, pode o Fondo de Garantía Salarial celebrar acordos de devolução, que, nos termos do artigo 32.4 do Real Decreto n. 505/1985, podem corresponder à concessão de prazos ou implicar concessões recíprocas, equivalendo a transações, devendo, em ambos os casos, observar os requisitos previstos para a Administração Pública no Real Decreto do Conselho dos Ministros.²⁰⁰

Os acordos em que são negociados forma de pagamento, garantias e prazo são regulados pela Orden Ministerial de 20 de agosto de 1985 e tendem a equilibrar a necessidade de subrogação do Fondo de Garantía Salarial à continuidade da atividade empresarial e à manutenção de empregos.²⁰¹

O pedido deve ser requerido pela empresa à Secretaria Geral ou à unidade administrativa do Fondo de Garantía Salarial competente que, recebendo-o, verificará os dados, comunicando à requerente a rejeição liminar do acordo ou os termos em que pode ser aceito.²⁰²

Acordados os termos da avença, reduzir-se-á a termo em documento administrativo que será comunicado ao órgão judicial competente para a realização do crédito, devendo ser cumprido pelas partes conforme o princípio da boa-fé. O descumprimento acarretará a

¹⁹⁹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 72.

²⁰⁰ Ibid., p. 72.

²⁰¹ Ibid., p. 73.

²⁰² Ibid., p. 73.

resolução do acordo e a retomada, pelo Fondo de Garantía Salarial, das ações subrogatórias.²⁰³

4.8 Imputação de pagamento

Jordi García Viña afirma que, no caso de o trabalhador ser titular de vários créditos em face do empresário, cabe delimitar a qual deles será imputado o pagamento, donde resulta o interesse do trabalhador de que não recaia sobre os valores de responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial, bem como o interesse deste de que tal situação ocorra, reduzindo o âmbito de sua responsabilidade.²⁰⁴

O autor afirma que a questão não foi regulada pelo Direito do Trabalho, de forma que são utilizados os critérios de imputação de pagamento previstos nos artigos 1.172 a 1.774 do Código Civil Espanhol, pelos quais o empresário ou o trabalhador declaram a qual dívida o pagamento será imputado.

Porém, no caso de não ser realizada a imputação, caberá ao juiz realizá-la, observando as seguintes regras: (i) não se pode imputar o pagamento do principal se os juros não estiverem satisfeitos; (ii) dentre as dívidas vencidas, imputar-se-á o pagamento à mais onerosa e, neste sentido, já se pronunciou o Tribunal Supremo no sentido de que tal imputação dar-se-á entre as dívidas do devedor principal e não entre as do subsidiário (Fondo de Garantía Salarial).²⁰⁵

Por fim, ressalta o autor que, havendo salários e indenizações a serem pagos, consideram-se aqueles mais onerosos em razão das preferências e garantias previstas no artigo 32 do Estatuto de los Trabajadores.²⁰⁶

²⁰³ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 73.

²⁰⁴ Ibid., p. 74.

²⁰⁵ Ibid., p. 74.

²⁰⁶ Ibid., p. 74-75.

4.9 Insolvência: prestações

4.9.1 Prestações

Dispõe o artigo 33.1 do Estatuto de los Trabajadores que o Fondo de Garantía Salarial pagará salários não adimplidos, dispondo que se terá por salário a quantidade reconhecida como tal em *acto de conciliación*²⁰⁷ ou em decisão judicial, conforme artigo 26.1 dessa norma.²⁰⁸

Tem-se como créditos salariais protegidos, segundo o artigo 14 do Real Decreto n. 505/1985, os valores relativos à remuneração do trabalho realizado, os descansos semanais, os feriados, as férias e as horas extras.²⁰⁹

São protegidas pelo Fondo de Garantía Salarial as prestações *in natura*, já que mencionadas no artigo 26.1 do Estatuto de los Trabajadores, devendo ser mensuradas em dinheiro, o que pode ser feito na fase de execução do título que as reconheça. Também estão cobertos pelo Fondo de Garantía Salarial os complementos salariais estipulados em razão da quantidade ou qualidade de trabalho, bem como as comissões sobre vendas.²¹⁰

Entende-se que também são cobertas pelo Fondo de Garantía Salarial as *percepciones extrasalariales* que compõem a base de cálculo das contribuições. Para defini-las recorre-se ao disposto no artigo 23 do Real Decreto n. 2.064/1995, de 22 de dezembro, relativo ao *Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social*, podendo citar as diárias de viagem que excedam aos limites contidos no Real Decreto n. 1.775/2004, de 30 de julho, relativo ao Regulamento do Imposto de Renda de Pessoas Físicas.²¹¹

²⁰⁷ O *acto de conciliación* é uma tentativa de solução do conflito anterior à via judicial, visando à conciliação das partes.

Segundo informação extraída do sítio do Ministerio de Trabajo y Inmigración da Espanha: “*Es un requisito previo para la tramitación de cualquier procedimiento por despido ante el Juzgado de lo Social. Se exceptúan de este requisito los procesos que exijan la reclamación previa en vía administrativa.*” (ESPAÑA. Ministerio de Trabajo y Inmigración. Inspección de trabajo y seguridad social. Disponível em: <<http://www.mtin.es/itss/web/Utilidades/FAQs/RL/rl.html>>. Acesso em: 17 maio 2011).

²⁰⁸ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 77.

²⁰⁹ Ibid., p. 77-78.

²¹⁰ Ibid., p. 79.

²¹¹ Ibid., p. 80.

Portanto, estão excluídas da cobertura do Fondo de Garantía Salarial as parcelas constantes do artigo 26.2 do Estatuto de los Trabajadores, tais como as destinadas a reembolsar gastos de transporte, de manutenção de uniformes etc., bem como as prestações devidas pela Seguridad Social, como as relativas à incapacidade temporária.²¹²

4.9.2 Requisitos para o reconhecimento do direito às prestações decorrentes de salários

Jordi García Viña afirma que, inicialmente, o Tribunal Supremo entendia que o Fondo de Garantía Salarial somente pagaria prestações relativas a salários reconhecidos em conciliação ou decisão judicial, excluindo as reconhecidas através de conciliação obtida no serviço de mediação ou arbitragem competente.²¹³

Porém, houve mudança neste entendimento, pela qual o Tribunal Supremo imputa responsabilidade ao Fondo de Garantía Salarial mesmo quando os salários tenham sido reconhecidos através destes meios de solução de conflitos, sob o fundamento de que a exigência do artigo 33.2 do Estatuto de los Trabajadores não se aplica aos créditos decorrentes de salários.²¹⁴

4.9.3 Limites de cobertura do crédito salarial

Os limites de cobertura do crédito salarial eram fixados pelo artigo 18 do Real Decreto n. 505/1985, bem como pelo artigo 33.1 do Estatuto de los Trabajadores, os quais estabeleciam a cobertura da quantia equivalente à multiplicação do salário quando do momento do pagamento (ou o dobro do salário mínimo quando aquela ultrapassa este valor),

²¹² GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 82-83.

²¹³ Estes serviços administrativos da mediação e arbitragem são vinculados ao Ministerio de Trabajo e Inmigración da Espanha ou aos departamentos das comunidades autónomas, conforme informação extraída no sítio daquele órgão, nestes termos: “*Se refiere a las conciliaciones y mediaciones entre empresarios y trabajadores que tienen lugar ante los servicios administrativos territoriales correspondientes, como vía previa de tratamiento de conflictos tendente a evitar las demandas ante los órganos judiciales sociales. Los servicios administrativos competentes a estos efectos son los siguientes: las Unidades de Mediación, Arbitraje y Conciliación de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y los órganos equivalentes de las comunidades autónomas*”. (ESPAÑA. Ministerio de Trabajo y Inmigración. Fuentes y notas explicativas. Disponível em: <http://www.mtin.es/estadisticas/anuario2002/MAC/macfn.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011).

²¹⁴ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 83.

pelo número de dias trabalhados, de descanso computado como trabalho (descanso semanal remunerado e feriado, por exemplo), observado o limite máximo de 120 dias.²¹⁵

Ocorre que o artigo 33.1 do Estatuto de los Trabajadores foi modificado, passando a dispor que o Fondo garantirá, no máximo, a quantia resultante da multiplicação do triplo do salário mínimo diário pelo número de dias de salário não adimplidos, observado o limite máximo de 150 dias.

Quando o salário do trabalhador não supera o limite do triplo do salário mínimo diário, no momento da insolvência, aplica-se o salário real do trabalhador, incluída a parte proporcional dos complementos salariais superiores a um mês e das horas extras.²¹⁶

4.9.4 Cobertura de indenizações pela extinção do contrato de trabalho

O artigo 33.2 do Estatuto de los Trabajadores, bem como o artigo 19.1 do Real Decreto n. 505/1985 dispõem que cabe ao Fondo de Garantía Salarial garantir as indenizações previstas em sentença ou decisão administrativa, em razão de dispensa, extinção do contrato de trabalho por causas objetivas, dispensa coletiva e pela resolução contratual a pedido do empregado decorrente de descumprimento empresarial.²¹⁷

Dispõe o artigo 14.2 do Real Decreto n. 505/1985 que se considera crédito por indenização a quantia reconhecida ao trabalhador em sentença ou decisão da autoridade laboral, ressaltando Jordi García Viña que tais indenizações têm seu valor fixado por lei, não deixando margem para a discricionariedade judicial, exceção feita à hipótese de majoração da indenização pela irregularidade na readmissão ou pela negativa de cumprimento da sentença, na variação de 45 a 60 dias por ano de serviço.²¹⁸

O Fondo de Garantía Salarial não se responsabilizará pela totalidade da indenização devida ao trabalhador, sendo que os artigos 33.2 do Estatuto de los Trabajadores e o artigo 19 do Real Decreto n. 505/1985 dispõem que, nos casos de extinção do contrato nos termos do

²¹⁵ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 83.

²¹⁶ Ibid. p. 85.

²¹⁷ Ibid., p. 94.

²¹⁸ Ibid., p. 95.

artigo 50 do Estatuto, o Fondo de Garantía Salarial garantirá indenização equivalente a 25 dias de salário por ano trabalhado e, no caso de extinção por causas econômicas, tecnológicas ou de força maior, a indenização será de 20 dias por ano trabalhado (artigo 19.1 do Real Decreto n. 505/1985).²¹⁹

A indenização também será de 25 dias por ano trabalhado nos casos em que se constatar atuação fraudulenta na extinção contratual por causas objetivas ou na dispensa coletiva, sendo que, em todos os casos, os períodos inferiores a um ano devem ser computados em proporção aos meses.²²⁰

Os salários utilizados serão aqueles percebidos pelos trabalhadores, exceto se excederem ao dobro do salário mínimo,²²¹ hipótese em que este valor será utilizado.

Por fim, ressalta Jordi García Viña que a última restrição refere-se ao limite máximo de uma anualidade.²²²

Nos casos de sucessão de empresa, o autor observa que, embora não seja proibida a recontração do empregado dispensado por decisão da empresa, com a formação de novo contrato de trabalho, o Tribunal Supremo tem entendido pela existência de fraude quando, na hipótese de sucessão, os empregados passam a laborar para outra empresa e não demandam a sucessora, tampouco a sucedida, em litisconsórcio passivo necessário decorrente da previsão do artigo 44 do Estatuto de los Trabajadores.²²³

4.10 Hipóteses em que a atuação do Fondo de Garantía Salarial independe da insolvência empresarial

Há duas hipóteses em que a atuação do Fondo de Garantía Salarial será direta, sem direito de sub-rogação e independentemente da declaração de insolvência singular ou concursal do empresário, quais sejam, a decorrente de medidas de proteção às pequenas

²¹⁹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 104.

²²⁰ Ibid., p. 105.

²²¹ Leia-se: triplo do salário mínimo, em razão da alteração da redação do artigo 33.2 do Estatuto de los Trabajadores.

²²² GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 107.

²²³ Ibid., p. 94.

empresas e a derivada de casos de força maior que não ensejam responsabilidade ao empresário.²²⁴

4.10.1 Medidas de proteção às pequenas empresas

No tocante às pequenas empresas, existem duas possibilidades de atuação do Fondo de Garantía Salarial. A primeira refere-se à dispensa coletiva, sendo que o artigo 19.3 do Real Decreto n. 505/1985 prevê a responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial por 40% da indenização decorrente da extinção do contrato de trabalho por causas econômicas e tecnológicas. Jordi García Viña afirma que, apesar da redação obsoleta do dispositivo, esta hipótese também abrange os casos de extinção da relação de emprego decorrente de *expediente de regulación de empleo por causa tecnológica o económica*, conforme artigo 51 do Estatuto de los Trabajadores.²²⁵

A segunda hipótese refere-se à redução de postos de trabalho por causas objetivas, que não consta do Real Decreto n. 505/1985, uma vez que decorre de modificação do artigo 33.8 do Estatuto de los Trabajadores, que dispõe sobre a cobertura de 40% da indenização devida em razão da extinção da relação de emprego decorrente do expediente previsto no artigo 51 deste Estatuto ou por causa da hipótese prevista no artigo 52 desta norma, ou, ainda, em conformidade com o artigo 64²²⁶ da Ley n. 22/2003.²²⁷

Assim, a responsabilidade direta do Fondo de Garantía Salarial por 40% da indenização também se dá pela extinção do contrato de trabalho em empresas com menos de 25 trabalhadores, em razão de causas objetivas fundadas na necessidade de reduzir postos de trabalho, decorrentes de causas econômicas, técnicas, organizativas e de produção, desde que o número de postos de trabalho reduzidos seja inferior a (i) 10 postos em empresas com menos de 100 trabalhadores, (ii) 10% do número de trabalhadores de empresas com 100 a 300 trabalhadores e (iii) 30 trabalhadores nas empresas que possuam 300 ou mais empregados.²²⁸

²²⁴ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 109.

²²⁵ Ibid., p. 109.

²²⁶ Estes dispositivos legais constam do anexo desta dissertação.

²²⁷ Ibid., p. 109.

²²⁸ Ibid., p. 110.

Jordi Garcia Viña afirma que há casos em que o Tribunal Supremo isenta o Fondo de Garantía Salarial das indenizações, como nas hipóteses (i) de o empresário não seguir corretamente os procedimentos previstos na lei, procedendo às extinções de forma viciada, conforme artigo 51.5 do Estatuto de los Trabajadores, (ii) em que possui mais de 10 trabalhadores, (iii) em que não existe causa ou (iv) em que há convivência entre o trabalhador e o empresário a fim de criar um estado de insolvência.²²⁹

A responsabilidade direta do Fondo de Garantía Salarial, nestes casos, tem por fim reduzir os custos das dispensas por motivos econômicos das pequenas empresas, como afirma o referido autor:

*La finalidad de esta regulación no es la de la garantía o aseguramiento de salarios o indemnización a cargo del empresario, sino la de alivio o reducción del coste financiero para el empresario de los despidos económicos de determinadas empresas pequeñas, ya que, según la Instrucción de 29 de junio de 1994, de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial, por la que se regula la actuación del Fondo en los casos de extinción de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en las empresas de menos de 25 trabajadores, es necesario “valorar la necesidad de reducir coste del despido en pequeñas empresas cuando éstas tengan que reducir empleo por cambios en su situación económica”.*²³⁰

Como a responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial é direta, não requer que a indenização esteja prevista em sentença ou decisão administrativa, tampouco a tramitação do expediente administrativo perante este órgão.²³¹

A indenização a ser paga pelo Fondo de Garantía Salarial deve observar a base de cálculo dos salários, não podendo exceder ao triplo do salário mínimo. Além disso, o valor a ser indenizado não poderá exceder a 20 dias de salário por ano de serviço, não podendo ultrapassar 365 dias de salário.²³²

Se a alíquota de 40% da indenização a ser paga pelo Fondo de Garantía Salarial exceder os limites impostos a este órgão, o restante deverá ser pago pela empresa (além dos

²²⁹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 110-111.

²³⁰ Ibid., p. 111.

²³¹ Ibid., p. 111-112.

²³² ROQUETA BUJ, REMEDIOS. Op. cit., p. 373-374.

60% a seu cargo), não se admitindo que o trabalhador receba quantia inferior a 100% da indenização devida.²³³

Jordi García Viña ressalta o entendimento jurisprudencial no sentido de que, por ser direta a responsabilidade do Fondo de Garantía Salarial, caso a empresa venha a adimplir a totalidade da indenização poderá exigir a quantia a cargo desse órgão (artigo 1.158 do Código Civil).²³⁴

O número de 25 trabalhadores deve ser computado dentre o total de empregados da empresa e não dentre aqueles pertencentes a determinado estabelecimento, abrangendo tanto os trabalhadores vinculados por contratos por prazo indeterminado como determinado. Além disso, quanto ao momento de aferição do número de trabalhadores, entende-se, por falta de previsão legal, que deve ser o da extinção dos contratos. Jordi García Viña afirma que não tem sido concedido tal benefício a empresas que no momento da solicitação reduziram o quadro de trabalhadores para menos de 25, ou quando possuíam muitos empregados acima deste limite e reduziram o quadro nos meses anteriores.²³⁵

4.10.2 Casos de força maior que não ensejam responsabilidade ao empresário

O artigo 51.12, *in fine*, do Estatuto de los Trabajadores, e o artigo 17 do Real Decreto n. 505/1985 preveem que o Fondo de Garantía Salarial poderá adimplir parcial ou totalmente as indenizações devidas pela extinção de contratos de trabalho por força maior, quando houver decisão da autoridade laboral que decida pela exoneração do empregador, sem prejuízo da sub-rogação do Fondo em face deste.²³⁶

Jordi García Viña afirma que se entende por “força maior” um acontecimento extraordinário e imprevisível para as partes e que impede a prestação de serviços de modo definitivo. E ressalta que este acontecimento não está relacionado com a exploração

²³³ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 113.

²³⁴ Ibid., p. 112.

²³⁵ Ibid., p. 115.

²³⁶ Ibid., p. 116. Porém, Remedios Roqueta Buj afirma que, apesar da possibilidade de sub-rogação, diversos Reales Decretos-Leyes editados por motivo de urgência em casos de inundações e incêndios dispõem que, nos casos de extinção de contratos de trabalho por tal motivo, as indenizações serão de responsabilidade do Fondo, que não poderá ressarcir-se. (ROQUETA BUJ, Remedios. Op. cit., p. 352).

empresarial desenvolvida, de modo a afastar qualquer similitude com crises decorrentes de causas econômicas ou tecnológicas.²³⁷

Trata-se de um caso atípico de responsabilidade direta do Fundo, dispensando o estado de insolvência, tendo em vista a especial situação do trabalhador que, subitamente, se vê privado do sustento em razão de acontecimento de força maior.²³⁸

A fixação da indenização pela extinção do contrato de trabalho por força maior é fixada, discricionariamente, pela autoridade laboral, que pode entender pela assunção de toda ou de parte da indenização pelo Fondo de Garantía Salarial, sendo que, na hipótese de responsabilização parcial, o empresário é o responsável principal pelo restante da dívida (e o Fondo de Garantía Salarial é responsável subsidiariamente em caso de insolvência), sendo que a autoridade pode, ainda, não isentar o empresário, que será o responsável pela totalidade da dívida (e o Fondo continua sendo responsável subsidiário em caso de insolvência).²³⁹

4.11 Procedimento de solicitação de prestações do Fondo de Garantía Salarial

O procedimento de solicitação de prestações do Fondo de Garantía Salarial consubstancia uma relação jurídica administrativa, sendo que, num primeiro momento, o Fondo de Garantía Salarial ostentará o caráter de sujeito passivo e, posteriormente, poderá ostentar o caráter de sujeito ativo, em razão da sub-rogação nos créditos dos trabalhadores.²⁴⁰

Como órgão autônomo vinculado ao Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais, o Fundo compõe a Administração Pública, regendo-se por normas especiais e, supletivamente, pela Ley n. 30/1992, de 26 de novembro, que dispõe sobre o Regime Jurídico das Administraciones Públicas e sobre o Procedimiento Administrativo Común. Assim, os requerimentos efetuados pelos trabalhadores perante o Fondo de Garantía Salarial ensejam um procedimento administrativo regulado pelo Real Decreto n. 505/1985, sendo que as decisões dele derivadas correspondem a atos administrativos.²⁴¹

²³⁷ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 116-117.

²³⁸ ROQUETA BUJ, Remedios. Op. cit., p. 351-352.

²³⁹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 118.

²⁴⁰ Ibid., p. 121.

²⁴¹ Ibid., p. 123.

O artigo 16 do Real Decreto n. 505/1985 dispõe que, no caso de prestações solicitadas por trabalhadores de empresas submetidas ao procedimento concursal, o requerimento de pagamento das prestações pode se dar a qualquer momento, desde que exista uma decisão declarando a solicitação do estado de *suspensión de pagos, quiebra e concurso de acreedores*.²⁴²

Compatibilizando tal artigo às modificações trazidas pela Lei Concursal de 2003, tem-se que, no concurso voluntário, o devedor apresenta desde logo a lista de credores, inclusive os trabalhistas, o que permite a solicitação de prestações. Já no concurso necessário, o reconhecimento dos créditos depende da nomeação dos administradores e de seu reconhecimento das dívidas. É importante ressaltar que, se em ambos os casos for constatado que o crédito da lista provisória era superior ao constante da lista de credores definitiva, o valor das prestações deverá ser adequado e, se já pagas, deverá o trabalhador reembolsar a diferença ao Fondo de Garantía Salarial.²⁴³

Os trabalhadores devem solicitar as prestações ao Fondo de Garantía Salarial no prazo de um ano a partir da data do *acto de conciliación*, da sentença ou da decisão da autoridade laboral, através dos quais ou se reconheça o direito aos salários ou sejam arbitradas as indenizações (artigo 33.7 do Estatuto de los Trabajadores e artigo 21 do Real Decreto n. 505/1985).²⁴⁴

Jordi García Viña destaca o entendimento dos tribunais no sentido de que o prazo prescricional para as pretensões de pagamento direto pelo Fondo de Garantía Salarial, de 40% da indenização por dispensa por motivo econômico, inicia-se com a declaração judicial de tal indenização, a partir do trânsito em julgado da sentença que condena ao pagamento. E, no tocante ao prazo prescricional que envolve responsabilidade subsidiária do Fondo de Garantía Salarial, decorrente da insolvência empresarial, também se inicia com a definitividade do auto de insolvência.²⁴⁵

²⁴² GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 124.

²⁴³ Ibid., p. 124-125.

²⁴⁴ Ibid., p. 125.

²⁴⁵ Ibid., p. 126.

O autor assevera, ainda, que não há interrupção do prazo prescricional no tocante à ação contra o Fondo de Garantía Salarial em razão de sua responsabilidade subsidiária (insolvência) e de sua responsabilidade direta decorrente da dispensa por motivo econômico.²⁴⁶

O procedimento pode iniciar-se de ofício, quando tratar da responsabilidade direta do Fondo de Garantía Salarial, ou a requerimento da parte, nos casos de responsabilidade subsidiária.²⁴⁷

A instauração do procedimento de ofício dá-se nos casos em que o Fondo de Garantía Salarial se responsabiliza pelo pagamento total das indenizações decorrentes da extinção dos contratos de trabalho por motivo de força maior (quando uma decisão administrativa exonerou o empregador de tal pagamento), bem como na hipótese de pagamento de indenizações pela extinção dos contratos de trabalho em empresas com menos de 25 trabalhadores, conforme artigo 33.8 do Estatuto de los Trabajadores.²⁴⁸ Nesses casos, ditada a decisão da autoridade laboral que autoriza a extinção dos contratos de trabalho, e não impugnada no prazo de 15 dias, a certidão de tal decisão é encaminhada à unidade administrativa periférica do Fondo de Garantía Salarial, correspondente ao local do estabelecimento em que laborava o empregado, a qual iniciará o procedimento de ofício.²⁴⁹

Nas solicitações instauradas pelas partes, destaca-se o artigo 20.1 do Real Decreto n. 505/1985, que dispõe sobre a legitimidade para tanto, atribuindo-a aos trabalhadores titulares de créditos trabalhistas protegidos pela garantia salarial, bem como aos órgãos de administração da empresa submetida ao procedimento concursal, desde que autorizados pelos trabalhadores.²⁵⁰

O artigo 20.2 do Real Decreto n. 505/1985 dispõe que as organizações sindicais e empresariais podem intervir no procedimento, na defesa dos interesses coletivos. Jordi García Viña afirma, portanto, que não detêm tais organizações a condição de interessadas, não

²⁴⁶ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 126.

²⁴⁷ Ibid., p. 127.

²⁴⁸ Ibid., p. 127.

²⁴⁹ Ibid., p. 127.

²⁵⁰ Ibid., p. 127-128.

podendo instaurar o procedimento, exceto quando atuarem na condição de representantes legais.²⁵¹

No tocante à interpretação do que seriam os interesses coletivos citados na norma, Jordi García Viña assevera que se distinguem os processos que veiculam interesses individuais, dos plurais (de um grupo de trabalhadores) e dos coletivos (que veiculam um interesse genérico e indeterminado da categoria). Mas afirma que tais regras são intransponíveis ao procedimento administrativo do Fondo de Garantía Salarial, no qual sempre se veicula um interesse concreto, determinado, líquido e exigível. Dessa forma, conclui que se deve interpretar a norma citada equiparando os interesses coletivos aos plurais, em oposição aos individuais.²⁵²

Quanto à capacidade, não há norma específica do Fondo de Garantía Salarial que trate da questão, de forma que são observadas as regras contidas no Estatuto de los Trabajadores e no artigo 30 da Ley de Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), sendo que todo aquele que pode atuar no âmbito jurídico-administrativo pode fazê-lo por si mesmo ou por terceiro que o represente.²⁵³

Instaurado o procedimento pela parte, os artigos 74.1, da LRJ-PAC, e 26.1 do Real Decreto n. 505/1985 dispõem que será impulsionado de ofício.²⁵⁴

Os artigos 73, da LRJ-PAC, e 23 do Real Decreto n. 505/1985 preveem a possibilidade de cumulação de solicitações de trabalhadores da mesma empresa, com a mesma causa de pedir, sendo que o último dispositivo legal trata da hipótese em procedimento concursal, em que a cumulação tramitará na unidade administrativa periférica do Fondo de Garantía Salarial da capital da província do Juízo em que tramita o procedimento concursal. Neste caso, a cumulação será comunicada em três dias às unidades administrativas periféricas do Fondo de Garantía Salarial dos locais em que se situam os estabelecimentos do devedor, a fim de que se

²⁵¹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 128.

²⁵² Ibid., p. 128-129.

²⁵³ Ibid., p. 133.

²⁵⁴ Ibid., p. 129.

abstenham de conhecer de futuras solicitações e que remetam os expedientes em trâmite, notificando os solicitantes.²⁵⁵

Jordi García Viña afirma que, embora o artigo 23 do Real Decreto n. 505/1985 se refira ao procedimento concursal, a cumulação também seria admitida em casos de insolvência declarada em processo de execução singular. Assevera, ainda, que não cabe recurso da decisão que admite a cumulação, pois não cria obstáculo à continuidade do procedimento, nem, tampouco, traduz cerceamento de defesa, conforme dispõe o artigo 107.1 da LRJ-PAC.²⁵⁶

A solicitação de prestações geralmente será dirigida à unidade administrativa periférica correspondente, a qual terá o encargo de instruir os expedientes e elaborar a proposta de decisão. Pode ser apresentada na própria unidade ou nos demais locais previstos no artigo 38.4 da LTJ-PAC, tais como: qualquer órgão administrativo que pertença à Administração Geral do Estado, nas agências de correios, conforme regulamentação, bem como em embaixadas e consulados da Espanha, nos casos de trabalhadores situados no estrangeiro e vinculados a empresas que se submetem à legislação espanhola.²⁵⁷

A solicitação conterá a qualificação do interessado, a causa de pedir, data, local, assinatura, e será acompanhada dos documentos relacionados no artigo 25 do Real Decreto n. 505/1985.²⁵⁸

Registrada a solicitação e instaurado o expediente, proceder-se-á ao exame da documentação juntada, concedendo-se o prazo de 10 dias para eventual saneamento da solicitação ou complementação de documentos, sob pena de extinção, conforme disposto no artigo 26.2 do Real Decreto n. 505/1985.²⁵⁹

No prazo de 10 dias da apresentação da solicitação de prestações, o Fondo de Garantía Salarial requererá da Tesorería Territorial de la Seguridad Social a comprovação da inscrição da empresa e da filiação dos trabalhadores, bem como a indicação do período trabalhado e da

²⁵⁵ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 131.

