

REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



REVISTA TRABALHISTA

Direito e Processo



Revista trabalhista : direito e processo. — Ano 1, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002 —). —
Brasília : Anamatra ; Rio de Janeiro ; Forense. v. : 28 cm.

Trimestral.

Descrição baseada em: Ano I, v. I, n. 1 (jan./mar. 2002).

Numeração sequencial reformulada em 2008 para: Ano 7, n. 28, não havendo interrupção.

A partir do Ano 7, n. 25 a edição está sob a responsabilidade da LTr Editora e Anamatra.

Inclui doutrina, pareceres, jurisprudência, legislação, estudos e comentários.

ISSN 1677-2784

1. Direito do trabalho — Brasil. 2. Jurisprudência trabalhista — Brasil.
3. Legislação trabalhista — Brasil. I. Associação Nacional dos Magistrados da
Justiça do Trabalho (Anamatra).

LTr/SP

CDU 34:331 (81) (05)

Proibida a reprodução total ou parcial, bem como a reprodução de apostilas a partir desta Revista, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópia e de gravação, sem permissão expressa do Editor (Lei n. 9.610, de 19.2.1998).

© Todos os direitos reservados

ILTR

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 — CEP 01224-001 — Fone (11) 2167-1101
São Paulo, SP — Brasil — www.ltr.com.br

LTr 4578.3

Fevereiro, 2012

PRESIDENTE ANAMATRA
RENATO HENRY SANT'ANNA

CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA

ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA

Doutor pela Universidad Complutense de Madrid. Desembargador Federal do Trabalho do TRT da 1ª Região – RJ. Diretor Geral da Escola da Magistratura do Trabalho da 1ª Região.

CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Membro Benemérito do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Professor de Direito do Trabalho do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da AMATRA 12. Professor honoris causa da Academia Catarinense da Advocacia Trabalhista. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior de Advocacia da OAB-SC. Juiz Titular da 7ª Vara do Trabalho de Florianópolis – 12ª Região (SC).

CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA

Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Direito das Relações Sociais – Direito do Trabalho pela PUC/SP. Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da UFMG. Professor universitário. Juiz Titular da 11ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte – 3ª Região (MG).

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO

Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté-SP. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo pelo CESIT/UNICAMP. Juiz auxiliar da 7ª Vara do Trabalho de Salvador-BA. Membro do Conselho da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS

Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Juiz titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba-PR.

NARBAL ANTÔNIO DE MENDONÇA FILETI

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Especialista em Teoria e Análise Econômicas e em Dogmática Jurídica. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor em Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu. Professor Convidado-Permanente da Escola Superior da Advocacia da OAB/SC. Diretor de Formação e Cultura da ANAMATRA (gestão 2011-2013). Membro da Comissão Técnico-Científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2077). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão – 12ª Região (SC).

REGINALDO MELHADO

Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona, com revalidação pela USP (Universidade de São Paulo). Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Londrina, Professor titular da UEL (Universidade Estadual de Londrina) e Coordenador da Escola Judicial do TRT do Paraná.



Sumário

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i>	9
<i>Editorial</i>	11
Doutrina	
Democracia, cidadania e trabalho <i>Mauricio Godinho Delgado</i>	15
Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT): reflexões sobre a Lei n. 12.440/2011 <i>Luciano Athayde Chaves</i>	26
Equiparação estrutural <i>Vicente de Paula Maciel Júnior</i>	62
O monitoramento do <i>e-mail</i> corporativo e o poder de comando patronal <i>Mariana Giacomini</i>	76
Análise do trabalho infantil no México: o exemplo dos empacotadores <i>Gabriela Mendizábal Bermudez</i>	96
Aviso-prévio proporcional: implicações práticas <i>Cleber Martins Sales</i>	111
Independência judicial <i>versus</i> poder disciplinar <i>Adriano Mesquita Dantas e Guilherme Guimarães Feliciano</i>	122
A ressignificação da dependência econômica <i>Murilo C. S. Oliveira</i>	128
A globalização do desemprego: o “ <i>Ocupe Wall Street</i> ” (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT <i>Rosemary de Oliveira Pires e Fernanda Anunes Marques Junqueira</i>	148

A efetividade das políticas de saúde e qualidade de vida no trabalho: um estudo de caso em <i>telemarketing</i>	
<i>Victor Hugo de Almeida</i>	159
A proteção como valor <i>prima facie</i> e a revista pessoal no ambiente de trabalho	
<i>Valdete Souto Severo</i>	173
O processo no Estado constitucional	
<i>Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior</i>	189
Jurisprudência	
— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	203
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	213
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região	231
Sentenças	
3ª Vara do Trabalho de Mossoró – RN	247
Índice Geral	291

Abreviaturas e Siglas Usadas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADCT/ano (ano com 4 dígitos)	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
CC	Código Civil
CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNC	Consolidação das Normas da Corregedoria
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
CTN	Código Tributário Nacional
DOE	Diário Oficial do Estado
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
MP	Medida Provisória
NBR	Norma Brasileira Regulamentada
OIT	Organização Internacional do Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho



Editorial

Nesta edição, rendemos uma especial homenagem à Juíza Maria de Fátima Coêlho Borges Stern, precocemente falecida em novembro último.

Fátima Stern ingressou na magistratura em 1992, como Juíza do Trabalho Substituta na 5ª Região (BA). Foi uma exemplar magistrada, respeitada e admirada tanto por colegas quanto advogados e servidores, pela sua forma sempre amável, ponderada e generosa de ser.

Contribuiu de forma extraordinária na vida associativa da magistratura trabalhista, tendo sido Vice-Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região (Amatra 5) no biênio 2001/2003 e Presidente da mesma entidade regional nas gestões 2003/2005 e 2005/2007.

Graças à sua projeção, reconhecida sem sombra de dúvidas entre os Magistrados juslabo-ralistas brasileiros, foi diretora, por três mandatos consecutivos, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra): inicialmente na Diretoria de Comunicação Social (2005/2007); depois, como Diretora de Ensino e Cultura (2007/2009) e, finalmente, como Secretária-Geral (2009/2011).

Nesse lapso, Fátima foi responsável por inúmeras iniciativas à frente das diretorias de que fez parte, frisando-se a revitalização da Ouvidoria da Anamatra, verdadeiro canal de comunicação entre a sociedade e a magistratura; a organização de diversos eventos, como a I Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, os Congressos Nacionais dos Magistrados do Trabalho (Conamats) e os Congressos Internacionais da Anamatra desse período; a criação do programa “Trabalho em Revista”, veiculado na TV Justiça; e a disseminação do programa “Trabalho, Justiça e Cidadania”, que consiste na atuação da Anamatra, por intermédio de seus associados juízes, junto às escolas de ensino fundamental, nível médio, escolas de jovens e adultos, cursos técnicos e profissionalizantes, levando às comunidades, por meio de seus formadores, informações sobre ética, trabalho, consumo e cidadania.

Por força de sua incessante e sempre relevante participação na atividade judicante e nas causas sociais, recebeu a Medalha do Mérito Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região e a Comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho, na categoria Oficial, concedida pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Todavia, é o trabalho realizado à frente da *Revista Trabalhista Direito e Processo* que nos conduz a recordar toda a trajetória de Fátima Stern. Na condição de Diretora de Ensino e Cultura, Fátima alavancou a *Revista* — que ganhou ainda mais em qualidade, com sua inesgotável energia e sua paixão pela disseminação do conhecimento.

À frente do Conselho Editorial, Fátima dialogou com maestria com os colegas que tiveram a honra e o prazer de dividir essa tarefa, muitos deles ainda hoje compondo o grupo organizado por ela na época.

A colaboração de Fátima Stern para o desenvolvimento deste periódico será sempre lembrada por aqueles que, como nós, puderam desfrutar de sua amizade e conhecer essa verdadeira guerreira, que agora repousa em paz e nos deixa enormes saudades.

A Comissão Editorial

Doutrina



Democracia, cidadania e trabalho^(*)

Mauricio Godinho Delgado^(**)

Resumo:

- ▶ O artigo estuda as relações entre os fenômenos e conceitos de democracia, cidadania e trabalho, especialmente valor trabalho, no cenário de modernização da sociedade, Estado e economia contemporâneos, a partir da segunda metade do século XIX. Examina as correlações entre a generalização do trabalho e do emprego no capitalismo, a conquista social e política da cidadania no Ocidente e a estruturação e alargamento da Democracia nesse mesmo contexto. Traz, por fim, o debate para a realidade brasileira desde o início do século XX à atualidade, destacando os pontos e contrapontos de nossa evolução em face à matriz europeia originária.

Palavras-chave:

- ▶ Democracia — cidadania — trabalho — capitalismo — economia.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Democracia e cidadania
- ▶ 3. Democracia, cidadania e trabalho
- ▶ 4. Cidadania, trabalho e emprego no Brasil
- ▶ 5. Conclusão

(*) O presente texto resulta de palestra realizada no mês de outubro de 2009 no Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (3ª Região), em Belo Horizonte-MG, durante o IV Encontro Nacional da Memória da Justiça do Trabalho. Para ser inserido no presente livro, foi o texto revisado, atualizado e, em certa medida, reescrito e ampliado, a fim de se harmonizar ao objeto do presente livro. Preservou-se, contudo, o estilo oral e relativamente informal da apresentação. A redação primitiva, contudo, pode ser acessada na obra coletiva resultante do evento. In: CAIXETA, Maria Cristina Diniz et alii (Org.). *IV Encontro Nacional da Memória da Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, observado ali o seguinte

título da palestra deste autor: DELGADO, M. G. "Mesa redonda: trabalho e cidadania no Brasil — trajetória e perspectivas".

(**) Doutor em Direito (UFMG). Mestre em Ciência Política (UFMG). Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Professor do Doutorado/Mestrado em Direito do Trabalho da PUC Minas (disciplina virtual). Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito do Trabalho do IESB-Brasília. Autor dos livros *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011; *Direito coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011 e outros artigos e livros em sua área de especialização.

1. Introdução

Os conceitos de *democracia, cidadania e trabalho*, especialmente *valor trabalho* — hoje considerados cardeais à estrutura teórica e normativa do *Estado Democrático de Direito* e dos *direitos fundamentais* que foi consolidada pela Constituição da República de 1988 —, compõem o mesmo cenário de modernização da sociedade, Estado e economia contemporâneas, a partir de meados e finais do século XIX.

São conceitos que envolvem um dos mais importantes fenômenos de transformação gerados na História, qual seja a dinâmica inovadora de inclusão de grandes levas sociais e populacionais originalmente excluídas para dentro das estruturas multidimensionais da vida contemporânea.

Os três conceitos despontam e se desenvolvem de modo relativamente correlacionado nas experiências europeias predominantes entre meados do século XIX e desenrolar do século XX.

Entretanto, no caso brasileiro, tomando-se como marco o período de mudanças deflagrado pela Revolução de 1930, não se verifica a mesma exata e automática correlação verificada na matriz originária da Europa.

Apesar dessa diferença e de outros aspectos peculiares à história brasileira, também no Brasil, a tríade conceitual indicada terá notável importância no aperfeiçoamento e modernização das instituições da sociedade política e sociedade civil.

Sua compreensão é pressuposto decisivo à melhor assimilação das noções de Estado Democrático de Direito e de direitos fundamentais da pessoa humana, que hoje compõem o cerne da mais importante carta constitucional da história do País, a Constituição de 1988.

Esse tema e suas relações é o que será abordado no presente artigo.

2. Democracia e cidadania

Democracia é o *regime de estruturação da sociedade política e da sociedade civil pelo qual se assegura o império das liberdades públicas,*

coletivas e individuais, da participação individual e coletiva nas diversas esferas de poder, da inclusão institucional, política, social, econômica e cultural dos vários segmentos sociais e dos indivíduos, sob a regência de regras e relações institucionalizadas ou, pelo menos, não proibidas pelo Direito.

Cidadania, por sua vez, é a *titularidade de diversificado e importante rol de direitos políticos, sociais, econômicos e culturais atribuída à pessoa humana no contexto do Estado e da sociedade civil.*

São conceitos *conexos*, uma vez que a presença de um tende corresponder ou, pelo menos, instigar a existência do outro. São também conceitos e realidades *recentes*, somente ganhando consistência a partir das transformações políticas, sociais, jurídicas, econômicas, culturais e institucionais despendidas no mundo ocidental desde fins do século XIX e, principalmente, durante o século XX.

Em síntese, o conceito de cidadania conecta-se com o de democracia, sendo correlatos, em essência, além de constituírem conceitos basicamente *contemporâneos*. Evidentemente que a ideia de democracia e o próprio verbete existem desde a Grécia antiga. Entretanto, parece insofismável que a ideia de democracia dos antigos não tem qualquer relevante correspondência com a ideia contemporânea desse fenômeno. Afinal, a ideia de democracia dos antigos ajustava-se a certo tipo de gestão compartilhada de elites, concretizada entre elites, em estrito benefício dessas elites; ora, isso não tem relação forte, substantiva, com a ideia contemporânea de democracia.

A ideia contemporânea de democracia corresponde à noção de *inclusão social, política e institucional* — inclusão notadamente dos vastos segmentos despossuídos de poder e de riqueza. De fato, a sociedade humana, a partir de finais do século XIX e mais acentuadamente no século XX, encontrou fórmula de convivência (com variações, é claro) que desponta como absolutamente inovadora na História,

pela qual se alcançaram mecanismos de participação no poder institucionalizado e de participação em distintas formas de poder, no âmbito inclusive da sociedade civil, por parte dos setores que não são os controladores da riqueza e do poder tradicional nesta mesma sociedade.

Essa é a marca distintiva da ideia de democracia na contemporaneidade. Essa marca específica não existiu na História em nenhum momento anterior.

Da mesma maneira, a ideia de cidadania, segundo a concepção considerada mais adequada ou, pelo menos, mais relevante. Essa noção e essa prática de se conferir uma situação jurídica pela qual o indivíduo, ainda que destituído de riqueza e de poder, torne-se titular de uma série de prerrogativas institucionais, sociais, econômicas e culturais, essa fórmula é recentíssima, ela jamais houve na História até finais do século XIX.

Claro que em finais do século XIX ela apenas começou a ser construída, tendo se realizado com maior plenitude a partir do século XX. Note-se, então, que as ideias contemporâneas de democracia e de cidadania, se demarcam de maneira mais objetiva a partir da segunda metade do século XIX.

Não há dúvida de que existiram pressupostos oriundos de épocas passadas, pois essas ideias e realidades não surgiram do nada, uma vez que tiveram como antecedentes, por exemplo, o liberalismo clássico com as suas noções individualistas e até então elitistas de liberdade, de individualidade, de direitos institucionalizados contra o poder soberano. Tais ideias precedentes, ainda que meramente individualistas, foram pressupostos fundamentais. Porém, a noção de participação do ser humano excluído, a noção acerca da existência de um conjunto de prerrogativas institucionais e sociais franqueadas a todos, essas noções somente surgem a partir da segunda metade do século XIX, com as lutas sociais despontadas na Europa Ocidental, com certo reflexo nas Américas,

principalmente nos EUA, e eventualmente em alguma outra experiência localizada⁽¹⁾.

3. Democracia, cidadania e trabalho

Tenho percebido, ao longo deste período de estudos sobre esta matéria, que há uma coincidência histórica importante entre o surgimento desses conceitos contemporâneos de *democracia* e de *cidadania* com o surgimento também do *trabalho* como efetivo *valor* na sociedade humana.

De fato, a emergência do trabalho como efetivo valor (o valor trabalho) desponta também ao longo do século XIX. Claro que o valor trabalho também possui pressupostos culturais. De certa maneira, neste tópico, até mesmo o pensamento liberal mais uma vez dá sua contribuição: basta lembrar que o grande teórico do liberalismo originário, Adam Smith, em sua construção econômica e filosófica, ainda escreve a partir do conceito do trabalho como fonte de valor. Apenas logo a seguir, já na primeira metade do século XIX, é que os liberais tradicionais iriam se aperceber do risco de considerarem o trabalho como valor, como um valor cardeal. Risco político e cultural que, nos momentos seguintes, em meados do século XIX, seria claramente demonstrado por meio das correntes socialistas, comunistas, marxistas e assemelhadas. Nesse quadro, os liberais cuidadosamente substituíram o valor trabalho pelo conceito mais impessoal e aparentemente despolitizado, de *utilidade* — a *utilidade* (não o trabalho) é que seria o critério de valor na economia capitalista.

Está-se falando, pois, da correlação entre as noções e realidades contemporâneas de *democracia*, *cidadania* e *valor trabalho*, todas surgidas na mesma época, no mesmo quadro

(1) Para exame do tema da *cidadania*, sob o ponto de vista teórico, além de histórico, consultar o texto da cientista política e historiadora DELGADO, Lucília de Almeida Neves. *Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeções do futuro*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Cidadania e inclusão social* — estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 321-335.

histórico e social, em meio às lutas sociais da segunda metade do século XIX. Desde então, desponta essa grande inovação, que é a circunstância de grandes grupos sociais — a maioria da sociedade, no fundo — reivindicarem participação na sociedade política, na sociedade econômica, na sociedade cultural, embora não fossem detentores de riqueza. Relembre-se de que, por vários milênios, os indivíduos que não fossem detentores de riqueza jamais seriam considerados detentores de poder; esse é exatamente o quadro que se alterou e esses três conceitos — democracia, cidadania e trabalho — compõem suas figuras principais.

Portanto, vejo ligação muito estreita entre essas três noções, em seu conteúdo e em sua origem histórica, esta correspondendo ao exemplo europeu ocidental da segunda metade e finais do século XIX.

Claro que, em seguida, já no século XX, ocorreram momentos e experiências de dissociação dessas três noções, bastando lembrar as experiências autoritárias do fascismo e do nazismo principalmente, além de experimentos similares vividos em regiões mais atrasadas da Europa do Sul — caso da Espanha e Portugal —, sem contar países da Europa Oriental, que ainda não haviam se democratizado de maneira significativa. Essa dissociação autoritária, regra geral, construiu-se com prejuízo dos três conceitos mencionados, comprometendo a democracia, acanhando a cidadania onde já se instaurara, fustigando o valor trabalho. Não obstante esses períodos de dissociação, o fato é que na história da Europa Ocidental dos últimos 150 anos é muito clara essa vinculação entre as noções de democracia, cidadania e trabalho — valor trabalho, afirmação do trabalho.

Essa dinâmica de vinculação dos três conceitos e realidades contemporâneos seria claramente retomada a partir do final da Segunda Guerra Mundial, com a institucionalização do chamado Estado de Bem-Estar Social. Assistiu-se então, na Europa Ocidental, o apogeu da democracia, da cidadania, do valor trabalho.

Não se desconhece que nestas últimas três décadas, a contar de fins dos anos de 1970, tivemos um processo de desgaste da afirmação do valor trabalho no universo do pensamento ocidental hegemônico. Ainda assim, se examinarmos a prática dos países europeus ocidentais mais importantes e desenvolvidos, veremos que eles não desmontaram a hegemonia do valor trabalho em suas estruturas. Na prática concreta, não houve um desmonte efetivo do *Welfare State* europeu ocidental de 1970/1980 em diante.

É bem verdade que esses países e as entidades internacionais líderes do capitalismo perseverantemente divulgaram um pensamento de desgaste do valor trabalho e do próprio *Welfare State*, como se tratasse de algo em suplantação, em superação, fenômenos datados, em franca eclipse na sociedade humana.

Entretanto, do ponto de vista real, há vários estudos que demonstram que o investimento público em direitos sociais cresceu nos últimos 30/40 anos nos países clássicos da Europa Ocidental. No fundo, nós assistimos a uma acentuação do discurso oficial divulgado pela Europa e pelas diversas agências internacionais sob sua influência e dos EUA, o discurso de desvalorização do trabalho e do eclipse do *Welfare State*, mas, no plano interno dos respectivos países, essa desvalorização não se refletia nos instrumentos objetivos de aferição, de que são exemplos os investimentos públicos em direitos sociais. Claro que em 30/40 anos de incansável assédio desconstrutivista, alguma alteração efetiva iria se concretizar, em comparação com o parâmetro da década de 1960. Mas não foram alterações de substância⁽²⁾.

Neste contraponto entre continuidades e mudanças no *Welfare State* europeu, ficamos

(2) Para exame das características, desafios e transformações do Estado de Bem-Estar Social, consultar a excelente pesquisa contida em CONDÉ, Eduardo Salomão. *Laços na diversidade — a Europa social e o Welfare em movimento (1992-2002)*. Juiz de Fora: UFJF, 2008. Consultar ainda DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (Orgs.). *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007.

um pouco submetidos à perspectiva do analista destacado: aqueles pensadores que almejam, direta ou indiretamente, enxergar e enfatizar a superação do valor trabalho, por exemplo, seja por convicção ideológica, seja por desalento, enfatizam o teor de tais alterações, insistindo que são a predição de um futuro sombrio em que o trabalho não terá relevância; aqueles que não incorporam tal compreensão ideológica do problema, não veem a presença de crucial ponto de ruptura nesse processo de adequações e calibrações do Estado de Bem-Estar Social.

Na verdade, a recente crise econômica dos anos de 2007-2009, que se originou na economia líder do capitalismo (EUA), espalhando-se pela Europa (e que, no fundo, em 2011 ainda não se encerrou), desponta como manifesta prova de quão expressivo era o ardil a que nos submeteu o pensamento liberal dominante nos últimos 30 anos. A crise evidenciou como se tratava de pensamento destituído de real consistência histórica e de fundamentação objetiva, desvelando-se com impressionante viés ideológico.

Desse modo, mesmo nos dias atuais mantém-se clara a presença de forte correlação entre democracia, cidadania e trabalho na matriz europeia fundamental. Mas notem, como lembra muito bem o economista Márcio Pochmann, quando se fala em trabalho no século XXI não se quer referir, evidentemente, à presença imutável de uma matriz de labor extenuante, de jornadas extensas, tal como ainda se assiste ainda hoje em vários locais e regiões. Quer-se referir a um trabalho calibrado, temporalmente diminuído, ajustando-se aos avanços tecnológicos e organizacionais verificados nas últimas décadas⁽³⁾.

(3) São textos relevantes, entre outros, do economista Márcio Pochmann, especializado no estudo do trabalho e emprego na sociedade capitalista, em especial a brasileira: POCHMANN, Márcio. *A década dos mitos*. São Paulo: Contexto, 2001; *O desafio da inclusão social no Brasil*. São Paulo: Publisher Brasil, 2004; *O emprego na globalização — a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu*. 2. reimp. São Paulo: Boitempo, 2002.

Ora, a sociedade continuará a ser a sociedade do trabalho, mas, em virtude dos avanços organizacionais e tecnológicos, as pessoas poderão e terão de trabalhar menos. É preciso que a ordem jurídica institucionalize esse avanço propiciado pela tecnologia, permitindo que a sociedade continue a ser a sociedade do trabalho, *porém, não do trabalho extenuante*. Márcio Pochmann, em Palestra, anos atrás, no TRT-MG, quando lhe concedemos a medalha do Tribunal como homenagem, falou — creio que provocativamente — em uma média de trabalho de no máximo 3 horas por dia. Claro que penso estivesse ele realizando uma provocação com o intuito de abrir, definitivamente, o debate com relação a isso. Todavia, de fato, o fundamental é que se altere, de modo correspondente, a ordem jurídica para que os ganhos de produtividade tecnológica do sistema sejam absorvidos pelo conjunto da população. O que passa, necessariamente, pela redução da duração do trabalho remunerado. Isso é democracia, isso é cidadania, isso é afirmação do valor trabalho.

Ou seja, *a sociedade continuará a ser a sociedade do trabalho, no entanto com todos trabalhando menos*. Não é o que está acontecendo por ora, reconheça-se. Afinal, os ganhos de produtividade são espantosos, contudo, no caso brasileiro, mantemos uma duração do trabalho absolutamente incompatível com esses ganhos de produtividade, que tinham que ser, naturalmente, democratizados e distribuídos para todos aqueles que contribuem para o desenvolvimento do nosso país.

Mantém-se, portanto, como válida no século XXI a correlação entre democracia, cidadania e trabalho.

4. Cidadania, trabalho e emprego no Brasil

Muito bem, chegamos ao Brasil. Como sempre, o Brasil tem algumas peculiaridades interessantes, que são características do nosso país. Essas peculiaridades tornam um desafio especial construir-se uma teorização que nos dê

razoável instrumentalidade para a compreensão de nosso país e de nossa história.

Retomemos o início de nossa fala: não tenho dúvida de que os conceitos de democracia e de cidadania estão estruturalmente ligados ao conceito de valor trabalho. Penso que se trata de esvaziar a ideia de democracia e de se esvaziar a ideia de cidadania não fazer esta vinculação.

Só que no caso brasileiro há, efetivamente, algumas peculiaridades no que tange a essa equação, essa tríade.

Ora, sabemos que o nosso país não teve democracia na maior parte de sua história e, portanto, obviamente, não teve exatamente cidadania, de maneira geral, na maior parte de sua história. Para se lembrar rapidamente, até 1888, portanto, até o final do século XIX, sequer tínhamos trabalho livre como marca institucional de estruturação da nossa sociedade, da nossa economia. Só em 1888 é que abolimos a escravidão, sendo o último dos países, a última das sociedades e dos Estados que assim o fizeram em todas as Américas; vejam o atraso de nosso país nesta ótica.

Mais do que isso: quando se fez a abolição da escravidão, lamentavelmente, não se tomaram medidas para sanar a profunda desigualdade social. Ao contrário, as autoridades instituídas ordenaram a queima dos arquivos da escravidão para que a mancha ficticiamente desaparecesse. É uma decisão que mostra o desprezo das instituições pelo combate à desigualdade social: tentar-se queimar a memória da desigualdade social, ao invés de se criarem instrumentos para combatê-la. E de fato foi o que aconteceu: por cerca de mais de quatro décadas da República Velha praticamente nada se fez do ponto de vista institucional, com pequenos espasmos e diferenciações, em termos de combate à exclusão social⁽⁴⁾.

(4) A historiadora e cientista política Lucília de Almeida Neves Delgado evidencia os paradoxos da democracia e da cidadania no Brasil: "Uma característica recorrente do período republicano brasileiro é o permanente desafio referente à consolidação da democracia. Na

Então, na história brasileira não se pode falar em efetiva prática e institucionalização de cidadania como regra geral, até pelo menos 1930.

Por que? Porque o Império, evidentemente, era um teatro de elites. O Império não tinha nenhuma relação com a ideia democrática contemporânea. O Império traduzia uma gestão de elites e de afirmação de sociedades profundamente excludentes. Falar-se em democracia numa sociedade de escravidão parece-me insofismável desrespeito ao ser humano. A ideia de democracia numa sociedade onde há trabalho escravo institucionalizado é algo que me parece incabível do ponto de vista estrutural, a não ser que fiquemos com aquela concepção grega pela qual democracia pode ser algo que abranja apenas 10% da população — o que é incompatível com a visão moderna e contemporânea deste conceito. A palavra é a mesma, mas o conteúdo é radicalmente diferente. Lembrando também que as mulheres, mesmo as que não eram escravas, estavam excluídas do conceito de cidadania; só neste tópico estávamos excluindo 50% da população.

No tocante à República Velha, que se iniciou logo depois da libertação dos escravos (esta em 1888, a subsequente em 1889), sabe-se que formalmente era uma democracia institucionalizada. Tínhamos a Constituição Republicana de 1891. Entretanto, só para citar uma descrição da superficialidade da ideia democrática e de cidadania na República Velha, lembro

verdade, a prática da democracia no Brasil e a plena realização da cidadania apresentam-se como um enigma histórico a ser decifrado, pois a tradição do país tem sido marcada por dois tipos de movimento: o primeiro refere-se à facilidade com que experiências democráticas foram interrompidas no decorrer do período republicano; o segundo relaciona-se à permanência residual e paradoxal de práticas políticas autoritárias em conjunturas de exercício político da democracia." DELGADO, Lucília de Almeida Neves. Cidadania e república no Brasil: história, desafios e projeções do futuro. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Orgs.). *Cidadania e inclusão social — estudos em homenagem à professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 321.

passagem do livro biográfico do jornalista criador dos Diários Associados, Assis Chateaubriand, de autoria do escritor Fernando Morais⁽⁵⁾. Lá tem ilustração notável do simulacro representado pela República Velha, sob a ótica da democracia e da cidadania. Trata-se da escolha do candidato oficial à Presidência da República, o jurista Epitácio Pessoa, que iria governar o país de 1919 a 1922. Então, situado na França, na chefia da delegação brasileira à Conferência de Paz de Versalhes, em 1919, foi ungido candidato ao maior cargo político do Brasil e, mesmo assim, ali permaneceu *inclusive durante o período da campanha eleitoral*. Mesmo assim, obteve vitória retumbante sobre o candidato oposicionista, Rui Barbosa, retornando depois ao país para sua posse presidencial.

Tal episódio mostra a força irreprimível da chamada *eleição a bico de pena* nessa fase da política brasileira. Não havia qualquer participação efetiva da população brasileira: tratava-se de mero ajuste de elites; escolhido o candidato, a eleição estava resolvida no país inteiro. Isso em um país continental, com uma população que já era próxima a 30 milhões de habitantes. Essa incrível cena demonstra quão precárias, ilusórias e fictícias eram as ideias de cidadania e de democracia da República Velha.

Com relação ao trabalho, ao valor trabalho, nós sabemos que a política da República Velha era absolutamente excludente. A própria oposição liberal à estrutura política excludente da República Velha, representada pelo pensador, político, tribuno e jurista Ruy Barbosa, era absolutamente infensa à ideia de valorização do trabalho.

Temos uma Dissertação de Mestrado da UFMG, do Departamento de Ciência Política, muito interessante a respeito dessa visão do liberalismo oposicionista da República Velha. Tive a satisfação de participar da respectiva banca de defesa dessa dissertação, orientada pelo economista e grande intelectual brasileiro,

Professor Juarez Guimarães, que no livro “A Esperança Equilibrada”, em sua primeira parte, fornece uma das mais adequadas visões sobre esta combinação de forças surpreendentes que fazem a realidade brasileira⁽⁶⁾. A autora Letícia Godinho de Souza, em sua excelente obra, dissecou o pensamento de Rui Barbosa. A análise da cientista política impressiona: como flui um pensamento de caráter oposicionista, que se almeja crítico, porém, que não consegue enxergar a questão do trabalho e, notadamente, do *valor trabalho*! No final da vida, depois da campanha civilista, é que o tribuno brasileiro passa a ter uma certa sensibilidade para a questão do trabalho, mas ainda sem incorporar parâmetros interventivos no contrato de emprego, única solução efetiva para garantir certa autonomia real para os prestadores de serviços.

Em síntese, o pensamento da República Velha, quer o oficial, quer a oposição institucional existente, nada desse pensamento incorporava ou reverenciava, de maneira significativa, consistente, a ideia do trabalho e, principalmente, do valor trabalho⁽⁷⁾.

A singularidade e a contradição brasileira continuariam a mostrar sua presença na fase imediatamente seguinte. Afinal, quando a matéria trabalhista, o valor trabalho passa a ser importante efetivamente do ponto de vista institucional no Brasil, que é a partir de 1930 e período subsequente, temos uma das mais férreas ditaduras no país. Este, a propósito, é período de especial concentração de pesquisas e estudos da grande historiadora aqui presente, Ângela de Castro Gomes, o Estado Novo (1937-45), período ditatorial de certo modo já antecipado com o *estado de sítio* de 1935⁽⁸⁾. Vejam que fenômeno curioso: quando

(5) MORAIS, Fernando. *Chatô — o rei do Brasil, a vida de Assis Chateaubriand*. 3. ed. reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2004 (a edição original é de 1994).

(6) GUIMARÃES, Juarez Rocha. *A esperança equilibrada — o governo Lula em tempos de transição*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

(7) SOUZA, Letícia Godinho de. *Direito do trabalho, justiça e democracia — o sentido da regulação trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2006.

(8) São obras da historiadora, ilustrativamente: GOMES, Ângela de Castro. *A invenção do trabalhismo*. Rio de

o trabalho no Brasil passa a ser efetivo valor social, efetivo valor cultural, quando as instituições brasileiras passam a considerar, com respeito e proporcionalidade, a questão do trabalho, estamos imersos em uma ditadura.

Ora, essa equação torna-se um problema, obviamente, para a questão democrática; desponta um momento relevante de anteposição da emergência do trabalho com a questão democrática. E a ideia de cidadania no Brasil também surge com algumas amarras que são difíceis de serem desprendidas, conforme a história brasileira posterior irá demonstrar. Daí até ter surgido a expressão — que me parece feliz, embora possa também ser criticada — do cientista político Wanderley Guilherme dos Santos, de que no Brasil nós temos uma *cidadania regulada*, porque na verdade quem passa a ser titular de direitos na ordem jurídica brasileira, a partir da sociedade organizada e do Estado organizado em 1930, é quem se insere nesta sociedade do *trabalho regulado*⁽⁹⁾. É uma sociedade que inclui, sem dúvida, embora também mantenha importante exclusão dos segmentos populares, a saber os habitantes da imensa área rural brasileira (sem contar os trabalhadores domésticos).

Vamos rememorar algo da política trabalhista de Vargas: uma política avançada sob o ponto de vista de direitos sociais, de inclusão social (ressalvados o campo e o segmento doméstico), mas não sob o ponto de vista político-institucional. De certo modo, também tinha evidentes limitações até mesmo na seara dos direitos coletivos trabalhistas, embora fosse

avançada no plano do Direito Individual do Trabalho. No plano coletivo, o império do autoritarismo vicejava, uma vez que a liberdade e a autonomia sindicais eram incompatíveis com o modelo jurídico sindical então estruturado.

Temos aí uma contradição — ou, quem sabe, melhor dizendo, uma *característica* — que vai perpassar toda nossa evolução subsequente, criando inegáveis dificuldades não só para os analistas da história brasileira, os pesquisadores da lógica de nossas instituições, como também para os práticos, os agentes políticos, inclusive aqueles dotados de reais afinidades e preocupações democráticas e populares. Foram dificuldades, em suma, presentes no desenrolar de toda uma geração.

Reconheço que minha geração teve grande dificuldade em entender com clareza este problema. A dissociação, em certo momento, entre democracia, cidadania e valor trabalho gerou impasses analíticos inegáveis. Parte importante de nossa geração não conseguiu, *ao menos por certo tempo*, ver a compatibilização entre democracia e o modelo trabalhista brasileiro. Participei também da banca examinadora de outra Tese de Doutorado, de uma brilhante economista, que assessora importantes sindicatos brasileiros há cerca de 15 anos, sendo integrante do DIEESE, Regina Camargos, que demonstrou como, durante a década de 1980 e início dos anos 90, a mais combativa corrente do sindicalismo brasileiro, na época, evidenciava profunda dificuldade na compreensão do papel progressista e incluyente do Direito do Trabalho na sociedade capitalista brasileira⁽¹⁰⁾. Mesmo relativamente ao Direito Individual do Trabalho, preservadas as críticas ao Direito Sindical. É que o viés autoritário que presidiu a primeira fase de estruturação desse ramo jurídico nos anos de 1930/40 fazia descer um manto impenetrável de censura sobre toda a obra normativa e institucional construída.

Janeiro: Vértice, 1988; *Ministério do Trabalho: uma história vivida e contada*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2007; *Memória da Justiça do Trabalho — trajetórias de Juízes* (em colaboração com Elina Gonçalves da Fonte Pessanha). Porto Alegre: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2010. A autora tem direcionado seus estudos ao sistema trabalhista do Brasil, inclusive também com respeito à estrutura, composição e papel da Justiça do Trabalho.

(9) A referência bibliográfica é: SANTOS, Wanderley Guilherme. *Cidadania e justiça — a política social na ordem brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1987. A edição original do livro é de 1979.

(10) CAMARGOS, Regina Coeli Moreira. *Negociação coletiva — trajetória e desafios*. Belo Horizonte: RTM, 2009.

Felizmente essa simplificação analítica foi superada no contexto dos embates políticos e ideológicos dos anos de 1990. Hoje compreende-se com clareza a importância do Direito do Trabalho, especialmente do Direito Individual do Trabalho, para a democracia, a cidadania e a afirmação do valor trabalho em nosso país. Porém, esse ajuste de reflexão, tempos depois, não afasta a perplexidade de se ter pensado que o *pecado original autoritário* dessa ordem jurídica necessariamente pudesse comprometer toda sua validade mesmo décadas depois.

É claro que não é razoável, em contrapartida, deflagrar-se, hoje, uma revisão histórica ingênua e acrítica, produzindo-se uma *releitura* da História que negue a existência dos anos de ditadura encerrados em 1945. Claro que houve a ditadura Vargas, houve tortura, toda a violência e todo o obscurantismo característicos de qualquer ditadura — como se sabe uma das piores construções do ser humano, inclusive em decorrência da quase inevitável simplificação que produz em nossas mentes e reflexões. Todavia, esse fato autoritário abominável original não elide a importância da ordem jurídica trabalhista do país como o mais significativo instrumento de inclusão social e econômica de parte importante da população despossuída de riqueza e de poder durante aquela fase histórica e períodos subsequentes.

Em síntese: nesse quadro de perplexidade, setores manifestamente progressistas e democráticos chegaram a pensar, durante a década de 1980 e início dos anos 1990, no combate integral à legislação trabalhista, ao suposto de que seria incompatível com a construção democrática no país e com a pretendida autonomia dos segmentos dos trabalhadores.

A fase de perplexidade, felizmente, já não existe mais. Vividos quase 25 anos de intensa prática democrática no Brasil contemporâneo, desde os anos de 1980, e vencida a primeira década do século XXI, já se formou significativa compreensão acerca da importância de se resgatar a tríade clássica entre *democracia*, *cidadania* e *valor trabalho*.

Em síntese: a ideia de *democracia* mantém-se como fundamental; ela passa, entretanto, necessariamente, pela ideia de *cidadania*. Esta, por sua vez, é, naturalmente, multifacetada. Fica claro, porém, nessa multiplicidade de facetas, que a cidadania não se realiza, não se completa, *para a maioria das pessoas*, caso não envolva o mundo do trabalho, o *valor trabalho*, porque o trabalho, *especialmente em sua forma empregatícia*, mantém-se como a única maneira de a grande maioria das pessoas firmar-se na vida econômica e social. É que, excetuadas as pessoas com dom muito especial ou inseridas em posição econômica manifestamente favorável, grande parte dos indivíduos têm de se afirmar pelo trabalho e, particularmente, pelo emprego; não há outro caminho, ainda não se descobriu outro caminho relevante e genérico de afirmação social das pessoas.

Então, hoje me parece que estamos aparentemente caminhando para um reencontro com aquela tradição que foi bastante mais firme, um pouco mais homogênea, dentro do pensamento social, político e cultural europeu, ou seja, *uma inter-relação direta entre a ideia de democracia, a ideia de cidadania — multifacetada essa ideia, multidimensional essa ideia —, e, no seu interior, com força pujante, a ideia do trabalho, especialmente o emprego, a ideia da realização das pessoas pelo mundo do trabalho, com destaque para o emprego*. Naturalmente, quer se referir aqui a emprego que incorpore os ganhos de produtividade dos avanços tecnológicos e organizacionais, emprego com menor duração temporal do que no passado recente, mas emprego como principal instrumento de afirmação da grande maioria dos seres humanos na sociedade capitalista.

As perspectivas que vejo para esta inter-relação entre democracia, cidadania e trabalho no Brasil são otimistas. A minha geração, por exemplo, demorou a entender o significado dos símbolos da pátria, porque vivíamos numa ditadura, os símbolos da pátria eram absorvidos pela ditadura e por ela insistentemente

manipulados. Demoramos a entender a importância desses símbolos, a entender a importância da ideia de nação. Hoje a minha geração aprendeu muito, sendo que a conquista da democracia e estes mais de 25 anos de sua vivência firmaram nossa mais profunda convicção nessa área.

Vejo também notável evolução nos segmentos ligados ao mundo do trabalho, uma evolução que é das mais belas. Um amadurecimento rápido em torno do aprendizado da vivência social. Aquilo que Norberto Bobbio⁽¹¹⁾ criticava no pensamento de esquerda, que era a ausência de um pensamento democrático, de uma compreensão de Estado em sua feição democrática, eu creio que isso hoje, felizmente, no caso brasileiro principalmente, está superado, ou seja, está-se compreendendo que em uma sociedade democrática a ordem jurídica é para todos e não apenas para os setores que detêm o controle do processo econômico central na sociedade. A lei pode ser significativamente democrática — visão que minha geração não tinha, na época, porque a lei era da ditadura e achávamos que o Estado era a ditadura, a lei era a ditadura. Percebo que isso era uma simplificação quase infantil, mas inevitável para quem teve as portas arrombadas pelo poder violento, autoritário e truculento de uma ditadura. Esse amadurecimento é também uma conquista de toda uma geração.

Eu sou otimista também no Direito e na jurisprudência. O avanço jurisprudencial parece-me muito claro, especialmente em nossa área temática.

Dou um exemplo prático desse avanço jurisprudencial: os poderes da negociação coletiva, incertos e algo erráticos no passado recente,

particularmente na década de 1990, estão hoje bastante mais firmes e, ao mesmo tempo, *adequadamente delimitados*. A jurisprudência contemporânea tem mais clareza de que a negociação coletiva é fundamental, é um poder da sociedade, é uma decisiva descentralização de poder. Porém, está também compreendendo que ela, *como qualquer poder, tem de possuir limites*, por não haver sentido, dentro de um cenário regido pela tríade *democracia, cidadania e valorização do trabalho*, não haver sentido a que se confirmem prerrogativas absolutas e irrefreáveis à sociedade civil, a ponto de esta, por alguma razão, franquear instrumentos para efetiva subvalorização do trabalho das pessoas. *A negociação coletiva não pode ser instrumento de regressão cultural, mas de avanço cultural, avanço econômico, avanço da cidadania*. É evidente que ainda persistem alguns pontos fora da curva nessa evolução jurisprudencial, mas, regra geral, são produtos de concepções antigas, já superadas; hoje tem claramente prevalecido uma direção interpretativa que evidencia um amadurecimento de nossa sociedade e de nosso Direito, traduzindo um reencontro e superação de nós mesmos em face desses fantasmas do passado⁽¹²⁾.

5. Conclusão

Há conceitos cardeais à construção de concepções hoje dominantes no pensamento jurídico, tais como *Estado Democrático de Direito* e *direitos fundamentais da pessoa humana*. Concepções que demarcam o cerne da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

(11) São obras do jurista, filósofo e cientista político italiano, ilustrativamente: BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982; *Direita e esquerda — razões e significados de uma distinção política*. São Paulo: UNESP, 1995; *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992; *Estado, governo, sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987; *O futuro da democracia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986; *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

(12) As mudanças na jurisprudência do TST, aprovadas na sessão plenária de 24 de maio de 2011, são uma demonstração do acerto da afirmação anteriormente feita. Por exemplo, foram canceladas a Súmula n. 349, o item II da Súmula n. 364 e a Orientação Jurisprudencial Transitória n. 4 da SDI-I do TST. Tais verbetes interpretativos autorizavam a flexibilização *in pejus* de normas legais imperativas pela negociação coletiva trabalhista — posição que já não mais expressava o pensamento dominante na jurisprudência nos últimos anos (tais verbetes eram, desse modo, alguns dos pontos fora da curva mencionados na palestra realizada em outubro de 2009 no TRT-MG).

Entre esses conceitos destacam-se o de *democracia*, o de *cidadania* e o de *valor trabalho* (isto é, trabalho como valor).

A trajetória dessas realidades e conceitos no Brasil não foi idêntica à percebida na matriz europeia ocidental, entretanto.

Nos principais países europeus ocidentais, especialmente aqueles que primeiro vivenciaram a experiência das revoluções liberais e do sistema econômico capitalista, como Inglaterra e França, a construção da democracia e o exercício crescente da cidadania foram fenômenos relativamente contemporâneos à própria afirmação do valor trabalho naquelas economias e sociedades.

Em contraponto a isso, no Brasil, a democracia manteve-se como indissimulável enigma histórico ao longo de várias décadas do século XX, despontando com maior clareza apenas no curto interregno entre 1945 e 1964, para adquirir foros de efetiva afirmação somente a contar de 1985 e subsequente Constituição de 1988. Contudo, aqui o valor trabalho passou a ter significativa relevância a contar da Revolução de 1930, embora essa época não pudesse ser enquadrada como ilustração preferencial da afirmação democrática.

O próprio conceito e a realidade da cidadania, embora apresentando-se durante a fase da República Velha, melhor se destacaram também a contar da Revolução de 1930, em período fortemente demarcado por práticas e visões autoritárias.

Essas vicissitudes e peculiaridades inerentes ao desenvolvimento de tais realidades e conceitos no país não desmerecem, porém, seu significado na História brasileira.

Muito menos são capazes de diminuir sua relevância na construção e efetivação do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais da pessoa humana nas sociedades civil e política deste país.

Passadas mais de duas décadas da construção e vigência da Constituição de 1988, já desponta maturidade teórica e histórica para se compreender a assimilação constitucional das características do desenvolvimento político, social, econômico e cultural do país, de modo a incorporar, na melhor medida, esses três conceitos cardeais, integrando-os à direção normativa da Carta Magna em torno dos direitos fundamentais da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito.

Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT): reflexões sobre a Lei n. 12.440/2011

Luciano Athayde Chaves^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A ideia da CNDT e seu processo legislativo
- ▶ 3. Fundamentos para realçar a importância e utilidade da CNDT
 - ▶ 3.1. Valorização do trabalho humano e proteção ao patrimônio público
 - ▶ 3.2. Da coerência da exigência da CNDT no panorama da Lei de Licitações
 - ▶ 3.3. Do caráter complementar da CNDT em relação ao débito previdenciário e em relação aos débitos para com a União (execução de multas)
 - ▶ 3.4. A CNDT e o princípio do acesso à justiça
- ▶ 4. A Lei n. 12.440/2011 e a CNDT
 - ▶ 4.1. A topologia da CNDT na CLT e na Lei das Licitações
 - ▶ 4.2. Sobre a expedição gratuita e eletrônica da CNDT
 - ▶ 4.3. Das pessoas potencialmente interessadas na obtenção da CNDT e dos sujeitos passivos de inclusão no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT)
 - ▶ 4.4. Da natureza jurídica da CNDT e do caráter dinâmico de sua base de dados
 - ▶ 4.5. Do conceito de inadimplemento tomado pela Lei n. 12.440/2011: aspectos teóricos e práticos
 - ▶ 4.5.1. Sobre o (in)adimplemento de obrigações contidas em títulos judiciais
 - ▶ 4.5.2. Sobre o (in)adimplemento de obrigações contidas em títulos extrajudiciais: acordos perante o Ministério Público do Trabalho e Comissões de Conciliação Prévia e outras hipóteses não expressamente referidas na Lei n. 12.440/2011

(*) Juiz do Trabalho da 21ª Região (RN). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito Processual do Trabalho e de Hermenêutica e Teoria da Argumentação Jurídica da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. E-mail: <lucianoathaydechaves@gmail.com>.

- ▶ 4.6. Da certidão positiva de débitos trabalhistas com efeitos de certidão negativa (CPDT-EN)
 - ▶ 4.6.1. Dos débitos garantidos por penhora suficiente
 - ▶ 4.6.2. Das causas de (in)exigibilidade do título em relação a débitos trabalhistas
 - ▶ 4.6.3. Da (in)exigibilidade do título em relação à execução das contribuições sociais
 - ▶ 4.6.4. Da (in)exigibilidade do título em relação à execução de créditos não tributários
- ▶ 5. O Banco Nacional de Devedores Trabalhistas
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

“A exigência de exibição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas — CNDT, nas hipóteses descritas na presente proposição, objetiva, pois, imprimir maior garantia à efetividade dos Direitos Sociais previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária.”

(Da Justificativa do PLS n. 7077/2002)

1. Introdução

Tornou-se saturada a constatação de que o processo de natureza cível revela uma face bastante dura da morosidade processual, em geral, nomeadamente na fase de execução dos julgados.

Ainda que se trate de um fenômeno multifatorial, muitas vezes com o concurso dos próprios atores do processo, como bem apontou Boaventura de Sousa Santos (*Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007)⁽¹⁾, a percepção geral e as estatísticas⁽²⁾ apontam para um diagnóstico bastante

grave e que merece todo o esforço da comunidade e da sociedade em geral para sua superação ou, pelo menos, sua redução a níveis aceitáveis, já que me parece deveras utópico alimentar a ideia de um sistema processual livre de qualquer obstáculo.

Trata-se, por outro lado, de um desafio à força normativa da Constituição Federal que, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, deixou ainda mais evidente a necessidade de se estabelecer uma jurisdição como dever do Estado, sendo imperiosa a satisfação de suas decisões — incluindo-se, nesse conceito, a entrega efetiva do bem da vida tutelado — num prazo razoável e com o uso de todos os

fase de conhecimento e de expressivos 84% na fase de execução. É dizer, nessa última, “de cada 100 processos que tramitaram, em 2010, aproximadamente, 84 não tiveram sua baixa definitiva alcançada” (item 2.2.6 da versão resumida). A Justiça do Trabalho, de cariz nomeadamente mais efetiva nesse campo, contribui para a construção da taxa global de congestionamento com 67.8%, abaixo dos índices da Justiça Estadual (86%) e Federal (85%). Porém, o índice de 2010 é superior àquele de 2009, quando a Justiça do Trabalho apresentou uma taxa de congestionamento para essa fase em torno de 66.8%. Ainda que o perfil da Justiça do Trabalho mostre uma performance melhor nesse aspecto jurisdicional, trata-se de um dado extremamente preocupante, isso se tomamos em conta os interesses em jogo nos processos trabalhistas e a urgência que clama sua solução.” (CHAVES, Luciano Athayde. Todo o esforço da Justiça não conseguiu gerar eficiência. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 2 set. 2011.)

- (1) Explorei esse conceito de forma mais aprofundada, e com algumas reflexões normativas e empíricas, em CHAVES, Luciano Athayde. *Estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 253 e ss.
- (2) Sobre as taxas de congestionamento na Justiça brasileira, em especial na fase de execução, de acordo com o Relatório Justiça em Números de 2010 (Conselho Nacional de Justiça), observei: “são preocupantes, contudo, os indicadores inerentes à chamada taxa de congestionamento, que diz sobre a capacidade de solução dos casos em tramitação. Se nos limitarmos ao Primeiro Grau de jurisdição, essa taxa é de 58% na

meios idôneos para a obtenção desse resultado (art. 5º, LXXVIII, CF).

Nesse desiderato, temos assistido, nos últimos tempos, uma série de reformas no Código de Processo Civil, de que são paradigmáticos exemplos as Leis ns. 11.232/2005 (cumprimento da sentença) e 11.382/2006 (execução de títulos extrajudiciais), com a inovação de procedimentos que ainda são objeto de progressiva incorporação na praxis judiciária.

Não estou entre aqueles que creditam toda a sorte de melhoria na prestação jurisdicional às mudanças de regulação processual, até porque os grandes progressos de efetividade têm sido resultados de experimentalismos hermenêuticos conectados com as reais necessidades do processo e sua estreita correspondência com o caráter instrumental que ele ostenta em face do direito material⁽³⁾.

Isso não significa que não se deva empreender esforços para as mudanças na legislação processual, dotando-se o tecido normativo de ferramentas que possam traduzir valores de maior eficiência ao exame e efetivação das tutelas jurisdicionais.

Em ação combinada, essas duas dimensões do Direito Processual do Trabalho podem produzir um resultado muito melhor.

No Processo do Trabalho, de baixa envergadura foram as alterações legislativas no período recente⁽⁴⁾, e menos ainda relacionadas com a efetividade da fase de cumprimento da sentença, merecendo destaque a Lei n. 12.275/2010, que passou a exigir, para o recursos de

agravo de instrumento, depósito recursal correspondente a 50% do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar (nova redação do § 7º do art. 899 da Consolidação das Leis do Trabalho). Trata-se de uma medida bastante interessante, tanto sob o ponto de vista da racionalização das taxas de recorribilidade, como também de efetividade processual, na medida em que o depósito representa um importante avanço de liquidez na eventual estabilização da tutela condenatória.

Pretendo, neste estudo, examinar uma outra inovação: a **Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas** (CNDT), instituída pela Lei n. 12.440/2011, suas origens e seu potencial de servir, como ferramenta auxiliar, à efetividade processual, nomeadamente como meio indireto a promover uma coerção sistêmica sobre o executado, em ordem a compeli-lo a cumprir com a obrigação retratada no título exequendo.

Publicada a Lei em 8 de julho de 2011, sua *vacatio legis*⁽⁵⁾ se estende por 180 (cento e oitenta dias), na forma do seu art. 4º, o que projeta a vigência da norma a partir de **4 de janeiro de 2012**.

Também é objetivo deste estudo expor algumas reflexões sobre a regulamentação da CNDT levada a efeito pelo Tribunal Superior do Trabalho (Resolução Administrativa n. 1.470, de 24 de agosto de 2011), e que, dentre outros aspectos, instituiu o **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas** (BNDT), banco

(3) Não é por outra razão que observei que diversas “inovações” trazidas pelas reformas no Código de Processo Civil de 2005 e 2006 já eram de larga faticidade na Justiça brasileira (cf. CHAVES, Luciano Athayde. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos sobre o direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007).

(4) Para uma consulta sobre mudanças legislativas no Processo do Trabalho nas duas últimas décadas, consultar também BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho: adaptação à contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2011. p. 17-8. No rol trazido à baila nessa pesquisa, constam as leis de alteração processual na área trabalhista até a Lei n. 11.925, de 14 de abril de 2009.

(5) No Direito brasileiro, as regras de vigência das leis encontram-se reguladas na Lei Complementar n. 95/1998, que dispõe: “Art. 8º A vigência da lei será indicada de forma expressa e de modo a contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão. § 1º A contagem do prazo para entrada em vigor das leis que estabeleçam período de vacância far-se-á com a inclusão da data da publicação e do último dia do prazo, entrando em vigor no dia subsequente à sua consumação integral [...]”. Logo, na espécie, o prazo da *vacatio legis* começa a fluir da data da publicação da Lei n. 12.440/2011 do Diário Oficial da União (Seção 1), ou seja, 8.7.2011, inclusive, e se exaure em 3.1.2012, inclusive, passando a produzir seus efeitos jurídicos em 4.1.2012.

de dados eletrônico sobre o qual se edifica a plataforma unificada de expedição da CNDT.

Antes, porém, procurarei apresentar um diagnóstico da concepção da CNDT e do respectivo processo legislativo que culminou com a Lei n. 12.440/2011, discorrendo, também, sobre os aspectos jurídicos (teóricos e práticos) que envolvem essa ferramenta, substrato que, mais adiante, será de grande utilidade para o enfrentamento hermenêutico das questões controvertidas que encontraremos no binômio da sua interpretação/aplicação.

Por certo que não se tem presente o objetivo de esgotar todos os aspectos que envolvem a CNDT e sua regulamentação legal. Quando estamos diante do novo — ainda não submetido, portanto, à experiência de que se nutre o Direito para assentar seus paradigmas, seus limites e suas necessidades —, é de se esperar a incompletude de qualquer investigação, que deve se somar a outras para obter um otimizado nível de compreensão desse novo instituto.

2. A ideia da CNDT e seu processo legislativo

Não é recente a reflexão em torno da CNDT, em especial se tomarmos em conta que o Estado brasileiro, há muito se vale desse mecanismo de coerção sobre os devedores de tributos e contribuições.

Há uma farta legislação em vigor que obriga empresas e pessoas naturais a oferecerem certidões negativas de débitos para exercer atos da vida civil e comercial tutelados pelo Estado. Sem elas, não se pode alienar ou onerar imóveis, encerrar atividades comerciais, celebrar contratos de financiamentos com instituições públicas, ter acesso a determinadas funções públicas, obter alvarás de funcionamento ou “habite-se”, dentre outras situações que se tornaram muito presentes no imaginário e no cotidiano da sociedade brasileira⁽⁶⁾.

(6) Aqui não se trata apenas de certidões tributárias, em sentido estrito, mas também certidões de créditos

Merece especial registro a exigência também de certidões para a celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços para o Poder Público, de que tratam os arts. 27 e 29 da Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações), e dos quais destaco os seguintes dispositivos (na redação anterior à Lei n. 12.440/11):

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

IV – regularidade fiscal.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II – prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

Como se pode observar, pelo menos no que se refere às licitações públicas, a habilitação do interessado em fornecer bens e serviços à Administração Pública sempre passou pela demonstração da quitação de todos os débitos para com os três níveis da Fazenda Pública (inciso III, art. 29), para com a Seguridade Social e o FGTS.

No que se refere à prova de quitação de obrigações quanto ao FGTS, trata-se de aspecto da regularidade fiscal acrescido pela Lei n. 8.883/1994, mas de baixa efetividade, pois não foi instruído com nenhuma ferramenta de checagem dos débitos em tramitação na Justiça

previdenciários, não tributários e até para com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS.

do Trabalho, mas somente aqueles anotados pela Caixa Econômica Federal e pelo Ministério do Trabalho, em atuação administrativa.

De outro lado, no tocante à prova da regularidade junto à Seguridade Social, a ordem jurídica estabeleceu uma importante regulamentação para a Certidão Negativa de Débito (CND), de que se ocupa o art. 47 da Lei n. 8.212/91, fixando também sua exigência, para além das licitações públicas, em situações como recebimento de incentivos fiscais, alienação ou oneração de imóveis, alterações no quadro societário das empresas e nas alterações do seu capital e nas mudanças societárias ou empresariais, na averbação de obra de construção civil, dentre outras.

Todo esse arcabouço de garantia à efetividade da ordem tributária, incluídas nesse contexto as contribuições sociais, contrastava com uma circunstância no mínimo paradoxal: **nada obstante seu caráter de crédito alimentar e privilegiado, os direitos trabalhistas não gozavam de semelhante ferramenta de coerção**, em ordem a preservar a promover a eficácia da legislação do trabalho.

Por essa razão, sobre a necessidade de uma ferramenta desse jaez para a proteção do tecido normativo trabalhista, anotei, em outra oportunidade:

Temos todos no Brasil a impressão de que, por ser privilegiado segundo o Código Tributário Nacional, o crédito trabalhista é sempre pensado em primeiro plano, ou seja, é sempre priorizado pelos diversos sistemas de controle que integram a complexa burocracia pública. **A realidade, porém, é bem diferente.**

Para que uma empresa, por exemplo, possa participar de licitações públicas de qualquer valor, receber financiamentos públicos, alterar bases sociais e onerar seu patrimônio, é necessário, basicamente, apresentar as certidões negativas de débitos previdenciários e fiscais, exigência legal em vigor há mais de uma década. No entanto, **pode ser**

tal empresa uma contumaz devedora na Justiça do Trabalho, porquanto ainda não há qualquer norma que obrigue a comprovação de regularidade trabalhista para praticar importantes atos da vida empresarial, especialmente aqueles vinculados com o Poder Público.

Noutras palavras, **é mais cômodo ser devedor trabalhista do que devedor junto ao Fisco Municipal, Estadual ou Federal** (e, quanto a este último, consideremos também aquele que tem dívidas com o INSS), já que as restrições legais para o inadimplente trabalhista são infinitamente menores, sem falar nos juros trabalhistas que estão em patamares bem distantes da taxa SELIC cobrada pela Fazenda Pública Federal, por exemplo.

Cuida-se de uma **gritante distorção, despi-da de qualquer fundamento conceitual**, na medida em que o crédito trabalhista, por seu caráter alimentar e sua posição privilegiada até mesmo diante do crédito previdenciário, deveria receber maior controle das autoridades públicas, num movimento integrado de proteção social ao cumprimento da legislação trabalhista e às decisões emanadas dos diversos órgãos da Justiça do Trabalho (CHAVES, Luciano Athayde. Em busca da efetiva proteção do crédito trabalhista. *Jornal Correio Braziliense*, Brasília, Distrito Federal, 2003).

E nesse contexto que se começou a pensar⁽⁷⁾ em dotar o direito do trabalho de uma ferramenta de coerção indireta, à semelhança da CND e de outras modalidades de verificação de inadimplência, que, como mecanismos

(7) Sobre o potencial de eficácia de uma certidão negativa trabalhista e a defesa de sua instituição *de lege ferenda*, destaco os seguintes textos: SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. *Por uma execução trabalhista mais eficaz*. Disponível em: <www.trt21.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2001; CHAVES, Luciano Athayde. O processo de execução trabalhista e o desafio da efetividade processual: a experiência da Secretaria de Execução Integrada de Natal/RN e outras reflexões. *Revista LTr*. Legislação do Trabalho, v. 65, p. 1450-1458, 2001.

inseridos num sistema, acabam estimulando o cumprimento voluntário da norma ou o atendimento do comando administrativo ou judicial para a satisfação da respectiva obrigação.

E o projeto que resultou na criação da CNDT (PL n. 7.077/2002) sequer foi o primeiro a sugerir essa ferramenta.