²⁵⁶ Ibid., p. 131.

²⁵⁷ Ibid., p. 134.

²⁵⁸ Ibid., p. 136.

²⁵⁹ Ibid., p. 136-137.

base de cálculo das contribuições do Fondo de Garantía Salarial. Ao mesmo tempo facultará à empresa e aos órgãos do concurso, inclusive o Juízo concursal, a apresentação das alegações que entenderem pertinentes.²⁶⁰

Havendo divergência entre os dados indicados na solicitação e aqueles fornecidos pela Tesorería, a unidade administrativa periférica que instrui o expediente realizará de ofício as diligências necessárias à elucidação, concedendo prazo de 20 dias para os interessados provarem suas alegações (artigo 27.3 do Real Decreto n. 505/1985). O mesmo procedimento caberá no caso das informações prestadas na solicitação divergirem das fornecidas pelos empresários e pelos órgãos do concurso (artigo 27.4 do Real Decreto n. 505/1985).²⁶¹

A Administração é livre para apreciar as provas produzidas e as alegações das partes, devendo expor as razões de acolhimento ou de rejeição, sob pena de nulidade da futura decisão final. Destaca Jordi García Viña que tal apreciação não vincula os Tribunais em posterior impugnação realizada pelos interessados.²⁶²

Concluída a instrução pela unidade administrativa, o procedimento será enviado à Secretaria Geral do Fondo de Garantía Salarial no prazo de 10 dias, acompanhado de proposta de decisão (artigo. 28.1 do Real Decreto n. 505/1985). O Secretário Geral poderá abrir um período extraordinário de prova (artigo 28.3 do Real Decreto n. 505/1985) e, após findo este prazo, ou, na sua ausência, proferir decisão rejeitando as pretensões ou acolhendo-as, total ou parcialmente.²⁶³

Deverá rejeitar as pretensões quando constatar abuso de direito ou fraude, bem como conluio entre trabalhadores e empregadores na formalização de um aparente estado legal de insolvência, com a finalidade de perceber prestações do Fondo de Garantía Salarial.²⁶⁴

Proferida a decisão, o secretário-geral determinará o pagamento à Tesorería Territorial de la Seguridad Social competente, enviará cópia da decisão à unidade administrativa periférica que instruiu o expediente, e notificará os interessados, sendo que o prazo para

²⁶⁰ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 137.

²⁶¹ Ibid., p. 137.

²⁶² Ibid., p. 137-138.

²⁶³ Ibid., p. 140.

²⁶⁴ Ibid., p. 140.

proferir decisão em primeira instancia é de 3 meses (artigo 28.7 do Real Decreto n. 505/1985).²⁶⁵

Faculta-se a interposição de recurso administrativo para impugnar os atos da Administração, sendo que, tal recurso, é pressuposto para a impugnação pela via judicial.²⁶⁶

O artigo 29.1 do Real Decreto n. 505/1985 prevê o recurso de alçada, dirigido ao Ministro do Trabalho e da Seguridade Social, a ser interposto no prazo de 15 dias da notificação. Ocorre que a Ley n. 30/1992, de 26 de novembro, suprimiu a antiga tipologia de recursos administrativos ordinários, que se classificavam em recursos de alçada e de reposição.²⁶⁷

Referida Lei de 1992 simplifica o sistema de recursos administrativos e prevê uma única modalidade de recurso ordinário, pelo qual se impugna as decisões que não encerram a via administrativa e as que impossibilitam a continuidade do procedimento ou traduzam cerceamento de defesa (artigo 107.1 da LRJ-PAC), conhecendo do recurso o órgão hierárquico superior àquele que proferiu o ato impugnado (artigo 114 da LRJ-PAC).²⁶⁸

Dessa forma, Jordi García Viña afirma que, após essa Lei, a referência ao recurso de alçada contida no artigo 25 do Real Decreto n. 505/1985 deve ser entendida como realizada ao recurso ordinário, o qual deve ser interposto no prazo de um mês, se o ato foi expresso, ou de três meses caso contrário (artigo 115.1 da LRJ-PAC), e não mais no prazo de 15 dias.²⁶⁹

4.12 Atuação do Fondo de Garantía Salarial no processo trabalhista

O artigo 29.2 do Real Decreto n. 505/1985 previa que a submissão jurisdicional dos atos do Fondo de Garantía Salarial que esgotavam a via administrativa dar-se-ia nos Tribunais da Jurisdição Contenciosa-Administrativa.²⁷⁰

²⁶⁵ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 141.

²⁶⁶ Ibid., p. 144.

²⁶⁷ Ibid., p. 144.

²⁶⁸ Ibid., p. 145.

²⁶⁹ Ibid., p. 145.

²⁷⁰ Ibid., p. 147.

Ocorre que esse artigo foi derogado pelo artigo 9.5 da Ley Orgánica del Poder Judicial, que determinou que as demandas dos trabalhadores contra o Fondo de Garantía Salarial, no tocante às prestações previstas no artigo 33 do Estatuto de los Trabajadores, seriam conhecidas pela jurisdição social, no que foi seguida pela Ley n. 20/1988, de 14 de julho, que modificou a Ley de Procedimiento Laboral e também dispôs nesse sentido.²⁷¹

Foi modificado, ainda, o parágrafo 2º do artigo 48 da Ley de Procedimiento Laboral, para isentar as demandas contra o Fondo de Garantía Salarial da prévia via administrativa, do que resulta que as decisões do Secretário Geral do Fondo de Garantía Salarial são recorríveis diretamente na jurisdição social, sem necessidade de esgotamento da via administrativa e da interposição de recurso administrativo ordinário, cujo manejo é facultativo.²⁷²

No processo trabalhista, o Fondo de Garantía Salarial pode intervir tanto na fase de conhecimento como na de execução.²⁷³

A atuação do Fondo de Garantía Salarial na fase de conhecimento pode se dar em caso de responsabilidade direta e subsidiária. Atuará tanto no polo passivo como no polo ativo, sendo que esta última posição dar-se-á quando este órgão pleitear a devolução de valores pagos indevidamente.²⁷⁴

O Fondo de Garantía Salarial pode ser titular da relação jurídica deduzida no processo ou apenas ostentar interesse em razão de sua função garantidora de créditos que possam ser deferidos. Em ambas as situações, por não haver disposição específica na Ley de Procedimiento Laboral no tocante à sua atuação, segue-se o procedimento ordinário previsto no artigo 80 e seguintes dessa norma.²⁷⁵

Ao Fondo de Garantía Salarial faculta-se a utilização dos meios processuais que entender pertinentes, podendo pretender a ampliação subjetiva da demanda ao alegar grupo econômico, sucessão de empresa ou terceirização, opor-se à demanda e às quantias

²⁷¹ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 147-148.

²⁷² Ibid., p. 148.

²⁷³ Ibid., p. 148.

²⁷⁴ Ibid., p. 149.

²⁷⁵ Ibid., p. 149.

pretendidas, formular alegações e opor exceções, como as de decadência e prescrição, propor e produzir provas, bem como interpor recursos.²⁷⁶

O artigo 23 da Ley de Procedimiento Laboral dispõe sobre a intervenção do Fondo de Garantía Salarial, a qual pode se dar em duas circunstâncias.²⁷⁷ A primeira decorre da intervenção nos processos que possam acarretar responsabilidade pelo pagamento de salários ou indenizações dos trabalhadores, a qual pode se dar em qualquer momento processual, não acarretando suspensão ou retroação do processado.²⁷⁸ A segunda previsão de intervenção se refere aos casos de insolvência ou desaparecimento do empregador, hipótese em que o juiz, de ofício ou a requerimento, citará o Fondo de Garantía Salarial para que atue como parte, sob pena de nulidade.²⁷⁹

Jordi García Viña afirma que havia controvérsia acerca da natureza jurídica da intervenção do Fondo de Garantía Salarial, mas que o artigo 13.3 da Ley de Enjuiciamiento Civil pacificou-a ao dispor que aquele que intervém será considerado parte para todos os efeitos, podendo formular suas próprias pretensões, prosseguir na ação, ainda que o litisconsorte dela desista, e interpor recursos para impugnar decisões que entenda prejudiciais a seus interesses, independentemente da aceitação do litisconsorte.²⁸⁰

Assevera, ainda, que o Tribunal Supremo já decidiu que o Fundo, na qualidade de parte processual, pode praticar todos os atos processuais que entender convenientes, utilizando todos os meios de defesa em favor da empresa na lide com o empregador; mas tal faculdade possui um efeito preclusivo, de forma que tais alegações não poderão ser alegadas em posterior processo no qual seja demandado.²⁸¹

Conclui Jordi García Viña no sentido de que:

En conclusión, según el Tribunal Supremo, la posición que ocupa el Fondo en los supuestos del art. 23.2 LPL no se ajusta a los cánones de intervención que la doctrina procesalista diseña para el proceso civil, pues siendo en

²⁷⁶ GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 150.

²⁷⁷ Ibid., p. 151.

²⁷⁸ Ibid., p. 151.

²⁷⁹ Ibid., p. 151.

²⁸⁰ Ibid., p. 153.

²⁸¹ Ibid., p. 153.

*principio un interviniente adhesivo simple, participa de facultades que son propias del litisconsorcio. Además, esta atípica y peculiar posición está plenamente justificada por el carácter provocado de su presencia en el proceso, por su naturaleza jurídica pública como institución de garantía legal subsidiaria y por la defensa de los fondos públicos cuya gestión tiene encomendada, que sólo puedo llevar a cabo eficazmente, si se le otorgan todos los poderes procesales necesarios para ello.*²⁸²

O Fondo de Garantía Salarial intervirá no processo de execução em razão da sub-rogação nos direitos e deveres dos trabalhadores, bem como nas hipóteses de insolvência singular ou técnica, previstas nos artigos 274 e 275 do Texto Refundido da Ley de Procedimiento Laboral (TRLPL) e já referida neste trabalho.²⁸³

²⁸² GARCÍA VIÑA, Jordi. Op. cit., p. 153-154.

²⁸³ Ibid., p. 155.

5. PROJETOS DE LEI REGULAMENTADORA DO FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS

A doutrina já se pronunciou, por diversas vezes, sobre a grande contribuição que o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas poderá trazer ao processo do trabalho, tornando efetiva a tutela jurisdicional.²⁸⁴ A regulamentação deste Fundo será de vital importância para o alcance deste objetivo, pois deve ser claramente delineado o modelo desta instituição, com a delimitação do âmbito de sua atuação, das fontes de financiamento e outras questões imprescindíveis para a sua própria viabilidade, pois, como se manifesta José Augusto Rodrigues Pinto, desta normatização “dependerá a confirmação da nossa esperança ou a colheita de mais um desapontamento”.²⁸⁵

5.1 Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004

Este projeto de lei regulamentadora do artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45/2004, de autoria do deputado Maurício Rands, é composto de 17 artigos e, segundo justificativa do autor, “visa proporcionar aos trabalhadores um método rápido e eficaz de recebimento de seus créditos trabalhistas reconhecidos pelas decisões condenatórias transitadas em julgado na Justiça do Trabalho”.²⁸⁶

O Projeto prevê diversas disposições semelhantes às da regulamentação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e, para a melhor compreensão do projeto, analisar-se-ão os temas por matéria (regulamentação, gestão e operação, recursos, objeto da garantia, acionamento do Fundo e tramitação).

²⁸⁴ Neste sentido se pronunciam: (i) PIMENTA, José Roberto Freire. A nova competência da Justiça do Trabalho para lides não-decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, jan./abr. 2005, p. 144. (ii) CALLEGARI, José Antonio. Execução: inovações no âmbito do direito do trabalho. *LTr: revista legislação do trabalho*. São Paulo, v. 72, n. 2, fev. 2008, p. 163. (iii) SOARES FILHO, José. Alguns aspectos da reforma do Judiciário. *LTr: revista legislação do trabalho*. São Paulo, v. 69, n. 1, jan. 2005, p. 63. (iv) MORO, Luiz Carlos. Fundo de execuções trabalhistas. *LTr: suplemento trabalhista*. São Paulo, v. 41, n. 86, 2005, p. 386.

²⁸⁵ PINTO, José Augusto Rodrigues. A emenda constitucional n. 45/2004 e a justiça do trabalho: reflexos, inovações e impactos. *LTr: revista legislação do trabalho*. São Paulo, v. 69, n. 5, maio 2005, p. 532.

²⁸⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=272414. Acesso em: 02 maio 2011.

5.1.1 Regulamentação

Propõe o Projeto de Lei (PL) que o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FUNGET) seja regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, regulamentado pelo Poder Executivo (artigo 3º, *caput*).

O Conselho Curador compõe-se de representantes e suplentes (i) dos trabalhadores e tomadores de serviços, (ii) da Justiça do Trabalho, (iii) do Ministério Público do Trabalho, (iv) do Ministério do Trabalho e Emprego, (v) da Caixa Econômica Federal e (vi) do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (artigo 3º, parágrafo 1º), sendo que a presidência será exercida pelo representante do Ministério do Trabalho e Emprego (artigo 3º, parágrafo 2º).

Segundo o parágrafo 6º do artigo 3º, as despesas para comparecimento às reuniões do Conselho Curador constituirão ônus das entidades representadas, semelhante ao que prevê o parágrafo 6º do artigo 3º da Lei n. 8.036/90 (Lei do FGTS).

Prevê o parágrafo 3º do artigo 3º que os representantes dos trabalhadores e dos tomadores de serviços, bem como seus suplentes, serão indicados pelas centrais sindicais e pelas confederações nacionais e nomeados pelo ministro do Trabalho e Emprego para mandato de dois anos, com possibilidade de uma única recondução. Tal dispositivo assemelha-se à disposição contida no parágrafo 3º do artigo 3º da Lei n. 8.036/90.

As ausências ao trabalho dos representantes dos trabalhadores, decorrentes das atividades no Conselho Curador, serão computadas como de efetivo serviço (artigo 3º, parágrafo 7º, equivalente ao dispositivo legal de mesmo número da Lei n. 8.036/90).

Foi-lhes garantida estabilidade no emprego desde a nomeação até um ano após o término do mandato, somente admitida a dispensa por falta grave, comprovada por processo judicial (artigo 3º, parágrafo 8º), enquanto que a Lei n. 8.036/90 apenas permite tal modalidade de dispensa se comprovada por processo sindical (artigo 3º, parágrafo 9º da Lei n. 8.036/90).

O parágrafo 9º do artigo 3º dispõe caber ao Ministério do Trabalho e Emprego proporcionar ao Conselho Curador os meios necessários ao exercício de sua competência, contando com uma Secretaria Executiva do Conselho Curador do FUNGET (disposição semelhante à do artigo 3º, parágrafo 8º da Lei n. 8.036/90).

Ao Conselho Curador do FUNGET compete, dentre outras funções, estabelecer diretrizes e programas de alocação dos recursos de acordo com os critérios e objetivos fixados na lei regulamentadora (artigo 5º, I), acompanhar e avaliar a gestão econômica e financeira dos recursos, bem como os ganhos sociais e o desempenho dos programas aprovados (artigo 5º, II), apreciar e aprovar os programas anuais e plurianuais (artigo 5º, III), aprovar seu regimento interno (artigo 5º, VII) e fixar normas e valores de remuneração do agente operador (artigo 5º, VIII).

Como se vê, ao contrário do Fondo de Garantía Salarial espanhol, que possui personalidade jurídica própria, o Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004, não atribui esta característica ao FUNGET, regulamentando-o de forma semelhante à do FGTS, no sentido de que será regido por normas e diretrizes do Conselho Curador, regulamentado pelo Poder Executivo, e possuirá uma Secretaria Executiva atribuída pelo Ministério do Trabalho e Emprego para que possa exercer suas competências.

Cesarino Júnior, em estudo relativo ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, afirmou que quem melhor conceitou o termo “Fundo” foi Guillermo Cabanellas, que o definiu como o “Conjunto de bens de uma pessoa ou entidade quando têm finalidade e conta especiais”.²⁸⁷ Prossegue o jurista brasileiro afirmando que o citado autor também conceituou a expressão “Fundo de Garantia” da seguinte maneira:

Mais concretamente, dentro do Direito do Trabalho, é uma reserva patrimonial estabelecida pela lei francesa de 1 de abril de 1898 e formada por contribuições patronais, para proporcionar aos operários e empregados ou a seus beneficiários, uma segurança excepcional ante o risco de insolvência de seus devedores, em caso de acidente seguido de incapacidade ou morte. Se

²⁸⁷ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Fondo. Dicionário de Derecho Usual. Buenos Aires: Arayú, 1953, t. 2, p. 211, *apud* CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. Estabilidade e Fundo de Garantia. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 188.

dentro do prazo legal o patrão não indenizar, o trabalhador ou seus dependentes obtêm a indenização ou pensão do “Fundo de Garantia”.²⁸⁸

A expressão “Fundo de Garantia”, portanto, origina-se da ideia de constituir um patrimônio para garantir o pagamento de pensão ou indenização devidas em casos de incapacidade ou morte decorrentes de acidente, na hipótese de insolvência do titular da obrigação. Não isenta o devedor do cumprimento de sua obrigação, mas garante ao credor o adimplemento em caso de insuficiência patrimonial daquele.

Considerando que o Projeto de Lei concebe a estrutura do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas de forma similar à do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, relevante destacar a opinião de Cesarino Júnior no tocante à natureza jurídica deste, ao asseverar que “A análise da lei e do regulamento do FUNGATS nos leva à conclusão de que ele não tem personalidade jurídica, mas apenas ‘personalidade contábil’”, uma vez que a personalidade jurídica surge da lei ou do contrato e a regulamentação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, até aquele momento (Lei n. 5.107/1966 e Decreto n. 59.820/1966), não se referia explícita ou implicitamente à personalidade jurídica.²⁸⁹

Importante destacar que há pouca análise jurídica acerca dos Fundos Públicos, conforme assevera José Cretella Júnior, que assim os define:

Patrimônio, constituído de dinheiro, ações ou bens, afetado pelo Estado a determinado fim. Embora não tenha personalidade jurídica, nem de direito público, nem de direito privado, o fundo é dotado de personalidade judiciária, equiparando-se, sob tal aspecto, no direito brasileiro, à massa falida, à herança jacente, ao condomínio em edifícios, [...]. Não se delineou ainda, no direito brasileiro, o regime jurídico dos fundos, mas tal entidade tem vida, pode deliberar, determinar e agir. A questão não tem sido discutida em doutrina, faltando mesmo estudo aprofundado sobre o tema. Não obstante, o fundo público está, em definitivo, incorporado à realidade pátria.²⁹⁰

²⁸⁸ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Fondo de Garantia. Dicionário... Op. cit., pág. 212, nota 45, *apud* CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. Estabilidade... Op. cit., p. 189.

²⁸⁹ CESARINO JÚNIOR, Antônio Ferreira. *Ibid.*, p. 190.

²⁹⁰ FUNDO PÚBLICO. *In*: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). Enciclopédia Saraiva do Direito. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil 1827-1977. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 1977, v. 39, p. 219.

O termo “Fundo” também é utilizado na seara do Direito Financeiro, no tocante ao tema da repartição de receitas tributárias e transferências intergovernamentais no Brasil.²⁹¹

José Maurício Conti afirma ser dominante a posição da doutrina no sentido de que os fundos não possuem personalidade jurídica, mas sim uma capacidade processual, que lhes autoriza atuar em juízo na defesa de seus interesses. Seria “a quase-personalidade que os civilistas reconhecem em várias figuras previstas em nosso ordenamento, como é o caso do condomínio e da massa falida.”²⁹²

Entende o autor que tal definição seria aplicável à maior parte dos fundos existentes, mas que deveria ser realizada uma análise detida em relação a cada fundo, a fim de concluir se, de fato, poderia ter capacidade processual. Isto porque, no específico caso do Fundo de Participação dos Estados e Distrito Federal e do Fundo de Participação Municípios, objetos de análise de sua tese, entende inexistente tal capacidade, uma vez que estes não possuem um grau mínimo de autonomia para a gestão de seus recursos, sendo meros instrumentos de repartição de receitas previstos pela Constituição Federal.²⁹³

Desses estudos, pode-se concluir que os fundos, no direito brasileiro, não possuem personalidade jurídica, mas, na maioria dos casos, apenas capacidade processual.

A questão possui grande importância no que tange ao Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, pois os Projetos de Lei preveem a sub-rogação do Fundo no crédito no trabalhador, que deverá executá-lo nos mesmos autos da reclamação trabalhista, mas não referem a qual órgão caberá a sua representação processual.

²⁹¹ Além dos tributos exclusivos de cada uma das esferas de governo, o sistema brasileiro prevê a participação direta (regulada pelos artigos 157 e 158 da Constituição Federal) e indireta na arrecadação, sendo que esta última se dá através da criação de fundos, nos termos do artigo 159 da Constituição Federal.

José Mauricio Conti conceitua “fundo”, genericamente e considerando o objeto de sua análise (fundo de participação), como “um conjunto de recursos utilizados como instrumento de distribuição de riqueza, cujas fontes de receita lhe são destinadas para uma finalidade determinada ou para serem redistribuídas segundo critérios pré-estabelecidos.” CONTI, José Mauricio. *Repartição de receitas tributárias: o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios*. Tese (Doutorado em Direito). Orientador Regis Fernandes de Oliveira – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999, p. 107.

²⁹² Ibid., p. 110.

²⁹³ Ibid., p. 110-112.

5.1.2 Gestão e operação

A gestão do FUNGET caberá ao Ministério do Trabalho e Emprego, cabendo à Caixa Econômica Federal a função de agente operador (artigo 4º).

Como agente gestor, ao Ministério do Trabalho e Emprego caberá praticar os atos necessários à gestão do FUNGET, conforme diretrizes e programas do Conselho Curador (artigo 6º, I), expedir atos normativos à alocação dos recursos para os programas aprovados pelo Conselho Curador (artigo 6º, II), acompanhar a execução dos programas decorrentes da aplicação dos recursos do FUNGET (artigo 6º, IV), submeter à apreciação do Conselho Curador as contas do Fundo (artigo 6º, V), dentre outras funções, com disposições semelhantes às do artigo 6º da Lei n. 8.036/90.

Dispõe o artigo 7º que a Caixa Econômica Federal é o agente operador do FUNGET, competindo-lhe arrecadar, manter os depósitos e emitir os extratos correspondentes ao Fundo (artigo 7º, I), expedir os atos normativos referentes aos seus procedimentos administrativos e à conduta dos trabalhadores e dos tomadores de serviço integrantes do sistema (artigo 7º, II), definir os procedimentos operacionais necessários à execução dos programas estabelecidos pelo Conselho Curador com base nas normas e diretrizes de aplicação elaboradas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (artigo 7º, III), bem como elaborar as contas do Fundo e encaminhá-las ao Ministério do Trabalho e Emprego (artigo 7º, V).

5.1.3 Recursos

Dispõe o artigo 2º do PL sobre os recursos do FUNGET, nos seguintes termos:

Art. 2º O FUNGET é constituído pelos seguintes recursos:

- I - dotações orçamentárias;
- II - multas impostas em decisões judiciais e termos de conciliação homologados pela Justiça do Trabalho;
- III - multas administrativas impostas pela fiscalização do trabalho;
- IV - resultados das aplicações dos recursos do FUNGET.
- IV - demais receitas patrimoniais e financeiras;
- VI - outras fontes.

Parágrafo único. Os valores depositados no FUNGET são absolutamente impenhoráveis.

No tocante ao inciso II, o PL não explicita quais multas decorrentes de decisões judiciais comporão o Fundo, questão essencial para a sua constituição. Tal lacuna poderá ocasionar dúvidas quanto à composição do FUNGET, uma vez que as multas provenientes tanto do direito processual como do direito material estabelecem seus destinatários.

A título de exemplo, as multas constantes dos artigos 467 e 477, parágrafo 8º, da CLT, são devidas ao trabalhador, assim como as multas por litigância de má-fé e por embargos de declaração protelatórios são devidas à parte contrária na relação jurídico processual (artigos 18 e 538, parágrafo único, do CPC). As multas impostas em termos de conciliação homologados pela Justiça do Trabalho são devidas ao credor, na hipótese de mora ou de descumprimento absoluto da obrigação.

Poderia haver expressa previsão legal no sentido de que as multas decorrentes de descumprimento de termos de ajustamento de conduta (TAC), bem como as condenações por danos morais coletivos constituiriam recursos do FUNGET, uma vez que este Fundo visa atenuar um problema processual e social latente, consubstanciado na impossibilidade de satisfação do crédito trabalhista.

No tocante às multas administrativas impostas pela fiscalização do trabalho, extrai-se do PL que se referem a todas as penalidades impostas pelo Ministério do Trabalho e Emprego, mas não há qualquer menção no projeto acerca das atuais destinações de tais multas e possíveis realocações dessas verbas.

O deputado Darcísio Perondi, da Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados, propôs a Emenda n. 2 ao PL, pretendendo alterar a redação do inciso I e suprimir os incisos II, III e VI, supratranscritos.

Defende a alteração do inciso I para que conste “dotações orçamentárias constantes do orçamento da União”, sob a justificativa de que “Deve-se deixar clara a necessidade de alocar-se no Orçamento da União verbas para atender as finalidades do FUNGET”.²⁹⁴

²⁹⁴ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 2. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302756>. Acesso em: 02 maio 2011.

Justificou a supressão dos incisos II, III e VI, nos seguintes termos:

Item II - SUPRIMIR, pois, além das multas que beneficiam os reclamantes pela mora, certamente haverá a imposição de outras em favor do FUNGET, que onerará ainda mais o custo das empresas, com reflexos no custo da produção.

Item III - SUPRIMIR, pois atualmente as multas administrativas por infrações à legislação do trabalho constituem-se em receita da União. Serão impostas outras em favor do FUNGET, havendo, assim “*bis in idem*”, em razão da mesma infração. Mantendo-se, entretanto, o item III deve ficar claro a inexistência de “*bis in idem*”, ou seja que as receitas das multas administrativas aplicadas sejam creditadas em favor do FUNGET

Item VI - O dispositivo é genérico, podendo ser criada uma nova contribuição devidas pelas empresas em favor do FUNGET.²⁹⁵

Observa-se da Emenda proposta ao PL a preocupação de seu autor quanto ao aumento dos custos das empresas, mas não se pode olvidar que os incisos II e III constituem recursos do FUNGET previstos na Emenda Constitucional n. 45/2004, de modo que não podem ser suprimidos, mas sim definidas as hipóteses de incidência pela legislação ordinária.

Entendemos não ter pertinência a disposição do parágrafo único do artigo 2º, no sentido de que “os valores depositados no FUNGET são absolutamente impenhoráveis”, já que o projeto nada aduz a uma espécie de conta vinculada do trabalhador, e nem o poderia, pois os recursos do Fundo não possuem destinatários predeterminados.

O artigo 9º do PL prevê a aplicação dos recursos do FUNGET pela Caixa Econômica Federal em operações que satisfaçam os requisitos definidos no inciso I. Tais requisitos são semelhantes aos constantes do inciso I do artigo 9º da Lei n. 8.036/90, com exceção das alíneas “c”, “d” e “f” deste dispositivo legal.

A disposição acerca da rentabilidade média das aplicações (artigo 9º, parágrafo 1º do PL) possui a mesma redação do parágrafo 1º do artigo 9º da Lei n. 8.036/90. Da mesma forma, o parágrafo 4º do artigo 9º do PL equivale à disposição do parágrafo 5º do artigo 9º da Lei n. 8.036/90.

²⁹⁵ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 2. Op. cit.

O artigo 10 do PL, relativo às diretrizes e critérios fixados pelo Conselho Curador para aplicação dos recursos do FUNGET, assemelha-se ao artigo 10 da Lei n. 8.036/90.