Merece destaque o Projeto de Lei n. 1.454/1996, de autoria do então Deputado Federal Paulo Paim, que buscava modificar o referido art. 29 da Lei n. 8.666/1993 (Lei das Licitações), a fim de exigir, quando da apresentação da documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, certidão negativa da existência de débitos para com os empregados ou ex-empregados, decorrentes de sentenças trabalhistas transitadas em julgado, expedida pelo setor competente da Justiça do Trabalho, lançando mão de fundamentos semelhantes àqueles utilizados mais adiante no PL n. 7.077/2002.

Sucede que essa proposição não chegou a avançar em sua tramitação. Nada obstante, continuavam muito presentes as fontes materiais que reforçavam o paroxismo entre a (des)proteção do crédito trabalhista e o crescente uso das certidões tributárias no seio das relações sociais.

Forte nesse diagnóstico, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), em 2002, aprovou sugestão de sua Comissão Legislativa e encaminhou ao Congresso Nacional o anteprojeto de lei sobre a matéria, dispondo sobre a CNDT de forma mais ampla do que fizera o PL n. 1.454/1996, e muito próximo da realidade normativa da certidão previdenciária.

O anteprojeto foi encampado e apresentado pelo então Senador Moreira Mendes, na forma de Projeto de Lei do Senado Federal (PLS), de proposição individual, tombado sob o n. 7.077/2002⁽⁸⁾, de cuja justificativa transcrevo alguns trechos:

(8) A íntegra do projeto originalmente apresentado pode ser obtida em consulta nos Portais do Senado Federal e da Câmara dos Deputados na *internet*.

O presente projeto visa corrigir uma **enorme distorção** existente no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, embora seja considerado privilegiadíssimo, **o crédito trabalhista não tem sido protegido** pelos mecanismos de fiscalização indireta criados para reduzir a inadimplência junto à Fazenda Pública e ao Instituto Nacional do Seguro Social. Noutras palavras, a ordem jurídica em vigor impõe um maior controle sobre créditos que, embora privilegiados, não ostentam a preferência de pagamento atribuída aos créditos de natureza trabalhista (art. 186, Código Tributário Nacional), de caráter eminentemente alimentar. Não é razoável que, por exemplo, contratantes com o Poder Público cuidem, apenas, de regularizar sua situação com a Fazenda Pública e com os órgãos previdenciários, simplesmente relevando a preferência legal de satisfazer as dívidas trabalhistas e **majorando, sobremaneira, o número de feitos não solucionados em definitivo pela Justiça do Trabalho**.

O projeto também visa complementar as restrições legais previstas na Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, no que concerne ao devedor da Previdência Social. Isso porque, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998, a Justiça do Trabalho passou a executar, de ofício, as contribuições previdenciárias devidas em razão de suas sentenças (art. 114, § 30, CF). Logo, sem a certidão ora proposta, os devedores da Previdência Social não estariam inteiramente identificados apenas com a emissão da certidão já costumeiramente fornecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Outro objetivo colimado pela presente proposição é o de exibir fraudulentas alterações sociais nas empresas, muitas vezes fazendo integrar pessoas humildes e insolventes no quadro societário, justamente quando estão sendo executadas pela Justiça do Trabalho, num fenômeno denominado pelas hostes trabalhistas de ‘golpe do sócio pobre’.

A exigência de exibição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas — CNDT, nas

hipóteses descritas na presente proposição, objetiva, pois, **imprimir maior garantia à efetividade dos Direitos Sociais previstos na Constituição Federal e na legislação ordinária.**

Por outro lado, espera-se, também, que a instituição da CNDT seja uma importante ferramenta na resolução dos processos trabalhistas **em fase de execução**, na medida em que estimulará a celebração de acordos, permitida em qualquer fase do processo, ou mesmo o pagamento das vantagens salariais, ou indenizações trabalhistas obtidas pelo trabalhador por sentença transitada em julgado, ou mediante título extrajudicial com força executiva.

Aprovado, na forma como apresentado originalmente, pelas Comissões do Senado Federal, em caráter terminativo (por se tratar de proposição de Senador da República, na forma do regimento daquela Casa do Congresso Nacional), o projeto seguiu para a Câmara dos Deputados, recebendo o n. 77/2002.

Na Câmara, a tramitação se mostrou mais difícil e demorada, principalmente diante da resistência de setores do Poder Executivo e dos agentes econômicos, fortes na premissa de que a CNDT poderia comprometer a competitividade das empresas, a geração de empregos e a circulação do crédito⁽⁹⁾.

Os atores sociais e políticos envolvidos buscaram o entendimento, em ordem a construir um texto que permitisse sua votação, em caráter terminativo, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, porquanto já aprovado nas demais comissões temáticas.

(9) Esses argumentos foram sistematicamente rebatidos ao longo dos diálogos de construção do consenso em torno da matéria, principalmente porque o sistema de exigência de certidões já existia e não fazia qualquer sentido excluir desse sistema precisamente o rol de direitos mais preservados pela ordem jurídica, nomeadamente os direitos sociais. Competiria a todos os atores sociais e econômicos perceber e prestigiar essa ordem jurídico-social, de modo a enaltecer a responsabilidade social dos agentes econômicos.

O relator da proposta na CCJC, Deputado Luiz Couto, incorporou os ajustes ao texto, o que, na prática, reduziu bastante a ideia original da CNDT, no sentido de se aproximar do perfil da CND previdenciária.

No entanto, a restrição da exigência da CNDT ao terreno das licitações públicas não deixa de ser um importante avanço, pois representa, a meu ver, o início de um processo de valorização dos direitos sociais e da jurisdição trabalhista.

Uma vez concretizado o sistema gerador da CNDT, torna-se mais palatável a ampliação de seu uso, por força de leis futuras, ou mesmo de adesão de seu uso para relações sociais mais sustentáveis e mais comprometidas com a valorização do trabalho.

A aprovação do texto pela CCJC da Câmara ainda não encerrara a longa, demorada e complexa tramitação da matéria. Vários recursos regimentais foram interpostos, com o nítido propósito de obstruir o efeito da decisão terminativa tomada pela CCJC. Somente após longo período de convencimento, houve recuos na posição de diversos parlamentares, o que viabilizou a retirada dos recursos e a remessa do projeto ao Senado, para que fossem examinadas as modificações feitas pela Câmara.

No Senado, desde 2010, a matéria foi encaminhada à Comissão de Assuntos Sociais e depois ao Plenário da Casa, momento em que foi decisiva a posição da Magistratura do Trabalho (notadamente de sua associação nacional) e dos órgãos do Poder Judiciário do Trabalho (em especial do Tribunal Superior do Trabalho) na defesa de sua rápida aprovação, superando resistências pontuais e a ação contrária de grupos de pressão.

Também merece destaque a posição do Ministério da Justiça, por meio da Secretaria da Reforma do Judiciário, que apoiou a aprovação da matéria junto ao Congresso Nacional, notadamente por sua inclusão no *II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo* (firmado em

13.4.2009), na temática envolvendo a *efetividade da prestação jurisdicional*⁽¹⁰⁾.

No final do primeiro semestre de 2011, o Plenário do Senado aprovou o texto que veio da Câmara e encaminhou o projeto à sanção presidencial, que foi aposta em 7 de julho de 2011. No dia seguinte, a Lei n. 12.440/2011 é publicada no Diário Oficial da União, **pondo fim a quase 10 anos de tramitação legislativa**, e cuja rápida recuperação histórica é bastante a revelar a dificuldade que esses temas ostentam para a modernização da legislação procedimental trabalhista.

O texto da legislação, ao incluir o Título VII-A na Consolidação das Leis do Trabalho (*Da prova da inexistência de débitos trabalhistas*) e alterar a Lei n. 8.666/1993, possui o seguinte conteúdo normativo:

Na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 642-A – É instituída a **Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT)**, expedida gratuita e **eletronicamente**, para comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho.

§ 1º O interessado não obterá a certidão quando em seu nome constar:

I – o inadimplemento de obrigações estabelecidas em **sentença condenatória transitada em julgado** proferida pela Justiça do Trabalho ou em **acordos judiciais trabalhistas**, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei; ou

II – o inadimplemento de obrigações decorrentes de **execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia**.

§ 2º Verificada a existência de débitos garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa, será expedida **Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas** em

nome do interessado **com os mesmos efeitos da CNDT**.

§ 3º A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências e filiais.

§ 4º O prazo de validade da CNDT é de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua emissão.

Na Lei n. 8.666/93 (Lei das Licitações):

Art. 27 (...)

IV – regularidade fiscal **e trabalhista**;

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal **e trabalhista**, conforme o caso, consistirá em:

V – **prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho**, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Dispositivo de vigência:

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a data de sua publicação.

Apesar de se tratar, como já assentei, de um texto substancialmente bem mais limitado que a proposta original, não há como negar que se trata de um grande avanço, se avaliada, de forma multifatorial, a existência da CNDT e o potencial intrínseco que essa ferramenta possui.

3. Fundamentos para realçar a importância e utilidade da CNDT

Das premissas delineadas na justificativa do projeto que resultou na Lei n. 12.440/2011, podemos assentar alguns importantes fundamentos que embasam e dão densidade normativa e valorativa à CNDT.

3.1. Valorização do trabalho humano e proteção ao patrimônio público

A defesa da dignidade da pessoa humana do trabalhador e a proteção dos valores sociais do trabalho são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal), sendo, pois, dever do Estado promover medidas que visem a atingir esses elevados

(10) Esse apoio também seria importante para uma serena sanção presidencial do PL n. 7.077/2002, sem qualquer veto.

postulados da República. Nisso consiste o caráter autônomo e conformador da Constituição de um país (cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1991).

Noutras palavras, não adianta enunciar direitos e garantias fundamentais se não adotamos instrumentos eficazes para traduzi-los em ações e políticas públicas voltadas à proteção e à valorização de tais fundamentos.

De outro lado, a própria Ordem Econômica inscrita na Constituição (art. 170) também estatui a valorização do trabalho humano como fundamento. Logo, não é possível que o Estado prestigie a empresa que não valoriza o trabalho humano, contratando com aquelas que sonegam direitos trabalhistas mínimos, muitos dos quais previstos na própria Carta (art. 7º).

De mais a mais, a medida proposta também tem a importante virtude de proteger o patrimônio público.

Sucede que, como mostra a experiência colhida na Justiça do Trabalho, um número cada vez maior de empresas contratadas pelo Poder Público, especialmente as prestadoras de serviços (vigilância, atendimento, limpeza, trabalho temporário, etc.) — cuja atividade cresce em proporção geométrica — deixa de adimplir com suas obrigações trabalhistas, o que tem levado os trabalhadores prejudicados a pleitear perante a Justiça do Trabalho o pagamento de seus direitos mais elementares.

Nessa hipótese, mesmo a despeito do que consta da Lei n. 8.666/1993, a Justiça do Trabalho tem reconhecido a responsabilidade subsidiária da Administração Pública (Súmula n. 331, do Tribunal Superior do Trabalho)⁽¹¹⁾:

(11) A redação da Súmula n. 331 foi alterada pela Resolução n. 174/2011 (DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011), após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16, que cuidou da exegese do art. 71, § 1º da Lei n. 8.666/1993, indicando a não obrigação da Administração Pública em relação às dívidas das contratadas. Por isso, a nova redação do inciso V da Súmula, a qual, no

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I – A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 3.1.1974).

II – A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III – Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.6.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n. 8.666, de 21.6.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

entanto, não parece ter resolvido a questão da subsidiariedade em tela, como se observa da decisão monocrática na Reclamação n. 12.558, publicada em 21.9.2011, da lavra da Minª Cármen Lúcia, que cassou decisão tomada pela 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho já sob o manto da nova redação do inciso V da Súmula n. 331, precisamente por entender que houve ofensa ao decidido na ADC n. 16.

Não é difícil vislumbrar a magnitude do prejuízo experimentado pelos diversos entes da Federação (e, em última análise, pela própria sociedade) em vista desse quadro, mormente quando se sabe que a Administração, em geral, costuma liquidar com suas obrigações contratuais para com a empresa contratada, possuindo esta, portanto, todas as condições de não produzir o dano trabalhista reclamado por seus trabalhadores.

A exigência da CNDT nessas hipóteses constitui uma ferramenta importante para que a Administração Pública não contrate nem renove contrato com empresas que soem descumprir a legislação laboral, protegendo, assim, os interesses da sociedade do trabalho e o próprio patrimônio público.

A partir desse diagnóstico, não me parece ostentar correção argumentativa a frequente assertiva de que a exigência da CNDT pode comprometer a possibilidade de a empresa prestadora de serviços auferir faturamento necessário a adimplir com as dívidas trabalhistas pretéritas, renovando contrato com o Poder Público. A uma, porque não há qualquer certeza de que a empresa utilizará as rendas futuras para o pagamento das dívidas trabalhistas já consolidadas ou cobradas judicialmente. A duas, porque a empresa — já tendo recebido da Administração pelos serviços prestados — descuidou de provisionar as parcelas normalmente incluídas nas planilhas de custo para o pagamento de pessoal (inclusive indenizações), o que revela um precedente desabonador de sua gestão, comprometendo, assim, definitivamente, sua idoneidade financeira e trabalhista.

Eis um quadro que reforça a ideia da CNDT: a realidade atual — que prestigia apenas a proteção, via exibição de certidão, dos créditos fiscais e previdenciários — tem criado uma cômoda situação para as empresas contratantes com o Poder Público: caso não sejam pagos corretamente os direitos dos seus empregados, o Poder Público se responsabilizará por esse passivo.

Não é por outra razão que temos, nos estoques de execuções pendentes de conclusão na Justiça do Trabalho, um número importante de processos que gravitam em torno do problema da terceirização na Administração Pública.

3.2. Da coerência da exigência da CNDT no panorama da Lei de Licitações

Um outro aspecto a considerar diz respeito ao fato de que a Lei n. 8.666/1993, mesmo antes da Lei n. 12.440/2011, já ostenta uma restrição de habilitação (ainda que limitada) à empresa que deixa de observar a legislação trabalhista e é, por conta disso, multada pelos órgãos de fiscalização do trabalho.

Isso porque, como já destacado, dispunha a Lei 8.666/1993, art. 29, que “a documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em: [...]: III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”.

Logo, considerando o que dispõe o art. 642 da Consolidação das Leis do Trabalho, a empresa em débito com a União, justamente por não pagar multa decorrente de descumprimento da legislação trabalhista, a partir da inscrição desse débito na Dívida Ativa da União, também não poderá exibir documento de regularidade exigido pela Lei das Licitações.

Não é, assim, verossímil afirmar que a inobservância dos direitos sociais já não provoca restrição na hora de contratar com o Poder Público. **No entanto, essa restrição, como se vê, era muito tímida até o advento da Lei n. 12.440/2011.**

O que a CNDT propõe é apenas uma extensão desse processo, de maneira que também contemple os débitos da empresa para com os seus trabalhadores ou ex-trabalhadores.

Sem a CNDT, teríamos uma outra conclusão paradoxal e insustentável: o ordenamento pode restringir a contratação com quem não paga ao Estado por descumprir a lei trabalhista,

mas permite contratar com o Poder Público quem não quita com os débitos trabalhistas devidos aos trabalhadores.

Quais os valores que, nas circunstâncias atuais, estaríamos realmente protegendo? Quais os fundamentos constitucionais que estariam sendo observados?

Não é demais reiterar que o crédito trabalhista possui estatura de **privilegiadíssimo** em relação aos demais créditos a que aludia a redação anterior do art. 29 da Lei n. 8.666/1993, notadamente em vista do seu caráter eminentemente alimentar. Consultemos, a propósito, como já sublinhado, o disposto no art. 186, Código Tributário Nacional (“o crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, *ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho*”).

3.3. Do caráter complementar da CNDT em relação ao débito previdenciário e em relação aos débitos para com a União (execução de multas)

Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 20/1998, a **cobrança das contribuições** devidas à Previdência Social sofreu uma importante clivagem, cujos efeitos interferem diretamente na discussão que temos aqui.

A partir de então, ao lado da execução fiscal promovida pela União (após a Lei n. 11.457/2007) junto à Justiça Federal (posteriormente à consolidação e o lançamento do débito pela via administrativa), passou a própria Justiça do Trabalho a executar, em atuação *ex officio*, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, “a” e II, **decorrentes das sentenças que proferir** (art. 114, § 3º, com a redação dada pela Emenda n. 20).

A Emenda Constitucional n. 45 manteve essa regra de competência (art. 114, inciso VIII), consagrando uma exitosa experiência de arrecadação de passivo previdenciário, que dispensa o lançamento administrativo.

É também de destacar que, na forma das Leis ns. 10.035/2000 e 11.457/2007, a União, pela Procuradoria Federal (por delegação da Procuradoria da Fazenda Nacional), participa ativamente de toda a fase de liquidação e execução, sendo intimada dos cálculos (salvo os considerados, por Portaria⁽¹²⁾, como de pequena monta) e podendo recorrer de decisões.

O que nos revela esse quadro? Quais as repercussões da atuação da Justiça do Trabalho em relação à Certidão Negativa de Débitos — CND, prevista no art. 47 da Lei n. 8.212/1991?

É possível observar que a CND apenas contempla, a partir da Emenda n. 20/1998⁽¹³⁾, não alcançando aqueles créditos devidos à Seguridade Social em face de decisões da Justiça do Trabalho, até porque, desde então, os Juízes do Trabalho deixaram de comunicar suas decisões ao INSS, porquanto passaram a executar, de ofício, os créditos devidos à Previdência Social.

Concluimos assim que a **CND não estampa mais todas as dívidas de uma empresa em face da Previdência Social**, já que, pela sistemática atual, **deixa de fora os créditos em execução na Justiça do Trabalho**.

Por essa razão, para o integral cumprimento do contido no art. 195, § 3º da Constituição, a CNDT passa a se constituir uma valiosa ferramenta.

Por fim, anoto que, a par da nova competência atribuída à Justiça do Trabalho, passaram os créditos não tributários da União, decorrentes de lançamento de multas não pagas aplicadas pelos órgãos da fiscalização do trabalho, a ser executados perante a Justiça do Trabalho (art. 114, VII — EC n. 45/2004).

(12) Cf. Portaria MPS n. 1.293/2005.

(13) A partir da edição da Lei Federal n. 11.457/2007, os créditos devidos à Seguridade Social passaram a ser considerados como créditos da União, arrecadados pela Receita Federal do Brasil e não mais pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS. Desde então, compete à RFB a expedição da CND.

Assim, também em relação a esses créditos da Fazenda Nacional, as certidões da Justiça Federal não darão notícia das execuções fiscais processadas em decorrência da atuação dos órgãos de fiscalização do trabalho, **passando a CNDT a ocupar caráter complementar** de informação de débitos no particular.

3.4. A CNDT e o princípio do acesso à justiça

A CNDT, enquanto ferramenta processual, ostenta outro importante mérito: concretizar o princípio constitucional de acesso à Justiça.

Com efeito, a moderna Teoria da Constituição não mais se contenta com a inserção de temas relevantes no chamado conteúdo positivo da Carta Política. Hoje, espera-se muito mais, não somente dos Poderes Públicos, do próprio Poder Judiciário, como também da chamada *sociedade aberta de intérpretes da Constituição* (Peter Häberle).

Quando a Constituição de 1988 enuncia, no rol de direitos fundamentais, o princípio do amplo acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), ela o faz, não na perspectiva da eloquência normativa ou da disponibilização estrutural da Justiça, mas, sobretudo, **pela necessidade de que os direitos sejam efetivamente observados e concretizados**.

O que sucede em nosso país, no entanto, é uma **considerável distância entre o direito anunciado, previsto, legislado e a sua realização prática, sua faticidade ou eficácia** (Bobbio).

No caso do Poder Judiciário Trabalhista, **como podemos identificar esse fenômeno?**

É sensível a dificuldade que possui a Justiça do Trabalho — como de sorte todas as demais — de levar a cabo, no prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF — EC n. 45/2004), a conclusão dos feitos na fase de execução, justamente aquela em que se busca dar efetividade à atividade jurisdicional.

Essa crise de efetividade foi novamente retratada no **Relatório Justiça em Números**, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, relativamente ao ano de 2010, e sobre o qual pontuei, em outro lugar:

São preocupantes, contudo, os indicadores inerentes à chamada taxa de congestionamento, que diz sobre a capacidade de solução dos casos em tramitação. Se nos limitarmos ao Primeiro Grau de jurisdição, essa taxa é de 58% na fase de conhecimento e de expressivos 84% na fase de execução. É dizer, nessa última, “de cada 100 processos que tramitaram, em 2010, aproximadamente, 84 não tiveram sua baixa definitiva alcançada” (item 2.2.6 da versão resumida). **A Justiça do Trabalho, de cariz nomeadamente mais efetivo nesse campo, contribui para a construção da taxa global de congestionamento com 67.8%, abaixo dos índices da Justiça Estadual (86%) e Federal (85%). Porém, o índice de 2010 é superior àquele de 2009, quando a Justiça do Trabalho apresentou uma taxa de congestionamento para essa fase em torno de 66.8%.**

Ainda que o perfil da Justiça do Trabalho mostre uma *performance* melhor nesse aspecto jurisdicional, trata-se de um dado extremamente preocupante, isso se tomarmos em conta os interesses em jogo nos processos trabalhistas e a urgência que clama sua solução. Mas não é uma realidade nova, e uma análise minimamente comprometida com a ciência não pode prescindir da percepção de seu caráter multifatorial. (CHAVES, Luciano Athayde. *Todo o esforço da justiça não conseguiu gerar eficiência*. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 2 set. 2011) (destaques acrescentados.)

Tendo em conta o conceito de taxa de congestionamento, resulta ser predominante que o jurisdicionado obtenha uma vitória na fase de conhecimento do processo, e que essa vitória se transforme em frustração mais adiante,

quando encontramos obstáculos de toda ordem na fase de execução.

É nessa perspectiva que acredito ser a CNDT um valioso instrumento de colaboração para a concretização dos direitos e da própria jurisdição, na medida em que imporá algumas restrições na rotina das empresas que costumam contratar com o Poder Público e em débito para com a Justiça do Trabalho (débitos trabalhistas, previdenciários, sindicais), restaurando, nesse plano, o caráter privilegiado que esses direitos ostentam no nosso atual ordenamento jurídico.

Consequência disso, é de se esperar que as empresas devedoras passem a considerar a possibilidade de buscar solver seus créditos, seja quitando-os, seja procurando os respectivos credores para ajustar uma solução dentro de uma reserva do possível⁽¹⁴⁾, quadro que não é estimulado pelas atuais características da execução trabalhista.

(14) Indico desse modo essa solução porque não parece razoável se partir da premissa de que uma solução negociada, um acordo, nessa fase de cumprimento da sentença seja expressão dos escopos jurisdicionais. Com efeito, nessa altura do processo (quando não mais presente a *res dubia*), somente em situações excepcionais deveria ser possível a chancela de transações em patamares inferiores ao assentado na decisão exequenda, já que seu fiel cumprimento é expressão da restauração da ordem jurídico-trabalhista lesada, que se assenta no preceito da indisponibilidade dos direitos sociais. Sobre o tema do acordo na fase de execução, destaco, ainda, o seguinte excerto: “Aliás, em relação ao acordo homologado no curso da fase de cumprimento da sentença ou execução forçada, paira, a meu juízo, um déficit de investigação científica. Não se tem acúmulo de pesquisa sobre a natureza jurídica desse ato processual. Com efeito, em que pese o disposto no art. 764, § 3º não me afigura razoável conceber que a sentença ou o acordo homologado por sentença, que se constitui o título exequendo, possa, mais adiante, ser simplesmente substituído por um outro título, máxime quando constitui a sentença exequenda decisão judicial revestida da qualidade de imutabilidade inerente à coisa julgada. O art. 794, inciso II do Código de Processo Civil, de referência supletiva, cogita em extinção da execução, mediante transação, o que não implica na celebração de um outro título, mas tão somente na disposição, por recíproca concessão, sobre o objeto da execução [...]” (CHAVES, 2009, p. 132, nota 46.)

4. A Lei n. 12.440/2011 e a CNDT

4.1. A topologia da CNDT na CLT e na Lei das Licitações

A opção de técnica legislativa foi a de inserir a CNDT no corpo normativo da Consolidação das Leis do Trabalho, de acordo com as premissas metodológicas traçadas pela Lei Complementar n. 95/1998, por se tratar de assunto jungido à órbita trabalhista.

E a opção da nova Lei foi a de inserir um título autônomo apenas para tratar da matéria. Como a CLT não está disposta em Livros (como sucede com o Código de Processo Civil), mas apenas em títulos, inseriu-se o Título VII-A, que antecede ao título que trata da Justiça do Trabalho (cf. art. 12, III, “b” da LC n. 95/1998), e que possui apenas um artigo (art. 642-A).

A técnica foi semelhante àquela já utilizada pela Lei n. 9.958/2000, que instituiu o Título VI-A para tratar das Comissões de Conciliação Prévia.

No caso da Lei das Licitações (Lei n. 8.666/1993), atribuiu-se, como se pode observar do texto da Lei n. 12.440/2011, nova redação ao inciso IV do art. 27 e acresceu-se um novo inciso (o V) ao art. 29, primeiro para incorporar ao conceito de “regularidade fiscal” o novo termo “**regularidade fiscal e trabalhista**” (art. 27, inciso IV e cabeça do art. 29).

Em seguida, no rol de documentos a habilitar o interessado à licitação, atinente à *regularidade fiscal e trabalhista*, indica o novo inciso V do art. 29 ser exigida a “prova da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante certidão negativa”, esta expedida nos termos do novo Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

As modificações em ambos os diplomas estão em acordo com a LC n. 95/1998 e se apresentam de forma didática, na medida em que se alojam em diplomas legais de referência quanto à matéria, projetando ampla divulgação e conhecimento pelos atores sociais.

4.2. Sobre a expedição gratuita e eletrônica da CNDT

Logo no art. 642-A, que declara instituída a CNDT, fica estabelecido sua expedição de forma *gratuita e eletrônica*. Esses dois aspectos são muito importantes para o sucesso da ferramenta.

A exemplo de documentos semelhantes, notadamente a *Conjunta de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União*, expedida pela Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 3/2010); e a já mencionada CND, expedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)⁽¹⁵⁾, a CNDT nasce na concepção de obtenção **gratuita** e simplificada, aspecto que lhe **garante amplo acesso**, independentemente de recolhimento de custas e emolumentos.

O segundo aspecto se apresenta também de grande relevo. A expedição na forma eletrônica assegura segurança, rapidez e obtenção facilitada pelas modernas plataformas da tecnologia da informação, ainda que se projete, num primeiro momento, um grande esforço para a formatação e alimentação do sistema que haverá de ser disponibilizado, a partir da regulamentação traçada pela RA n. 1.470/2011, do Tribunal Superior do Trabalho.

A expedição eletrônica também assegura aos interessados a disponibilização da certidão negativa ou positiva de qualquer ponto de acesso aos portais da Justiça do Trabalho, e, em princípio, a qualquer hora, de acordo com a RA n. 1.470/2011, que estabelece: “o interessado requererá a CNDT nas páginas eletrônicas do Tribunal Superior do Trabalho (<<http://www.tst.jus.br>>), do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (<<http://www.csjt.jus.br>>) e dos Tribunais Regionais do Trabalho na internet, as quais manterão, permanentemente, *hyperlink* de acesso ao sistema de expedição” (art. 4º, parágrafo único).

(15) A previsão para a legislação exigir essas certidões remonta, pelo menos, ao Código Tributário Nacional, que trata da matéria nos seus arts. 205 a 208.

E se a expedição eletrônica, de algum modo, não for possível?

Como qualquer base de dados, operada por um sistema, a depender de muitas variáveis (a conexão de transmissão de dados, higidez dos equipamentos, dentre outras condições de infraestrutura), parece-me razoável imaginar que, eventualmente, a expedição eletrônica se encontre, por alguma razão, de longa ou curta duração, indisponível.

Nesses casos, considerando o caráter judicial do documento, parece-me não ser possível afastar do Juiz do Trabalho a hipótese de conhecer e examinar pedido de urgência na expedição do documento, que seria feito do modo tradicional (observando o modelo aprovado pela RA n. 1.470/2011), e desde que seja possível apurar que o(s) débito(s) em discussão seja(m) o(s) único(s) registrado(s) no banco de dados da Justiça do Trabalho, em ordem a salvaguardar a eficácia do art. 642-A, § 3º da CLT.

É que o preceito fundamental da **inafastabilidade da jurisdição** (art. 5º, XXXV, CF) se impõe, por supremacia, aos limites rígidos projetados pela legislação infraconstitucional.

Essa hipótese, portanto, **somente pode ser cogitada em situações excepcionais**, dado que a ordem jurídica protege, em patamar superior, o acesso à justiça e a **obtenção de tutelas judiciais** com o fito de evitar prejuízos iminentes e/ou perecimento de direitos.

Também nessa excepcional situação, entendendo ser possível que a expedição *ope judicis* da CNDT observe **uma modulação do prazo de validade** a que alude o § 4º do art. 642-A da CLT, reduzindo-se o período de validade do documento expedido nessas particulares condições.

Do mesmo modo, eventuais incorreções na base de dados, que impeçam, por razões técnicas ou mesmo por questões jurídicas (como o problema da exigibilidade suspensa, por exemplo), gerar o fornecimento da CNDT ou da certidão positiva com efeitos de negativa

(CPDT-EN, art. 642-A, § 2º), **podem ser examinadas judicialmente (por meio de medidas cautelares, ações ordinárias inominadas e, em alguns casos, pela impetração mandamental)**, em ordem, inclusive, a deliberar pela concessão do documento, devendo o sistema possibilitar a inclusão da determinação judicial⁽¹⁶⁾.

Por isso, diante do **caráter dinâmico** do cadastro, em função da própria mutabilidade das informações, **o sistema de gerenciamento de dados do BNDT deve permitir a rápida alteração da situação do devedor**, em ordem a permitir, por exemplo, uma rápida mudança de sua condição, de modo a não causar prejuízos caso a execução seja integralmente satisfeita ou garantido o juízo; ou na presença de algumas das hipóteses de suspensão da exigibilidade

(como parcelamento da execução das contribuições sociais, por exemplo).

4.3. Das pessoas potencialmente interessadas na obtenção da CNDT e dos sujeitos passivos de inclusão no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT)

Adianto-me em reconhecer o acerto da interpretação dada pela Resolução Administrativa n. 1.470/2011, ao considerar como potenciais sujeitos passivos de inclusão no BNDT (e, portanto, com restrição à obtenção da certidão) as **pessoas naturais e jurídicas** (art. 1º).

A Lei n. 12.440/2011 não limita o destinatário da restrição, conquanto a restrição para atuação na vida civil e empresarial — mais ampla no projeto original — tenha se limitado aos contratos com o poder público.

Sucedo que o inciso XV, art. 6º da Lei 8.666/1993, define como contratado, para efeitos da Lei de Licitações, “a pessoa física ou jurídica signatária de contrato com a Administração Pública”. Por isso, há que se assentar que as pessoas físicas ou jurídicas podem ser demandadas a apresentar sua regularidade trabalhista (art. 27, IV, Lei n. 8.666/1993) por meio da CNDT.

Assim, o devedor constante do título executivo, pessoa natural ou jurídica, deve ser inscrito no respectivo cadastro (BNDT), de modo a gerar uma certidão positiva (CPDT), quando requerida.

Do mesmo modo, os **coobrigados, solidariamente**, constantes do título executivo, deverão também sofrer idêntica restrição.

Na hipótese de **responsabilidade subsidiária**, penso que sua condição de devedor, constante no título exequendo, encontra-se latente, aguardando o benefício de ordem que essa modalidade de obrigação lhe confere. Assim, embora ostente a qualidade de devedor, o título se encontra sem a condição de exequibilidade em face do seu patrimônio, enluvando, assim, a hipótese de **concessão da Certidão Positiva**

(16) O cenário da jurisprudência é rico em precedentes sobre a judicialização do problema da expedição de certidões semelhantes à CNDT. Eis apenas ilustrativos exemplos: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS — CND OU POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA — CPD-EN. PEDIDO DE REVISÃO FORMULADO PELO CONTRIBUINTE SOB A ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO FISCAL. PENDÊNCIA DE RESPOSTA DO FISCO HÁ MAIS DE 30 DIAS. ART. 13, DA LEI N. 11.051/2004 (VIGÊNCIA TEMPORÁRIA). 1. A recusa, pela Administração Fazendária Federal, do fornecimento de Certidão Positiva com efeitos de Negativa (CPD-EN), no período de 30.12.2004 a 30.12.2005, revela-se ilegítima na hipótese em que configurada pendência superior a 30 (trinta) dias do pedido de revisão administrativa formulado pelo contribuinte, fundado na alegação de pagamento integral do débito fiscal antes de sua inscrição na dívida ativa, ex vi do disposto no art. 13, da Lei n. 11.051/2004.” [...] (REsp n. 1.122.959/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 25.8.2010.) “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM MEDIDA CAUTELAR. ANTECIPAÇÃO DA GARANTIA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS. EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. I – A decisão agravada consiste em deferimento de liminar em medida cautelar, determinando ao INSS que não deixe de expedir CND negativa ou positiva com efeito de negativa, em virtude do débito tratado na referida ação.” [...] (TRF – 2ª Região, AG 9802520942 – Agravo de Instrumento n. 34.653. Desembargador Federal Guilherme Calmon, DJU 10.11.2004).

com Efeitos Negativos (CPDT-EN), de que trata o § 2º do art. 642-A da CLT, até que a execução seja direcionada em seu desfavor, quando esgotados os meios de satisfação da obrigação em face do devedor principal⁽¹⁷⁾.

E no tocante aos **sócios**? Aqui o tema é relevante quando se trata de desconsideração da personalidade jurídica no curso do processo. Nesse caso, **direcionada a execução forçada na pessoa do sócio** (mediante ato próprio de citação e integração à lide), este passará a figurar no polo passivo da demanda, cabendo ao Juízo providenciar sua inclusão no cadastro com restrição à pessoa natural.

O mesmo se diga em relação às **entidades empresariais unipessoais**, que podem sofrer restrição como pessoa jurídica (inclusão do CNPJ da firma no cadastro) e, mais adiante, direcionada a execução sobre o patrimônio pessoal do seu titular, por meio do cadastro de pessoa física ou natural (CPF).

No tocante à finalidade da obtenção da CNDT, algumas reflexões são possíveis nesta altura.

Ainda que a ordem jurídica, nesse primeiro momento, faça apenas alusão expressa da exigência da CNDT para fins de contratação com o Poder Público, **isso não implica restringir o universo dos interessados**.

Com efeito, não se pode olvidar do potencial futuro da CNDT para ser adotada como medida de garantia em relação a outros tantos contratos e negócios jurídicos, ainda que, por ora, de forma voluntária, elevando a segurança das relações sociais, bem como reafirmando o caráter de **responsabilidade social** dos que

cumprem regamente a legislação trabalhista, não tendo sido condenado pela Justiça do Trabalho.

De outra parte, a certidão também pode ser extremamente útil nos negócios de alienação e oneração de bens móveis ou imóveis, com possibilidade de serem afetados pelo fenômeno da **evicção** (arts. 447 e ss. do Código Civil), decorrente da jurisdição executiva sobre o patrimônio de um dos contratantes, que figura no polo passivo de uma ou mais ações judiciais.

Nesses casos, como se sabe, é possível a decretação de fraude à execução (art. 593, Código de Processo Civil), perpetrando-se a constrição sobre o patrimônio do devedor, ainda que seja este objeto de ulterior negócio, respondendo o alienante pela evicção (art. 447, CC), mas com grandes transtornos para a parte adquirente.

Para essa hipótese e outras afins, a exigência da CNDT, antes da celebração do contrato ou do negócio, é medida que se traduz de grande utilidade prática para dotar o pacto de maior **segurança jurídica**, em ordem a reduzir os riscos da evicção.

Mais adiante, *de lege ferenda*, imagino que o êxito da expedição da CNDT estimule também o Poder Público a utilizá-la em uma escala maior, como hoje sucede com a CND, reforçando-se, assim, seu caráter instrumental de garantidor da efetividade dos direitos e das tutelas do trabalho.

4.4. Da natureza jurídica da CNDT e do caráter dinâmico de sua base de dados

O *caput* do art. 642-A fixa que a CNDT é instrumento legal idôneo para “*comprovar a inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho*”.

De saída, percebe-se que a CNDT não tem o alcance de assegurar que a pessoa interessada em obter o documento, **pessoa natural ou pessoa jurídica** (enquanto empregador ou

(17) Neste ponto, já começamos a perceber o *caráter dinâmico do cadastro* de restrição para efeito de obtenção da CNDT. Os registros iniciais devem sofrer as necessárias atualizações ao longo do processo, em ordem a retratar o atual estágio da condição dos devedores e da própria obrigação. Doravante, espera-se que os fluxos de trabalhos dos sistemas informacionais de gerenciamento dos processos judiciais acoplem essas rotinas de maneira ágil, elevando a eficiência no manejo das informações cadastrais.

tomador de serviços), encontra-se cumprindo com todas as suas obrigações jurídico-trabalhistas, como sugere a denominação do documento, nomeadamente na **esfera extra-judicial**, na rotina cotidiana dos contratos de trabalho, cuja característica é ser de trato sucessivo.

A observância da ordem jurídico-trabalhista é uma legítima expectativa da sociedade, dada a pretensão de eficácia de suas normas. Contudo, como expõem os números da Justiça do Trabalho⁽¹⁸⁾ e o senso comum quanto ao assunto, ainda está presente entre nós uma considerável distância entre essa *pretensão de eficácia* da norma e a *faticidade* do cumprimento da legislação trabalhista⁽¹⁹⁾.

Pelo novo texto legal, as certidões de que trata a Lei n. 12.440/2011 (tanto a negativa como a positiva com ou sem os efeitos da negativa) dizem respeito aos débitos inadimplidos — isto é, não satisfeitos, não pagos — **perante os órgãos da Justiça do Trabalho**.

Assim, diferentemente da CND e da Certidão expedida pela RFB — que podem expressar débitos circunscritos ainda na esfera *administrativa*,

decorrentes do processo⁽²⁰⁾ de lançamento —, **a CNDT trata apenas de débitos judicializados e não pagos**.

- (20) Por essa razão, a jurisprudência vem entendendo que o contribuinte, interessado em obter uma certidão, pode oferecer caução ou garantia de forma antecipada a uma ação de execução fiscal, viabilizando a expedição do documento, com efeito de certidão negativa. Nesse sentido, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, representativo de controvérsia: “PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp n. 1.057.365/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 4.8.2009, DJe 2.9.2009 [...]) 2. Dispõe o art. 206 do CTN que: “tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.” A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo. 3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda. 4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente. 5. *Mutatis mutandis* o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas. 6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão [...]. 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido

(18) De acordo com o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça para o ano de 2010, tramitaram na Justiça do Trabalho mais de um milhão de novos casos.

(19) Certamente escapa aos objetivos deste estudo esse problema da faticidade da legislação trabalhista em nosso país, nada obstante ser esse um tema fundamental para a compreensão do atual estágio dos litígios laborais e das particularidades que tocam à Justiça do Trabalho, forte na concepção de que o objeto do processo não está topologicamente circunscrito ao Poder Judiciário, seus atores, pretensões e procedimento. Desde Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro *et alii*. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1988), aprendemos que as questões do processo antecedem à própria chegada do cidadão diante do tribunal (se é que ele procura a justiça!). No caso específico dos direitos do trabalho e sua eficácia, sugiro ao leitor consulta a duas boas pesquisas: DRENCH, John D. *Afogados em leis*: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001; CARDOSO, Adalberto *et alii*. *As normas e os fatos*: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

Diferencia-se, portanto, neste particular a CNDT daquelas outras certidões, em razão de sua **natureza, conquanto administrativa, relacionar-se com fatos jurídicos oriundos da esfera judicial.**

Assim, ainda que esteja presente o inadimplemento obrigacional na esfera⁽²¹⁾ administrativa, os efeitos obrigacionais, para os fins da CNDT, só se operam no curso da ação judicial perante a Justiça do Trabalho.

Assim, **a CNDT é instrumento legal, de natureza administrativa, relacionado tão somente com a (in)adimplência de débitos submetidos à jurisdição da Justiça do Trabalho, e que visa a coerção indireta do devedor para satisfazer suas obrigações retratadas em título judicial ou extrajudicial em tramitação no âmbito da judicial**, na forma e condições estabelecidas no art. 642-A da Consolidação das Leis do Trabalho.

Já foi sublinhado neste estudo que a CNDT observa, para sua expedição, as condições de (in)adimplência dos devedores perante a Justiça do Trabalho, bem como outras condições que admitem a obtenção de certidão positiva, negativa ou positiva com efeito negativo.

Essas condições, a partir do primeiro registro cadastral no banco de dados específico, podem sofrer modificações que devem ser registradas no sistema, de modo a que se garanta

ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008. (REsp n. 1.123.669/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 1º.2.2010.”)

- (21) E isso pode suceder com alguma frequência. Por exemplo: os débitos constituídos pela Fazenda Nacional, lançados em processos administrativos, em decorrência de multas aplicadas pelos órgãos de fiscalização do trabalho, e já incluídos na Dívida Ativa da União, já impedem a expedição da Certidão Conjunta de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União. Porém, enquanto não ajuizada a respectiva ação de execução fiscal perante a Justiça do Trabalho, e ultrapassado o prazo para pagamento voluntário ou segurança do Juízo, a parte devedora na esfera administrativa pode obter a CNDT, na ausência, por certo, de outros débitos já enquadrados nas hipóteses do art. 642-A da CLT.

a atualidade e a exatidão das informações processuais. Daí **o caráter dinâmico dessa base de dados** e a necessidade de fixação de eficazes rotinas que permitam a sua constante atualização, sempre que presentes eventos processuais relacionados com o art. 642-A da CLT (inadimplência, pagamento, garantia do Juízo, desconsideração da personalidade jurídica, inclusão de novos devedores, acordo na execução, atos processuais de inexigibilidade do débito, novação, prescrição ou decadência dos créditos tributários e não tributários, dentre outras).

Por certo que todos esses eventos dependerão de **prévio exame e pronunciamento judicial**, com a preferência por meio eletrônico (cf. art. 2º da RA n. 1.470/2011), que assentará, nos autos, a nova condição do sujeito passivo ou do débito.

4.5. Do conceito de inadimplemento tomado pela Lei n. 12.440/2011: aspectos teóricos e práticos

Apropria-se o novo art. 642-A da CLT, como vimos, do uso corrente do termo inadimplemento no Direito (*não cumprimento de uma obrigação*), mas o circunscreve no **tempo** (o do processo e, como veremos, a partir de certo momento processual) e no **espaço** (perante a Justiça do Trabalho, ainda que a obrigação já se constitua em título de crédito extrajudicial ou mesmo já esteja à disposição do titular do direito subjetivo lesado, em razão do fenômeno da *actio nata*).

Essa delimitação conceitual fica evidenciada pela descrição perpetrada pelos incisos I e II do § 1º do art. 642-A da CLT.

4.5.1. Sobre o (in)adimplemento de obrigações contidas em títulos judiciais

Segundo o § 1º, **inciso I** do art. 642-A da CLT, a certidão negativa não será obtida pelo interessado quando o seu nome estiver relacionado ao “inadimplemento de obrigações

estabelecidas em sentença condenatória transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho ou em acordos judiciais trabalhistas, inclusive no concernente aos recolhimentos previdenciários, a honorários, a custas, a emolumentos ou a recolhimentos determinados em lei”.

No caso das sentenças condenatórias, o texto normativo faz um recorte temporal para a configuração da inadimplência: o **trânsito em julgado** da decisão, isto é, quando contra ela não couber mais quaisquer recursos (nos termos do § 3º, art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Desse modo, a **pendência de cumprimento provisório da sentença (art. 899 da CLT c/c art. 475-O do CPC, em supletividade concorrente⁽²²⁾) ou mesmo a efetivação de tutelas de urgência — que ostentam o mesmo caráter da provisória⁽²³⁾ — não têm o condão de configurar essa inadimplência para efeito de negatização de cadastro.**

O texto em exame não faz essa exigência quanto ao acordo judicial porque, *ex lege*, o **acordo judicial é equiparado a uma decisão de mérito transitada em julgado⁽²⁴⁾**, não cabendo

recursos contra ela, mas somente a ação rescisória (cf. art. 831, parágrafo único, da CLT).

Esse quadro, como se pode concluir, não subverte a lógica jurídica de considerar inadimplente aquele que deixa de cumprir uma obrigação legal, ou aquele que, compelido judicialmente a atender a uma prestação obrigacional, abstém-se sem justo motivo.

Nessas hipóteses, tenho que estamos diante de inadimplência, mas que não foi, por questões de operacionalidade e de escolha política na elaboração da lei, tomada como pressuposto para a restrição de obtenção da certidão.

É dizer: **o conceito de inadimplência tomado pela lei é, do ponto de vista jurídico, mais restrito.** No entanto, creio que razões de ordem prática justificam, pelo menos nesse primeiro momento, essa restrição.

De outro ângulo: integrar o polo passivo de uma ação trabalhista não alça a parte à condição de inadimplente para efeito da Lei n. 12.440/2011. É preciso mais.

A Resolução Administrativa n. 1.470/11, que regulamenta a CNDT, assenta que: “para os fins previstos no *caput*, considera-se inadimplente o devedor que, devidamente cientificado, não pagar o débito ou descumprir obrigação de fazer ou não fazer, no prazo previsto em lei.” Nota-se aqui uma exigência não expressa na Lei, qual seja, de que o devedor seja “devidamente cientificado”. Trata-se de exuberância ou excesso desse regulamento⁽²⁵⁾?

Tenho que, como direito fundamental, sob qualquer dos seus ângulos (vertical ou

(22) Tomo aqui a expressão de Wolney de Macedo Cordeiro (*Manual da execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010), que assim prefere denominar o fenômeno da complementariedade, por insuficiência de regulação, da legislação processual do trabalho pelas normas do processo comum.

(23) O regime de execução das tutelas, descrito no art. 273, § 3º, do Código de Processo Civil, faz expressa menção ao art. 588 do mesmo Código, que tratava da execução provisória. Após a Lei n. 11.232/2005, é de se compreender que essa remissão deve conduzir o intérprete e aplicador da lei ao art. 475-O. Nada obstante, lembra Nelson Nery Junior que, mediante caução idônea, a execução das tutelas de urgência pode até mesmo se revestir da natureza definitiva (*Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2006. Nota 39, p. 459). Essa conclusão, contudo, não retira, do ponto de vista conceitual, a correção da afirmação de que a efetivação das tutelas de urgência ostentam, em princípio, a natureza de cumprimento provisório da decisão.

(24) É de lembrar que o parágrafo único do art. 831 da CLT excepciona o crédito das contribuições sociais desse automático trânsito em julgado.

(25) Note o leitor que a Lei n. 12.440/2011 não remete ao Tribunal Superior do Trabalho qualquer providência regulamentar. Isso não significa dizer que, no intuito de padronizar a base de dados e viabilizar o cumprimento do § 3º do art. 642-A, que demanda unificação da CNDT, não seja atribuição do Tribunal promover as medidas administrativas necessárias, notadamente por envolver tecnologias de informação, que carecem de padronização de linguagem e sincronização de sistemas. Sucede que esse esforço não pode se atritar com os ditames da Lei a que busca o cumprimento e eficácia viabilizar.

horizontal), somente se pode ter como inadimplente aquele que, ciente da natureza, liquidez, tempo e modo de cumprimento de sua obrigação, sob pena de se configurar procedimento violador de preceitos, como contraditório e ampla defesa, projeções do *devido processo legal*.

Isso não quer dizer que o cumprimento da Lei n. 12.440/11 demande um tipo específico de intimação.

É compatível com a ordem jurídica a expressão “devidamente cientificado” se admitida, nesse conceito, **qualquer modalidade de ciência do devedor de sua obrigação inadimplida**, baseada no acordo judicial homologado ou na decisão transitada em julgado.

Assim, podemos ter, a título de exemplo, as seguintes situações:

a) **acordos judiciais**: se o réu, que firma o acordo, já está devidamente ciente do valor, tempo e modo do cumprimento de suas obrigações, não há a necessidade de qualquer outro ato processual que busque dar-lhe ciência daquilo de que ele já está ciente. Não cumprida quaisquer das cláusulas do acordo judicial, a inserção do devedor no cadastro de restrição à obtenção da CNDT é possível;

b) **sentenças judiciais líquidas e sentenças que contenham obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa certa**: se a sentença que condena o réu em uma obrigação de pagar é líquida e já estabelece as condições de cumprimento da obrigação, a ciência da decisão já atende aos direitos fundamentais processuais do réu, agora devedor-executado, em vista de sua inadimplência. O mesmo se aplica às demais modalidades de execução, desde que também não haja qualquer condição suspensiva ou condicional;

c) **sentenças judiciais ilíquidas**: a rigor, o art. 642-A da CLT atribui ao trânsito em julgado o momento de configurar a inadimplência. No entanto, há que se confrontar o texto legal com a sistemática da CNDT e com os princípios fundamentais

que regem o processo. Nessa hipótese, temos que o réu, embora sucumbente na ação, ainda não tem a sua disposição as condições de cumprir a obrigação de pagar, eis que esta ainda não é líquida. Isso não o torna, porém, menos devedor, **apenas limita o seu imediato adimplemento obrigacional**, o que justifica a aplicação do § 2º do art. 642-A, por interpretação autointegrativa, em ordem a se autorizar **a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa**, até que cientificado para pagar a obrigação quantificada (*quantum debeatur*).

A parte final do inciso I do § 1º ainda cogita que o inadimplemento contempla não apenas a parte obrigacional de natureza **trabalhista**, mas também as obrigações concernentes às **contribuições sociais** devidas à Previdência Social, **honorários** (periciais ou advocatícios), **custas** processuais ou **emolumentos** (cf. arts. 789 e seguintes da CLT).

A parte final desse texto normativo ainda alude a **“recolhimentos determinados em lei”**. Nesse caso, cogito ainda outras hipóteses:

a) **imposto de renda retido na fonte**. A legislação em vigor (art. 832, § 4º da CLT; Leis ns. 7.713/1988, 8.541/1992 e 10.833/2003 e Decreto n. 3.000/1999) atribui a competência da Justiça do Trabalho (art. 114, IX, CF) para a arrecadação do imposto de renda⁽²⁶⁾. Nesse mesmo sentido, os precedentes dos tribunais superiores:

COMPETÊNCIA — EXECUÇÃO — TÍTULO JUDICIAL TRABALHISTA — DESCONTOS PREVIDENCIÁRIO E DO IMPOSTO DE RENDA — CONTROVÉRSIA. Cumpre à própria Justiça do Trabalho, prolatora do título judicial e competente para a execução respectiva, definir a incidência, ou não, dos descontos previdenciário e para o imposto de renda (RE n. 196.517, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ 20.4.2001).

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA

(26) Sobre essa atribuição, seu mecanismo e as verbas tributáveis, cf.: CHAVES, 2009, p. 101 e ss.

ENTRE JUSTIÇA TRABALHISTA E JUSTIÇA ESTADUAL. FORMA DE RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE VALORES DECORRENTES DE AÇÕES TRABALHISTAS. NÃO PARTICIPAÇÃO DA UNIÃO NA RELAÇÃO PROCESSUAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO QUE DECIDIU A CAUSA EM PRIMEIRO GRAU PARA PROCESSAR A EXECUÇÃO.

COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, COM ANULAÇÃO DAS SENTENÇAS PROFERIDAS PELO JUÍZO ESTADUAL. CONFLITO CONHECIDO. 1. A forma de retenção de imposto de renda sobre os valores decorrentes de ações trabalhistas, ainda que desperte interesse da União, será analisada pela Justiça Federal se o ente público integrar a relação processual, consoante art. 109, I, da Constituição Federal. 2. Não integrando a União a lide e tendo o processo trâmite na Justiça especializada para a execução dos valores oriundos de ações trabalhistas, a competência para apreciar a questão é da Justiça do Trabalho, consoante art. 575, II, do CPC. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 2ª Vara do Trabalho de Porto Velho/RO, ora suscitante, anulando-se as sentenças proferidas pelo Juízo suscitado. (CC n. 113.485/RO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 7.6.2011.)

Embora a cobrança do imposto de renda no Processo do Trabalho tenha lugar na forma de retenção, tão logo disponível o crédito para o respectivo beneficiário (credor trabalhista, advogado, perito, etc.), não se pode desconsiderar como possível a hipótese desse recolhimento não ter sido devidamente comprovado nos autos, quando essa responsabilidade ficou a cargo do devedor.

Na espécie, apesar de paga a verba trabalhista (obrigação principal), a obrigação do recolhimento do IRRF não foi realizada, o que enlva a hipótese da parte final do inciso I do § 1º do art. 642-A, por se tratar de “recolhimento determinado em lei”.

b) Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP). Também pode suceder de a parte devedora providenciar o recolhimento das contribuições

sociais determinadas no título exequendo, mas não cumprir com a sua obrigação de comprovar nos autos a apresentação da GFIP, de que trata o art. 32, inciso IV da Lei n. 8.212/91 c/c art. 105 da Instrução Normativa MPS/SRP n. 971/2009), observado cada mês de competência.

Trata-se de uma obrigação muito importante, que se equipara àquelas determinadas pela já referida parte final do inciso I do § 1º do art. 642-A, em contexto analógico.

Isso porque a ordem jurídica não se contenta com o recolhimento das contribuições por meio da Guia de Recolhimento da Previdência Social (GPS), pois esse recolhimento não individualiza o beneficiário-trabalhador, tampouco faz incluir no Cadastro Nacional de Informações Sociais (CNIS) os respectivos salários de contribuição. Sem essas informações, eletronicamente incluídas no CNIS, o trabalhador não pode desfrutar dos benefícios a que fizer jus em razão de sua inserção no sistema de Previdência Social.

Tal é a importância dessa providência que a legislação fixa sanções administrativas por seu descumprimento (art. 32, § 4º, Lei n. 8.212/1991). Tratando-se de obrigação de fazer, também está presente a possibilidade de concessão de tutela específica judicial para seu cumprimento pelo devedor (art. 461, CPC, de aplicação supletiva).

Por isso, o inadimplemento dessa obrigação, que complementa e dá concretude à obrigação de recolher as contribuições sociais, enseja a inserção ou permanência do devedor no cadastro restritivo para a concessão da CNDT.

c) multas por ofensa à eticidade processual. Aqui, mais uma vez, há que se defender que o rol das obrigações, indicado no inciso I, § 1º do art. 642-A da CLT, não é exaustivo ou fechado (*numerus clausus*), mas meramente referencial, permitindo que o intérprete e aplicador, forte na teleologia da lei, possa considerar como inadimplência, para efeitos da aplicação da Lei n. 12.440/2011,

também a não satisfação de obrigações outras, a cargo da parte ou das partes.

Nessa quadra, a aplicação das penalidades processuais, decorrentes da inobservância dos preceitos éticos do processo pelas partes (*contempt of court*), também deve sugerir a pendência obrigacional, quando não recolhidos os valores devidos nos autos.

Circunscrevem-se, nessa linha de raciocínio, dentre outras situações, as multas previstas nos arts. 14 (atos atentatórios ao exercício da jurisdição); 17 e 18 (multas por litigância de má-fé); 475-J (cumprimento voluntário da sentença); 538, parágrafo único (multa pela interposição de embargos protelatórios); e 600 (atos atentatórios à dignidade da Justiça); todos do Código de Processo Civil e de aplicação supletiva no Direito Processual do Trabalho, a par dos arts. 769 e 889 da Consolidação das Leis do Trabalho.

É de se realçar o caráter pedagógico desse tecido de sanções processuais em favor da higidez da eticidade processual. Desde os estudos de Boaventura de Sousa Santos sobre o fenômeno da **morosidade ativa** (cf. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007), relacionada com a atuação positiva ou negativa dos atores do processo, é fundamental pensar na ideia de **efetividade** — valor central que orienta e justifica a Lei n. 12.440/2011 — **como uma projeção também do fazer e do não fazer desses atores durante a marcha processual**.

Por essa razão, não se pode desprezar o efeito da inadimplência das multas eventualmente aplicadas quando quebrado esse compromisso ético para os fins perseguidos pela Lei da CNDT.

4.5.2. Sobre o (in)adimplemento de obrigações contidas em títulos extrajudiciais: acordos perante o Ministério Público do Trabalho e Comissões de Conciliação Prévia e outras hipóteses não expressamente referidas na Lei n. 12.440/2011

O **inciso II**, § 1º do art. 642-A também contempla a impossibilidade de obtenção da

CNDT pela parte inadimplente em relação às execuções promovidas com base em “acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia”.

Em princípio, parece-me razoável assentar que a interpretação desse dispositivo deve se submeter aos critérios teleológico e histórico-evolutivo.

Isso porque, por um lado, expressa uma conexão que o PLS n. 7.077/2002 estabeleceu com um Processo do Trabalho já reformado, no que se refere a modelo de execução forçada baseada unicamente em títulos judiciais (como sucedia até o advento da Lei n. 9.958/2000, que modificou o plano original do art. 876 da CLT), para também admitir a **execução de títulos extrajudiciais**. Eis a redação em vigor do dispositivo em exame:

Art. 876. As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executados pela forma estabelecida neste Capítulo. (Redação dada pela Lei n. 9.958, de 12.1.2000)

Por outro, dada a historicidade da construção da nova lei (com quase 10 anos de tramitação), olvidou-se, na redação do mencionado inciso II, toda uma **evolução da competência constitucional da Justiça do Trabalho**, bem como da própria processualística, em ordem a exigir do intérprete e aplicador da Lei n. 12.440/2011 a necessária **integração hermenêutica**, dotando-lhe da maior eficácia e preservando a higidez de seus propósitos.

No terreno da competência constitucional da Justiça do Trabalho, não se pode deixar de observar, nos termos do critério de *interpretação conforme a Constituição*, os efeitos da Emenda Constitucional n. 45/2004, e da respectiva jurisprudência que se formou a partir de então.

Disso resulta assentar, de saída, a premissa metodológica de que o inciso II do § 1º do art. 642-A é **meramente referencial** (não encerrando, pois, rol exaustivo), e comporta **não somente os títulos extrajudiciais ali nominados**, mas também **outros de inequívoco trânsito na atual conformação da competência da Justiça do Trabalho**.

Antes do exame dos títulos nominados e inominados, algumas rápidas palavras sobre o procedimento, nos casos de execução promovida com fulcro nos títulos extrajudiciais.

Citado o executado (pela via postal, preferencialmente, conforme a Lei n. 6.830/1980, de aplicação supletiva, nos termos do art. 889 da CLT) para satisfazer a obrigação retratada no título, nos termos do art. 880 da Consolidação das Leis do Trabalho, e quedando-se **inerte** no prazo 48 horas, **é de se incluir o executado no rol de devedores para os efeitos da Lei da CNDT**.

Uma vez citado, pode o executado optar por discutir a legitimidade do título ou qualquer outro aspecto da execução por meio dos **embargos** (art. 884, CLT). Porém, **somente com a garantia integral do juízo** é que o devedor poderá obter a **certidão positiva de débitos com efeitos de negativa** (CPDT-EN).

*a) acordos firmados perante o
Ministério Público do Trabalho*

Embora o inciso II do art. 642-A da CLT faça menção a “*acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho [...]*”, — sugerindo, assim, um termo genérico de pactuação extrajudicial (“acordo”) —, o instrumento indicado no art. 876 da CLT é “**termo de ajuste de conduta**”, atualmente previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública — LACP), nominalmente mais específico, mas tem, na essência, a natureza jurídica de um acordo extrajudicial, de caráter administrativo, como o conceitua Edson Braz da Silva: “termo de ajuste de conduta constitui ato administrativo bilateral em relação à vontade das

partes e unilateral em relação à onerosidade das obrigações nele assumidas pelo interessado.” (MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Ministério Público do Trabalho. In: CHAVES, L. A. (Org.). *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 276.)

Desse modo, em análise sistemática da legislação em vigor, os termos de ajuste de conduta constituem, pelo menos, o instrumento usual por meio do qual o Ministério Público do Trabalho leva a Juízo pretensão executória de descumprimento de obrigações.

*b) acordos perante as Comissões de
Conciliação Prévia*

Aqui também a Lei n. 12.440/2011 homenageia a nova redação do art. 876 da CLT, que ofereceu ao jurisdicionado a tutela executiva dos acordos firmados perante as comissões de conciliação prévia, constituídas na forma do art. 625-A e ss. da CLT.

Também, nesse caso, o descumprimento das obrigações constantes do termo de acordo perante as comissões implicará cadastro restritivo relativamente ao sujeito passivo da(s) obrigação(ões) retratada(s) no título quando demandada a sua efetivação por meio de tutela executiva forçada perante a Justiça do Trabalho.

c) Certidão de Dívida Ativa (CDA)

Ao tempo da proposição legislativa que resultou na Lei da CNDT, não se cogitava da hipótese de cobrança de créditos devidos à União fundada em certidão de dívida ativa da União Federal (CDA). Isso porque, à época, a jurisdição da Justiça do Trabalho apenas cogitava — por força do então § 3º do art. 114 da Constituição e de leis federais esparsas —, da retenção do imposto de renda na fonte e da execução, de ofício, das contribuições sociais decorrentes das condenações judiciais.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 altera esse perfil e estabelece ser da Justiça do Trabalho, doravante, a competência para processar e

julgar “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho” (art. 114, inciso VII da CF).