Salienta-se o artigo 15 do PL, que dispõe sobre a possibilidade de o Conselho Curador autorizar a Caixa Econômica Federal a celebrar convênio com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico Social, com vistas à aplicação de até 60% dos recursos do FUNGET. Esse artigo foi objeto da Emenda n. 12, apresentada pelo deputado Darcísio Perondi, que previu a redução desse índice para até 15%, sob a justificativa de que:

O percentual máximo de até 60% previsto no PL é insustentável. Se o fundo tiver tal tamanho, conclui-se que deve ser reduzida a fonte de recursos, como desnecessária. Permitir esse percentual é aceitar que o fundo será mais um gerador de caixa para o governo, quando seu propósito não é esse.²⁹⁶

Por fim, considerando a previsão constitucional no sentido de que, além das multas, o Fundo pode ser constituído por outras receitas, destaca-se a defesa de Vania Cunha Mattos no sentido de que seja constituído pelo lucro do capital depositado em bancos oficiais a título de depósito recursal.²⁹⁷

Assim, mais uma vez neste estudo verifica-se a proposta de nova conformação do depósito recursal para se obter maior efetividade à execução trabalhista. Wagner Drdla Giglio e Marcos Neves Fava defendem a realização de depósito recursal equivalente ao total da condenação,²⁹⁸ enquanto Vania Cunha Mattos propõe novo direcionamento, da conta

²⁹⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 12. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302835>. Acesso em: 02 maio 2011.

²⁹⁷ Neste sentido se manifesta a autora: “E, portanto, parece muito claro que parte do referido lucro deve ser direcionado para a formação do denominado Fundo Nacional de Execuções, gerido pelos Tribunais, abrindo espaço para que a CEF e o BB, no caso, contribuam com a redistribuição da riqueza em atividade produtiva, e não a meramente especulativa do capital.

Não parece justo que o capital gerado em razão exclusivamente dos processos trabalhistas, e portanto em decorrência do trabalho ainda que pretérito, não seja capaz de gerar benefício ao próprio trabalho, em ratificação à lógica capitalista que visa a uma maior acumulação de riqueza. A inversão da lógica financeira, com a utilização do capital do capital em favor da concreção de valores mais conformados com o ideal de Justiça, é solução sistêmica significativa de aperfeiçoamento das instituições.” (MATTOS, Vania Cunha. Fundo nacional de execuções. LTr: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista. São Paulo, v. 43, n. 4, 2006, p. 650).

²⁹⁸ GIGLIO, Wagner Drdla. Op. cit., p. 430; FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 122-124.

Homero Batista Mateus da Silva, embora reconhecendo a distorção que a fixação de um teto para o depósito recursal possa gerar, comparando seu impacto para condenações vultosas atribuídas a grandes empresas com a representatividade que o valor do teto pode apresentar para um pequeno empresário, entende que esta limitação é necessária para que a atividade econômica não seja paralisada, citando ainda o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade da exigência de depósito recursal para recorrer

vinculada do trabalhador ao fundo garantidor de crédito. Esta medida, inevitavelmente, traria maior concretude à finalidade do depósito recursal, que é a de garantir eventual execução trabalhista.

Atualmente, além de não garantir o valor total da execução em muitos casos (ante a fixação de um valor máximo pelo Tribunal Superior do Trabalho, tendo em vista o quanto disposto no artigo 13 da Lei n. 7.701/88), o montante depositado não gera receitas substanciais às execuções trabalhistas, considerando o rendimento que poderia ser obtido pela aplicação deste montante no mercado financeiro, em razão do tempo que medeia a interposição do recurso e o trânsito em julgado da decisão que ensejará o levantamento da quantia.

Desta forma, a previsão de que o depósito recursal seja realizado em conta do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas traria receita adicional a este órgão, sem acarretar despesa adicional ao empregador que pretende recorrer.

5.1.4 Objeto da garantia

Dispõe o artigo 1º do PL:

Art. 1º Fica instituído o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas FUNGET destinado a assegurar, subsidiariamente, o pagamento dos créditos decorrentes das decisões condenatórias transitadas em julgado proferidas pela Justiça do Trabalho.

Tal disposição restringe a previsão constitucional, uma vez que a Emenda Constitucional n. 45/2004 aduz à criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, não o restringindo às execuções fundadas em decisões condenatórias. Se por um lado pode-se questionar tal previsão sob o argumento de que desestimularia a celebração de acordos na Justiça do Trabalho, fato é que também serviria como óbice a fraudes que poderiam ser praticadas através de avenças simuladas, com o objetivo de acionar o FUNGET indevidamente.

Vicente José Malheiros da Fonseca defende que o Fundo deve “assegurar qualquer crédito trabalhista, e não só os salários, para pagamento imediato ao credor”.²⁹⁹ Porém, como demonstram a experiência e a regulamentação internacional sobre o tema (Convenção n. 173, da OIT, Diretiva n. 80/987, da União Europeia, e Estatuto de los Trabajadores, da Espanha), faz-se necessária à existência do Fundo e a possibilidade de cumprimento dos fins aos quais se destina a delimitação de um valor máximo a ser garantido, bem como a definição da natureza das verbas pelas quais se responsabiliza (se salarial e/ou indenizatória, e, quanto a estas, se apenas as indenizações devidas pela rescisão do contrato seriam abarcadas).

O deputado Darcísio Perondi apresentou a Emenda n. 1, no sentido de alterar a redação do artigo 1º, nos seguintes termos:

Fica instituído o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas FUNGET destinado a assegurar, subsidiariamente, o pagamento dos créditos decorrentes das decisões condenatórias transitadas em julgado proferidas pela Justiça do Trabalho, até o limite correspondente a 100 (cem) vezes o valor do salário mínimo.³⁰⁰

A justificativa de tal alteração, segundo o deputado, reside na possibilidade de déficit no Fundo e na importância de satisfazer as execuções de menor valor, de modo que o estabelecimento de valor correspondente a 100 (cem) salários mínimos abrange um percentual considerável de execuções trabalhistas e evita o pagamento de execuções milionárias.³⁰¹

Embora não tenha havido a demonstração de dados acerca dos números e valores médios das execuções trabalhistas pendentes de satisfação no Brasil, bem como qualquer estimativa acerca do montante dos recursos do Fundo, aptos a justificar tal valor, fato é que a Emenda aborda a necessidade de determinação de um valor máximo a ser garantido pelo Fundo, questão indispensável à regulamentação pela lei ordinária.

Entendemos que, pelo menos num primeiro momento, o valor máximo a ser pago pelo Fundo deve ser fixado em patamares modestos, até mesmo para que se possa avaliar sua

²⁹⁹ FONSECA, Vicente José Malheiros da. A efetividade da justiça social como garantia do Estado Democrático de Direito. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, v. 42, n. 83, jul./dez. 2009, p. 31.

³⁰⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 1. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302755>. Acesso em: 02 maio 2011.

³⁰¹ Ibid.

capacidade de garantir os créditos trabalhistas. À falta de estatísticas que evidenciem o valor médio das execuções pendentes no Brasil,³⁰² sugerimos um valor com base em previsão contida na Lei de Falências para pagamento antecipado,³⁰³ denominada pela doutrina como “pronto-pago”.³⁰⁴ Dispõe o artigo 151 da Lei n. 11.101/2005 que “Os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos 3 (três) meses anteriores à decretação da falência, até o limite de 5 (cinco) salários-mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.”

Utilizando este parâmetro, entendemos razoável estipular como valor máximo a ser pago pelo FUNGET o crédito relativo aos salários e às verbas rescisórias (entendidas como tais o aviso prévio indenizado, o saldo salarial, as férias proporcionais acrescidas do terço constitucional e o décimo terceiro salário proporcional),³⁰⁵ até o máximo de cinco salários mínimos. Se estas verbas excederem tal valor ou se a condenação abranger outras verbas não cobertas pelo Fundo, os trabalhadores prosseguirão com a execução pelo saldo.

³⁰² Marcos Neves Fava aponta a necessidade de aprimoramento na coleta de dados estatísticos na Justiça do Trabalho, especialmente no tocante ao processo executivo, como um dos meios para a superação da crise estrutural da execução trabalhista. (FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 78-79).

³⁰³ Este pagamento antecipa-se ao pagamento dos credores extraconcursais. (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 17. ed. rev. atual. de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 366).

³⁰⁴ Marcelo Papaléo de Souza afirma que tal medida se destina à minimização do prejuízo dos trabalhadores que não receberam salários e justifica a expressão “pronto-pago” afirmando ter sido a utilizada pela legislação argentina. Não podemos deixar de registrar a referência que o autor fez à existência do Fondo de Garantía Salarial da Espanha, bem como Fundo de Garantia Salarial português. Afirmou que este assegura o pagamento de crédito equivalente a seis salários mínimos no caso de ser declarada a insolvência do empregador e que é financiado pelos empregadores, por meio de contribuições à seguridade social. Assim, criticou o valor atribuído ao pronto-pago pela legislação falimentar brasileira, asseverando que os beneficiados pela lei foram o Estado e as instituições de crédito, em razão dos prejuízos ocasionados aos trabalhadores. (SOUZA, Marcelo Papaléo de. A Lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 199-200, 263-264).

³⁰⁵ Estas seriam as verbas tipicamente rescisórias, segundo Homero Batista Mateus da Silva, que assim se manifesta: “O problema não é mais saber a causa extintiva do contrato de trabalho, mas saber o alcance das verbas. Aviso-prévio indenizado, saldo de salário do mês, décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais acrescidas de um terço fazem parte de um núcleo duro do qual dificilmente se conseguirá escapar. Férias vencidas, férias dobradas, salários atrasados, saque de fundo de garantia, seguro-desemprego e multas (do art. 477 ou do art. 9º da Lei n. 6.708/1979) não encontram consenso como verba rescisória típica. Dizer que verba rescisória é tudo o que consta do termo de rescisão é um exagero, porque ali podem ser lançados até o vale-transporte e a cesta básica atrasados. Não é o papel que define a essência da natureza jurídica. Dizer que verba rescisória é apenas aquilo exclusivo da rescisão também é um exagero, porque só sobraria espaço para o aviso-prévio indenizado e para a indenização de 40% sobre o fundo de garantia. Daí a razoabilidade de usar o conceito de verba rescisória típica, ficando-se com aquele quarteto acima mencionado (aviso-prévio indenizado, saldo de salário, férias proporcionais acrescidas de um terço e décimo terceiro salário proporcional).”. SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado: v. 9: processo do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 233-234.

5.1.5 Acionamento do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas

O PL dispõe que o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas poderá ser movimentado em duas situações, conforme artigo 12:

Art. 12 A conta do FUNGET poderá ser movimentada nas seguintes situações:

I - para assegurar o pagamento dos créditos referidos no art. 1º desta Lei;

II - pelos tomadores de serviço, em caráter excepcional, para a aplicação em programas que tragam benefícios diretos e indiretos aos trabalhadores e seus familiares, tais como creches, escolas, e qualificação profissional, nos termos da regulamentação desta Lei, desde que não tenham provocado a movimentação judicial dos depósitos do Fundo no ano anterior à movimentação da conta.

Parágrafo Único. O Conselho Curador disciplinará o disposto no inciso II, visando a beneficiar os trabalhadores e a preservar o equilíbrio financeiro do FUNGET.

No que tange ao inciso II, verifica-se que tal disposição desvirtua a finalidade de um instituto garantidor de créditos trabalhistas, ao prever aplicação em programas que tragam benefícios aos trabalhadores, tais como creches, escolas e qualificação profissional.

Embora não se discuta a boa intenção do projeto em permitir o direcionamento dos recursos a tais fins, no caso de a empresa não ter se utilizado do Fundo no ano anterior ao da movimentação da conta, fato é que o texto constitucional não previu destinação outra ao Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, de modo que tal proposição, se aprovada, pode ser declarada inconstitucional. Nesse sentido a Emenda n. 5, apresentada pelo deputado Darcísio Perondi, no sentido de suprimir o inciso II do artigo 12, sob a seguinte justificativa:

SUPRIMIR. DESVIO DE FINALIDADE. O texto constitucional somente permite a criação do Fundo para atender a gastos com indenizações trabalhistas. Assim, a destinação de recursos do FUNGET para outros fins senão os indicados pelo texto da Lei Maior em garantia das execuções trabalhistas torna a lei inconstitucional, daí a impropriedade da utilização dos seus recursos para programas capazes de proporcionar benefícios aos trabalhadores e seus familiares, tais como creches, escolas, qualificação profissional, lazer e outros investimentos, caracterizando-se desvio de recursos que poderá ser punido pelo Tribunal de Contas da União, observado que o montante dos recursos mal dará para pagar as execuções trabalhistas, o que recomenda, também, a limitação do atendimento aos trabalhadores de

baixa renda. Isto só seria viável por meio de financiamento como previsto em artigos anteriores e nunca a fundo perdido.³⁰⁶

Defendida a inconstitucionalidade desta disposição legal, deverá também ser estendida ao artigo 9º, parágrafo 2º, do PL, que dispõe sobre a possibilidade dos recursos do Fundo serem aplicados em tais programas, bem como a do parágrafo 3º do mesmo artigo, que dispõe que “O programa de aplicações destinará pelo menos 40% (quarenta por cento) dos recursos ao pagamento dos créditos trabalhistas referidos no artigo 1º desta Lei”, que permite que menos da metade dos recursos do Fundo destinem-se ao pagamento de créditos trabalhistas, evidenciando o desvio de finalidade.

Esta questão foi objeto da Emenda n. 9 apresentada pelo deputado Darcísio Perondi, que propôs a supressão do parágrafo 2º do artigo 9º, tornando prejudicado o parágrafo 3º.³⁰⁷

Luiz Carlos Moro demonstra preocupação quanto à proposição, afirmando que para tais benefícios já existe o Fundo de Amparo ao Trabalhador, “de nebulosa gestão, que tem sido ministrado como fonte de controle das atividades sindicais”.³⁰⁸

O levantamento e a sub-rogação do Fundo foram previstos nos artigos 13 e 14 do PL, nos seguintes termos:

Art. 13. O levantamento de valores pertencentes ao FUNGET, na hipótese do inciso I do art. 12, será efetuado mediante mandado judicial, após o trânsito em julgado da decisão, se o devedor não pagar o débito no prazo de 48 (quarenta e oito) horas contados da citação em execução perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º Efetuado o pagamento na forma deste artigo, o fundo, sub-rogando-se no crédito do trabalhador, executará o devedor, perante a Justiça do Trabalho, nos próprios autos da reclamação trabalhista.

§ 2º Para a efetivação da tutela executória, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, impor multa por tempo de atraso.

§3º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Art. 14 Os valores penhorados em processo de execução de créditos trabalhistas serão depositados no FUNGET à disposição do juízo.

³⁰⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 5. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302759>. Acesso em: 02 maio 2011.

³⁰⁷ Ibid. Emenda n. 9. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302763>. Acesso em: 02 maio 2011.

³⁰⁸ MORO, Luiz Carlos. Op. cit., p. 387.

Embora o artigo 1º se refira à subsidiariedade quanto ao pagamento dos créditos trabalhistas pelo FUNGET, prevê o acionamento do Fundo no caso de o devedor não adimplir sua obrigação decorridas 48 horas da citação em execução.

Ainda que preveja a sub-rogação pelo Fundo do crédito do trabalhador, com a continuidade da execução nos próprios autos, fato é que, em busca de uma total efetividade na satisfação do crédito trabalhista, excetuados os poucos casos de cumprimento espontâneo da obrigação, tal sistema induz a não satisfação voluntária do crédito, uma vez que o devedor saberá de antemão que o trabalhador terá seu crédito garantido pelo Fundo.

Esta previsão dissocia-se da experiência internacional da instituição de garantia apenas quando da insolvência do empregador (considerando a liberdade atribuída pela Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho e pela Diretiva n. 80/1987 para a legislação nacional definir “insolvência”, inclusive estendendo-a, para estes fins, aos casos de encerramento irregular da empresa) e compromete a própria manutenção do Fundo ao vinculá-lo à satisfação de todo crédito trabalhista, independentemente de valor e da natureza, se não cumprida a obrigação pelo devedor em 48 horas.

Não há qualquer estimativa, no Projeto, do montante inicial que comporia o FUNGET, bem como das execuções trabalhistas pendentes de execução, a fim de averiguar, ao menos, se o Fundo “sobreviveria” aos primeiros meses de sua instituição.

O PL, neste tópico, também foi objeto da Emenda n. 3, apresentada pelo deputado Darcísio Perondi, que propôs a seguinte redação para o artigo 13:

Art. 13. O levantamento de valores pertencentes ao FUNGET, na hipótese do inciso I do art. 12, será efetuado mediante mandado judicial, após o trânsito em julgado da decisão, se o devedor não pagar o débito no prazo de cinco (5) dias úteis contados da citação em execução perante a Justiça do Trabalho, desde que comprovada, a critério do juiz, a impossibilidade da execução do devedor principal por falta de bens para garantir a execução.
Par. 1º - Feito o pagamento do débito pelo FUNGET, o Juiz imporá ao executado uma multa correspondente a 20% (vinte) do valor pago.³⁰⁹

³⁰⁹ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 3. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302757>. Acesso em: 03 nov. 2011.

A justificativa para tal proposição é a seguinte:

O prazo de 48 (quarenta e oito) horas, previsto no PL, é por demais exíguo. O pagamento pelo FUNGET só deve ocorrer nos casos em que seja constatada por parte do Juiz a inexistência de bens por parte do executado, evitando-se, assim, pagamentos desnecessários visto que o exequente terá condições de receber seu crédito. A multa prevista no par. 1º se justifica, a fim de estimular que os pagamentos sejam feitos pelo executado, mesmo que seja por meio de acordo com o devido parcelamento.³¹⁰

A proposição avança no sentido de não fazer do FUNGET o garantidor da execução pelo mero não pagamento em 48 horas pelo devedor, exigindo a demonstração de impossibilidade de satisfação do crédito pelo devedor. Mas acreditamos que o prazo de cinco dias úteis para pagamento não altera a questão, pois, depois de superada as fases de conhecimento e de liquidação da sentença, não se pode dizer que o executado será surpreendido com a determinação judicial de pagamento, sob pena de execução.

Assim, entendemos que o prazo de 48 horas, ou de 5 dias úteis, não acarreta diferença, pois o devedor que pretende pagar já teria se preparado para tanto. No mais, o prazo de 48 horas se coaduna com a previsão do artigo 880 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O que é relevante destacar na referida Emenda é a determinação que condiciona o acionamento do Fundo à comprovação da impossibilidade de prosseguimento da execução em face do devedor, pela falta de bens.

Tal comprovação somente poderia ocorrer após a realização de diligências, por exemplo, junto ao Bacen-Jud, aos cartórios de Registro de Imóveis, aos órgãos de trânsito, a fim de localizar patrimônio da empresa executada e, inclusive, com o direcionamento da execução em face do patrimônio pessoal dos sócios.³¹¹

Pode-se argumentar que tal previsão dificultaria a pretendida celeridade na satisfação do crédito trabalhista, mas o fato é que somente com tais diligências poder-se-ia constatar a

³¹⁰ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 3. Op. cit.

³¹¹ Através da desconsideração da personalidade jurídica da empresa, presentes os requisitos legais, ou considerando a despersonalização da figura do empregador, como defendem Marcos Neves Fava e Bianca Bastos. (FAVA, Marcos Neves. Op. Cit., p. 104-110; BASTOS, Bianca. Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio. São Paulo: LTr, 2011).

insuficiência patrimonial do devedor e a necessidade de intervenção do Fundo para o pagamento do crédito trabalhista.

Esse procedimento seria excepcionado apenas na decretação da falência, uma vez que esta pressupõe o estado de insolvência do devedor, ocasião em que o Fundo deverá ser acionado diretamente pelo trabalhador. Neste caso, se o crédito superar o montante pago pelo Fundo, será necessário que o trabalhador se habilite no concurso de credores a fim de perceber o crédito restante e, havendo a sub-rogação do Fundo pelo montante adimplido, também haverá sua habilitação na execução universal.

Mantida a preferência do crédito sub-rogado, entendemos ser necessária a alteração da legislação falimentar para que conste o crédito do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhista do inciso I do artigo 83 da Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), a ser pago após o crédito do trabalhador, da mesma classe.

No tocante à sub-rogação, dispõe o artigo 349 do Código Civil que “A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores”, mas não há especificação no PL sobre a representação processual do Fundo para prosseguir com a execução. Decorre do instituto da sub-rogação que o sub-rogado não tem ação contra o sub-rogante no caso de o devedor ser insolvente, mas, se a obrigação for nula ou não existir, quem pagou tem direito ao reembolso em razão do princípio do enriquecimento sem causa.³¹²

Interessa-nos a segunda parte desta afirmação, no sentido de que quem pagou tem direito ao reembolso quando a obrigação satisfeita for nula ou inexistente, recordando que, diante da finalidade social do FUNGET, deve a lei dispor sobre meios de coibir fraudes na utilização do Fundo, questão não abordada no PL.

³¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2, p. 252.

5.1.6 Tramitação

O PL foi apresentado em 08 de dezembro de 2004 pelo deputado Maurício Rands e encaminhado à Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) da Câmara dos Deputados em 25 de janeiro de 2005, na qual recebeu 12 emendas.³¹³

Foi deferido o requerimento de tramitação conjunta com o PL n. 6.541/2005 em 22 de fevereiro de 2006, sendo que, em 14 de março de 2006, foi recebido na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) e desenvolvido sem manifestação em 14 de dezembro de 2006.

Em 08 de fevereiro de 2007, o deputado Mauricio Rands solicitou o desarquivamento do PL, o qual foi indeferido sob o fundamento de não observância dos requisitos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.³¹⁴

Não obstante, em 07 de março de 2007 foi designado como relator na CCJC o deputado Paulo Magalhães, que solicitou audiência pública para debate do PL n. 4.597/2004, bem como de seu apenso (PL n. 6.541/2005), que foi aprovada.

Em 31 de março de 2011, o PL foi arquivado nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, tendo sido desarquivado em 14 de fevereiro de 2011. Em 23 de março de 2011 foi promovido o último andamento, pela CCJC, que o devolveu sem manifestação.³¹⁵

³¹³ BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Op. cit.

³¹⁴ “Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;

II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;

III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;

IV - de iniciativa popular;

V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.”

³¹⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

³¹⁵ Nossa última consulta à tramitação foi feita em 03 de novembro de 2011.

5.2 Projeto de Lei n. 6.541, de 2006

Este Projeto de Lei³¹⁶ é de autoria da Comissão especial Mista “Regulamentação da emenda 45”, e do Senado Federal (Comissão Mista – art. 142 e 143 do Regimento Comum), tendo sido apensado ao PL n. 4.597-A/2004. Possui muitas disposições semelhantes às do PL n. 4.597-A/2004, especialmente no tocante à regulamentação, estrutura, gestão e recursos do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, abreviado como “FGET” no projeto.

5.2.1 Regulamentação

O PL dispõe que o FGET será regido por normas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Deliberativo do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (CODEFGET), integrado por três representantes da categoria dos trabalhadores e três representantes da categoria dos empregadores, além de um representante (i) da Justiça do Trabalho, (ii) do Ministério Público do Trabalho, (iii) do Ministério do Trabalho e Emprego, da (iv) Caixa Econômica Federal, do (v) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e (vi) do Banco Central do Brasil (artigo 5º).

O parágrafo 1º do artigo 5º dispõe que a presidência do CODEFGET será exercida pelo representante do Ministério do Trabalho e Emprego, sendo que o parágrafo 9º prevê que este órgão proporcionará ao CODEFGET os meios necessários para o exercício de sua competência, inclusive com uma Secretaria Executiva, a qual desempenhará funções técnico-administrativas do Fundo (artigo 7º).

Dispõe o parágrafo 2º do artigo 5º que o ministro do Trabalho e Emprego e os presidentes das entidades mencionadas no artigo serão os membros titulares do CODEFGET, que indicarão seu suplente ao presidente do Conselho, que os nomeará.

Ante a previsão deste artigo, verifica-se a ausência de delimitação do representante da Justiça do Trabalho, pois somente faz referência ao presidente. Seria o caso de especificar se a

³¹⁶ BRASIL. Projeto de Lei n. 6.541, de 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=312305>. Acesso em: 03 maio 2011.

intenção do legislador é a de que o presidente do Tribunal Superior do Trabalho seja o representante desta Justiça Especializada no órgão.

Dispõe o parágrafo 6º do artigo 5º que as despesas para comparecimento às reuniões do CODEFGET constituirão ônus das entidades representadas.

Os representantes dos trabalhadores e dos empregadores serão nomeados pelo Ministro do Trabalho e Emprego e indicados pelas respectivas confederações (parágrafo 3º do artigo 5º), tendo sido prevista estabilidade para os representantes dos trabalhadores no parágrafo 8º (nos mesmos termos da prevista no artigo 3º, parágrafo 8º, do PL n. 4.597-A, de 2004) e tendo sido disposto que suas ausências ao trabalho em razão das atividades do CODEFGET devem ser computadas como jornada efetivamente trabalhada (parágrafo 7º do artigo 5º).

Segundo o parágrafo 10, a atividade no CODEFGET não confere remuneração aos seus membros.

5.2.2 Gestão e operação

A gestão do FGET caberá ao CODEFGET (artigo 6º), cujas competências foram descritas nos dezessete incisos do artigo.

Ao contrário do PL n. 4.597-A, de 2004, que atribuiu a gestão ao Ministério do Trabalho e Emprego, este PL a atribuiu ao CODEFGET, o qual, além de estabelecer normas e diretrizes, gerirá o Fundo. Assim, os incisos I a IX do artigo 6º trazem disposições semelhantes às do artigo 5º do PL n. 4.597-A, de 2004, (relativas às competências do Conselho Curador previsto naquele projeto), sendo que os incisos X a XVI são semelhantes às competências dispostas no artigo 6º do PL n. 4.597-A, de 2004, sobre o agente gestor (Ministério do Trabalho e Emprego naquele projeto).

Dispõe o artigo 8º que o agente operador do Fundo é a Caixa Econômica Federal, cujas competências foram previstas nos incisos do artigo e são semelhantes às previstas no artigo 7º do PL n. 4.597-A, de 2004.

5.2.3 Recursos

Assim dispõe o artigo 3º do PL sobre os recursos do FUNGET:

Art. 3º O FGET é constituído pelos seguintes recursos:

- I - dotações orçamentárias específicas;
- II - multas impostas em decisões judiciais e em termos de conciliação homologados pela Justiça do Trabalho;
- III - multas administrativas impostas pela fiscalização do trabalho;
- IV - resultados das aplicações dos recursos do FGET;
- V - os valores resultantes da sub-rogação e da contribuição referidas no § 1º do art. 18;
- VI - demais receitas patrimoniais e financeiras;
- VII - outras fontes.

Parágrafo único. Os valores depositados no FGET são absolutamente impenhoráveis.

Como se vê, à exceção do inciso V, os demais são semelhantes aos previstos no artigo 2º do PL n. 4.597-A, de 2004, a cujos comentários nos reportamos.

No tocante ao inciso V, observa-se erro no tocante à remissão, uma vez que o artigo 18 não possui parágrafo. Caso a intenção do legislador tenha sido a de se referir à penalidade com que o devedor arcará pela utilização do FGET pelo trabalhador, deve retificar a remissão para o parágrafo 1º do artigo 17.

O artigo 10 do PL prevê a aplicação dos recursos do FGET, exclusivamente, pela Caixa Econômica Federal, em operações que preencham os seguintes requisitos: garantias previstas no inciso I (equivalentes às previstas nos incisos do artigo 9º do PL n. 4.597-A, de 2004), encargos financeiros proporcionais à Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP), conforme inciso II, e prazo máximo de 30 anos (inciso III).

Dispõe o parágrafo 1º do artigo 10 do PL que “Os recursos do Fundo poderão ser aplicados em programas capazes de proporcionar benefícios diretos ou indiretos aos trabalhadores e seus familiares, tais como creches, escolas, qualificação profissional e lazer.” Sobre tal questão, remetemos à análise feita à mesma disposição constante do PL n. 4.597-A, de 2004, (artigo 9º, parágrafo 2º), relativas ao desvio de finalidade do Fundo.

O parágrafo 2º do artigo 10 prevê que “as disponibilidades financeiras, a serem mantidas em depósito na CEF, devem satisfazer às necessidades de liquidez do Fundo, sobre as quais incidirá remuneração mínima equivalente à preservação do poder aquisitivo da moeda e corresponderá pelo menos a quarenta por cento dos recursos do Fundo”.

O artigo 11 do PL dispõe que o CODEFGET fixará as diretrizes e os critérios técnicos para aplicação dos recursos do FGET, dispostos nos incisos do artigo e de idêntico teor aos previstos no artigo 10 do PL n. 4.597-A, de 2004.

5.2.4 Objeto da garantia

Dispõe o artigo 2º do PL:

Art. 2º Esta Lei regula o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (FGET), que tem por finalidade assegurar, subsidiariamente, o pagamento dos créditos decorrentes das decisões condenatórias transitadas em julgado proferidas pela Justiça do Trabalho.

Este artigo, de modo semelhante ao artigo 1º do PL n. 4.597-A, de 2004, evidencia que o Fundo atuará subsidiariamente no pagamento dos créditos previstos em decisão judicial, de modo que nos reportamos aos comentários realizados sobre esta matéria quando da análise daquele PL.

O PL dispõe sobre os beneficiários do FGET, os limites e a natureza dos créditos objeto da garantia, conforme artigos 13 a 15, abaixo transcritos:

Art. 13. Poderão receber recursos do FGET todos os trabalhadores urbanos e rurais, com ou sem vínculo empregatício, que tenham sofrido lesões de direitos referentes a salários, rendimentos ou comissões, ou relativos a indenizações decorrentes da relação de trabalho.

Art. 14. Para os efeitos desta Lei, os recursos do FGET destinam-se à cobertura de créditos referentes a salários, rendimentos ou comissões, ou relativos a indenizações decorrentes de sentenças trabalhistas condenatórias ou homologatórias de acordo, líquidas, transitadas em julgado, proferidas em ações:

I - individuais ou plúrimas;

II - coletivas, propostas pelo sindicato profissional, na condição de substituto processual, especialmente, em caso de falência de empresa, ou ocorrência de força maior, nos termos da lei, devidamente comprovadas;

III - coletivas e civis públicas, propostas pelo Ministério Público do Trabalho.

Art. 15. O FGET fica limitado ao pagamento de salários, rendimentos, comissões ou indenizações inadimplidas, declarados em ação judicial trabalhista, não podendo seu valor ultrapassar o equivalente a quarenta salários mínimos.

§ 1º Quando a dívida superar esse limite, o credor manterá o direito de prosseguir na execução visando à satisfação dos valores restantes do crédito.

§ 2º O FGET atuará em sub-rogação quanto aos valores que forem antecipados ao trabalhador.

No tocante ao âmbito subjetivo da proteção, importante destacar a previsão de que o FGET garantirá créditos de trabalhadores urbanos ou rurais com ou sem vínculo empregatício. Isto quer dizer que a proteção abrange não só o trabalhador vinculado a uma relação empregatícia, mas também trabalhadores autônomos, eventuais, avulsos etc. Neste particular, o PL distancia-se das previsões constantes da Convenção n. 173 da OIT, da Diretiva n. 2008/94 e do Fondo de Garantía Salarial, que preveem a instituição de garantia para empregados.

Entendemos que o Fundo deve garantir apenas os créditos derivados de relação de emprego, considerando que o empregado se diferencia dos outros trabalhadores em razão da sua subordinação e da inerente desigualdade existente entre os contratantes da relação jurídica de emprego, o que não se verifica nas demais relações de trabalho.

Tanto é assim que o empregado é considerado um credor não negocial, já que não lhe é permitido negociar o risco da empresa, em razão de seu pequeno poder de barganha.³¹⁷ Por estas razões, justifica-se a proteção salarial ao trabalhador empregado, que deve ser estendida ao avulso, ante a previsão do artigo 7º, XXXIV, da Constituição Federal.

Há delimitação quanto à natureza do crédito a ser protegido, referindo o PL àqueles correspondentes a salários, rendimentos ou comissões, ou relativos a indenizações decorrentes da relação de trabalho. É importante a delimitação da natureza dos créditos a serem protegidos, especialmente se privilegiados aqueles de natureza estritamente salarial, dada a

³¹⁷ Assim Bianca Bastos se pronuncia, abordando a questão sob o enfoque do direito empresarial, especificamente da análise econômica da limitação da responsabilidade dos sócios de sociedade limitada promovida pela Escola de Chicago, no sentido de ao diminuir custos do capital da empresa provoca-se uma externalização do risco aos credores. Porém, nem sempre tais riscos são livremente negociados pelas partes num contexto de concorrência imperfeita e de pequeno poder de barganha de alguns credores, como os trabalhistas. (BASTOS, Bianca. Op. cit., p. 66-71).

natureza alimentar de que se revestem e que justifica uma garantia adicional para sua satisfação.

Porém, ao dispor sobre as “indenizações decorrentes da relação de trabalho”, não primou o PL por clareza, uma vez que diversas são as indenizações decorrentes desta relação. Poderia o PL explicitar, por exemplo, se tais indenizações são as relativas à extinção do contrato ou se abrangem todas as possíveis indenizações que podem derivar de uma relação de trabalho, como as decorrentes de danos morais e materiais, de direitos de imagem, pela supressão horas extras e outras.

No tocante ao artigo 14, entendemos que a especificação das ações das quais decorrem as sentenças que deferem os créditos objeto da proteção pode causar discussões desnecessárias. Isto porque, dispondo o artigo 13 no sentido de que os beneficiários do FGET são os trabalhadores, desnecessário especificar as ações das quais resultam seu crédito. Importante ressaltar que da leitura conjunta do artigo 13 e do artigo 14 extrai-se que somente os créditos que consubstanciam direitos de natureza individual podem ser garantidos pelo Fundo, ainda que decorrente de ação que veicule pretensão relativa a direitos individuais homogêneos. A referência à falência, constante do inciso II, não deveria constar apenas deste dispositivo, mas ser um dos pressupostos para o acionamento do Fundo em qualquer das hipóteses descritas no artigo, por acarretar a impossibilidade da execução individual pelo trabalhador, que se sujeitará ao concurso de credores.

Relevante a disposição do artigo 15 do PL, no sentido de limitar o valor do pagamento pelo Fundo em 40 (quarenta) salários mínimos, embora não conste justificativa para a fixação de tal valor. No caso de o crédito ser superior a tal montante, o credor prosseguirá com a execução pelo saldo, concomitantemente com o FGET, que se sub-rogará no montante do crédito pago ao trabalhador (parágrafos 1º e 2º do artigo 15).

5.2.5 Acionamento do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas

A movimentação do FGET foi disposta nos artigos 16 a 21, nos seguintes termos:

Art. 16. A movimentação de recursos do FGET, em favor do trabalhador somente ocorrerá em execução definitiva, desde que frustrada a penhora ou esta tenha sido insuficiente.

Parágrafo único. Preenchidas as condições referidas no caput, o Juízo, de ofício, expedirá alvará para saque do valor junto ao Fundo, dentro do limite estabelecido no art. 15.

Art. 17. Efetuado o pagamento na forma do art. 16, o FGET, sub-rogando-se no crédito do trabalhador, executará o devedor, com todas as garantias, recursos e prerrogativas que a lei processual faculta ao credor, perante a Justiça do Trabalho, nos próprios autos da reclamação trabalhista.

§ 1º Pela sua utilização, o devedor fica obrigado a recolher ao Fundo contribuição equivalente a cinco por cento sobre o valor adiantado ao trabalhador, a qual será acrescido ao crédito principal.

Art. 18. Para efetivação da tutela executória, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, impor ao devedor multa por tempo de atraso.

Art. 19. Os valores penhorados em processo de execução de créditos trabalhistas, quando adiantados ao trabalhador pelo Fundo, serão nele depositados e ficarão a disposição do Juízo.

Art. 20. É vedada a movimentação do FGET em decorrência de acordo extrajudicial

Art. 21. A Caixa Econômica Federal, na qualidade de agente operador, pagará ao trabalhador a quantia constante do alvará judicial e fornecerá ao CODEFGET a comprovação do pagamento.

Parágrafo único. O pagamento referido no caput será feito direta e exclusivamente ao trabalhador, ou mediante crédito em sua conta corrente, ou de poupança, em agência de sua residência ou do local de trabalho.

O PL prevê o acionamento do Fundo em execução definitiva, quando frustrada ou insuficiente a penhora. A fim de evitar acionamento desnecessário do Fundo, necessário que se tenha diligenciado todas as possibilidades de satisfação do crédito em face do devedor, como já exposto no comentário ao artigo 13 do PL n. 4.597-A, de 2004.

O artigo 17 prevê que, realizado o pagamento, o Fundo se sub-rosa no crédito do trabalhador e executa o devedor nos mesmos autos da reclamação trabalhista, com todas as garantias, recursos e prerrogativas que a lei processual faculta ao credor. Assim, no caso de o crédito ser superior a 40 salários mínimos a execução terá dois credores: o trabalhador, pelo saldo remanescente, e o Fundo, pelo valor pago ao trabalhador, acrescido da penalidade equivalente a cinco por cento sobre o valor adiantado (artigo 17, parágrafo único), sendo detentores de créditos com as mesmas garantias.

Por fim, importante ressaltar que o artigo 20 reitera o quanto disposto nos artigos 2º e 14, no sentido de que o FGET somente garantirá crédito decorrente de sentença trabalhista, ao explicitar que “É vedada a movimentação do FGET em decorrência de acordo extrajudicial”,

possivelmente com o objetivo de prevenir fraudes na utilização do Fundo. Exclui da garantia, portanto, as execuções fundadas em acordos firmados em Comissão de Conciliação Prévia.

5.3 Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005.

Este projeto de lei regulamentadora é de autoria da então senadora Ana Júlia Carepa e é composto de 29 artigos.³¹⁸

Na justificativa do projeto, a senadora afirma que a proposta originou-se de estudo defendido pelo magistrado Vicente Malheiros da Fonseca, cuja tese data de mais de 25 anos, quando foi publicada em revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, em 1979. Essa tese fora baseada em estudo sobre o Fondo de Garantía Salarial.³¹⁹

Ainda na justificativa, assevera que, ante a dificuldade de muitos trabalhadores receberem créditos decorrentes da relação de emprego

O Funget poderá minimizar o problema, já que poderia ser acionado em seguida ao trânsito em julgado da decisão. Antes mesmo da sentença transitada em julgado, na fase de conhecimento, a execução estará garantida, total ou parcialmente, com os recursos advindos do depósito recursal realizado pela empresa que teve seu pedido negado. Não havendo obrigatoriedade do pagamento dos depósitos recursais, o juízo da execução determinará a movimentação do mesmo, garantindo assim o crédito trabalhista.

Outra grande vantagem da proposição é permitir às empresas, eventualmente, utilizar os recursos do Funget para aplicação em programas que tragam benefícios diretos e indiretos aos trabalhadores e seus familiares, tais como creches, escolas, qualificação profissional, lazer etc.

³¹⁸ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=43974&tp=1>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

³¹⁹ No referido artigo Vicente Malheiros da Fonseca defende a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, mas não cita o funcionamento do Fondo de Garantía Salarial, apenas referindo ser proveitoso um estudo mais aprofundado sobre o assunto, nos seguintes termos: “Os recursos para o ‘FUNDO’ poderão ser obtidos de maneira semelhante aos do FGTS, mediante depósitos mensais obrigatórios, instituindo-se contas individualizadas, empresa por empresa, mas condicionando-se a sua movimentação apenas à autorização da Justiça do Trabalho ou de outros órgãos federais, nas hipóteses previstas pelo legislador. A realização de um estudo mais aprofundado sobre o assunto, inclusive pesquisa no direito estrangeiro, sobretudo no direito espanhol, onde, segundo MANOEL ALONSO OLÉA — de quem ouvimos breve referência acerca do tema no Congresso Íbero-Latino-Americano, em São Paulo, em 1976 —, o sistema do mencionado ‘FUNDO’ funciona eficientemente, seria bastante proveitoso.” FONSECA, Vicente Malheiros da. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, v. 12, n. 22, jan./jun. 1979, p. 74.

Embora o projeto tenha sido arquivado em 04 de fevereiro de 2011, importante seu estudo para a compreensão dos modelos de Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas apresentados no Brasil.

5.3.1 Regulamentação

Dispõe o PL que o FUNGET será regido por normas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador, composto por representantes dos trabalhadores, dos empregadores, da Justiça do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, da Caixa Econômica Federal e do Banco Central do Brasil, na forma estabelecida pelo Tribunal Superior do Trabalho (artigo 3º).

Como se vê, esse projeto atribui papel de destaque à Justiça do Trabalho no Fundo, uma vez que cabe ao Tribunal Superior do Trabalho o papel de regulação da composição do Conselho Curador, bem como a indicação da presidência, conforme parágrafo 1º do artigo 3º, diversamente dos demais projetos, que a atribuem ao representante do Ministério do Trabalho e Emprego.

Vicente José Malheiros da Fonseca defende a aprovação deste Projeto de Lei, afirmando que difere em muitos pontos do PL n. 6.541/06, inclusive quanto à gestão do Conselho Curador, “que deverá ser presidido por representante da Justiça do Trabalho e administrado pelo Ministério Público do Trabalho, órgãos que melhor se adéquam a tarefas de gerenciamento do sistema”.³²⁰ Afirma o autor que o Fundo “salva o processo trabalhista de um dos seus pontos mais frágeis, a execução”.³²¹

Gabriel Napoleão Velloso, por sua vez, defende que o Poder Judiciário não deve integrar a o órgão diretivo do Fundo, pois, em tese, poderá julgar ações contra ele, de forma

³²⁰ FONSECA, Vicente José Malheiros da. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. *In*: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coord). Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais: estudos em homenagem aos 30 anos da Amatra 8. São Paulo: LTr, 2011, p. 256.

³²¹ FONSECA, Vicente José Malheiros da. A eficácia dos direitos humanos na Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região: Suplemento Especial Comemorativo*. Belém, v. 41, n. 81, jul./dez. 2008, p. 31.

Também neste sentido manifesta-se o autor em FONSECA, Vicente José Malheiros da. A execução trabalhista e o princípio da subsidiariedade (aplicação do art. 475-J, do CPC). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, v. 40, n. 78, jan./jun. 2007, p. 31.

que “a necessidade de independência recomenda que o próprio Poder, diretamente, não participe da formulação das políticas públicas [...]”. Defende, ainda, a não participação do Ministério Público do Trabalho, cujo papel não é o de formulação das políticas do Fundo,³²² com o que concordamos. Neste sentido se pronuncia Marcos Neves Fava:

[...] Erra, no entanto, ao entregar ao Ministério Público do Trabalho a gestão da aplicação do Fundo, eis que (a) tal órgão não tem vocação constitucional para tanto, (b) a estrutura limitadíssima do MPT para as importantes atividades precípua da instituição já é, hoje, insuficiente, não sendo razoável onerá-la e (c) a matéria — gestão de fundo — é eminentemente técnica, não se enxergando no Parquet, por seu perfil institucional, nenhuma aptidão para tal fim.³²³

Há disposições relativas à previsão de que os representantes dos trabalhadores e os suplentes serão indicados pelas centrais sindicais e pelas confederações nacionais, sendo nomeados pelo ministro do Trabalho e Emprego (ainda que a presidência do Conselho Curador caiba ao representante da Justiça do Trabalho), com mandato de dois anos, com possibilidade de uma recondução (parágrafo 3º do artigo 3º), no que se revela semelhante aos demais Projetos de Lei já analisados neste trabalho.

Dispõe o PL sobre a periodicidade das reuniões do Conselho Curador, sobre o quórum de votação, as ausências ao trabalho e a estabilidade dos representantes dos trabalhadores, bem como sobre a criação de uma Secretaria Executiva do FUNGET (parágrafos 4º, 5º, 7º, 8º e 9º do artigo 3º).

As competências do Conselho Curador são semelhantes às previstas nos demais Projetos analisados, dentre as quais podemos citar o estabelecimento das diretrizes e os programas de alocação de todos os recursos do Fundo, o acompanhamento e avaliação da gestão econômica e financeira dos recursos, a apreciação e aprovação dos programas anuais e plurianuais, inovando, em razão da previsão de recolhimento a cargo do empregador (artigo 13), sobre a competência do Conselho para fixar critérios para parcelamento dos recolhimentos em atraso, conforme artigo 5º, IX.

³²² VELLOSO, Gabriel Napoleão. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. //n: CHAVES, Luciano Chaves (Org.). Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 1232.

³²³ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 135.

5.3.2 Gestão e operação

Os artigos 4º e 6º do PL dispõem que o Ministério Público do Trabalho será o gestor da aplicação do FUNGET, cujas competências são semelhantes às dos demais Projetos de Lei analisados.

Não consta da justificativa do Projeto a razão pela qual se atribuiu a gestão do Fundo ao Ministério Público do Trabalho, ao contrário dos demais projetos que atribuíram tal papel ao Ministério do Trabalho e Emprego ou ao próprio Conselho Curador, de modo que reiteramos as críticas já realizadas no subitem acima à participação deste órgão.

Foi conferida à Caixa Econômica Federal a qualidade de agente operador (artigos 4º e 6º), bem como as competências já declinadas nos demais Projetos de Lei, à exceção da previsão contida no inciso V do artigo 7º, no sentido de que a ela cabe a emissão de Certificado de Regularidade do FUNGET.

5.3.3 Recursos

A respeito dos recursos do Fundo, assim dispõem os artigos 2º e 13:

Art. 2º O Funget é constituído pelos depósitos a que se refere esta lei, pelas multas impostas por sentenças ou ajustadas em acordos nos processos trabalhistas, e ainda pelas multas administrativas resultantes da fiscalização do trabalho, além de outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações.

§ 1º Constituem recursos incorporados ao Funget, nos termos do caput deste artigo:

- a) dotações orçamentárias específicas;
- b) resultados das aplicações dos recursos do Funget;
- c) multas, correção monetária e juros moratórios devidos;
- d) demais receitas patrimoniais e financeiras.

Art. 13. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 1% (um por cento) da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458, da CLT, e o 13º salário.

§ 1º Entende-se por empregador a pessoa física ou a pessoa jurídica de direito privado ou de direito público, da administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes, da União, dos Estados, do

Distrito Federal e dos Municípios, que admitir trabalhadores a seu serviço, bem assim aquele que, regido por legislação especial, encontrar-se nessa condição ou figurar como fornecedor ou tomador de mão-de-obra, independente da responsabilidade solidária e/ou subsidiária a que eventualmente venha obrigar-se.

§ 2º Considera-se trabalhador toda pessoa física que prestar serviços a empregador, a locador ou tomador de mão-de-obra, excluídos os eventuais, os autônomos e os servidores públicos civis e militares sujeitos a regime jurídico próprio.

§ 3º O depósito de que trata o caput deste artigo é obrigatório nos casos de interrupção do contrato de trabalho, de afastamento para prestação do serviço militar obrigatório e de licença por acidente do trabalho.

§ 4º Não se incluem na remuneração, para os fins desta lei, as parcelas elencadas no § 9º do art. 28 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 5º Os contratos de aprendizagem terão a alíquota a que se refere o *caput* deste artigo reduzida para 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento).

Como se vê, o PL estabeleceu a obrigatoriedade de todos os empregadores depositarem, mensalmente, 1% da remuneração paga aos seus empregados, em conta vinculada. Tal disposição deixa evidente a socialização do risco de não pagamento voluntário em 48 horas após a citação em execução entre todos os empregadores, pois, como se verá adiante, a movimentação do Fundo não requer estado de insolvência.

Esta constatação resulta de forma mais clara quando, ao dispor o PL que a Administração Pública, quando possua empregados públicos, deve proceder a tal depósito, ainda que se submeta a regime específico de execução, por meio de precatórios.

Como esta proposição parte do pressuposto de socialização de riscos, não haveria razão para proceder ao depósito desta quantia em conta vinculada do trabalhador, uma vez que, *a priori*, a ele não se destina, exceto se o empregador não adimplir suas obrigações.

Relativamente aos depósitos a serem realizados pelos empregadores, Vicente José Malheiros da Fonseca afirma que “a ideia, fundada nos princípios da seguridade e que tem como premissa a função social da empresa, nas relações trabalhistas, atende aos pressupostos jurídicos da responsabilidade civil objetiva”.³²⁴

³²⁴ FONSECA, Vicente José Malheiros da. *Fundo...* Op. Cit., p. 258.

Já Marcos Neves Fava se opõe à previsão, afirmando que “[...] favorece discurso dos opositores à ideia, com base na superoneração da força produtiva formal, e distribui ônus indevidos, porque extrai os valores de todos os empregadores [...]”.³²⁵

Ivan Alemão se mostra incrédulo quanto ao Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (e não aos projetos de lei especificamente), apesar de considerar sua aparente intenção positiva, afirmando que:

[...] Há aí dois problemas: um em relação aos seus objetivos sociais gerais (se é válido o povo pagar as dívidas do capital), e outro mais específico, que abre espaço para fraudes e para a ausência de isonomia entre aquele reclamante (e o advogado) que luta para executar e o outro que recebe fácil.

Vejo como falta de criatividade socializar as dívidas entre os cidadãos. O sistema securitário já existe e tem nome, chama-se Previdência Social, além de outros análogos, públicos ou privados. Uma mania tipicamente brasileira é querer criar um “novo fundo”, com mais cargos políticos e administrativos, não se fortalecendo a previdência social, pelo contrário. [...] No caso do Fundo de Garantia da Execução Trabalhista, o objetivo é pagar a dívida de terceiros, algo inusitado. O benefício é adquirido não por meio de um sistema de obrigações e direitos, mas por uma dívida de um contrato sobre o qual o Estado não teve qualquer responsabilidade. No mínimo, esse fundo será um incentivo ao inadimplemento, criando uma bola de neve para a Justiça do Trabalho.

Para evitar o inadimplemento trabalhista, existem várias propostas que não aumentam a despesa do Estado nem abrem espaço para fraudadores. O legislador não compreende (ou não quer compreender) que o capital hoje é flexível e fragmentado. Não é mais identificado, como antes, com bens de capital, em que o estabelecimento e o maquinário eram o maior patrimônio da empresa, imóvel ou pesado, não podendo ela fugir facilmente. Hoje prevalecem as prestadoras de serviços e os contratos terceirizados e, nesse esquema, fecha-se uma empresa para não se pagar uma dívida.³²⁶

Sérgio Pinto Martins, apesar de reconhecer o benefício de o trabalhador receber seu crédito de natureza alimentar, vê a socialização do risco inerente ao Fundo como desvantagem, demonstrando descrença quanto à sustentabilidade do Fundo, nos seguintes termos:

A vantagem é o trabalhador receber e, logo, as verbas decorrentes da condenação do empregador. O empregado não pode esperar para receber verbas que têm natureza alimentar, da quais precisa para poder sobreviver.

³²⁵ FAVA, Marcos Neves. Op. cit., p. 136.

³²⁶ ALEMÃO, Ivan. A Justiça do Trabalho e a reforma do Poder Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Justiça do Trabalho*, ano 22, n. 254, fev. 2005, p. 73.

A principal desvantagem é o fundo cobrar de quem não paga. O fundo irá pagar e não irá receber. Quem irá pagar, na verdade, será toda a sociedade. Haverá com isso descapitalização do fundo, que talvez não possa atender a todos os casos. Se os devedores, quando não querem, não pagam tributos, o FGTS e a contribuição previdenciária e não se consegue cobrá-los, o mesmo pode ocorrer em relação ao Funget.

Ante tais considerações, entendemos que não se trata de socializar uma dívida qualquer, mas sim o risco do inadimplemento de créditos trabalhistas, que difere de outros créditos em razão do valor social atribuído ao trabalho pela Constituição Federal (artigos 1º, IV, e 170).

Tanto é assim que a experiência internacional prevê que a garantia salarial não se deve dar somente através da instituição de privilégios, mas também por meio da responsabilidade estatal pela satisfação desses créditos, como já abordado neste trabalho quando da análise das Convenções n. 117 e n. 173 da Organização Internacional do Trabalho.

Há de ressaltar-se que o sistema jurídico permite a constituição de empresas sem qualquer lastro,³²⁷ potencializando o risco de não pagamento dos créditos de seus trabalhadores. Assim, ainda que o Estado não tenha responsabilidade direta na relação contratual trabalhista, fato é que compactua com os riscos de não adimplemento do crédito trabalhista.

Tudo isso evidencia a importância e a necessidade de garantia do crédito trabalhista, que não pode ser equiparado a qualquer crédito. Tanto é assim que ocupa posição privilegiada no quadro de credores da falência.

Quanto aos depósitos mensais a cargo de todos os empregadores, a princípio discordamos de tal previsão, por não termos condições de avaliar o quanto auxiliariam na

³²⁷ José Vinicius de Sousa Rocha, admitindo que esta seria a causa da não efetividade da execução trabalhista, vislumbra a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas como um paliativo, nestes termos: “O FGET, que já está previsto no ordenamento jurídico pátrio, porém depende de regulamentação para ser efetivamente implantado, emerge como um paliativo possível para esse mal. Paliativo porque não se trata exatamente de uma solução definitiva para o problema, já que sempre vai ser preciso buscar patrimônio suficiente dos devedores e, por que não dizer, neste caso, de toda a sociedade para alimentar o fundo. E também porque não se vai estar atacando a origem do problema, que reside na contração de dívidas sem o devido respaldo patrimonial capaz de adimpli-las, o que é permitido com reprovável condescendência, seja pelo ordenamento jurídico vigente, seja pela atuação fiscalizadora exercida perante as empresas formalmente constituídas.” (ROCHA, Jose Vinicius de Sousa. *Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas*. /n: SANTOS, Jose Aparecido dos. (Coord.). *Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 499).

constituição do Fundo e porque nossa concepção acerca deste fundo garantidor, num primeiro momento, é modesta, com previsão restrita sobre seu âmbito de abrangência, quanto ao limite máximo de valor a ser garantido e quanto às hipóteses de acionamento, como já expusemos nesta dissertação.

Porém, não podemos ignorar a realidade citada por Ivan Alemão a respeito das empresas prestadoras de serviços terceirizados, que, sem qualquer patrimônio para garantir créditos trabalhistas decorrentes de relações de trabalho já precarizadas, ensejam diversas execuções não adimplidas, o que é facilmente constatado por quem milita na Justiça do Trabalho. Explicitando tal panorama, assim se manifesta Rodrigo de Lacerda Carelli:

De fato, observando-se o que comumente ocorre nas relações de trabalho em nosso País, inescapável a apreensão do seguinte quadro: trabalhadores contratados em grande número por meio de inteposta pessoa, às vezes, empregados (ou precarizados) de empresas subcontratadas em cascata, sem recebimento de vários direitos garantidos pela legislação trabalhista, inclusive salários e verbas rescisórias. Os trabalhadores, que nada ou pouco receberam, têm como saída a busca da Justiça do Trabalho, onde constata, na maior parte das vezes, que a empresa pela qual foram contratados não era idônea e não possui bens para arcar com as dívidas trabalhistas, sendo que, em muitas das vezes, nem existe mais, e seus proprietários, muitos dos quais meros “laranjas”, não podem mais ser encontrados. A saga continua por anos com a negativa de pagamento por parte dos tomadores de serviço, sendo que ao final, estes são responsabilizados, após longo decurso de prazo, isso se, por acaso, não houver um acordo com redução do valor dos direitos não usufruídos pelo trabalhador. Esse é, em grossas linhas, o quadro perverso que atualmente vige no cenário trabalhista.”³²⁸

Tal é o impacto deste tipo de contratação nos dias atuais que o Tribunal Superior do Trabalho promoveu sua primeira audiência pública, nos dias 04 e 05 de outubro de 2011, sobre o tema, ocasião em que foi exposta a possível contribuição de um fundo de garantia de execuções trabalhistas para tal questão.³²⁹

Dessa forma, considerando esse cenário de terceirizações de serviços potencializadoras de lesões a direitos trabalhistas dos empregados, entendemos que o risco gerado por essa prática não deveria apenas ser imputado ao empregado, que espera, na melhor

³²⁸ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Formas atípicas de trabalho*. 2 ed. São Paulo: LTr, p. 55.

³²⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias do TST, 04 de outubro de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12965&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em 13 out. 2011.

das hipóteses, a satisfação de seu crédito pela tomadora de serviço, após longos anos de tramitação do processo.

Neste específico caso, somos favoráveis à previsão de depósito mensal a ser destinado ao Fundo, incidente sobre a remuneração paga aos prestadores de serviços, a cargo das tomadoras, pois não seria razoável impor tal custo a todos os empregadores, especialmente àqueles que não terceirizam serviços e que cumprem regularmente suas obrigações trabalhistas.