Essa inovação implicou uma série de novas atribuições relativamente ao tema, como procurei descrever em texto publicado na época:

Neste particular, o Constituinte Derivado transferiu da Justiça Federal para a Justiça do Trabalho todo o leque de ações envolvendo a Fiscalização do Trabalho. Incluem-se, neste rol bastante abrangente, as ações que visam a anular autos de infrações e processos administrativos correlatos, revogar judicialmente interdições de estabelecimento pela fiscalização da Delegacia Regional do Trabalho (DRT), também interdições ou embargos de obras, ações declaratórias envolvendo as imposições de multas, **execução de multas administrativas**, etc. (CHAVES, Luciano Athayde. Dos ritos procedimentais das novas ações da justiça do trabalho. In: COUTINHO, G. Fernandes *et alii*. *Justiça do Trabalho*: competência ampliada. São Paulo: LTr, 2005. p. 325) (grifos acrescidos)

A possibilidade de, a par dessa nova competência, fazer migrar para a Justiça do Trabalho os executivos fiscais instruídos com certidões de dívida ativa relacionadas com multas pelo descumprimento da legislação do trabalho foi, um pouco mais adiante, assentada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede de conflito de competência. Eis precedentes:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. ART. 114, VII, DA CF/88, COM A REDAÇÃO DADA PELA EC N. 45/2004. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. Discute-se a **competência para julgamento de ação de execução de multa imposta por órgão fiscalizador das relações de trabalho**. 2. A Emenda Constitucional n. 45/2004, ao dar nova redação ao art. 114 da Carta Magna, aumentou de maneira expressiva a competência da Justiça Laboral, passando a estabelecer, no inciso VII do retrocitado dispositivo, que compete à Justiça

do Trabalho processar e julgar “as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”. 3. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, o suscitante. (CC n. 64.793/SP, Relª Minª Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 28.3.2007, DJ 30.4.2007, p. 263.) (grifei)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL E JUSTIÇA DO TRABALHO. **AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL**. DÍVIDA DECORRENTE DE PENALIDADE APLICADA POR ÓRGÃO FISCALIZADOR DE RELAÇÕES DE TRABALHO. ALTERAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45/04. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO**. 1. Nos termos do art. 114, VII, da CF/88, com a redação dada pela EC n. 45/04, “competem à Justiça do Trabalho processar e julgar (...) VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho”. 2. Trata-se de competência fixada em razão da matéria e não da natureza processual da demanda proposta. Assim, inclui-se na nova competência também a ação de execução fiscal destinada à cobrança de multa administrativa por descumprimento da legislação do trabalho. 3. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo Trabalhista, o suscitante. (STJ CC n. 57.291/sp, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 26.4.2006.) (grifei)

Desse modo, considerando o atual desenho da competência da Justiça do Trabalho, há que se incluir, também, os sujeitos passivos de obrigações inadimplidas em execução fiscal processadas nesse Juízo Especializado, em ordem a manter a coerência e funcionalidade do sistema, e em homenagem à teleologia da Lei da CNDT, interpretada conforme as mudanças constitucionais posteriores.

É bem verdade que, na hipótese, tratando-se de CDA, o devedor também já não poderia obter a *Certidão Conjunta de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União*,

e, portanto, não poderia demonstrar a regularidade fiscal, para efeito do art. 27 da Lei das Licitações.

O reforço da CNDT é importante, porém, uma vez que seu uso mais ampliado, cuja possibilidade já procurei expor neste estudo, atestará o caráter da (in)adimplência trabalhista em outras situações (redução do risco da evicção, aumento da segurança jurídica de contratos, etc.).

Por fim, quanto ao procedimento, recorro que a execução fiscal de créditos não tributários observa a Lei das Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/1980), como dispõe seu art. 2º. Já o seu art. 8º estabelece que a citação para o **devedor** é feita pela **via postal (inciso I)**, com aviso de recebimento, com prazo de 5 (cinco) dias para pagar a dívida e seus acréscimos ou garantir a execução.

d) outros títulos extrajudiciais

Como já defendi noutro estudo (CHAVES, 2007), não se pode, em princípio, afastar da Justiça do Trabalho a possibilidade de processar e julgar pretensões executórias escudadas em outros títulos extrajudiciais, notadamente em face do rol descrito no art. 585 do CPC, desde que a obrigação retratada no título tenha como fonte irradiadora uma relação jurídica jungida à competência da Justiça do Trabalho (art. 114, CF).

Ainda que títulos de crédito (como cheques e promissórias) possam também ser exigidos por meio da ação monitória⁽²⁷⁾, de rito cognitivo especial (cf. art. 1.102-A e ss. do CPC), é importante considerar alguns casos em que essa possibilidade teria o condão de tornar mais direta e efetiva a jurisdição trabalhista:

Admito, porém, nessa nova seara competencial da Justiça do Trabalho, ser possível

admitir a sua competência para a execução de contratos assinados pelo devedor, na presença de duas ou mais testemunhas igualmente signatárias, na forma do art. 585, inciso II do Código de Processo Civil. É que aqui existe a possibilidade de exame dos termos contratuais e seu encaixe no terreno da competência especializada. Assim, se um determinado trabalhador assina um pré-contrato de trabalho estabelecendo uma multa (obrigação) líquida, certa e exigível (art. 586, CPC) em caso de desistência do contratante-tomador, não tenho dificuldades para afirmar a possibilidade de execução forçada fundada neste título extrajudicial, posto que reconhecido em lei como tal e competente o Juiz do Trabalho para dessa execução conhecer, pois também o seria para o processo de conhecimento respectivo. (art. 877-A, CLT) (CHAVES, 2007, p. 190-1.)

Logo, **não me parece ser possível tomar como exaustivo** o rol de títulos extrajudiciais, lançado no art. 876 da CLT, que serviu de referencial para a proposição que resultou na Lei da CNDT, em especial para a construção da redação dada ao § 1º, inciso II do art. 642-A da CLT.

Assim, para os efeitos da Lei da CNDT, **as execuções fundadas em títulos extrajudiciais**, ainda que **não constantes do referido § 1º, inciso II do art. 642-A da CLT**, **devem restringir**, nas condições procedimentais já delineadas, **o acesso do executado inadimplente à obtenção da certidão**.

4.6. Da Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com Efeitos de Certidão Negativa (CPDT-EN)

Dispõe a Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional) que produz os mesmos efeitos previstos da certidão negativa de tributos de que trata o art. 205, “a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa” (art. 206).

(27) E, em alguns casos, como procurei argumentar no mencionado estudo (CHAVES, 2007, p. 190), com maior vantagem do que resultaria para o credor a mera propositura da ação executiva fundada em título de crédito extrajudicial.

De igual forma, o § 8º, art. 47 da Lei n. 8.212/1991 cogita a hipótese de certidão expedida mediante prévia garantia, nomeadamente no caso de parcelamento do débito⁽²⁸⁾.

A Portaria Conjunta PGFN/RFB n. 3/2007 trata do tema no art. 3º, realçando que a certidão conjunta positiva com efeitos de negativa “será emitida quando, em relação ao sujeito passivo, constar débito relativo a tributo federal ou a inscrição em dívida ativa da União, cuja exigibilidade esteja suspensa, na forma do art. 151 do CTN”.

Esse dispositivo do CTN, por sua vez, estabelece:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I – moratória;

II – o depósito do seu montante integral;

III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV – a concessão de medida liminar em mandado de segurança;

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações

assessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

A Lei n. 12.440/2011, em termos semelhantes à legislação em vigor, também cuidou do tema da expedição de certidão positiva com os mesmos efeitos da CNDT:

Art. 642-A (...)

§ 2º Verificada a existência de débitos **garantidos por penhora suficiente ou com exigibilidade suspensa**, será expedida **Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas em nome do interessado com os mesmos efeitos da CNDT**.

Trata-se, a meu ver, de **ponto sensível da disciplina da CNDT**, mormente por se esperar a invocação de seus termos em muitas situações na prática forense, quando o sujeito passivo procurará obter o documento nas hipóteses autorizadas nesse dispositivo legal.

Sucedem que, ao mesmo tempo, cuida-se de ponto que demanda uma importante tarefa hermenêutica, na medida em que o texto normativo não especifica, por exemplo, **quais são as causas de inexigibilidade do débito** (ou melhor, da obrigação retratada no título exequendo).

E essa questão toma ainda outra medida se levarmos em conta que a atual arquitetura da competência da Justiça do Trabalho envolve a execução de créditos de natureza trabalhista, de natureza tributária (taxas, emolumentos, contribuições sociais) e de natureza não tributária (multas impostas pelos órgãos de fiscalização do trabalho).

É tarefa, portanto, que impõe fazer uma investigação, ainda que não exaustiva, de hipóteses autorizadoras à expedição da Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com os mesmos efeitos de negativa (CPDT-EN).

4.6.1. Dos débitos garantidos por penhora suficiente

A primeira hipótese expressamente consignada pelo § 2º do art. 642-A cuida da existência

(28) Quanto à questão da garantia, a jurisprudência tem decidido, já faz largo tempo, que o parcelamento não está jungido à garantia para efeito de expedição da CND com efeitos negativos, como, a propósito, cogita o art. 151 do CTN, norma de caráter mais geral. Eis precedente do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. ADMISSIBILIDADE. 1. Expedição de Certidão Positiva de Débito com efeitos de Negativa – CND, na forma do art. 206 do CTN, traduz, em essência, a *thema decidendum*. 2. “Ao contribuinte que tem a exigibilidade do crédito suspensa pelo parcelamento concedido, o qual vem sendo regularmente cumprido, é assegurado o direito à expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, independentemente da prestação de garantia real não exigida quando da sua concessão. (REsp n. 366.441/RS) Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n. 1.209.674/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18.11.2010, DJe 29.11.2010.)

de execução de título que se encontra com o juízo executório garantido por **constrição judicial sobre o patrimônio do devedor em expressão econômica equivalente ou superior ao valor exequendo** (*quantum debeatur*).

Não basta a simples indicação de bens nos autos⁽²⁹⁾. É preciso a lavratura do competente auto de penhora ou documento equivalente (comprovante de depósito em dinheiro ou o deferimento de fiança bancária, por exemplo), com decisão judicial de sua subsistência.

Somente após a concretização desse ato e checada a suficiência dessa garantia, deve o órgão judicial providenciar o registro desse evento no banco de dados de devedores, em ordem a admitir a expedição da CPDT-EN.

A garantia, por suposto, **deve cobrir todo crédito exequendo** (principal, acessórios, contribuições, custas, etc.), em interpretação autointegrativa com o que dispõe o inciso I do § 1º do mesmo art. 642-A da CLT.

Note-se que o caráter unificado da certidão (§ 4º do art. 642-A, CLT) demanda a cautela em verificar se essa garantia está em condições de **açambarcar toda a dívida do sujeito passivo em tramitação — e exigível — na Justiça do Trabalho**. A providência de garantia em um único feito não assegura a expedição do documento.

A experiência revelada pela Justiça do Trabalho nessa fase de cumprimento da sentença e execução indica que **essas situações são razoavelmente cambiantes**. Pode suceder que:

(29) Recorro ao leitor que a subsistência do mecanismo de indicação de bens pelo devedor é controvertida, diante da redação do art. 475-J do Código de Processo Civil, em confronto com o art. 882 da Consolidação das Leis do Trabalho (cf. CHAVES, 2007, p. 66-7). Assim, se o sujeito passivo da obrigação deseja obter a CPDT-EN, o oferecimento de garantia não se confunde com o exercício desse direito — como direito processual subjetivo — de indicação, não podendo, de outra sorte, ser-lhe deferida a expedição do documento apenas porque não atingiu a tramitação do feito nesse momento. A restrição cadastral se dá com a ciência para cumprir decisão líquida transitada em julgado (cf. art. 642-A, § 1º, inciso I, CLT).

a) o **crescimento vegetativo da dívida** (juros de mora e correção monetária) **torne a penhora ulteriormente insuficiente**; b) haja a **insubsistência da penhora**, por sua desqualificação (depreciação do bem, colocação fora do comércio ou anulação da constrição judicial, dentre outras hipóteses).

Essas **alterações na condição da garantia devem ser percebidas e registradas** pela Justiça do Trabalho, notadamente por meio de **“amarrações” dos sistemas informatizados** que gerenciam o banco de dados dos devedores, **atendendo ao seu caráter dinâmico**, de modo a assegurar a fidelidade das informações atualizadas, de acordo com a realidade do momento da execução.

4.6.2. Das causas de (in)exigibilidade do título em relação a débitos trabalhistas

a) **sentenças ilíquidas**. Como já assinalado neste estudo, quando tratei do conceito de inadimplemento para os efeitos da Lei n. 12.440/2011, o débito trabalhista que, embora retratado em título judicial transitado em julgado, ainda não se encontra em condições de exigibilidade, diante de sua falta de liquidez, pode constituir situação de inexigibilidade.

É o que se pode razoavelmente extrair do preceito contido no art. 580 do Código de Processo Civil, de aplicação supletiva: “a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, **líquida** e exigível, consubstanciada em título executivo.”

Também o art. 475-J do CPC estampa semelhante preceito, ao dispor: “caso o devedor, condenado ao pagamento de **quantia certa ou já fixada em liquidação**, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.”

À mesma conclusão nos conduz a Consolidação das Leis do Trabalho, por sistemática interpretação do art. 879 com os demais dispositivos que regem o cumprimento da decisão, por estar presente o pressuposto da liquidez do título.

Se o § 2º do art. 642-A da CLT assegura ao sujeito passivo da obrigação a garantia do juízo para a expedição da CPDT-EN, seguro está que, a contrário senso, não se pode “negativá-lo”⁽³⁰⁾ sem a oportunidade, por exemplo, de cumprimento voluntário da obrigação ou mesmo de oferecimento de garantia bastante e suficiente para a expedição da CPDT-EN.

b) concessão de efeito suspensivo à ação rescisória. Pode suceder, também, que a decisão, passada em julgado, e já em execução, seja impugnada pelo devedor por meio do instrumento autônomo da ação rescisória, cabível no Processo do Trabalho por supletividade expressa, determinada pelo art. 836 da CLT.

Pois bem. Mercê de forte construção jurisprudencial (cf. CHAVES, 2007, p. 151-3), a Lei n. 11.280/2006 modificou a redação original do art. 489 do Código de Processo Civil, que não permitia alteração na higidez da execução em função do ajuizamento de ação rescisória⁽³¹⁾.

(30) É muito provável que o verbo “negativar”, como um neologismo ou mesmo como estilística figura de linguagem, será conjugado de diversas formas e em muitas situações a partir da Lei n. 12.440/2011, de modo a expressar o ato de restrição cadastral do sujeito passivo da obrigação pendente de satisfação na Justiça do Trabalho.

(31) Muito antes da Lei n. 11.280/2006, tal como sucedia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho assentou posição uniformizadora quanto à possibilidade de suspensão da execução, em dadas condições, após o ajuizamento da rescisória. Trata-se da Súmula n. 405, da SBDI-2: “AÇÃO RESCISÓRIA. LIMINAR. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. I – Em face do que dispõe a MP 1.984-22/2000 e reedições e o art. 273, § 7º, do CPC, é cabível o pedido liminar formulado na petição inicial de ação rescisória ou na fase recursal, visando a suspender a execução da decisão rescindenda. II – O pedido de antecipação de tutela, formulado nas mesmas condições, será

E o fez em conta de situações de grave lesão e de difícil reparação, à vista de uma pretensão rescisória, em juízo de delibação, de grande plausibilidade.

Com a reforma de 2006, o referido dispositivo do CPC passou a ter a seguinte redação:

Art. 489. O ajuizamento da ação rescisória não impede o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, ressalvada a concessão, caso imprescindíveis e sob os pressupostos previstos em lei, de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

Nessas condições, a concessão de medida cautelar (preparatória à rescisória) ou mesmo a tutela antecipadora (incidental na ação) **implica a suspensão da exigibilidade do título.** Não resolve a condição do devedor, a ponto de retirar da parte executada tal qualidade para os efeitos da Lei n. 12.440/2011. Porém, suspende a exigibilidade do título, **passando a admitir a concessão da CPDT-EN.**

c) exceção ou objeção de pré-executividade.

Esse meio de impugnação, admitido pela literatura processual e pela jurisprudência como instrumento idôneo para o devedor se opor à execução, arguindo matérias de ordem pública, **não tem o condão de causar**, por sua mera apresentação em Juízo, **a inexigibilidade do título**, tampouco admitir a expedição da CNDT ou CPDT-EN.

Isso porque, sendo mera petição sem a salvaguarda da garantia da execução, não há espaço para a invocação de quaisquer das hipóteses do art. 642-A.

Se lograr o devedor a extinção da execução, por meio da objeção de pré-executividade, essa condição será registrada nos autos, por ordem judicial, de preferência a mesma que deliberou pelo acolhimento da pretensão nela deduzida.

d) acordo na execução para parcelamento da dívida. O acordo, na fase de execução

recebido como medida acautelatória em ação rescisória, por não se admitir tutela antecipada em sede de ação rescisória.”

— como mera transação dos efeitos patrimoniais contidos na decisão exequenda — não implica automática perda do executado da qualidade de devedor, **até que as obrigações contidas no respectivo termo sejam integralmente cumpridas**, inclusive no que toca aos demais débitos a que alude o art. 642-A, § 1º inciso I da CLT.

De igual modo, no caso de parcelamento do débito trabalhista, o devedor também não poderá obter a CNDT até que ultimadas todas as medidas de satisfação do título, salvo se garantida a execução, hipótese em que o devedor poderá obter a CPDT-EN.

e) devedor subsidiário. No item 4.3 deste estudo, já firmei entendimento de que o codevedor subsidiário também conta a seu favor com uma situação de inexigibilidade. Isso porque o benefício de ordem — que é a propriedade que lhe concede o título judicial de ver, por primeiro, executado o patrimônio do devedor principal — não lhe retira a qualidade de codevedor, tão somente sujeita ao estado de latência quaisquer atos de constrição contra seu próprio patrimônio.

É que, diferentemente do sócio chamado a responder pela dívida (em incidente de descon sideração), o devedor subsidiário **já consta do título executivo transitado em julgado**. Logo, a partir do momento em que a obrigação do título não é adimplida na fase de cumprimento, torna-se também devedor, para os efeitos da Lei n. 12.440/11.

Porém, não lhe sendo o título exigível de imediato, em razão do benefício de ordem, creio ser mais ajustado à teleologia da nova lei a possibilidade de expedição da CPDT-EN, até que seu patrimônio seja chamado a responder pela dívida.

A expedição da CNDT, ao revés, traduziria à sociedade uma informação distorcida da realidade processual em que se encontra o devedor subsidiário, podendo, até mesmo, causar lesões a terceiro que, à vista de um do-

cumento de inexistência de débitos, celebrou contrato oneroso com aquele, cujos efeitos podem sofrer do fenômeno da evicção.

Por esses fundamentos, creio que a hipótese é de se considerar o devedor subsidiário como subsumido a uma situação de inexigibilidade temporal do título, passível apenas de expedição da CPDT-EN.

4.6.3. Da (in)exigibilidade do título em relação à execução das contribuições sociais

Nos termos do art. 879, § 1º c/c art. 880 da Consolidação das Leis do Trabalho, a execução de ofício das contribuições sociais (art.114, VIII, CF) é feita conjuntamente com a execução trabalhista, ainda que facultado ao devedor o pagamento imediato do valor que entender devido à Previdência Social (art. 878-A, CLT).

Na hipótese de a execução se processar, de forma remanescente, apenas por conta das contribuições sociais, pode ser requerido pelo devedor o parcelamento do débito, nos termos do art. 889-A, § 1º da CLT: “concedido parcelamento pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, o devedor juntará aos autos a comprovação do ajuste, ficando a execução da contribuição social correspondente suspensa até a quitação de todas as parcelas.”

Da leitura desse dispositivo, conclui-se que, estando com a **exigibilidade suspensa, pode ser expedida a CPDT-EN em favor do devedor**, independentemente de garantia, como, aliás, lhe faculta também o art. 47, § 8º da Lei n. 8.212/1991, notadamente para os fins de prova de regularidade fiscal (Lei n. 8.666/1993).

Quanto ao parcelamento, a Lei n. 8.212/1991 (art. 38) estabelece o prazo máximo de 60 (sessenta) meses⁽³²⁾.

Quanto ao **procedimento**, observa-se que a legislação indica ao devedor a busca desse

(32) O art. 1º da Lei n. 11.941/2009 admitiu um parcelamento maior (180 meses) para débitos previdenciários (e outros administrados pela União Federal), nas condições fixadas nessa Lei.

parcelamento por meio de solicitação junto à Receita Federal do Brasil, que, desde a Lei n. 11.457/2007, passou a administrar os créditos devidos à Previdência Social. Nada obstante, alguns Juízos têm admitido o parcelamento por meio de compromisso judicial do devedor, em função da maior praticidade desse mecanismo, assegurando-se, contudo, a atualização da dívida pelos critérios estabelecidos na legislação previdenciária (art. 879, § 4º, CLT).

Caso o devedor **não observe fielmente o cumprimento do parcelamento**, essa condição deve ser anotada judicialmente para fins do cadastro negativo (*caráter dinâmico*), sem prejuízo de outras sanções⁽³³⁾.

Logo, “o parcelamento não é modalidade de extinção da execução, mas de sua suspensão” (CHAVES, 2009, p. 183).

Ainda no terreno da inexigibilidade das contribuições sociais, há que se observar a **remissão** concedida pelo art. 14 da Lei n. 11.941/2009, relativamente a créditos consolidados, por devedor, até 31.12.2002, no limite de R\$ 10.000,00.

Em relação aos créditos previdenciários cobrados pela Justiça do Trabalho, **não se aplicam** as regras e balizamentos de valores para a não inscrição em dívida ativa ou mesmo para cobrança judicial de créditos devidos à União, como já anotei em outro estudo sobre os efeitos da Lei n. 11.457/2007 (*Lei da SuperReceita*) sobre o Direito Processual do Trabalho (CHAVES, 2009, p. 137-9).

Essas regras gerais para a cobrança de tributos se fundamentam em razões dos custos de administração das cobranças e estabelecem:

(33) Se comprovada a hipótese de que o devedor buscou o parcelamento apenas para obter a CPDT-EN, deixando de cumprir com o seu compromisso, vejo como presente a **falta de eticidade processual**, passível de *contempt of court*, mais especificamente ato atentatório à dignidade da Justiça (art. 600, CPC), de aplicação supletiva no Processo do Trabalho. Trata-se de medida que se impõe e que deveria ser tornar hábito, de modo a construir a necessária participação ética da parte perante os processos judiciais.

i) não inscrição, na dívida ativa da União, os débitos com a Fazenda Nacional de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 1.000,00 e o não ajuizamento de execuções fiscais de débitos consolidados de valor igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (cf. art. 65 da Lei n. 7.799/1989; Portaria MF n. 49/2004); ii) arquivamento, sem baixa na distribuição, mediante requerimento da Fazenda Pública, de execuções de valor consolidado igual ou inferior a R\$ 10.000,00 (art. 20 da Lei n. 10.522/2002).

Tratando-se de execução promovida nos autos da ação trabalhista, **aplica-se** semelhante instituto previsto no art. 54 da Lei n. 8.212/1991, cuja densificação foi feita pela Portaria MPS n. 1.293, de 5 de julho de 2005, “que estabelece um quadro de valores-piso por região de atuação da Justiça do Trabalho, até cujos limites é dispensada a execução previdenciária” (CHAVES, 2009, p. 139):

Estado	TRT (Regiões)	Valor-Piso
SP	2ª, 15ª	R\$ 150,00
ES, MG, PR, RJ, RS, SC	1ª, 3ª, 4ª, 9ª, 12ª, 17ª	R\$ 140,00
AC, AL, AM, AP, BA, CE, DF, GO, MA, MS, MT, PA, PB, PE, PI, RN, RO, RR, SE, TO	5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 10ª, 11ª, 13ª, 14ª, 16ª, 18ª, 19ª, 20ª, 21ª, 22ª, 23ª, 24ª	R\$ 120,00

E mais: “esses valores, no entanto, não podem ser considerados isoladamente. É que, como indica o § 1º da referida Portaria, essa **remissão** tributária não tem lugar quando for possível agrupar créditos existentes em mais de um processo contra o mesmo responsável ou devedor, agrupamento esse que deve ser providenciado *ex officio* pelo Juiz do Trabalho condutor da execução (art. 878, CLT), ou a requerimento, agora, da União” (CHAVES, 2009, p. 139).

Logo, não sendo a hipótese de remissão (art. 156, IV, CTN), as demais situações, além de inaplicáveis ao Processo do Trabalho, dizem respeito à esfera administrativa dos créditos da União, não se projetando na seara processual⁽³⁴⁾.

(34) Nesse sentido, precedente do Tribunal Superior do Trabalho: “RECURSO DE REVISTA — ACORDO HOMO-

Para os que entendem aplicável a regra do art. 40 da Lei n. 6.830/1980 (LEF)⁽³⁵⁾ aos incidentes envolvendo a execução previdenciária, anoto que **não estamos diante de uma hipótese de suspensão de exigibilidade do título.**

LOGADO NOS AUTOS — CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA — INCIDÊNCIA — PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. A execução de ofício das contribuições previdenciárias pela Justiça do Trabalho obedece, especificamente, aos ditames do art. 114 da Constituição; da Lei n. 8.212/91; e da CLT. Considerando o referido dispositivo constitucional, o art. 876, parágrafo único, da CLT e a Portaria MPS n. 1.293/2005, não sofre qualquer restrição a execução de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) a título de contribuição previdenciária incidente sobre acordo homologado em juízo. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR-9001-69.2009.5.24.0076, Rel.^a Min^a Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, 19.4.2011.) "RECURSO DE REVISTA — CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS — EXECUÇÃO. As Portarias ns. 49/2004, do Ministério da Fazenda, e 296/2007, do Ministério da Previdência Social, as quais fixam como valor mínimo para a execução fiscal a quantia de R\$ 10.000,00, aplicam-se especificamente nas ações ajuizadas perante a Justiça Federal. Tratando-se de matéria fiscal incidente em processo trabalhista, seguem-se as normas próprias disciplinadas nos arts. 114, VIII, da CF/88 e 832, e parágrafos, da CLT. Ademais, para além do valor a ser obtido no caso concreto a título de descontos previdenciários, subsiste o interesse da União em ver firmada jurisprudência a respeito da matéria, a qual terá repercussão em milhares de processos em tramitação na Justiça do Trabalho. Recurso de revista a que se dá provimento." (RR-24101-72.2008.5.15.0101, Rel.^a Min^a Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, 18.3.2011.)

- (35) Art. 40 (Lei n. 6.830/1980): "O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. § 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública. § 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos. § 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarmados os autos para prosseguimento da execução. § 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. § 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda."

Não localizados bens do devedor, a **suspensão ali mencionada se refere aos atos de execução**, ante a impossibilidade material de prosseguimento do *iter* executório. Logo, esse quadro em nada beneficia o devedor para fins de obtenção da CNDT ou CPDT-EN.

Por fim, nos termos do art. 151, incisos IV e V, do Código Tributário Nacional, é também de se admitir a possibilidade de inexigibilidade do título, relativamente às contribuições sociais, por força de decisões judiciais que questionem a sua legitimidade.

4.6.4. Da (in)exigibilidade do título em relação à execução de créditos não tributários

No que se refere às execuções fiscais de Certidões de Dívida Ativa (CDA), relacionadas com créditos da Fazenda Nacional concernentes a multas impostas pela fiscalização do trabalho (art. 114, VII, CF), temos situações um pouco distintas daquelas já descritas para a (in)exigibilidade dos créditos previdenciários.

Primeiro porque o art. 4º, § 4º da Lei n. 6.830/1980, que regula as execuções fiscais, não cogita da aplicação do art. 151 do CTN à cobrança dos créditos de natureza não tributária, precisamente aquele que trata das causas de inexigibilidade.

Nada obstante, a jurisprudência tem admitido efeitos de parcelamento obtido junto à Fazenda Nacional sobre a higidez da execução, tratando-o como causa de **extinção da obrigação não tributária**, pelo menos nos autos em que se processa a cobrança, em razão de novação. Eis precedentes:

RECURSO DE REVISTA. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. A jurisprudência majoritária desta Corte entende que nas hipóteses de adesão a programa de parcelamento de débito tributário ocorre a novação, o que gera a extinção da execução. Precedentes. Recurso não conhecido. (RR 110900-41.2007.5.03.0052, Rel. Juiz Convocado Sebastião Geraldo de Oliveira, 8ª Turma, 23.9.2011.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO FISCAL. NÃO INCIDÊNCIA DAS RESTRIÇÕES PREVISITAS NA SÚMULA N. 266/TST E NO ART. 896, § 2º, DA CLT. PARCELAMENTO DO DÉBITO. NOVAÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Em se tratando de execução fiscal de dívida ativa regulada pela Lei n. 6.830/80 (nova competência da Justiça do Trabalho: art. 114, VII, CF, desde EC/2004), a análise do recurso de revista não está adstrita aos limites impostos pelo art. 896, § 2º, da CLT e da Súmula n. 266/TST, em face da necessária cognição mais ampla constitucionalmente franqueada ao jurisdicionado apenado, a par da necessidade institucional da uniformização da interpretação legal e constitucional na República e Federação. Noutro norte, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. (TST-AIRR 144-45.2010.5.03.0153, 6ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT de 19.8.2011)

Por se constituir crédito da Fazenda Nacional que depende de prévio lançamento administrativo, à cobrança das multas impostas pela fiscalização do trabalho aplicam-se os ditames da Lei n. 10.522/2002, inclusive por atuação de ofício do órgão jurisdicional, nos termos de entendimento da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO — EXECUÇÃO FISCAL — ARQUIVAMENTO DOS AUTOS EM RAZÃO DO VALOR DA DÍVIDA — COMPETÊNCIA — INAPLICABILIDADE DOS ÓBICES DA SÚMULA N. 266 DO TST E DO ART. 896, § 2º, DA CLT — DESPROVIMENTO. 1. Conforme entendimento sedimentado no âmbito desta Corte, do qual guardo reserva em se tratando de execução fiscal, fundada em título extrajudicial, o recurso de revista será analisado à luz do art. 896, “a” e “c”, da CLT, sem a restrição imposta por seu § 2º e pela Súmula

n. 266 do TST, ante o caráter cognitivo da ação. 2. No caso, a União sustenta, em seu recurso de revista, que, na hipótese de cobrança de dívida de valor inferior a dez mil reais, somente o Procurador da Fazenda Nacional pode determinar o arquivamento dos autos da execução fiscal, sendo esta a interpretação a ser dada ao art. 20 da Lei n. 10.522/02. 3. Contudo, o apelo não merece prosperar, pois emerge como obstáculo à revisão pretendida o óbice da Súmula n. 221, II, desta Corte, tendo em vista que o Regional, ao assentar que o Poder Judiciário também pode determinar o arquivamento dos autos de execuções fiscais cujo valor da dívida seja inferior a dez mil reais, procedeu à interpretação razoável do art. 20 da Lei n. 10.522/02. 4. De todo modo, resta clara a natureza interpretativa da controvérsia e, dessa forma, somente a demonstração de divergência de julgados ensejaria a admissibilidade da revista, sendo certo que a União não colacionou arestos para confronto de teses. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR 66400-04.2007.5.15.0100, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, 30.9.2011.)

Esse arquivamento, contudo, não implica imediata extinção da obrigação, posto que o art. 20 da Lei n. 10.522/2002 diz que se trata de providência “sem baixa na distribuição”. Assim, neste caso, o devedor não perde essa qualidade para efeito de obtenção da CNDT. Cumpre observar o art. 40 da Lei n. 6.830/1980 e que se aguarde o transcurso da **prescrição intercorrente**. Somente com decisão judicial que a pronuncie, teremos a extinção da obrigação, a partir de quando o sujeito passivo da obrigação, agora extinta, poderá obter a CNDT.

As execuções fiscais podem, por outro lado, sofrer os efeitos de inexigibilidade da CDA em decorrência de medidas de impugnação específicas, por meio do manejo de instrumentos como: ação anulatória, mandados de segurança, medidas cautelares ou outro processualmente idôneo. Nesses casos, **teremos a possibilidade de concessão da CPDT-EN**, nos termos da respectiva tutela judicial que emprestou efeito suspensivo à CDA.

Nos casos de **execuções fiscais embargadas**, a garantia integral do juízo (que é necessária), já autoriza a expedição da CPDT-EN, nos termos do art. 642-A, § 2º da CLT.

5. O Banco Nacional de Devedores Trabalhistas

Conquanto a Lei n. 12.440/2011 não subsuma sua eficácia a qualquer instrumento integrativo ou regulamentar, veio o Tribunal Superior do Trabalho a editar a Resolução Administrativa n. 1.470/2011, que, em sua ementa, dispõe: “regulamenta a expedição da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas — CNDT e dá outras providências.”

Como já procurei realçar ao longo deste estudo, do ponto de vista administrativo, a ideia da criação do Banco Nacional de Devedores, a que cogita o seu art. 1º, parece ser medida instrumental indispensável para a concretização do comando inserto no § 3º do art. 642-A da CLT, que afirma: “A CNDT certificará a empresa em relação a todos os seus estabelecimentos, agências ou filiais”, dando conta do seu caráter, portanto, nacional.

E é de se supor que, pelo tamanho da estrutura da Justiça do Trabalho, bem como pela dimensão do seu número de feitos em tramitação e no estoque da execução, torne-se indispensável um grande esforço de unificação de fluxos de trabalhos e de rotinas das tecnologias de informação e gerenciamento de processos para que os dados relativos aos devedores na Justiça do Trabalho sejam consentâneos com a situação de cada execução.

Dispõe o art. 1º da RA n. 1.470/2011:

Art. 1º É instituído o **Banco Nacional de Devedores Trabalhistas — BNDT**, composto dos **dados necessários à identificação das pessoas naturais e jurídicas**, de direito público e privado, inadimplentes perante a Justiça do Trabalho quanto às obrigações: I – estabelecidas em **sentença condenatória transitada em julgado ou em acordos judiciais trabalhistas**; ou

II – decorrentes de **execução de acordos firmados perante o Ministério Público do Trabalho ou Comissão de Conciliação Prévia**. (grifei)

Nota-se que o propósito do BNDT é se constituir como a base de dados — de **caráter certamente dinâmico** — a partir do qual se edificará a gestão da expedição da CNDT e da CPDT-EN.

O § 1º do art. 1º destaca a necessidade de se ter a ciência do devedor da obrigação a ser satisfeita como requisito para a condição de inadimplente, pelo menos para os efeitos do art. 642-A da CLT.

O § 2º do art. 1º assenta que somente com a formalização da garantia da execução é que se pode cogitar da expedição da CPDT-EN. Trata-se de importante reflexão da RA n. 1.470/2011, uma vez que a subsistência da penhora — mesmo que se trate de depósito bancário ou de bloqueio pelo sistema BACENJUD⁽³⁶⁾ — depende de avaliação judicial (art. 2º). Somente após essa deliberação, o BNDT deve habilitar a expedição da CPDT-EN.

O § 3º do art. 1º destaca a impossibilidade de restrição do devedor no BNDT quando se tratar de execução provisória, pois a legislação exige o trânsito em julgado do título executivo para configurar a inadimplência que impede a obtenção da CNDT.

Uma vez configurada essa inadimplência, é obrigatória a inclusão dos dados do devedor no BNDT (art. 1º, § 4º), de acordo com relação de informações descritas no art. 3º.

No tocante aos dados (art. 3º), creio ser importante destacar:

a) a atualização diária dos dados destinados à alimentação do BNDT, em formato

(36) Não é demais ressaltar que o depósito bancário voluntário do valor integral da dívida, ou mesmo o depósito judicial resultante de bloqueio pelo sistema BACENJUD não carece de qualquer outro ato formal nos autos, a não ser a decisão interlocutória que a admite e lhe dá destinação. Inexiste, assim, a necessidade de lavratura de auto de penhora, ou mesmo de convalidação de penhora (esta inerente à transmutação da natureza cautelar do arresto para a penhora em execução definitiva).

padronizado, medida que busca assegurar a exatidão das informações, especialmente em razão do caráter dinâmico dos fatos jurídicos que as regem;

b) além dos dados processuais, a uniformização da nomenclatura dos devedores trabalhistas com a base de dados da Receita Federal do Brasil, já que os números cadastrais do **CPF e do CNPJ são informações indispensáveis ao acesso do sistema de geração da certidão** (art. 5º). Demais disso, tratando-se de documento visando a demonstrar a regularidade fiscal, é fundamental que a nomenclatura seja a mesma que será grafada nas demais certidões exigidas pela Lei n. 8.666/1993, **elevando a segurança jurídica dessa documentação**; c) quanto às informações relativas à garantia do juízo e causas de suspensão de inexigibilidade, quando presentes, **o BNDT deverá sempre receber as atualizações necessárias**, de acordo com as alterações constatadas durante a tramitação processual; inclusive na hipótese de pagamento, quando **deve ser determinada a exclusão do devedor do BNDT** (§ 4º, art. 3º);

d) também é importante a individualização das informações quando a execução for promovida contra dois ou mais devedores (§ 3º, art. 3º), pois nem sempre as condições entre eles são as mesmas.

Tratando-se de **execução por carta precatória**, esta obrigação, indica o art. 2º, parágrafo único da RA n. 1.470/2011, constitui encargo do Juízo deprecante. Esse esclarecimento é importante, de modo a não gerar dúvidas funcionais sobre o órgão jurisdicional originalmente competente para efetivar a tutela. Tanto que a legislação processual assegura, em regra, sua competência para o exame dos embargos⁽³⁷⁾.

(37) Art. 747 (CPC): “Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.”

Os arts. 4º a 6º da RA n. 1.470/2011 aprovam os modelos da CNDT e da CPDT-EN, reiterando os comandos legais autorizadores da sua expedição.

O ato administrativo também impõe ao Tribunal Superior do Trabalho o arquivo das informações do BNDT pelo prazo mínimo de cinco anos, medida importante para salvar a memória do sistema nos casos de dúvidas ou de imperfeições em seu funcionamento somente detectados tempos após a expedição da CNDT.

O art. 8º da RA n. 1.470/2011 institui um comitê para a gestão e fiscalização, cujos membros serão designados pela Presidência do Tribunal, com a participação de um representante indicado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, a quem compete fiscalizar e orientar os Tribunais Regionais do Trabalho na implantação e gestão do BNDT (art. 9º).

Esses dispositivos não são expressos na indicação da presença de representantes da Magistratura do Trabalho nesse comitê. No entanto, dadas as peculiaridades da CNDT, jungida a inúmeros atos judiciais, é de todo conveniente uma composição que mescle Juízes e técnicos, dotando-se o comitê de uma visão mais ampla dos atores institucionais envolvidos nessa complexa estrutura informacional.

Nas disposições finais (art. 10), a RA n. 1.470/2011 indica a data de operação do sistema (4 de janeiro de 2012), e assinala: “a partir da data prevista no *caput*, os Tribunais Regionais do Trabalho e as Varas do Trabalho não emitirão certidão com a mesma finalidade e conteúdo da CNDT, salvo em caráter excepcional e urgente em que, após comprovada a emissão da certidão nacional pelo interessado, constatar-se que a informação pretendida ainda não está registrada no BNDT.” (§ 1º)

Assim, teremos como regra o sistema de emissão das certidões de que trata o art. 642-A baseado do BNDT, **salvo excepcionais situações, jungidas ao exame judicial**, como também já procurei investigar neste estudo.

O art. 10, § 2º diz, por fim: “a CNDT pode ser exigida para fins de transação imobiliária, mas não exclui a emissão, pelos Tribunais e Varas do Trabalho, de certidão específica para esse fim.”

Aqui, também como já debatido antes, trata-se do uso da certidão trabalhista no âmbito dos negócios imobiliários, de modo a salvaguardá-los dos riscos da evicção.

A RA n. 1.470/2011 cogita da hipótese, mas, diante da ausência de previsão legal para o caso, não pode restringir a expedição de outra certidão, de caráter mais local, se assim demandar a parte interessada, pois a obtenção de certidão é direito fundamental vertical, e deve, pois, ser observado pela Administração Pública (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “b”, Constituição Federal).

6. Considerações finais

A tramitação foi longa. Uma longa gestação de um instrumento que pode, ao fim e ao cabo, colaborar para o prestígio do direito do trabalho e para a efetividade das tutelas trabalhistas.

Embora nascida em extensão menor que a proposta, a CNDT chega com grande potencial de gerar efeitos positivos para a Justiça do Trabalho e para a sociedade brasileira, na medida em que **pode contribuir para a redução dos altos níveis de inadimplência ainda em curso.**

Além de **complementar outras ferramentas indiretas de execução**, a CNDT visa a salvaguardar a ordem jurídica e social, impedindo a atuação daqueles que estão pendentes com suas obrigações sociais, elevando o crédito trabalhista, de cariz privilegiado, pelo menos ao nível dos créditos fiscais e tributários, cuja cobrança, há muito, já se vale dos meios indiretos de coerção dos devedores.

A atuação extrajudicial em defesa da eficácia da norma jurídico-trabalhista também se beneficia da CNDT, como sucede em relação

aos Termos de Ajustamento de Conduta executados perante a Justiça do Trabalho.

No caso dos contratos com a Administração Pública, a CNDT vem em boa hora, notadamente pelos altos índices de terceirização verificados nos dias em curso, e também as altas taxas de inadimplência dessas empresas terceirizadas para com seus empregados e ex-empregados.

A Lei n. 12.440/2011, ainda que tenha vindo a lume com boa técnica legislativa, **não dispensa a integração hermenêutica para sua máxima efetividade.** Este estudo procurou colaborar com essa missão, investigando os aspectos de maior relevo da nova legislação processual trabalhista.

7. Referências bibliográficas

BEBBER, Júlio César. *Processo do trabalho*: adaptação à contemporaneidade. São Paulo: LTr, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro *et alii*. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Adalberto *et alii*. *As normas e os fatos*: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CHAVES, Luciano Athayde. O processo de execução trabalhista e o desafio da efetividade processual: a experiência da Secretaria de Execução Integrada de Natal/RN e outras reflexões. *Revista LTr*. Legislação do Trabalho, v. 65, p. 1.450-8, 2001.

_____. Dos ritos procedimentais das novas ações da justiça do trabalho. In: COUTINHO, G. Fernandes *et alii*. *Justiça do Trabalho: competência ampliada*. São Paulo: LTr, 2005

_____. *A recente reforma no processo comum e seus reflexos sobre o direito judiciário do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.

_____. *Estudos de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Todo o esforço da Justiça não conseguiu gerar eficiência*. Disponível em: <www.conjur.com.br> Acesso em: 2 set. 2011.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. *Manual da execução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 1991.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. Ministério Público do Trabalho. In CHAVES, L. A. (Org.). *Curso de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto. *Por uma execução trabalhista mais eficaz*. Disponível em: <www.trt21.gov.br> Acesso em: 15 dez. 2001.

Equiparação estrutural

Vicente de Paula Maciel Júnior^(*)

Resumo:

- ▶ Este trabalho pretende examinar o tema da equiparação salarial na perspectiva da estruturação moderna da organização do trabalho pelo empregador. O tema da equiparação merece ser revisto à luz do novo modelo constitucional brasileiro e adaptado às novas condições e exigências impostas pelo modelo de produção, para que permaneça como eficaz instrumento jurídico contra as políticas discriminatórias de remuneração. A proposta abrange a identificação dos requisitos legais da equiparação salarial na nova sistemática de produção que, muitas vezes, fragmenta as funções antes exercidas por um único empregado no intuito de descaracterizar e enfraquecer as conquistas alcançadas pelas categorias profissionais. O ponto central é a proposta de equiparação estrutural, que significa a possibilidade de a análise do fenômeno da equiparação ser identificado a partir da estruturação das atividades segundo as exigências do empregador, como forma de tipificar as situações fáticas no enquadramento legal do art. 461 da CLT.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Os requisitos legais da equiparação salarial
 - ▶ 2.1. Trabalho de igual valor
 - ▶ 2.2. Mesma produtividade
 - ▶ 2.3. Qualidade, perfeição técnica
 - ▶ 2.4. Identidade de empregador
 - ▶ 2.5. Mesma localidade
 - ▶ 2.6. Tempo de serviço
- ▶ 3. Conclusão
- ▶ 4. Referências bibliográficas

(*) Doutor em Direito pela UFMG. Pós-Doutor em Direito Processual pela Università di Roma – La Sapienza. Professor adjunto da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, nos cursos de graduação e pós-graduação. Juiz do Trabalho Presidente da 28ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

É preciso terceirizar a prosperidade e não a miséria. É fundamental equiparar a partir da prosperidade. A miséria iguala, ofende, avilta, revolta. Destrói ideologias e promove revoluções. A miséria não tem religião, difunde o desespero, enfraquece o corpo e aniquila a alma. Ela retira o que resta de dignidade. Impede qualquer compreensão racional porque ela é o moto contínuo do caos... Aqueles que lhe são indiferentes e lhe manifestam aversão e repugnância, conhecerão um dia sua face descarnada e seu profundo olhar inquietante. Aqueles que se preocupam com ela, talvez lhes restem culpa ou compaixão. Aqueles que fazem algo contra ela ao menos são capazes de compreender sua dimensão.

Vicente Maciel Jr.

1. Introdução

Os homens são iguais? Eles merecem igual remuneração desde que se comportem de modo padronizado considerando as expectativas de condições de trabalho vigentes em determinado tempo? Quem tem mais tempo no trabalho tem mais direitos de quem nele entrou agora? A partir de quando eu posso pedir o direito de ser tratado igualmente, sem diferença de remuneração? O mundo globalizado comporta tratamentos diferenciados entre brasileiros e estrangeiros?

Essas questões não são novas e surgiram desde quando o Direito do Trabalho começou a ser reconhecido e universalizado como uma forma de reprimir a exploração do homem pelo homem (em razão da relação CAPITAL X TRABALHO), principalmente em função das péssimas condições de trabalho que surgiram após o fim da escravidão.

A mão de obra gratuita passa a ser remunerada, mas a preferência foi pelo trabalho da mulher e do menor, pelo fato de que ganhavam salários menores que os dos homens. Esses fatos mereceram coibição pelo Direito do Trabalho. Paralelamente a esse problema, a difusão das empresas de capital estrangeiro, em atuação

em diversos países, chamou a atenção para a prática discriminatória segundo a qual a empresa estrangeira pagava salários maiores aos empregados oriundos de seu país sede, do que aqueles que pagava aos empregados do país onde a empresa atuava. (SÜSSEKIND, 2005, p. 429)

Diante da relevância do tema, surgiram tentativas de regulamentação da matéria, no intuito de criar parâmetros gerais de uniformização, destacando-se, por sua importância, o Tratado de Versailles, que em seu art. 427, 7, dispôs sobre o “salário igual, sem distinção de sexo, para trabalho de igual valor”. Em seu art. 427, 8, o Tratado de Versailles sugeriu “que as regras que em cada país se ditem, a respeito das condições de trabalho, deverão assegurar um tratamento econômico equitativo a todos os operários que residem legalmente no país”.

Essa norma foi fonte de inspiração para as legislações de diversos países e em 1951 foi firmada a Convenção n. 100 a respeito da igualdade de remuneração para trabalho de igual valor entre homens e mulheres. Em 1958, foi aprovada a Convenção n. 111 referente à discriminação em matéria de emprego e profissão. Ambas as convenções foram ratificadas pelo Brasil.

No direito positivo brasileiro, a equiparação salarial por trabalho de igual valor foi concebida a partir do Decreto n. 20.261, de 29.7.1931, sendo uma decorrência dos objetivos perseguidos pela Revolução de 1930, no sentido de vedar o pagamento de salários maiores aos estrangeiros, quando eles trabalhassem em condições análogas às de um trabalhador brasileiro. Posteriormente o Decreto-lei n. 1.843, de 7.12.1939 manteve o princípio da equiparação, mas ainda com pertinência apenas à tutela do trabalhador nacional. (SÜSSEKIND, 2005, p. 429-430)

Em um quadro comparativo do tratamento da matéria da equiparação salarial em sede

constitucional, poderíamos destacar a seguinte situação:

Constituição: 1934, art. 121, § 1º — adotou a isonomia salarial para um mesmo trabalho, por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil.
Constituição de 1937 — omissa quanto ao tema da equiparação.
Constituição de 1946 — repetiu o dispositivo da Constituição de 1934.
Constituição de 1967 — em seu art. 165, III mencionou a proibição de diferenças de salários e de critério de admissões por motivo de sexo, cor e estado civil.
Constituição de 1988 — em seu art. 7º, XXX e XXXI, proíbe a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; bem como qualquer discriminação salarial em relação ao trabalhador portador de deficiência.

Na legislação infraconstitucional, a CLT reconhece a equiparação salarial entre o homem e a mulher por trabalho de igual valor, no art. 5º. No art. 461, estabelece um sistema geral para análise da equiparação, exigindo identidade de funções, independentemente do trabalho de igual valor. E, no art. 358 a CLT, a equiparação tem como motivo a igualdade salarial entre o brasileiro e estrangeiro quando aquele exercer função análoga à deste.

É a partir desse quadro evolutivo da tutela ao trabalhador, desde a norma convencional internacional, passando pelas legislações constitucional e infraconstitucional, que construiremos nosso raciocínio sobre o novo momento em que vivemos, tudo sem desprezar o sentido que vem sendo dado aos textos normativos pela jurisprudência pátria.

2. Os requisitos legais da equiparação salarial

2.1. Trabalho de igual valor

A palavra valor foi usada desde a Antiguidade para indicar a utilidade ou o preço dos

bens materiais e a dignidade ou o mérito das pessoas, apresentando uma questão de conteúdo econômico. O seu sentido varia conforme sua utilização em outros campos de indagação, como na filosofia. (ABBAGNANO, 1982, p. 952-956)

Para Fernando Américo Veiga Damasceno⁽¹⁾, analisando a expressão na perspectiva do Direito do Trabalho, a produtividade aliada ao zelo do empregado no desempenho de suas atividades conduz à atribuição de maior ou menor valor para seu trabalho e repercute na fixação dos parâmetros salariais. Para o autor, é regra de equidade que o empregado mais produtivo qualitativa e quantitativamente seja melhor remunerado. Conclui que seria injusto pagar o mesmo salário ao empregado que se esforça e colabora com o empregador em comparação com outro que se limita a cumprir as obrigações contratuais.

A questão da atribuição de valor ao trabalho envolve sempre uma dificuldade por ser tema com implicações de ordem cultural, social⁽²⁾, política, econômica, ética, etc. E questão de especial importância nessas cogitações abrange a evolução histórica do trabalho e suas modificações, especialmente em face da tecnologia da informação e o desenvolvimento tecnológico, que alteraram profundamente o perfil do *modus operandi* das atividades e relações de trabalho.

Exemplificando: uma empresa americana pode contratar um trabalhador indiano para o desenvolvimento de *software* relativo à sua atividade bem como pelo suporte até a efetiva operacionalização da ferramenta. Essa contratação pode dar-se *on-line*. O trabalho pode ser enviado *on-line*. O suporte pode durar alguns meses, ou anos, e ser feito *on-line*. O pagamento pode ser enviado diretamente para a

(1) DAMASCENO, 1995, p. 101-103.

(2) São obras essenciais para a compreensão das transformações tecnológicas que afetaram as relações entre Capital x Trabalho: CASTELLS, 2010; MARTIN, Hans-Peter; SHUMANN, Harald. 1998; PAROLA, 2004; PUNZI, 2003.

conta do trabalhador indiano por transferência bancária *on-line*. E a dispensa pode dar-se também por uma simples comunicação via *e-mail* de que o serviço não é mais necessário.

Talvez para todos em seu país, que vissem esse trabalhador indiano sentado à frente de um computador, digitando freneticamente, sem sair de casa, sem “trabalhar”, ele fosse considerado um excêntrico, um alienado, um desocupado, um “viciado cibernético”. Entretanto, aquele rapaz estava trabalhando, e muito, e ganhando dinheiro, talvez muito mais do que qualquer outro membro da família que saía de casa às cinco horas da manhã para retornar ao final do dia (mesmo que ele não tivesse tempo para gastar seu dinheiro porque estava “trabalhando”). A sua atividade afetou a vida de milhares de pessoas em outro país e teve um “valor” inestimável...

A legislação seguramente não evoluiu no sentido de estabelecer garantias ao trabalho realizado nessas condições, que hoje se desenvolve à margem do Direito, inclusive desconsiderando a proteção do trabalhador nacional em face do estrangeiro prevista nos tratados internacionais acima citados na introdução.

Há hoje uma “ordem” apesar e além da “ordem jurídica”. Esse conjunto de linguagens digitais estabelece conexões que os ordenamentos jurídicos estatais não conseguem “controlar”.

Qual é o valor de um trabalho hoje em dia pressupondo esse panorama?! Quem se arrisca a valorizar o trabalho de outrem sem possibilidade de errar?!

Por essas razões que falseiam e obscurecem o problema do valor do trabalho, na maioria das vezes estabelecendo critérios subjetivos e que acabam por desvalorizar o trabalho alheio, é que entendo que a lei deve ser clara na fixação de critérios objetivos, que são critérios mínimos de remuneração para uma categoria.

A legislação brasileira estabeleceu no antigo art. 461 da CLT o que entende ser trabalho de igual valor:

Trabalho de igual valor, para os fins deste Capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica...

A constituição brasileira de 1988 é enigmática por trazer uma série de normas de tutela contra a proibição de discriminação em função de gênero, raça, idade, opção sexual, deficiência física e estado civil. Entretanto, a norma que causa maiores indagações em face de sua repercussão quanto ao valor do trabalho é, sem dúvida, o inciso XXXII, do art. 7º da CF/1988, que assim diz:

Proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos.

Ora, isso quer dizer que tanto os “trabalhos” manual, técnico e intelectual devem ter o mesmo “valor”, como os respectivos profissionais merecem o mesmo “valor”, enquanto trabalhadores?!!

Tomando por base essas premissas, teríamos um quadro legal em que um pedreiro, um analista de sistemas e um cientista PHD pesquisador do CNPQ deveriam ganhar exatamente a mesma coisa!!!

Mas por que não ganham?!

Não ganham porque este inciso XXXII do art. 7º da CF está inserido em uma constituição que adota um modelo capitalista de organização econômica, que pressupõe a livre-iniciativa.

A lei pode estabelecer e pressupor a igualdade, mas ela não paga salários, tributos, não contrata, não concorre no mercado, não traça estratégias de ou sofre as consequências de suas escolhas...

Ao inserir o inciso XXXII no art. 7º, que tem nítido viés ideológico socialista, em uma constituição que tem entre seus princípios fundamentais, que a República Federativa do Brasil se assenta *nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa*; que prevê dentre os direitos e garantias fundamentais a tutela da *propriedade*, está claro que essa igualdade será uma miragem jurídica permitida dentro da perspectiva do estado capitalista.

É uma ambiguidade jurídica fruto da retórica política, mas que gera para a prática jurídica uma dificuldade a ser interpretada e superada.

Entendo que as distinções de valores dos diversos tipos de trabalho devem ser amenizadas e deve haver um encaminhamento rumo a uma diminuição das diferenças entre o valor atribuído ao trabalho técnico, manual e intelectual, mas a importância do trabalho é dada pela repercussão que ele tem em face do “mercado”, que atribui o valor a cada uma das atividades. Portanto, as empresas é que devem sofrer essa limitação, com a fixação de regras claras para que não se utilizem subterfúgios no sentido de minimizar ou aniquilar as conquistas atingidas por uma categoria, bem como alterar e subdividir, fragmentar as tarefas antes todas feitas em atribuição a um cargo que tinha um patamar salarial, para criar uma infinidade de cargos com nomes diferenciados, mas que fazem a mesma coisa do que aquele cargo originário.

A mesma produtividade e perfeição técnica, que veremos nos tópicos seguintes, são alguns dos importantes indícios objetivos para identificação de trabalhos de igual valor.

Devemos ainda esclarecer que a diminuição de diferenças entre o valor dado ao trabalho técnico, científico ou manual não deve representar a redução salarial, um nivelamento “por baixo, o que, sem dúvida alguma, se ficar ao sabor da escolha do empregador, seja ele público ou privado, é o que acabaria acontecendo na prática...

A diminuição entre remunerações deve desencadear um processo que parta da elevação salarial do menor nível para o maior e não o contrário, sob pena de incorrer em redução salarial ilegal.

2.2. Mesma produtividade

Segundo Caudas Aulete⁽³⁾, produto é o resultado de produção, a coisa produzida. Produção é a ação ou efeito de produzir. Produtivo é o

que produz ou pode produzir e produtividade é o caráter ou qualidade de produtivo.

A produtividade em sentido econômico e legal diz respeito a medidas de qualidade e quantidade daquele que produz.

A quantidade de produtos produzidos, bem como a qualidade com que foram elaborados, definem critérios que servem para a remuneração de determinada categoria, assim como ao escalonamento dos empregados segundo as aptidões diferenciadas que possuam para produzir.

Existem cargos e funções para as quais não se faz distinção entre a produtividade, pagando-se um salário mensal sem que sejam exigidas competências técnicas para realização de determinadas tarefas, como os domésticos, serviços de limpeza e similares. Outros serviços já são estruturados pelas empresas em relação à quantidade e qualidade de produtos ou serviços realizados em determinado tempo, o que é muito comum na indústria, ou no comércio, com os vendedores comissionistas.

Quanto mais especializada a função em razão da produção, maior é a possibilidade de enquadramento das atividades em um certo cargo.

Há bem pouco tempo o bancário, por exemplo, fazia uma série de atividades referentes às atividades necessárias para o atendimento em um banco: trabalhos de caixa, abertura de contas, serviços de recepção de clientes e triagem, serviços de arquivamento, cadastro, etc. O gerente era a figura central da agência ao qual todos deveriam recorrer para a solução de problemas de toda ordem. Inegavelmente o gerente detinha poderes de mando e representação. O gerente também era um bancário, só que em razão de sua experiência, do tempo de serviço, de suas qualidades e preparo para atendimento, ele galgava postos maiores dentro do banco e recebia poderes de mando e representação, tendo também maior remuneração em função do cargo de confiança ocupado.

(3) AULETE, p. 2.951.

Hoje o serviço bancário foi completamente reestruturado, ou melhor, desestruturado, de modo que há agências em que não se encontram pessoas, mas somente máquinas. Outras só possuem gerentes, que nada gerenciam... Esses “gerentes” foram fragmentados em diversas “gerências”, segmentadas pelo perfil do cliente (\$\$) e não da atividade. Existem gerentes para ricos e outros para pobres e produtos para cada um desses segmentos. E o mais enigmático é que vários serviços antes pertencentes ao rol de atividades do bancário são hoje feitos pelo “consumidor”, que comparece à agência, preenche uma série de papéis, paga diretamente em máquinas e ainda é tarifado (e muito!!!) por isso...!

Existem bancos que sequer existem fisicamente, e hoje transferiram sua atividade para empresas terceirizadas, transformando os antigos bancários em operadores de *telemarketing*, com evidentes danos à categoria dos bancários.

Esses são apenas exemplos de atividades, mas existem várias outras. O que nos interessa é exatamente perceber que essa desestruturação inteligentemente arquitetada por diversas empresas provocou o desmanche de direitos arduamente conquistados por categorias, esvaziando o movimento sindical e jogando as pessoas em funções pouco delineadas e claras, em que as atividades são delimitadas pela pretensa necessidade do mercado.

Como definir então a produtividade ou atualizar a leitura do texto da CLT em face desse panorama?

Quando a empresa possui um quadro de carreiras, com definição das funções atribuídas a cada cargo, o problema se simplifica.

Mas quando isso não ocorre, o que é a grande maioria das situações de trabalho, o primeiro passo é verificar se, para um grupo ou conjunto de trabalhadores, a empresa definiu situações idênticas de produtividade, fixando metas que se aplicam ou são exigidas de todos eles.

A meta é um critério complexo, em que o empregador estabelece, em função de expectativas de produtividade, um objetivo, considerando o tempo gasto no trabalho, a quantidade de pessoas que podem ser atendidas, ou a quantidade de produtos ou serviços que podem ser produzidos. Para a fixação da meta, o empregador considera ainda o custo da produção, que envolve o valor pago pelo salário, a infraestrutura e materiais gastos para a produção, impostos, a expectativa de lucro e tudo que contribua para a formação do preço final do produto ou serviço e a confirmação do lucro. Normalmente, a meta pressupõe a avaliação de produção decorrente da atividade possível de ser realizada por um “homem médio”, que é o que qualquer homem treinado para a produção é capaz de produzir considerando uma dada unidade de tempo.

Evidentemente que a meta tende a ser reavaliada periodicamente, quando há a percepção de que pode haver o aumento da produtividade, ou mesmo a ocorrência de fatores externos que afetem a produção em dado espaço de tempo e que justifiquem a redução dessas metas. É o caso dos períodos de crescimento ou de crise na economia mundial, ou mesmo fatores sazonais, como safra, entressafra, período de fim de ano, dentre outros fatores.