Assim, em face dos efeitos que a terceirização de serviços tem causado, necessário atribuir o risco do inadimplemento àqueles que optaram por transferir os encargos trabalhistas que envolvem sua atividade a terceiros, tudo isso sem prejuízo da responsabilidade patrimonial trabalhista que lhe cabe por tal contratação.

O artigo 17 do PL prevê as penalidades para o não recolhimento do depósito, fixando taxas de juros e multas, sendo que o artigo 18 prevê penalidade pecuniária (multa calculada em UFIR) a título de infração à lei.

Dispõe o artigo 22 que a apresentação de Certificado de Regularidade do FUNGET é obrigatória para fins de licitações, concessões de empréstimos e financiamentos por entidades financeiras oficiais, obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios e outros benefícios concedidos por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, transferência de domicílio para o exterior, bem como para o “registro ou arquivamento, nos órgãos competentes, de alteração ou distrato de contrato social, de estatuto, ou de qualquer documento que implique modificação na estrutura jurídica do empregador ou na sua extinção”.

O artigo 24 prevê que os depósitos constituirão despesas dedutíveis do lucro operacional dos empregadores e as importâncias levantadas a seu favor constituirão receita tributável.

No tocante às aplicações dos recursos do Fundo, o artigo 9º dispõe sobre requisitos semelhantes aos contidos no artigo 9º do PL n. 4.597-A, de 2004.

5.3.4 Objeto da garantia

Os artigos 1º e 14 dispõem sobre créditos pelos quais o Fundo pode se responsabilizar:

Art. 1º Fica criado o “Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas” (FUNGET), destinado a assegurar o pagamento dos créditos decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, na falta de quitação da dívida em execução judicial.

Art. 14. A conta do Funget poderá ser movimentada nas seguintes situações:
I - para assegurar o pagamento dos créditos decorrentes das sentenças proferidas pela Justiça do Trabalho, na falta de quitação da dívida em execução judicial;

II - pelos empregadores, em caráter excepcional, para aplicação em programas que tragam benefícios diretos ou indiretos aos trabalhadores e seus familiares, tais como creches, escolas e qualificação profissional, nos termos da regulamentação desta lei, desde que não tenham provocado a movimentação judicial dos depósitos do Fundo no ano anterior à movimentação da conta.

Parágrafo Único. O Conselho Curador disciplinará o disposto no inciso II, visando beneficiar os trabalhadores e preservar o equilíbrio financeiro do Funget.

Reiteramos as mesmas colocações já realizadas neste trabalho, no tocante aos demais Projetos de Lei, sobre a necessidade e conveniência de limitação dos créditos a serem satisfeitos, seja no tocante ao valor, seja no tocante à natureza jurídica dos títulos exequendos, bem como às considerações sobre os títulos que fundam a execução trabalhista.

Da mesma forma, o inciso II do artigo 14, ao prever a utilização dos recursos do Fundo, ainda que excepcionalmente, para fins de programas sociais, pode ter sua constitucionalidade questionada, uma vez que o artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 nada dispõe sobre tal finalidade.

5.3.5 Acionamento do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas

Dispõem os artigos 15 e 16 do projeto de lei:

Art. 15. O levantamento do Funget, na hipótese do inciso I do art. 14, será efetuado mediante mandado judicial, após o trânsito em julgado da decisão, se o devedor não pagar o débito no prazo de 48 (quarenta e oito) horas da citação em execução perante a Justiça do Trabalho.

Art. 16. Se não houver pagamento, no prazo estabelecido no artigo anterior, o juízo da execução determinará a movimentação do Fundo de Garantia das

Execuções Trabalhistas, para efeito de imediato pagamento ao credor trabalhista.

§ 1º Efetuado o pagamento na forma deste artigo, o Fundo, sub-rogando-se no crédito do trabalhador, executará o devedor, perante a Justiça do Trabalho, nos próprios autos da ação trabalhista.

§ 2º Para a efetivação da tutela executória, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 3º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

Quanto ao acionamento do Fundo pelo mero não pagamento voluntário da dívida pelo devedor no prazo de 48 horas, renovamos as considerações realizadas quando da análise do Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004, no sentido de que pode induzir os devedores a não satisfazerem o crédito voluntariamente, uma vez que o crédito será adimplido pelo Fundo, ainda que posteriormente haja sub-rogação.

No mais, distancia-se tal previsão das experiências internacionais, que preveem o estado de insolvência (que, para fins de proteção do crédito trabalhista, pode ser também caracterizado pelo encerramento irregular da empresa) para a atuação do Fundo.

Por fim, tal sistemática pode inviabilizar a própria existência do órgão, uma vez que este PL, além de prever a intervenção do Fundo após o não pagamento voluntário no prazo de 48 horas da citação em execução, não fixa limitação para a cobertura do crédito trabalhista.

Esta situação pode favorecer, ainda, fraudes no sentido de obterem-se tais prestações indevidamente, não tendo o PL tratado de medidas específicas para evitá-las.

5.3.6 Tramitação

Apresentado o PL em 05 de julho de 2005, foi encaminhado à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que, em reunião ocorrida nos dias 27 e 28 de maio de 2009,

aprovou o relatório do senador Vagner Pereira,³³⁰ contrário ao Projeto, por inconstitucionalidade.³³¹

No relatório, o senador entendeu que o PL contém vício de constitucionalidade, uma vez que, ao estabelecer o desenho do FUNGET e de seu Conselho Curador, estabelece atribuições, competências e obrigações aos Poderes Executivo e Judiciário e, particularmente, ao Ministério Público do Trabalho em sua gestão. Tais questões, segundo o relator, traduzem matéria de iniciativa privativa do presidente da República (artigo 61, parágrafo 1º, II, “a” e “d”, da Constituição Federal), de modo que não poderiam ser propostas por senador da República.

Entendeu o parlamentar, ainda, que o PL fere o princípio da separação dos Poderes, atribuindo tais encargos a estes Poderes, que são harmônicos e independentes entre si.

No mérito, mostrou-se contrário ao PL, entendendo que a proposta de que o FUNGET venha a adimplir os créditos após o decurso de 48 horas da citação sem pagamento e, subrogando-se, prossiga com a execução, demanda infraestrutura de pessoal e material, além do ônus de suportar o prejuízo no caso de a execução ser infrutífera.

Desta forma, manifesta-se contrário à própria existência de um Fundo de Garantia de Execuções Trabalhistas, justificando que não se deve socializar a dívida entre todos os empregadores, especialmente com a determinação de que todos realizem um depósito mensal de 1% da remuneração de cada trabalhador admitido.

Entende, por fim, que essa ideia dissocia-se do sistema brasileiro de responsabilidade patrimonial previsto nos artigos 591 e 592 do Código de Processo Civil, e que se deve dotar o sistema de instrumentos para compelir o devedor a pagar seus débitos, até mesmo para evitar estímulos a fraudes entre empregador e empregado para acionar o Fundo de Garantia das Execuções.

³³⁰ BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/57550.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2011.

³³¹ Ibid. Tramitação. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=74538>. Acesso em 2 maio 2011.

Enviado o PL à Comissão de Assuntos Econômicos, em 01 de dezembro de 2009 foi aprovado o relatório do senador Neuto de Conto,³³² que também opinou pela rejeição do projeto. O relator justificou a rejeição do PL em três “problemas” que considerou principais.

O primeiro refere-se aos depósitos obrigatórios por parte das empresas, que elevariam o custo indireto da mão de obra no Brasil, de forma que a fonte de financiamento sugerida estaria “na contramão da necessária desoneração de salários”.

O segundo “problema” levantado pelo relator refere-se à identificação dos favorecidos pelo Fundo, que incluem os trabalhadores detentores de créditos trabalhistas reconhecidos em sentenças, mas, na realidade, no seu entender, os maiores favorecidos seriam os maus pagadores.

Por fim, questiona o relator a sustentabilidade financeira do FUNGET, pois não há no PL qualquer demonstração sobre a compatibilidade entre as fontes de recursos e as despesas advindas dos saques. Afirmar, assim, que:

Diante dessa incerteza, nem os dois cenários extremos podem ser descartados: (i) se os recursos depositados pelas empresas forem elevados, acabarão esterilizados em títulos públicos, ou pior, aplicados em operações de retorno duvidoso e risco assumido pela Caixa Econômica Federal; (ii) se os recursos forem insuficientes para arcar com os saques e os custos do FUNGET levarão à necessidade de aportes extras, provavelmente vindos do Tesouro Nacional.

Posteriormente, na Comissão de Assuntos Sociais, foi elaborado relatório pelo senador Geraldo Mesquita Júnior,³³³ que votou pela aprovação do Projeto na forma da emenda substitutiva apresentada, sendo que, em 20 de dezembro de 2010, a matéria foi retirada da pauta da comissão, não tendo sido apreciada. A retirada de pauta se deu pelo encerramento da 53ª Legislatura, conforme artigo 332 do Regimento Interno do Senado Federal, de modo que o PL foi arquivado em 04 de fevereiro de 2011.

³³² BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/66328.pdf>> Acesso em: 02 maio 2011.

³³³ Ibid. Parecer da Comissão de Assuntos Sociais. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/84525.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2011.

Apesar de não votado pela Comissão, ante a natureza investigativa deste trabalho entendemos importante expor as razões do relatório realizado na Comissão de Assuntos Sociais, que, no tocante à constitucionalidade, afirmou estar em consonância com os artigos 22, I, 61 e 48 da Constituição Federal.

Afirmou o relator que, apesar de não discordar das razões das demais Comissões no tocante à rejeição do PL, entende que faz parte de sua missão legislativa propor alterações que tornem viável um mínimo de proteção aos trabalhadores cujos créditos não são satisfeitos.

Dessa forma, propôs um Projeto de Lei substitutivo, expondo os objetivos da criação de um fundo garantidor de créditos trabalhistas, com referências ao Fondo de Garantía Salarial e à regulamentação comunitária europeia, asseverando que

Entendemos que o FUNGET, desde que protegido, bem administrado e responsabilmente utilizado, poderá tornar-se uma eficiente ferramenta para minorar a dificuldade de efetividade das decisões trabalhistas e — a médio prazo — um eficaz instrumento de gerenciamento de crises empresariais. As limitações quantitativas, qualitativas e temporais vão ao encontro da constatação elementar de que o FUNGET deve pagar um pouco a uns muitos, e não muito a uns poucos; caso contrário, se autorizamos que o FUNGET pague todo e qualquer tipo de parcela, de forma ilimitada e desde a primeira execução, estaremos diante de uma ilusão, de um Fundo que nasce sem fundos. Cremos que ninguém melhor que o integrante do Poder Judiciário Trabalhista - sob a fiscalização do MPT e do Parlamento — para instrumentalizar o FUNGET.

Por fim, cremos que existam alternativas de financiamento do FUNGET que direcionam o instituto para aquilo que ele realmente é: uma espécie de seguro social obrigatório. Imaginamos, então, que da mesma forma que se fez em relação ao Fundo de Combate à Pobreza, seja possível redirecionar parcelas de contribuições que são realizadas para determinados fins ao FUNGET, mediante estudos específicos.

[...]

O substitutivo mostra uma evolução nos projetos de regulamentação do Fundo ao prever, no artigo 2º, que objetiva o pagamento de créditos trabalhistas em razão da insolvência da empresa, bem como ao tratar do momento do acionamento do Fundo e da imposição de limites ao crédito a ser por ele satisfeito, para que o Fundo seja capaz de pagar “pouco a uns muitos, e não muito a uns poucos”.

Os recursos seriam os previstos no artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, além de depósitos recursais, ressarcimentos de valores pagos pelo Fundo, prevendo o inciso V

que “fontes adicionais de custeio serão definidas por Lei, mediante estudos precedentes elaborados pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (IPEA), Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e outras entidades congêneres”.

O artigo 4º dispõe que o Fundo será regido por normas e diretrizes estabelecidas pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT).

Há previsão no sentido de que a movimentação do Fundo dar-se-á quando cumpridos os seguintes requisitos: (i) forem utilizados todos os meios executivos em face da empresa devedora, (ii) houver declaração incidental do Juízo trabalhista que processa a execução no sentido de que a empresa encontra-se insolvente, temporária ou definitivamente, (iii) for dada oitiva ao Ministério Público do Trabalho (MPT) para que, atuando como fiscal da lei, requeira a realização de diligências para demonstrar que empresa possui bens que sirvam à garantia da execução (artigo 5º).

O artigo 7º limita os créditos a serem garantidos, quantitativa e qualitativamente: verbas rescisórias e salários atrasados, cujo valor máximo será fixado anualmente pelo CSJT, em razão da média de valores executados por cada um dos Tribunais Regionais do Trabalho.

Tendo o FUNGET sido acionado, prevê o artigo 9º duas possibilidades: a primeira, constante do parágrafo 1º, consiste na execução pelo credor trabalhista do valor remanescente da execução (na hipótese de os limites do FUNGET não serem suficiente à satisfação da totalidade do crédito), e, a segunda, prevista no parágrafo 2º, na execução de ofício, pelo Juízo trabalhista, do valor satisfeito pelo Fundo, nos moldes da execução das contribuições previdenciárias.

Como se vê, essa disposição retirou do FUNGET a titularidade da execução dos créditos por ele satisfeitos, de forma que, ainda que os valores obtidos na execução de ofício retornem ao Fundo, não se pode falar em sub-rogação no crédito do trabalhador.

Embora possa ser questionada a previsão do artigo 5º,³³⁴ por desviar a finalidade de criação do Fundo, fato é que tal proposição observou algumas das críticas realizadas, tanto por parlamentares como pela doutrina, aos projetos de lei já citados neste trabalho, aprimorando a proposta de regulamentação do artigo 3º da Emenda Constitucional n. 45 de 2004.

Tanto é assim que suas ideias foram objeto do Enunciado Propositivo n. 01, aprovado na Jornada Nacional sobre Execução na Justiça do Trabalho, ocorrida nos dias 24 a 26 de novembro de 2010 em Mato Grosso, nos seguintes termos:

FUNDO DE GARANTIA DAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS. I. O Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas (Funget), aprovado no Conamat/2004, deve ser regulamentado por lei ordinária (art. 3º da Emenda Constitucional nº 45/2004), com urgência, porque constitui um importante mecanismo para tornar o processo trabalhista mais eficiente e célere. II. A lei reguladora do Funget (art. 3º da EC 45/04) deverá inspirar-se nos institutos correlatos no direito comparado, onde se verifica sua natureza de seguro obrigatório contra o inadimplemento de créditos trabalhistas, em razão da insolvência da empresa devedora. Ademais, é fundamental que o legislador proceda a uma blindagem protetora do fundo; de um lado, limitando as espécies de parcelas a serem pagas e seus valores; de outro, cuidando para que não haja fraudes/simulações. O Funget deverá ser gerido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, fiscalizado pelo Ministério Público do Trabalho.³³⁵

³³⁴ Artigo 5º. “Durante seus dois primeiros anos de funcionamento, o FUNGET será utilizado exclusivamente para garantir as execuções trabalhistas. Após esse período, poderá a Lei dar outras destinações aos recursos do FUNGET, desde que exista saldo positivo e o FUNGET venha cumprindo com seus objetivos de garantidor das execuções trabalhistas.”

³³⁵ JORNADA NACIONAL SOBRE EXECUÇÃO NA JUSTIA DO TRABALHO. Enunciados aprovados pela Plenária. 24-26 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/tesesaprovasind.asp>>. Acesso: 2 maio 2011.

CONCLUSÕES

A execução trabalhista tem sido apontada como causa de ineficiência do processo do trabalho, ante a dificuldade de satisfação do crédito exequendo, constatada pela doutrina, por quem milita na Justiça do Trabalho, e comprovada pelas estatísticas do Tribunal Superior do Trabalho.

Dos estudos realizados acerca da execução trabalhista, verificamos que suas deficiências possuem diversas causas, as quais demandam variadas frentes de solução, tais como o aprimoramento dos instrumentos executivos, a criação de medidas que induzam à satisfação espontânea da execução (como a certidão negativa de débitos trabalhistas prevista na Lei n. 12.440/2011), bem como o aperfeiçoamento das construções doutrinárias e jurisprudenciais de responsabilidade patrimonial trabalhista.

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 previu, no artigo 3º, a criação de um Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, proposta inédita no Brasil, o que ensejou o presente estudo, com o fim de analisar em que medida este Fundo poderia contribuir com a efetividade da execução trabalhista.

A análise das justificativas que levaram o legislador constituinte a prever tal instituto revela a menção à experiência espanhola do Fondo de Garantía Salarial, que data 1976 e foi um dos precursores, na Europa, da criação de uma instituição de garantia dos créditos trabalhistas cujos devedores foram declarados insolventes.

Sua origem remonta à crise econômica vivida na década de 1970, que ensejou o encerramento de diversos empreendimentos e, consequentemente, a redução de postos de trabalho. Porém, ainda hoje se mostra necessário, tendo sido objeto de diversas alterações e aprimoramentos desde a sua criação.

O Fondo de Garantía Salarial e outras experiências similares em países europeus ensejaram a regulamentação da matéria no âmbito da Comunidade Europeia, que, pretendendo harmonizar as legislações dos Estados-membros relativamente à proteção salarial, editou a Diretiva n. 80/987, posteriormente revogada pela Diretiva n. 2008/94.

Em 1992, a Organização Internacional do Trabalho, constatando a atualidade da questão e a necessidade de proteção do crédito trabalhista, não só pelo estabelecimento de privilégios, mas também pela garantia de recebimento quando o empregador se encontrasse em estado de insolvência, elaborou a Convenção n. 173, não ratificada pelo Brasil.

Observando os princípios da universalidade e adaptabilidade da produção normativa da Organização Internacional do Trabalho, a referida Convenção se destina à situação de insolvência, a ser definida conforme legislação nacional, admitindo a extensão deste termo às situações de inadimplência que não ensejam a execução coletiva.

Prevê, ainda, um mínimo a ser garantido pela instituição de garantia, com a possibilidade de limitação a um valor máximo que não vilipendie o mínimo socialmente aceitável.

A regulamentação comunitária europeia, que não dispõe sobre a adoção de um modelo único, mas pluralista, com diretrizes gerais a serem observadas pelos Estados-membros, também prevê a possibilidade de limitação temporal e quantitativa dos créditos, bem como a fixação de um mínimo a ser assegurado. E, assim como a normatização da Organização Internacional do Trabalho, prevê o financiamento das instituições de garantia pelos empregadores, caso não sejam integralmente custeadas pelo Estado.

A experiência internacional evidenciou a existência de importantes justificativas sociais e econômicas para a criação de instituições de garantia destinadas a assegurar o recebimento do crédito do trabalhador que se vê surpreendido pelo estado de insolvência ou inadimplência do empregador.

Tais instituições, de fato, pressupõem a socialização de riscos, mas isto é justificável, considerando o fim a que se destina, qual seja, a garantia de que o trabalhador perceba ao menos o mínimo do que lhe é devido, para que mantenha a sua dignidade.

A vida em sociedade pressupõe uma série de socializações de riscos, que ordinariamente são “diluídos” nos preços das mercadorias adquiridas, dos tributos pagos etc.,

mas que, no caso em análise, envolve o risco da situação de insolvência dos empregadores, tão habitual em razão das vicissitudes da economia de mercado.

Por essa razão, entendemos que a criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas somente se justifica quando verificado o estado de insolvência do empregador, ainda que, para o acionamento do Fundo, este conceito possa ser alargado para abranger os comuns “encerramentos de atividades” verificados nas execuções trabalhistas e a constatação de ausência de patrimônio que possa satisfazer a execução.

Desta forma, posicionamo-nos no sentido de que as proposições doutrinárias e legislativas que vislumbram o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas como a “solução” da execução trabalhista, acionado pelo mero não pagamento voluntário do devedor, estão dissociadas da origem e da finalidade das instituições de garantia. E, neste sentido, não possuem apelo que justifique a referida socialização de riscos.

Concebendo o Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas como um instrumento que auxilia a execução trabalhista, e não a resolve, entendemos que, num primeiro momento, deve ser delineado em patamares modestos, até mesmo para verificar sua capacidade de garantia, ante a inexistência de dados acerca das peculiaridades das execuções trabalhistas pendentes no Brasil (valores médios, por exemplo) e de previsões econômicas dos recursos do Fundo.

Assim, entendemos que a utilização dos recursos do Fundo somente seria possível quando constatada a impossibilidade de prosseguimento da execução em face do devedor, pela falta de bens, precedida da realização de diligências, por exemplo, junto ao Bacen-Jud, aos cartórios de Registro de Imóveis, aos órgãos de trânsito, a fim de localizar patrimônio da empresa executada e, presentes os requisitos legais, com o direcionamento da execução em face do patrimônio pessoal dos sócios.

Sem prejuízo de alterações posteriores que aumentem a garantia dos créditos trabalhistas, inicialmente propomos a limitação dos créditos a serem garantidos, sugerindo como valor máximo o crédito relativo aos salários e às verbas rescisórias (entendidas como tais o aviso prévio indenizado, o saldo salarial, as férias proporcionais acrescidas do terço constitucional e o décimo terceiro salário proporcional) não superior a cinco salários mínimos,

com base em previsão contida na Lei de Falências para pagamento antecipado, denominada pela doutrina como “pronto-pago”.

Se o crédito do trabalhador exceder tal valor, ou se a condenação abranger outras verbas não cobertas pelo Fundo, o credor trabalhista prosseguirá com a execução pelo saldo, sem prejuízo da sub-rogação do Fundo, que também executará a quantia paga na reclamação trabalhista.

Na hipótese de falência, o trabalhador habilitará o crédito restante no concurso de credores e, havendo a sub-rogação do Fundo pelo montante adimplido, também haverá sua habilitação na execução universal.

Mantida a preferência do crédito sub-rogado, entendemos ser necessária a alteração da legislação falimentar para que conste o crédito do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhista do inciso I do artigo 83 da Lei de Falências (Lei n. 11.101/2005), a ser pago após o crédito do trabalhador, da mesma classe.

A limitação do crédito a ser garantido mostra-se necessária à própria manutenção do Fundo e pode ter como efeito o desestímulo a atuações fraudulentas no sentido de acioná-lo indevidamente.

No tocante aos recursos do Fundo, além das multas administrativas oriundas da fiscalização do trabalho e das decorrentes de condenações trabalhistas, que não tenham destinatários determinados pela legislação de direito material e processual em vigor, podem ser previstas outras receitas, conforme autorização do art. 3º da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Dentre estas, poderia ser expressamente prevista na lei regulamentadora do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas a destinação das multas decorrentes de descumprimento de termos de ajustamento de conduta (TAC), bem como das condenações por danos morais coletivos proferidas pela Justiça do Trabalho.

A previsão de que o depósito recursal trabalhista, previsto no artigo 899, parágrafo 1º, da CLT, seja depositado no Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, e não mais na conta vinculada do trabalhador mantida junto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, poderia gerar receitas àquele, resultante da aplicação destes valores.

Além das receitas obtidas pela sub-rogação dos créditos trabalhistas, pela aplicação dos recursos do Fundo, há controvérsia na doutrina acerca de seu financiamento por todos os empregadores, através de alíquota a ser aplicada à remuneração percebida pelos empregados.

Ainda que o Fondo de Garantía Salarial da Espanha preveja o financiamento pelos empregadores, assim como a Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho e a Diretiva n. 2008/94/CE, no caso de não serem integralmente custeadas as instituições pelo Estado, a princípio discordamos de tal previsão, por não termos condições de avaliar o quanto auxiliariam na constituição do Fundo e porque nossa concepção acerca deste fundo garantidor, num primeiro momento, é modesta. Isto porque sequer há uma clara delimitação da atuação do Fundo, dos possíveis valores e créditos a serem por ele garantidos e de sua capacidade para tanto, a justificar tais depósitos, o que, como já citado neste trabalho, favoreceria os opositores à sua criação através do discurso da oneração do custo da mão de obra no país.

Ressalvamos nosso entendimento para os casos de empregados terceirizados, pois, conforme análise realizada nesta dissertação, são frequentes os casos em que as empresas prestadoras de serviços não possuem qualquer lastro econômico e encerram suas atividades, tornando a satisfação do crédito trabalhista praticamente impossível, não fosse a responsabilidade patrimonial da tomadora de serviços, que, na maioria dos casos, somente após anos de discussão judicial, adimple os créditos.

Dessa forma, considerando este cenário de terceirizações de serviços potencializadoras de lesões a direitos trabalhistas dos empregados, entendemos que o risco gerado por essa prática não deveria apenas ser imputado ao empregado, e, tampouco, aos empregadores que não terceirizam serviços e que cumprem regularmente suas obrigações trabalhistas. Neste específico caso, somos favoráveis à previsão de depósito mensal a ser destinado ao Fundo, incidente sobre a remuneração paga aos prestadores de serviços, a cargo das tomadoras, em alíquota a ser definida pela lei regulamentadora.

Assim, em face dos efeitos que a terceirização de serviços tem causado, é necessário atribuir o risco do inadimplemento àqueles que optaram por transferir os encargos trabalhistas

que envolvem sua atividade a terceiros, sem prejuízo da responsabilidade patrimonial trabalhista que lhes caiba por tal contratação.

Não se pretendeu nesta dissertação esgotar todas as questões relativas à criação do Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas, que devem ser amplamente discutidas na sociedade, especialmente pelos setores envolvidos, a fim de tornar o mais democrática possível sua criação.

Ante o ineditismo de tal previsão no ordenamento jurídico brasileiro, elaboramos as primeiras análises acerca da matéria, buscando compreender o que seria e para que se destinaria uma instituição de garantia de crédito trabalhista, abordando as principais questões a ela relativas.

Os estudos realizados nos permitiram concluir que tal instrumento, se utilizado com ponderação e real clareza quanto aos seus objetivos, sem a pretensão de solucionar todas as deficiências da execução trabalhista, pode ser medida eficaz para minimizar os prejuízos sofridos pelo credor trabalhista que não tem o seu crédito satisfeito em razão da insuficiência patrimonial do empregador.

REFERÊNCIAS

ALEMÃO, Ivan. A Justiça do Trabalho e a reforma do Poder Judiciário: comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004. *Justiça do Trabalho*, ano 22, n. 254, fev. 2005, p. 69-73.

BASTOS, Bianca. Limites da responsabilidade trabalhista na sociedade empresária: a despersonalização do empregador como instrumento para vinculação do patrimônio do sócio. São Paulo: LTr, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização. 2005. Tese (Concurso para Professor Titular de Direito Processual Civil) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

BELTRAN, Ari Possidonio. Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais. São Paulo: LTr, 1998.

BORRAJO DACRUZ, Efrén. Liberdade de Opção e Responsabilidade do Estado-Legislator frente às Diretivas (Disposições) Comunitárias Européias: a experiência do Fundo de Garantia Salarial (FOGASA). *Revista LTr*, ano 59, n. 12, dez. 1995, p. 1620-1626.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Regimento Interno. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/RICD%20Resolucao%2010-2009.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

_____. Constituição (1988): Proposta de Emenda à Constituição n. 29, de 2000. Secretaria de Arquivo do Senado Federal, Brasília, DF, 2000.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=43974&tp=1>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Tramitação. Disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=74538>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/57550.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Parecer da Comissão de Assuntos Econômicos. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/66328.pdf>> Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei do Senado n. 246, de 2005. Parecer da Comissão de Assuntos Sociais. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/84525.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2011.

BRASIL. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=272414>. Acesso em: 03 nov. 2011.

_____. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 1. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302755>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 2. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302756>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 3. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302757>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 5. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302759>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 9. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302763>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei n. 4.597-A, de 2004. Emenda n. 12. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=302835>. Acesso em: 02 maio 2011.

_____. Projeto de Lei n. 6.541, de 2006. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=312305>. Acesso em: 03 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Coordenadoria de Estatística. Relatório Geral da Justiça do Trabalho. 2009. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/Sseest/RGJT/Rel2009/JT2009/rel2009.pdf>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias do TST, 04 de outubro de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIASNOVO.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=12965&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em 13 out. 2011.

_____. Consolidação Estatística da Justiça do Trabalho. 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/Sseest/RGJT/Rel2010/indice2010/Ind2010.pdf>>. Acesso em: 09 out. 2011.

CALLEGARI, José Antonio. Execução: inovações no âmbito do direito do trabalho. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo, v. 72, n. 2, fev. 2008, p. 154-66.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Formas atípicas de trabalho. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994.

CESARINO JÚNIOR, Antonio Ferreira. *Estabilidade e Fundo de Garantia*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. rev. atual. de acordo com a nova Lei de Falências. São Paulo: Saraiva, 2006.

CONTI, José Mauricio. *Repartição de receitas tributárias: o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e o Fundo de Participação dos Municípios*. Tese (Doutorado em Direito). Orientador Regis Fernandes de Oliveira – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

CUNHA, Rodrigo Giostri da. *O processo do trabalho como instrumento de efetivação dos direitos sociais trabalhistas: contribuições para o aprimoramento da prestação jurisdicional trabalhista*. 2008. Dissertação (Mestrado), Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2008.

DICCIONARIO Jurídico Espasa. Madrid: Espasa, 2007.

ESPAÑA. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13813>. Acesso em: 27 dez. 2010.

_____. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Fondo de Garantía Salarial. Preguntas más frecuentes. Disponível em: <<http://www.mtin.es/fogasa/faqs.html>>. Acesso em: 15 maio 2011.

_____. Ministerio de Trabajo y Inmigración. Fuentes y notas explicativas. Disponível em: <<http://www.mtin.es/estadisticas/anuario2002/MAC/macfn.htm>>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. Ministerio de Trabajo y Inmigración. Inspección de trabajo y seguridad social. Disponível em: <<http://www.mtin.es/itss/web/Utilidades/FAQs/RL/rl.html>>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. Disponível em: <<http://www.mtin.es/fogasa/legislacionrd505-85.html>> Acesso em: 30 jun. 2011.

_____. Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponível em: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/act.php?id=BOE-A-1995-7730>. Acesso em: 27 dez. 2010.

_____. Seguridad Social. Régimen General de la Seguridad Social. Disponível em: <http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/CotizacionRecaudaci10777/Basesytiposdecotiza36537/index.htm#36538>. Acesso em: 15 mai. 2011.

FAVA, Marcos Neves. *Execução trabalhista efetiva*. São Paulo: LTr, 2009.

FONSECA, Vicente José Malheiros da. A efetividade da justiça social como garantia do Estado Democrático de Direito. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, v. 42, n. 83, jul./dez. 2009, p. 29-45.

_____. A eficácia dos direitos humanos na Justiça do Trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª região: Suplemento Especial Comemorativo*. Belém, v. 41, n. 81, jul./dez. 2008, p. 15-32.

_____. A execução trabalhista e o princípio da subsidiariedade (aplicação do art. 475-J, do CPC). *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, v. 40, n. 78, jan./jun. 2007, p. 15-38.

_____. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. *In*: VELLOSO, Gabriel; MARANHÃO, Ney (Coord). *Contemporaneidade e trabalho: aspectos materiais e processuais: estudos em homenagem aos 30 anos da Amatra 8*. São Paulo: LTr, 2011, p. 255-259.

_____. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém, v. 12, n. 22, jan./jun. 1979, p. 69-76.

FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Edição Comemorativa do Sesquicentenário da Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil 1827-1977. São Paulo: Saraiva, São Paulo, 1977.

FRANCISCO, José Carlos. Bloco de Constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais. *In*: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús (Coords). *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p. 99-100.

GARCÍA VIÑA, Jordi. *Guía Práctica del Fondo de Garantía Salarial*. Navarra: Aranzadi, 2006.

GIGLIO, Wagner Drdla. *Direito processual do trabalho*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 1984.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. *Direito comunitário*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

GUNTHER, Luiz Eduardo. Aspectos principiológicos da execução incidentes no processo do trabalho. *In*: SANTOS, Jose Aparecido dos. (Coord). *Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 17-46.

JORNADA NACIONAL SOBRE EXECUÇÃO NA JUSTIA DO TRABALHO. Enunciados aprovados pela Plenária. 24-26 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.jornadanacional.com.br/tesesaprovadasind.asp>>. Acesso: 2 maio 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: Execução*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 3.

MARTINS, Sérgio Pinto. Consequências da aplicação da Emenda constitucional n. 45/2004 na Justiça do Trabalho. *Orientador Trabalhista: suplemento de legislação, jurisprudência e doutrina*. São Paulo, v. 24, n. 10, out. 2005, p. 3-8.

_____. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009.

MATTOS, Vania Cunha. Fundo nacional de execuções. *LTr: legislação do trabalho. Suplemento trabalhista*. São Paulo, v. 43, n. 4, 2006, p. 647-650.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORO, Luiz Carlos. Fundo de execuções trabalhistas. *LTr: suplemento trabalhista*. São Paulo, v. 41, n. 86, 2005, p. 385-387.

NEVES, Gustavo Bregalda. *Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 15 mar. 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho (Declaração de Filadélfia). Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2011.

_____. Recomendação 180, de 1992. Disponível em: <<http://www.oit.org/ilolex/spanish/index.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

PIMENTA, José Roberto Freire. A nova competência da Justiça do Trabalho para lides não-decorrentes da relação de emprego: aspectos processuais e procedimentais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Rio de Janeiro, v. 71, n. 1, jan./abr. 2005, p. 118-149.

PINTO, José Augusto Rodrigues. A emenda constitucional n. 45/2004 e a justiça do trabalho: reflexos, inovações e impactos. *LTr: revista legislação do trabalho*. São Paulo, v. 69, n. 5, maio 2005, p. 521-532.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do Trabalho: parte I: dogmática geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

RAMOS TORRES, Manuel. *El Fondo de Garantía Salarial: Configuración y Análisis de su Régimen Jurídico Sustantivo*. Granada: Comares, 2000.

ROCHA, Jose Vinicius de Sousa. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. *In: SANTOS, Jose Aparecido dos. (Coord.). Execução Trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 498-507.

ROQUETA BUJ, Remedios. *El Fondo de Garantía Salarial*. Madrid: La Ley, 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Curso de direito do trabalho aplicado: v. 8: Justiça do Trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. Curso de direito do trabalho aplicado: v. 9: processo do trabalho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SOARES FILHO, José. Alguns aspectos da reforma do Judiciário. LTr: revista legislação do trabalho. São Paulo, v. 69, n. 1, jan. 2005, p. 58-63.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. A Lei de recuperação e falência e as suas consequências no direito e no processo do trabalho. 3 ed. São Paulo: LTr, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Convenções da OIT e outros tratados. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. Direito internacional do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva n. 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:283:0036:0042:PT:PDF>>. Acesso em: 17 maio 2011.

_____. Directiva n. 80/987/CEE do Conselho, de 20 de outubro de 1980. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980L0987:PT:NOT>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

_____. Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. Processo C-479/93: Acórdão. 9 nov. 1995. Colectânea da Jurisprudência, 1995, p. I-03843. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CJ0479:PT:HTML>>. Acesso em: 24 out. 2011.

_____. Sínteses da legislação da UE. Glossário. Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/social_charter_pt.htm>. Acesso: 15 mar. 2011

_____. Versão compilada do texto que institui a Comunidade Europeia. 2002. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/12002E/pdf/12002E_PT.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2011.

VELLOSO, Gabriel Napoleão. Fundo de Garantia das Execuções Trabalhistas. *In*: CHAVES, Luciano Chaves (Org.). Curso de Processo do Trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 1215-1235.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, v. 2.

ANEXOS

Anexo A.

Convenção n. 173 da Organização Internacional do Trabalho

CONVENÇÃO n. 173 Proteção dos Créditos Trabalhistas na Insolvência do Empregador

Aprovada na 79ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra — 1992), ao iniciar-se o ano de 1994 ainda não havia entrado em vigor no plano internacional.

“A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho e reunida nesta cidade em 3 de junho de 1992, em sua septuagésima nona reunião; Destacando a importância da proteção dos créditos trabalhistas no caso de insolvência do empregador e recordando as disposições relativas ao artigo 11 da Convenção sobre a Proteção do Salário, 1949, e do artigo 11 da Convenção sobre a Indenização por Acidentes de Trabalho, 1925;

Observando que, desde a adoção da Convenção sobre a Proteção do Salário, 1949, foi atribuída maior importância à reabilitação de empresas insolventes e que, em virtude dos efeitos sociais e econômicos da insolvência, deveriam ser realizados esforços, sempre que possível, para reabilitar as empresas e salvaguardar o emprego;

Observando que, desde a adoção de tais normas, a legislação e a prática de muitos Membros lograram importante evolução no sentido de uma melhor proteção dos créditos trabalhistas no caso de insolvência do empregador, e considerando que seria oportuno que a Conferência adotasse novas normas relativas aos créditos trabalhistas;

Após ter decidido adotar diversas proposições relativas à proteção dos créditos trabalhistas em caso de insolvência do empregador, tema que constitui o quarto ponto da ordem do dia da reunião;

Após ter decidido que tais proposições tomem a forma de uma Convenção Internacional, adota, com a data de vinte e três de junho de mil novecentos e noventa e dois, a presente Convenção, que poderá ser citada como a ‘Convenção sobre a Proteção dos Créditos Trabalhistas em Caso de Insolvência do Empregador, 1992’:

PARTE I - DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1 — 1. Para efeito da presente Convenção, o termo ‘insolvência’ significa aquelas situações em que, de conformidade com a legislação e a prática nacionais, foi aberto um processo relativo aos ativos de um empregador, com o objetivo de pagar coletivamente a seus credores.

2. Para efeito da presente Convenção, todo Membro poderá estender o termo ‘insolvência’ a outras situações em que não possam ser pagos os créditos trabalhistas devido à situação financeira do empregador, por exemplo, quando o montante do ativo do empregador seja reconhecido como insuficiente para justificar a abertura de um processo de insolvência.

3. A medida à qual os ativos de um empregador estão sujeitos aos procedimentos mencionados no parágrafo 1 será determinada pela legislação ou a prática nacionais.

Art. 2 — As disposições da presente Convenção deverão aplicar-se por via legislativa ou por qualquer outro meio, conforme a prática nacional.

Art. 3 — 1. Todo Membro que ratificar a presente Convenção deverá aceitar, seja as obrigações de sua Parte II, relativa à proteção dos créditos trabalhistas por meio de um privilégio, seja as obrigações da Parte III, relativa à proteção dos créditos trabalhistas por uma instituição de garantia, ou então as obrigações das Partes II e III. Sua escolha deverá consignar-se em uma declaração que acompanhará a ratificação.

2. Todo Membro que somente tenha aceitado inicialmente as obrigações da Parte II ou da Parte III da presente

Convenção poderá estender ulteriormente sua aceitação a outra parte, mediante uma declaração comunicada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.

3. Todo Membro que aceite as obrigações das duas partes anteriormente citadas da presente Convenção poderá limitar, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, a aplicação da Parte III a certas categorias de trabalhadores e a certos setores de atividade econômica; esta limitação deverá ser especificada na declaração de aceitação.

4. Todo Membro que tenha limitado sua aceitação das obrigações da Parte III, de conformidade com o parágrafo precedente, deverá expor os motivos pelos quais limitou sua aceitação, na primeira memória que apresentar, de conformidade com o artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Nas memórias posteriores deverá proporcionar informações relativas à extensão eventual da proteção emanada da Parte III da Convenção a outras categorias de trabalhadores ou a outros setores de atividade econômica.

5. Todo Membro que tenha aceitado as obrigações das Partes II e III da presente Convenção poderá, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, excluir da aplicação da Parte II os créditos protegidos em virtude da Parte III.

6. A aceitação, por um Membro das obrigações da Parte II da presente Convenção porá fim de pleno direito às obrigações a ele emanadas pelo artigo 11 da Convenção sobre a Proteção do Salário, 1949.

7. Todo Membro que tenha aceitado unicamente as obrigações da Parte III da presente Convenção poderá, mediante uma declaração ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, pôr fim às obrigações a ele emanadas pelo artigo 11 da Convenção sobre a Proteção do Salário, 1949, no que se refere aos créditos amparados em virtude da Parte III.

Art. 4 — 1. Com reserva às exceções previstas no parágrafo seguinte e, de acordo com o caso, às limitações estabelecidas de conformidade com o artigo 3, parágrafo 3, a presente Convenção se aplica a todos os trabalhadores assalariados e a todos os setores da atividade econômica.

2. Após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, a autoridade competente poderá excluir da Parte II, ou da Parte III, ou de ambas as partes da presente Convenção, determinadas categorias de trabalhadores, em particular os empregados públicos, devido à índole particular de sua relação de emprego, ou se existirem outras garantias que lhes ofereçam uma proteção equivalente a que emane da Convenção.

3. Todo Membro que acolher as exceções previstas no parágrafo precedente deverá proporcionar, nas memórias que apresente de conformidade com o artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, informações sobre tais exceções e explicar seus motivos.

PARTE II - PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE UM PRIVILÉGIO CRÉDITOS AMPARADOS

Art. 5 — Em caso de insolvência do empregador, os créditos devidos aos trabalhadores em razão de seu emprego deverão ficar amparados por um privilégio, de modo que sejam pagos com os ativos do empregador insolvente antes que os credores não privilegiados possam cobrar a parte que lhes corresponda.

Art. 6 — O privilégio deverá cobrir pelo menos os créditos trabalhistas correspondentes:

- a) aos salários correspondentes a um período determinado, que não deverá ser inferior a três meses, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;
- b) as somas devidas às férias remuneradas correspondentes ao trabalho efetuado durante o ano em que sobreveio a insolvência ou o término da relação de trabalho, assim como às correspondentes ao ano anterior;
- c) as somas devidas em virtude de outras ausências remuneradas, correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a três meses, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;
- d) às indenizações pelo término dos serviços prestados devidas aos trabalhadores por motivo do término da relação de trabalho.

LIMITAÇÕES

Art. 7 — 1. A legislação nacional poderá limitar o alcance do privilégio dos créditos trabalhistas a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável.

2. Quando o privilégio dos créditos trabalhistas esteja limitado desta forma, aquele montante deverá ser reajustado quando efetuado, para manter seu valor.

CATEGORIA DO PRIVILÉGIO

Art. 8 — 1. A legislação nacional deverá atribuir aos créditos trabalhistas uma categoria de privilégio superior ao da maioria dos demais créditos privilegiados e, em particular, aos do Estado e da Seguridade Social.

2. Sem dúvida, quando os créditos trabalhistas estiverem amparados por uma instituição de garantia, de conformidade com a Parte III da presente Convenção, poderá atribuir-se aos créditos assim amparados a uma categoria de privilégio menos elevado que a dos créditos do Estado e da Seguridade Social.

PARTE III - PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS POR UMA INSTITUIÇÃO DE GARANTIA PRINCÍPIOS GERAIS

Art. 9 — O pagamento dos créditos devidos aos trabalhadores por seus empregadores em virtude de seu emprego deverá ser garantido por uma instituição de garantia, quando não possa ser efetuado pelo empregador, devido a sua insolvência.

Art. 10 — Para efeito da aplicação desta parte da Convenção, todo Membro poderá adotar, após consultar as organizações de empregadores e de trabalhadores mais representativas, as medidas apropriadas para evitar possíveis abusos.

Art. 11 — 1. As modalidades de organização, gestão, funcionamento e financiamento das instituições de garantia deverão ser determinadas de conformidade com o artigo 2.

2. O parágrafo precedente não obsta a que um Membro, de conformidade com suas características e necessidades, permita que as companhias de seguros proporcionem a proteção mencionada no artigo 9, desde que ofereçam garantias suficientes.

CRÉDITOS AMPARADOS POR UMA INSTITUIÇÃO DE GARANTIA

Art. 12 — Os créditos trabalhistas amparados em virtude desta parte da Convenção deverão cobrir, pelo menos:

- a) os salários correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a oito semanas, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;
- b) as somas devidas relativas às férias remuneradas correspondentes ao trabalho efetuado em um período estabelecido, que não deverá ser inferior a seis meses, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho;
- c) as somas devidas relativas a outras ausências remuneradas correspondentes a um período estabelecido, que não deverá ser inferior a oito semanas, precedente à insolvência ou ao término da relação de trabalho; e
- d) as indenizações relativas aos serviços prestados devidas aos trabalhadores por motivo do término de sua relação de trabalho.

Art. 13 — 1. Os créditos trabalhistas amparados em virtude desta parte da Convenção poderão ser limitados a um montante estabelecido, que não deverá ser inferior a um mínimo socialmente aceitável.

2. Quando os créditos amparados estejam limitados desta forma, aquele montante deverá ser reajustado quando efetuado, para manter seu valor.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 14 — A presente Convenção revisa, na medida estabelecida no artigo 3, parágrafos 6 e 7, a Convenção sobre a Proteção do Salário, 1949, que não obstante permanece aberta à ratificação dos Membros."

Os arts. 15 a 22 correspondem, respectivamente, aos arts. 14 a 21 da Convenção n. 87.

Anexo B.

Artigo 11 da Convenção 95 da Organização Internacional do Trabalho

Artigo 11

1. Em caso de falência ou de liquidação judiciária de uma empresa, os trabalhadores e seus empregados serão tratados como credores privilegiados, seja pelos salários que lhes são devidos a título de serviços prestados no decorrer de período anterior à falência ou à liquidação e que será prescrito pela legislação nacional, seja pelos salários que não ultrapassem limite prescrito pela legislação nacional.
2. O salário que constitua crédito privilegiado será pago integralmente antes que os credores comuns possam reivindicar sua parte.
3. A ordem de prioridade do crédito privilegiado constituído pelo salário, em relação aos outros créditos privilegiados, deve ser determinada pela legislação nacional.

Anexo C.
Directiva n. 80/987/CEE

Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador

DIRECTIVA DO CONSELHO de 20 de Outubro de 1980 relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador (80/987/CEE)

O CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e, nomeadamente, o seu artigo 100º,

Tendo em conta a proposta da Comissão,

Tendo em conta o parecer do Parlamento Europeu,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social,

Considerando que são necessárias disposições para proteger os trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, em particular para garantir o pagamento dos seus créditos em dívida, tendo em conta a necessidade e um desenvolvimento económico e social equilibrado na Comunidade;

Considerando que subsistem diferenças entre os Estados-membros quanto ao alcance da protecção dos trabalhadores assalariados neste domínio; que é conveniente reduzir essas diferenças que podem ter uma incidência directa no funcionamento do mercado comum;

Considerando que, por conseguinte, se justifica promover a aproximação das legislações sobre esta matéria numa via de progresso na acepção do artigo 117º do Tratado;

Considerando que o mercado de trabalho da Gronelândia, em razão da situação geográfica e das estruturas profissionais actuais desta região, difere fundamentalmente do mercado de trabalho das outras regiões da Comunidade;

Considerando que, na medida em que a República Helénica se tornará membro da Comunidade Económica Europeia em 1 de Janeiro de 1981, de acordo com o Acto relativo às condições de adesão da República Helénica e às adaptações dos Tratados, é conveniente fixar no anexo da directiva, sob o título «Grécia», as categorias de trabalhadores assalariados cujos créditos podem ser excluídos em conformidade com o n. 2 do artigo 1º,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA;

SECÇÃO I

Âmbito de aplicação e definições

Artigo 1

1. A presente directiva aplica-se aos créditos dos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho existentes em relação aos empregadores que se encontrem em estado de insolvência na acepção do no 1 do artigo 2o.
2. Os Estados-membros podem, a título excepcional, excluir do âmbito de aplicação da presente directiva os créditos de certas categorias de trabalhadores assalariados em razão da natureza especial do contrato de trabalho ou da relação de trabalho ou em razão da existência de outras formas de garantia que assegurem aos trabalhadores assalariados uma protecção equivalente à que resulte da presente directiva.
3. A presente directiva não é aplicável à Gronelândia. Esta excepção será reexaminada no caso de uma evolução das estruturas profissionais desta região.

Artigo 2

1. Para efeito do disposto na presente directiva, considera-se que um empregador se encontra em estado de insolvência:
 - a) Quando tenha sido instaurado um processo previsto pelas disposições legislativas, regulamentares e administrativas do Estado-membro interessado que incida sobre o património do empregador tendo por objectivo satisfazer colectivamente os seus credores e que permita a tomada em consideração dos créditos referidos no no 1 do artigo 1o e,
 - b) Que a autoridade que é competente por força das referidas disposições legislativas, regulamentares e administrativas tenha:
 - ou decidido a instauração do processo ou verificado o encerramento definitivo da empresa ou do estabelecimento do empregador, bem como a insuficiência do activo disponível para justificar a instauração do processo.
2. A presente directiva não prejudica o direito nacional no que se refere à definição dos termos “trabalhador assalariado”, “empregador”, “remuneração”, “direito adquirido” e “direito em vias de aquisição”.

SECÇÃO II

Disposições relativas às instituições de garantia

Artigo 3

1. Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que seja assegurado por instituições de garantia, sem prejuízo do disposto no artigo 4o, o pagamento dos créditos em dívida aos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho e tendo por objecto a remuneração referente ao período situado antes de determinada data.
2. A data indicada no no 1 será, por escolha dos Estados-membros:
 - ou a da superveniência de insolvência do empregador,

- ou a do aviso prévio de despedimento dado ao trabalhador em causa, por força de insolvência do empregador,
- ou a da superveniência da insolvência do empregador ou a da cessação do contrato de trabalho ou da relação de trabalho do trabalhador em causa, ocorrida por força da insolvência do empregador.

Artigo 4

1. Os Estados-membros têm a faculdade de limitar a obrigação de pagamento das instituições de garantia previstas no artigo 3º.

2. Quando os Estados-membros fizerem uso da faculdade prevista no n. 1, devem:

- no caso previsto no n. 2, primeiro travessão, do artigo 3º, assegurar o pagamento dos créditos em dívida relativos à remuneração referente aos três últimos meses do contrato de trabalho ou da relação de trabalho compreendidos no período dos seis meses anteriores à data da superveniência da insolvência do empregador,
- no caso previsto no n. 2, segundo travessão, do artigo 3º assegurar o pagamento dos créditos em dívida relativos à remuneração referente aos três últimos meses do contrato de trabalho ou da relação de trabalho, anteriores à data do aviso prévio de despedimento dado ao trabalhador assalariado por força da insolvência do empregador,
- no caso previsto no n. 2, terceiro travessão, do artigo 3º, assegurar o pagamento dos créditos em dívida relativos à remuneração referente aos dezoito últimos meses do contrato de trabalho ou da relação de trabalho anteriores à data da superveniência da insolvência do empregador ou à da cessação do contrato de trabalho ou da relação de trabalho do trabalhador assalariado, ocorrida por força da insolvência do empregador. Nestes casos os Estados-membros podem limitar a obrigação de pagamento à remuneração referente a um período de oito semanas ou a diversos períodos parciais que perfaçam a mesma duração.

3. Contudo os Estados-membros podem fixar um limite para a garantia de pagamento dos créditos em dívida aos trabalhadores assalariados, a fim de evitar o pagamento das importâncias que excedam a finalidade social da presente directiva.

Quando os Estados-membros fizerem uso desta faculdade, devem comunicar à comissão os métodos pelos quais fixaram o limite.

Artigo 5

Os Estados-membros estabelecem as modalidades da organização do financiamento e do funcionamento das instituições de garantia observando, nomeadamente, os seguintes princípios:

- a) O património das instituições deve ser independente do capital de exploração dos empregadores e ser constituído por forma que não possa ser apreendido no decurso de um processo de insolvência;

b) Os empregadores devem contribuir para o financiamento, a menos que este seja assegurado integralmente pelos poderes públicos;

c) A obrigação de pagamento das instituições existirá independentemente da execução das obrigações de contribuir para o seu financiamento.

SECÇÃO III

Disposições relativas à segurança social

Artigo 6

Os Estados-membros podem prever que os artigos 3º, 4º e 5º não se apliquem às cotizações devidas a título de regimes legais nacionais de segurança social ou a título de regimes complementares de previdência profissionais ou interprofissionais existentes para além dos regimes legais nacionais de segurança social.

Artigo 7

Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para assegurar que o não pagamento, às suas instituições de segurança, de cotizações obrigatórias devidas pelo empregador antes da superveniência da insolvência, a título de regimes legais nacionais de segurança social, não prejudicará o direito do trabalhador assalariado a prestações dessas instituições, na medida em que as cotizações tenham sido descontadas dos salários pagos.

Artigo 8

Os Estados-membros certificar-se-ão de que serão tomadas as medidas necessárias para proteger os interesses dos trabalhadores assalariados e das pessoas que tenham deixado a empresa ou o estabelecimento da entidade patronal na data da superveniência da insolvência desta, no que respeita aos seus direitos adquiridos ou em vias de aquisição, a prestações de velhice, incluindo as prestações de sobrevivência, a título de regimes complementares de previdência, profissionais ou interprofissionais existentes para além dos regimes legais nacionais de segurança social.

SECÇÃO IV

Disposições gerais e finais

Artigo 9

A presente directiva não prejudicará a faculdade de os Estados-membros aplicarem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores assalariados.

Artigo 10

A presente directiva não prejudicará a faculdade de os Estados-membros:

a) Tomarem as medidas necessárias para evitar abusos;

b) Recusarem ou reduzirem a obrigação de pagamento previsto no artigo 3º ou a obrigação de garantia prevista no artigo 7º no caso da execução da obrigação não se justificar por força de existência de laços particulares entre o trabalhador assalariado e a entidade patronal e de interesses comuns concretizados por conluio entre eles.

Artigo 11

1. Os Estados-membros devem adoptar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para darem cumprimento à presente directiva no prazo de trinta e seis meses a contar da sua notificação. Desse facto informarão imediatamente a Comissão.

2. Os Estados-membros devem comunicar à Comissão o texto das disposições legislativas, regulamentares e administrativas que adoptarem sobre as matérias reguladas pela presente directiva.

Artigo 12

Os Estados-membros devem transmitir à Comissão, no prazo de dezoito meses a contar da expiração do período de trinta e seis meses previsto no n. 1, do artigo 11º, todos os dados úteis que lhe permitam elaborar um relatório a submeter ao Conselho sobre a aplicação da presente directiva.

Artigo 13

Os Estados-membros são destinatários da presente directiva.

Anexo D.

Artigos 32, 33, 51 e 52 do Estatuto de los Trabajadores da Espanha

Artículo 32. Garantías del salario.

1. Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
2. Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
3. Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.
4. El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.
5. Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios.

Artículo 33. El Fondo de Garantía Salarial.

1. El Fondo de Garantía Salarial, Organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario.

A los anteriores efectos, se considerará salario la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de ciento cincuenta días.

2. El Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución

administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta Ley, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta Ley, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior.

3. En los procedimientos concursales, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el Juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá éste las obligaciones señaladas en los apartados anteriores. El Fondo se personará en el expediente como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos, pudiendo instar lo que a su derecho convenga y sin perjuicio de que, una vez realizado, continúe como acreedor en el expediente.

4. El Fondo asumirá las obligaciones especificadas en los números anteriores, previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia.

Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32 de esta Ley. Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes.

5. El Fondo de Garantía Salarial se financiará con las aportaciones efectuadas por todos los empresarios a que se refiere el apartado 2 del artículo 1 de esta Ley, tanto si son públicos como privados.

El tipo de cotización se fijará por el Gobierno sobre los salarios que sirvan de base para el cálculo de la cotización para atender las contingencias derivadas de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el Sistema de la Seguridad Social.

6. A los efectos de este artículo se entiende que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga satisfacción de los créditos laborales. La resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial.

7. El derecho a solicitar del Fondo de Garantía Salarial el pago de las prestaciones que resultan de los apartados anteriores prescribirá al año de la fecha del acto de conciliación, sentencia, auto o resolución de la Autoridad Laboral en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones.

Tal plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal y por las demás formas legales de interrupción de la prescripción.

8. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

El cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo.

9. El Fondo de Garantía Salarial tendrá la consideración de parte en la tramitación de los procedimientos arbitrales, a efectos de asumir las obligaciones previstas en este artículo.

10. El Fondo de Garantía Salarial dispensará la protección regulada en el presente artículo en relación con los créditos impagados de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España, cuando concurren, conjuntamente, las siguientes circunstancias:

a) Que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario en un Estado miembro distinto de España, previsto por sus disposiciones legales y administrativas, que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar.

b) Que se acredite que la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, ha decidido la apertura del procedimiento; o bien que ha comprobado el cierre definitivo de la empresa o el centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

Cuando, de acuerdo con los términos establecidos en este apartado, la protección de los créditos impagados corresponda al Fondo de Garantía Salarial, éste solicitará información de la institución de garantía del Estado miembro en el que se tramite el procedimiento colectivo de insolvencia sobre los créditos pendientes de pago de los trabajadores y sobre los satisfechos por dicha institución de garantía y pedirá su colaboración para garantizar que las cantidades abonadas a los trabajadores sean tenidas en cuenta en el procedimiento, así como para conseguir el reembolso de dichas cantidades.