A meta estabelece, portanto, para um número determinado de empregados que exercem a mesma função, um critério objetivo de produtividade, considerando o trabalho prestado individualmente ou em grupo.

A finalidade da meta é estabelecer uma unidade de medida da produtividade do empregado. Se o empregado X, que trabalha em um cargo e cumpre funções pertinentes a esse cargo cumpriu a meta estabelecida para o mês, ele foi produtivo. Se todos os outros empregados ocupantes do mesmo cargo e que cumprem as mesmas funções, batem suas metas, eles também foram produtivos. Não deve haver entre eles qualquer diferença de remuneração.

Quando o empregado passa a trabalhar de modo contínuo em funções de outro cargo e cumpre metas deste, ocorre o desvio de função e surge um dos requisitos legais do direito à equiparação salarial.

Entretanto, cada vez mais as empresas vêm promovendo a fragmentação das funções atribuídas aos cargos e alterando até mesmo o perfil dos cargos em relação às empresas.

Para melhor explicar as ideias que se seguem, tomaremos de exemplo a situação ocorrida com os bancos.

Os chamados “gerentes” são, muita vez, uma espécie de “faz-tudo”, são coringas que se encaixam em um sem-número de atividades fragmentadas e subdivididas da rotina bancária. Normalmente, na estrutura hierárquica do banco, partindo do menor para o maior cargo, encontramos: os gerentes de contas (que podem ser de pessoas jurídicas ou físicas), gerentes administrativos, comerciais, gerentes gerais, superintendentes.

Não há uma padronização, de modo que essa estrutura pode mudar de banco para banco, bem como a relação de subordinação não é a mesma de uma gerência a outra. Há instituições em que os gerentes de contas não possuem qualquer subordinação aos gerentes administrativos ou comerciais e, em outras, sim. Há instituições em que os gerentes administrativos e comerciais respondem diretamente ao superintendente e, em outras, ao gerente geral. Isso faz com que em cada processo judicial deva ser, primeiro, compreendida a estrutura dos cargos e as respectivas funções atribuídas a cada um deles, o que é matéria de prova de suma importância. Diga-se, de passagem, que o ônus dessa prova é do empregador, porque é ele que estrutura o serviço e atribui as funções a cada cargo, de modo que milita presunção de prova favorável ao empregado nos processos judiciais, quando eles relatam a estrutura dos cargos e das funções nas petições iniciais. Se o empregador não apresenta seu organograma estrutural de funcionamento e não produz

outro tipo de prova que relate os cargos e suas respectivas funções, presumem-se verídicas aquelas descritas pelo empregado.

Muita vez, não há clareza nas funções atribuídas aos cargos. Em outras, conforme inspiradora expressão de José Martins Catharino, ocorre “promiscuidade” nas funções exercidas, de modo que se prova que todos os empregados trabalham indistintamente, ora em uma, ora em outra atividade, sem que haja uma hierarquia nítida, ou mesmo uma diferença fundamental entre as atividades exercidas.

Quando ocorre essa situação, a meta torna-se ainda mais importante como critério unificador, porque se todos possuem as mesmas metas para um segmento do atendimento ou se elas são de toda a agência, todos aqueles empregados que exerceram as mesmas atividades e bateram as metas da agência ou de setor dela têm direito à mesma remuneração.

Portanto, o cumprimento de metas comuns no exercício das mesmas funções, independentemente do cargo, sinaliza um critério objetivo importante para assegurar igualdade de remuneração em face da mesma produtividade.

Saber se o empregado cumpriu as metas fixadas, que foram as mesmas fixadas para o cargo equiparando é um passo fundamental para a identificação da equiparação.

Se ambos os empregados bateram as metas fixadas para um determinado cargo, não importa a qualificação maior ou menor na formação individual de cada um. Isso ocorre porque a meta é uma expectativa objetiva em relação à atividade do empregado (homem médio) em relação ao cargo. Se um bancário é engenheiro de formação, mas ocupa cargo de caixa e outro empregado não tem curso superior e é também caixa, a meta fixada para o cargo de caixa, uma vez cumprida, gerará direito ao pagamento igualitário entre os empregados. A qualificação de engenheiro pode ser um diferencial para a ascensão funcional do empregado na empresa, mas não

justifica a diferença de remuneração para as exigências do exercício do cargo de caixa.

2.3. Qualidade, perfeição técnica

A qualidade ou perfeição técnica é a aptidão do empregado para o exercício das funções inerentes a seu cargo.

O que deve ser objeto de prova em um processo judicial quanto ao tema da perfeição técnica é se, diante do cargo e das atribuições a ele pertencentes, os empregados possuem as mesmas condições técnicas de realização dos serviços e o fazem efetivamente.

Se um auxiliar de gerente bancário pleiteia equiparação salarial com o seu superior gerente, afirmando que fazia todas as atividades do gerente, o que deve ser objetivamente buscado na prova é a constatação das funções atribuídas naquele banco ao cargo de gerente, mesmo porque, como vimos, hoje em dia, as funções de gerente foram fragmentadas. A partir daí se perquirir a função desempenhada pelo equiparando. Se as aptidões de um e outro para o exercício das funções forem as mesmas, então, não há diferença na perfeição técnica.

Muitos fatores são levantados contra a perfeição técnica, como os poderes do cargo, as responsabilidades diferentes em face dele. Entretanto, o que vem ocorrendo em face do acúmulo de serviço e que não é raro, é que os gerentes franqueiem senhas de acesso para que seus auxiliares façam as operações necessárias ao fechamento das operações. Além disso, muitos bancos transformaram os auxiliares de gerência em gerentes, mantendo, no entanto, as mesmas atribuições do cargo de auxiliar, sem qualquer poder de mando ou representação. Isso se deu muito em função do objetivo de inclusão desses empregados em cargos de confiança, para que não tivessem o direito às horas extras, em face da exceção prevista no art. 62 da CLT.

Ora, tomando-se ainda de exemplo o trabalho bancário, se dois empregados trabalham

em um banco e possuem qualificação técnica para proceder ao atendimento de todas as espécies de clientes, sejam pessoas físicas e jurídicas; se possuem conhecimento técnico dos produtos ofertados pelo banco; se possuem condições técnicas de proceder às mesmas operações bancárias; se efetivamente eles trabalham no desempenho dessas funções, então eles possuem as mesmas qualidades técnicas e fazem jus à equiparação neste quesito.

A prova da aptidão técnica e o efetivo exercício das funções do cargo equiparando são os fatores determinantes para o reconhecimento da equiparação nos termos da lei. Se na estrutura da empresa, eles cumprem objetivamente as mesmas funções e estão aptos a fazê-lo, é inegável a equiparação sob esse aspecto.

2.4. Identidade de empregador

Como bem esclarece Damasceno (1995, p.114), temos três situações distintas quanto à fixação do salário, que são as seguintes:

1. igualdade salarial decorrente de salário mínimo nacional ou aquele fixado por convenção ou sentença normativa;
2. igualdade salarial por isonomia salarial decorrente de mesma situação funcional;
3. liberdade absoluta para aqueles que não se encontram limitados às duas situações anteriores.

Ressalta ainda que a segunda dessas hipóteses é que encontra embasamento no art. 461 da CLT e, somado ao conceito de empregador previsto no art. 2º da CLT, conduziria à conclusão de que a equiparação se dá na mesma empresa, ou seja, no mesmo organismo econômico⁽⁴⁾.

Por consequência, não haveria, em princípio, equiparação salarial entre empregados de empresas diferentes, mesmo que estas fossem pertencentes ao mesmo dono. O autor faz ressalva, no entanto, à possível fraude decorrente de criação de outra empresa com fins idênticos

(4) *Op. cit.*, p. 114.

e apenas com o expediente para evitar a igualdade salarial, o que atrairia a aplicação do art. 9º da CLT⁽⁵⁾.

Entretanto, descortinar qual o real empregador hoje em dia pode não ser uma tarefa fácil e o tema ganhou nova dimensão em face da proliferação da terceirização. As empresas vêm alterando suas composições societárias, subdividindo, segmentando as atividades, de modo a fragmentar o foco de suas atividades dentro do processo produtivo. Com isso, uma empresa que fazia todo o processo produtivo passou a terceirizar várias de suas etapas de produção, gerando a ideia de que as diversas atividades, consideradas parcialmente, não se enquadram dentro de sua atividade-fim. Elas seriam um meio e não um fim em si mesmas e, por isso, poderiam ser terceirizadas.

O argumento, embora engenhoso, é falacioso...

Qualquer terceirização *não será ilícita se a atividade terceirizada remunerar valor idêntico ao que era ou é pago no mercado pelo serviço terceirizado.*

O ganho com a terceirização *lícita não é sobre o trabalho e sim sobre o produto e a produtividade.* É um problema de gerenciamento da atividade produtiva e não uma política de redução de custos com a eliminação ou redução dos salários.

Pelo contrário, quando eu mesmo faço algo em meu benefício, como montar um móvel comprado em uma loja, o custo é menor porque eu somente pago o produto. O serviço eu mesmo faço. Se eu pagar alguém para montar o móvel, o custo será maior, porque pagarei pelo produto e ainda pelo serviço de montagem.

Ora, se uma empresa tem uma atividade produtiva e terceiriza parte da produção, porque entende que assim poderá ter mais agilidade, permitindo-lhe concentrar outras atividades na produção, ela sabe que a atividade terceirizada será mais cara do que a produção feita

por ela própria. Entretanto, a empresa sabe que, segmentando a atividade, poderá multiplicar sua capacidade de produção, desde que o faça com um bom sistema de gerenciamento de produção e serviço.

O custo que terá pagando outra empresa para fazer o componente do produto final será superado pela lucratividade decorrente da maior capacidade produtiva.

O lucro, portanto, é “produzido” pela empresa em função da otimização do processo produtivo. *Ele tem fundamento nos custos da produção e no ganho em função da produtividade. Ele nunca será lícito se decorrer da apropriação de parte dos salários como forma de multiplicar empregados e reduzir os salários.*

Quando a empresa muda sua estrutura produtiva e terceiriza parte de sua atividade e sub-remunera a atividade terceirizada, *ela está se locupletando indevidamente, porque está pagando pela força de trabalho menos do que ela própria economizaria se fizesse o trabalho diretamente.*

Essa terceirização que produz uma mais-valia é fraudulenta e autoriza que a equiparação seja pleiteada e deferida com reconhecimento da igualdade da remuneração condizente com o nível salarial pago pela empresa que promoveu a terceirização. Embora se trate de empresas diferentes, elas estruturalmente pertencem ao mesmo processo produtivo e devem ter o enquadramento funcional segundo a atividade da empresa contratante e consoante seus níveis de remuneração.

A identificação do empregador a ser objeto de equiparação em função de terceirização ilícita é revelada pela sua condição de contratante beneficiário de serviço ou produto da empresa terceirizada. Deve ser demonstrado que esse trabalho terceirizado se enquadra estruturalmente no processo produtivo e sem ele o produto ou serviço não existiria integralmente.

A jurisprudência trabalhista frequentemente reconhece a solidariedade entre ambas

(5) *Op. cit.*, p. 115.

as empresas envolvidas no processo de equiparação em virtude do reconhecimento de fraude ao contrato. A situação, entretanto, não é bem conduzida, uma vez que existe conhecida diferença entre as expressões débito (*shuld*) e responsabilidade (*haftung*). Devedor é aquele que assumiu a condição passiva da obrigação por meio de um vínculo jurídico contratual ou não. Normalmente, o devedor é o responsável pela dívida, mas nem sempre isso pode ocorrer. Se “A” assume o débito para o cumprimento de uma obrigação em face de “B” e “C” fica como garantidor da dívida, afiançando-a, o devedor é “A”, sendo ele também o responsável pela dívida. Mas se ele não pagá-la, “C”, que assumiu a condição de garantidor, poderá ser acionado para pagar o débito de “A”. “C” é subsidiariamente responsável pela dívida de “A”. O mesmo ocorre quando a relação entre “A” e “C” provoca um fato ilícito extracontratual e prejudica terceiros. O devedor será acionado e o responsável poderá também ser acionado, de modo subsidiário, para responder pelos efeitos pecuniários de eventual condenação. Isso não é novidade e é regulamentado pelo CPC no capítulo da “responsabilidade patrimonial” (arts. 591 a 597 do CPC), embora venha sendo aplicado no âmbito da jurisprudência trabalhista com pouca técnica.

A solidariedade decorre sempre do contrato ou da lei. Se os empregadores não firmaram contrato com responsabilidade solidária ou não existe lei que a estabeleça para a situação das partes, não é possível reconhecer a solidariedade.

Existe ainda a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, que não é igual à solidariedade. Essa teoria pressupõe o reconhecimento de uma fraude pela utilização indevida da personalidade da pessoa jurídica e impõe como sanção que se retire o véu que recobre a pessoa jurídica, para que ela e seus sócios respondam diretamente pelos atos irregularmente praticados em nome da sociedade. Embora as consequências

práticas sejam parecidas, essas situações jurídicas decorrem de origens diversas e pressupõem fundamentos jurídicos que merecem contraditório próprio para a comprovação de suas ocorrências.

Embora sejam necessárias essas ressalvas, é digno de nota que a jurisprudência vem conduzindo, em sua maioria, para o reconhecimento da responsabilidade solidária para o caso da terceirização ilícita, com consequente deferimento de paridade de direitos trabalhistas aos empregados da empresa que promoveu a terceirização e a terceirizada.

2.5. Mesma localidade

O art. 461 da CLT exige que, para fins de equiparação, a prestação de serviços se dê na mesma localidade.

O conceito de localidade não se confunde com estabelecimento e não se limitou a ele. Para Messias Pereira Donato, a mesma localidade significa identidade de condições socioeconômicas.

Essa exigência é interessante, ainda mais se consideramos as dimensões de nosso país e até mesmo de nossos estados, muitos deles maiores que muitos países. Temos diferenças de condições socioeconômicas que justificam vantagens concedidas pelo empregador que desenvolve atividades em locais cujo custo de vida seja mais elevado, ou outras diversas situações semelhantes.

Essas diferenças normalmente não se afiguram como contraprestações ao trabalho e sim como meios para permitir que o valor do salário não se dissipe integralmente ou seja corroído pelo custo de vida local.

Essas vantagens pecuniárias, em princípio, não são objeto de equiparação salarial. Entretanto, existem hoje cada vez mais empresas que desenvolvem suas atividades em todo o território nacional e o fazem de modo padronizado e com remuneração também padronizada. Nessas circunstâncias, deve-se perceber se o empregador não estipulou um preço médio a

ser pago em qualquer parte do território nacional àquela determinada atividade. Se as condições estruturais da organização do serviço pelo empregador obedeceram um padrão para toda a empresa, nada há que justifique a condição diferenciada de remuneração entre os empregados que se encontrem ocupando os mesmos cargos ou que efetivamente comprovem que cumprem as mesmas funções.

Embora não trabalhem na mesma localidade, esse fator não será empecilho para a equiparação, porque o empregador criou um *standard* para vigorar em relação a todos os empregados, independente dos fatores locais que possam criar variantes na remuneração.

Todos os empregados ocupantes do mesmo cargo e que desempenhem as mesmas funções, com o cumprimento das metas previstas, deverão ganhar a mesma remuneração, ressalvados e excluídos eventuais benefícios ou ajudas de custo dados em função da situação de fato local, como por exemplo, a ajuda aluguel, passagens para visita à família.

2.6. Tempo de serviço

A questão do tempo de serviço previsto no art. 461 da CLT estabeleceu um critério que se pretendeu objetivo, mas logo suscitou polêmica entre os juristas e também na jurisprudência. O problema suscitado pelos doutrinadores era se a contagem do tempo de serviço deveria ser feita na empresa ou na função.

Como podemos extrair de preciosa e sempre clara lição da Professora Desembargadora Dra. Alice Monteiro de Barros, em voto em que atuou como relatora, a interpretação prevalente na orientação jurisprudencial foi que a expressão tempo de serviço contida na lei deveria ser aferida na função e não na empresa⁽⁶⁾.

(6) EQUIPARAÇÃO SALARIAL — TEMPO DE SERVIÇO. No passado, muito se discutiu, na doutrina e na jurisprudência, sobre o significado da expressão “tempo de serviço” contida no art. 461, § 1º, da CLT. Entendiam uns que se tratava de “tempo na empresa”, justificando-se a diferença de remuneração pela maior colaboração que o empregado mais antigo havia prestado ao empregador.

Nesse sentido, foram recrudescendo os entendimentos das mais altas cortes do país e culminaram na Súmula n. 202 do STF, no Enunciado n. 135 do TST, sendo que este foi substituído pela Súmula n. 6 do TST, que manteve a orientação de que o significado jurídico de tempo de serviço representa o tempo na função.

A meu ver, o problema ainda não foi satisfatoriamente resolvido. Isso se deve ao fato de que o fator tempo está sempre aliado a outras variáveis que podem ou não justificar uma diferença de remuneração.

Um empregado pode ocupar o mesmo cargo que outro, exercer a mesma função, para o mesmo empregador e receber remuneração diferenciada, porque há critérios como a produtividade, qualidade do serviço, que podem afetar a remuneração. Isso pode ser facilmente percebido nos empregados do comércio. Dois vendedores comissionistas puros podem receber salários totalmente diferentes, dependendo da produtividade que cada qual tiver nas vendas que efetuarem. Pode ser que aquele vendedor que recebe mais tenha entrado recentemente para o serviço e o outro já tenha dez anos de casa e mesmo assim não consegue boa remuneração. O tempo de serviço em nada influenciará a situação deles.

Para outros, o “tempo de serviço” dever-se-ia ater à “função”, pois ela traz, como corolário, maior prática e maior domínio de suas atividades e, em consequência, maior experiência, o que autoriza um rendimento superior capaz de justificar os salários discrepantes. Já a antiguidade na empresa seria recompensada mediante a concessão de adicionais e outras vantagens, sem relação direta com a qualidade do serviço prestado. Os adeptos da primeira corrente, ou seja, do “tempo na empresa”, refutavam esses fundamentos, alegando que a presunção de rendimento superior não era confirmada pela experiência cotidiana, que mostra, muitas vezes, ser o novato mais diligente e operoso que o veterano. A interpretação que prevaleceu foi a de que o “tempo de serviço” deve ser aferido na função, como se infere da Súmula n. 202 do e. Supremo Tribunal Federal e Enunciado n. 135 do Tribunal Superior do Trabalho. (TRT 3ª R. – RO n. 163/02 – 2ª T. – Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 9.2.2002 – p. 09.)

Portanto, o critério do tempo de serviço é relativo e é muito mais relacionado com a atividade empresarial, com as categorias existentes que atendem a essa atividade.

Quando a empresa tem quadro de carreira organizado, os cargos, as funções, e os acessos são previamente fixados por critérios pretensamente mais claros. Se a empresa atua no setor elétrico e possui eletricitas nível I, II, III, com diferenças de remuneração, elas se justificam em razão de situações que a própria empresa define, como a qualificação, experiência, tempo na função e na empresa, etc.

Mas, quando a empresa não se organiza em quadro de carreira, essa estrutura fluida cria dificuldades para a análise das situações fáticas. Muita vez, essas empresas se organizam em cargos de diretorias, gerências e cargos subordinados para a execução da massa de serviços, considerando uma estrutura simplista.

Quando isso ocorre, é preciso identificar precisamente o que é atribuição específica de cada cargo, o que efetivamente foi desempenhado pelo paradigma e o equiparando, para se saber se a qualificação para as funções, independentemente da nomeação do cargo, é a mesma. Então o critério de tempo no exercício na mesma função e o momento a partir do qual ela se iniciou será de suma importância para o processo.

Nesses modelos de empresas sem quadro de carreiras, tomemos de exemplo uma empresa que atua no setor elétrico e quer contratar um eletricitista: Comprovada a qualificação técnica para o cargo e a aptidão de ambos para o desempenho das mesmas funções, nada há que justifique a divergência de remuneração entre eles. Até mesmo o tempo de serviço pode ser critério vazio, porque o empregado recém-contratado pela empresa “X” pode ser um empregado que atua há 20 anos no mercado, estando qualificado e tendo trabalhado anteriormente em outras empresas em todas as funções que são realizadas na atual empresa. A empresa “X” possui outros 3 eletricitistas,

cada qual com 3 anos de trabalho na empresa e já possuindo experiência anterior de dois anos como eletricitistas.

Somados os tempos totais no exercício da função de eletricitista (5 anos) de cada um desses empregados da empresa “X”, o resultado da operação ainda será menor do que o tempo de serviço como eletricitista do empregado recém-contratado. Ou seja, nada há que justifique eventual remuneração diferenciada entre eles, embora os eletricitistas da empresa já tenham 3 anos de exercício da função na empresa.

O critério do tempo de serviço na hipótese dos casos não poderá ser óbice a que o empregado recém-contratado pleiteie igualdade de remuneração com os demais eletricitistas da empresa “X”, porque eles estão igualmente qualificados para o exercício da função para a qual foram contratados e o empregado recém-admitido tem tempo de serviço como eletricitista há mais tempo que os outros, o que comprova sua larga experiência.

3. Conclusão

O tema da equiparação merece ser revisto à luz do novo modelo constitucional brasileiro e adaptado às novas condições e exigências impostas pelo modelo de produção, para que permaneça como eficaz instrumento jurídico contra as políticas discriminatórias de remuneração.

Nossa proposta abrange a identificação dos requisitos legais da equiparação salarial considerando as alterações no sistema de produção, que muitas vezes fragmenta as funções antes exercidas por um único empregado no intuito de descaracterizar e enfraquecer as conquistas alcançadas pelas categorias profissionais. O ponto central é a proposta de equiparação estrutural, que significa a possibilidade de análise do fenômeno da equiparação ser identificado a partir da estruturação das atividades e as exigências do empregador, como forma de tipificar as situações fáticas no enquadramento legal do art. 461 da CLT. Assim, as metas, o

cargo de confiança, as funções de confiança, o local das atividades, a proporção do número de empregados para o atendimento dos clientes, seriam situações relevantes a serem avaliadas e compreendidas. Esses fatores devem ser avaliados, tomando-se por base a estrutura organizacional de cada empresa, bem como dos critérios que ela impõe para a conformação das funções de cada cargo e que culminam com a prestação de serviços em condições de trabalho equiparáveis.

Inexistindo o plano de carreira na empresa, os parâmetros para a identificação legal da equiparação salarial dependeriam da compreensão da organização estrutural da atividade empresarial, bem como da identificação das habilidades e exigências de função atribuídas a cada um dos cargos existentes, independentemente da nomenclatura que eles possuam. A checagem desses elementos objetivos pode conduzir ao reconhecimento da equiparação estrutural entre grupos de empregados que trabalham nas mesmas funções, uma vez que se eliminem os pontos de distinção entre as atividades desenvolvidas e se comprovem, a partir desse enfoque, os requisitos legais do art. 461 da CLT.

Como as empresas, principalmente as grandes, organizam-se de modo padronizado, em princípio, não deve haver diferenças de remuneração entre os cargos existentes, mesmo se os empregados trabalhem em diferentes unidades ou lojas. O que deve ser ponto de partida em cada processo judicial é a compreensão e a prova dessas condições que foram impostas para o exercício da atividade daquela empresa, ou seja, como a empresa se estruturou hierarquicamente, quais os conjuntos de atribuições de cada cargo, se são exigidos requisitos próprios de qualificação do empregado ou se a atividade pode ser realizada por qualquer empregado. Uma vez compreendido isso, parte-se para a verificação dos pressupostos objetivos do art. 461 da CLT.

Se a empresa tem várias lojas na cidade, cada uma com um porte, isso não elimina a

possibilidade da equiparação. O porte da loja é uma relação de proporção, que considera o número de clientes, o poder aquisitivo local, o ponto, o número de funcionários necessários para desenvolver o serviço naquele local. Em face disso, são estipuladas metas, que são exigências de produtividade que o empreendedor entende que são viáveis tanto para a manutenção como para o crescimento do negócio. A meta é importante inclusive para se saber o número de funcionários que serão necessários em cada unidade para atendimento do público. Embora as lojas possam ter portes diferentes, isso não afasta a equiparação, porque o porte de cada uma leva em consideração uma relação de proporção. A proporção é uma condição de igualdade, porque o empreendedor define que, em função do ponto, tamanho do estabelecimento, público-alvo, deve fixar metas diferenciadas para cada unidade de suas lojas. As metas diferenciadas não representam uma desigualdade de condições que afastem a equiparação. Pelo contrário, quando o empreendedor fixa metas para cada loja que possui, estabelece uma condição de igualdade “proporcional”, uma igualdade que leva em consideração as diferenças que o levam a classificar cada unidade com um porte diferenciado. Para que essa igualdade seja mantida é que o porte é classificado pelo empregador de modo diferenciado. Se ele tivesse critério único e metas iguais para todas as suas unidades, algumas lojas cumpririam as metas e outras não porque as condições não seriam proporcionalmente iguais.

Por isso, entendemos que a equiparação vem sofrendo alterações em função das novas técnicas gerenciais e, em face do panorama atual, é fundamental que se observe que a equiparação não está dissociada do *modus operandi* definido pelo empreendedor. É fundamental compreender a complexidade da organização empresarial e, a partir dela, identificar se essencialmente há razões que justifiquem as diversidades de remuneração, ou se o emaranhado de cargos, funções, nomes, não passam

de uma fachada, uma forma moderna de sepultar conquistas do trabalhador que tiveram o objetivo de estabelecer um critério que eliminasse a exploração e a desigualdade entre iguais.

4. Referências bibliográficas

AULETE, Caldas. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Editora Delta.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz & Terra, 2010.

CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. v. I e II. São Paulo: Saraiva, 1982.

DAMASCENO, Fernando Américo Veiga. *Equiparação salarial*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1995.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

DONATO, Messias Pereira. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1982.

LIMA, Taísa Maria Macena de. Terceirização: responsabilidade subsidiária e solidária. In: Amatra III (Coord.). *Temas de direito e processo do trabalho*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTIN, Hans Peter; SHUMANN, Harald. *A armadilha da globalização: o assalto à democracia e ao bem-estar social*. Lisboa: Terramar, 1998.

NABUCO, Maria Regina; NEVES, Magda de Almeida; CARVALHO NETO, Antônio Moreira de (Orgs.). *Indústria automotiva: a nova geografia do setor produtivo*. Rio de Janeiro: DP & A, 2002.

PAROLA, Vittorio. *Globalizzazione e no global*. Roma: Newton & Compton Editori, 2004.

PRUNES, José Luiz Ferreira. *Princípios gerais de equiparação salarial*. São Paulo: LTr, 1997.

PUNZI, Antonio. *L'ordine giuridico delle macchine*. Torino: G. Giappichelli, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico do trabalho*. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1985.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

O monitoramento do *e-mail* corporativo e o poder de comando patronal^(*)

Mariana Giacomini^(**)

Resumo:

- ▶ O ambiente de trabalho vem se modificando em virtude do crescente desenvolvimento tecnológico, com a disponibilidade de ferramentas inovadoras, tais como a internet e o correio eletrônico, evidenciando-se o surgimento de novos conflitos entre empregados e empregadores. O presente trabalho visa imprimir uma análise da doutrina e dos recentes julgados dos diversos tribunais do país relacionados aos direitos da personalidade do empregado, em especial do direito à intimidade no uso do *e-mail* corporativo diante do poder diretivo do empregador. Para tanto, faz-se necessário o estudo dos direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988, bem como sua aplicação nas relações trabalhistas, passando pelo direito fundamental à privacidade e à intimidade do empregado em face do poder de comando patronal, para, enfim, chegar ao cerne da questão, com uma análise da problemática do monitoramento dos *e-mails* corporativos no ambiente laboral e dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema.

Palavras-Chave:

- ▶ *E-mail* — Empregado — Empregador — Intimidade — Monitoramento.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Da proteção à intimidade no Direito do Trabalho
- ▶ 3. Do poder diretivo e seus limites
- ▶ 4. A internet no ambiente laboral
 - ▶ 4.1. O monitoramento eletrônico dos empregados: a fiscalização dos *e-mails*
 - ▶ 4.2. Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao monitoramento do *e-mail* corporativo
- ▶ 5. O Tribunal Superior do Trabalho e a relativização do direito à privacidade no monitoramento do *e-mail* corporativo
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(**) Artigo baseado em monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em direito material e processual

do trabalho, sob a orientação do Professor Dr. Manoel Carlos Toledo Filho.

(*) Advogada especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP.

1. Introdução

É incontestável que o mundo atual é capaz de proporcionar facilidades incomensuráveis se comparadas ao passado, demonstrando que o progresso é algo inato ao ser humano. Entretanto, ao lado de todo esse avanço, segue o crescente aumento de meios e tecnologias capazes de violarem os direitos da personalidade.

Desta feita, pode-se dizer que há um paradoxo, pois a informática nos tempos atuais permite, a um só tempo, significativo avanço tecnológico, como também uma expressiva ingerência na vida humana, gerando inevitável vigilância e afronta aos direitos da personalidade.

Pode-se afirmar com precisão que a intimidade do usuário da rede mundial de computadores tornou-se vulnerável. Decerto, o *e-mail*, importante instrumento de comunicação via internet, não se tem revelado suficientemente protegido das violações que podem ser perpetradas contra a segurança da transmissão da mensagem, apesar das técnicas cada vez mais avançadas desenvolvidas para coibi-las.

Assim, muito embora seja inevitável reconhecer os avanços tecnológicos e as facilidades que foram criadas para o homem, não há que se olvidar que todo operador do direito, enquanto preocupado com a condição do ser humano, colocado como o feixe de todo ordenamento legal em função do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, Constituição Federal de 1988), deverá assumir inevitável postura crítica-construtiva sobre o atual estágio das questões envolvendo a informática.

Isso porque, dada a lacuna legislativa a respeito de temas envolvendo a era tecnológica, muitas questões restaram pendentes de solução nos mais diversos ramos do direito.

Impende, pois, examinar no decorrer da presente, o resultado dessas inovações tecnológicas no plano do direito do trabalho, mais precisamente no uso do *e-mail* corporativo, ao redor do qual são crescentes os conflitos entre empregadores no uso do seu direito de

propriedade e poder diretivo, e seus subordinados, na tentativa de proteção do seu direito à intimidade.

Atualmente, observa-se muita polêmica acerca do tema, sendo este bastante contemporâneo, o que impõe que o assunto deva ser estudado e analisado com zelo e cautela, vez que, no Brasil, inexistente legislação do direito trabalhista sobre o tema, o que poderia sugerir, em um primeiro momento, a inexistência de quaisquer óbices à utilização do *e-mail* corporativo para fins pessoais.

Por esta razão, há de se considerar a problemática levando-se em conta o posicionamento da jurisprudência e, sobretudo, uma análise dos princípios constitucionais que gravitam em torno das relações trabalhistas.

Portanto, no curso do presente artigo, pretende-se expor os diferentes entendimentos existentes sobre a questão, visto que há os que sustentam a inviolabilidade ampla e irrestrita do *e-mail* corporativo do empregado, os que defendem a possibilidade de monitoramento em toda e qualquer situação, bem como há teses mais moderadas, as quais permitem a violação desde que respeitados determinados requisitos pelo empregador.

2. Da proção à intimidade no Direito do Trabalho

Sabe-se que a legislação trabalhista brasileira não prevê qualquer tutela específica para salvaguardar os direitos da personalidade do trabalhador na relação de emprego.

No entanto, o art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza a rescisão indireta em algumas hipóteses que poderiam estar ligadas a tais direitos. Ocorre que o dispositivo ora mencionado é específico e restrito a determinados casos, limitando-se a autorizar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa do empregador em suas hipóteses.

Consequentemente, tendo em vista a omissão legislativa trabalhista e ser incontestável que a mais ampla e efetiva proteção constitucional

do direito à intimidade e à vida privada, no Brasil, foi trazida pela Carta Magna de 1988, além desta ser fonte primária do Direito do Trabalho, toda vez que a intimidade do empregado for violada caberá a proteção constitucional insculpida no art. 5º, inciso X, do referido diploma, que prescreve que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Importante considerar que tais direitos individuais, ao lado de alguns outros estampados na Constituição Federal, foram taxados de cláusulas pétreas pelo legislador originário, o que se depreende da leitura do art. 60, § 4º e respectivos incisos, assim, tanto a Emenda Constitucional quanto a lei ordinária que ousarem suprimi-los padecerão de inconstitucionalidade.

Ainda, segundo Alice Monteiro de Barros:

Embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e à privacidade, por constituírem espécie dos direitos da personalidade consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento comercial.⁽¹⁾

Além disso, pode-se dizer que são manifestações do direito à intimidade e à vida privada, como seus consectários, a inviolabilidade de domicílio e de correspondência, expressas, respectivamente, nos incisos XI e XII do texto Constitucional.

Dessa forma, por se tratar de direito da personalidade e por ser característica inerente ao ser humano, intrinsecamente relacionada com a dignidade humana, a intimidade jamais se dissocia do indivíduo, acompanhando-o em todas as suas relações, em especial nas relações trabalhistas das quais faça parte, nas quais

opõe-se ao poder diretivo do empregador, fundamentado no direito de propriedade, em especial.

A inserção do empregado no ambiente laboral, portanto, não lhe retira os direitos da personalidade, senão:

De nada adiantaria o Estado respeitar o direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos, se não houvesse mecanismos que impusessem esse mesmo dever aos empresários, no âmbito das relações laborais, bem como aos particulares e à sociedade como um todo.⁽²⁾

Nesse tipo de vínculo, dada a condição de subordinação, vulnerabilidade e dependência do empregado, é praticamente impossível que ele se insurja contra as agressões à sua intimidade perpetradas pelo seu empregador.

Deste modo, o conflito entre o direito de propriedade (e o poder diretivo do empregador) e o direito à intimidade, à vida privada e ao sigilo de correspondência/comunicações do empregado, não encontra solução predeterminada no ordenamento jurídico brasileiro. Isso não significa, no entanto, que haverá a impossibilidade de coordenação desses dois direitos fundamentais.

3. Do poder diretivo e seus limites

O poder diretivo é o poder organizacional, servindo os demais poderes (regulamentar, fiscalizatório e disciplinar) para lhe dar efetividade, podendo ser vistos como desdobramentos daquele.

Assim:

Aquele que contrata trabalhador dependente determina o serviço, especificando com seu poder de direção os limites funcionais, adotando as medidas que entende oportunas para que haja o cumprimento por parte do obreiro de suas prestações, daí

(1) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 38-39.

(2) SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 102.

o poder disciplinar, cuja função é assegurar o poder diretivo patronal.⁽³⁾

O poder disciplinar do empregador é uma das formas de destaque do poder empregatício. O fundamento está muitas vezes no unilateralismo do empregador na aplicação de penalidades tipificadas (art. 482, CLT) e não tipificadas nas normas trabalhistas.

Porém, não há que se afastar que no exercício do direito de comandar, fiscalizar ou punir o empregado, o empregador deverá fazê-lo dentro de um critério de razoabilidade e ponderação.

Nesse sentido, a escritora Graciela Giuzio afirma que:

En definitiva los poderes de dirección y vigilancia reconocidos al empleador, deben limitarse al comportamiento del trabajador referido al cumplimiento del contrato de trabajo, sin que dichas facultades puedan ejercerse sobre actos, hechos o manifestaciones que en nada afecten las obligaciones asumidas por el trabajador.⁽⁴⁾

Isso porque, o exercício do poder diretivo e fiscalizador do empregador não pode servir, em nenhum momento, para a produção de resultados inconstitucionais, abusivos e lesivos aos direitos fundamentais do trabalhador, tampouco para a sanção ao exercício legítimo de tais direitos por parte daqueles (empregadores).

Não há dúvidas de que o poder disciplinar do empregador encontra no “superprincípio”

da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, Constituição Federal de 1988) a primeira e maior barreira para o seu exercício. Após, tem como limitação diversos princípios constitucionais, tais como o da isonomia, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra, etc.

De fato, a subordinação sempre existirá no vínculo empregatício, mas a proteção ao empregado funcionará como limite desta, a fim de prevalecer o respeito à pessoa e às suas liberdades.

Percebe-se, portanto, que todos os direitos integrantes do rol dos direitos fundamentais do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, servem de limitação à atuação do empresário na direção da prestação de serviços. Dentre esses direitos, dá-se especial destaque aos que protegem a personalidade do trabalhador.

O abuso no exercício do poder disciplinar já foi, inclusive, rechaçado pelos nossos Tribunais, senão vejamos:

EMENTA: ABUSO NO EXERCÍCIO DO PODER DISCIPLINAR. DANOS MORAIS E JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA. AGRESSÃO, DESRESPEITO, SONEGAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS E RESISTÊNCIA DO EMPREGADO. “(...) O *desnível atual do exercício do poder disciplinar pelo empregador opera com maior intensidade nas atividades laborais no setor privado, no qual predomina a ampla liberdade do empregador, que enfeixa em suas mãos um poder quase absoluto, potestativo, em uma época de desenvolvimento histórico, político e cultural em que a sociedade já não tolera mais direitos absolutos e quaisquer formas de discriminação, especialmente em face de hipossuficiente.*” De resto, o reclamado ao exercer seus poderes empresariais de forma autoritária, ilegal e despropositada, perpetrando ainda atos de agressão física e verbal, gera o dano moral pleiteado e a descaracterização da justa causa. (TRT – 17ª R. – 01353.2007.011.17.00.2 Recurso ordinário, Rel. Juiz Claudio Armando Couce de Menezes, Rev. Juiz Carlos

(3) RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Do fundamento do poder disciplinar laboral*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 185, *apud* CALVET, Otávio; MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador*. Núcleo Trabalhista Calvet. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br>> Acesso em: 31 jan. 2011.

(4) GIUZIO, Graciela. Tecnología, poder de dirección y protección de la intimidad del trabajador. In: *XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 20.

Henrique Bezzera Leite, data 27.11.2008.)⁽⁵⁾
(grifos nossos)

Trazendo tal limitação para o campo principal desse trabalho, percebe-se que os empregados não são obrigados a acatar ordens sobre aspectos alheios à relação de emprego e sem qualquer repercussão sobre ela. Logo, em regra, a vida privada do empregado está fora do campo de incidência do poder diretivo do empregador, conforme se deduz da leitura do art. 5º, inciso X, da CF/1988, o qual considera invioláveis a intimidade e a vida privada das pessoas.

Outrossim, a liberdade do empregado também encontra limites estampados na própria Constituição, quando esta assegura a garantia do direito de propriedade no art. 5º, inciso XXII e o princípio da livre-iniciativa, insculpido no art. 1º, inciso IV. Logo, justifica-se a ingerência na vida do empregado quando seu comportamento for suscetível de ocasionar danos aos interesses da empresa.

Por oportuno, importante frisar que o controle das comunicações do empregado no local de trabalho é justificado pelo empregador no uso de suas atribuições de controle e fiscalização, insertas no seu poder diretivo, ao lado dos demais meios de controle e fiscalização, tais como a vigilância e monitoramento do local de trabalho por meio de circuito interno de filmagem, e as revistas íntimas. Porém, é inegável que os novos rumos trazidos pelo avanço tecnológico gradativo têm transformado o uso desse poder diretivo significativamente.

Nesse ínterim, o poder de controle e direção tem permitido ao empresário estabelecer, conforme o caso, medidas impeditivas e condicionantes sobre o uso particular dos serviços de correio eletrônico, o que, de certa forma, vem gerando um intenso debate jurisprudencial e doutrinário acerca dos limites que aqui devem ser impostos.

(5) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Disponível em: <<http://www.trtes.jus.br>> Acesso em: 28 fev. 2011.

Isso porque, de um lado, está o poder de decisão do empregador sobre a estrutura e funcionamento da sua empresa, bem como sobre a direção da prestação de trabalho do pessoal contratado de acordo com as condições pactuadas no contrato de trabalho. De outro, a necessidade de que as relações trabalhistas sejam orientadas nos princípios da boa-fé e da diligência profissional. E, como é óbvio, aquelas condições “não podem estabelecer-se com abstração dos direitos reconhecidos pela Constituição. A autonomia organizacional do empresário não é nem poder ser ilimitada”⁽⁶⁾.

Assim, há uma forte tendência em se afirmar que a subordinação jurídica do empregado, prevista no art. 3º, CLT, não justifica a ineficácia da tutela à intimidade no local de trabalho, sob pena de um estado ilimitado de sujeição do economicamente hipossuficiente. Porém, essa tendência vem sendo, de certa forma, relativizada pelos Tribunais Superiores, conforme será verificado mais adiante.

4. A *internet* no ambiente laboral

Como não poderia deixar de ser, a *internet*, como ferramenta indispensável na sociedade moderna, produziu (e ainda vem produzindo) mudanças significativas nas relações de trabalho, visto que a rede mundial foi posta a serviço dos empregados, a fim de que a qualidade dos seus serviços fosse aumentada qualitativa e quantitativamente.

Com o surgimento de um novo modelo de relação trabalhista, resultado da modernidade, no qual a informação e o conhecimento passaram a desempenhar papel primordial na atividade econômica, impôs-se como foco principal a busca por novos e exigentes mercados consumidores. A esse respeito, Vânia Siciliano Aieta afirma que:

(6) PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. In: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos*, 36. ed., p. 295, dez. 2002 a abr. 2003.

Resta incontestado que o surgimento de um novo modelo de sociedade, ou melhor afirmando o irrompimento da “sociedade de rede”, vem proporcionando um eficaz desenvolvimento e aprimoramento das empresas em razão de vantagens como confiabilidade e segurança na troca de informações, facilidade de armazenamento de informações, rapidez, menores custos e notadamente a inequívoca possibilidade de descentralização da produção, permitindo o gerenciamento de subsidiárias à distância, inexigindo-se a presença física do empregado na sede ou nas filiais de uma empresa.⁽⁷⁾

Resultado disso: conquista de presteza na realização do serviço, agilidade na troca e ganho de informações, aumento da carga de trabalho (em virtude da facilidade de acesso), e, em contrapartida, novos problemas e conflitos a serem solucionados.

Certo é que a utilização da *internet*, seja como meio de comunicação, seja como modo de dinamizar a atividade empresarial, tem criado uma série de polêmicas acerca da necessidade de proteção à intimidade do trabalhador.

Para Eduardo Goldstein:

No cabe duda que con el avance de la tecnología a partir de la década de 70 del siglo pasado a nivel general y dentro de Ella particularmente el de los sistemas de comunicación, su proliferación, uso y manejo, colisionan en diferentes ámbitos con los dispositivos jurídicos de protección de los derechos humanos fundamentales, entre ellos el de la privacidad e intimidad y que permite a su vez la libertad de transmisión y concidencia.⁽⁸⁾

(7) AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 14, n. 55, p. 61-62, abr./jun. 2006.

(8) GOLDSTEIN, Eduardo. La inviolabilidad del contenido del correo electrónico laboral o empresarial del trabajador por parte del empleador. In: *Revista XIX, Jornadas*

Isso porque é o empregador quem detém os meios de produção e os equipamentos disponibilizados ao empregado para a prestação dos serviços contratados. Logo, como titular da propriedade, dos bens e do poder diretivo, deve primar sempre pelo adequado uso desses apetrechos.

Ocorre que, muitas vezes, o próprio empregador é quem permite a utilização dessas ferramentas para atividades pessoais fora do expediente do trabalho, ou, até mesmo, no decorrer dessa jornada.

Essa livre permissão pode se dar pela disponibilização ao empregado de computadores ligados à rede mundial, dotados de livre acesso à *internet* e sem qualquer restrição ou vedação de acesso a *sites* não correlacionados com a atividade laboral, mas, também, muitas vezes, pela criação de uma conta profissional de *e-mail* para o empregado, somente utilizável por meio da *intranet*, ou seja, com acesso circunscrito ao ambiente laboral.

Desta feita, a partir do momento em que a navegação pela rede mundial de computadores é posta à disposição do empregado, seja mediante livre acesso, seja mediante acesso restrito à *intranet*, não haveria razão para a intromissão pelo empregador em tais ambientes, a fim de não ferir a intimidade do seu subordinado. Logicamente que, nesses casos, far-se-ia necessário, por parte do empregado, respeitar as normas e limites internos, sob pena de violação ao comando patronal e de uma possível demissão por justa causa.

Por outro lado, caso seja da praxe interna da empresa vedar o uso e acesso a esse tipo de ferramenta, não haveria justificativas para permitir a navegação, e certamente haveria justo motivo para uma possível despedida por justa causa, por violação aos preceitos institucionais.

Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 43, 2008.

4.1. O monitoramento eletrônico dos empregados: a fiscalização dos e-mails

Conforme exaustivamente explanado no início do presente trabalho, certas manifestações da pessoa destinam-se a conservar-se completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, ou seja, são secretas, sendo ilícito divulgá-las, delas tomar conhecimento ou revelá-las, não importa a quantas pessoas sejam. Em contrapartida, essas mesmas informações relacionadas à esfera íntima da vida privada podem ser consideradas lícitas, quando justificadas por um legítimo interesse do sujeito que as recebe ou as intermedeia.

Resta saber se o fim a que a informação serve tem maior valor que o interesse do sujeito ao qual se refere essa informação. É exatamente neste ponto que colide o direito fundamental à intimidade do empregado no uso do *e-mail* corporativo com o direito do empregador de ter acesso ao conteúdo dessa mensagem.

Daí decorre a pergunta inevitável: o *e-mail* usado em ambiente profissional é revestido das garantias de sigilo e inviolabilidade, inclusive perante o empregador que fornece e promove o uso e o acesso a ele?

Sabe-se que o correio eletrônico (popularmente conhecido por *e-mail* ou *Eletronic Mail*) é o instrumento pelo qual é possível enviar e receber informações eletronicamente pela internet; informações essas também conhecidas por mensagens eletrônicas.

Certo é que por meio desse instrumento é possível enviar não somente textos, mas também todo tipo de documento digital. Existem duas espécies de correspondência eletrônica, quais sejam, o *e-mail* pessoal e o *e-mail* corporativo, fornecido pela empresa.

Tem-se o primeiro, particular, mediante simples contrato estabelecido diretamente com provedores de acesso, que existem aos milhares, sendo muitas vezes gratuito. Nesse, é o próprio particular quem define o nome

de usuário que adotará no seu endereço e a respectiva senha de acesso. A comunicação é realizada por meio da conta privada do usuário, o qual detém a titularidade, suportando os custos da prestação de serviços de acesso e conexão, em caso de não gratuidade.

Já o segundo, corporativo, é o que passa pela rede privada de computadores do empregador, o qual suporta, na qualidade de proprietário dos equipamentos e da caixa postal, os custos com o acesso e conexão. Sendo este uma ferramenta laboral, deverá ser utilizado como instrumento de trabalho, seja para comunicação com o seu empregador e demais empregados da empresa, seja para tratar de assuntos da empresa fora do seu âmbito físico.

Segundo João Oreste Dalazen, o *e-mail* corporativo:

Em que o empregado utiliza-se de computador da empresa, de provedor da empresa e do próprio endereço eletrônico que lhe foi dado pela empresa para a utilização estritamente em serviço, é como se fosse uma correspondência em papel timbrado da empresa (...).⁽⁹⁾

Com relação ao monitoramento do correio eletrônico do empregado, este consiste na vigilância das suas atividades *on-line* feita por meio de programas que compilam dados do conteúdo dessas mensagens e respectivos anexos, dentre outras coisas. Compilações estas que são automaticamente enviadas ao computador do empregador, ou a setores especializados dentro ou fora do ambiente laboral, para posterior ciência daquele em casos específicos.

Desta feita, há uma forte tendência na doutrina pátria em se rechaçar a penetração no *e-mail* privativo do empregado, desde que, é claro, isto esteja devidamente disposto e pactuado entre os sujeitos do contrato de trabalho. Obviamente, que, como já dito, deverá o empregador adotar métodos para coibir o uso

(9) DALAZEN, João Oreste. *E-mail: o empregador pode monitorar?* In: *Jornal do Advogado*, OAB/SP, ano XXXI, n. 299, p. 10, out. 2005.

(ou torná-lo restrito e moderado) deste tipo de ferramenta, caso faça parte da sua política interna. Tudo isso visando uma relação saudável com seus subordinados, evitando-se, desta forma, possíveis contendas.

Por outro lado, e, sendo de suma importância a esta altura do trabalho, a questão que se coloca é saber se haveria possibilidade desse tipo de intervenção no *e-mail* corporativo do funcionário. Trata-se de tema polêmico que vem dividindo opiniões.

4.2. Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao monitoramento do e-mail corporativo

Para os adeptos do controle do *e-mail* corporativo, sendo o correio eletrônico uma ferramenta laboral fornecida pelo empregador ao empregado para realização do trabalho, e sendo aquele o detentor dos meios de produção (inserindo-se nesse contexto os meios de comunicação), haveria justificativas mais que plausíveis autorizadoras desse tipo de conduta.

Com efeito, os defensores dessa tese afirmam categoricamente que:

Os empregadores são os contratantes das provedoras, motivo pelo qual têm o direito de regulamentar como os computadores devem ser utilizados, inclusive no que pertence à conexão na *internet* e envio e recebimento de *e-mails* (públicos e corporativos), para fins estritamente direcionados ao trabalho, mesmo porque os trabalhadores têm deveres de obediência, de fidelidade, de colaboração e de diligência, dentre outros, na vigência da relação de emprego, decorrentes de subordinação do empregado.⁽¹⁰⁾

Logo, tratando-se de verdadeira ferramenta de trabalho e de uma infraestrutura fornecida integralmente pelo empregador, esse pode dispor dos recursos como melhor lhe aprouver,

no uso dos poderes que lhe são conferidos pela legislação trabalhista (arts. 2º e 3º).

Assim, poder-se-ia enumerar da seguinte forma os argumentos favoráveis à fiscalização do *e-mail* do empregado pelo seu empregador:

1. os recursos necessários para utilização do correio eletrônico são de propriedade do empregador⁽¹¹⁾, neles inserindo-se: computadores, rede de acesso à *internet*, provedor de acesso, energia, ou seja, todo aparato técnico;
2. o poder diretivo do empregador, mediante o qual o empregador exerce seu poder de fiscalização, de controle e disciplinar sobre seus empregados;
3. a empresa é responsável pelos atos de seus empregados⁽¹²⁾ (art. 932, inciso III do Código Civil de 2002), em homenagem à teoria da aparência, muito aplicada nas relações jurídico-empresariais. Obviamente que um terceiro eventualmente prejudicado não tem obrigação, muito menos condições, de saber os limites das funções do empregado, reputando-se legítimos os atos por este praticados no exercício do seu labor diário.

A esse respeito, assinala o Desembargador Alexandre Agra Belmonte, do Eg. TRT da 1ª Região, que:

Um das razões que levam ao rastreamento das navegações e *e-mails* diz respeito à associação da má utilização ao bom nome e reputação da empresa. No terreno da

(10) ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos *e-mails* no ambiente de trabalho. In: *RDT — Revista do Direito do Trabalho*. Repositório autorizado de Jurisprudência do TST (Registro n. 13/1997), Consulex, Brasília, DF, ano 11, n. 06, p. 3-4, jun. 2005, p. 3.

(11) “Los que adoptan la posición señalada en primer término (libre acceso a los correos), tienen como argumento central, el de la propiedad del sistema de comunicación, y el de su utilización exclusiva con fines estrictamente de trabajo.” GIUZIO, Graciela. Tecnología, poder de dirección y protección de la intimidad del trabajador. In: *XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 23.

(12) CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *A ilegalidade da prova e o direito da personalidade no Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>> Acesso em: 21 fev. 2011.

responsabilidade civil, não têm validade os chamados *Legal Disclaimers* ou avisos de isenção de responsabilidade empresarial, que remetem ao funcionário — e não à Empresa — a responsabilidade pelo envio de *e-mail* causador de prejuízo moral ou material. Assim como não teria valor o aviso afixado na porta de veículo funcional, informativo de que a empresa não responderia pelos xingamentos, agressões físicas ou abaloamentos ocorridos em horário de serviço, remetendo ao empregado a integral responsabilidade pelos atos. Isto porque o empregador responde, perante terceiros, pelos danos praticados pelo empregado ou preposto.⁽¹³⁾

4. A inocorrência da privacidade quanto ao conteúdo da mensagem eletrônica, pois, o administrador do provedor pode ter acesso ao mesmo.⁽¹⁴⁾

5. Necessidade de se manter elevado o nível de eficiência, produtividade e foco na atividade desempenhada pelo trabalhador. Isso porque não há dúvidas acerca do potencial dispersivo da *internet*, dado o leque de informações e possibilidades que se abrem àqueles que por ela navegam, exigindo-se o mínimo esforço. Somados esses pequenos desvios ao longo da jornada são capazes de gerar significativa perda de desempenho por parte de empregado dentro da sua jornada de trabalho⁽¹⁵⁾, podendo configurar acentuado desvio de finalidade no exercício da função.

(13) BELMONTE, Alexandre Agra. Desembargador do Eg. TRT da 1ª Região, em monografia intitulada *O monitoramento da correspondência eletrônica das relações de trabalho* (São Paulo: LTr, 2004. p. 64), *apud* Acórdão proferido pelo TRT da 15ª Região, RO n. 01597-2008-062-15-00-0, Juíza Relª Ana Paula Pellegrina Lockmann. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>> Acesso em: 21 fev. 2011.

(14) *Idem*.

(15) As pesquisas revelam que, em média, os empregados chegam a gastar em torno de cinquenta horas mensais em atividades na Internet pesquisando assuntos que não estão relacionados com o seu trabalho, e que 53% dos *e-mails* trocados durante o expediente têm conteúdo pessoal. Fonte: AIETA, Vânia Siciliano. A

6. Tem-se também a questão da segurança da empresa, vez que o uso privativo do *e-mail* corporativo (através do recebimento e abertura de anexos e afins — ex.: *pop-ups*) pode tornar o computador e o sistema informático da empresa vulneráveis à invasão de *hackers* (ou *crackers*), propagando-se vírus capazes de gerar sérios transtornos ao ambiente laboral, dando margem a possíveis violações de informações sigilosas da empresa.

7. Por fim, e não menos importante, a corrente que se afirma favorável ao monitoramento traz a lume a questão da proteção à imagem da empresa, que pode restar prejudicada diante de consumidores, fornecedores e investidores, quando, via de exemplo, o empregado propaga através do seu *e-mail* imagens pornográficas ou racistas, podendo vincular o nome da empresa a esse tipo de prática ilícita.

Vânia Siciliano Aieta⁽¹⁶⁾ ainda coloca a questão da lentidão da rede como outro ponto a ser considerado quando da análise dos argumentos favoráveis ao monitoramento dos *e-mails* dos empregados. Segundo ela “quando ocorrem trocas desnecessárias de arquivos e mensagens, a rede opera mais lentamente, inviabilizando, por vezes, atividades que exigem prazos determinados e curtos para a sua realização”, prejudicando, portanto, o bom andamento da empresa.

A fim de rechaçar a tese de que a exigência de senha pessoal e secreta para acesso à caixa de correio eletrônico ensejaria uma expectativa de privacidade, os autores adeptos dessa primeira tese advertem que isso não deve prosperar,

violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 14, n. 55, p. 60-88, p. 72, abr./jun. 2006.

(16) AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo: RT, ano 14, n. 55, p. 73, abr./jun. 2006.

visto que tal senha seria um mecanismo de proteção do próprio empregador, visando, de tal forma, evitar que terceiros alheios à sua confiança tenham acesso ao conteúdo das mensagens profissionais.

Certo é que r. jurista Sérgio Pinto Martins⁽¹⁷⁾ insere a atitude do empregado que utiliza o meio de correspondência eletrônica da empresa para fins pessoais, apesar de alertado e devidamente advertido quanto à sua proibição, como ato de indisciplina, podendo configurar uma justa causa se ficar constatado que o computador recebeu um vírus exatamente pela brincadeira feita pelo empregado.

Neste ínterim, o autor também recomenda que a empresa proíba por escrito a utilização do computador no horário de serviço, a fim de se evitar posteriormente alegação de desconhecimento da vedação: “O empregador poderia dispor tal proibição no regulamento da empresa ou em norma interna, dando publicidade de seu conteúdo a todas as pessoas, justamente para que possa ser cumprido.”⁽¹⁸⁾

Os tribunais brasileiros, em diversas oportunidades, já se manifestaram nesse sentido, senão vejamos:

EMENTA: JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. CONFIGURAÇÃO. USO DE E-MAIL CORPORATIVO PARA RECEBIMENTO E ENVIO DE MATERIAL DE CONTEÚDO PORNOGRÁFICO. O “e-mail corporativo” vai além de um mero serviço postal ou depósito de mensagens, mas configura instrumento de comunicação virtual disponibilizado pelo empregador. Equipara-se, pois, a uma ferramenta de trabalho do empregado destinada essencialmente à troca de mensagens de caráter profissional. Ao utilizar-se desse instrumento para a troca de correspondência eletrônica com conteúdo nitidamente dissociado e impróprio à atividade laboral, *in casu*, para o recebimento e envio de material de conteúdo pornográfico,

configura-se o mau procedimento pelo empregado, com potencial de torná-lo, até mesmo, lesivo para a imagem da empresa. Entendendo o empregador que diante dessa prática houve quebra da fides, pode despedir o empregado por justa causa, no pleno exercício do direito potestativo. Recurso a que se nega provimento. Processo n. 01597-2008-062-15-00-0 RO (Acórdão 3ª Turma – TRT 15ª Região). Origem: Vara do Trabalho de Lins. Juíza Relª Ana Paula Pelegrina Lockmann.)⁽¹⁹⁾

EMENTA: SUSPENSÃO DISCIPLINAR. REQUISITOS. LICITUDE. DEMONSTRADA A PRÁTICA DE ATO DISSONANTE DOS PADRÕES MÉDIOS DE URBANIDADE, E A SUA DEVIDA SUBSUNÇÃO AO REGULAMENTO DO EMPREGADOR, EMERGE A LICITUDE DA PENA DISCIPLINAR IMPOSTA. A conta corporativa de e-mail é ferramenta de trabalho e não um direito do empregado. Seu uso somente se justifica para, no exercício das atividades laborais (itens 4.1.14, 4.1.15 e 4.1.16 do Manual de Comunicação — fl. 80), “agilizar a circulação de informações e a comunicação entre órgãos e ou empregados da Empresa” (fl. 84), sendo vedada, segundo os normativos internos os quais deveria conhecer o Reclamante, qualquer medida que contribua para o congestionamento da rede e a ocupação desnecessária dos recursos do sistema o uso de expressões sarcásticas e deselegantes, bem como o emprego da ferramenta à margem dos objetivos profissionais (itens 3.1, 3.3, 3.4, 4.1.14, 4.1.15 e 4.1.16). Assim, se determinada ferramenta de trabalho sofre pelo empregado uso estranho à atividade profissional, não há qualquer óbice do empregador, no exercício do poder diretivo, decidir por retirar o aludido instrumento do alcance do trabalhador, sem se falar em ofensa ilegítima à esfera moral do trabalhador. Processo n. 01330-2007-014-10-00-5 RO (Acórdão 2ª Turma – TRT 10ª Região). Origem: 14ª Vara do Trabalho de Brasília/

(17) MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 385.

(18) *Idem*.

(19) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Disponível em: <<http://www.trt15.jus.br>> Acesso em: 28 fev. 2011.

DF. Rel.: Des. João Amílcar. Julgado em 15.5.2008. Publicado em 20.6.2008.⁽²⁰⁾

Ao revés, os que discordam da possibilidade de controle do *e-mail* do empregado pelo seu empregador, sustentam sua objeção com fundamento na proibição de violação da intimidade do trabalhador e no sigilo de suas correspondências⁽²¹⁾.

Para os defensores desta tese, o direito de propriedade não é absoluto, devendo ceder à garantia da privacidade das comunicações, que poderia ser elidida somente por autorização judicial nos casos em que os indícios de má utilização do *e-mail* corporativo possam ser aferidos com base em critérios objetivos, quais sejam, na queda de produtividade e na alta frequência de envio de mensagens de cunho pessoal (esta poderá ser constatada por meio dos títulos das mensagens, por exemplo).

No que tange ao direito de propriedade irrestrito, o Juiz do Trabalho da 15ª Região, Dr. Jorge Luiz Souto Maior, lembra que:

O *e-mail* é ferramenta de trabalho, mas ao mesmo tempo serve ao indivíduo. Não é porque o empregador forneceu o equipamento que pode, por isto, invadir a privacidade do empregado que se manifesta por tal meio, naturalmente. Grotescamente falando, não é porque o empregador fornece o uniforme que pode mandar que o empregado se dispa imediatamente (...).⁽²²⁾

Para Sandra Lia Simón, “em uma situação de abuso será legítimo permitir ao empregador

o controle, desde que ao investigar sejam preservadas todas as garantias necessárias ao respeito da intimidade e direitos fundamentais do empregado”⁽²³⁾.

Segundo os adeptos dessa corrente, a privacidade do trabalhador deve ser preservada de maneira integral, e a legítima intromissão na vida privada se dará, excepcionalmente, desde que seja precedida de um fundamento de interesse público. Afirmam, para tanto, que o empregador sempre deverá atuar de maneira ética e de acordo com uma finalidade social.

Para Floriano Barbosa Junior:

O monitoramento do *e-mail* do empregado impede o exercício do direito à liberdade de expressão, do direito à crítica e até de reflexão sobre as condições de trabalho, e principalmente o direito do empregado de que suas manifestações somente sejam conhecidas pelas pessoas que eleja para tanto, de sorte que a interceptação das mensagens impede que o trabalhador possa discutir sobre as formas de desempenho das funções, os desgostos com os superiores, a ilegitimidade de uma prática ilícita e a reivindicação por melhores condições de trabalho.⁽²⁴⁾

Há quem afirme, outrossim, que o monitoramento irrestrito do conteúdo das mensagens eletrônicas conduz a um controle abusivo sobre a própria personalidade do trabalhador. Isso porque a ausência de normatização e regulamentação da matéria no direito pátrio poderia ensejar atitudes arbitrárias por parte do empregador para com seu subordinado, podendo emergir situações de absoluto desrespeito e injustiças, com sanções e penalidades ilegais e desproporcionais, além de situações vexatórias, levando ao descontrole das relações laborais.

Desta feita, “há imperiosa necessidade de serem estabelecidas regras, sejam legais ou

(20) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br>> Acesso em: 28 fev. 11.

(21) Esse fundamento, mais radical, é dado com base no art. 5º, inciso XII, da Constituição Federal, o qual será analisado em momento posterior.

(22) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O monitoramento de *e-mail* no local de trabalho. In: *Revista de Derecho Social Latino América*, p. 200, *apud* SIQUEIRA, Camila Ferreira de. *A demissão por justa causa decorrente do monitoramento de correspondência eletrônica*. Monografia de bacharelado. Orientador: Prof. Dr. Manoel Carlos Toledo Filho. Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Faculdade de Direito, 2009, p. 34.

(23) SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 160-161.

(24) BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. p. 100.

convencionais que tutelem essas questões, sob pena de subverter o escopo maior do Estado de Direito que é a convivência pacífica dos cidadãos”⁽²⁵⁾.

A fim de dirimir a questão, Gustavo Filipe Barbosa Garcia adverte que:

Pode-se entender que, tendo o empregador avisado, previamente, quanto à possibilidade de seu controle, de forma impessoal, na esfera da empresa, e estando em jogo algum outro valor de ordem fundamental — como o dever de não se enviar mensagens em tom criminoso, ilegal ou desrespeitoso a terceiros — pode-se autorizar a referida verificação, pela empresa, no seu equipamento de informática, resguardando a sua eventual responsabilidade, o que não se confunde com interceptação da mensagem quando em seu caminho de destino.⁽²⁶⁾

Tem-se, aqui, a aplicação do princípio da proporcionalidade, mediante o qual se ponderam os valores fundamentais no caso concreto, prevalecendo o que estiver em maior consonância com o bem comum, não repelindo por completo o outro direito conflitante, é claro.

Isso porque, conforme já afirmado, não existem direitos absolutos, devendo haver um “jogo” de equilíbrio entre as normas fundamentais conflitantes, dada a ausência de regulamentação do assunto no direito brasileiro, “daí a necessidade da interpretação responsável e coerente resguardando o poder diretivo do empregador para comandar a empresa sem que implique em lesão ao direito do empregado de acessar os serviços eletrônicos”⁽²⁷⁾.

Por conseguinte, em não sendo absoluto o poder de controle da empresa fundado no

direito à propriedade, “o empregador deve estabelecer os mecanismos de controle sobre o uso do correio eletrônico e *internet*, valorando a idoneidade, equilíbrio, razoabilidade e proporcionalidade em relação ao objetivo que perseguem”⁽²⁸⁾.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região já se manifestou nesse sentido, senão vejamos:

EMENTA: JUSTA CAUSA. USO DE E-MAIL CORPORATIVO PARA ENVIAR CURRÍCULO PESSOAL E CARTEIRA DE CLIENTES. Buscar uma nova colocação no mercado de trabalho utilizando-se de envio de *e-mail*, ainda que corporativo, cujo uso era autorizado pela política da empresa para fins pessoais, e não havendo prova de qualquer dano ou prejuízo, não há que se falar em justa causa. Recurso improvido. (Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – SP – 12ª Turma – RO n. 20060471683, publicado no DJ em 29.6.2006.)⁽²⁹⁾

Constata-se, por outro lado, que até mesmo entre os adeptos da corrente que pugna pela inviolabilidade “absoluta” dos *e-mails* corporativos vem havendo uma certa relativização da proibição, porquanto vem se estabelecendo na doutrina e na jurisprudência hipóteses em que poderá haver o rompimento da inviolabilidade.

Assim, ainda que defendam a tese de que estaria havendo violação da intimidade e, por conseguinte, da dignidade humana do trabalhador, trazem a lume a possibilidade de

(25) *Op. cit.*, p. 101.

(26) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 341-342.

(27) PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. In: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica – Instituição Toledo de Ensino*, Bauru, EDITE, 36. ed, p. 297, dez. 2002 a abr. 2003.

(28) MARTÍN VALVERDE, Antonio. *Derecho del Trabajo*. Espanha: Tecnos, p. 568-569. p. 616-618, *apud* RAFFO, Verónica; ZENI, Nelson Larrañaga. Control del uso de correo eletrônico e *internet* en la empresa. In: *Revista XIX, Jornadas Uruguaias de Direito do Trabalho e da Seguridade Social*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 117, *apud* SIQUEIRA, Camila Ferreira de. *A demissão por justa causa decorrente do monitoramento de correspondência eletrônica*. Monografia de bacharelado. Orientador: Prof. Dr. Manoel Carlos Toledo Filho. Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Faculdade de Direito, 2009, p. 21.

(29) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Disponível em: <<http://www.trt2.jus.br>> Acesso em: 3 mar. 2011.

monitoramento do seu correio eletrônico desde que resguardados alguns requisitos e direitos, e, acima de tudo, alguns princípios basilares do sistema jurídico vigente, quais seja, boa-fé, igualdade, razoabilidade, adequação, proporcionalidade e outros.

Seriam alguns desses requisitos a comunicação prévia e motivada pelo empregador acerca do monitoramento (não se esquecendo, obviamente, de que deverá constar no contrato de trabalho ou no regulamento de empresa tal advertência e as possíveis consequências de seu desrespeito), a presença de um representante sindical capaz de tutelar os direitos do empregado zelando pela transparência do ato, procedimento adequado e apto a aferir o nexo de causalidade existente entre a conduta do empregado de utilizar o *e-mail* corporativo para fins pessoais e o resultado indesejado e prejudicial à empresa, dentre outros, indispensáveis conforme a complexidade do caso.

O que não se pode admitir, portanto, é que haja uma intromissão imoderada e arbitrária na vida particular do empregado, ainda que o instrumento que esteja sendo colocado à sua disposição seja de propriedade do seu empregador, visto ser notório que não há um regime de sanções e sequer uma gradação dessas quando o assunto é utilização indevida da *internet* e seus consectários.

Em resumo, não se defende aqui uma proibição irrestrita à utilização do *e-mail* corporativo pelo empregador para uso pessoal, pois isso soaria uma ideia de isolamento do mundo exterior. Assim, em razão dos inúmeros argumentos sustentados por quem coaduna com tal proibição, e em razão da grande possibilidade existente de prejudicar o bom andamento da empresa quando do seu uso para assuntos particulares, seria mais coerente e plausível possibilitar sua utilização para tais fins em última análise. Na medida em que outros meios de comunicação lhe são postos para sanar problemas urgentes e relevantes afora o ambiente laboral, o *e-mail* corporativo deverá ser poupado.

De suma importância é a questão do “uso social do *e-mail*”, ou melhor, a realização da função social da propriedade empresarial. Segundo essa nova teoria, trazida a lume pelo eminente jurista Mário Antônio Lobato de Paiva, o empregado possuiria uma liberdade limitada no uso do *e-mail* corporativo, liberdade esta que lhe permitiria o acesso consciente, não abusivo e restrito às questões laborais. Assim, ele teria mais estímulo e criatividade no desenvolvimento de suas funções.

Desta feita, “a empresa moderna que almeje a que o empregado não seja um simples robô cumpridor de ordens e limitado ao poder diretivo do empregador deve permitir o uso social do *e-mail* como forma de estímulo à produtividade e ao bem-estar necessário em um ambiente de trabalho”⁽³⁰⁾.

5. O Tribunal Superior do Trabalho e a relativização do direito à privacidade no monitoramento do *e-mail* corporativo

Sabe-se que, no Brasil, assim que surgiram as primeiras controvérsias sobre o tema, julgava-se pela inviolabilidade das mensagens eletrônicas dos funcionários por analogia à inviolabilidade das correspondências, do art. 5º, inciso XII⁽³¹⁾, da Constituição Federal.

(30) PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. In: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica — Instituição Toledo de Ensino*, Bauru: EDITE, 36. ed., p. 299, dez. 2002 a abr. 2003.

(31) Importante fazer referência à questão de o *e-mail* concedido para o exercício funcional poder ou não ser equiparado às correspondências postais e telefônicas e, nessa condição, se estaria alcançado pela tutela de privacidade insculpida no art. 5º, inciso XII, da CF. Sandra Lia Simón (SIMÓN, 2000, p. 158) entende não ser possível dar ao *e-mail* a característica de correspondência em virtude da sua imaterialização, fácil violação e incerta veracidade do seu remetente. Em sentido contrário, a mesma autora cita Ernesto Lippmann — *Do direito à privacidade do empregado nos tempos da internet* — o qual aduz que o *e-mail* está protegido pelo mesmo sigilo destinado às cartas fechadas. Assim, segundo exarado pelo acórdão do Recurso de Revista n. 613/2000-013-10-00.7, julgado

Entretanto, com o passar dos anos, esse entendimento foi sendo modificado e superado a cada novo julgamento, até que, com o advento da decisão do Recurso de Revista n. 613/2000-013-10-00.7, julgado pela 1ª Turma do TST⁽³²⁾, esse r. Tribunal inclinou-se no sentido de que seria possível o monitoramento do *e-mail* corporativo do empregado:

PROVA ILÍCITA. E-MAIL CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de

pela 1ª Turma do TST, “se o *e-mail* é concedido pelo empregador para o exercício das atividades laborais, não há como equipará-lo às correspondências postais e telefônicas, objetos da tutela constitucional inscrita no art. 5º, inciso XII, da CF”. Em sentido diametralmente oposto, a sentença proferida pela 13ª Vara do Trabalho do Distrito Federal, processo n. 13.000613/2000, de 09.10.01, disponibilizada em <<http://www.advogado.adv.br>>, bem fundamentou acerca da inviolabilidade das correspondências, aduzindo que “a prova pretendida pelo reclamado, a fim de provar a justa causa alegada, não pode ser admitida em juízo em razão da flagrante ilegalidade, já que violada a correspondência do autor”.

- (32) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR n. 61300-23.2000.5.10.0013. Órgão Judicante: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Relator Min. João Oreste Dalazen. Recorrente: Banco HSBC; Recorrido: Elielson Lourenço do Nascimento. Publicado pelo DJ em 10.6.2005. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 1º.3.2011.

trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre *internet* e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A *experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o e-mail corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador*. 4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à *INTERNET* e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. *Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo*. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência

de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (grifos nossos)

Posteriormente a esse emblemático caso, outros se seguiram:

DANO MORAL — NÃO CARACTERIZAÇÃO — ACESSO DO EMPREGADOR A CORREIO ELETRÔNICO CORPORATIVO — LIMITE DA GARANTIA DO ART. 5º, XII, DA CF. 1. O art. 5º, XII, da CF garante, entre outras, a inviolabilidade do sigilo da correspondência e da comunicação de dados. 2. A natureza da correspondência e da comunicação de dados é elemento que matiza e limita a garantia constitucional, em face da finalidade da norma: preservar o sigilo da correspondência — manuscrita, impressa ou eletrônica — da pessoa — física ou jurídica — diante de terceiros. 3. Ora, se o meio de comunicação é o institucional — da pessoa jurídica —, não há de se falar em violação do sigilo de correspondência, seja impressa ou eletrônica, pela própria empresa, uma vez que, em princípio, o conteúdo deve ou pode ser conhecido por ela. 4. Assim, se o “e-mail” é fornecido pela empresa, como instrumento de trabalho, não há impedimento a que a empresa a ele tenha acesso, para verificar se está sendo utilizado adequadamente. Em geral, se o uso, ainda que para fins particulares, não extrapola os limites da moral e da razoabilidade, o normal será que não haja investigação sobre o conteúdo de correspondência particular em “e-mail” corporativo. Se o trabalhador quiser sigilo garantido, nada mais fácil do que criar seu endereço eletrônico pessoal, de forma gratuita, como se dá com o sistema “gmail” do Google, de acesso universal. 5. Portanto, não há dano moral a ser indenizado, em se tratando de verificação, por parte da empresa, do conteúdo do correio eletrônico do empregado, quando corporativo, havendo suspeita de divulgação de material pornográfico, como no caso dos autos. (TST-RR-9.961/2004-015-09-00.1.)⁽³³⁾

(33) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Sétima Turma. RR n. 996100-34.2004.5.09.0015 do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Brasília, DF, 18 de fevereiro

Decerto, é cediço entre os julgadores que a proteção de direitos fundamentais recai sobre as mensagens pessoais, já que as corporativas podem e devem ser objeto de verificação e fiscalização pelos empregadores, como decorrência lógica do seu poder diretivo. Tudo isso com vistas à imposição de disciplina no ambiente de trabalho, à gestão prudente das atividades exercidas pelos trabalhadores e à manutenção da sua produtividade.

Mas é claro que, ainda que se trate de *e-mail* corporativo, não se deve permitir práticas abusivas por parte do empregador, de forma a violar os direitos fundamentais do seu subordinado, de tal sorte que deverá haver, antes de qualquer coisa, previsão expressa a respeito da proibição do seu uso para determinados fins⁽³⁴⁾.

A esse respeito, a doutrina pugna pela imprescindibilidade desta ciência, “uma vez que é exigível um assentimento claro e isento de quaisquer dúvidas por parte do empregado contratado, sob pena de eivar-se de invalidade o referido ato violador”⁽³⁵⁾. Vislumbra-se, ainda,

de 2009. Relator(a): Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho. In: *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>> Acesso em: 1º mar. 2011.

(34) Lucas F. Tamagno, advogado argentino, conclui em seu artigo intitulado *Los reglamentos internos de empresa y el control sobre el correo electrónico laboral*, que “resulta esencial que para que el control del correo electrónico laboral pueda ser monitoreado, el empleador debe establecer una política clara de uso del correo electrónico, mediante un reglamento interno de empresa — o de la denominación que se le quiera otorgar — con la notificación expresa del trabajador, quien una vez conocida — y dejando nota de ello — vea quebrada cualquier posibilidad de intentar hacer valor cualquier expectativa de privacidad en el control de sus comunicaciones electrónicas, descartándose la violación a la cualquier derecho a la intimidad que pudiera manifestar”. In: *Revista XIX, Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 103.

(35) BELTRAN, Ari Possidonio. *Direito do trabalho e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2002. p. 217; apud PAULINO, Maria Lúcia Avelar Ferreira. *As relações de emprego na era da internet: violação à intimidade do empregado x poder diretivo do empregador*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Sergio Pinto

ao lado e concomitante à ciência, a necessidade do consentimento tanto do trabalhador quanto de seus representantes.

EMENTA: *E-MAIL — LIMITES — USO CORPORATIVO E PESSOAL — PODER EMPREGATÍCIO — DISCIPLINA — CONSEQUÊNCIAS INTRA CONTRATUAIS — PUNIÇÃO — (...)*. No ambiente empresarial, o computador destina-se à prestação de serviços, que, como qualquer outro instrumento de trabalho, por natural e costumeira concessão da empregadora, via de regra, também pode ser utilizado racionalmente para fins pessoais, sem prejuízo ao bom andamento dos serviços. (...) *Todavia, nada impede que a empregadora vede essa prática, deixando de modo claro e expreso, verbalmente ou por escrito, para os empregados que é proibido o uso do computador da empresa, dentro ou fora do horário de expediente, para fins pessoais*. Nessas condições, se o empregado desobedece e acessa a internet ou o seu e-mail pessoal em computador da empresa, independentemente do conteúdo da mensagem, estará praticando ato de insubordinação ou de indisciplina, dependendo da natureza do comando, se genérico ou pessoal. *O importante é que o empregado esteja ciente dos limites do uso do computador: o que pode e o que não pode fazer a partir do equipamento empresarial. (...) A prévia comunicação ao empregado a respeito da proibição do uso do computador para fins pessoais constitui verdadeira conditio sine qua non para que a empregadora possa, em casos excepcionálíssimos e extremamente necessários, rastrear, fiscalizar e, em último recurso, invadir o conteúdo da caixa postal eletrônica do empregado, com o fito de exercer o seu poder disciplinar.* (TRT, 3ª Região, 4ª Turma, Rel. Dr. Luiz Otavio Linhares Renault, RO n. 00997.2005.030.03.00.6, DJMG 13.5.2006.)⁽³⁶⁾ (grifos nossos)

Após a ciência, se ainda assim o empregado ousar utilizar para assuntos pessoais o e-mail

que lhe é dado tão somente para manutenção de assuntos profissionais no âmbito da empresa, ignorando os princípios da boa-fé e da boa diligência profissional que devem nortear todo o contrato de trabalho, far-se-ão necessários procedimentos mais incisivos por parte do seu empregador.

Tais procedimentos habilitarão o monitoramento pelo empregador do e-mail de trabalho de seu subordinado se restarem presentes indícios de sua utilização para fins pessoais; indícios esses que deverão ser firmados em critérios objetivos, analisados caso a caso.

Em igual sentido, Juan Raso Delgue em interessante artigo intitulado *La Tecnosubordinación*, que trata do controle via tecnologia que o empregador exerce sobre seus subordinados, prima pela aplicação do princípio da razoabilidade na resolução do conflito, explicando que:

Toda medida — tecnológica o de gestión — que se pretenda imponer al trabajador debe guardar una razonable correspondencia con los intereses objetivos de la empresa y la dignidad del trabajador. Los controles, las preguntas, los monitoreos deben responder siempre a un criterio razonable.⁽³⁷⁾

E continua, citando o importante jurista Américo Plá Rodríguez, lecionando que, quando do monitoramento do e-mail corporativo do empregado, o empregador deverá invocar razões objetivamente válidas para justificar seu exercício:

Si el trabajador — expresa — puede justificar que la medida dispuesta le causa un perjuicio desproporcionado con la ventaja que ella representa para la empresa, se justifica la oposición o la residencia del trabajador. Con mayor razón aún si se demuestra que está inspirada por móviles persecutorios

Martins. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2008, p. 192.

(36) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Disponível em: <<http://www.trt3.jus.br>> Acesso em: 15 mar. 2011.

(37) DELGUE, Juan Raso. La tecnosubordinación. In: *Revista XIX, Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 42, 2008.

de represália, sin responder al legítimo del interés de la empresa.⁽³⁸⁾

Nesses casos, se o empregador tiver um indício objetivo (como, por exemplo, a alta frequência no envio de comunicações pessoais a ser aferida pelos títulos das mensagens eletrônicas, ou, ainda, denúncias de envios de vírus ou mensagens com conteúdo inadequado originadas do computador do empregado investigado) de que estão ocorrendo abusos por parte do empregado, deverá ser permitido o controle, respeitando-se os direitos e garantias daquele, obviamente, pautando-se sempre na proporcionalidade e razoabilidade da medida, e das sanções aos atos ilícitos porventura praticados.

Destarte, conforme assevera Maria Lúcia Avelar Ferreira,

Percebe-se que a proteção ao direito da intimidade ou privacidade, ainda que intacta a sua *raison d'être* no seio das proteções constitucionais, não pode ser arguida em uma realidade econômico-social em que os empregados exercem uma participação direta nas decisões empresariais e na colimação dos objetivos a serem alcançados com os empreendimentos.⁽³⁹⁾

E continua, advertindo que “o objetivo não é a supressão dos direitos fundamentais do trabalhador, enquanto tal ou como cidadão, mas simplesmente não exacerbá-los a ponto de comprometer outros valores, de natureza social, tão caros quanto o próprio direito à privacidade e à intimidade”⁽⁴⁰⁾.

Por fim, não há dúvida de que, ao assumir os riscos da atividade econômica, a empregadora tem o direito de proteger o seu patrimônio e

de buscar a eficiência, a qualidade total, a produtividade, certificando-se de que determinado instrumento fornecido ao empregado está sendo devidamente utilizado para o fim a que se destina.

Logicamente, não deverá ser permitida a inserção das chamadas “cláusulas de invasão de privacidade”, através das quais o empregador obtém a assinatura do seu empregado quando do ato de admissão, com o fito de afastar eventuais ilicitudes causadas pela violação do *e-mail* corporativo. Tal cláusula caracteriza ato de coação e seriamente violador dos direitos fundamentais do empregado. Eduardo Goldstein entende que “*está cláusula leonina, amerita su inaplicabilidad puesto que el derecho fundamental protegido es irrenunciable e indisponible*”⁽⁴¹⁾.

No entanto, o que não se permite é o empregado ser pego de surpresa: sem prévio comando claro e específico, ter o seu *e-mail* invadido para verificar se está havendo ou não qualquer tipo de desvio ou abuso de utilização do computador, de forma arbitrária e injusta.

6. Considerações finais

Hodiernamente, há uma tendência na doutrina e na jurisprudência brasileira em se aceitar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial na esfera trabalhista, na qual a aplicação direta é ainda mais patente, vez que os empregados, polo mais fraco da relação laboral, muitas vezes, têm os seus direitos fundamentais violados pelos seus patrões, que agem motivados pelo direito de propriedade e poder de direção a eles assegurados.

Na verdade, quando se pugna pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações

(38) *Idem*.

(39) PAULINO, Maria Lúcia Avelar Ferreira. *As relações de emprego na era da internet: violação à intimidade do empregado x poder diretivo do empregador*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Sergio Pinto Martins. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2008. p. 92.

(40) *Idem*.

(41) GOLDSTEIN, Eduardo. La inviolabilidad del contenido del correo electrónico laboral o empresarial del trabajador por parte del empleador. In: *Revista XIX, Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 47, 2008.

privadas, se está diante de um conflito de direitos fundamentais: o direito de propriedade e o princípio da autonomia privada e o princípio fundamental que se requer a aplicação. A solução seria, então, a ponderação caso a caso. Quanto maior a importância e essencial o bem jurídico da relação for para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da dignidade da autonomia privada.

Na esfera laboral, tais valores — direito à livre-iniciativa e propriedade privada — muitas vezes confrontam o direito à honra, vida privada, imagem e intimidade do trabalhador. A Constituição Federal, no inciso X do art. 5º, determina que tais direitos são invioláveis, constituindo direitos individuais de todos os cidadãos, sendo indiscutível a sua aplicação também na relação trabalhista.

Nesse diapasão, diante das intromissões que o empregado pode sofrer na sua esfera íntima e privada, bem como das lesões contra a sua honra e imagem, deve o aplicador do direito interpretar a amplitude, os limites e a adequação destes direitos ao caso concreto, bem como confrontá-los com a liberdade de iniciativa e propriedade privada do empregador. Além disso, deve-se levar em conta todos os demais princípios constitucionais envolvidos.

Diante disso, vê-se a importância de se sopesar tais valores, tão importantes em nosso ordenamento jurídico e que, por isso, não podem ser totalmente desconsiderados uns em face dos outros. Deve haver uma ponderação equilibrada, motivada e razoável, posto que todos os direitos previstos na Constituição necessitam ser garantidos.

Sendo assim, quando os direitos do empregador e empregado colidem, faz-se necessário delimitar até onde o primeiro detém o poder de comando sobre o segundo, diante dos direitos constitucionais garantidos. A questão é exatamente saber onde um poderá interagir com o outro, fazendo uma ponderação de direitos, usando-se o princípio da proporcionalidade,

como medida de respeito ao direito e de solução do conflito, o que vem sendo concretamente efetivado pela jurisprudência pátria.

Enfim, à luz de tudo quanto fora demonstrado e exposto, compactua-se com a chamada violação parcial e assistida⁽⁴²⁾ do *e-mail* corporativo do empregado, de forma a permitir o seu monitoramento diante de situações excepcionais, nas quais os interesses são socialmente relevantes e diante de critérios objetivos de aferição, sempre diante da clara ciência prévia do empregado e afastando-se quaisquer formas arbitrárias e abusivas de monitoramento.

Há quem discorde, entretanto, da necessidade de decisão judicial fundamentada para tanto, vez que sendo uma situação ocorrida no âmago da relação trabalhista, nada mais plausível que restringir a esse âmbito a discussão. Certamente que, ocorrendo abusos por parte de quaisquer atores da relação, o Poder Judiciário deverá ser invocado, a fim de solucionar a lide.

Por outro lado, os que defendem essa autorização judicial, a conduta empresarial de verificação do *e-mail* corporativo do empregado sem o permissivo fere o princípio de presunção de inocência do trabalhador e o princípio da igualdade entre as partes, à medida que submete o empregado a uma maior lesão à sua intimidade, o que não acontece com outras pessoas que integram aquele ambiente laboral.

Segundo Danielle Spencer⁽⁴³⁾, há situações em que os interesses são socialmente relevantes, e nas quais restaria justificada a ingerência na vida privada do indivíduo, destacando algumas, que seriam: a) proteção dos direitos da personalidade alheia; b) existência de fortes

(42) Expressão dada por Danielle Spencer. Proteção à intimidade no ambiente laboral: uma análise sob a ótica da nova sociedade da informação. In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo: RT, ano 36, n. 138, p. 29, abr./jun. 2010.

(43) SPENCER, Danielle. Proteção à intimidade no ambiente laboral: uma análise sob a ótica da nova sociedade da informação. In: *Revista de Direito do Trabalho*. São Paulo, RT, ano 36, n. 138, p. 29, abr./jun. 2010.

indícios da prática de crime; c) violação aos interesses difusos e coletivos extrapatrimoniais da sociedade.

Essa violação parcial e assistida poderia ser inserida dentro de uma corrente moderada, dentro da qual é razoável aceitar que o empregador possa monitorar o *e-mail* do seu subordinado desde que haja indícios de má utilização, pois a proteção à individualidade, à liberdade, à personalidade ou à privacidade, apesar de essencial no respeito ao Estado de Direito, não pode ser absoluta, de forma a resultar no desrespeito a outras garantias de igual relevância.

Esses indícios de má utilização poderiam ser aferidos com base na alteração de comportamento do empregado, a ser constatada na variação de seu rendimento. Ainda, em casos extremos, que importem em violação e/ou quebra do sigilo de informação da empresa, ou propagação de mensagens caluniosas e injuriosas, tal aferição seria possível mediante de provas testemunhais, etc.

Há ainda os que propõem uma separação a ser feita pelo próprio empregado, de modo a inserir no título das mensagens a serem enviadas os termos “particular” ou “profissional”, e quanto às mensagens recebidas, dividi-las em partes de acordo com o mesmo critério. Segundo esse sistema, o empregador somente estaria autorizado a checar aqueles *e-mails* que trouxessem a expressão “profissional” em seu título.

Desta feita, diante de fortes vestígios de má utilização do *e-mail* corporativo, estar-se-ia autorizando o monitoramento daquele, sempre, é claro, diante de prévia comunicação ao empregado e, se possível, na sua presença, sempre de modo a coibir eventuais abusos.

Se, apesar da expressa vedação ao uso pessoal da ferramenta, restar constatada a reincidência ou a gravidade do ato, o empregado poderá ser demitido pela prática de ato de indisciplina (art. 482, “h”, CLT).

É evidente que a razoabilidade e o bom-senso sempre devem prevalecer, evitando que as empresas cheguem ao extremo de demitir empregados apenas porque estavam lendo piadas ou recebendo correntes na rede.

Portanto, a simples veiculação na rede não pode ter força de transformar atividades até então consideradas corriqueiras e toleráveis em condutas criminosas e puníveis com demissão sumária.

Por todo exposto, a utilização da *internet* e, conseqüentemente, do *e-mail* corporativo, deve observar regras mínimas de uso e de convivência, bem como os institutos da função social do contrato e da boa-fé objetiva, afastando abusos e mau procedimento pelos dois sujeitos do contrato de trabalho, evitando, assim, prejuízos às empresas e preservando o conteúdo das mensagens, da dignidade do trabalhador e seu direito à intimidade.

7. Referências bibliográficas

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, RT, ano 14, n. 55, p. 60-88, abr./jun. 2006.

BARBOSA JÚNIOR, Floriano. *Direito à intimidade: direito fundamental e humano na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 2. e 6. eds. São Paulo: LTr, 2006/2010.

_____. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CALVET, Otavio; MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Glaucia Gomes Vergara; SIVOLELLA, Roberta Ferme. *Direitos fundamentais e poderes do empregador: o poder disciplinar e a presunção de inocência do trabalhador*. Núcleo Trabalhista Calvet. Disponível em: <<http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br>>.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. JORGE NETO, Francisco Ferreira. *A ilegalidade da prova e o direito da personalidade no Direito do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>.

- DALAZEN, João Oreste. *E-mail: o empregador pode monitorar?* In: *Jornal do Advogado*, OAB/SP, ano XXXI, n. 299, out. 2005, p. 10.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O procedimento patronal de revista íntima. In: *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, ano XXX, n. 110, p. 56-67.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. e 9. eds. São Paulo: LTr, 2008/2010.
- DELGUE, Juan Raso. La tecnosubordinación. In: *Revista XIX, Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 42, 2008.
- ESPADA, Cinthia Maria da Fonseca. *O princípio protetor do empregado e a efetividade da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GIUZIO, Graciela. Tecnología, poder de dirección y protección de la intimidad del trabajador. In: *Revista XIX, Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 17-32, nov. 2008.
- GOLDSTEIN, Eduardo. La inviolabilidad del contenido del correo electrónico laboral o empresarial del trabajador por parte del empleador. In: *Revista XIX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, p. 43-47, 2008.
- GOULART, Rodrigo; HASSON, Roland. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. In: *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Brasília, Anamatra, São Paulo, LTr, ano 7, n. 25, p. 131-144, jan.-mar. 2008.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- PAESANI, Liliana Minard. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. In: *Revista Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica — Instituição Toledo de Ensino*, Bauru, EDITE, 36. ed, p. 283-322, dez. 2002 a abr. 2003.
- PAULINO, Maria Lúcia Avelar Ferreira. *As relações de emprego na era da internet: violação à intimidade do empregado x poder diretivo do empregador*. Dissertação de Mestrado. Orientador: Prof. Dr. Sergio Pinto Martins. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2008.
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.
- ROCHA, Marcelo Oliveira. O monitoramento dos e-mails no ambiente de trabalho. In: *RDT — Revista do Direito do Trabalho*, Repositório autorizado de Jurisprudência do TST (Registro n. 13/97), Consulex, Brasília, DF, ano 11, n. 06, p. 3-4, jun. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.
- SIQUEIRA, Camila Ferreira de. *A demissão por justa causa decorrente do monitoramento de correspondência eletrônica*. Monografia. Orientador: Prof. Dr. Manoel Carlos Toledo Filho. Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Faculdade de Direito, 2009.
- SPENCER, Danielle. Proteção à intimidade no ambiente laboral: uma análise sob a ótica da nova sociedade da informação. In: *Revista de Direito do Trabalho*. Coord. Domingos Sávio Zainaghi. São Paulo: RT, ano 36, n. 138, p. 11-42, abr./jun. 2010.
- TAMAGNO, Lucas F. Los reglamentos internos de empresa y el control sobre el correo electrónico laboral. In: *Revista XIX, Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 103, 2008.
- TUPINAMBÁ, Carolina; DUARTE, Juliana Bracks. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. In: *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 25, n. 105, p. 231-243, jan./mar. 2002.
- VECCHI, Ipojuca Demétrius. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o caso da relação de emprego. In: *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, Amatra XV, São Paulo: LTr, n. 02, p. 97-116, 2009.

Análise do trabalho infantil no México: o exemplo dos empacotadores^(**)

Gabriela Mendizábal Bermudez^(*)

Resumo:

- ▶ Na América Latina, milhões de crianças desenvolvem atividades à margem das normas trabalhistas como empacotadores nas lojas de autosserviço ou nos supermercados. É por isso que neste artigo se estuda a legislação internacional sobre o trabalho infantil e se evidencia a exploração laboral de que é objeto, mediante a análise do caso mexicano, isto é, com a análise do trabalho que executam os *cerillos* (“fósforos”), os quais não recebem salário mas apenas gorjetas dos clientes, carecem de toda prestação trabalhista e de seguro social, situação que se encontra repetidas vezes na maior parte dos países latino-americanos.

Palavras-Chave:

- ▶ Trabalho infantil — Empacotadores — Exploração trabalhista infantil.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Marco conceitual e jurídico do trabalho infantil
 - ▶ 2.1. A proteção legal dos trabalhadores menores no México
 - ▶ 2.2. O trabalho infantil na OIT
 - ▶ 2.3. As piores formas de trabalho infantil vs. exploração infantil
- ▶ 3. Marco socioeconômico do trabalho infantil no México
 - ▶ 3.1. Círculo vicioso: crianças pobres — trabalho infantil — adultos pobres
- ▶ 4. O trabalho dos “cerillos” como um exemplo
- ▶ 5. A modo de conclusão

Resumen:

- ▶ En Latinoamérica millones niños desarrollan actividades al margen de las normativas laborales como empacadores en las tiendas de autoservicio o los supermercados. Es por

(*) Professora-pesquisadora da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade Autónoma do Estado de Morelos, no México. Licenciada em Direito pela Universidad Nacional Autónoma de México, Pós-graduada em Direito e Globalização na Universidade de Castilla-La

Mancha, Espanha. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de Viena, Áustria.

(**) Traduzido por Zeno Simm In: <<http://lattes.cnpq.br/2640702458742957>>.

ello que dentro de este artículo se estudia la legislación internacional del trabajo infantil y se evidencia la explotación laboral de la que son objeto mediante el análisis del caso mexicano, es decir con el análisis del trabajo que desarrollan “los cerillos”, los cuales no reciben salario, sólo propinas de los clientes, carecen de toda prestación laboral y de aseguramiento social, situación que se encuentra repetidamente en la mayor parte de los países latinoamericanos.

Palabras Clave:

► Trabajo infantil — Empacadores — Explotación laboral infantil.

1. Introdução

Com que idade as crianças devem começar a trabalhar e sob quais condições laborais; e com que idade realmente iniciam sua atividade laboral no México e em que circunstâncias, são dois aspectos completamente diferentes. O primeiro o estabelecem as leis, a partir da própria Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos e pertencem ao mundo do dever-ser e o segundo mostra uma realidade lacerante que mutila as esperanças de uma vida melhor na idade adulta de muitas crianças. É por isso que neste artigo se apresenta uma análise das principais regras que regem o trabalho infantil no México, o que estabelece o Direito Internacional, os indicadores socioeconômicos básicos do país e sua relação com a pobreza e o trabalho infantil, para finalmente analisar muito rapidamente um caso que todos conhecemos, somos parte da exploração e nos tornamos insensíveis a ela: as crianças empacadoras nos supermercados, comumente chamadas no México de “*cerillos*”⁽¹⁾ ou “fósforos”.

(1) O termo coloquial *cerillo* (com o significado de um palito de fósforo) é um antigo costume cuja origem está no fato de que os empacadores eram originalmente crianças, sem controle de idade, que frequentavam escolas públicas (do primário ou secundário), onde se impunha como medida disciplinar aos meninos cortar o cabelo muito curto, razão pela qual pareciam como palitos de fósforo: magrinhos, pequenos e com a cabecinha redonda.

2. Marco conceitual e jurídico do trabalho infantil

A conceituação do trabalho infantil é um tema que tem causado confusões e inúmeras definições. A Convenção dos Direitos da Criança tem-no entendido como: “toda atividade livre ou forçada de menores de idade para produzir bens ou serviços, de maneira subordinada ou não, em indústria familiar ou de terceiros, remunerada ou não, independentemente do tipo de remuneração em dinheiro ou em espécie que receba para si ou para terceiros, mesmo quando à relação de emprego se dê nome diferente, se lhe atribua outra natureza ou se a disfarce com alguma outra figura jurídica.”⁽²⁾

Por seu turno, o UNICEF o define como “qualquer trabalho que exceda uma quantidade mínima de horas, dependendo da idade do menino ou da menina e da natureza do trabalho. Este tipo de trabalho se considera prejudicial para a infância e, portanto, deveria ser eliminado”⁽³⁾. De forma muito interessante, esse organismo internacional estabelece quantas são

(2) Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.sds.df.gob.mx/archivo/legislacion/convenios/09_convencion_dere_nino.pdf> Acesso em: 29 ago. 2011.

(3) A proteção da criança contra o abuso e a violência. Disponível em: <http://www.unicef.org/spanish/protection/index_violence.html> Acesso em: 29 ago. 2011.

as horas que as crianças deveriam trabalhar de acordo com sua idade.

No entanto, a Organização Internacional do Trabalho o define da seguinte maneira: “O termo trabalho infantil geralmente é definido como todo trabalho que priva as crianças da sua infância, seu potencial e sua dignidade, e que é prejudicial ao seu desenvolvimento físico e psicológico.”⁽⁴⁾ Desta definição surge como primeira interrogação: qual é a diferença entre trabalho e exploração infantil?, e que será discutida em um tópico posterior. No momento, é importante ressaltar alguns aspectos que o termo trabalho infantil implica:

1º) refere-se a atividades laborais, ou seja, acompanhando a Lei Federal do Trabalho, a toda atividade humana, intelectual ou material, independentemente do grau de formação técnica exigida por cada profissão ou ofício;

2º) os trabalhadores são pessoas menores de idade e nesta área se deve notar que cada país determina a partir de que idade se considera um trabalhador como adulto. No caso mexicano, enquanto a maioridade se alcança aos 18 anos, a legislação laboral permite o trabalho a partir dos 14 anos como o trabalho dos menores e a partir dos 16 aos 18 anos como maiores de idade com algumas restrições.

2.1. A proteção legal dos trabalhadores menores no México

Em 1972, Mario de La Cueva (que foi um famoso advogado trabalhista mexicano, professor e doutrinador) escreveu em seu livro *O novo Direito mexicano do Trabalho*: “Logo após as reformas de 1962, ouvimos muitas vozes dizendo que as novas normas para o trabalho dos menores de quatorze, dezesseis e dezoito anos eram o produto de um espírito romântico e impraticáveis em um país em que os governos e mesmo a sociedade nada tinham

feito pela infância e juventude desvalidas. Dez anos mais tarde continuamos escutando aquelas vozes, porque de verdade são muitos os milhares de crianças que apesar das proibições da lei, perambulam pelas ruas vendendo diversos artigos, oferecendo-se como limpadores de calçado e aprendendo os múltiplos vícios a que são expostos [...]” Esta citação relata magistralmente a situação do trabalho dos menores e sua regulamentação no México em 1962 e continua atualmente em 2010 tão vigente como há quase 50 anos.

O trabalho dos menores encontra-se regulado na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos no art. 123, alínea A, incisos II, III e XI:

Art. 123. Toda pessoa tem direito ao trabalho digno e socialmente útil; para este fim se promoverão a criação de emprego e a organização social para o trabalho, conforme a lei.

[...]

II – A jornada máxima do trabalho noturno será de 7 horas. Ficam proibidos: os trabalhos insalubres ou perigosos, o trabalho noturno industrial e todo outro trabalho depois das dez horas da noite, aos menores de dezesseis anos;

III – Fica proibida a utilização do trabalho dos menores de quatorze anos. Os maiores desta idade e menores de dezesseis terão como jornada máxima a de seis horas;

[...]

Cabe assinalar que a Carta Magna de 1917 estabelecia originalmente a proibição de trabalho a menores de 12 anos; atualmente, em razão das múltiplas reformas e por consequência da sua lei regulamentadora, a Lei Federal do Trabalho (principalmente, a reforma de 1962) é que se estabeleceu o trabalho de menores a partir dos 14 anos de idade.

Dentro dessa legislação se podem estabelecer as seguintes diretrizes a aplicar:

1. normas para os trabalhadores menores de 16 e maiores de 14 anos: o art. 23 da Lei Federal do Trabalho dispõe que os menores

(4) Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org>> Acesso em: 29 ago. 2011.

trabalhadores têm a faculdade de receber o pagamento dos seus salários, bem como executar as ações que lhes correspondam; para isso requer-se a autorização expressa dos seus pais ou responsáveis e, na sua falta, do sindicato a que pertencem. Vale ressaltar que o trabalho dos maiores de 14 e menores de 16 anos ficará sujeito à vigência e proteção fixada pela Inspeção do Trabalho⁽⁵⁾;

2. normas para menores de 18 anos: somente nos casos em que se trate de técnicos, profissionais, artistas, desportistas e em geral de trabalhadores especializados poderá ser prestado o trabalho fora da República Mexicana⁽⁶⁾. Mesmo assim, esse trabalho estará sujeito às normas e regras estabelecidas pela lei em causa.

Essas diretrizes, por sua vez, determinam a regulação nos seguintes temas:

a) Saúde. De acordo com a Lei Federal do Trabalho⁽⁷⁾, é a obrigação dos trabalhadores maiores de 14 e menores de 16 anos obter um atestado médico de aptidão para o trabalho, já que no caso de não tê-lo nenhum empregador poderá utilizar os seus serviços, sob pena de sujeitar-se a uma multa nos termos do art. 996 da LFT equivalente de 3 a 155 vezes o salário mínimo geral do lugar e tempo em que a violação é cometida⁽⁸⁾.

(5) Art. 173 da Lei Federal do Trabalho. A inspeção do trabalho são visitas que as autoridades laborais podem fazer à empresa com o fim de certificar-se do cumprimento das normas legais aplicáveis, tanto em termos das instalações como do manejo dos recursos humanos. *Inspecção do trabalho*. Disponível em: <<http://mexico.smetoolkit.org/mexico/es/content/es/3718/Inspecciones-de-trabajo>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(6) Art. 29 da Lei Federal do Trabalho.

(7) Art. 174 da Lei Federal do Trabalho.

(8) Cabe mencionar que o salário mínimo geral vigente na área do Distrito Federal, classificado como Zona Geográfica A, a Comissão Nacional de Salário Mínimo fixou como salário mínimo \$ 57,46 pesos e \$ 4,52 dólares. *Salários Mínimos Gerais 2010*. Disponível em: <<http://www.sanchezdevanny.com/fotos/Bulletin-3W-Dic%202%20Esp.pdf>> Acesso em: 29 ago. 2011. Por isso, dita multa em pesos mexicanos seria de \$ 172.38 a \$ 8,906.30 e em dólares seria de US\$ 13.56 a US\$ 700.60.

Também devem submeter-se a exames médicos ordenados pela Inspeção do Trabalho.

b) Educação. Conforme o art. 22 da Lei Federal do Trabalho, é proibido utilizar o trabalho dos maiores de 14 e menores de 16 anos que não concluíram a escolaridade obrigatória, salvo nos casos em que o trabalho e os estudos tenham compatibilidade. Cabe assinalar que a educação obrigatória no México inclui o nível pré-escolar, o ensino fundamental (seis anos) e o secundário (três).

c) Jornada de trabalho. Este é um tema que tem sido preocupação do legislador e tem relação direta com a saúde e as oportunidades de educação dos trabalhadores menores de idade. A respeito se estabelece que os menores de 16 anos não deverão trabalhar em jornadas superiores a seis horas diárias e deverão dividir-se em turnos não superiores a três horas, além de contar com o direito a um repouso mínimo de uma hora durante a execução do trabalho. Assinala-se que também não deverão trabalhar: horas extraordinárias, em estabelecimentos industriais após as dez horas da noite, nos domingos e dias de descanso obrigatório. Terão um período de férias remuneradas de no mínimo 18 dias úteis⁽⁹⁾. Esse período deve ser contrastado com a regra geral que estabelece como período de férias 7 dias úteis após o primeiro ano de trabalho, os quais serão acrescidos de 2 dias úteis a cada ano até chegar a 12. Depois do quarto ano, o período de férias aumentará 2 dias para cada 5 anos de serviço⁽¹⁰⁾.

d) Proibição de certas atividades para o trabalho de menores. De acordo com a legislação trabalhista, está proibido utilizar o trabalho de menores nas seguintes áreas:

I – de dezesseis anos, em:

a) venda de bebidas alcoólicas para consumo imediato;

(9) Arts. 177, 178 e 179 da Lei Federal do Trabalho.

(10) Art. 76 da Lei Federal do Trabalho.

- b) trabalhos suscetíveis de afetar sua moralidade ou seus bons costumes;
 - c) trabalhos ambulantes, salvo autorização especial da Inspeção do Trabalho;
 - d) trabalhos subterrâneos ou submarinos;
 - e) trabalhos perigosos ou insalubres;
 - f) trabalhos superiores às suas forças e os que possam impedir ou retardar o seu desenvolvimento físico normal;
 - g) estabelecimentos não industriais, após as dez horas da noite;
 - h) os demais previstos na lei;
- II – de dezoito anos, em:
- a) trabalhos noturnos industriais⁽¹¹⁾.

Como se pode observar, a restrição ao trabalho dos menores ocorre de acordo com vários fatores, tais como a periculosidade da atividade, a afetação de faculdades físicas, mentais e até morais dos trabalhadores menores. É precisamente por isso que dentro desta disposição legal se proíbe o emprego de menores em atividades perigosas e insalubres que possam de alguma forma interromper o desenvolvimento integral da criança. Por seu turno, o Regulamento de Segurança, Higiene e Meio Ambiente reforça nos arts. 158 e 159 a proteção da integridade dos menores trabalhadores e o art. 160 enfatiza a proibição de trabalhos que impliquem exposição a radiações ionizantes.

2.2. O trabalho infantil na OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é um organismo internacional sério que surgiu em 1919⁽¹²⁾ e, posteriormente, se converteu em um organismo específico da ONU. O seu principal objetivo é “promover e cumprir as normas e os princípios e direitos fundamentais no trabalho, gerar maiores oportunidades para que mulheres e homens possam ter empregos e rendas dignos, melhorar a cobertura e a eficiência de uma seguridade social para

todos; e fortalecer a tripartição e o diálogo social”⁽¹³⁾ e pode-se dizer que, em geral, por meio das convenções internacionais que estabelece, os quais são firmados pela maioria dos seus membros (que atualmente ascendem a 183 Estados-membros⁽¹⁴⁾) estabelece a normativa mínima de proteção em nível internacional para a proteção dos trabalhadores e a regulação das relações de trabalho entre empregadores e trabalhadores na maior parte do mundo.

Sobre o tema de que aqui se trata, pode-se dizer que a OIT estabeleceu as seguintes convenções e recomendações internacionais sobre a regulamentação do trabalho infantil ou com relação a ela⁽¹⁵⁾.

Convenção n. 5, sobre a idade mínima (indústria), de 1919

A Convenção sobre a idade mínima da indústria, de 1919, foi adotada em 28 de novembro de 1919, entrou em vigor em 13 de junho de 1921 e foi ratificada por apenas quatro países: Gabão, Índia, Santa Luzia e Serra Leoa⁽¹⁶⁾. Entre os pontos mais importantes que contém podem ser mencionados os seguintes:

- na primeira parte, apresenta definições de que se consideram empresas industriais e as atividades a que se dedicam, como as minas, as indústrias, o transporte de mercadorias, etc.;
- em um segundo artigo, regula o emprego dos menores de 14 anos, onde assinala que não poderão ser empregados, nem poderão

(11) Art. 175 da Lei Federal do Trabalho.

(12) *Acerca da OIT*. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/lang-es/index.htm> Acesso em: 29 ago. 2011.

(13) *Missão e objetivos da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mission_and_objectives/lang-es/index.htm> Acesso em: 29 ago. 2011.

(14) *Estados-Membros da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(15) *C182. Convenção sobre as piores formas de trabalho infantil*, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C182>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(16) *C5 Convenção sobre a idade mínima (indústria)*, 1919. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C005>> Acesso em: 29 ago. 2011.

trabalhar, em empresas industriais, públicas ou privadas, ou em suas dependências, exceto aquelas em que unicamente estejam empregados os membros de uma mesma família;

- cabe mencionar que no âmbito desta convenção consta que o que dispõe o art. 2º não se aplicará ao trabalho das crianças de escolas técnicas, sempre e quando esse trabalho seja aprovado e fiscalizado pela autoridade pública;

- em geral, a convenção protege o trabalho das crianças nas empresas industriais, não só de 14 anos como também de 12 anos, como é o caso de Japão e Índia.

É importante mencionar que esta convenção regula a idade mínima para o trabalho na indústria e também há a Convenção n. 7, de 1920, sobre a idade mínima para o trabalho marítimo e a Convenção n. 10, de 1921, sobre a idade mínima para o trabalho na agricultura.

Convenção n. 6, sobre o trabalho noturno dos menores (indústria), de 1919

É Convenção cuja entrada em vigor foi em 13 de junho de 1921 e denunciada pelo México em 20 de junho de 1956⁽¹⁷⁾. Seu ponto de destaque é a proibição do emprego dos menores de 18 anos em empresas industriais, públicas ou privadas, ou em suas dependências, exceto aqueles em que somente estejam empregados os membros de uma mesma família.

Pode-se dizer também que dentro desta convenção, em uma segunda parte, se aborda o que se entenderá como trabalho noturno e a jornada que o compreende.

Convenção n. 77, sobre o exame médico dos menores (indústria), de 1946

Esta convenção entrou em vigor em 29 de dezembro de 1950 e foi ratificada por 43 países⁽¹⁸⁾.

(17) C6 *Convenção sobre o trabalho noturno dos menores (indústria)*, 1919. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C006>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(18) *Convenção n. 77 sobre o exame médico dos menores (indústria)*, 1946. Disponível em: <<http://www.ilo.org/>

A seguir, alguns dos seus pontos mais importantes:

- na primeira parte, intitulada “Disposições Gerais”, assinala a sua aplicação, que será para os menores que estão empregados ou que trabalhem em empresas industriais, públicas ou privadas, ou em conexão com o seu funcionamento. Também indica que empresas são consideradas industriais, além de determinar que as pessoas de 18 anos só poderão ser admitidas nas empresas industriais desde que tenham sido submetidas a um minucioso exame médico;

- na segunda parte, intitulada “Disposições especiais para certos países”, estabelece as particularidades aplicáveis a países especiais como a Índia;

- na última parte, “Disposições Finais”, determina que não desprezará alguma lei, sentença, costume ou acordo celebrados entre empregadores e trabalhadores que assegurem condições mais favoráveis que as nela prescritas.

Convenção n. 182, sobre as piores formas de trabalho Infantil, de 1999

Esta Convenção entrou em vigor em 19 de novembro de 2000, ratificada por 172 países, dentre os quais o México, que a ratificou em 30 de junho de 2000⁽¹⁹⁾. É Convenção que estabelece a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para a sua eliminação.

Entre os pontos em destaque, constam os seguintes:

- na primeira parte, exige dos Estados-Partes a adoção de medidas imediatas para a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil. Também dá uma definição do que se entendido por criança;

ilolex/cgi-lex/convds.pl?C077> Acesso em: 29 ago. 2011.

(19) *Convenção n. 182 sobre as piores formas de trabalho infantil*, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C182>> Acesso em: 29 ago. 2011.

- as piores formas de trabalho infantil abarcam, de acordo com o art. 3º, de maneira geral as seguintes: escravidão, tráfico de crianças, atividades ilícitas como prostituição, pornografia e uso de crianças para atividades ilícitas, tais como a produção e o tráfico de estupefacientes.

No geral, dita Convenção exige de todos os Estados-membros que adotem medidas e mecanismos apropriados para a eliminação destas piores formas de trabalho infantil.

Recomendação n. 190, complementada pela Recomendação sobre as piores formas de trabalho infantil, de 1999

As disposições estabelecidas por esta Recomendação complementam o estabelecido pela Convenção n. 182 sobre as piores formas de trabalho infantil de 1999. Recomendação esta que foi adotada em 27 de junho de 1997, que estimula os Estados-membros a estabelecer programas de ação que ajudem a denunciar as piores formas de trabalho infantil, cujos objetivos são principalmente⁽²⁰⁾:

- a) identificar e denunciar as piores formas de trabalho infantil;
- b) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil ou livrá-las delas, protegê-las de represálias e assegurar sua reabilitação e inserção social com medidas que permitam atender a suas necessidades educacionais, físicas e psicológicas;
- c) prestar especial atenção:
 - i – às crianças menores;
 - ii – às meninas;
 - iii – ao problema do trabalho oculto, em que as meninas estão particularmente expostas a riscos; e
 - iv – a outros grupos de crianças que sejam particularmente vulneráveis ou tenham necessidades específicas;

(20) *Recomendação R190* complementada pela Recomendação sobre as piores formas de trabalho infantil, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R190>> Acesso em: 29 ago. 2011.

- d) identificar as comunidades em que haja crianças particularmente expostas a riscos, e entrar em contato direto e trabalhar com elas; e

- e) informar, sensibilizar e mobilizar a opinião pública e os grupos interessados, inclusive as crianças e seus familiares.

Como se pode observar, as Recomendações são medidas que vêm complementar uma Convenção para uma melhor vigilância do seu cumprimento.

Convenção n. 138, sobre a idade mínima, de 1973

A convenção sobre a idade mínima entrou em vigor em 19 de junho de 1976 e o México é um dos países que ainda não a ratificaram. A principal proteção ofertada por esta convenção é em relação à eliminação do trabalho infantil e, ao mesmo tempo, tentar elevar progressivamente a idade mínima de admissão ao emprego ou ao trabalho.

Esta convenção-acordo estabelece no seu art. 3º que a idade mínima para a admissão de um menor a qualquer tipo de emprego não deve ser inferior a 18 anos. Não obstante, o mesmo artigo em seu item n. 3 afirma que se poderá autorizar o emprego ou trabalho dos menores de 16 anos, sempre e quando se assegurem a segurança, saúde e moralidade dos adolescentes, isto é, que previamente tenham recebido instrução ou formação profissional específica no ramo correspondente.

Este acordo também prevê, no art. 6º, uma exceção à sua aplicação no caso de trabalhos de menores efetuados em escolas de ensino geral, profissional ou técnico. O referido preceito legal assinala⁽²¹⁾:

A presente convenção não se aplicará ao trabalho efetuado por crianças ou menores nas escolas de ensino geral, profissional ou técnico ou em outras instituições de formação,

(21) *C138 Convenção sobre a idade mínima*, 1973. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C138>> Acesso em: 29 ago. 2011.

nem ao trabalho feito por pessoas de pelo menos 14 anos de idade nas empresas, sempre que esse trabalho se realize segundo as condições prescritas pela autoridade competente, após prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, se existentes, e seja parte integrante de:

- a) um curso de ensino ou formação de que seja primordialmente responsável uma escola ou instituição de formação;
- b) um programa de formação que se desenvolva total ou fundamentalmente em uma empresa e que tenha sido aprovado pela autoridade competente; ou
- c) um programa de orientação, destinado a facilitar a escolha de uma ocupação ou de um tipo de formação.

Como se pode observar, este preceito coloca como limitador para a não aplicação deste convênio que o trabalho se desenvolva em uma instituição ou um curso de ensino.

Por outro lado, em seu art. 7º, a Convenção n. 138 assinala que a legislação federal dos países que a firmaram poderá permitir o emprego ou o trabalho de pessoas de 13 a 15 anos em serviços leves, sempre e quando não prejudiquem sua saúde, desenvolvimento, frequência à escola, sua participação em programas de orientação ou formação profissional.

Recomendação n. 146, sobre a idade mínima, de 1973

A Recomendação n. 146 foi aprovada em 26 de junho de 1973 e está dividida em cinco partes, as quais estabelecem o seguinte⁽²²⁾:

Primeira parte: estabelece como política nacional aplicável a todos aqueles países que fazem parte da convenção sobre a idade mínima, de 1973, assegurar aos menores melhores condições de trabalho que não afetem o seu desenvolvimento físico e mental; e oferecer-lhes proteção e bem-estar, inclusive aos adolescentes que trabalham.

(22) *Recomendação R146*, 1973. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?R146>> Acesso em: 29 ago. 2011.

Segunda parte: recomenda fixar a mesma idade para todos os setores das atividades econômicas que desenvolvam.

Terceira parte: assinala que nos casos cujo emprego resulte ser perigoso para os menores e que de alguma maneira afete a saúde e a moralidade dos menores, deverão ser tomadas medidas urgentes que permitam dar-lhes proteção.

Quarta parte: estabelece que não só para os menores, mas para todos os trabalhadores as condições de trabalho devem ter um nível satisfatório para executar qualquer atividade.

Quinta parte: nesta última parte recomenda-se a todos os Estados-Membros alcançar uma eficiência econômica e, em geral, apoiar os menores e adolescentes através de serviços de administração do trabalho, para que tenham uma educação, uma formação e um bem-estar adequado ao seu desenvolvimento.

2.3. As piores formas de trabalho infantil vs. exploração infantil

Conforme mencionado na seção anterior, a OIT estabeleceu a Convenção n. 182, “sobre as piores formas de trabalho infantil”, em 1999, cujo art. 3º assinala que as piores formas de trabalho infantil são:

- a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como a venda e o tráfico de crianças, a servidão por dívidas e a condição de servo, e o trabalho forçado ou obrigatório, inclusive o recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para utilizá-las em conflitos armados;
- b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a realização de atividades ilícitas, particularmente a produção e o tráfico de estupefacientes tal como definidos nos tratados internacionais pertinentes; e
- d) o trabalho que, por sua natureza ou pelas condições em que é realizado, é provável

que prejudique a saúde, a segurança ou a moralidade das crianças.⁽²³⁾

Acerca da expressão “piores formas de trabalho infantil”, pode-se fazer a firme crítica de que é uma denominação equivocada, posto que não são reconhecidas como formas de trabalho. A respeito a OIT afirma:

Nas formas mais extremas de trabalho infantil, as crianças são submetidas a situações de escravidão, separadas de sua família, expostas a graves perigos e doenças e/ou abandonadas à sua sorte nas ruas das grandes cidades (muitas vezes numa idade muito precoce). Quando qualificar ou não de “trabalho infantil” uma atividade específica, dependerá do menino ou da menina, o tipo de trabalho em questão e a quantidade de horas que lhe dedica, as condições em que o realiza, e os objetivos perseguidos por cada país. A resposta varia de um país a outro e entre um e outro setor.⁽²⁴⁾

Por exemplo, no México e no mundo todo, a venda e o tráfico de crianças, a prostituição, produção e tráfico de estupefacientes são atividades delituosas e não pertencem ao que se entende por trabalho, mas sim por ações criminosas. A Lei Federal do Trabalho afirma que “o trabalho é um direito e um dever sociais. Não é artigo de comércio, exige respeito pelas liberdades e dignidade de quem o presta e deve realizar-se em condições que assegurem a vida, a saúde e um nível econômico decente para o trabalhador e sua família [...]”.

Portanto, para começar com a mudança, é preciso mudar a ideologia que a sustenta. É muito mais grave pensar em uma criança que está sendo vítima de um delito, que em uma criança que é explorada no trabalho, as consequências e ações jurídicas devem, por conseguinte, também ser maiores.

(23) Art. 3º da C182, *Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil*, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C182>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(24) *O que se entende por trabalho infantil?* Disponível em: <<http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang-es/index.htm>> Acesso em: 29 ago. 2011.

O trabalho infantil ocorre em todo o mundo. A OIT estima que 215 milhões de crianças trabalham para sobreviver⁽²⁵⁾ e esta realidade se encruce com algumas das consequências da globalização no mundo do trabalho: enquanto que atualmente se tem maior e imediato acesso à informação de caráter laboral, o que facilita os estudos de direito comparado, e se aumenta a luta constante para padronizar as medidas laborais e de seguridade social em todos os países, o poder econômico das empresas que alcançam transnacionalizar-se na sua produção ou comercialização, isto é, que fabricam parte dos seus produtos em diferentes países ou os comercializam em outros, afetam as negociações coletivas e inclusive as reformas trabalhistas em detrimento dos direitos dos trabalhadores dos países onde se estabelecem para produzir ou comercializar seus produtos e os trabalhadores mais vulneráveis são os mais afetados: aqueles que estão na economia informal, mulheres e certamente as crianças trabalhadoras. A respeito, López Limón e García Estrada dizem o seguinte: “[...] o trabalho infantil está associado a processos da mais ampla dimensão, como são as políticas de livre comércio e mundialização. As empresas transnacionais, chamem-se Adidas, Volkswagen, Sony, Katolek, LGElectronics, Barbie, MacDonald’s, utilizam-no direta ou indiretamente.”⁽²⁶⁾

Segundo estimativas da OIT, alguns fatores que levam ao trabalho infantil são a perda de um ou ambos os pais por causa da AIDS/SIDA e as situações de conflito ou pós-conflito, nas quais simplesmente podem não ter acesso à educação⁽²⁷⁾. A realidade a enfrentar é que para

(25) *Dia Mundial contra o Trabalho Infantil*. Disponível em: <http://web.oit.or.cr/index.php?option=com_content&task=view&id=606&Itemid=1> Acesso em: 29 ago. 2011.