11. En el supuesto de procedimiento concursal solicitado en España en relación con una empresa con actividad en el territorio de al menos otro Estado miembro de la Unión Europea, además de España, el Fondo de Garantía Salarial estará obligado a proporcionar información a la institución de garantía del Estado en cuyo territorio los trabajadores de la empresa en estado de insolvencia hayan ejercido o ejerzan habitualmente su trabajo, en particular, poniendo en su conocimiento los créditos pendientes de pago de los trabajadores, así como los satisfechos por el propio Fondo de Garantía Salarial.

Asimismo, el Fondo de Garantía Salarial prestará a la institución de garantía competente la colaboración que le sea requerida en relación con su intervención en el procedimiento y con el reembolso de las cantidades abonadas a los trabajadores.

Artículo 51. Despido colectivo.

1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquéllas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores.

Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. A estos efectos, la empresa deberá acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda.

Se entenderá igualmente como despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

Para el cómputo del número de extinciones de contratos a que se refiere el párrafo primero de este artículo, se tendrán en cuenta asimismo cualesquiera otras producidas en el período de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 de esta Ley, siempre que su número sea, al menos, de cinco.

Cuando en períodos sucesivos de noventa días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en el presente artículo, la empresa realice extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) de esta Ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurren causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto.

2. El empresario que tenga la intención de efectuar un despido colectivo deberá solicitar autorización para la extinción de los contratos de trabajo conforme al procedimiento de

regulación de empleo previsto en esta Ley y en sus normas de desarrollo reglamentario. El procedimiento se iniciará mediante la solicitud a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores.

La comunicación a la autoridad laboral y a los representantes legales de los trabajadores deberá ir acompañada de toda la documentación necesaria para acreditar las causas motivadoras del expediente y la justificación de las medidas a adoptar, en los términos que reglamentariamente se determinen.

La comunicación de la apertura del período de consultas se realizará mediante escrito dirigido por el empresario a los representantes legales de los trabajadores, una copia del cual se hará llegar, junto con la solicitud, a la autoridad laboral.

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación para el periodo de consultas y la conclusión de un acuerdo a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4.

3. Recibida la solicitud, la autoridad laboral comprobará que la misma reúne los requisitos exigidos, requiriendo, en caso contrario, su subsanación por el empresario en un plazo de diez días, con advertencia de que, si así no lo hiciere, se le tendrá por desistido de su petición, con archivo de las actuaciones.

La autoridad laboral comunicará la iniciación del expediente a la entidad gestora de la prestación por desempleo y recabará, con carácter preceptivo, informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre las causas motivadoras del expediente, y cuantos otros resulten necesarios para resolver fundadamente. Los informes habrán de ser evacuados en el improrrogable plazo de diez días y deberán obrar en poder de la autoridad laboral antes de la finalización del período de consultas a que se refieren los apartados 2 y 4 del presente artículo, quien los incorporará al expediente una vez concluido aquél.

Si, durante la tramitación del expediente, la autoridad laboral tuviera conocimiento de que por parte del empresario se están adoptando medidas que pudieran hacer ineficaz el resultado de cualquier pronunciamiento, aquélla podrá recabar del empresario y de las autoridades competentes la inmediata paralización de las mismas.

Cuando la extinción afectase a más del 50 por 100 de los trabajadores, se dará cuenta por el empresario de la venta de los bienes de la empresa, excepto de aquellos que constituyen el tráfico normal de la misma, a los representantes legales de los trabajadores y, asimismo, a la autoridad competente.

4. La consulta con los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la tramitación del expediente de regulación de empleo, tendrá una duración no superior a treinta días naturales, o de quince en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores, y deberá versar sobre las causas motivadoras del expediente y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados, tales como medidas de recolocación que podrán ser realizadas a través de empresas de recolocación autorizadas o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad, y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial.

En todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan de acompañamiento social que contemple las medidas anteriormente señaladas.

Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe con vistas a la consecución de un acuerdo.

Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquéllos.

A la finalización del período de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo, así como el contenido definitivo de las medidas o del plan señalados anteriormente.

El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.

5. Cuando el período de consultas concluya con acuerdo entre las partes, la autoridad laboral procederá a dictar resolución en el plazo de quince días naturales autorizando la extinción de las relaciones laborales. Si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos contemplados en el acuerdo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si la autoridad laboral apreciase, de oficio o a instancia de parte, la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo, lo remitirá, con suspensión del plazo para dictar resolución, a la autoridad judicial, a efectos de su posible declaración de nulidad. Del mismo modo actuará cuando, de oficio o a petición de la entidad gestora de la prestación por desempleo, estimase que el acuerdo pudiera tener por objeto la obtención indebida de las prestaciones por parte de los trabajadores afectados por inexistencia de la causa motivadora de la situación legal de desempleo.

6. Cuando el período de consultas concluya sin acuerdo, la autoridad laboral dictará resolución estimando o desestimando, en todo o en parte, la solicitud empresarial. La resolución se dictará en el plazo de quince días naturales a partir de la comunicación a la autoridad laboral de la conclusión del período de consultas; si transcurrido dicho plazo no hubiera recaído pronunciamiento expreso, se entenderá autorizada la medida extintiva en los términos de la solicitud.

La resolución de la autoridad laboral será motivada y congruente con la solicitud empresarial. La autorización procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda que concurre la causa alegada por el empresario y la razonabilidad de la medida en los términos señalados en el apartado 1 de este artículo.

7. Los representantes legales de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en los supuestos a que se refiere este artículo.

8. Los trabajadores cuyos contratos se extingan de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo tendrán derecho a una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con un máximo de doce mensualidades.

9. Los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar igualmente la incoación del expediente a que se refiere el presente artículo, si racionalmente se presumiera que la no incoación del mismo por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación.

En tal caso, la autoridad laboral competente determinará las actuaciones y los informes que sean precisos para la resolución del expediente, respetando los plazos previstos en el presente artículo.

10. (Derogado)

11. En el supuesto de venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de la misma únicamente será aplicable lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley cuando lo vendido comprenda los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial.

Si, no obstante la concurrencia del supuesto anterior, el nuevo empresario decide no continuar o suspende la actividad del anterior, deberá fundamentarlo en expediente de regulación de empleo incoado al efecto.

12. La existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción de los contratos de trabajo, deberá ser constatada por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de los trabajadores afectados, previo expediente tramitado conforme a lo dispuesto en este apartado.

El expediente se iniciará mediante solicitud de la empresa, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios y simultánea comunicación a los representantes legales de los trabajadores, quienes ostentarán la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del expediente.

La resolución de la autoridad laboral se dictará, previas las actuaciones e informes indispensables, en el plazo de cinco días desde la solicitud, y surtirá efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor.

La autoridad laboral que constate la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda a los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

13. En lo no previsto en el presente artículo será de aplicación lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en particular en materia de recursos.

Todas las actuaciones a seguir y las notificaciones que deban efectuarse a los trabajadores se practicarán con los representantes legales de los mismos.

14. Las obligaciones de información y documentación previstas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos haya sido tomada por el empresario o por la empresa que ejerza el control sobre él. Cualquier justificación del empresario basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no le ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto.

15. Cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no incurso en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los trabajadores anteriormente señalados en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social.

Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas.

El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un período de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido como mínimo dos meses desde que se introdujo la modificación. El contrato quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo del organismo oficial o propio competente, que le capacite para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo.

Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en la empresa en el supuesto al que se refiere este apartado.

d) Por faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas pero intermitentes, que alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, o el 25 % en cuatro meses discontinuos dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo supere el 2,5 % en los mismos periodos de tiempo.

No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda.

e) En el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y

programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

Cuando la extinción afecte a un número de trabajadores igual o superior al establecido en el artículo 51.1 de esta Ley se deberá seguir el procedimiento previsto en dicho artículo.

Anexo E.

Artigo 64 da Ley Concursal 22/2003 da Espanha

Artículo 64. Contratos de trabajo.

1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.

2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.

3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.

4. La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.

5. Recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.

Si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.

En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.

6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.

Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez del concurso el resultado del período de consultas.

Recibida dicha comunicación, el Secretario judicial recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el Juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el Juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.

7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la Autoridad Laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.

8. Contra el auto a que se refiere el apartado anterior cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.

9. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.

Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.

10. Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:

Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.

Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores.

11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma

Anexo F.

Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

La existencia de un fondo público para garantizar la percepción de salarios adeudados e indemnizaciones insatisfechas por causas derivadas del desequilibrio patrimonial de las empresas se ha revelado, hasta el momento, como el mecanismo más eficaz y de más frecuente utilización en coyunturas como la presente, en que las situaciones de crisis propician la aparición de deudas laborales que exigen el debido amparo, para evitar notorios perjuicios a los trabajadores que, en otro caso, se verían forzados no ya solo a seguir largos procedimientos, muchas veces con total ineficacia en sus resultados, sino, incluso, a no poder atender adecuadamente necesidades, en ocasiones de carácter perentorio.

Reconocida explícitamente la protección de garantía salarial en la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, el Fondo de Garantía Salarial ha experimentado un proceso de desarrollo que se consagra en la ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en la que ya aparece definido como Organismo Autónomo, dotado de personalidad jurídica y de capacidad de obrar.

Para recoger las experiencias adquiridas, colmar las lagunas que la realidad diaria venía poniendo de manifiesto y corregir determinadas situaciones que contribuían decisivamente al desequilibrio financiero del Fondo de Garantía salarial, se planteó la reforma que ha culminado en la Ley 32/1984, de 2 de agosto, en virtud de la cual, se da una nueva redacción al artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y a cuyo desarrollo reglamentario atiende el presente Real Decreto.

Presidida por criterios de rigor, objetividad y rapidez, son, entre otros, aspectos destacados de esta norma reglamentaria los de: acentuación del carácter de fondo de solidaridad, alejándose del esquema del seguro privado; extensión de la protección salarial a determinados colectivos de trabajadores vinculados a sus empresas por relaciones laborales de carácter especial, ya debidamente reguladas; reducción de las diferencias en la cuantía de las prestaciones, que respondían exclusivamente a la causa o procedimiento seguido para la extinción del contrato de trabajo; establecimiento de un procedimiento ágil, con el fin de atender con premura presumibles situaciones de necesidad; procurar una pronta y eficaz acción subrogatoria e institucionalizar la participación de las organizaciones sindicales y empresariales en la gestión del Fondo de Garantía Salarial.

Se establecen, además, diversas medidas orientadas a garantizar el correcto destino de los fondos públicos que se administran y la unicidad de criterios en la concesión de las prestaciones.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Trabajo y Seguridad Social (hoy Asuntos Sociales), con aprobación del Ministerio de la Presidencia, oído el Consejo de Estado, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 6 de marzo de 1985, dispongo:

CAPÍTULO I

Naturaleza y Organización

Artículo 1º. Naturaleza.

El Fondo de Garantía Salarial es un Organismo Autónomo de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 33 de la ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, modificado por la ley 32/1984, de 2 de agosto.

En su actuación se regirá por las leyes y disposiciones generales que le sean de aplicación y, especialmente, por el mencionado Estatuto de los Trabajadores, por la ley del régimen jurídico de las entidades estatales autónomas, de 26 de diciembre de 1958; por la ley 11/1977, de 4 de enero, general presupuestaria, y por el presente Real Decreto.

Artículo 2º. Fines.

Corresponde al Fondo de Garantía Salarial hacer efectivos, previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia, los salarios, incluidos los de tramitación, pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, en la cuantía, forma y con los límites previstos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. En los casos del párrafo anterior, el Fondo de Garantía Salarial abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores.

En empresas de menos de 25 trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial hará efectivo el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponde a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario.

En los supuestos de extinción de los contratos de trabajo por fuerza mayor, el Fondo de Garantía Salarial abonará las indemnizaciones legales, siempre que se haya acordado por la autoridad laboral de exoneración del empresario.

Para el reembolso de las cantidades satisfechas conforme a los números 1 y 3 de este artículo, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores frente a los empresarios deudores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 33.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 3º. Recursos económicos.

Para el cumplimiento de sus fines, el Fondo de Garantía Salarial dispondrá de los siguientes recursos:

Las cotizaciones efectuadas por los empresarios, tanto públicos como privados, que empleen trabajadores por cuenta ajena.

Las cantidades obtenidas por subrogación.

Las rentas o frutos de su patrimonio o del patrimonio del estado adscrito al Fondo.

La venta de publicaciones.

Las consignaciones o transferencias que puedan fijarse en los Presupuestos Generales del Estado, y

Cualesquiera otros previstos en las leyes.

Artículo 4º. Estructura organizativa.

La dirección y gobierno del Fondo de Garantía Salarial, corresponde al Consejo Rector y a la Secretaría General.

Para la instrucción de los correspondientes expedientes y para la realización de las oportunas actuaciones subrogatorias, se constituirán unidades administrativas periféricas integradas en las Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social.

Artículo 5º. El Consejo Rector.

El Consejo Rector, órgano superior colegiado de dirección, estará integrado por su presidente, cuatro representantes de la administración pública, cinco representantes de las Organizaciones sindicales y cinco representantes de las Organizaciones empresariales más representativas con arreglo a la ley, designados de acuerdo con sus estatutos, y un secretario.

La presidencia del Consejo Rector corresponderá al Subsecretario de Trabajo y Seguridad Social (hoy Secretario General de Empleo), siendo designados los restantes vocales representantes de la administración pública libremente por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de entre los Directores y Subdirectores generales del departamento con competencias relacionadas con los fines del organismo.

Como Secretario del Consejo Rector actuará, con voz y sin voto, el Secretario General del Fondo de Garantía Salarial.

Artículo 6º. Funciones del consejo rector.

Son funciones del Consejo Rector:

Elaborar los criterios de actuación del Fondo de Garantía Salarial.

Conocer la evolución económica del organismo y proponer al gobierno, a través del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, las medidas oportunas para el cumplimiento de sus fines.

Aprobar el anteproyecto de presupuestos y de su liquidación anual.

Aprobar la Memoria anual de actividades del organismo.

El Consejo Rector se reunirá, previa convocatoria de su presidente, al menos dos veces al año, y a propuesta de la representación sindical o empresarial.

Artículo 7º. Secretaría General.

La Secretaría General es el órgano permanente de dirección y gestión del Fondo de Garantía Salarial. Su titular, con nivel orgánico de Subdirector General, será nombrado por el Ministro

de Trabajo y Seguridad Social (hoy Asuntos Sociales) de entre funcionarios del estado con titulación superior.

El Secretario General ostentará la representación del Fondo y la jefatura de todos sus servicios y de personal.

Artículo 8º. Funciones de la Secretaría General.

Son funciones de la Secretaría General:

Ejecutar los acuerdos del Consejo Rector.

Ejercer y desarrollar las funciones directivas, administrativas, de gestión y cualesquiera otras no reservadas al consejo rector.

Elaborar y elevar al Consejo Rector, para su aprobación, el anteproyecto de presupuestos, de su liquidación anual y la memoria anual de actividades.

Autorizar los gastos y ordenar los pagos.

Resolver, en primera instancia, los expedientes administrativos de solicitud de prestaciones y cualquier otro tipo de peticiones que puedan afectar a los fines o intereses del Fondo de Garantía Salarial.

Ejercitar los derechos y acciones judiciales y extrajudiciales conducentes a una eficaz subrogación de los créditos laborales satisfechos y a su seguimiento.

Informar periódicamente de su gestión al Consejo Rector.

Artículo 9º. Las unidades administrativas periféricas.

Las unidades administrativas periféricas del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de su dependencia funcional de la Secretaría General, se integrarán en la estructura orgánica de las respectivas Direcciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social en las condiciones que se establezcan.

Al frente de cada unidad administrativa periférica se nombrará un funcionario, con el nivel administrativo que se determine, encargado de coordinar las actividades del Fondo de Garantía Salarial y ejecutar las directrices de los órganos rectores del mismo.

A las unidades administrativas periféricas se adscribirá el personal necesario para el desarrollo de sus funciones; en particular, funcionarios licenciados en derecho, habilitados para dar cumplimiento a los tramites de audiencia y ejercer con eficacia las acciones subrogatorias y de seguimiento.

En cada provincia se constituirá una Comisión de Seguimiento del Fondo de Garantía Salarial.

La Comisión, presidida por el Director Provincial de Trabajo y Seguridad Social, estará integrada por tres representantes de la Administración del Estado, tres de las Organizaciones sindicales y tres de las empresariales mas representativas con arreglo a la ley.

Artículo 10º. Funciones de las unidades administrativas periféricas.

Son funciones de las unidades administrativas periféricas:

instruir los expedientes administrativos de solicitud de prestaciones, elevando, a través de los respectivos Directores Provinciales de Trabajo y Seguridad Social, a la Secretaría General, la correspondiente propuesta de resolución.

informar periódicamente a la Secretaría General de la situación y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial en el ámbito de su competencia.

los letrados adscritos a las unidades administrativas periféricas del Fondo de Garantía Salarial ejercerán la representación de este en cuantas actuaciones judiciales y extrajudiciales resulten necesarias para una eficaz personación en los trámites de audiencia a que sea llamado el Fondo de Garantía Salarial por imperativo legal o acuerdo judicial.

los letrados representantes del Fondo de Garantía Salarial ejercitarán, en el ámbito territorial correspondiente a la unidad administrativa periférica a que estuvieren adscritos, los derechos y acciones en que haya quedado subrogado el Fondo de Garantía Salarial, realizando las actuaciones conducentes al más eficaz reembolso de las cantidades satisfechas.

CAPITULO II

Cotización y Régimen de Prestaciones

Sección 1ª. Cotización

Artículo 11º. Obligación de cotización.

Están obligados a cotizar al Fondo de Garantía Salarial:

- Todos los empresarios a que se refiere el número 2 del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, tanto si son públicos como privados, por los trabajadores por cuenta ajena que tengan a su servicio, vinculados por relación laboral ordinaria.
- Los clubes o entidades deportivas, por los deportistas profesionales vinculados a los mismos en virtud de relación laboral de carácter especial.
- Los empresarios que ocupen trabajadores cuya actividad sea la de intervención en operaciones mercantiles sin asumir el riesgo y la ventura de aquellas, por dichos trabajadores, con las particularidades que se señalan en el párrafo tercero del número 2 del artículo siguiente.

Los empresarios que tengan a su servicio trabajadores vinculados por cualquiera de las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de la ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, distintas de las mencionadas en los apartados b) y

c) del número anterior, vendrán obligados a cotizar desde el momento en que así lo dispongan las normas reguladoras de aquellas.

Artículo 12º. Base de cotización e ingresos.

La base de cotización será la misma que la establecida para el cálculo de la cotización correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo, enfermedad profesional y desempleo en el sistema de la Seguridad Social.

El ingreso de las aportaciones se efectuará conjuntamente con las cuotas que corresponda abonar al Régimen de la Seguridad Social y en la misma forma prevista para aquellas. Los empresarios agrícolas ingresaran las aportaciones al Fondo de Garantía Salarial por sus trabajadores fijos o eventuales, al tiempo de realizar la cotización por jornadas reales. Cuando la actividad del trabajador sea la de intervención en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, el propio trabajador será el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar ingresando en su totalidad el importe de la aportación que corresponda al empresario o, en su caso, empresarios, sin perjuicio de su derecho a repercutir en los mismos la cantidad ingresada, previa su justificación.

Sección segunda. Régimen de prestaciones: presupuestos básicos

Artículo 13. Titulares del derecho.

Podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por relación laboral a alguno de los empresarios enumerados en el artículo 11, cuando sean titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones y en la forma que para cada caso se especifica en los artículos siguientes.

Artículo 14. Créditos por salarios e indemnización.

A los efectos del presente Real Decreto se considerarán créditos Salariales protegidos la totalidad de las percepciones económicas a que tengan derecho los trabajadores siempre que retribuyan:

el trabajo efectivamente realizado.

los períodos de descanso computables como de trabajo.

las percepciones económicas derivadas del artículo 56.1, apartado b), del Estatuto de los Trabajadores, y del 211, párrafo final, de la ley de procedimiento laboral.

Cuando se trate de deportistas profesionales el salario vendrá determinado por los conceptos a que se refiere el número 2 del artículo 8, del Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero.

Se considerará crédito por indemnización la cantidad reconocida a favor de los trabajadores en sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de estas, a causa de despido o extinción de los contratos de trabajo, conforme a los artículos 50 y 51 del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 15º. Insolvencia.

Se entenderá que existe insolvencia del empresario cuando, instada la ejecución en la forma establecida en la ley de procedimiento laboral, no se consiga satisfacción de los créditos laborales. La resolución en que conste la declaración de insolvencia será dictada previa audiencia del Fondo de Garantía Salarial.

Durante el plazo concedido para cumplimentar el trámite de audiencia, el Fondo de Garantía Salarial realizará cuantas gestiones estime necesarias en orden a la verificación de la real situación económica de la empresa, especialmente la citación a esta y a los trabajadores

Artículo 16º. Procedimiento concursal.

Desde el momento en que en el procedimiento concursal se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, se emplazará al Fondo de Garantía Salarial, que comparecerá en el expediente en concepto de responsable legal subsidiario, pudiendo instar lo que a su derecho convenga.

La solicitud de concesión de prestaciones del Fondo de Garantía Salarial con fundamento en hallarse la empresa sometida a procedimiento concursal, podrá presentarse en cualquier momento de su tramitación, desde que exista resolución judicial teniendo por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, o declarando la quiebra o el concurso de acreedores y aun cuando ya hubiese sido aprobado convenio con los acreedores.

En cualquier caso, el reconocimiento del derecho a la prestación exigirá que los créditos de los trabajadores aparezcan incluidos en la lista de acreedores o, en su caso, reconocidos como deudas de la masa por el órgano del concurso competente para ello en cuantía igual o superior a la que se solicita del Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la obligación de aquellos de reducir su solicitud o de reembolsar al Fondo de Garantía Salarial la cantidad que corresponda cuando la cuantía reconocida en la lista definitiva fuese inferior a la solicitada o a la ya percibida.

Si la solicitud se formulase una vez firmado el convenio con los acreedores, deberá justificarse que este se encuentre en fase de cumplimiento, acreditándose, en su caso, las cantidades percibidas por los trabajadores y que estas son las que corresponden de acuerdo con el carácter reconocido al crédito laboral de que se trate.

Si durante la tramitación del procedimiento administrativo se produjese el desistimiento de la empresa o recayese resolución judicial denegando la solicitud de concurso o acordando el sobreseimiento, se procederá al archivo del expediente, comunicándolo a los interesados y advirtiéndoles de su derecho a replantearlo en la forma prevista en el artículo anterior.

Artículo 17º. Fuerza mayor.

En los supuestos de indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por la extinción de sus contratos de trabajo a causa de fuerza mayor, ya sean aquellas normales o reducidas, el Fondo de Garantía Salarial abonará las prestaciones correspondientes, sin necesidad de previa declaración de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso, siempre que la resolución de la autoridad laboral acuerde expresamente la exoneración del empresario.

Cuando la resolución administrativa que autoriza la extinción de los contratos de trabajo no acuerde expresamente la exoneración del empresario, para que el Fondo de Garantía Salarial abone las prestaciones correspondientes será necesario acreditar la situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso del mismo

En ambos casos, el Fondo de Garantía Salarial se subroga frente el empresario por el importe de las prestaciones satisfechas.

Artículo 18º. Prestaciones por salarios pendientes de pago.

El Fondo de Garantía Salarial abonará en concepto de salarios pendientes de pago una cantidad equivalente a multiplicar el salario correspondiente al trabajador en el momento del devengo o el duplo del salario mínimo interprofesional cuando aquel rebase esta cifra, por el número de días trabajados, de descanso computable como de trabajo de tramitación, según los casos, con el límite máximo de ciento veinte días. Cuando se soliciten salarios de tramitación se tendrá en cuenta la limitación establecida en el artículo 56.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 19º. Prestaciones indemnizatorias.

El Fondo de Garantía Salarial abonará indemnizaciones reconocidas por la extinción de los contratos de trabajo por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, cuya cuantía se calculará a razón de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de una anualidad. El salario que servirá como base de cálculo de las indemnizaciones a satisfacer por el Fondo de Garantía Salarial será el que acredite percibir el trabajador, excepto cuando sea superior al duplo del salario mínimo interprofesional, en cuyo caso se tomara esta última cifra. A los solos efectos del cálculo de las prestaciones a que se refiere este artículo, y salvo que el trabajador acredite un periodo superior de vigencia de la relación laboral, los años de servicio serán los que resulten de la certificación de la tesorería general de la Seguridad Social relativa al periodo de alta en la empresa deudora.

Cuando se trate de indemnizaciones derivadas de despido o de extinción del contrato por voluntad del trabajador, el importe de las prestaciones se calculara a razón de veinticinco días de salario por año de servicio, con aplicación de la misma base de cálculo y del mismo límite fijado en el número anterior.

El importe de las prestaciones por el 40 por 100 de la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor, en empresas de menos de 25 trabajadores, se abonara con aplicación de las mismas bases y dentro del límite del numero uno anterior. En el supuesto de que los trabajadores preceptores de estas prestaciones soliciten, posteriormente, del Fondo de Garantía Salarial el abono de la parte de indemnización no satisfecha por el empresario, por encontrarse este en situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquellos.

Cuando la actividad del trabajador sea la de intervención en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas, las referencias al duplo del salario mínimo interprofesional contenidas en los apartados precedentes se entenderán hechas a la unidad de salario mínimo interprofesional, salvo que se justifique

haber venido cotizando al Régimen Especial de la Seguridad Social de los representantes de comercio por una base mejorada equivalente, al menos, al indicado duplo, durante los últimos doce meses.

Si el trabajador interviniese en operaciones mercantiles por cuenta de dos o más empresarios, el límite máximo de la prestación a abonar por el Fondo de Garantía Salarial será la cantidad que resulte de dividir el importe total que correspondería según los números anteriores, por el número de empresarios por cuenta de los cuales realice su actividad. La prestación así recibida no priva del derecho a recibir nueva prestación, con idéntico límite, en el caso de concurrir cualquiera de las causas que la motivan en otro u otros empresarios.

CAPITULO III

Procedimiento

Artículo 20°. Interesados en el procedimiento.

En cualquier caso, se considerara que tienen interés suficiente para promover expediente para reconocimiento de las prestaciones:

- Los trabajadores titulares de créditos laborales protegidos por la Garantía Salarial.
- Los órganos de administración de la empresa sometida a un procedimiento concursal.

Podrán intervenir en el procedimiento, para la defensa de los intereses colectivos, las organizaciones sindicales y empresariales representativas en el sector económico a que pertenezca la empresa.

Artículo 21°. Plazo.

El plazo para solicitar las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial será de un año, contado desde la fecha del acto de conciliación, sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de estas en que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones.

Dicho plazo se interrumpirá por el ejercicio de las acciones ejecutivas o de reconocimiento de los créditos en el procedimiento concursal así como por las demás formas admitidas en derecho.

Artículo 22°. Iniciación del procedimiento.

El procedimiento de solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial podrá iniciarse de oficio por acuerdo de la Secretaría General o de la unidad administrativa periférica correspondiente, o a instancia de los interesados.

En los supuestos de prestaciones indemnizatorias derivadas de la aplicación del artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, así como en los casos de fuerza mayor con exoneración, a que se refiere el artículo 51.10, párrafo segundo, de la misma ley, la resolución firme de la autoridad laboral que autorice la extinción de los contratos de trabajo provocara el acuerdo que determine la iniciación de oficio del expediente.

A los anteriores efectos, la autoridad laboral remitirá a la unidad administrativa periférica del Fondo de Garantía Salarial correspondiente al domicilio del centro de trabajo donde presten sus servicios los trabajadores, certificación de la resolución dictada, en el plazo de tres días hábiles siguientes a aquel en que se produzca la firmeza de la misma. En dicha resolución se hará constar el número de trabajadores de la empresa.

Si el procedimiento se iniciase a instancia de los interesados la solicitud deberá formalizarse en el modelo que apruebe la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial y que será publicado en el “Boletín Oficial del Estado”, pudiendo presentarse directamente en la unidad administrativa periférica del Fondo de Garantía Salarial correspondiente al domicilio del centro de trabajo en que prestan sus servicios los trabajadores o en cualquier otra dependencia a que se refiere el artículo 66 de la ley de procedimiento administrativo.

Artículo 23º. Acumulación de solicitudes.

Cuando la petición se fundamente en la existencia de procedimiento concursal, los interesados podrán instar del Secretario General del Fondo de Garantía Salarial, o este acordar de oficio, la acumulación de las solicitudes referentes a trabajadores que presten sus servicios en centros de trabajo de la misma empresa ubicados en diferentes provincias. Acordada la acumulación, el expediente se tramitara por la unidad administrativa periférica del Fondo de Garantía Salarial correspondiente a la capital de provincia del juzgado que estuviera entendiendo del procedimiento concursal, haciéndose los pagos que, en su caso, pudieran proceder, por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social de la misma capital y provincia.

La orden de acumulación será comunicada en el plazo de tres días a la unidad administrativa periférica del organismo correspondiente al domicilio de cada uno de los distintos centros de trabajo de la empresa, a fin de que se abstengan de conocer de las solicitudes que ante las mismas pudieran presentarse, remitiendo a la unidad administrativa periférica competente, por razón de la acumulación, los expedientes que pudieran encontrarse en trámite de instrucción, con inmediata notificación a sus promotores.

Artículo 24º. Consentimiento de los trabajadores y alegaciones.

Si el expediente se promoviese por los órganos de administración del concurso, deberá justificarse el consentimiento de los trabajadores mediante declaración firmada por los mismos que se unirá a la solicitud. El expediente se entenderá promovido solamente con respecto a aquellos trabajadores que hubiesen prestado tal consentimiento.

Si la solicitud se formulase por los trabajadores y no apareciese suscrita también por la empresa y, en su caso, por el órgano competente del concurso, el Fondo de Garantía Salarial dará traslado de la misma, dentro del plazo máximo de diez días, a contar desde la fecha de la presentación de la solicitud, a la empresa y al juzgado donde se tramite el procedimiento concursal, a fin de que manifiesten lo procedente. Transcurridos diez días sin recibirse contestación, se presumirá su conformidad con el contenido íntegro de la solicitud, continuándose la instrucción del expediente.

Artículo 25º. Documentación de la solicitud.

La solicitud deberá venir acompañada de los siguientes documentos:

- en todo caso:

Fotocopia del documento nacional de identidad de cada uno de los trabajadores.

Fotocopia de documentos de afiliación a la Seguridad Social o declaración de su situación respecto a la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 27.

- cuando se solicite prestación por salarios adeudados:

Certificación del acto de conciliación o testimonio de la sentencia en que se reconozca la deuda, en este último caso con la debida diligencia de firmeza.

Cuando la deuda salarial se refiera a diferencias existentes entre la retribución percibida por el trabajador y la legalmente correspondiente, deberá especificarse en el acuerdo conciliatorio las normas legales o convencionales en que se fundamenta la reclamación salarial y los periodos a que se refieren las diferencias.

Cuando se solicite prestación por insolvencia, resolución en la que conste la insolvencia del empresario, subsiguiente a la iniciación del procedimiento ejecutivo regulado por la ley de procedimiento laboral.

En el supuesto de procedimiento concursal, testimonio de la resolución judicial por la que se tiene por solicitada la declaración del estado de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, acompañado de certificación de inclusión de los créditos de los trabajadores en la lista de acreedores por un importe igual o superior al que se solicite al Fondo de Garantía Salarial.

- cuando se solicite prestación por indemnizaciones no abonadas:

Testimonio de la resolución judicial o certificación de la resolución administrativa en la que se declare o autorice la extinción del contrato de trabajo, en ambos casos, con diligencia de firmeza.

Los mismos documentos que con carácter alternativo se señalan en los números 3 y 4 de la letra b) anterior, salvo cuando la extinción del contrato de trabajo se haya producido por causa de fuerza mayor o lo solicitado sea el abono del 40 por 100 de la indemnización derivada de extinción del contrato por causas económicas o tecnológicas.

Artículo 26º. Ordenación.

Iniciado el expediente, el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus tramites

Las solicitudes defectuosas o carentes de alguno de los preceptivos documentos, darán lugar al requerimiento al promotor o primer firmante para que en el plazo de diez días subsane la falta observada o acompañe los preceptivos documentos, con apercibimiento de que si así no lo hiciese se archivara sin mas tramite, sin perjuicio del derecho de los interesados a volver a replantearla, previo desglose y devolución de la documentación aportada.

Si el defecto no subsanado ha afectado sólo a alguno o algunos de los trabajadores incluidos en la petición, la orden de archivo se referirá exclusivamente a estos, continuándose la tramitación del expediente respecto a los demás.

Artículo 27º. Instrucción.

Dentro del plazo máximo de diez días, a contar desde la presentación de la solicitud en firme, o desde la adopción del oportuno acuerdo, el Fondo de Garantía Salarial se dirigirá a la Tesorería Territorial de la Seguridad Social a fin de que por la misma se expida, dentro de igual plazo, certificación de inscripción de la empresa y de afiliación del trabajador, con expresión de las fechas de alta y baja y base por la que viniese cotizando al Fondo de Garantía Salarial.

En el supuesto de existir discrepancias entre los datos certificados por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social y los contenidos de la solicitud, aun cuando estos resulten de la documentación acompañada a la misma, la unidad administrativa periférica del Fondo de Garantía Salarial realizará las actuaciones conducentes a su clarificación, abriéndose el correspondiente periodo de prueba por un plazo máximo de veinte días.

Al tiempo de remitir el oficio a que se refiere el número 1 anterior, el Fondo de Garantía Salarial cumplimentará el trámite de traslado de la solicitud en los casos previstos en el número dos del artículo 24 de este Real Decreto.

Si por el empresario o por el órgano de administración del concurso se expusiesen hechos o circunstancias que de algún modo contradijesen los contenidos en la solicitud, se procederá en la misma forma establecida en el número dos anterior.

Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, las unidades administrativas periféricas del Fondo de Garantía Salarial desarrollarán de oficio, o a instancia de los interesados o intervinientes en el procedimiento, cuantos actos de instrucción consideren necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de la procedencia de la prestación solicitada. De manera particular se comprobará la efectiva existencia de créditos laborales pendientes de pago en el momento que haya de dictarse la resolución y la continuidad del estado de insolvencia, suspensión, quiebra o concurso de acreedores del empresario en el citado momento.

Artículo 28º. Terminación.

Concluida la instrucción por la unidad administrativa periférica competente, se remitirá a la Secretaría General el expediente completo, acompañándose propuesta de resolución, en el plazo de diez días.

A la vista del expediente y de la propuesta de la resolución, el Secretario General del Fondo de Garantía Salarial podrá acordar la apertura de un periodo extraordinario para practica de prueba, señalando los puntos concretos sobre los que habrá de versar y el plazo para su ejecución, que en ningún caso podrá exceder de quince días. Las actuaciones consiguientes podrán ser realizadas por la propia Secretaría General o encomendarse por esta a la unidad administrativa periférica instructora, o a aquella que estime conveniente por razones de mayor facilidad para su practica.

Concluido, en su caso, el período de prueba a que se refiere el número anterior, el secretario general dictara resolución en el plazo de cinco días, en la que se estimaran total o parcialmente, o se desestimaran, las peticiones deducidas. Deberán desestimarse aquellas solicitudes de prestaciones en que se aprecie la existencia de abuso de derecho o fraude de ley y cuando no se justifique su abono por haberse acreditado la existencia de un interés común de trabajadores y empresarios en la formalización de una apariencia de estado legal de insolvencia, con la finalidad de obtener las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.

Una vez fiscalizado el gasto por la Intervención Delegada en el Organismo, el Secretario General ordenará el pago a la Tesorería Territorial de la Seguridad Social correspondiente, dentro del plazo de los tres días siguientes a la fecha de la intervención.

Al tiempo de remitir la orden de pago, la Secretaría General enviará copia de la resolución y de sus anexos a la unidad administrativa periférica instructora del expediente.

Al mismo tiempo, la resolución será notificada directamente por la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial a los interesados, mediante traslado del texto integro de aquella y de sus anexos.

El plazo máximo para dictar resolución en primera instancia será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud.

Artículo 29º. Recursos.

Las resoluciones del secretario general del Fondo de Garantía Salarial podrán ser objeto de recurso de alzada ante el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, que deberá interponerse en el plazo de quince días, contados desde el siguiente al de recibo de la notificación.

Las resoluciones dictadas en alzada por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social agotarán la vía administrativa y podrán ser objeto de recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

CAPITULO IV

Acciones por Subrogación

Artículo 30º. Iniciación de la subrogación.

Dictada la resolución y ordenado el pago, el Fondo de Garantía Salarial remitirá copia de la misma al órgano judicial que hubiese entendido del procedimiento seguido por los trabajadores y, en su caso, al órgano de administración de la suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores. De la recepción de dicha copia se acusará recibo y desde tal momento habrán de ser notificadas al Fondo de Garantía Salarial cuantas acciones se practiquen o se promuevan por los trabajadores, en orden a la efectividad de sus créditos.

Los créditos adquiridos por el Fondo de Garantía Salarial en virtud de la subrogación conservarán el carácter de privilegiados que les confiere el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores y el que pueda corresponderle por aplicación de la legislación civil y mercantil. Cuando tales créditos concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no

abonada por el Fondo de Garantía Salarial, uno y otros se satisfarán a prorrata de sus respectivos importes.

En cualquier caso, las garantías especiales y los embargos que hubieran podido establecerse para asegurar a los trabajadores el cobro de sus créditos, aprovecharán al Fondo de Garantía Salarial en la proporción que corresponda a la parte del crédito por el mismo satisfecha.

Artículo 31º. Requerimiento de pago.

Con independencia de la obligación de ejercitar cuantas acciones judiciales se consideren convenientes para el más rápido y eficaz reembolso de las cantidades abonadas, el Fondo de Garantía Salarial requerirá a las empresas deudoras para la devolución de las mismas, pudiendo, si a sus intereses conviene, señalar día y hora para su comparecencia ante la Secretaría General o la unidad administrativa periférica que instruye el expediente.

La incomparecencia de la empresa, sin causa que lo justifique, será considerada infracción laboral, sancionable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 57 de la ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, y al Decreto 1860/1975, de 10 de julio.

Artículo 32º. Acuerdo de devolución de cantidades.

Con objeto de facilitar el reintegro de las cantidades adeudadas, el Fondo de Garantía Salarial podrá concluir acuerdos de devolución en los que se determinaran los aspectos relativos a forma, plazos y garantías, conjugando la eficacia de la acción subrogatoria con las exigencias de continuidad empresarial y la salvaguardia del empleo. Las cantidades aplazadas devengarán el interés legal del dinero.

La conclusión de un acuerdo de devolución en forma aplazada será comunicada al órgano judicial que viniese entendiendo del procedimiento instado para la realización de los créditos.

El incumplimiento de lo convenido determinará la resolución del acuerdo, ejercitándose por el Fondo de Garantía Salarial cuantas acciones le competen, pudiendo solicitar la reapertura de las actuaciones si quedaron en suspenso.

Los acuerdos de devolución, en todo caso, habrán de observar el procedimiento legalmente establecido para las transacciones si en dicho acuerdo existen cláusulas que configuren el mismo como una transacción y no como un simple aplazamiento de pago.

Artículo 33º. Adjudicación de bienes.

En su concepto de acreedor, el Fondo de Garantía Salarial podrá ser adjudicatario de toda clase de bienes en pago de la deuda, bien mediante subasta, bien mediante cesión por parte del deudor o de tercera persona.

Los bienes adjudicados conforme a lo dispuesto en el número anterior serán devueltos de la forma más inmediata posible al tráfico jurídico patrimonial, a fin de destinar su importe al cumplimiento de los fines del organismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 85 de la ley del patrimonio del estado.

Atendiendo a la indicada finalidad y a la naturaleza más comercial que patrimonial de los bienes adquiridos, el Fondo de Garantía Salarial podrá proceder a su enajenación directa, previo informe que con respecto a las condiciones de la enajenación deberán emitir la Abogacía del Estado y la Intervención Delegada de Hacienda, siempre que el valor de tasación no exceda de cincuenta millones de pesetas. Si excediese de dicha cuantía, además de los indicados informes, se requerirá autorización del Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.- No será necesaria la previa autorización de la Dirección General de lo Contencioso del Estado para el ejercicio de las acciones que puedan entablarse en orden al reembolso de las cantidades satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio de la obligación de aquellos de comunicar periódicamente a dicho centro directivo las actuaciones practicadas, a cuya vista podrán adoptarse las medidas de cualquier índole que se estimen procedentes.

Segunda.- El Secretario General del Fondo de Garantía Salarial podrá delegar en los Directores provinciales de Trabajo y Seguridad Social las facultades que al mismo corresponden para dictar resolución de reconocimiento de prestaciones y para concluir acuerdos de devolución de cantidades a que se refiere el artículo 32, así como para la enajenación de bienes conforme al número tres del artículo 33 del presente Real Decreto.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las solicitudes de prestaciones presentadas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 32/1984, de 2 de agosto, serán resueltas conforme a la legislación anterior

DISPOSICIÓN FINAL

Se faculta al Ministro de Trabajo y Seguridad Social para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo del presente Real Decreto, que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dado en Madrid a 6 de marzo de 1985.

Juan Carlos r.- El Ministro de Trabajo y Seguridad Social,

Joaquín Almunia Amann

Anexo G.

Directiva n. 2008/94/CE do Parlamento Europeu e do Conselho,
de 22 de outubro de 2008, relativa à protecção dos trabalhadores assalariados em caso
de insolvência do empregador

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia, nomeadamente o n.º 2 do artigo 137º,

Tendo em conta a proposta da Comissão,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu,

Após consulta ao Comité das Regiões,

Deliberando nos termos do artigo 251.º do Tratado,

Considerando o seguinte:

(1) A Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, foi por várias vezes alterada de modo substancial. Por razões de clareza e racionalidade, deverá proceder-se à codificação da referida directiva.

(2) A Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, adoptada em 9 de Dezembro de 1989, dispõe no ponto 7 que a concretização do mercado interno deve conduzir a uma melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores na Comunidade e que esta melhoria deve implicar, nos casos em que tal for necessário, o desenvolvimento de certos aspectos da regulamentação do trabalho, designadamente os relacionados com os processos de despedimento colectivo ou as falências.

(3) São necessárias disposições para proteger os trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador e para lhes assegurar um mínimo de protecção, em particular para garantir o pagamento dos seus créditos em dívida, tendo em conta a necessidade e um desenvolvimento económico e social equilibrado na Comunidade. Para esse efeito, os Estados-Membros deverão criar uma instituição que garanta aos trabalhadores assalariados em causa o pagamento dos seus créditos em dívida.

(4) A fim de assegurar uma protecção equitativa aos trabalhadores assalariados em causa, deverá definir-se o estado de insolvência à luz das tendências legislativas dos Estados-Membros, devendo abranger-se, através dessa noção, os processos de insolvência que não sejam processos de liquidação. Neste contexto, os Estados-Membros deverão ter a faculdade de dispor, a fim de determinar a obrigação de pagamento da instituição de garantia, que qualquer situação de insolvência que dê lugar a vários processos de insolvência será tratada como se se tratasse de um único processo de insolvência.

(5) É necessário assegurar que não sejam excluídos do âmbito de aplicação da presente directiva os trabalhadores visados pela Directiva 97/81/CE do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, respeitante ao acordo-quadro relativo ao trabalho a tempo parcial celebrado pela UNICE, pelo CEEP e pela CES, a Directiva 1999/70/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP relativo a contratos de trabalho a

termo, e a Directiva 91/383/CEE do Conselho, de 25 de Junho de 1991, que completa a aplicação de medidas tendentes a promover a melhoria da segurança e da saúde dos trabalhadores que têm uma relação de trabalho a termo ou uma relação de trabalho temporário.

(6) A fim de garantir a segurança jurídica dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência das empresas com actividade em vários Estados-Membros e consolidar os direitos dos trabalhadores assalariados no sentido apontado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, é conveniente prever disposições que determinem explicitamente qual a instituição competente para o pagamento dos créditos em dívida dos trabalhadores nestas situações e que fixem como objectivo para a cooperação entre as administrações competentes dos Estados-Membros o pagamento, com a maior brevidade possível, dos créditos em dívida dos trabalhadores assalariados. É igualmente necessário garantir a boa aplicação das disposições na matéria, prevendo uma colaboração entre as administrações competentes dos Estados-Membros.

(7) Os Estados-Membros podem estabelecer limites à responsabilidade das instituições de garantia, que devem ser compatíveis com o objectivo social da directiva e podem tomar em consideração os diferentes valores dos créditos.

(8) A fim de facilitar a identificação dos processos de insolvência, nomeadamente em situações transnacionais, os Estados-Membros deverão notificar a Comissão e os outros Estados-Membros dos tipos de processos de insolvência que determinam a intervenção da instituição de garantia.

(9) Atendendo a que o objectivo da acção encarada pela presente directiva não pode ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros e pode, pois, ser melhor alcançado ao nível comunitário, a Comunidade pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5º do Tratado. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, a presente directiva não excede o necessário para atingir aquele objectivo.

(10) A Comissão deverá apresentar ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a transposição e a aplicação da presente directiva, em especial no que se refere às novas formas de emprego emergentes nos Estados-Membros.

(11) A presente directiva não deverá prejudicar as obrigações dos Estados-Membros relativas aos prazos de transposição para o direito nacional e de aplicação das directivas indicados na parte C do anexo I,

APROVARAM A PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO I

ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Artigo 1º

1. A presente directiva aplica-se aos créditos dos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho existentes em relação a empregadores que se encontrem em estado de insolvência, na acepção do n. 1 do artigo 2º

2. Os Estados-Membros podem, a título excepcional, excluir do âmbito de aplicação da presente directiva os créditos de certas categorias de trabalhadores assalariados devido à existência de outras formas de garantia, se for determinado que estas asseguram aos interessados uma protecção equivalente à que resulta da presente directiva.

3. Caso tal disposição seja já aplicável na sua legislação nacional, os Estados-Membros podem continuar a excluir do âmbito de aplicação da presente directiva:

- a) Os trabalhadores domésticos contratados por uma pessoa singular;
- b) Os pescadores remunerados à percentagem.

Artigo 2º

1. Para efeitos do disposto na presente directiva, considera-se que um empregador se encontra em estado de insolvência quando tenha sido requerida a abertura de um processo colectivo, com base na insolvência do empregador, previsto pelas disposições legislativas, regulamentares e administrativas de um Estado-Membro, que determine a inibição total ou parcial desse empregador da administração ou disposição de bens e a designação de um síndico, ou de uma pessoa que exerça uma função análoga, e quando a autoridade competente por força das referidas disposições tenha:

- a) Decidido a abertura do processo; ou
- b) Declarado o encerramento definitivo da empresa ou do estabelecimento do empregador, bem como a insuficiência do activo disponível para justificar a abertura do processo.

2. A presente directiva não prejudica o direito nacional no que se refere à definição dos termos “trabalhador assalariado”, “empregador”, “remuneração”, “direito adquirido” e “direito em vias de aquisição”.

Todavia, os Estados-Membros não podem excluir do âmbito de aplicação da presente directiva:

- a) Os trabalhadores a tempo parcial, na acepção da Directiva 97/81/CE;
- b) Os trabalhadores com contratos de trabalho a termo, na acepção da Directiva 1999/70/CE;
- c) Os trabalhadores que têm uma relação de trabalho temporário, na acepção do ponto 2 do artigo 1.º da Directiva 91/383/CEE.

3. Os Estados-Membros não podem submeter o direito dos trabalhadores assalariados a beneficiarem da presente directiva a uma duração mínima do contrato de trabalho ou da relação de trabalho.

4. A presente directiva não impede os Estados-Membros de alargarem a protecção dos trabalhadores assalariados a outras situações de insolvência, como a cessação de facto de pagamentos com carácter permanente, constatadas por via de processos que não os mencionados no n.º 1, que estejam previstos no direito nacional.

Todavia, tais processos não criam uma obrigação de garantia para as instituições dos outros Estados-Membros, nos casos previstos no capítulo IV.

CAPÍTULO II

DISPOSIÇÕES RELATIVAS ÀS INSTITUIÇÕES DE GARANTIA

Artigo 3º

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para que as instituições de garantia assegurem, sob reserva do artigo 4º, o pagamento dos créditos em dívida dos trabalhadores assalariados emergentes de contratos de trabalho ou de relações de trabalho, incluindo, sempre que o direito nacional o estabeleça, as indemnizações pela cessação da relação de trabalho. Os créditos a cargo da instituição de garantia consistem em remunerações em dívida correspondentes a um período anterior e/ou, conforme os casos, posterior a uma data fixada pelos Estados-Membros.

Artigo 4º

1. Os Estados-Membros têm a faculdade de limitar a obrigação de pagamento das instituições de garantia a que se refere o artigo 3º.

2. Quando os Estados-Membros fizerem uso da faculdade a que se refere o n.º 1, devem determinar a duração do período que dá lugar ao pagamento dos créditos em dívida pela instituição de garantia. Contudo, esta duração não pode ser inferior ao período relativo à remuneração dos três últimos meses da relação de trabalho anterior e/ou posterior à data a que se refere o segundo parágrafo do artigo 3º. Os Estados-Membros podem calcular este período mínimo de três meses com base num período de referência cuja duração não pode ser inferior a seis meses. Os Estados-Membros que fixarem um período de referência não inferior a 18 meses têm a possibilidade de reduzir a oito semanas o período que dá lugar ao pagamento dos créditos em dívida pela instituição de garantia. Neste caso, para o cálculo do período mínimo, são considerados os períodos mais favoráveis aos trabalhadores assalariados.

3. Os Estados-Membros podem estabelecer limites máximos em relação aos pagamentos efectuados pela instituição de garantia. Estes limites não devem ser inferiores a um limiar socialmente compatível com o objectivo social da presente directiva. Quando os Estados-Membros fizerem uso desta faculdade, devem comunicar à Comissão os métodos através dos quais estabeleceram o referido limite máximo.

Artigo 5º

Os Estados-Membros estabelecem as modalidades da organização do financiamento e do funcionamento das instituições de garantia observando, nomeadamente, os seguintes princípios:

a) O património das instituições deve ser independente do capital de exploração dos empregadores e ser constituído de forma a que não possa ser apreendido no decurso de um processo de insolvência;

b) Os empregadores devem contribuir para o financiamento, a menos que este seja assegurado integralmente pelos poderes públicos;

c) A obrigação de pagamento das instituições existirá independentemente da execução das obrigações de contribuir para o seu financiamento.

CAPÍTULO III DISPOSIÇÕES RELATIVAS À SEGURANÇA SOCIAL

Artigo 6º

Os Estados-Membros podem prever que os artigos 3º, 4º e 5º não se apliquem às cotizações devidas a título de regimes legais nacionais de segurança social ou a título de regimes complementares de previdência profissionais ou interprofissionais existentes para além dos regimes legais nacionais de segurança social.

Artigo 7º

Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para assegurar que o não pagamento, às suas instituições de segurança, de cotizações obrigatórias devidas pelo empregador antes da superveniência da insolvência, a título de regimes legais nacionais de segurança social, não prejudicará o direito do trabalhador assalariado a prestações dessas instituições, na medida em que as cotizações tenham sido descontadas dos salários pagos.

Artigo 8º

Os Estados-Membros certificar-se-ão de que serão tomadas as medidas necessárias para proteger os interesses dos trabalhadores assalariados e das pessoas que tenham deixado a empresa ou o estabelecimento da entidade patronal na data da superveniência da insolvência desta, no que respeita aos seus direitos adquiridos ou em vias de aquisição, a prestações de velhice, incluindo as prestações de sobrevivência, a título de regimes complementares de previdência, profissionais ou interprofissionais existentes para além dos regimes legais nacionais de segurança social.

CAPÍTULO IV DISPOSIÇÕES RELATIVAS ÀS SITUAÇÕES TRANSNACIONAIS

Artigo 9º

1. Sempre que uma empresa com actividades no território de dois ou mais Estados-Membros se encontre em estado de insolvência na acepção do n.º 1 do artigo 2.º, a instituição responsável pelo pagamento dos créditos em dívida dos trabalhadores assalariados é a do Estado-Membro em cujo território o trabalhador exerce ou exercia habitualmente a sua profissão.

2. O conteúdo dos direitos dos trabalhadores assalariados é determinado pelo direito que rege a instituição de garantia competente.

3. Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que, nos casos referidos no n.º 1 do presente artigo, as decisões tomadas no âmbito de um processo de

insolvência referido no n. 1 do artigo 2º, cuja abertura tenha sido requerida noutro Estado-Membro, sejam tidas em consideração para determinar o estado de insolvência do empregador na acepção da presente directiva.

Artigo 10º

1. Para efeitos da aplicação do artigo 9.o, os Estados-Membros devem dispor o intercâmbio de informações pertinentes entre as administrações públicas competentes e/ou entre as instituições de garantia a que se refere o primeiro parágrafo do artigo 3º, intercâmbio que permita, nomeadamente, dar à instituição de garantia competente conhecimento dos créditos em dívida dos trabalhadores assalariados.

2. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão e aos restantes Estados-Membros as coordenadas das respectivas administrações públicas competentes e/ou instituições de garantia. A Comissão deve possibilitar ao público o acesso às referidas informações.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES GERAIS E FINAIS

Artigo 11º

A presente directiva não prejudicará a faculdade de os Estados-Membros aplicarem ou introduzirem disposições legislativas, regulamentares ou administrativas mais favoráveis aos trabalhadores assalariados. A aplicação da presente directiva não pode, de modo algum, constituir motivo para justificar um retrocesso em relação à situação existente nos Estados-Membros no que se refere ao nível geral da protecção dos trabalhadores assalariados no domínio por ela abrangido.

Artigo 12º

A presente directiva não prejudicará a faculdade de os Estados-Membros:

- a) Tomarem as medidas necessárias para evitar abusos;
- b) Recusarem ou reduzirem a obrigação de pagamento prevista no artigo 3º ou a obrigação de garantia prevista no artigo 7º no caso da execução da obrigação não se justificar por força de existência de laços particulares entre o trabalhador assalariado e a entidade patronal e de interesses comuns concretizados por conluio entre eles;
- c) Recusarem ou reduzirem a obrigação de pagamento a que se refere o artigo 3º ou a obrigação de garantia a que se refere o artigo 7º nos casos em que o trabalhador assalariado possuísse, individual ou conjuntamente com os seus familiares próximos, uma parte essencial da empresa ou do estabelecimento do empregador e exercesse uma influência considerável sobre as suas actividades.

Artigo 13º

Os Estados-Membros notificam a Comissão e os outros Estados-Membros dos tipos de processos nacionais de insolvência que integram o âmbito de aplicação da presente directiva,

bem como de todas as modificações que lhes digam respeito. A Comissão deve publicar as referidas notificações no Jornal Oficial da União Europeia.

Artigo 14º

Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão o texto das disposições legislativas, regulamentares e administrativas que aprovarem nas matérias reguladas pela presente directiva.

Artigo 15º

Até 8 de Outubro de 2010, a Comissão apresentará ao Parlamento Europeu e ao Conselho um relatório sobre a transposição e a aplicação dos artigos 1º a 4º, 9º e 10º, do segundo parágrafo do artigo 11º, da alínea c) do artigo 12º e dos artigos 13º e 14º, nos Estados-Membros.

Artigo 16º

É revogada a Directiva 80/987/CEE, com a redacção que lhe foi dada pelos actos referidos no anexo I, sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros no que respeita aos prazos de transposição para o direito nacional e de aplicação das directivas indicados na parte C do anexo I. As remissões para a directiva revogada devem entender-se como sendo feitas para a presente directiva e devem ler-se nos termos do quadro de correspondência que consta do anexo II.

Artigo 17º

A presente directiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no Jornal Oficial da União Europeia.

Artigo 18º

Os Estados-Membros são os destinatários da presente directiva.

Feito em Estrasburgo, em 22 de Outubro de 2008.