(26) LÓPEZ LIMÓN, Mercedes; GARCÍA ESTRADA, Federico. O exército infantil de reserva do capital. *Revista de Derecho Social*, n. 10. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, jan./jun. 2010.

(27) Conferência Internacional do Trabalho, 98ª, VI Relatório. *A igualdade de gênero no coração do trabalho decente da OIT*, 2009. p. 76.

cada criança que trabalha, há uma obrigação por parte dos pais não cumprida, o que pode ser em virtude de múltiplas causas; para citar algumas: por doença, por morte, ou pura e simplesmente por exploração.

O princípio da efetiva abolição do trabalho infantil implica garantir que cada menino e cada menina tenham a oportunidade de desenvolver plenamente o seu potencial físico e mental. Visa a eliminar todo trabalho que coloque em perigo a educação e o desenvolvimento das crianças. Isso não significa interromper todos os trabalhos realizados pelas crianças. As normas internacionais de trabalho permitem fazer uma distinção entre o que constitui formas aceitáveis e formas inaceitáveis de trabalho para crianças de diferentes idades e estágios de desenvolvimento⁽²⁸⁾.

3. Marco socioeconômico do trabalho infantil no México

No México em 2010 e segundo estudos realizados pelo Conselho Nacional de População — CONAPO, a população infantil representou 28,1%⁽²⁹⁾ do total, ou seja, 30,5⁽³⁰⁾ milhões de crianças. É importante notar que de acordo com os estudos feitos pelo CONAPO, pouco mais da metade das crianças (54%) não têm acesso aos serviços de saúde⁽³¹⁾.

Os menores não só não têm acesso à segurança social, como também a uma qualidade de vida adequada, prova disso são os estudos e estimativas da Organização Internacional do Trabalho, ao assinalar que no México há pelo menos 3,6 milhões de crianças trabalhando no setor informal⁽³²⁾.

Para entender melhor esse ciclo de pobreza, é necessário adentrar um pouco aos dados cruéis que mostram que no México há 108.396.211⁽³³⁾ de mexicanos, dos quais 50,6 milhões vivem na pobreza, o que significa que vivem com US\$ 1,25 por dia⁽³⁴⁾, também há 11,2 milhões⁽³⁵⁾ em extrema pobreza e destes 25% são crianças, cuja renda diária se limita a menos de 1 dólar americano⁽³⁶⁾.

A População Economicamente Ativa equivale a 59% da população total, dos quais 5% estão no desemprego, segundo dados do INEGI de junho de 2010⁽³⁷⁾. De acordo com esses dados, em 2007, no México, havia 29 milhões de crianças entre 5 e 17 anos de idade, dos quais mais de 3,5 milhões exerceram alguma atividade econômica, sendo 67% meninos e 33% meninas⁽³⁸⁾.

As principais razões pelas quais as crianças trabalham são: para pagar sua escola ou suas próprias despesas, cuja participação de menores é de 29%; em segundo lugar, com 28%, se encontra a necessidade da família de que realizem esse trabalho; 18% das crianças que trabalham são por satisfação porque querem aprender uma profissão; 11% da população

index.php/informacion/comunicados/156-oit-36-millones-de-ninos-trabajan-en-mexico> Acesso em: 29 ago. 2011.

(28) *A abolição efetiva do trabalho infantil*. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <<http://www.ilo.org/declaration/principles/abolitionofchildlabour/lang-es/index.htm>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(29) *No México, há 30.500 mil crianças*. Disponível em: <www.conapo.gob.mx/prensa/2010/bol007_2010.pdf> Acesso em: 29 ago. 2011.

(30) *Idem*.

(31) *Ibidem*, p. 2.

(32) *OIT: 3,6 milhões de crianças trabalham no México*. Disponível em: <<http://www.trabajandoenred.org.mx/>

(33) *Da população do México 2005-2050*. Disponível em: <http://www.conapo.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=36&Itemid=234> Acesso em: 29 ago. 2011.

(34) *A pobreza extrema*. Disponível em: <<http://www.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=244084>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(35) *UNICEF, pobreza e desigualdade*. Disponível em: <<http://www.unicef.org/mexico/spanish/17046.htm>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(36) *Pobreza e desenvolvimento no mundo*. Disponível em: <<http://www.servicioskoinonia.org/agenda/archivo/obra.php?ncodigo=561>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(37) *A taxa de desemprego*. Disponível em: <<http://dgcnesyp.inegi.org.mx/cgi-win/bdiecoy.exe/618?s=est&c=12898>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(38) *Crianças que trabalham*. INEGI, 2007. Disponível em: <<http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/ninos.aspx?tema=P>> Acesso em: 29 ago. 2011.

infantil trabalha porque a sua família precisa de sua contribuição financeira; 6%, porque não querem ir à escola e, por último, 8% por alguma outra razão não incluída nas anteriores⁽³⁹⁾.

As principais atividades em que trabalha uma criança são o setor agropecuário, com 29% da população infantil; 25% se dedicam ao comércio; 24% aos serviços; na indústria manufatureira se encontram 14%; para 6%, a atividade principal é a construção; e 2% não especificados⁽⁴⁰⁾.

Quanto ao pagamento recebido pelas crianças, pode-se dizer que daqueles que executam um trabalho econômico, apenas 4% receberam menos de um salário mínimo vigente na Cidade do México, 52% receberam algum pagamento que não ultrapassou dois salários mínimos e 45% não receberam qualquer remuneração⁽⁴¹⁾.

3.1. *Círculo vicioso: crianças pobres — trabalho infantil — adultos pobres*

A Convenção sobre os Direitos da Criança⁽⁴²⁾, de 2 de setembro de 1990, define no seu art. 1º o que se deve considerar como criança, o qual estabelece que se entenderá por criança “todo ser humano menor de dezoito anos de idade, salvo se, em virtude da lei que lhe seja aplicável, tenha atingido antes a maioridade”⁽⁴³⁾, ou seja, que já pode ser entendido como um indivíduo que está ativo dentro da sociedade, e também em constante desenvolvimento, em que devem ser redesenhadas e protegidas todas essas capacidades que evoluem ao longo do seu desenvolvimento.

(39) *Idem*.

(40) *Idem*.

(41) *Idem*. O salário mínimo na área geográfica do Distrito Federal (Zona Geográfica A) é \$ 57,46 pesos, o que equivale a US\$ 4,57 pela taxa de câmbio em \$ 12,5538 dólares hoje. *Serviço de Administração Tributária*. Disponível em: <http://www.sat.gob.mx/sitio_internet/asistencia_contribuyente/informacion_frecuente/tipo_cambio/> Acesso em: 29 ago. 2011.

(42) *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>> Acesso em: 29 ago. 2011.

(43) Art. 1º da *Convenção sobre os Direitos da Criança*.

A realidade do trabalho infantil é que, apesar de proibido em muitos países, é uma necessidade para o sustento não apenas dos próprios menores, mas também da sua família. A sua proibição faz com que muitas crianças, apesar de trabalharem, têm de fazê-lo na economia informal, sofrem de exploração por seus empregadores e não contam com a possibilidade de acessar o benefício da proteção conferida pelos seguros sociais.

E se uma coisa é certa neste tema, é que para cada criança que trabalha, há um adulto que não está cumprindo suas obrigações para com a criança, independentemente da causa desse descumprimento. Infelizmente, os baixos salários de muitos mexicanos tornam necessário o ingresso salarial de mais membros da família para poder subsistir e é nesse entorno que a pobreza agudiza o problema. Uma família em situação de pobreza exige o trabalho de crianças; mas se uma criança trabalha, automaticamente, não mais estuda ou seu desempenho escolar diminui, o que o coloca como adulto em uma situação de desvantagem na concorrência por um emprego. Para menor preparação, menor retribuição salarial, e o ciclo se repete com os filhos desse trabalhador que não teve a oportunidade de capacitar-se. A este exemplo deve ser acrescentado o das crianças que crescem em famílias completamente desestruturadas com problemas de violência, o das crianças que crescem abandonadas por seus pais e familiares e o das crianças de rua, entre outros.

A esse respeito pode-se observar que inexistem números mexicanos sobre esse problema; mas o governo do Chile realizou estudos sobre como ele afeta a perda da escolaridade no ingresso dos adultos no mercado de trabalho, e por serem países com algumas semelhanças pode-se pensar que os efeitos poderiam ser semelhantes: “a longo prazo, a perda média de 2 anos de escolaridade representa 20% menos de salário durante toda a sua vida adulta, a perda do poder aquisitivo do mercado interno, a perda de anos de educação se traduz em uma

qualidade inferior do capital humano disponível em uma sociedade, além de uma incidência negativa sobre o PIB.”⁽⁴⁴⁾

4. O trabalho dos “fósforos” como exemplo

Trata-se de aqui dos empacotadores no comércio de autosserviço. Originariamente eram trabalhos realizados somente por crianças de todas as idades, depois por crianças de 14 a 16 anos e atualmente não é raro encontrar adultos da terceira idade empacotando, que certamente não contam com o benefício de uma pensão ou esta é tão baixa que não lhes permite o sustento independente.

A atividade dos empacotadores (mais conhecido como *fósforos*) surgiu na década de 1970 e generalizou-se na década seguinte com a transformação dos setores do comércio e serviços e a propagação das redes de supermercados que se fixaram em várias cidades do país; é quando então os meninos e meninas acorrem a essas lojas para embalar mercadorias.

O trabalho consiste em embalar ou ensacar as mercadorias que os clientes compram, em sacolas de plástico fornecidas aos empacotadores pelos próprios supermercados, com os seus logotipos impressos ou em caixas de papelão em que vieram embalados os produtos da loja, em troca uma gorjeta que os clientes voluntariamente dão aos empacotadores.

De todo o país, apenas a Cidade do México tem um acordo formal⁽⁴⁵⁾ firmado entre a Associação Nacional de Lojas de Autosserviço e de Departamentos AC e o Chefe de Governo do Distrito Federal, que impede os supermercados de empregar menores de 14 anos de idade além de obrigá-los a respeitar algumas normas trabalhistas: atestado médico, jornada de trabalho, autorização dos pais, etc. Todavia, o ponto

mais importante: o salário não é incluído, uma vez que são considerados como “propineros”⁽⁴⁶⁾; e, segundo, não contam com nenhuma garantia trabalhista.

Em todo o país, se aplicam nas cadeias de lojas de autosserviço as mesmas regras desse acordo, sem que a lei sobre o assunto determine algo a respeito nesse particular, o que leva à violação de garantias trabalhistas tais como:

- nota-se que existem lojas de autosserviço onde trabalham mais que as seis horas fixadas pela Lei Federal do Trabalho;
- sob a entrega pelo supermercado de um gorro e avental se esconde a obrigação das crianças de portar um uniforme completo que eles devem custear, pela suposição de que para não gastar usem o uniforme escolar;
- em muitas ocasiões, são obrigados a devolver mercadorias nas prateleiras e acomodá-las, organizar os carrinhos do supermercado e até mesmo limpar a sua área de trabalho.

Até o momento não recebem nenhuma contraprestação econômica por parte dos supermercados, já que estes não se consideram empregadores nem consideram as crianças como seus trabalhadores. A respeito, vale a pena fazer referência ao *considerando b* do citado acordo:

“b) A atividade que desempenham os menores de idade que se vinculam às lojas de autosserviço como empacotadores tem-se desenvolvido ao largo de várias décadas. A relação ou serviço do Menor Empacotador se realiza em apoio ao dono da mercadoria ou consumidor, depois que este adquiriu e pagou os produtos na caixa da loja. O Menor Empacotador é hoje uma figura que é familiar aos consumidores nas lojas e que merece o reconhecimento e apoio por parte da sociedade e de seus diferentes setores na medida que o seu esforço resulta ser um serviço útil

(44) Governo do Chile, *Ministério do Trabalho e Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.trabajoinfantil.cl/faq.html#1>> Acesso em: 12 maio 2010.

(45) Convenção de proteção a menores empacotadores de 1º de julho de 1999.

(46) *Propineros*: é o termo utilizado para denominar os trabalhadores cuja renda depende direta ou quase exclusivamente das gorjetas (*propinas*, em Espanhol) dadas pelos clientes.

à clientela, às lojas, a eles mesmos e a suas famílias.”⁽⁴⁷⁾

Como se pode avaliar, os donos das lojas de autosserviço, com o apoio das autoridades trabalhistas (posto que a convenção está firmada também pela Direção Geral de Trabalho e Previdência Social do México), tentaram proteger o estabelecimento de uma relação de emprego, ao assentar que a relação ou o serviço é entre o embalador e o cliente. Neste particular, devem-se observar duas coisas: a primeira é a caracterização do empregador: A LFT dispõe no seu art. 10: “Patrão é a pessoa física ou jurídica que utiliza os serviços de um ou vários trabalhadores.” De acordo com essa norma e com a interpretação que se procura dar ao citado *considerando b*, os donos dos supermercados não utilizam os serviços dos empacotadores, afinal não são seus trabalhadores; sem embargo, realizam mais atividades que só as de embalar as mercadorias para os clientes. Além disso, para as empresas, não conta como elemento de subordinação o fato de que as crianças se sujeitam aos horários de trabalho que a própria loja lhes estabelece, que usam uniforme, que realizam as atividades que se lhes indica e que, quando já não se lhes permite, não podem mais trabalhar ali, sem qualquer contraprestação durante nem depois.

Para ter-se um direito exigível em Direito do Trabalho, parte-se da suposição da existência da relação de emprego, independentemente do ato que lhe deu origem. Na legislação mexicana, o art. 20 da LFT afirma: “Entende-se por relação de trabalho, qualquer que seja o ato que lhe dê origem, a prestação de um trabalho pessoal subordinado a uma pessoa, mediante o pagamento de um salário.”

Assim, um dos aspectos a destacar neste tema é a existência da relação de emprego entre os empacotadores e as redes comerciais para as quais prestam seus serviços e a este respeito

(47) *Op. cit. Convenção de proteção a menores empacotadores* de 1º de julho de 1999.

é importante mencionar que a OIT emitiu uma recomendação sobre a relação de emprego, da qual se extraem alguns pontos de destaque:

“A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho:

Considerando as dificuldades para determinar a existência de uma relação de emprego quando não resultam claros os direitos e obrigações respectivos das partes interessadas, quando se tentou encobrir a relação de trabalho, ou quando há insuficiências ou limitações na legislação, em sua interpretação ou em sua aplicação;

Considerando que as dificuldades para determinar a existência de uma relação de trabalho podem criar graves problemas aos trabalhadores interessados, ao seu entorno e à sociedade em geral;

Observando que há situações em que os acordos contratuais podem ter como consequência privar os trabalhadores da proteção a que têm direito:

Adota, com data de 15 de junho de 2006, a seguinte Recomendação, que poderá ser citada como a Recomendação sobre a relação de trabalho, 2006.

I – POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS TRABALHADORES VINCULADOS POR UMA RELAÇÃO DE EMPREGO

1. Os membros deveriam formular e aplicar uma política nacional direcionada a examinar em intervalos apropriados e, se necessário, a esclarecer e a adaptar o âmbito de aplicação da legislação pertinente, a fim de garantir uma proteção efetiva aos trabalhadores que exercem sua atividade no marco de uma relação de emprego.”⁽⁴⁸⁾

A recomendação acima prossegue afirmando que, a fim de facilitar a determinação da existência de uma relação de trabalho, os Membros deveriam considerar, no âmbito da política nacional a que se faz referência nessa Recomendação, a possibilidade de:

(48) V. Recomendação n. 198: *Recomendação sobre a relação de trabalho da OIT*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/recdisp1.htm>> Acesso em: 29 ago. 2011.

- a) admitir uma ampla variedade de meios para determinar a existência de uma relação de emprego;
- b) aplicar uma presunção legal da existência de uma relação de emprego quando há um ou vários indícios; e
- c) determinar, após prévia consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, quais trabalhadores com certas características devem ser consideradas, de forma geral ou em um determinado setor, como trabalhadores assalariados ou como trabalhadores autônomos.⁽⁴⁹⁾

Mais adiante, em seu n. 13, determina que os Membros deveriam considerar a possibilidade de definir em sua legislação, ou por outros meios, indícios específicos que permitam determinar a existência de uma relação de emprego. Entre esses indícios, poderiam figurar os seguintes:

- a) o fato de que o trabalho: se realiza segundo as instruções e sob o controle de outra pessoa; que o mesmo implica a integração do trabalhador na organização da empresa; que é efetuado única ou principalmente em benefício de outra pessoa; que deve ser executado pessoalmente pelo trabalhador, dentro de um horário determinado, ou no lugar indicado ou aceito por quem solicita o trabalho; que o trabalho é de certa duração ou tem certa continuidade, ou exige a disponibilidade do trabalhador; que implica o fornecimento de ferramentas, materiais e máquinas por parte da pessoa que solicita o trabalho, e [...].⁽⁵⁰⁾

No México, o contrato de trabalho pode ser verbal ou escrito e ao estabelecer-se a prestação de serviço pessoal e subordinado se materializa a relação de trabalho. Portanto, o elemento a analisar é o da subordinação, mesmo porque é uma qualidade essencial da relação de emprego. Em uma jurisprudência de 1944, já se estabelecia

que “para que haja um contrato de trabalho, se necessita que quem presta os serviços não o faça com absoluta independência e de acordo com seu conhecimento e entendimento, mas por ordem e sob a dependência da parte patronal”⁽⁵¹⁾. Portanto, a subordinação é um elemento fundamental para a determinação da existência de uma relação de trabalho e, apesar de existirem vários pressupostos que podem ser evidências da mesma no trabalho que realizam os empacotadores, esta não é reconhecida como tal.

[...] a relação jurídica que se cria entre o trabalhador e o empregador, em virtude da qual se obriga o primeiro, na prestação de seus serviços, a cumprir suas obrigações e as instruções dadas pelo segundo para o melhor desenvolvimento das atividades da empresa.⁽⁵²⁾

E os “fósforos” (*cerillos*) não são reconhecidos como trabalhadores. Sobre o salário baseado em gorjetas, que é a retribuição econômica que essas crianças recebem no México, Guillermo Cabanellas afirma:

Se o trabalhador é retribuído apenas com as gorjetas, o contrato apresenta caráter laboral se existe um vínculo de subordinação entre as partes; ainda que os clientes da empresa sejam os que contribuem com suas aportações a integrar o salário total do trabalhador [...].⁽⁵³⁾

Infelizmente, como se mencionou, os empacotadores neste país não têm o reconhecimento da sua relação de emprego e, enfim, de nenhum direito trabalhista e de seguridade social, para citar alguns como: salário, bônus, férias, benefícios por riscos do trabalho, idade, invalidez, etc.

No Chile, por exemplo:

Se se comprova o fato de que um supermercado está recebendo os benefícios da

(49) *Idem*.

(50) *Idem*.

(51) DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. 17. ed. México: Porrúa, 2005. p. 579.

(52) *Ibidem*, p. 203.

(53) CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Compendio de derecho laboral*. t. I. Argentina: Heliasta, 2002. p. 653.

prestação de serviços de um menor que empacota os produtos vendidos pelo primeiro; e, em segundo lugar, se se comprova que, ademais, o supermercado aceita dita prestação exercendo poderes de mando sobre o menor, não cabe senão concluir presumivelmente que, em tais casos, ocorreria uma relação jurídica laboral entre os menores empacotadores e os supermercados que assim agem.⁽⁵⁴⁾

Os pressupostos que as instituições encarregadas pela aplicação da justiça laboral chilena levam em conta para determinar a relação de trabalho existente entre os empacotadores e os supermercados são os seguintes:

- a) que o trabalho é feito no interior de um recinto privado, com o consentimento do seu proprietário;
- b) que os supermercados selecionam os empacotadores por meio de um funcionário da empresa;
- c) que se acorda com o empacotador um horário para a prestação de seus serviços;
- d) que os empacotadores estejam equipados com um avental ou guarda-pó que coincida com cores corporativas da empresa;
- e) que sua tarefa consiste em empacotar a mercadoria dos clientes do supermercado e às vezes em transportá-la até os veículos dos clientes;
- f) que, em troca deste serviço, os clientes lhes deem uma gorjeta;
- g) que em alguns casos aos empacotadores corresponde organizar os carrinhos e tirá-los do recinto até um local acessível ao cliente;
- h) que o trabalho dos empacotadores é indispensável para o bom serviço ao público;
- i) que, no caso de ausência, os empacotadores avisem ao chefe de caixas; caso contrário, são suspensos por até três dias;

j) que, embora não haja um registro de presença, o chefe de caixas ou o administrador verificam visualmente a presença dos empacotadores;

k) que lhe se proíbe ausentar-se de seu local de trabalho durante o exercício das suas funções;

l) que em alguns supermercados se pode verificar a existência de um cartaz da empresa, mediante o qual se solicitavam menores de 17 para empacotadores, indicando os requisitos que para tais efeitos deviam ser apresentados ao chefe de caixas; e

m) que em alguns casos o empacotador substitui os repositores de mercadorias quando estes faltam⁽⁵⁵⁾.

5. A modo de conclusão

As obrigações dos membros da família originam-se a partir de uma relação de reciprocidade; mas existem vários ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais que proíbem a exploração infantil e o trabalho de menores de 14 anos no México. Por isso, resta claro que sua responsabilidade alimentar será exigível, salvo exceções, apenas quando atingirem a maioridade. Isso significa que as crianças não deveriam contribuir de maneira obrigatória para o sustento familiar. Infelizmente, há muitos casos que não só demonstram o contrário, como também se testemunha como a Lei Federal do Trabalho fica sem eficácia, reduzida a um catálogo de boas intenções quando se analisa a relação de trabalho dos menores empacotadores nas lojas de autosserviço ou de departamentos. Trata-se de um claro exemplo de servilismo jurídico em favor das pressões dos empresários ou de redes comerciais internacionais influentes em um México discriminante. É nesse sentido que a reforma trabalhista se faz cada vez mais necessária para corresponder às necessidades que a atualidade demanda.

(54) Contrato de trabalho — Existência — Empacotadores — Supermercados. *Dirección del Trabajo*, 1999. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion>> Acesso em: 23 abr. 2010.

(55) Cf. Gobierno de Chile, Dirección del Trabajo, Ord. n. 5.845/365. Disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-85149.html>> Acesso em: 12 maio 2010.

Aviso-prévio proporcional: implicações práticas

Cleber Martins Sales^(*)

Índice dos Temas:

- ▶ 1. A regulamentação do art. 7º, inciso XXI, da Constituição da República
- ▶ 2. Direito intertemporal
- ▶ 3. Trabalhadores beneficiados
- ▶ 4. Polo contratante beneficiado pela Lei n. 12.506/2011
- ▶ 5. Aferição do prazo proporcional do aviso-prévio
- ▶ 6. Projeção do pré-aviso para definição do número proporcional de dias
- ▶ 7. Jornada especial no curso do aviso-prévio
- ▶ 8. Reflexos pecuniários do aviso-prévio proporcional
- ▶ 9. Conclusão
- ▶ 10. Referências bibliográficas

1. A regulamentação do art. 7º, inciso XXI, da Constituição da República

O aviso-prévio é instituto originário das Corporações de Ofício e, no âmbito legal, constou do vetusto Código Comercial de 1850 (art. 81), do Código Civil de 1916 (art. 1.221) e de legislação trabalhista extravagante (Lei n. 62, de 1935), que previa o dever unilateral de o empregado pré-avisar ao empregador, encontrando regência atual na CLT, arts. 487 a 491⁽¹⁾.

Com o advento da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, inseriu-se no rol de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais o

aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, assegurando-se o mínimo de 30 dias, “nos termos da lei” (art. 7º, inciso XXI), no que o inciso I, do art. 487, da CLT, não foi recepcionado pela nova ordem constitucional ao prever tempo de aviso de apenas oito dias.

Embora apresentado pouco tempo depois da promulgação da nova Carta Política, o Projeto de Lei do Senado n. 3.941/1989, somente foi aprovado no âmbito da Câmara dos Deputados recentemente, redundando na sanção da Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, com o fito de regulamentar o disposto no art. 7º, inciso XXI, da CF/1988.

A citada norma dispõe em seu art. 1º:

Art. 1º O aviso-prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, será concedido na proporção de 30 (trinta) dias

(*) Juiz do Trabalho em Goiás. Professor. Ex-Procurador do Estado de Goiás. Especialista em Economia do Trabalho e Sindicalismo (UNICAMP). Vice-Presidente da Associação dos Magistrados do Trabalho da 18ª Região.

(1) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 754.

aos empregados que contem até 1 (um) ano de serviço na mesma empresa.

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

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

A lei em destaque foi publicada no Diário Oficial da União de 13 de outubro de 2011.

Ao que se nota, depois de mais de duas décadas o Parlamento entregou a regulamentação de direito social previsto na Carta de 1988, concedendo eficácia plena ao aviso-prévio proporcional.

Doravante, então, tem-se o aviso-prévio de trinta (30) dias para os contratos com até um ano de vigência e o acréscimo de outros três (3) dias para cada novo ano do pacto laboral, até o limite total de 90 dias. Em outras palavras, além dos 30 dias mínimos até então assegurados pela regra expressa da norma constitucional, o trabalhador fará jus a outros 3 dias por ano a mais trabalhado, isto é: 2 anos equivalem a 33 dias de aviso; 3 anos geram o direito a 36 dias de aviso; e assim sucessivamente, até que, com 21 anos de atividade no mesmo emprego, o trabalhador terá direito a 90 dias a título de aviso-prévio.

E para por aí o consenso sobre o regramento legal da proporcionalidade deste instituto do Direito do Trabalho.

Proliferam-se as divergências interpretativas, lançando-se dúvidas desde a intemporalidade da norma (a quais contratos se aplica?) até a quem se dirige (se apenas em benefício do empregado ou também do empregador), inquietações estas, dentre outras, quanto às quais este breve estudo se ocupará.

2. Direito intertemporal

Dispõe a CF, art. 7º, inciso XXI:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXI – aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

O dispositivo constitucional *supra* reflete, segundo lição clássica⁽²⁾, norma de eficácia limitada (ou reduzida), pois o constituinte originário estabeleceu o mínimo de trinta dias de aviso-prévio com aplicabilidade imediata e remeteu “aos termos da lei” a regulamentação da proporcionalidade do instituto em relação ao tempo de serviço, no que não é autoaplicável⁽³⁾.

A propósito, confira-se a redação da Orientação Jurisprudencial n. 84, da SDI-1, do TST:

Aviso-prévio. Proporcional. A proporcionalidade do aviso-prévio, com base no tempo de serviço, depende de legislação regulamentadora, posto que o art. 7º, inc. XXI, da CF/88 não é autoaplicável.

Nessa seara e à vista da manifesta omissão legislativa que imperava sobre o tema, o Excelso STF foi chamado a manifestar-se, em sede recursal e de mandado de injunção, sobre a pretensão de ex-empregados cujos contratos vigoraram por muitos anos, concluindo-se pela ocorrência de mora legislativa⁽⁴⁾, tendo a Corte sinalizado,

(2) A propósito, o escólio de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, para quem este grupo de normas de eficácia limitada ou reduzida *somente produzem os seus efeitos essenciais após um desenvolvimento normativo posterior, a cargo dos poderes constituídos. A sua vocação de ordenação depende, para ser satisfeita nos seus efeitos básicos, da interpolação do legislador infraconstitucional. São normas, pois, incompletas, apresentando baixa densidade normativa. Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 80-81.

(3) BARROS, Alice Monteiro de. *Op. cit.*, p. 755.

(4) “Dissídio coletivo. Recursos extraordinários providos, para excluir as cláusulas 2ª (piso correspondente ao salário mínimo acrescido de percentual) e 24ª (estabilidade temporária), por contrariarem, respectivamente, o inciso IV (parte final) e I do art. 7º da Constituição, este último juntamente com o art. 10 do ADCT, bem como a cláusula 29ª (aviso-prévio de sessenta dias), por ser considerada invasiva da reserva legal específica, instituída no art. 7º, XXI, da Constituição.” (RE n. 197.911, Rel. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 24.9.1996, Primeira Turma, DJ de 7.11.1997).

“Mandado de injunção. Art. 7º, XXI da Constituição. Aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço. Situação

recentemente, que avançaria no regramento da proporcionalidade do aviso-prévio ante a inércia legiferante. Somente nesta quadra circunstancial, a Câmara dos Deputados acelerou a apreciação e a aprovação da matéria que redundou na lei sob comentário.

Não vislumbro, assim, possibilidade de retroação da lei a contratos já extintos sob a égide do aviso-prévio mínimo de trinta dias, cujas rescisões já estão sob o pálio do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, inciso XXXVI)⁽⁵⁾ e, por corolário lógico, não seria razoável impor aos empregadores conduta diversa daquela expressamente prevista na única norma até então vigente e dotada de eficácia e efeitos práticos, qual seja, a CLT, art. 487. Vale dizer: a lei vigente ao tempo em que se efetuaram as rescisões contratuais dos pactos extintos precedentemente à publicação da nova norma legal previa aviso de apenas 30 dias⁽⁶⁾.

A regra geral de que os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração, merece temperamento na seara

de mora do legislador ordinário na atividade de regulamentar o aviso-prévio, como previsto no art. 7º, XXI da Constituição. Falta de perspectiva de qualquer benefício ao peticionário, visto que dispensado em perfeita sintonia com o direito positivo da época — circunstância impeditiva de desdobramentos, no caso concreto, em favor do impetrante. Mandado de injunção parcialmente deferido, com o reconhecimento da mora do Congresso Nacional.” (MI n. 369, Rel. p./o ac. Min. Francisco Rezek, julgamento em 19.8.1992, Plenário, DJ de 26.2.1993.)

- (5) “Código de Defesa do Consumidor: contrato firmado entre instituição financeira e seus clientes referente à caderneta de poupança: não obstante as normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor alcancem as instituições financeiras (cf. ADI n. 2.591, 7.6.2006, Pleno, Eros Grau), não é possível a sua aplicação retroativa, sob pena de violação do art. 5º, XXXVI, da CF. Precedente (RE n. 205.999, 16.11.1999, Moreira, RTJ 173/263).” (RE n. 395.384-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 26.4.2007, Primeira Turma, DJ de 22.6.2007.)
- (6) Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. § 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

laboral por tratar-se de pactuação continuada, com sujeição típica a alterações negociais e legislativas que veiculem, principalmente, parcelas irrenunciáveis, como é o caso do aviso-prévio⁽⁷⁾.

Observe-se que não se trata, o aviso-prévio, de direito diferido no tempo, mas, ao contrário, cuida-se de verba cuja gênese coincide com o anúncio da ruptura contratual, seja ele trabalhado ou indenizado, de modo que também não há elementos interpretativos subsistentes para se sustentar a aplicabilidade da nova regra apenas aos contratos iniciados a partir da sua vigência.

Os contratos de trabalho, por serem de trato sucessivo e norteados por diversas regras de ordem pública que veiculam parcelas irrenunciáveis pelos trabalhadores, sujeitam-se às mutações legislativas, estando salvaguardados tão somente de efeitos retroativos sobre direitos quitados segundo a lei vigente. Na hipótese do aviso-prévio, este será modulado pela lei vigente ao tempo da sua concessão, de modo que todo o período laboral repercutirá na respectiva aferição do tempo devido e não apenas o lapso verificado entre a vigência da lei e o aviso de dispensa. Em outras palavras, a norma federal sob análise, por ter aplicação imediata, alcança os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima)⁽⁸⁾.

A propósito, dispõe a CLT, art. 912, que os *dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação*; regra de transição esta que, por corolário

(7) Súmula n. 276 do TST.

(8) “As normas constitucionais federais é que, por terem aplicação imediata, alcançam os efeitos futuros de fatos passados (retroatividade mínima), e se expressamente o declararem podem alcançar até fatos consumados no passado (retroatividades média e máxima). Não assim, porém, as normas constitucionais estaduais que estão sujeitas à vedação do art. 5º, XXXVI, da Carta Magna Federal, inclusive a concernente à retroatividade mínima que ocorre com a aplicação imediata delas.” (AI n. 258.337-AgR, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 6.6.2000, Primeira Turma, DJ de 4.8.2000.)

lógico, também deve ser observada quanto às modificações e acréscimos realizados no texto consolidado.

Nessa linha de raciocínio, os contratos extintos, mesmo quanto aos quais a pretensão ainda não esteja fulminada pela prescrição bienal prevista na CF, art. 7º, inciso XXIX, não são alcançados pela lei do aviso-prévio proporcional, de sorte que esta alcança apenas as novas relações de emprego e os vínculos empregatícios em curso quando da sua entrada em vigor em 13 de outubro de 2011.

E por contratos vigentes quando da publicação da Lei n. 12.506/2011 entendam-se, também, aqueles cujo aviso-prévio ainda estava em curso naquela ocasião, eis que o tempo deste, como decorre da exegese da CLT, arts. 487, § 1º, parte final, e 489⁽⁹⁾, deve ser incluído na duração do contrato de labor para obtenção das vantagens legais, inclusive para definir o direito aplicável, mesmo na hipótese de indenização⁽¹⁰⁾. Note-se, neste caso, que raciocínio contrário permitiria, por exemplo, que os empregadores que anteviram a sanção da lei sob exame pudessem dispensar seus empregados com muitos anos de serviço apenas para furtarem-se do aviso-prévio majorado e dos seus reflexos de direito.

A jurisprudência, aliás, se encarrega de dar efeitos semelhantes em hipóteses fundadas também na inclusão do tempo do aviso-prévio no contrato de trabalho, como é o caso da Súmula n. 371, *in fine*, do TST, segundo a qual a concessão de auxílio-doença durante o pré-aviso posterga os efeitos da dispensa para depois da expiração do benefício previdenciário, e a OJ n. 83 da SDI-1, do Colendo TST, que aponta como termo inicial da contagem do prazo prescricional o término do aviso-prévio, inclusive na projeção daquele pago de forma indenizada.

Pelos mesmos fundamentos, aliás, pontua-se que a nova duração do aviso-prévio continuará

integrando o tempo de serviço do empregado dispensado, na exata proporção que lhe seja devida.

É importante esclarecer que os casos judicializados perante o STF poderão até receber decisão favorável mesmo estando pautados em contratos rescindidos antes da edição da nova lei, mas certamente não o serão *de lege lata* (da lei criada), mas sim no bojo da controvérsia constitucional já estabelecida ainda sob a circunstância de o Poder Público encontrar-se em reconhecido estado de mora legislativa, de sorte a levar a Suprema Corte a modular os efeitos de eventual decisão favorável. Não seria de se surpreender, porém, quanto a mandados de injunção em curso, que o Supremo Tribunal seguisse precedentes no sentido da perda de objeto pelo advento da regra legal reclamada⁽¹¹⁾.

Em suma, aplica-se a lei nova aos vínculos de emprego firmados após a sua entrada em vigor e aos contratos de trabalho em curso quando da sua publicação, aí incluídos os pactos laborais com aviso-prévio em andamento ou indenizados, cuja projeção alcance o dia 13 de outubro de 2011.

3. Trabalhadores beneficiados

Como acentuado, o aviso-prévio tem assento constitucional e consta do rol de direitos sociais do art. 7º, cujo *caput* reporta-se aos “trabalhadores urbanos e rurais”, estendendo-lhes, por conseguinte, a nova regra de proporcionalidade do pré-aviso ao tempo de serviço junto ao empregador.

Já o parágrafo único do citado dispositivo da Carta Magna inscreve no rol de direitos dos trabalhadores domésticos o inciso XXI, no que atrai o novel normativo legal.

(11) “Uma vez editada a lei em relação à qual restou apontada omissão, tem-se a perda de objeto do mandado de injunção. (...) O mandado de injunção não é o meio próprio a lograr-se o controle concentrado de constitucionalidade de certa norma.” (MI n. 575-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 29.10.1998, Plenário, DJ de 26.2.1999.) No mesmo sentido: MI n. 742-ED, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 10.3.2008, Plenário, DJE de 30.5.2008.

(9) No mesmo sentido: arts. 15 e 16 da IN SRT/MTE n. 15, de 14 de julho de 2010.

(10) Súmula n. 471, primeira parte, do TST e OJs ns. 82 e 83 da SDI-1, do TST.

Saliente-se, ainda, quanto aos trabalhadores domésticos, que a recém-aprovada Convenção n. 189 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e sua respectiva Recomendação n. 201, preconizam a equivalência de tratamento legal entre esta classe trabalhadora e os demais empregados, estando esta norma internacional na dependência de ratificação pelo Governo brasileiro.

4. Polo contratante beneficiado pela Lei n. 12.506/2011

O *caput* do art. 7º da Constituição da República estabelece rol de direitos aos trabalhadores sem caráter de taxatividade, expressando a possibilidade de que outros advenham, mas desde que “visem à melhoria de sua condição social”.

Referido normativo veicula cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social, traduzindo, no processo de sua implementação, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais, impedindo, por conseguinte, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses em que políticas compensatórias venham a ser adotadas pelas instâncias governamentais⁽¹²⁾.

(12) Lapidar, sob todos os aspectos, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO, cuja lição, a propósito do tema, estimula as seguintes reflexões (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 320-321, item n. 3), conforme Informativo Semanal do STF n. 582: “O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural,

Este contexto protetivo vincula ao legislador infraconstitucional seja na criação de novos direitos, seja na modulação dos já arrolados na Constituição, pois não seria lógico exigir-se a qualificadora de melhoria da condição social do trabalhador em relação a novos institutos e não fazê-lo com respeito à regulamentação daqueles já previstos pelo constituinte originário.

A fixação do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço deve ser vista sob esta ótica teleológica, resultando claro que a sua finalidade é acrescer melhoria à condição social dos empregados, sob pena de vulnerar o mandamento constitucional de origem e também a norma de sobredireito prevista no art. 5º da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual, *na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*.

e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta proteção de direitos prestacionais de propriedade, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (...). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”

Inversamente, se a norma também se dirigisse ao tempo de aviso-prévio devido pelo empregado ao empregador, seria nítida a prejudicialidade sociojurídica da medida. A finalidade precípua deste instituto é possibilitar ao empregado dispensado que encontre novo emprego e, sob o ponto de vista do empregador, que selecione novo trabalhador para a vaga surgida com eventual pedido de demissão.

É o mesmo que dizer: a cada novo ano de trabalho o ordenamento jurídico concede ao trabalhador mais 3 dias de vigência do seu contrato (ou de respectiva indenização) para que alcance nova colocação no mercado de trabalho. Essa progressão é proporcional ao tempo de serviço, mas infelizmente as chances de novo emprego são inversamente proporcionais à idade do trabalhador, de modo que, regra geral, o empregado que contar com 21 anos de serviço junto ao mesmo empregador contará com 90 dias de aviso-prévio (trabalhado ou indenizado) e muito provavelmente com mais de 40 anos de idade, fator etário que o lança em situação de maior dificuldade de uma nova contratação profissional.

Impor ao empregado que vise a rescisão injustificada do vínculo o dever de permanecer em estado de pré-aviso por até 90 dias pode ensinar, na prática, a impossibilidade de vincular-se a novo empregador, que certamente não aguardará por tanto tempo o desenlace do pacto rescindendo. Sob outro prisma, também de ordem prática, é notoriamente desinteressante para o empregador a manutenção de um empregado por longo período em seus quadros se este já tiver demonstrado o desinteresse na continuidade da relação empregatícia.

A própria literalidade normativa estabelece que o aviso-prévio, de que trata o Capítulo VI do Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, “*será concedido na proporção de 30 (trinta) dias aos empregados*” e não aos empregadores.

A nova lei, assim como a redação do *caput* do art. 487 da CLT, deve, pois, ser interpretada

com vistas à cláusula de não retrocesso prevista no *caput* do art. 7º da Constituição Federal, a fim de concluir-se que o aviso-prévio, na versão proporcional ora regulamentada, é direito do empregado, cumprindo-lhe, na hipótese de dar causa injustificada à ruptura do contrato, prestar aviso-prévio de apenas 30 dias, independentemente do tempo de serviço junto ao empregador.

5. Aferição do prazo proporcional do aviso-prévio

Infere-se literalmente da Lei n. 12.506/2011 que para os contratos com duração de até 1 ano são devidos 30 dias de aviso-prévio, aumentando-se outros 3 dias para cada novo ano de vigência do pacto, até o limite de 90 dias, o que corresponderia, a partir de mero cálculo aritmético, a um vínculo de emprego de 21 anos.

Como a norma vincula o acréscimo de 3 dias ao lapso temporal de “1 ano”, indaga-se como proceder nas hipóteses de rescisões contratuais não coincidentes com números inteiros de anos (2 anos, 3 anos, etc.), verificando-se que o pacto vigeu por 1 ou 2 anos e algum(ns) mês(es).

Não parece razoável, a princípio, inclusive por se tratar de instituto de característica formal e materialmente proporcional, desprezar peremptoriamente todo e qualquer tipo de fração para fins de apuração do prazo do aviso, sob pena de novamente dar margem a dispensas obstativas do direito a mais 3 dias de aviso.

Embora sustentável o argumento segundo o qual o legislador adotou o critério anual para a aferição da proporcionalidade do aviso-prévio com vistas à estabilidade do contrato, de modo que ao empregado não fosse dado adquirir 1 ou 2 dias a mais de aviso, mas apenas 3 dias e somente após completado mais um ano (inteiro) de serviço, cumpre advertir que todas as normas, em certo sentido, são incompletas, até por serem, por definição, gerais e abstratas, necessitando, por isso mesmo, do trabalho do

intérprete para serem aplicadas aos casos da vida social⁽¹³⁾.

A propósito, o ordenamento posto oferece o emprego da analogia para suprir eventuais lacunas no ordenamento legal⁽¹⁴⁾, invocando-se, na espécie, o disposto no *caput* do art. 478 da CLT, o qual dispõe que será considerada para contagem anual também fração igual ou superior a seis meses⁽¹⁵⁾, trilha, aliás, seguida no contexto da Súmula n. 291, do TST⁽¹⁶⁾.

Poder-se-ia, também, invocar a regra do 13º salário, devido à razão de 1/12 avos por mês trabalhado no ano-calendário, equivalendo a um mês a fração superior a 14 dias, isto é, igual ou superior a 15 dias. E, ainda, em razão de o fato de o ano contar com 12 meses, número divisível por 3, defender-se-ia que seria devido 1 dia a cada quadrimestre laborado pelo empregado, ou seja, se o pacto for extinto antes de completado número inteiro de anos, observar-se-ia a quantidade de meses igual ou superior a 4 a fim de conceder mais 1 ou 2 dias de aviso-prévio.

Não se pode perder de vista, contudo, que a lei vincula a parcela em questão à quantidade

de anos de serviço, de modo que não é dado ao intérprete, ao menos sob o ângulo da necessária razoabilidade, criar um critério novo de proporcionalidade baseado em meras coincidências numéricas, como é o caso de se adotar o quadrimestre ou a fração de meses como fator de adição de mais um dia ao aviso-prévio em contratos com mais de um ano de duração.

É preciso, então, que se busque para a aferição do tempo de pré-aviso regra consentânea com o lapso anual de contagem, do que são referências analógicas mais expressivas a CLT, art. 478, *caput*, c/c a Súmula n. 291, do Colendo TST, a fim de se considerar apenas o número inteiro de anos de serviço ou a fração igual ou superior a seis meses, sem se admitir outros arredondamentos.

6. Projeção do pré-aviso para definição do número proporcional de dias

Outra casuística que poderá advir do aviso-prévio proporcional é a pretensa inclusão/projeção dele próprio no contrato de trabalho para finalidade de definir a dimensão temporal do direito, isto é, a projeção do pré-aviso para cálculo dele próprio.

Nesse particular, contudo, a projeção preconizada na CLT, art. 487, § 1º, refere-se à integração do próprio período do aviso-prévio trabalhado ou mesmo indenizado no contrato de trabalho segundo o lapso temporal identificável quando da sua concessão, vale dizer, o número de dias do aviso-prévio será definido por ocasião do seu anúncio pelo empregador (ressalvada a hipótese de direito intertemporal já tratada oportunamente) e não mediante a sua projeção sobre o pacto, sob pena de se fazer gerar duas consequências sobre o mesmo fato, em manifesto *bis in idem*.

Registre-se que mesmo quando considerada a projeção do aviso-prévio para atrair a aplicação da lei nova, não terá o respectivo tempo o condão de repercutir sobre si próprio, de maneira que o seu *quantum* será determinado de acordo com o lapso temporal já transcorrido até a data da sua concessão.

(13) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Op. cit.*, p. 80.

(14) Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

(15) Art. 478. A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.

(16) Súmula n. 291 do TST. HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. SUPRESSÃO. INDENIZAÇÃO. (nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101) – Res. n. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011. A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

7. Jornada especial no curso do aviso-prévio

A teor do disposto na CLT, art. 488, *caput*, o horário normal de trabalho do empregado durante o aviso-prévio, se a rescisão houver sido promovida pelo empregador, será reduzido de duas horas diárias, sem prejuízo do salário integral, facultando-se ao trabalhador optar pela não redução da jornada a fim de não laborar por sete dias corridos (parágrafo único).

Na nova hipótese do aviso proporcional, tal prerrogativa operária não sofre nenhuma alteração prejudicial.

A Lei n. 12.506/2011 reporta-se ao regramento do Capítulo VI da CLT, que cuida do aviso-prévio, atraindo, por conseguinte, o normativo consolidado acima referido, com as adequações proporcionais que o tema requer.

Assim, o trabalhador continua tendo à sua disposição a redução da duração diária do seu trabalho em 2 horas por todo o período do pré-aviso, seja ele de 30, 60, 70, ou mesmo de 90 dias.

Caso o empregado prefira ausentar-se do trabalho por alguns dias, como lhe faculta o parágrafo único do art. 478, da CLT, não há dúvida de que terá direito a 7 faltas nos contratos de até 1 ano de duração, ou seja, o aviso-prévio mínimo (30 dias) assegura ao obreiro a prerrogativa de ausentar-se por 7 dias.

Fixa-se, a partir daí, uma regra de três simples (proporção), de modo que cada novo ano de labor (ou fração igual ou superior a seis meses), multiplicado pelo fator 0,7 (sete décimos), corresponderá ao número de dias excedentes de faltas a que fará jus o empregado, arredondando-se o resultado para mais ou para menos de acordo com critério equânime de aproximação. Confira-se algumas hipóteses:

Caso 1: O empregado que laborou por 4 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 2 dias relativos aos 3 anos subsequentes de vigência do contrato ($3 \times 0,7 = 2,1$, arredondando-se para 2).

Caso 2: O empregado que laborou por 9 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 6 dias relativos aos 8 anos subsequentes de vigência do contrato ($8 \times 0,7 = 5,6$, arredondando-se para 6).

Caso 3: O empregado que laborou por 13 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 8 dias relativos aos 12 anos subsequentes de vigência do contrato ($12 \times 0,7 = 8,4$, arredondando-se para 8).

Caso 4: O empregado que laborou por 17 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 11 dias relativos aos 16 anos subsequentes de vigência do contrato ($16 \times 0,7 = 11,2$, arredondando-se para 11).

Caso 5: O empregado que laborou por 19 anos e 7 meses terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 13 dias relativos aos 18 anos e 7 meses subsequentes de vigência do contrato ($19 \times 0,7 = 13,3$, arredondando-se para 13). Note-se que nesta hipótese empírica considerou-se como 1 ano a fração de 7 meses (CLT, art. 478, *caput*).

Caso 6: O empregado que laborou por 21 anos terá direito a faltar ao trabalho por 7 dias referentes ao primeiro ano trabalhado e por outros 14 dias relativos aos 20 anos subsequentes de vigência do contrato ($20 \times 0,7 = 14$).

A redução do horário ou o não comparecimento ao trabalho tem por escopo permitir ao trabalhador que busque efetivamente nova colocação laboral, de sorte que tal finalidade restaria frustrada caso o empregado não dispusesse dessa faculdade. Note-se, aliás, que não é dado ao empregador sequer optar por exigir trabalho do empregado sob o pretexto de pagamento de horas extras, tamanha a importância do tempo livre para buscar novo emprego. Exegese da Súmula n. 230, do Colendo TST.

Quanto ao trabalhador rural, é importante observar que a Lei n. 5.889/1973, por seu art. 15, estabelece que *durante o prazo do aviso-prévio, se a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o empregado rural terá direito a um dia por semana, sem prejuízo do salário integral, para procurar outro trabalho*, daí por que parte da doutrina sustenta a inaplicabilidade da regra do art. 488 da CLT.

Destaca-se, aliás, recente precedente do Colendo TST:

RECURSO DE REVISTA — RITO SUMARÍSSIMO — AVISO-PRÉVIO — TRABALHADOR RURAL. A exigência legal do cumprimento de jornada reduzida no período do aviso-prévio é de ordem pública. Assim, a Lei n. 5.889/73, que regula o trabalho rural, prevê em seu art. 15 a aplicação deste instituto ao rurícola. Com efeito, a decisão recorrida não viola o princípio da legalidade, pois o Tribunal Regional aplicou explicitamente o art. 15 da citada norma ao caso. Recurso não conhecido. (Processo: RR – 97400-92.2009.5.15.0054. Data de Julgamento: 11.10.2011. Rel. Juiz Convocado: Sebastião Geraldo de Oliveira, 8ª Turma, Data de publicação: DEJT 14.10.2011)

Não obstante, como o art. 1º da Lei n. 5.889/1973 estabelece que as relações de trabalho rural, naquilo que com ela não colidirem, serão regidas pelas normas da Consolidação das Leis do Trabalho, os reflexos da nova proporcionalidade do aviso-prévio devem repercutir também em proveito desta classe trabalhadora.

Nessa ordem de raciocínio, a cada nova semana de aviso-prévio proporcional (assim considerado o período de 7 dias), o trabalhador rural poderá faltar mais um dia no curso do pré-aviso.

8. Reflexos pecuniários do aviso-prévio proporcional

Como assentado em linhas volvidas, o aviso-prévio projeta-se na duração do contrato de trabalho, especialmente para fins pecuniários (Súmula n. 371, primeira parte, do TST), de modo que parcelas como os depósitos para

o FGTS + 40%, 13º salário, e férias + 1/3, são calculadas levando em consideração o período efetivamente trabalhado no pré-aviso ou mesmo o respectivo tempo indenizado.

A nova sistemática proporcional do aviso-prévio não altera esta resultante jurídica.

Pelas mesmas razões axiológicas que surgem do art. 478, § 1º, parte final, e da Súmula n. 371, do C. TST, os reflexos do aviso-prévio incidirão sobre as parcelas de direito na exata proporção dos dias devidos a tal título, isto é, projeta-se a quantidade de dias sobre o contrato de trabalho, alargando o lapso temporal sobre o qual serão apuradas as parcelas a título de FGTS + 40% (Súmula n. 305/TST), 13º salário, férias + 1/3, reajustes salariais verificados no curso do aviso (CLT, art. 487, § 6º) e, inclusive, indenização adicional do art. 9º da Lei n. 6.708/1979 (Súmula n. 182/TST), observadas as peculiaridades jurídico-contábeis de cada um destes direitos.

No tocante aos prazos para pagamento das verbas rescisórias, o aviso-prévio proporcional não altera o regime vigente, de modo que na hipótese de seu cumprimento o acerto deverá ocorrer, inclusive quanto à homologação⁽¹⁷⁾, até o primeiro dia útil subsequente, e sendo o pré-aviso indenizado o pagamento deverá ser realizado no prazo máximo de dez dias, sob pena de multa, a teor da CLT, art. 477, § 6º, alíneas “a” e “b”, respectivamente, e § 8º.

Cumpra-se, por fim, que o aviso-prévio “cumprido em casa” equivale à dispensa direta, atraindo o dever patronal de pagar o acerto rescisório em 10 dias a contar do anúncio da despedida, consoante entendimento sedimentado na OJ n. 14 da SDI-1, do Colendo TST.

(17) TRT 18ª REGIÃO (GO). SÚMULA N. 20 / MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DENTRO DO PRAZO LEGAL. ATRASO NA HOMOLOGAÇÃO. INCIDÊNCIA. Na dispensa sem justa causa, o atraso na homologação do acerto rescisório, por culpa do empregador, atrai a incidência da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT, ainda que o pagamento das verbas rescisórias tenha ocorrido dentro do prazo legal. (RA n. 77/2011, DJE – 26.8.2011, 29.8.2011 e 30.8.2011)

9. Conclusão

Enfim, a par de eventual decreto do Executivo ou mesmo projeto de lei com o fito de regulamentar a Lei n. 12.506/2011, como recentemente ventilado pelo Ministro do Trabalho em entrevista a diversos meios de imprensa, penso que a interpretação sistemática e teleológica deste normativo é suficiente para alicerçar a solução das divergências que naturalmente surgirão em torno do aviso-prévio proporcional.

À guisa de conclusão:

O art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, no que prevê o aviso-prévio proporcional, veicula norma de eficácia limitada, somente regulamentada pela Lei n. 12.506, de 11 de outubro de 2011, cuja entrada em vigor ocorreu em 13 de outubro de 2011.

Doravante tem-se o aviso-prévio de trinta (30) dias para os contratos com até um ano de vigência e o acréscimo de outros três (3) dias a cada novo ano do pacto laboral, até o limite total de 90 dias.

A lei nova não retroagirá para alcançar contratos já extintos sob a égide do aviso-prévio de trinta dias, cujas rescisões já estão sob o pálio do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, inciso XXXVI).

A proporção regradada pelo legislador deverá ser observada nos novos contratos e nos contratos em curso, aí incluídos aqueles com aviso-prévio em andamento ou cuja indenização projete-se para além da data da publicação da Lei n. 12.506/2011. Exegese da CLT, arts. 487, § 1º, parte final, e 489.

A nova duração do aviso continuará integrando o tempo de serviço do empregado dispensado, na exata proporção que lhe seja devida. Exegese da CLT, arts. 487, § 1º, parte final, e 489, c/c Lei n. 12.506, art. 1º.

A lei nova beneficia aos “trabalhadores urbanos e rurais” e também aos empregados domésticos. CF, art. 7º, inciso XXI e parágrafo único.

O contexto protetivo erigido no *caput* do art. 7º da CF vincula ao legislador infraconstitucional seja na criação de novos direitos, seja na modulação dos já arrolados na Constituição.

A finalidade da fixação do aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço é acrescer melhoria à condição social dos trabalhadores. A nova lei, assim como a redação do *caput* do art. 487 da CLT, deve, pois, ser interpretada com vistas à cláusula de não retrocesso prevista no *caput* do art. 7º da Constituição Federal.

O aviso-prévio, na versão proporcional recém-regulamentada, é direito do empregado, cumprindo-lhe, na hipótese de dar causa injustificada à ruptura do contrato, prestar ao empregador aviso-prévio de apenas 30 dias, independentemente do tempo de serviço.

Não é razoável desprezar todo e qualquer tipo de fração para fins de apuração do prazo do aviso proporcional. É preciso, no entanto, que se busque para a aferição do tempo de aviso regra consentânea com o lapso anual de contagem eleito pelo legislador, do que são as referências analógicas mais expressivas a CLT, art. 478 e a Súmula n. 291, do TST, a fim de se considerar o número inteiro de anos ou fração igual ou superior a seis meses.

O número de dias do aviso-prévio será definido quando da sua concessão e não mediante a sua projeção sobre o pacto, sob pena de se fazer gerar duas consequências sobre o mesmo fato, em manifesto *bis in idem*.

O trabalhador continua tendo à sua disposição a redução da duração diária do seu trabalho em 2 horas por todo o período do pré-aviso e, caso prefira ausentar-se do trabalho por alguns dias inteiros, terá direito a 7 dias nos contratos de até 1 ano e a um número de dias proporcional ao tempo superior a primeiro ano de contrato.

A cada nova semana de aviso-prévio proporcional (assim considerado o período de 7 dias), o trabalhador rural poderá faltar mais um

dia no curso do pré-aviso a fim de procurar outro emprego, ante a interpretação sistemática do art. 15 da Lei n. 5.889/1973.

Não é dado ao empregador optar por exigir trabalho do empregado sob o pretexto de pagamento de horas extras, como sumulado pelo TST (Verbete n. 230).

Pelas mesmas razões axiológicas que surgem do art. 478, § 1º, parte final, e da Súmula n. 371, do C. TST, os reflexos do aviso-prévio proporcional incidirão sobre as parcelas de direito na exata dimensão dos dias devidos a tal título.

No tocante aos prazos para pagamento das verbas rescisórias, o aviso-prévio proporcional não altera o regime vigente.

10. Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO, Raymundo Antonio Carneiro. *Súmulas do TST comentadas*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2011.

Independência judicial versus poder disciplinar

Adriano Mesquita Dantas^(*) e Guilherme Guimarães Feliciano^(**)

A independência do Poder Judiciário e, por consequência, da Magistratura Nacional, é inequivocamente um dos pilares do Estado Democrático de Direito (arts. 2º, 5º, LIV, e 95, I a III, da CRFB). Ao exercer a jurisdição, o Magistrado deve estar seguro e isento de qualquer interferência externa. Não devem sofrer pressões, tampouco retaliação ou sanção “*si et quantum*” decidem e atuam com base no respectivo entendimento jurídico, *ainda que não seja o majoritário*. Não podem, jamais, sofrer influências impertinentes no processo de formação do convencimento.

O exercício da judicatura pressupõe independência, liberdade e tranquilidade para a análise justa e isenta dos casos que lhes são submetidos, em todas as suas peculiaridades e com todas as suas idiossincrasias.

Nessa linha, o ordenamento jurídico garante aos Juízes a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (art. 95 da CRFB), bem como assegura a ampla liberdade aos Magistrados na condução dos processos (art. 765 da CLT e arts. 130 e 652 do CPC), só tolerando a punição destes nos casos da LOMAN. Por outro lado, o ordenamento jurídico garante o direito de a sociedade saber os motivos e

fundamentos dos atos processuais praticados (art. 93 da CRFB).

Nesse contexto, fundamental a valorização, o respeito e a afirmação do Poder Judiciário como típico Poder do Estado, independente e autônomo, livre de qualquer interferência que possa eventualmente comprometer ou interferir no mérito das decisões judiciais.

Não obstante, verificamos, com certa frequência, a instauração e processamento de Procedimento Administrativo Disciplinar — PAD contra Magistrados onde se discute e se questiona, pura e simplesmente, o mérito de decisões judiciais. Isso se dá tanto nas Corregedorias, quanto nos Tribunais, Conselhos Superiores e Conselho Nacional de Justiça, tanto por representação quanto de ofício.

Tais representações decorrem, ordinariamente, da insatisfação com a diligência do Magistrado no exercício de suas funções jurisdicionais, o qual, utilizando-se de meios previstos pela legislação para dar efetividade ao provimento judicial, contraria os interesses daqueles dados ao costume da recalcitrância indevida e aos artifícios processuais procrastinatórios e ardis.

É, pois, inadmissível e inaceitável que decisão judicial devidamente fundamentada e baseada

(*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região/PB. Professor Universitário e Presidente da Amatra 13 — Associação dos Magistrados do Trabalho da 13ª Região. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-Graduado em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UnP). Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA).

(**) Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Presidente da Amatra 15 — Associação dos Magistrados do Trabalho da 15ª Região. Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito do Trabalho e de Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor-Assistente Doutor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté (UNITAU).

no livre convencimento motivado do Magistrado seja alvo de representação disciplinar, apenas por divergir do entendimento da parte ou por contrariar seus interesses.

Nesse encaixo, resulta indiscutível ser *aten-tatório* à independência dos Magistrados a instauração de qualquer modalidade de procedimento administrativo — em especial os de natureza disciplinar (PAD) e as sindicâncias que os precedem — ou mesmo a atuação das Corregedorias naqueles casos ou situações em que a atuação do Magistrado se pauta em entendimento jurídico devidamente exposto e fundamentado.

Com efeito, a garantia da segurança jurídica, nos Estados Democráticos de Direito, é dada pela *fundamentação* da decisão judicial (art. 93, IX, da CRFB); não pelo engessamento da atividade judicante segundo parâmetros de constitucionalidade, legalidade e justiça ditados por órgãos judiciários de cúpula (à exceção dos casos constitucionalmente previstos: a jurisdição constitucional de tipo concentrado — que surte efeitos vinculantes *erga omnes* — e, após o advento da EC n. 45/2004, as súmulas vinculantes do Excelso Pretório).

Não há, então, como relativizar a garantia de independência de entendimento dos Magistrados, ainda que desagrade a parte e seja contrária ao entendimento majoritário da doutrina, jurisprudência ou, ainda, dos órgãos imbuídos do poder disciplinar.

Para rever e questionar decisões judiciais fundamentadas há meios e recursos processuais próprios, não sendo aceitável o uso transversal da via disciplinar. Também não é aceitável o uso da via correicional ou disciplinar com o propósito de atingir a honra, a dignidade e o decoro do Magistrado simplesmente por discordar do mérito de seus atos judiciais.

Como sabemos, a função tipicamente correicional é inerente às matérias eminentemente *administrativas*, sem interferência na convicção jurídica dos magistrados (eis que, nos termos

do art. 40 da LOMAN, “[a] atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado”).

Urge, pois, que a instauração de PAD ou mesmo de sindicância seja precedida de um rigoroso exame de admissibilidade, processando-se apenas aqueles casos em que se denote desvio de conduta ou efetiva falta funcional cometida por dolo ou fraude, rechaçando-se, de plano e liminarmente, questionamentos contra o mérito de decisões judiciais devidamente fundamentadas.

Urge, ainda, a aplicação de sanções àqueles que abusam do direito de denúncia⁽¹⁾, trazendo sérios prejuízos à democracia e à atividade jurisdicional, na medida em que angustia e abala emocionalmente o Magistrado, desvia o foco de sua atuação e instaura um escabroso quadro de insegurança jurídica e vulneração das prerrogativas constitucionais da Magistratura.

Acusar de maneira leviana o Magistrado que, dentro da legalidade e do razoável, age de maneira independente, diligente e destemida, sempre em busca da efetividade do provimento jurisdicional, é uma clara e evidente tentativa de inibir sua conduta, caracterizando, na verdade, típico abuso do direito de denúncia, que não deve ser tolerado, mas sancionado severamente.

Lamentavelmente, corregedores, partes e advogados vêm usando esse expediente como forma de pressionar o Magistrado a seguir esse ou aquele entendimento jurídico ou, pior, a se averbar suspeito. Outros, de forma até leviana, pretendem atingir a honra e a boa reputação do Magistrado.

Entretanto, o Magistrado que não se coloca em rota de colisão literal e propositada com a

(1) “Abusa do direito de reclamar e de denunciar no âmbito administrativo-disciplinar a pessoa que não apresenta com a petição inicial os elementos necessários à apuração e, ao longo do procedimento, demonstra completo desinteresse em comprovar os fatos alegados.” (CNJ — REVDIS 42 — Rel. Cons. Rui Stoco — 49ª Sessão — j. 9.10.2007 — DJU 25.10.2007.)

Constituição da República ou com as leis do país (art. 2º do Código de Ética da Magistratura Nacional) não pode ver suas decisões objeto de revisão correicional ou reprimenta disciplinar; dizer o contrário não é nada menos que tisonar a *independência judicial* (insculpida nos arts. 35, I, e 40 da LOMAN, e justamente um dos *valores democráticos* a que se reporta aquele preceito do Código de Ética).

Portanto, não cabe às Corregedorias perseguir “*infração de hermenêutica*”, sob pena de atentarem contra os próprios fundamentos da República (arts. 1º, III e V, 2º e 3º, I, da CRFB) e do Poder Judiciário nacional (art. 93, *caput*, da CRFB, c.c. art. 40, *in fine*, da LOMAN). E isso vem infelizmente ocorrendo, em vários tribunais regionais, mercê do teor das normas ora impugnadas.

Os magistrados devem gozar de plena *liberdade de convicção* e *autonomia pessoal* no exercício do mister jurisdicional. Sua liberdade de convicção não pode ser arrostada sequer pela instância superior (tanto que lhe é dado, sempre, *ressalvar* o próprio entendimento, no 1º grau ou nos órgãos colegiados). E, por conseguinte, *não pode ser punido administrativamente pelas teses jurídicas que perfilhar ou externar*, ainda que incomuns ou minoritárias. Não fosse assim, teríamos “*não juízes*”: servidores autômatos que, em 1º grau de jurisdição, limitar-se-iam necessariamente a repetir as teses do 2º grau e a reproduzir as emendas das súmulas dos tribunais superiores. Essa certamente não seria uma Magistratura democrática.

Tampouco é constitucional ou jurígeno impor aos magistrados de 1º e 2º graus, com força administrativa, soluções jurídicas engendradas nas instâncias superiores, ainda quando ali sejam pacíficas (exceto, por evidente, nas hipóteses constitucionalmente autorizadas: decisões em ações de controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes do C. STF). Entre as várias instâncias processuais, por imanência ao “*procedural due process of law*”, há tão só um *dever de respeito* às decisões

judiciais concretas de grau superior, no plano jurídico-decisório (não, porém, no plano jurídico-argumentativo); e, ainda assim, *nos limites do processo* (ou toda súmula de jurisprudência seria necessariamente vinculativa).

Nada mais que isso!

O magistrado de 1º grau *pode* discordar das subsunções e razões de fato e de direito do 2º grau ou até mesmo das instâncias superiores; pode, por isso mesmo, ressaltar seus entendimentos e decidir segundo a sua própria interpretação do sistema jurídico, mesmo quando o faça em desacordo com decisões de tribunais superiores; e não poderá ser punido por isso, nem ver sua decisão revista em sede correicional, porque não são os corregedores seus juízes naturais de revisão. O mesmo vale para os desembargadores, em relação aos corregedores nacionais. Magistrados *a quo* apenas não podem *rever intraprocessualmente* o que foi decidido nas instâncias superiores, ante as regras de competência hierárquica. Quanto ao mais, porém, *não há hierarquias*. Leia-se, por todos, nas palavras felizes do Desembargador Nery de Oliveira:

A tal modo, se resulta lógico que a administração centralizada nos Tribunais pressupõe uma obediência aos comandos de gestão e administração por tais Cortes enunciadas, logicamente *tais atos administrativos não ensejam qualquer perda dos atributos de independência do juiz, notadamente na sua atividade-fim, mas também indiretamente qualquer ingerência que possa pretender vir a perturbar aquela, ainda que emanada de órgãos internos do Judiciário*. Para que assim fosse, o art. 95 haveria de comportar exceções, e tais não existem para permitir que juízes de Cortes superiores sejam maiores que outros.

Na verdade, *todos os juízes são iguais*, mesmo aquele magistrado da comarca mais humilde e longínqua do País em relação ao ministro do Supremo Tribunal Federal — o que os

distingue, basicamente, são as competências jurisdicionais distintas, que confere a uns e outros, em dados momentos, maior *status* social (e não pouco é lembrar que muitas vezes o juiz da comarca do interior, quase esquecida por todos, é muito mais prestigiado na sua localidade que qualquer ministro do STF, pois são as suas decisões que influem diretamente no cotidiano daquela comunidade).

Ainda que possa parecer absurdo, a inexistência de qualquer hierarquia entre os Juízes vem capitulada no art. 6º da Lei n. 8.906/94, exatamente o Estatuto da Advocacia, quando assevera que “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”, havendo que se ponderar que *tal dispositivo não se dirige apenas à inexistência de subordinação e hierarquia dos advogados em relação a juízes e membros do Ministério Público, mas também entre estes, sob pena também da regra primeira acabar desvirtuada*.⁽²⁾

Ainda, no abalizado escólio de Gomes da Cruz⁽³⁾:

Temos feito várias referências à independência do magistrado, salientando que as garantias constitucionais se voltam para preservar tão fundamental atributo da magistratura. Logo, todo juiz deve agir com independência, até em relação à instância superior, sabido que esta só possui, em relação ao órgão de grau inferior, competência de derrogação. Claro, não se exclui o poder disciplinar, mas não interferindo diretamente na atuação do juiz em matéria processual.

(2) OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Hierarquia e subordinação judiciárias. Inconstitucionalidade. In: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=246>> Acesso em: 14 jun. 2011 — (grifo nosso)

(3) CRUZ, José Raimundo Gomes da. *Lei orgânica da magistratura nacional interpretada*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 44. (grifo nosso)

Mais além, em plagas europeias — e há décadas —, Gomes Canotilho⁽⁴⁾ identificou, no *princípio constitucional da independência dos órgãos judiciais* (consagrado na Constituição portuguesa de 1976 e inerente a todos os Estados Democráticos de Direito), três corolários: o da *independência pessoal* (donde a impraticabilidade das nomeações interinas e das transferências, suspensões, aposentações e demissões à margem da lei ou *em razão das decisões emanadas*), o da *independência coletiva* (autonomia da judicatura — inclusive orçamentária — em relação aos demais poderes da República) e o da *independência funcional*. Quanto a essa última, assevera que:

A independência funcional é uma das dimensões tradicionalmente apontadas como constituindo o núcleo duro do princípio da independência. Significa ela que o juiz está apenas submetido à lei — ou melhor, às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas — no exercício da sua função jurisdicional.

Consequentemente, o juiz de 1º grau não está obrigado a acatar teses ou entendimentos de instância superiores, se pessoalmente não os crê conformes às fontes de direito jurídico-constitucionalmente reconhecidas (a não ser, no caso brasileiro, em hipóteses cobertas por *súmulas vinculantes* exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, mercê da norma ínsita ao art. 103-A da CRFB). Está, sim, obrigado a acatar o *resultado* dos arestos que lhe reformam as decisões, *nos limites de seus comandos dispositivos concretos* (neste caso, “pronunciar-se sobre a contradição apontada na sentença”). Não mais do que isso. Não se obriga, p. ex., a *reproduzir*, em nova sentença, os conceitos, as teses e as convicções perfilhadas pelo relator na fundamentação do voto.

No mesmo sentido, mais recentemente, tem se pronunciado iterativamente o E. Conselho

(4) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 617-618. (grifo nosso)

Nacional de Justiça, *excluindo* a possibilidade de se recorrer à instância administrativa disciplinar e/ou revisional para “corrigir” ou “punir” *erros in judicando*. Veja-se:

Recurso Administrativo em Revisão Disciplinar. Insurgência contra decisão monocrática que indeferiu pedido de apuração da responsabilidade dos magistrados que atuam em processos judiciais de interesse da requerente e contra o indeferimento de afastamento destes e do desembargador que é parte nos processos na defesa da guarda de seu neto. Recurso não provido. *A Revisão Disciplinar não se presta à indagação de quaestionis juris, nem ao ataque do error in judicando do magistrado*. A pretensão de incursão em atos judiciais proferidos em juízo constitui matéria que se posta fora do âmbito de competência do CNJ. *Essa atuação no plano judicial só se revê através dos meios postos na legislação processual, pela via do recurso judicial cabível, sendo inadequada e incabível a Revisão Disciplinar para essa finalidade*. (CNJ, REVDIS n. 200810000005120 e REP n. 200810000005118, Rel. Cons. Rui Stoco, 65ª Sessão, j. 24.6.2008, in DJU 5.8.2008) (grifo nosso)

Recurso Administrativo em Reclamação Disciplinar. Arquivamento. Atos judiciais passíveis de recurso. Inexistência de infração funcional. 1. *O CNJ não é instância de revisão de decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário no exercício da típica atividade jurisdicional*. 2. Os fatos trazidos aos autos pelo reclamante não apresentam cometimento de infração funcional. Recurso a que se nega provimento. (CNJ – RD 391 – Rel. Cons. José Adonis Callou de Araújo Sá, 69ª Sessão, j. 9.9.2008, in DJU 26.9.2008.) (grifo nosso)

Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. *Princípio do livre convencimento motivado*. *Error in judicando*. O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício (LOMAN, art. 35, I). *É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com*

liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, *o ato em questão foi praticado no regular exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria*. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente. (CNJ, RD n. 200830000000760, rel. Cons. Altino Pedrozo dos Santos, 80ª Sessão, j. 17.3.2009, in DJU 6.4.2009.) (grifo nosso)

Aliás, a própria LOMAN, em seu art. 41, prevê que o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir, salvo no caso de impropriedade ou excesso de linguagem. *In verbis*:

Art. 41. Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, *o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir*. (grifo nosso)

E na mesma alínea, como já dito, a LC n. 35/1979 dispõe, no seu art. 40, que a atividade censória dos tribunais *não pode cercear a independência ou malferir a dignidade* do magistrado. *In verbis*:

Art. 40. A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o *resguardo devido à dignidade e à independência do magistrado*. (grifo nosso)

Extraí-se desse quadro legal, por interpretação lógico-sistemática e teleológica, que a atividade censória não pode interferir com a prudente condução do ofício jurisdicional e dos serviços judiciais pela autoridade judiciária investida das funções correspondentes. Em outras palavras, *não podem os tribunais ou seus corregedores, à margem da lei, obrigarem magistrados a renunciarem publicamente aos seus próprios entendimentos*.

Ainda nessa ordem de ideias, em recente decisão do E. Conselho Nacional de Justiça (Processo n. 0002474-56.2009.2.00.0000), o Ministro Cezar Peluso reiterou as balizas da atuação disciplinar, sendo enfático ao defender que o juiz só deve ser responsabilizado por dolo ou fraude (art. 133, I, do CPC), entendimento que já foi manifestado em outros casos; e, se é assim, evidentemente a atividade correicional dos tribunais — o que inclui a produção regulamentar da E. Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho — não pode instar o magistrado a decidir *contra* o seu entendimento (art. 131 do CPC), se este é minimamente razoável nos horizontes hermenêuticos do ordenamento em vigor. *In verbis*:

Magistrado. Descumprimento de dever funcional. Art. 35, I, da LOMAN. Inexistência. Regular exercício da atividade jurisdicional. Princípio do livre convencimento motivado. Error in iudicando⁽⁵⁾. “O Juiz tem o dever legal de observar as suas obrigações, no que se inclui ‘cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício’ (LOMAN, art. 35, I). *É-lhe assegurado, todavia, o exercício da função com liberdade de convencimento (CPC, art. 131) e independência, de modo a garantir, em última análise, a autonomia e independência do próprio Poder Judiciário* (CF, art. 95). Constatado, no caso concreto, que, conquanto se possa considerar equivocada a decisão que condenou terceiro não integrante da relação processual, o ato em questão foi praticado no regular

exercício da função e de acordo com a convicção do magistrado sobre a matéria. Não há falar, portanto, em descumprimento de dever funcional e de responsabilização do magistrado. Revisão Disciplinar de que se conhece e que se julga improcedente. (CNJ – RD 200830000000760 – Rel. Cons. Altino Pedrozo dos Santos – 80ª Sessão – j. 17.3.2009 – DJU 6.4.2009.) (grifo nosso)

Fica claro, nesse contexto, que a existência de um Estado Democrático de Direito pressupõe um Poder Judiciário realmente autônomo, independente e valorizado em todos os sentidos, o que inclui, por óbvio, Magistrados independentes, isentos, vitalícios, capacitados, eticamente comprometidos, bem remunerados e inamovíveis.

Em razão do princípio da independência judicial e do livre convencimento motivado, concluímos que é inadmissível e inconstitucional a instauração de qualquer procedimento disciplinar contra ato judicial devidamente fundamentado.

Ao mais, a instauração de qualquer procedimento de natureza disciplinar, ainda que preparatório, deve ser precedida de um rigoroso exame de admissibilidade, processando-se apenas aqueles casos em que se denote desvio de conduta ou efetiva falta funcional cometida por dolo ou fraude, rechaçando-se, de plano e liminarmente, questionamentos contra o mérito de decisões judiciais devidamente fundamentadas, sob pena de se amesquinhar a grandeza da atividade jurisdicional.

(5) Para uma ampla referência, cf., por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. O novíssimo processo civil e o processo do trabalho: uma outra visão. In: *Revista LTr – Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, v. 71, p. 01-19, 2007. Estão ali referenciados (com estes entendimentos ou semelhantes, sempre tendentes à adoção de um paradigma pós-liberal de processo e/ou à aplicação das inovações das Leis ns. 11.187/2005, 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, entre outras, ao processo do trabalho), entre vários, autores da envergadura de Luiz Guilherme Marinoni, Ovídio A. Baptista da Silva, José Augusto Rodrigues Pinto, Alice Monteiro de Marros, Claudio Armando Couce de Menezes, Luciano Athayde Chaves, Jorge Luiz Souto Maior, etc.

A ressignificação da dependência econômica

Murilo C. S. Oliveira^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo apresenta o critério da dependência econômica como nota distintiva da relação de emprego, a partir de uma racionalidade transdisciplinar sobre o trabalho assalariado. Inicia pela demonstração dos problemas provocados pelo critério da subordinação jurídica diante das relações contemporâneas de trabalho. Baseando-se na economia política clássica, são delineados os traços do trabalho assalariado no capitalismo. A par da contribuição interdisciplinar, apresenta-se a (re)significação da dependência econômica. Na defesa deste critério, são refutadas as conhecidas críticas à ideia, de modo a considerar que a antiga noção de dependência econômica é superficial (epidérmica). No aprofundamento deste conceito, a concepção jurídica de trabalho dependente é refeita, notadamente a partir da ideia de ausência propriedade.

Palavras-Chave:

- ▶ Dependência econômica — Trabalho assalariado — Subordinação jurídica — Relação de emprego.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Rompendo com a subordinação distintiva
- ▶ 3. Entendendo o trabalho assalariado
- ▶ 4. O retorno dependência econômica
- ▶ 5. Ultrapassando a clássica dependência econômica
- ▶ 6. Refazendo a delimitação jurídica do trabalho dependente
- ▶ 7. Conclusões
- ▶ 8. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho na Bahia, Especialista e Mestre em Direito pela UFBA, Doutor em Direito pela UFPR, Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho – IBDT. E-mail: <murilosampaio@yahoo.com.br>.

1. Introdução

Na contemporaneidade, o principal debate do Direito (individual) do Trabalho concentra-se na (re)avaliação da eficácia e dimensão do critério de subordinação jurídica como nota distintiva desta disciplina. Diante de novas situações de trabalho e, igualmente, de velhas situações com novos epítetos, persistem dúvidas sobre a adequação do conceito clássico de subordinação jurídica no trato destas questões. A atipicidade do trabalho coloca-se, intermediariamente, entre a autonomia e a subordinação, trazendo intensas dificuldades de operação para o conceito clássico de subordinação jurídica.

O atípico pode, igualmente, ser entendido como a heterogeneidade contemporânea do trabalho. Esta heterogeneidade comporta uma complexidade de formas de trabalho, que englobam desde o emprego não registrado, o trabalho precário (contratações à margem da CLT, a exemplo daquelas por meio de pessoa jurídica — “PJs”), trabalho informal (pequenos autônomos e grupos familiares vinculados ao sistema simples de produção) até as parcerias, entre outras situações. Nesta heterogeneidade de formas de trabalho, identificam-se trabalhadores que prestam pessoalmente serviços submetidos não à subordinação clássica do Direito do Trabalho, mas sim em uma condição de dependência.

Fora da noção clássica de “subordinação jurídica”, estes trabalhadores dependentes integrantes desta atipicidade são excluídos da tutela legal da relação de emprego. Entretanto, a realidade destes dependentes desprotegidos repete o problema da excessiva exploração do trabalhador que culminou no surgimento do Direito do Trabalho, embora o faça mediante formas distintas da relação de trabalho subordinado clássica. Não obstante, tem-se indubitavelmente repetida a condição originária trabalhista: uma parte hipossuficiente que carece de proteção legal ante ao poder econômico do seu tomador de serviços. A desigualdade das partes nestas novas relações de

trabalho persiste, ensejando a necessidade de um tratamento diferenciado e protetivo.

No âmbito normativo, a Constituição Federal de 1988, que irradia seus princípios e valores no sistema normativo, elenca como seu fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Para além da constitucionalização da tutela do trabalhador (art. 7º), o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a proteção ao trabalho como um dos seus valores fundamentais e objetivos do Estado Brasileiro. Neste contexto valorativo constitucional, o sistema normativo trabalhista tem objetivo proteger os trabalhadores (expressão literal do art. 7º), cabendo a reinterpretação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a fim de cumprir o programa constitucional, na direção da noção ampla de empregado, notadamente pelo viés da aceção de trabalho dependente.

Nesta contextualidade, a dependência econômica apresenta-se como um critério distintivo da relação de emprego capaz de comportar as diversas manifestações atuais de trabalho assalariado, inclusive hábil a desvendar criticamente a atipicidade de certas formas de trabalhar e elucidar algumas ocultações do assalariamento disfarçado. Em outras palavras, a questão cinge-se a tentar rearticular a sinonímia entre empregado e assalariado, a qual, atualmente, não se realiza adequadamente pelo critério da subordinação jurídica. Defende-se que a tradução jurídica da noção de assalariado corresponde à ideia de dependência econômica.

Com efeito, este artigo apresenta uma síntese da tese de doutoramento⁽¹⁾ que resgata o critério da dependência econômica numa perspectiva mais aprofundada da ideia de trabalho assalariado. Vale lembrar que a dependência econômica é uma ideia antiga, cuja aplicação foi recusada apenas por “razões doutrinárias”, até

(1) Tese de doutorado defendida pelo autor em 29.7.2011 na Universidade Federal do Paraná, sob orientação da Professora Dra. Aldacy Racid Coutinho, intitulada: “A (re)significação do critério da dependência econômica: Uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista”.

porque o texto legal (“sob dependência”) mais se aproxima semanticamente da dependência econômica do que da subordinação jurídica. No entanto, a noção antiga de dependência econômica, considerada aqui “epidérmica”, não atende, da mesma forma, as expectativas contemporâneas.

2. Rompendo com a subordinação distintiva

No bojo do pós-fordismo e da crise do Direito do Trabalho⁽²⁾, novos e velhos problemas são colocados para a subordinação jurídica. Percebe-se que a marca da sujeição hierárquica do trabalhador foi atenuada ou diluída pelas dinâmicas de gestão do trabalho mais flexíveis, tornando mais difícil — pelo olhar tradicional — visualizar o mesmo assalariado, por força dos seus novos epítetos, como o (antigo) empregado. O novo do modismo contemporâneo disfarça, ilude e simula o velho padrão capitalista de trabalho assalariado, valendo-se de categorias e contratos de parceria, colaboração, autonomia, entre outros.

Os problemas do conceito de subordinação já iniciam pela sua própria definição. No debate histórico-doutrinário do juslaboralismo, a noção de subordinação jurídica pode ser dividida em dois sentidos bem demarcados. No sentido subjetivo, consiste em ordens e disciplina, fundada na ideia de poder, sendo esta a concepção hegemônica. No sentido objetivo, relaciona-se com inserção em produção alheia, por ausência de domínio dos fatores de produção, fundando-se na ideia de organização (ou propriedade), sendo esta posição minoritária.

Cotejando a concepção hegemônica, infere-se que a escolha pela subordinação hierárquica corresponde a uma grande mudança de foco, no sentido de, desprezando as características pessoais dos sujeitos da relação, apenas considerar a forma de execução da relação. É o objeto

contratual que fixaria a relação de emprego e não seus sujeitos. Isto é, era a subordinação jurídica o objeto contratualmente negociado entre trabalhador e empregador e não mais a venda da força de trabalho. Se antes o Direito do Trabalho destinava-se aos hipossuficientes marcados pelo seu estado de assalariados, agora, somente interessam os assalariados que laboram sobre forte subordinação hierárquica e pessoal.

Esta ideia de subordinação seria melhor retratada com o verbete “sujeição”, entendida como sujeito dependente do poder de outro. Mas o signo sujeição tem significante muito relacionado à sujeição do escravo, o que justifica sua não utilização pelo peso histórico que rememora, ou seja, “[...] poderia sugerir submissão do trabalhador, a recordar o estado de servidão a que se viu submetido o escravo em certas etapas da história humana” (ROMITA, 1979, p. 72). Tratava-se de uma mudança de filosofia idealista. Retira-se simbolicamente o nome de sujeição pessoal, mas esta alteração de nomenclatura nada modifica a realidade de sujeição pessoal. Isto porque não era conveniente ao juvenil capitalismo (ou a doutrina juslaboral) resgatar traços do trabalho forçado, mesmo que estes fossem os mais aproximados ao da nova realidade.

No atualidade pós-fordista, as formas atípicas de trabalho — novas formas — são o sintoma maior da crise da subordinação. Um dos traços marcantes deste pós-fordismo que mais contribuiu para a formação destas situações atípicas é precisamente a tônica de colaboração e autonomia. Com as potencialidades de gestão e a possibilidade de controle na dispersão, a reengenharia produtiva não se vale mais do clássico padrão de trabalho apoiado nas relações de hierarquia-disciplina. No pós-fordismo, é possível visualizar outro cenário para o modo de trabalhar: não se exige a presença do trabalhador na sede da empresa; os serviços são determinados e até executados eletronicamente; a jornada dispensa a fiscalização, inclusive porque se prefere a remuneração por produtividade, a qual, pelo seu baixo valor, exige o

(2) Tais debates foram enfrentados e aprofundados na dissertação de mestrado, no Capítulo intitulado Crise do Direito do Trabalho (OLIVEIRA, 2009).

máximo de trabalho, já impondo jornadas maiores, inclusive sem pagamento de horas extraordinárias; dispensa-se o poder punitivo ao repassar, por meio do expediente formal da falsa parceria, a posse (embora se diga que houve venda) da mercadoria a ser comercializada, fazendo com que a maior punição — não receber pelo trabalho prestado — ocorra quando a atividade não for realizada devidamente.

Estas novas estratégias de gestão da mão de obra sinalizam para a aparência de autonomia e independência. Presos a uma versão estreita e limitada do conceito de empregado como aquela jungida à subordinação pessoal e hierárquica, o dogmatismo não mais identifica o estado de dependência aonde ele sempre esteve. Com isso, operou-se a redução dogmática do campo de aplicação do Direito do Trabalho pela cegueira dogmático-jurisprudencial.

Por outro lado, os problemas do critério da subordinação vinculam-se a uma tentativa de redução de custos mediante estratégias gerenciais. Ao apenas visualizar o empregado como aquele que vive de ordens e teme punição, a doutrina juslaboral quase que, subliminarmente, estimulou a gestão de pessoal a, retirando este traço fundamental de ordens, eliminar também a proteção trabalhista. Isto é, a limitação jurídica do conceito de empregado propiciou o sucesso econômico da nova técnica de gestão de pessoal. A consequência prática é que a restrição do conceito de subordinação à tão somente subordinação pessoal e hierárquica produziu a exclusão da proteção aos assalariados que não são rigidamente hierarquizados.

Por isso, é preciso notar que a fuga da subordinação representa o ideal de lucro sem responsabilidade, confirmando a lógica capitalista de extração de mais riqueza mediante a redução dos custos. Logo, não pairam dúvidas de que o motivo principal do esvaziamento ou da própria crise da subordinação jurídica é justamente o interesse de evasão à proteção trabalhista, precisamente ao custo desta tutela legal. Não somente o discurso modista de formas

novas de trabalho e de um novo perfil do trabalhador legitima a opção por uma contratação de força de trabalho “por fora” do marco regulatório do emprego. É antes uma decisão econômica — redução de custos como necessidade da intensa concorrência, inclusive com práticas sistêmicas de *dumping social* — que conduzem a criar novas modalidades de contratação, inclusive sob a lógica de colaboração e autonomia.

A insuficiência da subordinação jurídica se demonstra, porquanto seu sentido prevalente e hegemônico (subordinação subjetiva) é a noção de subordinação pessoal ou hierárquica. Seu conteúdo corresponde essencialmente ao dueto ordem-punição, elementos externos pautados numa relação rigidamente hierárquica do empregador (superior) com o empregado (inferior). Ocorre que as dinâmicas contemporâneas de trabalho firmam-se, cada vez mais, numa relação aparente de colaboração, ruindo com a antiga rígida hierarquia. A contemporaneidade enfraquece o enunciador (ordens e fiscalização) para uma afirmação subliminar do enunciado (trabalho).

Antes mesmo das formas novas e das dinâmicas de autonomia, a concepção clássica da subordinação jurídica era, numa perspectiva crítica, incapaz de justificar situações distintas do tradicional trabalho operário-fábril. A subordinação clássica sempre teve dificuldades de abranger o trabalho intelectual ou especializado tecnicamente, tendo que, para estes tipos de trabalhadores, ser reformulada para uma subordinação “externa” e “tênue”⁽³⁾. Nestas situações, é preciso considerar a subordinação por “indícios externos”, tal como respeito a horário de trabalho e necessidade de comparecimento na

(3) Nesta situação, a noção de subordinação teria que ser um pouco mais sutil, uma vez que “[...] o grau de dependência dos trabalhadores de profissão liberal, por causa da natureza especial da prestação, é muito tênue e não apresenta alguns de seus elementos característicos, como seja a sujeição ao empregador no que tange à iniciativa ou método de trabalho” (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 93).

empresa (BARASSI, 1953, p. 411). No mesmo sentido, a noção clássica de subordinação não explica satisfatoriamente o trabalho a domicílio, inclusive porque, nestes casos, sequer pode valer-se da ideia de subordinação externa, pois não controla nem o tempo e nem o local da prestação dos serviços.

Ademais, a ideia de controle se manifesta igualmente em outras situações distintas daquela de trabalho dependente. Ou seja, afirma-se, cada vez mais, que o controle se realiza sem a clássica subordinação. Existe controle nos contratos de obra/resultado e estes, ainda assim, podem ser desenvolvidos sob o prisma da autonomia ou da dependência. Há controle nas terceirizações, conforme se constata numa leitura atenta destes contratos de apoio empresarial, notadamente quando as empresas prestadoras de serviços e seus empregados observam atentamente o padrão de trabalho e a cultura organizacional da tomadora. Nos contratos de franquia, ocorre a observância de um padrão minucioso de trabalho, caracterizando manifesta subordinação técnica e organizativa do franqueado para com seu franqueador. Logo, a sujeição à forte subordinação não se restringe ao trabalho dependente, o que demonstra que a subordinação não é algo exclusivo da relação de emprego.

Nestes termos, se a condição originária do Direito Laboral foi a proteção aos trabalhadores economicamente fracos e se a atual crise limita esta proteção ao contingente diminuto de pessoas, a perspectiva futura do Direito do Trabalho — caso queira permanecer com sua ontologia — é ampliar sua proteção para os demais hipossuficientes. Para tanto, é imprescindível superar a concepção de subordinação como sujeição hierárquica. Noutro sentido, as concepções renovadas de subordinação objetiva⁽⁴⁾ têm seus méritos, especialmente seu

esforço de corrigir uma redução conceitual indevidamente realizada pela doutrina ao contentar-se com uma forte hierarquia. Todavia, continuam considerando uma consequência do fenômeno — a direção ampla subjacente à integração — como o próprio fenômeno do trabalho dependente.

A teoria da subordinação jurídica nunca rompeu a superficialidade da questão do estado de assalariado, justamente por creditar correção teórica a uma concepção insustentável epistemologicamente. A essência do assalariamento, como modelo capitalista de organização das relações de trabalho, não reside nos conceitos jurídicos, os quais somente visualizaram sua epiderme quando se vincularam à ideia de ordens (hierarquia) ou integração (acoplamento). É o mito da completude da ciência jurídica que legitima e impulsiona uma explicação apenas “jurídica” para a realidade social, ainda no afã irrefletido de uma “teoria pura”, no caso para o Direito do Trabalho.

Diante da principal consequência do assalariamento — “receber ordens” — e ansiosa por rejeitar os “perigos” de uma concepção econômica de dependência, a doutrina encontrou seu “melhor” critério, passando a definir o empregado — expressão jurídica do assalariado — como aquele sujeito subordinado. À primeira vista, os assalariados ao venderem sua força de trabalho colocavam sua energia à disposição dos seus tomadores, logo aceitando, como necessidade técnica, a direção dos seus serviços. Portanto, o conteúdo jurídico imediato da situação econômica de assalariado era estar “sob ordens”.

No entanto, este primeiro cenário de disposição da força de trabalho se modifica sensivelmente nas situações de trabalho intelectual (ou domínio técnico) ou em domicílio. Nestas hipóteses, a principal consequência fica mitigada, “adelgada”, “diluída” e “tênue”. Tal

(4) Em todas, realça-se o aspecto da integração do trabalho em detrimento ao aspecto da sujeição pessoal às ordens. Cita-se a: subordinação estrutural de Maurício Delgado Godinho (2006); a subordinação estrutural-reticular de José Eduardo Chaves Junior e Marcus Menezes Barberino

Mendes (2008); a subordinação integrativa de Lorena Porto (2009); a subordinação potencial de Danilo Gaspar (2011).

como o local de trabalho ou fiscalização de horário de trabalho não servem como paradigma de comprovação da subordinação. Igualmente, o contexto pós-fordista implementa sistemas externalizantes de trabalho, fugindo também da versão clássica de estar “sob ordens”. Assim, pode-se verificar novos e antigos assalariados não sujeitos à subordinação, demonstrando que esta não integra ao conceito de assalariamento.

O assalariado caracteriza-se por colocar a venda sua força de trabalho, ou seja, por dispor de sua energia em favor de outro. Se o traço marcante da relação de emprego é estar à disposição de outrem, derivam-se daí duas possibilidades: a primeira de comandar intensamente esta “disposição”; a segunda de apenas estabelecer o resultado deste trabalho à disposição, considerando que o próprio trabalhador tem as condições (técnicas, intelectuais ou materiais) de realizar seu ofício sem vigilância e fiscalização. Não obstante as duas possibilidades de “disposição”, a subordinação somente visualiza a primeira acepção, apenas compreende a disposição como estrita obediência às ordens contínuas. Por decorrência, a subordinação deve ser vista como consequência da relação de emprego e não sua causa.

Pela sua gênese positivista⁽⁵⁾ e pela sua natureza de consequência possível, é urgente retirar do critério da subordinação jurídica o protagonismo da definição da relação de emprego. Ainda no aprofundamento destas questões, averigua-se que é infundada a caracterização do Direito do Trabalho como a regulação fordista do trabalho assalariado. Isto é, o Direito do Trabalho se constitui como o marco regulatório do trabalho assalariado na sociedade capitalista

e não como a correspondência jurídica da dinâmica organizativa do fordismo. Com efeito, o instituto juslaboral impregnado de fordismo — e, no caso brasileiro, de positivismo — foi o critério da subordinação jurídica. O Direito do Trabalho não é, portanto, um produto do fordismo, nem sob o aspecto cronológico, nem sobre o aspecto ontológico, embora se possa qualificar a noção clássica de subordinação jurídica como um conceito jurídico delimitado pela realidade fordista. Assim, a opção pela subordinação jurídica, na sua acepção clássica, representou uma guinada reducionista do campo de incidência do Direito do Trabalho, a qual, indevidamente, limitou o conceito de dependência à situação de sujeição hierárquica. Disto, há que se perceber a subordinação jurídica não capta a noção integral de assalariamento, mas apenas as consequências deste fenômeno.

3. Entendendo o trabalho assalariado

Fugindo do positivismo e da dogmática, é imperioso voltar a entender o que é trabalho assalariado para, então, repensar a proteção jurídica desta relação de trabalho. Na filosofia política, Jonh Locke (1978) atribui ao trabalho a fonte da propriedade. Pressupondo que o homem tem a propriedade de sua própria pessoa, terá, igualmente, a propriedade sobre os frutos do seu trabalho. É o trabalho da pessoa sobre os bens naturais, originalmente comuns a todos, que os coloca fora desta propriedade comum e dentro da propriedade individual. Em nome do trabalho realizado, a pessoa se apresenta perante a coletividade como proprietária, exigindo um direito natural à garantia desta propriedade pela sua justa origem no trabalho. Este noção, impregnada de individualismo, pressupõe que a liberdade individual somente se concretiza quando o indivíduo é proprietário de si mesmo, sendo a sociedade o mercado de encontro entre estes proprietários.

Além de criar a propriedade, o trabalho também cria a riqueza. Rompendo com a crença fisiocrata de que a agricultura é a criadora da

(5) A hegemonia da teoria da subordinação jurídica é obra de um positivismo cientificista doutrinário, que rechaçou conceitos subjetivistas, apoiando-se na (pseudo) neutralidade e segurança de um conceito (dito) objetivo. O critério da subordinação jurídica é interpretação doutrinária e jurisprudencial de um dispositivo legal bem mais amplo que, literalmente, refere-se só à dependência (OLIVEIRA, 2009).

riqueza, Adam Smith (2010) credita a riqueza das nações não ao acúmulo de metais ou aos ganhos das trocas mas sim ao trabalho humano. Em grande medida, a riqueza cresce conforme a divisão do trabalho, que exerce a função de motor deste crescimento e que desenvolve os papéis dos indivíduos no sistema social. A divisão do trabalho se perfaz como tendência natural do desenvolvimento dos processos de troca, sendo, entretanto, dependente de uma acumulação de capital. A partir daquele considerado como pai da economia política, o trabalho é concebido como ideia abstrata que cria valor e, simultaneamente, como atividade concreta produtora dos homens.

No entanto, a estruturação social capitalista, notadamente a divisão da propriedade, não permitiu que os trabalhadores fossem os titulares do resultado do seu labor, como deveria ocorrer pela ideia de John Locke. Descontadas as despesas com os meios de produção (matéria-prima, instalações e instrumentos), a criação de riqueza se expressa na diferença entre o valor criado pela força de trabalho (produto apropriado pelo capitalista) e a remuneração paga a mesma força de trabalho. Isto porque o salário, em essência, não pode corresponder ao total do valor criado pelo trabalho, sob pena de não ser salário, mas uma retribuição integral do trabalho agregado, tal como numa legítima sociedade. Adam Smith já tinha percebido que o produto do trabalho não é somente do trabalhador. “[...] todo o produto do trabalho nem sempre pertence ao trabalhador. Ele deve, na maioria dos casos, dividi-lo com o proprietário do estoque, que o emprega.” (SMITH, 2010, p. 44.)

A riqueza social, então, é o produto do trabalho social, sendo apropriada, no bojo das relações salariais, pelos contratantes proprietários, na forma de mais-valia (trabalho excedente não pago). Karl Marx elucida a questão: “O modo capitalista de apropriar-se dos bens, decorrente do modo capitalista de produção, ou seja, a propriedade privada capitalista, é a

primeira negação da propriedade privada individual, baseada no trabalho próprio.” Vê-se que nas relações de trabalho entre proprietários e não proprietários, o primeiro se apropria dos valores produzidos pelo segundo, o que ocorre sob a aparência (ou pela ocultação) de livre contrato de trabalho com um salário “justo”. A apropriação do valor se converte em (nova) propriedade: a propriedade das mercadorias produzidas pelos trabalhadores.

Despossuído de propriedades e possuído por prementes necessidades de subsistência, o trabalhador surge discursivamente como um sujeito livre, por não mais estar sob os grilhões da escravidão ou o pagamento sensorial da corveia na servidão. Robert Castel desvela: “O assalariado é então ‘livre’ para trabalhar, mas a partir do lugar que ocupa num sistema territorializado de dependência, e o trabalho que executa é exatamente o mesmo tipo do da corveia.” O capitalismo empreende um discurso de ampla liberdade de trabalho, que se estende da possibilidade de escolha do emprego ou mesmo da desistência deste a qualquer tempo. Entretanto, estrutura relações sociais, políticas e econômicas que tecem fios invisíveis que limitam tais possibilidades, alocando, em regra, o trabalhador sempre na condição de dependente. Ao privar da substancial propriedade, impele sempre uma dependência do não proprietário para com o proprietário, até porque a pobreza vicia a liberdade.

Uma real liberdade de trabalho corresponderia à liberdade de acesso aos meios de produção, não a situação de imperativo de sobrevivência que compele o trabalhador a, com a necessidade subjungendo a vontade, trabalhar. A maioria das funções, na atual divisão social do trabalho, não são desejadas, mas aceitas por razões de necessidade e realizadas sem desejo, de modo insofrito e desprezível. Em outras palavras, a separação meios de produção e trabalhador acarreta também em alienação/estranhamento e subalternidade do trabalhador diante da mercadoria. O estranhamento no trabalho

remete a caracterização deste como mercadoria, talvez por isso seja chamado de “mão de obra”.

Com isso, a situação objetiva de trabalhar para outrem já significa a subordinação formal deste que trabalha em favor daquele que recebe o trabalho. Esta subordinação cinge-se ao manifesto controle do tomador do serviço, por meio não da direção técnica, mas sim da detenção da propriedade dos meios de produzir. Nestas circunstâncias, o direito de propriedade na circulação capitalista empreende o papel de sonegar qualquer propriedade oriunda do trabalho para aquele é que não previamente proprietário, como o trabalhador. Portanto, o assalariado se caracteriza pela constante necessidade e dependência, pois somente possui sua força de trabalho. A coação ao trabalho se faz pela miséria e pela necessidade de obter meios para a sobrevivência⁽⁶⁾, embora esta condição de dependente esteja camuflada pela formatação jurídica de liberdade contratual oriunda de individualismo e formalismo jurídicos iluministas. Como reforço a esta dependência estrutural, visualiza-se, ainda, a situação dos desempregados que formam um exército industrial de reserva, o qual reitera a disputa pela condição de vendedor de força de trabalho.

A questão central do modelo capitalista é, portanto, o monopólio por uma classe social dos meios de produção, impelindo a classe não proprietária a vender sua força de trabalho, inclusive com cessão de trabalho excedente. Diferentemente dos modos de produção anteriores — que se pautavam em trabalho forçado (escravo, corveia, etc.) mediante atuação do

poder do Estado —, o capitalismo construiu um modelo de trabalho formalmente livre, mas que, pela não detenção dos meios de produção, realiza-se como trabalho socialmente imposto. Se a coação era baseada na lei, agora ela ocorre pela própria estrutura social e, assim, de modo invisível.

Em síntese, a liberdade de trabalho dos não proprietários num regime capitalista cria um estado estrutural de dependência do assalariado em face do capital, a despeito das garantias jurídico-formais. A liberdade de trabalho do assalariado subjaz a necessidade imperiosa de sobrevivência, explicada pela perda anterior da titularidade dos meios de trabalho e reforçada pelo receio de prosseguir nas fileiras dos desempregados. Por fios invisíveis, estabelece-se uma dependência estrutural de um para com o outro, daquele que, como imperativo de sobrevivência, precisa imediata e cotidianamente vender-se ao outro, quer seja por não haver outra possibilidade econômica (ausência de propriedade), quer seja porque, em termos técnicos, não sabe desenvolver outro ofício senão aquela função parcelar-polivalente.

A produção dessa riqueza tem observado a lógica da intensificação do processo de trabalho, sendo esta a tônica do capitalismo⁽⁷⁾, ora pela extensão da jornada de trabalho, ora pelo aumento de produtividade oriundo das inovações técnicas e da divisão do trabalho, ou mesmo pela conjunção de ambas. Para obter mais produtividade no mesmo tempo, é necessária a intensificação do trabalho (obtenção de maior eficácia), seja pelo aumento da velocidade da máquina, seja pela cumulação da operação de máquinas para um único empregado, seja pela

(6) No lugar da coação legal ao trabalho, adota-se a coação pela fome e necessidade ao trabalho. “O velho paradigma do trabalho forçado não é pois recusado enquanto se constitui o embrião de uma condição de assalariado “moderna”. Ao contrário, ele acompanha e tenta enquadrar seus primeiros desenvolvimentos. O que pode ser perfeitamente entendido: as condições de trabalho são tais nas primeiras concentrações industriais, que é preciso estar sob a mais extrema sujeição da necessidade para aceitar semelhantes “ofertas” de emprego, e os infortunados assim recrutados aspiram somente a deixar o mais rápido possível esses lugares de derrelição.” (CASTEL, 1998, p. 206.)

(7) Nestes termos, Karl Marx anteviu os caracteres do fordismo e do toyotismo na recorrente dinâmica de intensificação do trabalho, descrevendo a lógica capitalista de intensificação do trabalho. Não existe a menor dúvida de que a tendência do capital, com a proibição definitiva de prolongar a jornada de trabalho, é compensar-se com elevação sistemática do grau de intensidade do trabalho e de converter todo aperfeiçoamento da maquinaria em meio para absorver maior quantidade de força de trabalho (MARX, 2006, p. 476).

maior disciplina e controle para eliminar os “poros da jornada”.

Precisamente, as diversas formas de organizar a produção (fordismo e toyotismo), com metodologias distintas, somente concretizam a lógica do capital de mais acumulação por meio da intensificação do trabalho. O diferencial do pós-fordismo não reside no avanço tecnológico, mas na relativa ruptura com o parcelamento das funções e com a implementação de uma lógica voraz de colaboração de classes. Como decorrência, o toyotismo foi economicamente bem-sucedido porque conseguiu, pela sua sistemática de gerência produtiva, dar respostas satisfatórias (ganhos de produtividade e lucro) às oscilações contemporâneas do mercado (retração e expansão), além da incorporação da precariedade ao sistema produtivo.

Esta análise, pautada essencialmente na crítica de Karl Marx à economia política clássica, revela-se adequada para explicar as relações contemporâneas de trabalho no capitalismo. A compreensão dialética da totalidade do conjunto social permitiu a Marx identificar as estruturas gerais do trabalho assalariado e formular suas implicações, notadamente a ideia central: a dependência estrutural e prévia do assalariado ao empregador. Como consequência, o sujeito assalariado é aquele que, forjado no desposuimento, é impelido, embora juridicamente livre, a vender-se como mercadoria — como uma força — em troca do salário, cujo proveito econômico resultante deste trabalho é apropriado por outro. Desposuído, coagido e expropriado são termos delimitadores do conceito de trabalhador assalariado.

No Brasil, o assalariamento segue esta estrutura geral, com o tempero próprio da historicidade e política latino-americana. De início, a formação do mercado de trabalho brasileiro foi caracterizada por políticas e mecanismos legais de coação para a condição de assalariado. Com destaque, teve-se a não inclusão dos ex-escravos e o aprisionamento das terras, além do aprisionamento “contratual” dos imigrantes.

Estas circunstâncias históricas engendram, também nas terras brasileiras, uma estrutural dependência daqueles não proprietários para com os proprietários daqui. Ou seja, o ponto de partida dos assalariados brasileiros foi justamente a construção político-social do desposuimento da maioria, forjando necessária venda da mão de obra como condição de sobrevivência dos trabalhadores.

Por isso, a liberdade de trabalho somente reside nos planos dos discursos, inclusive por que sequer foi albergada nas ordens jurídicas anteriores à CLT, vide o exemplo do trabalho do imigrante da Lei n. 108/1837. A pseudoliberdade também inscreveu suas marcas neste país como o efeito palpável da retórica política e jurídica de trabalho livre, quando a necessidade destes desposuídos corroía totalmente a livre opção de trabalhar. O desposuimento do obreiro brasileiro é a marca forte do capitalismo local. Como garantia do reforço desta imposição da venda da força de trabalho, o mercado de trabalho local ainda se vale dos expedientes do exército industrial de reserva (desemprego) e da persistente informalidade. A dependência aqui revela-se intensa e viciadora da vontade do trabalhador, inclusive ocultada numa legislação pensada e operacionalizada pelo positivismo.

Agravando a dependência, os novos discursos da reengenharia pós-fordista tentam recolocar a situação de precariedade e instabilidade anterior ao próprio trabalhismo. No tempo presente, a principal consequência desta precariedade do trabalho tem sido o esvaziamento da forma clássica do emprego pelas diversas medidas de externalização e precarização. Talvez como resposta do capital a um certo *status* de proteção legal obtido na forma jurídica emprego ou mesmo apenas a renovação da lógica ontológica de extração de lucro, foram criadas novas formatações de não emprego para a prática de trabalho assalariado.

Assim, o cenário político-social do mercado de trabalho nacional assemelha-se a um grande

mosaico, com figuras aparentemente díspares e antagônicas — assalariado protegido e precário, toyotismo e fordismo, flexibilização de relações já “flexíveis”, trabalho escravo contemporâneo e robotização — que se firmam como integrantes de uma mesma dinâmica. Sem prejuízo da singularidade histórica, a expansão do capitalismo — leia-se mais extração de riqueza do trabalho — realiza-se com mais intensidade e com mais enfraquecimento dos trabalhadores, o que lhes atribui uma condição estruturalmente mais dependente do capital quando comparada aos países de capitalismo central. Por sinal, o verbete “dependente” desacompanhado de qualquer adjetivo é justamente o texto literal da definição legal de empregado, consoante art. 3º da CLT. Todavia, o positivismo e seu afã puritano reduz, intencionalmente, esta dependência à subordinação jurídica.

O mercado de trabalho brasileiro, portanto, não é destinatário, em termos hegemônicos, da proteção do Direito do Trabalho. Conjuntamente com as questões sociais, políticas e históricas descritas acima, a conceituação de empregado adotada pelos operadores jurídicos tem uma parcela de responsabilidade nesta considerável ineficácia do Direito Laboral. Justamente a subordinação jurídica, precisamente sua vertente subjetiva, simboliza um acesso estreito e limitado para o mundo da tutela trabalhista. Como visto, esta “pequena entrada” colabora significativamente para impedir que mais assalariados recebam a proteção social que o Estado brasileiro juridicamente se comprometeu.

Nestes termos, a subordinação jurídica exerce o papel de concausa para o agravamento deste cenário de reduzido reconhecimento da relação empregatícia. Por força dos limites que a doutrina trabalhista lhe imputou, a subordinação jurídica não deu conta do trabalho ilegal e informal e, principalmente, sucumbiu diante dos discursos da autonomia e colaboração amparados na acumulação flexível. Se

já se apresentava como um critério estreito diante da totalidade dos assalariados, assume a tendência, na contemporaneidade, de distanciar o conceito de assalariado do conceito de emprego, pois os assalariados dependentes de hoje são coordenados/integrados a empresas, mas não classicamente subordinados.

4. O retorno dependência econômica

Diante dos problemas do conceito clássico da subordinação jurídica e das situações paradoxais de trabalho dependente não subordinado, a dependência econômica tem sido novamente cogitada como nota distintiva do Direito do Trabalho. Por consequência, parcela da doutrina nacional e estrangeira cada vez mais se vale da antiga ideia de dependência como critério mais pertinente para o enfrentamento das situações atuais de trabalho. O critério, outrora renegado e tido como inaceitável pelo seu conteúdo extrajurídico, desponta novamente no debate doutrinário.

No horizonte estrangeiro, o debate está franqueado, tendo a dependência econômica um lugar de destaque como alternativa ou complemento à subordinação jurídica. As novas figuras atípicas nas relações de trabalho são todas envoltas pelo estado de dependência econômica que é de difícil enquadramento na clássica subordinação. O professor português José João Abrantes (2004, p. 94-95) enuncia que: na Itália, a legislação valeu-se do epíteto “parassubordinado” (*il lavoro parasubordinato*); na Alemanha, designa-se “pessoas semelhantes a trabalhadores” (*arbeitnehmerähnliche Person*)⁽⁸⁾, pois são prestadores de serviço economicamente dependentes (*tarifsvertragsgesetz*),

(8) O “assemelhado ao empregado” do direito alemão é mais um exemplo do retorno à dependência econômica. “Impressiva, em tais prestadores-colaboradores, é a marca da dependência econômica que os acaba por conduzir a uma situação fática de equivalente à relação de emprego, o que é enfaticamente ressaltado por Wollenschläger, quando define o assemelhado como aquele que frequentemente se encontra em situação de carência econômica tal qual o empregado tutelado.” (VILHENA, 2005, p. 545-546.)

também intitulados quase trabalhadores; em Portugal, denomina-se contratos equiparados.

No espectro da Organização Internacional do Trabalho — OIT, discute-se o problema do conceito de empregado e o seu campo de destinatários. No debate da 91ª Reunião da OIT em 2003⁽⁹⁾, enfrentou-se a questão do “*ámbito de la relación de trabajo*” e, por consequência, as situações de “*trabajo encubiertas o ambiguas*”. No relatório do debate, afirma-se que “*La dependencia económica, es cierto, no entraña subordinación en todos los casos, pero puede ser un criterio útil para determinar si un trabajador es un asalariado y no un empleado por cuenta propia*” (OIT, 2010, p. 31-32).

No Brasil, Arion Sayão Romita, o mesmo autor que introduziu no país o conceito de subordinação objetiva, já sinaliza para a retomada da dependência econômica, afirmando que o atual contexto “propicia a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis a quem contrata serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado” (ROMITA, 2004, p. 1287).

A condição de dependente do trabalhador é indiscutivelmente a causa e a razão de ser do Direito do Trabalho. Com efeito, é o traço da dependência o constitutivo da singularidade do juslaboralismo, haja vista que seu caráter protetivo, limitador da exploração deste trabalho, é o caractere que o distingue das demais disciplinas das relações privadas. Serve, então, como medida de garantia de civilidade a uma relação econômica que é estruturalmente injusta e desproporcional. O Direito do Trabalho destina-se àqueles que somente têm a força de trabalho como possibilidade de vida e, assim, ficam dependentes daqueles que lhes ofertem um salário.

(9) Na mesma trilha, a Recomendação n. 198 da OIT afirma o objetivo de tornar claras as definições em cada legislação nacional dos critérios de reconhecimento do vínculo de emprego, visando assegurar a proteção legal contra situações de trabalho *encubierto*.

A oferta de trabalho, na forma de assalariamento capitalista, resulta em exploração da própria pessoa, porque manifesta-se como apropriação alheia do trabalho daquela. Perante as situações de excessiva exploração do trabalho humano, a ontologia juslaboral foi criada almejando combater a exploração do homem pelo homem, seja por sua atenuação (reformismo cristão), limitação (socialismo utópico) ou mesmo a supressão (comunismo). Independentemente dos graus de tolerância da exploração, resta clarividente o compromisso ontológico do Direito do Trabalho em questionar a desigualdade entre o patrão (tomador dos serviços) e o trabalhador (prestador dos serviços), ou melhor, em contestar a hipossuficiência nas relações laborais, embora persista sua função geral de legitimar esta exploração capitalista.

A justificação histórica e ontológica da criação de uma tutela legal para as relações de trabalho é a condição essencialmente dependente do trabalhador assalariado para com o capital. Por esta razão, o critério da dependência econômica detém uma força histórica marcante no Direito do Trabalho, como delimitação conceitual jurídica da condição de assalariado. Apesar dessa importância histórica e ontológica, entendeu-se que a dependência econômica era tão somente a causa “pré-jurídica”, nada além disto. Estando fora da seara jurídica, não poderia, então, servir como critério jurídico, sob pena de ofensa ao puritanismo conceitual positivista. Há inexplicável paradoxo nesta rejeição de importância e utilidade.

Noutro sentido, a dependência econômica é, de igual modo, o fundamento da expansão do Direito do Trabalho. Na busca pela proteção dos sujeitos em debilidade econômica, o Direito do Trabalho empreende um histórico de recorrente alargamento do campo dos seus destinatários. Rememore-se que a intervenção protetiva da legislação trabalhista iniciou-se exclusivamente para as “meias forças” — mulheres e crianças —, embora adstrita ao fundamento geral de integridade física, garantida

por meio da limitação da jornada. Adiante, afirmou-se como sistema protetivo para os operários fabris, baseando-se não mais em poder de polícia, mas agora considerado como um direito social: o Direito do Trabalho. Ultrapassa a fronteira da fábrica ao estender esta proteção aos empregados do comércio em geral, inclusive abrangendo sujeitos economicamente médios como os altos empregados e gerentes. Transcende o trabalho manual em direção ao trabalho intelectual. Chega à residência familiar protegendo os domésticos e ao campo tutelando os rurícolas e, ainda, afirma-se como tuitivo mesmo para o trabalho fora da fábrica, aquele praticado no domicílio obreiro.

Todo o fundamento do princípio da proteção trabalhista e, igualmente, do princípio da irrenunciabilidade é a debilidade econômica perante o empregador, e não a subordinação jurídica. Ademais, a própria legitimação ontológica da subordinação jurídica se dava pelo paralelismo do seu conceito com o de dependência econômica, ou seja, pela existência conjunta com esta última noção. Da história e da ontologia, confirma-se que a tutela do trabalho sempre foi legitimada socialmente pela condição hipossuficiente do trabalhador. E a medida desta hipossuficiência — de quem trabalhar para outrem — é justamente a dependência econômica. É a razão histórica e ontológica que justifica e legitima o modelo de proteção do Direito do Trabalho em favor daquele sujeito não proprietário que vende sua força de trabalho, pela sua prévia condição de dependente econômico.

5. Ultrapassando a clássica dependência econômica

A retomada da dependência econômica para que seja mais efetiva deve ser (re)pensada numa dimensão mais aprofundada em relação àquela ideia apresentada no início do século XX. O perfil daquele sujeito que vive da venda do seu trabalho seria a primeira tradução jurídica para o conceito de dependência econômica.

O primeiro autor a usar o conceito de dependência foi o francês Paul Cuche em 1913, para o qual a dependência econômica decorria de dois requisitos inseparáveis. Primeiro, o trabalho deverá ser a única ou principal fonte de sobrevivência do trabalhador, conferindo ao serviço prestado a condição para o seu sustento. Segundo, o empregador deve absorver de forma regular e integral os serviços prestados pelo trabalhador, havendo, portanto, a inserção e exclusividade do trabalho deste na empresa. Em síntese, o trabalho do obreiro lhe garantiria prevalecentemente sua subsistência e seria exclusivo em favor de um tomador.

Um outro autor francês, Alexandre Zinguevitch, formulou um conceito mais amplo de contrato de trabalho, a partir dos traços mais gerais da dependência econômica, enfocando especialmente a questão da privação da liberdade econômica. Zinguevitch pretendia defender uma noção ampla de contrato de trabalho a partir dos critérios gerais da OIT, em especial o princípio diretor de que o trabalho não pode ser tratado como mercadoria, quebrando ou limitando juridicamente o “livre jogo” da lei de oferta e procura de mão de obra no mercado de trabalho.

O pressuposto de Zinguevitch era “[...] o que caracteriza essencialmente as relações entre o patrão e o empregado é estado de fraqueza e dependência econômica no qual se encontra o segundo em relação ao primeiro” (1936, p. 28). Logo, quem não pode trabalhar para si mesmo e, assim, precisa fornecer seu trabalho para outro é economicamente fraco. Seriam, então, dependentes aqueles sujeitos “privados de liberdade econômica”. Como resposta às críticas, muitos autores aderiram à justaposição da dependência econômica à subordinação jurídica. Cabe notar que o próprio Paul Cuche referia-se à dependência econômica como um critério adicional à subordinação jurídica.

Como visto, a delimitação jurídica do critério da dependência econômica sempre se

ateve à superficialidade quando concebe o dependente como sendo aquele trabalhador que vive da remuneração. Este viver de salário representa apenas a epiderme do fenômeno, haja vista que todos os que prestam serviços, inclusive os autônomos, vivem da contraprestação pecuniária recebida. De igual modo, empresas podem se encontrar em uma situação de dependência econômica para com outras empresas maiores, a exemplo dos processos produtivos de subcontratação.

Como reparo a esta superficialidade, José Martins Catharino já esboçava uma acepção relativizada da dependência econômica, visando torná-la mais juridicamente eficaz. “Na sua concepção relativa, [...] bastando que o salário seja o principal meio de vida, e a absorção parcial e predominante do seu tempo disponível por empregador” (CATHARINO, 1982, p. 203). O mesmo autor destaca adiante que ainda assim há falha no critério, invocando a hipótese fática em que uma pessoa trabalhe e seja igualmente remunerada por duas empresas. Entretanto, o professor baiano frisa que a ausência de dependência econômica, ou seja, uma situação de independência econômica do obreiro, é manifestação clara da desfiguração do contrato de emprego. Catharino registra que as divergências com a ideia da dependência econômica não resultam sua invalidade, graças a sua sólida raiz histórica e política do critério que lhes garantem sustentação (1982, p. 204).

Arelada à aparência primária da dependência econômica, a doutrina juslaboral teceu diversas críticas a este critério, concluindo pela sua imprestabilidade. A primeira negativa à dependência econômica provém do seu caráter extrajurídico⁽¹⁰⁾, que corresponde a um demérito,

pois o conceito não foi formulado nos precisos e completos marcos conceituais do direito. Além do equívoco epistemológico advindo do positivismo que sustenta esta crítica à extrajuridicidade, há uma pretensão subliminar de completude do sistema jurídico que, assim, não pode admitir critérios que não sejam autosuficientes no próprio direito.

Outra crítica advém de um cenário hipotético em que o empregado é mais rico do que seu empregador, cuja situação há subordinação, mas não dependência. A princípio, o cenário da crítica é quase fictício, cabendo a indagação de quantos empregados estão nesta situação afortunada. A crítica, então, inicia-se numa pressuposição idealista, porque pouco considera a realidade concreta e sua manifestação cotidiana. Ainda assim, cabe endossar o exercício de imaginação e reiterar a dúvida: teria mesmo o empregado mais propriedade do que a empresa que trabalha? Caso a resposta fosse afirmativa, seria lógico que o sujeito, com possibilidade de comprar uma empresa decidisse, ao inverso, vender seus serviços em manifesto prejuízo econômico? A resposta positiva significaria que o sujeito iria preferir economicamente a redução do seu patrimônio, em manifesta ofensa à lógica capitalista de acumulação. Esta opção, justamente pela irracionalidade diante da dinâmica do sistema, não merece aceitação, porque nega a razoabilidade na vontade do sujeito.

Neste bojo, é possível adequar — tornando-o mais real, racional e factível — o exemplo para aquela situação em que o obreiro não está totalmente privado de patrimônio, seja porque detém uma herança ou outra fonte de renda considerável. Usando o exemplo de Jorge Luiz Souto Maior (2008, p. 63) que nega validade à dependência econômica pode-se, ao contrário, confirmá-la. Trata-se da situação na qual um juiz

extrajurídicos reside exatamente no fato de se não preocuparem com a fixação do elemento característico do contrato de trabalho, mas sim com a qualidade da pessoa que deve ser protegida” (GOMES; GOTTSCHALK, 2005, p. 141).

(10) A crítica de Orlando Gomes e Elson Gottschalk é forte contra o extrajurídico. Afirmam que “[...] padecem do mesmo vício de origem [a dependência econômica e dependência social]. Pretendem caracterizar um contrato com elementos metajurídicos. O erro de seus defensores provém de procurarem, preferentemente, analisar a condição social e econômica do trabalhador, em vez de examinar a relação jurídica da qual ele participa. [...] O equívoco dos que adotam critérios

do trabalho — que auferir grande remuneração quando comparada ao mercado médio de trabalho — atua como professor em faculdade privada. Nesta situação, a condição pessoalíssima deste professor — excepcionalmente hiperssuficiente pela outra ocupação — não significaria autonomia. Ao inverso, no âmbito das relações internas à faculdade, este professor-juiz é tão dependente quando o professor-professor ou um professor-advogado, pois nenhum destes são os detentores do capital que funda a faculdade. Não sendo proprietários, não lhes cabe estruturar a forma de trabalhar, tampouco fixar os objetivos institucionais da empresa e, principalmente, não lhes é apropriado o resultado do seu trabalho.

A inexistência de dependência econômica no contrato de trabalho é uma “exceção da exceção” quando comparada com a existência de dependência econômica, pois aqueles que não têm os meios de produção (dinheiro, propriedades, etc.) têm a liberdade (única opção) de vender seu trabalho em troca da sobrevivência. É este o traço marcante do trabalho assalariado e da relação de emprego. Negar a dependência econômica invocando a hipótese da pessoa rica que se sujeita a trabalhar como empregado é impugnar a realidade social a partir da exemplificação de um “caso de laboratório” (URIARTE; ALVAREZ, 2001, p. 212).

A crítica relativa à exclusividade é infundada, eis que se apresenta como uma consequência superficial do fenômeno. Quem vive de salário deve, por suas necessidades vitais, buscar o número máximo possível de tomadores, a fim de garantir sua sobrevivência. A necessidade de vender-se a mais de uma empresa é, ao contrário, reforço da debilidade econômica do trabalhador que não consegue encontrar os meios de subsistência satisfatória em um único empregador, quando lhe é fisicamente possível trabalhar para diversos tomadores. Note-se que este é o exemplo sintomático do avulso que precisa necessariamente de diversos tomadores para realizar sua sobrevivência.

Todas as críticas acima foram responsáveis para a rejeição do critério da dependência econômica como nota distintiva da relação empregatícia. Embora seja pacífico que a dependência é a causa. Urge, portanto, transpor esta visão epidérmica, para começar entender com profundidade interdisciplinar a noção de trabalho dependente.

6. Refazendo a delimitação jurídica do trabalho dependente

Se a dependência econômica tem sido, até então, enfrentada sobre seus aspectos superficiais e igualmente criticada pelos problemas oriundos desta aparência, é premente romper com esta análise epidérmica. O aprofundamento da noção dependência implica refazer, agora com o esteio numa compreensão interdisciplinar e crítica, uma delimitação jurídica do trabalho assalariado. Almeja-se resgatar a sinonímia integral entre trabalhador assalariado e trabalhador dependente.

O primeiro elemento desta delimitação jurídica é reconhecer que o poder — e sua consequência potencial de subordinar os trabalhadores — de uma empresa capitalista decorre da sua propriedade. Retomando Karl Marx, vê-se que “O capitalista não é capitalista por ser dirigente industrial, mas ele tem o comando industrial porque é capitalista” (2006, p. 385). O capitalista comanda a empresa em nome da propriedade de que é titular. Por ser o sujeito proprietário, pode-se afirmar como o comandante da empresa. Por decorrência, o poder diretivo é mera consequência da produção capitalista e não sua qualidade distintiva.

O fundamento central da relação de trabalho é a propriedade, precisamente porque o caráter singular desta relação é o intercâmbio entre proprietários e não proprietários. Entretanto, essa questão é ocultada no Direito do Trabalho. A ênfase que o juslaboralismo confere ao poder diretivo atua, de certa medida, como ocultadora e naturalizadora desta relação entre proprietário

e não proprietário⁽¹¹⁾. O contrato de trabalho aparece, então, como o momento jurídico de legitimação da subordinação, embora antes mesmo de contratar, o trabalhador já é dependente por não ser proprietário.

Sendo o assalariado um sujeito despossuído — por ausência de propriedade capaz de lhe permitir atuar como empreendedor — fica “livremente” impelido a vender sua força de trabalho. O desposseimento é que demarca sua condição de dependente e não o fato de depender de salário. A relação de dependência do assalariado para com a empresa é prévia ao contrato de trabalho e estrutural na sociedade capitalista, na medida em que a força de trabalho somente se realiza quando vendida ao capital. Seu destino dirige-se estruturalmente à alienação em favor do empregador sob a condução sutil dos fios invisíveis da teia capitalista. O trabalho desconectado da propriedade no mundo capitalista reduz o sujeito trabalhador a apenas força de trabalho, ou seja, a algo a ser vendido como mercadoria em troca de salário. Infere-se aí que o viver do salário é a consequência do ser despossuído e não a própria condição de dependente.

A direção dos serviços não é condição essencial para existência de trabalho dependente, embora seja uma das consequências mais habituais. O exemplo do vendedor externo ou do trabalhador intelectual é emblemático no sentido de demonstrar que nem todo trabalho assalariado é heterodirigido. Por isso, é a condição de proprietário dos meios de produção

que legitima o comando do capitalista e não a situação inversa. O poder insito à propriedade dos meios de produção explica como pode ocorrer trabalho por conta alheia sem a direção dos serviços. Há casos em que o empregador é o dono do resultado do trabalho sem necessitar exercer o comando.

O segundo elemento é a pseudo liberdade de trabalho. A despeito das liberdades discursivas do capitalismo, aos despossuídos cabe a “livre” única opção de vender sua força de trabalho. A liberdade de trabalho dos que não têm substancial propriedade é inócua: se não tem como possuir meios produção, sempre tem que se vender. Neste primeiro sentido, ela é totalmente inexistente.

Conjuntamente com o poder do capitalista baseado em sua propriedade, o assalariado é o sujeito privado de real liberdade. O capitalismo dissocia os fatores de produção (capital *versus* trabalho) e, conseqüentemente, sempre força o trabalhador a vender seu trabalho, salvo quando o trabalhador é titular do capital, situação em que ele já é o próprio capital. O capital afasta inicialmente o trabalho dos meios de produção, mas simultaneamente força a venda de trabalho como condição de sobrevivência.

Adiante, num segundo sentido, a liberdade de trabalho é deveras pequena, embora existente quando o empregado pode ter alguma escolha aonde oferecer seu serviço. Em momentos de grande crescimento econômico, a força de trabalho, valorizada pela larga procura, tem alguma liberdade: vender-se para empregador A ou empregador B, conforme o maior quinhão prometido. Neste modelo societal, a liberdade plena de trabalho teria que pressupor a real capacidade de todo trabalhador acessar a condição de empresário. Ou seja, a verdadeira liberdade justificaria que a condição de empregado fosse uma real e livre opção do trabalhador, mas nunca uma necessidade de sobrevivência.

Infere-se que, no capitalismo, o homem trabalhador não mais vende mercadoria (produto

(11) O jovem Orlando Gomes, conjugando as contribuições de La Cueva e Sinzheimer, aponta que o direito de propriedade funda uma situação de poder do empregador sobre o empregado. Convém reproduzir o elucidativo trecho: “É fato incontroverso que a propriedade não confere apenas um poder sobre as coisas, mas, também, sobre os homens. Nos domínios da produção de riqueza, esse poder do proprietário concretiza-se, juridicamente, em um conjunto de faculdades através de cujo exercício faz sentir sua autoridade sobre os trabalhadores, isto é, sobre os homens que, não podendo ser proprietário de meios de produção, põem, à disposição dos que podem, a sua força-trabalho.” (GOMES, 1944, p. 119.)

do trabalho), mas é a sua força que é comercializada. Dissocia-se, com evidência, o feitor do trabalho e o proprietário do resultado, situação que até então era coligada. O autônomo é aquele que é proprietário da matéria-prima e do resultado do trabalho, sendo que nele foi empregado sua força. Assim, o autônomo tem liberdade para quem vender e não somente se vincula a um único tomador. Aqueles que têm capital razoável para instituir e dirigir sozinhos sua empresa, mas que preferem seguir certos modelos de parceria (franquias, contratos de prestação de serviços, parceiros capitalizados, entre outros) são, por opção, sócios do capital, não sendo dependentes econômicos. É a esta a distinção da dependência econômica com a subordinação objetiva que incluiria estas pessoas integradas a um processo produtivo.

Tudo isto leva a compreender o sujeito assalariado como sinônimo total de sujeito dependente, como aquele que tem seu trabalho apropriado pela empresa. Encontra-se o sujeito dependente como o ser despossuído e coagido a se vender como apenas mercadoria (força de trabalho). Neste particular, a subordinação jurídica em nada capta a questão do assalariado e sua pseudo liberdade. A dependência econômica, então, engloba a subordinação jurídica, sendo muito mais ampla do que esta, uma vez que considerando os elementos prévios do assalariado pode também considerar o trabalhador subordinado normalmente como dependente. O trabalho por conta alheia implica estado de dependência do trabalhador, a qual é “uma consequência ou um efeito da prestação de trabalho para terceiros, pertencerem originariamente a pessoa distinta da que efetivamente trabalha, esta se reserva um poder de direção ou de controle sobre os resultados [...]” (OLEA, 1969, p. 32).

O esqueleto geral do assalariamento é a relação de trabalho entre um proprietário e outro não proprietário, na qual há uma dependência estrutural e prévia do segundo para com o primeiro. É esta dependência prévia a tônica do regime do assalariamento, pois quem vende

trabalho e não mercadoria (vendida somente pelo proprietário) é assalariado. Quem vende trabalho é sempre subsumido ao seu comprador, pois vende algo que, por ser uma parte de um produto qualquer, somente se concretiza quando for vendida, isto é, quando colocada em ação na produção. A venda de trabalho (força de trabalho) é, assim, sempre dependente no capitalismo.

Com desenvolvimento econômico-social, a pobreza individual deixa de ser sinônimo de desposuimento. Associa-se, *prima facie*, assalariamento à pobreza individual, o que é um equívoco consoante análise aprofundada, uma vez que desposuimento não significa necessariamente miséria ou pobreza individual. Como na concepção clássica da dependência econômica, a epiderme do fenômeno foi caracterizada como o próprio fenômeno. O assalariado era inicialmente o sujeito despossuído universal, logo, sujeito pobre ou miserável. Entretanto, o atual assalariado não é necessariamente o sujeito inserido na situação de pobreza. A condição salarial transpõe, para alguns, a margem da pobreza, elevando-os à condição de classe média ou até de altos empregados. Nem por isso, deixam estes de ser sujeitos dependentes econômicos.

A par desta distinção entre pobreza e assalariamento, falar em desposuimento corresponde a afirmar que o sujeito, tendo algum patrimônio, não tem propriedade suficiente para montar sua empresa, ou seja, não detém os meios de produção. Embora, tenha até um automóvel ou uma residência, o trabalhador não tem como viabilizar economicamente a constituição de uma empresa, o que lhe coloca numa relação social de venda compulsória de força de trabalho. Portanto, é preciso distinguir, novamente, que a dependência econômica atinge o sujeito pobre pauperizado e os demais sujeitos medianos (profissionais intelectuais, artistas, vendedores, técnicos, professores, entre outros) que também ocupam a posição social de assalariado.

Percebendo a dependência como prévia, estrutural e distinta de pobreza, cumpre firmar sua delimitação conceitual não mais pelas consequências do fenômeno do trabalho assalariado — como fez parcialmente a teoria da subordinação jurídica. Sabe-se que as definições construídas sobre as consequências dos fenômenos tendem a não captar a sua inteireza, como também a se esvaziar quando o mesmo fenômeno alterna seus efeitos. São estes os exemplos dos diversos critérios que atuaram como notas distintivas do Direito do Trabalho, eis que todos captavam apenas uma consequência parcial do assalariamento e logo se tornavam inadequados. A dependência técnica não se adequa ao empregado com domínio técnico, a sujeição hierárquica não combina com o trabalho intelectual, a vigilância e fiscalização têm dificuldades de materialização no trabalho a domicílio, a pobreza individual não explica a ocorrência de altos e médios assalariados e, por fim, a integração à empresa comporta, além dos assalariados, os autônomos. Em todos estes casos, a ênfase foi na consequência e não na causa.

O sentido da expressão “venda de força de trabalho” refere-se ao bem cuja utilidade econômica é restrita, por depender do seu acoplamento a um empreendimento, mais precisamente pela sua conjunção com a propriedade (meios de produção). Sendo o trabalho um elemento da empresa, seu destino é o de estar contido nesta. O trabalho dissociado da propriedade não pode agir como empresa; somente lhe cabe retornar a empresa pela “venda compulsória de força de trabalho”. Ao contrário, quando o trabalho encontra-se associado à propriedade, seu resultado deixa de ser apenas força de trabalho (valor-de-uso) e passa a ser uma real mercadoria (valor-de-troca), recebendo os epítetos jurídicos de produto ou serviço.

Nesta definição, é preciso realçar que o trabalhador dependente é exatamente aquele que, por ser despossuído, trabalha por conta alheia e, assim, não se apodera dos resultados

desta entrega de trabalho. O trabalho por conta alheia origina o sujeito dependente como fundamento do Direito do Trabalho. Daí, forma-se, por simetria, o conceito de empresa como ente que se apropria dos resultados positivos e negativos — os riscos do negócio —, inclusive porque normalmente dirige a organização da empresa.

Neste particular, dirigir a organização da empresa é um conceito muito mais amplo do que o estabelecimento da hierarquia e de sua faceta mais visível de “emitir ordens”. O ícone da empresa não é o mando, mas a propriedade. Mais importante do que dirigir os serviços — o que pode ser traduzido num controle contínuo da atuação do empregado — é estruturar e organizar os serviços, os quais poderão até ser executados sem esta reiterada direção (vide situação do vendedor viajante). Organizar a empresa diz respeito a estabelecer os rumos da atividade econômica, fixar a dimensão territorial de atuação, definir os preços dos bens e serviços que comercializa e, principalmente, ser juridicamente o proprietário do resultado do trabalho dos seus empregados.

A condição de dono não propicia a atuação como chefe emissor de ordens e fiscalizador, até porque este papel é cotidianamente atribuído aos seus capatazes. O dono cria e organiza, delega a direção aos altos empregados, mas, sempre, é o proprietário da riqueza gerada pela força de trabalho que comprou. É este o comando geral inerente a qualquer titular de empresa, sendo o modelo fordista apenas uma possibilidade dentre muitas, a exemplo das pós-fordistas, de dirigir a atividade da empresa.

A par disto, o termo “dependente” deve ser compreendido menos como um adjetivo (subordinado e assujeitado) e mais como aquele que predica ação “depende”. O verbo “depende” — ação daquele que é dependente — deve privilegiar a semântica de “pertencer”, “estar contido” e “fazer parte” em detrimento da subordinação advinda do “estar sujeito” ou carecer economicamente (HOUAISS, 2009, p. 616). O empregado é dependente porque sua

força de trabalho não se realiza sozinha, pois pertence estruturalmente à empresa, fazendo parte desta e, como consequência possível, podendo ser subordinado.

A demarcação da dependência foi feita, até aqui, sem adjetivos, numa concepção generalizante. Todavia, é preciso fazer uma opção de recorte desta ampla delimitação visando enfatizar seu aspecto preponderante. A ênfase no aspecto econômico consiste no realce da força e do poder da propriedade. Fala-se em “econômica” para sempre lembrar que a causa e a continuidade do estado de dependente advém da apropriação alheia do trabalho, ocorrida em nome da propriedade.

A chave da compreensão crítica da dependência é, então, seu conteúdo econômico, como correlato à ausência de propriedade. Trata-se da percepção de que esta forma de trabalho dependente é estruturada pelas condições econômicas da sociedade capitalista. Em nome da propriedade, coage-se ao trabalho, como também, por força da propriedade, expropria-se a riqueza criada pelo trabalhador. Não é à toa que o centro do capitalismo converge à propriedade e não ao trabalho, embora seja o trabalho fundador da riqueza que se represa em propriedade.

Qualificar a dependência como econômica significa explicitar a natureza capitalista da venda da força de trabalho e seu consequente Direito capitalista do Trabalho, que na fuga conveniente do extrajurídico termina esquecendo suas imbricações econômicas. Almeja-se destacar que a manifestação concreta de vontade e a liberdade, no capitalismo, pressupõe um sujeito proprietário, sendo remanescente a coação e a restrição da vontade para os não proprietários. Daí, resta impraticável considerar como contratantes iguais na sua livre vontade negocial o empregado e o empregador, nas recorrentes tendências flexibilizantes de retorno da convalidação da autonomia privada.

Da mesma forma, objetiva rememorar que se os sistemas jurídicos pretendem concretizar o valor da dignidade humana devem combater

o poder veiculado pela propriedade, por meio de limitações constitucionais e legais. O ascendente solidarismo de uma Constituição-Dirigente, para lograr seu firmamento, precisa conter o capital. Nesta direção, deve-se, cada vez mais, fortalecer as limitações dos poderes dos proprietários, tal como ocorre com a “função social da propriedade”, Direito do Consumidor, Lei do Inquilinato e, ontologicamente, o princípio da proteção do trabalhador no Direito do Trabalho.

Nestes termos, os fios invisíveis da produção capitalista estabelecem a dependência antes do próprio contrato (coação para venda da força de trabalho), limitam as possibilidades de ocupação (dependência técnica) e, no sistema legal brasileiro, caracterizam a execução do contrato como intenso arbítrio sem possibilidade de defesa imediata do trabalho (a dispensa sem justificação, a inexistência de direito de defesa perante a punição, as possibilidades de transferências já previstas em lei) e as demais condições de sonegação de direitos da precariedade brasileira. Por fim, quando da extinção contratual, muitos ainda temem reclamar na justiça, receosos do poder do ex-empregador em posterior perseguição (lista suja e informações desabonadoras).

A relação de trabalho assalariado perpassa, nestes termos, pelas ideias de propriedade, poder e sujeição. A propriedade confere poderes e obriga àqueles que são proprietários apenas de si a se sujeitarem, como condição de vida, ao trabalho para o outro. Em essência, a leitura jurídica do fenômeno social do assalariamento indica que o trabalhador vive sob “sujeição” porque atua conforme o interesse alheio, por falta de propriedade. Assim, a *dependência* equivale à “sujeição”, destacando o traço do poder nesta relação, enquanto a *econômica* elucida que o fundamento deste poder é a propriedade. Enfim, serve para que não se esqueça que o Direito do Trabalho é, essencialmente, o Direito Capitalista do Trabalho, que confere uma dita civilidade à expropriação do trabalho dos não proprietários.

7. Conclusões

No retorno interdisciplinar à compreensão do sujeito assalariado, verifica-se que seus caracteres cingem-se à triade do desposseimento, coação e expropriação. Se o trabalhador é o produtor da riqueza na modernidade, prossegue expropriado da propriedade que cria. Se a liberdade de trabalho é proclamada nos discursos jurídicos, a realidade de necessidade lhe impele, como única opção, a se vender como mão de obra. Se pelo império da necessidade, tem que se vender, pouco espaço haverá para manifestação de uma vontade livre. Seja no fordismo ou no toyotismo, mantém-se o processo de intensificação do trabalho assalariado, em reforço da condição dependente do trabalhador, inclusive com a vertente de dependência consentida pela lógica da colaboração. Desta análise, constata-se que dependência se apresenta prévia e estruturalmente ao próprio contrato de trabalho.

O diagnóstico, conforme visão oriunda da política, economia e sociologia, é que a atipicidade flexível e suas inovações modistas no mundo do trabalho são veiculadoras de mais precariedade no lugar de um *status* de proteção advindo do contrato de trabalho e sua tutela jurídica. Sem o medo da possibilidade de um outro regime político-social, não há mais razão econômica para o capitalismo manter, de maneira irresignada, um sistema de proteção (custoso) em favor do assalariado, bem típico de um Estado Social. Na mesma política, os dilemas estão postos: cumprir o programa constitucional de uma sociedade estruturada na dignidade humana, que dialoga com o valor social do trabalho e a livre-iniciativa, na conciliação destes pela ideia de justiça social; ou, no plano do *economicus*, implementar uma sociedade baseada na busca da eficiência e riqueza que qualifica as tutelas jurídicas como obstáculos (onerosamente) desnecessários.

Como compromissária da primeira opção de justiça social, a dependência econômica se apresenta como a caracterização do trabalhador

como o sujeito desposseído, coagido e expropriado. Por não possuir propriedade substancial — o que não significa pobreza individual —, é conduzido a vender de sua força de trabalho como simples valor-de-uso, quando poderia, caso tivesse propriedade, vendê-la como valor-de-troca. Sendo obrigado a se vender, assume socialmente uma posição de assujeitado ao poder daquele que pode lhe comprar, inclusive dirigindo-o ou não. Por fim, a riqueza que se produz neste trabalho — o valor agregado — não lhe pertence, eis que, juridicamente, é a propriedade originária do empregador, apesar de pressupor uma propriedade prévia.

Na operacionalização desta ideia ressignificada de dependência, articula-se uma racionalidade de abertura e amplitude conceitual, que transfere para o conceito de trabalho autônomo o padrão fechado da tipicidade. Na ruptura com o positivismo, afasta-se, igualmente, da pretensão de completude dos conceitos jurídicos, inclusive reconhecendo a inadequação de um conceito milimétrico que tende a ineficácia e obsolência pela inovação, complexidade e pela processualidade histórica. Como contraposição à ideia de dependência econômica, a autonomia é, então, advinda da titularidade sobre uma organização produtiva, ainda que seja diminuta, isto é, a existência de propriedade suficiente (e trabalho humano) para a constituição da ideia (ampla) de empresa é que caracteriza a autonomia. Infere-se que é justamente a propriedade que cria as condições para o exercício do poder de direção ou mesmo propicia sua delegação para os chefes, gerentes, entre outros.

Afirmar a dependência como econômica demarca o aspecto econômico da relação, oriundo do poder que a propriedade confere ao seu titular. Destina-se a frisar que o Direito do Trabalho é, essencialmente, o Direito capitalista do Trabalho, o qual ao mesmo tempo que confere uma civilidade à expropriação do trabalho dos não proprietários prossegue mantendo esta relação estruturalmente de

expropriação. Neste desiderato, a dependência econômica proposta, quando comparada à subordinação jurídica, tem muito mais a oferecer, seja na identificação da essência (e não da consequência) do assalariamento, inclusive a par das singularidades brasileiras, seja pela delimitação conceitual aberta perante as realidades formalmente disfarçadas ou pela aptidão a desfazer as ocultações capitalistas, a dependência econômica incorpora melhor as tarefas do Direito do Trabalho na busca por dignidade humana e justiça social.

8. Referências bibliográficas

- ABRANTES, José João. *Estudo sobre o Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- BARASSI, Ludovico. *Tratado del Derecho del Trabajo*. Tomo I. Trad. Miguel Sussimi. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1953.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão salarial: uma crônica do salário*. 6. ed. Petropolis: Vozes, 1998.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 1. v. São Paulo: Saraiva, 1982.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, LTr, ano 70, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.
- GASPAR, Danilo. *A crise da subordinação jurídica clássica enquanto elemento definidor da relação de emprego e a proposta da subordinação potencial*. Dissertação de Mestrado em Direito defendida na Universidade Federal da Bahia. Salvador, UFBA, 2011.
- GOMES, Orlando. Introdução do Direito do Trabalho. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1944.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 17. ed. atualizada por José Augusto Rodrigues Pinto e Otávio Augusto Reis de Sousa. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. São Paulo: Objetiva, 2009.
- LOCKE, Jonh. Segundo Tratado sobre o Governo. In: *Os pensadores*. 2. ed. Trad. Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 24. ed. Trad. Reginaldo Sant'anna. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, v. 1.
- _____. *O capital: crítica da economia política*. 23. ed. Trad. Reginaldo Sant'anna. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2006. Livro I, v. 2.
- MENDES, Marcus Barberino; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende. *Subordinação estrutural-reticular: uma perspectiva sobre a segurança jurídica*. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Marcus_Jose.pdf> Acesso em: 1º dez. 2008.
- OLEA, Manoel Alonso. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1969.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *(Re)pensando o princípio da proteção na contemporaneidade*. São Paulo: LTr, 2009.
- Organização Internacional do Trabalho (OIT). *El ámbito de la relación de trabajo*. Disponível em <www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc91/pdf/rep-v.pdf> Acesso em: 30 nov. 2010.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.
- ROMITA, Arion Sayão. *A subordinação no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1979.
- _____. A crise do critério da subordinação jurídica. Necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 11, p. 1.287-1.298, nov. 2004.
- SMITH, Adam. *Riqueza das nações*. (Ed. condensada). Trad. Norberto de Paula Lima. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de Direito do Trabalho: a relação de emprego*. v. II. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. *A supersubordinação — invertendo a lógica do jogo*. Disponível em: <<http://www.calvet.pro.br/artigos/A%20Supersubordina%C3%A7%C3%A3o-invertendo%20a%20l%C3%B3gica%20do%20jogo-%20Souto%20Maior.rtf>> Acesso em: 15 dez. 2010.
- URIARTE, Oscar Ermida; ALVAREZ, Oscar Hernández. Apuntes sobre los cuestionamientos al concepto de subordinación. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 103, p. 201-217, jul./set. 2001.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- ZINGUEREVITCH, Alexandre. *La notion de contrat de travail*. Paris: Pedone, 1936.

A globalização do desemprego: o “Ocupe Wall Street” (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT

Rosemary de Oliveira Pires^(*) e Fernanda Antunes Marques Junqueira^(**)

Resumo:

- ▶ Os EUA e a Europa dão mostra de que não estão sendo capazes de resolver seus problemas econômicos e políticos nem de conter a insatisfação popular que cresce a cada dia na proporção dos desempregados e excluídos da riqueza e do poder. Os países em desenvolvimento, como o Brasil, certamente, aguardarão os efeitos ainda mais nefastos advindos desse quadro que desvela um futuro assustador e sem precedentes. Os últimos informes da OIT são alarmantes quanto aos níveis de desemprego e a necessidade de medidas restauradoras. O estudo ora empreendido retoma a Convenção n. 158 da OIT como um instrumento a balizar a política brasileira na luta em favor da promoção e proteção do emprego. O Direito do Trabalho assume-se em sua missão teleológica tuitiva do trabalho em relação ao capital.

Palavras-Chave:

- ▶ Crise econômico-financeira — Desemprego — Convenção n. 158 da OIT — Direito do Trabalho.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A crise econômico-financeira do século XXI: versão agravada das crises anteriores
- ▶ 3. Os efeitos da crise econômico-financeira no mundo do trabalho
- ▶ 4. A Convenção n. 158 da OIT: retomada de sua aplicação pelo Brasil na proteção do seu crescente contingente de desempregados
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Mestre em Direito Civil pela UFMG. Doutoranda em Direito do Trabalho pela UFMG. Juíza Titular da Vara do Trabalho de Sabará/MG – 3ª Região.

(**) Mestre em Direito do Trabalho pela UFMG. Professora de Direito do Trabalho. Advogada.

Art. I – Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Embora ninguém possa voltar atrás e fazer um novo começo, qualquer um pode começar agora e fazer um novo fim.

Chico Xavier

1. Introdução

“Vocês não nos deixaram sonhar. Nós não os deixaremos dormir.”

Essa sentença popular, bradada no movimento espontâneo que vem ganhando proporções espantosas no mais emblemático centro financeiro mundial, o *Wall Street*, lembra a velha pena do talião “olho por olho, dente por dente”, algo semelhante à justiça pelas próprias mãos ou, quem sabe, alguém ainda poderia dizer, exercício arbitrário das próprias razões. O tom, pois, parece ser de abalo da confiança popular nas instituições públicas, ou seja, no monopólio do Estado de controle e solução dos conflitos sociais e econômicos ou, em termos jurídicos, de fazer justiça. O “sinal amarelo” acendeu-se...

Ali, ainda ali, no país que sempre exaltou a máxima da liberdade, tendo nela seu símbolo nacional, fala-se agora em... igualdade! Os manifestantes do movimento “*Ocupe Wall Street*” (OWS) insurgem-se “contra o sistema financeiro e a desigualdade”⁽¹⁾.

Até que enfim!

A espécie humana parece que ascendeu um grau na linha de evolução de sua consciência coletiva, ao concluir que o sistema capitalista, quando sustentado na liberdade sem peias, gera acumulação de riquezas apenas para poucos, alimentando o sistema financeiro, mas engessando a produção-trabalho. O resultado, obviamente, é a distribuição desigual dessas riquezas, sobrando finanças para a minoria

(os que defendem a liberdade) e faltando trabalho para a maioria (os que defendem a igualdade).

No fundo, são as mesmas reivindicações que se ouvem do lado europeu.

Também lá, os que vivem do trabalho (aí incluídos os produtores que estão se dando conta de que o capital da empresa depende do trabalho para crescer) reclamam contra os governos promoverem ações que beneficiam apenas os banqueiros e os especuladores ou, em outros termos, contra o sistema financeiro sem regulamentação estatal, desprezando os programas sociais e assistenciais, bem como as políticas de investimento na produção e criação de novos empregos, e deixando de buscar soluções para o crescente número de postos de emprego perdidos e para a necessidade de criação de outros tantos que deveriam ser ofertados aos trabalhadores que estão surgindo já sem perspectivas nesse sombrio panorama.

A respeito do cenário mundial, veja-se a análise procedida por FRAGA, economista brasileiro com experiência internacional, que “prevê tempestades financeiras no mundo” e diz que “o Brasil será testado”.

A Europa tem se mostrado incapaz de se antecipar aos fatos e apresentar uma reação convincente. Já se sabia que a União Europeia passaria por momentos difíceis. A união é incompleta. É monetária e aduaneira, mas não fiscal nem política. As respostas serão de difícil execução e graduais. Os instrumentos de política econômica estão no limite. Em tese, nos Estados Unidos a recuperação seria mais simples. Mas o país está dividido e polarizado. Não há ambiente político para reformas. Parece só haver chance para isso depois da eleição presidencial do próximo ano. Até na China há sinais de desgaste. Como o governo chinês não é muito transparente, as análises tendem a convergir para o pior cenário. Os grandes blocos da economia mundial vivem dias difíceis.

(1) Revista Veja, 19 out. 2011. Não é religião. Mas é fé. p. 91.

É um quadro assustador. Há muito risco no ar.⁽²⁾

A crise econômico-financeira é uma realidade, assim como o número de desempregados e trabalhadores informais lançados no mercado, a fazer parte de frias estatísticas, números de equações matemáticas adotadas pelos economistas que os conjugam com os outros dados do jogo da política monetária, como os índices de inflação, taxas de juros, gastos públicos, etc. Mudam-se apenas os anônimos protagonistas, ignorados na sua essencialidade humana.

Nas linhas seguintes, traça-se o panorama geral da crise econômico-financeira atual com sua repercussão no mundo do trabalho, bem como apresenta-se o esboço de aplicabilidade da Convenção n. 158 da OIT no plano interno brasileiro, na busca de abertura do debate acerca do crescente número de desempregados, órfãos inocentes da crise.

2. A crise econômico-financeira do século XXI: versão agravada das crises anteriores

O paradigma dominante, enraizado no pensamento hegemônico neoliberal, centrou sua atenção na redução do Estado e visou o fomento do capital financeiro-especulativo que, já no ano de 2006, mostrou sinais de vulnerabilidade. Segundo Hobsbawm:

[...] não é surpreendente que os capitalistas inteligentes, especialmente no setor financeiro globalizado, fiquem impressionados com Marx, já que eles são necessariamente mais conscientes que outros sobre a natureza e as instabilidades da economia capitalista na qual eles operam.⁽³⁾

Os primeiros sintomas da crise foram diagnosticados no cerne da hegemonia norte-americana, originariamente no mercado imobiliário,

segmento denominado *subprime*⁽⁴⁾. Em virtude do aumento da inadimplência do pagamento dos empréstimos fundados no crédito hipotecário, ocorreu forte retração da oferta de crédito, que, como em um efeito dominó, culminou na queda das vendas e do preço dos bens imóveis. A essa altura, as condições para a explosão da “bolha especulativa” do mercado imobiliário estavam dadas. Era só uma questão de tempo. E não tardou muito para acontecer.

A partir de agosto de 2007, a crise imobiliária do mercado *subprime*

[...] atingiu fortemente os mercados financeiros e de capitais dos EUA e dos países da Europa que tinham bancos expostos diretamente à securitização ou titularização das hipotecas de alto risco. A rápida propagação da crise para o setor financeiro deu-se pela via do sistema estadunidense de financiamento de compra de imóveis⁽⁵⁾.

A acelerada desregulamentação do setor imobiliário durante os anos 1990 a 2000 permitiu o rápido crescimento, sem controle e fiscalização, de empresas independentes de empréstimos hipotecários, que, buscando a securitização de seus contratos, venderam promissórias hipotecárias *subprime* aos *hedge funds* (fundos especulativos de alto risco), que são filiais de grandes bancos de investimento e comerciais estadunidenses e estrangeiros⁽⁶⁾.

Contudo, dado o aumento da inadimplência, seguido da queda dos preços dos imóveis, os agentes financeiros viram-se impossibilitados

(2) Revista *Veja*, 19 out. 2011. Arminio Fraga. *O grande teste ainda virá*. p. 21.

(3) HOBBSAWN, Eric. *A crise do capitalismo e a importância atual de Marx*. Trad. (espanhol-português) Marco Aurélio Weissheimer. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/templates>>.

(4) Os *subprimes* incluíam desde empréstimos hipotecários até cartões de crédito e aluguel de carros. Eram concedidos nos Estados Unidos a clientes sem comprovação de renda e com histórico ruim de crédito, os chamados clientes *ninja* (do acrônimo, em inglês, *no income, no job, no assets*: sem renda, sem emprego, sem patrimônio).

(5) CARCANHOLO, Marcelo et al. *Crise financeira internacional: natureza e impacto*, maio 2008, Jubileu Sul/Brasil. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/hpp/intranet/pdfs/crise_financeira_internacional>.

(6) CHENAIS, François. Até onde irá a crise financeira. *Le Monde Diplomatique Brasil*, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.diplo.uol.com.br>>.

de saldar a tempo os seus passivos. Como resultado, constatou-se elevada descapitalização dos grandes bancos (deterioração de seus balanços) e forte redução da liquidez interbancária⁽⁷⁾. Mesmo as agências financeiras que não trabalhavam com os chamados “créditos podres” — títulos lastreados em hipotecas *subprime* — foram atingidos. A título de exemplificação, o banco britânico *Northern Rock*, apesar de não possuir em seus livros hipoteca-lixo, adotava uma estratégia altamente arriscada, que consistia em requisitar empréstimo monetário — a curto prazo — a instituições financeiras para, em seguida, emprestá-lo — agora, a longo prazo — aos potenciais compradores de imóveis. De forma inusitada, deixaram as instituições financeiras de conceder empréstimo em dinheiro ao *Northern Rock*. Não lhe restando outra alternativa que garantisse sua sobrevivência, no início do ano de 2007, acabou por se tornar o primeiro banco britânico a sofrer intervenção governamental desde 1860⁽⁸⁾.

Na sequência, temendo que a crise tocasse a esfera da economia real, os *Bancos Centrais* foram conduzidos a injetar *liquidez* no mercado interbancário para evitar o *efeito dominó*, com a quebra de outros bancos, em cadeia, com a ampliação da crise em escala mundial.

No entanto, já com repercussões mundiais, a crise atingiu seu apogeu em 2008, com a estatização dos gigantes do mercado de empréstimos pessoais e hipotecas: a *Federal National Mortgage Association* (FNMA), conhecida sob o epíteto *Fannie Mae*, e a *Federal Mortgage Corporation* (FHLMC), apelidada de *Freddie Mac*⁽⁹⁾. O fenômeno, ao menos aparentemente, caminhava ao inverso. Na era das privatizações, a reconstrução se dava pelas estatizações.

Logo em seguida, o tradicional banco de investimos *Lehman Brothers*, um dos sustentáculos financeiros de *Wall Street*, contando mais de 150 anos de existência, requereu o pedido de concordata. Posteriormente, foram vendidas partes de sua unidades ao banco britânico *Barclays*⁽¹⁰⁾. Na mesma situação, a corretora *Merrill Lynch* foi vendida ao *Bank of America*.

E, como uma ramificação cancerígena, as demais instituições financeiras em volta do globo foram contaminadas. Nunca o índice *Dow Jones* foi tão baixo desde os atentados de 11 de setembro de 2001⁽¹¹⁾.

Antes que pudesse respirar, o mundo foi surpreendido com a queda das ações da maior empresa seguradora dos Estados Unidos, a *American International Group Inc.* (AIG), em aproximadamente 60% na abertura do mercado.

No decorrer do dia, o *Federal Reserve* tentou persuadir os bancos *J. P. Morgan* e *Goldman Sachs* a conceder um crédito de emergência de US\$ 75 bilhões para ajudar a AIG. Greg Wood, analista de negócios da BBC, asseverou que um possível fracasso na operação para salvar a AIG seria duas vezes pior se comparada à quebra do *Lehman Brothers*⁽¹²⁾.

Novamente em sentido contrário aos princípios neoliberais, no que diz respeito às políticas intervencionistas, em 17 de setembro de 2008, o *Federal Reserve* concedeu um empréstimo monetário de US\$ 85 bilhões na tentativa de ressuscitar a *American International Group Inc.* Em troca, o governo americano passou a deter 79,9% de participação no controle acionário do grupo e o gerenciamento de seus negócios, estatizando-a, ainda que em teoria, temporariamente. Mais tarde, um segundo pacote de ajuda financeira governamental no valor de US\$ 37,8 bilhões foi aprovado⁽¹³⁾.

(7) CARCANHOLO, *Crise financeira internacional*:... Por ausência de liquidez, entende-se a falta de dinheiro disponível para saque imediato pelos correntistas dos bancos.

(8) BROOKS, Mick. *Economia mundial em crise* — onde estamos agora? Disponível em: <<http://www.edition.cnn.com/2008/politics>>.

(9) Reportagem oferecida pela *CNN*. Disponível em: <<http://www.edition.cnn.com/2008/politics>>.

(10) Disponível em: <<http://www.financialtimes.com>>.

(11) Disponível em: <<http://www.financialtimes.com>>.

(12) Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>.

(13) *Idem*.

Na lição de Souto Maior:

É bem verdade que não há uma coincidência de ideias quanto à pertinência de “injeção” de dinheiro público para salvar empresas do mercado financeiro. A “ajuda” ao mercado financeiro, dada pelo Estado, com o dinheiro público, se, por um lado, procura evitar a quebra em cascata, por outro, representa incentivar o desenvolvimento de um capitalismo sem risco, mantendo a ideia de que o lucro pertence à iniciativa privada e o prejuízo deve ser suportado pelo Estado.⁽¹⁴⁾

Seguindo essa lógica, na tentativa de evitar o choque das empresas no mercado financeiro, em 29 de setembro de 2008, *the House of Representatives* rejeitou o pacote de medidas de ajuda governamental ao setor financeiro, que consistia na liberação de recursos do Tesouro de até US\$ 700 bilhões, para a compra de títulos lastreados em hipotecas *subprime*. Posteriormente, foi o projeto reajustado, sendo o custo total ampliado para US\$ 850 bilhões, dos quais até US\$ 700 bilhões seriam usados para comprar “títulos podres”, conforme o projeto original. O restante foi acrescentado pelo Senado, na forma de cortes de *impostos e incentivos fiscais*⁽¹⁵⁾.

Após intensa campanha com vistas à sanção do projeto, tendo como incentivadores o então presidente *George W. Bush*, o secretário do Tesouro, *Henry Paulson*, e o presidente do *Federal Reserve*, *Ben Bernanke*, além dos candidatos à Presidência dos EUA, *Barack Obama* (*Partido Democrata*) e *John McCain* (*Partido Republicano*), o *Senado dos Estados Unidos* aprovou o projeto, em 1º de outubro⁽¹⁶⁾.

Mas a crise financeira não parou por aí, pelo contrário, intensificou-se e alastrou-se. Em outubro de 2008, a Alemanha, a França, a Áustria, os Países Baixos e a Itália anunciaram

pacotes que somam 1,17 trilhão de euros para serem injetados nos seus sistemas financeiros.

O mais recente desdobramento da crise financeira e econômica internacional foi a *insolvência das nações desenvolvidas: Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha, Itália e Grã-Bretanha*. O grande acúmulo da *dívida governamental* superou a capacidade de endividamento dessas nações. O rastilho de pólvora foi então aceso: rumores sobre a possibilidade de essas nações não honrarem com seus compromissos não tardaram a aparecer⁽¹⁷⁾.

Entretanto, pode-se dizer que o estopim da crise de 2008-2011 veio com o vento norte-americano, soprando a probabilidade de os Estados Unidos não conseguirem saldar suas dívidas. O debate no Congresso Americano sobre a ampliação do limite da dívida aumentou a especulação internacional sobre a real capacidade de solvência americana⁽¹⁸⁾.

Após a sua aprovação nas Casas americanas, em 31 de julho de 2011, o pacote foi ratificado pelo *Presidente Barack Obama*, ficando o acordo conhecido como *Budget Control Act of 2011*. Ao contrário do que se pensava, as bolsas de valores mundiais não reagiram positivamente ao acordo, fechando em forte queda⁽¹⁹⁾.

O efeito dessa instabilidade econômica foi objeto de análise pela agência de classificação de notas de crédito *Standard & Poor's* (S & P), que, pela primeira vez na história, rebaixou a nota da dívida pública dos Estados Unidos de AAA para AA+, graças à crescente dívida e ao pesado déficit de orçamento⁽²⁰⁾.

Mesmo com a intervenção incisiva do governo norte-americano, o futuro ainda é incerto.

(14) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Crise: enfim, a razão?* 2009. Disponível em: <<http://www.adital.com.br/Site/noticia.asp>>.

(15) *Idem*.

(16) Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>.

(17) Juros sobre dívida brasileira são os maiores entre o G20. *Portal Terra*. Página visitada em 18 de outubro de 2011.

(18) Obama precisa de acordo com o Congresso para evitar moratória. *Estadão*. Página visitada em 18 de outubro de 2011.

(19) Ibovespa tem pior queda entre principais bolsas globais. *iG Economia*. Página visitada em 18 de outubro de 2011.

(20) Rebaixamento de nota dos EUA derruba bolsas asiáticas. *Estadão*. Página visitada em 18 de outubro de 2011.

A única certeza que se tem é que resta definitivamente abalada a ideia de que os mercados se autorregulam e, por si só, seriam capazes de proporcionar justiça social.

Ao contrário, o recente Prêmio Nobel de 2011 foi concedido a dois economistas americanos *Thomas Sargent* e *Christopher Sims*, que desenvolveram estudos conclusivos de que a política econômica afeta a economia real e vice-versa⁽²¹⁾, cuja obviedade da constatação consagra a necessidade de mecanismos mais rigorosos pelo Estado na regulação dos agentes econômicos do mercado. Desse modo, quem sabe, poder-se-á evitar no futuro a frouxidão hoje verificada de a política econômica vir a reboque da economia real, tendo a sociedade que suportar os efeitos nefastos dessa política atrasada.

3. Os efeitos da crise econômico-financeira no mundo do trabalho

São alarmantes os dados apontados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Segundo o relatório de atualização estatística, formulado em parceria com a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico a pedido da presidência do G20, a crise deixará mais de 200 milhões de desempregados em todo o planeta⁽²²⁾.

No Japão, a taxa de desemprego subiu para 3,9%, em novembro de 2008. Na comunidade europeia, o desemprego em dezembro é o maior desde 2006, atingindo o percentual de 8%. No Reino Unido, o colapso da empregabilidade deve atingir três milhões de pessoas neste ano. Na Espanha, o índice de 14,4% é recorde na Europa. Nos Estados Unidos, o desemprego está em 7,2%. Só em dezembro de 2008, 2,5 milhões de pessoas perderam o emprego⁽²³⁾.

(21) *Revista Veja*. Bateu, levou. Essa é a lei. 19 out. 2011, p. 106.

(22) Disponível em: <www.oit.org.br>.

(23) Disponível em: <www.dieese.org.br>.

Além do número de desempregados, a criação de novos empregos está paralisada:

O relatório conjunto da OIT e da OCDE diz que o emprego deveria crescer a uma taxa anual de pelo menos 1,3 por cento para chegar a 2015 com uma taxa de emprego igual à que existia antes da crise. Uma taxa de crescimento deste nível permitiria criar cerca de 21 milhões de empregos adicionais por ano, recuperar os postos de trabalho que foram perdidos desde 2008 e absorver o crescimento da população em idade de trabalhar. No entanto, o relatório adverte que o emprego pode terminar crescendo a uma taxa abaixo de 1 por cento (0,8) até o final de 2012.⁽²⁴⁾

É preciso lembrar que uma das primeiras medidas que os governos estrangeiros tomarão — e já estão tomando para defender seu próprio “mercado de trabalho” —, é fechá-lo para os imigrantes, o que significa um problema para o terceiro mundo, que não apenas sofrerá os efeitos da crise econômica e financeira global, a afetar os seus atuais níveis de desemprego, como terá que buscar novas fórmulas decorrentes do retorno de seus emigrantes desempregados.

Nesse cenário, voltam a lume todas as considerações, lá nos idos de 1988, que fizeram a Organização Internacional do Trabalho proclamar a Convenção n. 158 como meio de promoção no emprego e proteção contra o desemprego, dentre elas “a amplitude do desemprego e do subemprego, que afetam os diversos países do mundo em todos os níveis de desenvolvimento e, particularmente, os problemas dos jovens, grande parte dos quais procura um primeiro emprego”.

4. A Convenção n. 158 da OIT: retomada de sua aplicação pelo Brasil na proteção do seu crescente contingente de desempregados

Os países desenvolvidos estão acordando para os efeitos da aguda ciranda financeira.

(24) Disponível em: <www.oit.org.br>.

Certamente, procurarão para si soluções que atendam seus interesses, deixando para o resto do mundo os destroços do sistema que eles próprios criaram, defenderam e impuseram por muito tempo.

Por ora, os movimentos populares mencionados, realizados em *Wall Street* e na Europa, não foram organizados por uma entidade específica, nem se ligam entre si, ou seja, não buscam uma defesa global.

Assim, no Brasil, retoma-se a necessidade de se pensar mecanismos de promoção e preservação do emprego, tendo na Convenção n. 158 da OIT o pilar de sua normatização.

Relembrando seus marcos legislativos, a Convenção n. 158, da OIT, foi assinada em Genebra, em 22 de junho de 1982. No plano intermo brasileiro, em atenção às diretrizes constitucionais, foi submetida ao Congresso Nacional para análise, sendo ratificada em 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 68. O instrumento de ratificação foi depositado em 04 de janeiro de 1995. Conforme disposto no art. 16, § 3º, da Constituição da OIT, a Convenção deveria entrar em vigor a partir do ano seguinte. Assim, desde janeiro de 1996, o Brasil tornou-se responsável pelo seu cumprimento perante a OIT. Entretanto, para que irradiasse direitos e obrigações no âmbito interno, era indispensável a divulgação do decreto de promulgação, a teor do art. 1º, da então Lei de Introdução ao Código Civil. Esta publicação se deu em 11 de janeiro de 1996, por meio do Decreto de Promulgação n. 1.855/1996.

Malgrado não trouxesse à vida o regime da estabilidade decenal, já derrocado pela Constituição da República de 1988, sua ratificação foi objeto de grande celeuma entre o empresariado nacional. O óbice encontrado pelo clamor empresário seria a incompatibilidade entre a Convenção n. 158 e o art. 7º, I, da CR/1988, que dispõe ser vedada a dispensa arbitrária, mas cuja regulamentação dependeria de lei complementar que, até o presente momento, não foi promulgada.

A Confederação Nacional do Transporte (CNT), entidade patronal, adotando essa fundamentação, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), autuada sob a ADI n. 1.480, pugnando pela extirpação da Convenção n. 158 do ordenamento jurídico pátrio.

Entretanto, antes mesmo que pudesse o STF apreciar a matéria, o então Chefe do Poder Executivo, Fernando Henrique Cardoso, numa única penada, expediu o Decreto n. 2.100/1996, denunciando a Convenção n. 158 da OIT e colocando em xeque todo um sistema de guarida do direito social ao trabalho imbuído na norma internacional:

O Presidente da República torna público que deixará de vigorar para o Brasil, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT n. 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.⁽²⁵⁾

A partir de 20 de novembro de 1997, seus efeitos estariam tolhidos por completo. Como justificativa, o governo brasileiro noticiou que a Convenção n. 158 da OIT acarretaria ao Brasil perda de competitividade internacional. A medida jurídica gerou em pouco tempo calorosas discussões no seio do Poder Judiciário, sendo abafadas no Ministério do Trabalho por ser órgão vinculado ao Poder Executivo, não sem algum mal-estar interno⁽²⁶⁾.

(25) Texto extraído do Decreto n. 2.100/1996. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

(26) Arnaldo Süssekind, então membro integrante da Comissão Permanente de Direito Social do Ministério do Trabalho, e por décadas representante do Brasil junto à OIT, como perito, em protesto ao ato denunciante, renunciou ao seu mandato. Foi um ato simbólico e histórico, marcando sua saída de forma deprimida, mas honrada, reveladora da importância, para ele, da assinatura pelo Brasil da Convenção n. 158 da OIT.

Contudo, os argumentos pecam pelo esvaziamento de suas proposições. Não só fez o Poder Executivo da Constituição de 1988 letra morta, como também se apoderou dela para contemplar ato que não se sustenta em um Estado que se intitula Democrático de Direito.

No momento de sua incorporação à ordem jurídica pátria, fez-se necessária a aprovação do Chefe do Poder Executivo e a regulação do processo legislativo junto ao Congresso Nacional, denotando a sua validade formal. A mesma trilha deveria ser então perfilhada de modo a extirpá-la do ordenamento, se assim se pretendia.

Ensinam Nascimento e Accioly que, uma vez incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, a norma internacional é parte dele, assim como outra lei qualquer⁽²⁷⁾. Esse entendimento, inclusive, foi reverberado pelo STF em dois pronunciamentos: a ADI n. 1.480 e a CR n. 8.279. Ou seja, após a incorporação, os tratados encontram-se no plano das leis ordinárias, em posição inferior à Lei Fundamental. Neste aspecto, constata-se que o Brasil é adepto da teoria monista com primazia do direito interno a fim de solucionar os mais variados conflitos⁽²⁸⁾.

Note-se que a competência do Presidente da República para celebrar tratados fica sujeita a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII, CR), sendo de competência exclusiva do Congresso “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I, CR).

Por isso, a denúncia levada a efeito por ato exclusivo do Presidente da República revestiu-se de inconstitucionalidade. Partilha desse entendimento Viana, asseverando que o Chefe

do Poder Executivo, ao denunciar a Convenção n. 158, da OIT, mediante Decreto, extrapolou os limites de sua competência, constitucionalmente fixados. “Se é o Congresso quem aprova os tratados internacionais, como pode o Presidente, por ato isolado, denunciá-los?”⁽²⁹⁾

Imbuída desse espírito de fazer legítima a Constituição da República de 1988, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face do Decreto n. 2.100/1996, autuada sob a ADI n. 1.625, estando os autos conclusos, desde 3.6.2009, à Ministra Ellen Gracie.

Entretanto, em recente consulta realizada junto ao sítio do STF, foram proferidos, em 2.10.2003, os votos dos ministros Maurício Corrêa, relator da ação e Carlos Ayres Britto, no sentido de julgar “procedente, em parte, a ação para, emprestando ao Decreto Federal n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme ao art. 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção n. 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena”⁽³⁰⁾. Recentemente, o Ministro Joaquim Barbosa também decidiu pela procedência *in totum* da ação direta.

Sob esse prisma, constata-se que a Convenção é parte integrante da Constituição da República de 1988. Não só é parte dela, como também agasalha um direito fundamental: o direito ao trabalho. A norma contida na Convenção n. 158 da OIT, que trata da proteção contra a despedida injustificada, é recepcionada pelo ordenamento jurídico nacional com o *status* constitucional fundamental.

Souto Maior, em decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, tratou da inconstitucionalidade da denúncia da Convenção n. 158 da OIT e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico pátrio:

(27) SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 68.

(28) Nesse sentido, consultar: REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 82.

(29) VIANA, Márcio Túlio. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 128-129.

(30) Disponível em: <www.stf.jus.br>.

[...] Assim, um instrumento internacional, ratificado pelo Brasil, que traz questão pertinente ao direito do trabalho, há de ser aplicado como norma constitucional, ou até mesmo, supranacional. Mesmo que os preceitos da Convenção n. 158 precisassem de regulamentação (o que não se acredita seja o caso) já se encontrariam na legislação nacional os parâmetros dessa “regulamentação”. A Convenção n. 158, da OIT, vem, de forma plenamente compatível com nosso ordenamento jurídico, impedir que um empregador dispense seu empregado por represálias ou simplesmente para contratar outro com salário menor. No caso de real necessidade, a dispensa está assegurada. Para a dispensa coletiva necessária a fundamentação em “necessidade de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”, “por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos”. Quanto ao modo de apuração ou análise dos motivos alegados não há, igualmente, problemas de eficácia, valendo como parâmetro legal a regra e as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais já dadas ao art. 165 da CLT. A dispensa imotivada de trabalhadores, em um mundo marcado por altas taxas de desemprego, que favorece, portanto, o império da “lei da oferta e da procura”, e que impõe, certamente, a aceitação dos trabalhadores a condições de trabalho subumanas, agride a consciência ética que se deve ter para com a dignidade do trabalhador e, por isso, deve ser, eficazmente, inibida pelo ordenamento jurídico. Não é possível acomodar-se com uma situação reconhecidamente injusta, argumentando que “infelizmente” o direito não a reprime. Ora, uma sociedade somente pode se constituir com base em uma normatividade jurídica se esta fornecer instrumentos eficazes para que as injustiças não se legitimem. Do contrário, não haveria do que se orgulhar ao dizer que vivemos em um “Estado democrático de direito”.⁽³¹⁾

(31) Trecho do acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, nos autos

De fato, o ato administrativo que resultou na sua denúncia deve ser repudiado pelos aplicadores do Direito. Todos são guardiões da Constituição.

Noutro giro, cumpre pontuar que a Convenção n. 158 da OIT não esbarra no art. 7º, I, da Constituição da República de 1988. Ambas as diretrizes se complementam e se aproveitam. É um casamento que dá certo. A proteção ao emprego é medida relevante para a consagração de uma sociedade pluralista. Enquanto o art. 7º, em seu inciso I, proíbe expressamente a dispensa arbitrária, a Convenção n. 158 da OIT afirma esse direito, delineando as diretrizes para a efetivação da continuidade da relação de emprego.

Repita-se que a Convenção n. 158 da OIT não tem o propósito de ressuscitar o antigo regime da estabilidade decenal; sua pretensão também não é a de desapropriar completamente o empregador de seu poder empregatício. Ao revés, a finalidade da norma internacional repousa no intento de introduzir um certo equilíbrio das forças entre as partes, reduzindo as arbitrariedades perpetradas no seio da relação empregatícia.

A propósito, válida a lição de Maciel, corroborando o exposto:

Ora, a referida convenção não proíbe a demissão, mas exige que seja ela justificada, e esse princípio da proteção ao emprego, é consagrado, por ser o emprego um direito social que importa na impossibilidade de seu término por arbítrio, vestígio de costumes usados por empresários de uma época que já passou.⁽³²⁾

Pelo seu cunho inegavelmente humanitário, a Convenção n. 158, da OIT é o retrato de um diálogo democrático estabelecido entre as Nações e seus filhos. Em um mundo de feições

do processo n. 00935.2002.088.15.00-3. Disponível em: <www.trt15.jus.br>.

(32) MACIEL, José Alberto Couto. *Comentários à Convenção n. 158 da OIT: garantia de emprego*. São Paulo: LTr, 1996, p. 9.

afritas e inseguras, a Convenção n. 158 da OIT é instrumento prestável como contraponto aos ditames autoritários do empregador perante a gerência da relação de emprego.

É preciso entender a aplicação da Convenção n. 158 da OIT dentro do espectro maior de sua inserção no Direito do Trabalho e da missão deste de atuar na proteção ao trabalho diante do capital.

A centralidade axiológica do trabalho é evidente, mas a crise a expôs com veemência:

[...] a crise do capitalismo financeiro vem mostrando que o modelo capitalista, daqui para frente, deverá ou pelo menos precisa ser outro. Se o mundo do capital vai ser outro, o trabalho inevitavelmente também vai, porque o trabalho está para o capital.⁽³³⁾

A Convenção n. 158 da OIT pode irromper uma nova era do Direito do Trabalho no Brasil. Um Direito do Trabalho que atente para o seu adequado conteúdo teleológico e atue no sentido de alicerçar o começo de uma jurisdição constitucional capaz de efetivar os seus mandamentos tuitivos laborais. Um começar de novo que verdadeiramente priorize o conteúdo à forma, trazendo à realidade o valor social do trabalho, bem como a dignidade da pessoa humana, pilares da República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito.

5. Considerações finais

Os movimentos populares clamam pela intervenção do Estado na regulamentação do sistema financeiro. A OIT clama pela intervenção do Estado na implantação de uma política pública fomentadora da produção com vistas à criação e manutenção de empregos.

Em suma, o grave momento histórico desafia o Direito a encontrar soluções urgentes e eficazes para as questões aflitivas que envolvem

toda a Humanidade e que podem determinar o seu novo perfil futuro. É um papel prospectivo de larga dimensão.

Esse desafio, a envolver diversos ramos do Direito, como o Direito Econômico, Civil, Empresarial, Financeiro, Administrativo, Internacional, também, e particularmente, envolve o Direito do Trabalho.

É importante, pois, que os juristas deste último segmento estejam atentos para perceber e não se deixar influenciar pelos velhos e ultrapassados jargões dos discursos neoliberalizantes, que certamente voltarão a ser repetidos, à certa altura do debate, de que a legislação protetiva do empregado aumentará os custos da produção, tornando necessária a desregulamentação das regras trabalhistas.

O discurso cruel da flexibilização das relações de trabalho como forma de superação da crise não passa de uma retórica demagoga. Experiências como esta já foram tentadas na Espanha, Argentina e França. O resultado: um *dumping* social como outrora não se tinha visto. Então, se desproteger o emprego não é solução, a conclusão a que se chega é de que a sua proteção é a mais legítima arma de luta na (re)construção de uma sociedade incluyente e verdadeiramente democrática.

Se assim se aceitar, ou seja, se o Direito do Trabalho não se assumir na função precípua tuitiva do trabalho, continuaremos a patinar no mesmo terreno, sempre gravitando o trabalho em torno do capital, no sentido contrário ao ético e axiologicamente correto, deixando mais uma vez de aprender a lição que a História vem ensinando: a Liberdade é irmã siamesa da Igualdade e têm ambas a esperança de, um dia, encontrarem sua outra irmã, ainda perdida, a Fraternidade⁽³⁴⁾.

(33) PIRES, Rosemary de Oliveira. A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construit* de François Géný. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, n. 34, LTr, p. 26, 2010.

(34) "Fora da fraternidade, a igualdade e a liberdade são produzidas por uma vontade geral que não se generaliza e seu entendimento permanece abstrato." ANDRADE, Maria Inês Chaves. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*, p. 126.

6. Referências bibliográficas

- ANDRADE, Maria Inês Chaves. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Lisboa: Almedina, 2010.
- BBC. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>> Acesso em: 18 out. 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto de promulgação*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto n. 2.100/96*. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- BRASIL. Congresso Nacional. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- BROOKS, Mick. *Economia mundial em crise — onde estamos agora?* Disponível em: <<http://www.edition.cnn.com/2008/politics>> Acesso em: 18 out. 2011.
- CARCANHOLO, Marcelo *et al.* *Crise financeira internacional: natureza e impacto*. maio 2008, Jubi-leu Sul/Brasil. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/hpp/intranet/pdfs/crise_financeira_internacional> Acesso em: 18 out. 2011.
- CHENAIS, François. Até onde irá a crise financeira. *Le Monde Diplomatique Brasil*, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.diplo.uol.com.br>> Acesso em: 18 out. 2011.
- CNN. Disponível em: <<http://www.edition.cnn.com/2008/politics>> Acesso em: 18 out. 2011.
- DIEESE. Disponível em: <www.dieese.org.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- ESTADÃO. Obama precisa de acordo com o Congresso para evitar moratória. Disponível em: <www.estadao.com.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- ESTADÃO. Rebaixamento de nota dos EUA deruba bolsas asiáticas. Disponível em: <www.estadao.com.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- FINANCIAL TIMES. Disponível em: <<http://www.financialtimes.com>> Acesso em: 18 out. 2011.
- FOLHA de S. Paulo, de 17 fev. 1992.
- HOBSBAWN, Eric. *A crise do capitalismo e a importância atual de Marx*. Trad. (espanhol-português) Marco Aurélio Weissheimer. Disponível em: <<http://www.cartamaior.com.br/templates>> Acesso em: 18 out. 2011.
- IG. Ibovespa tem pior queda entre principais bolsas globais. Disponível em: <www.ig.com.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- MACIEL, José Alberto Couto. *Comentários à Convenção n. 158 da OIT: garantia de emprego*. São Paulo: LTr, 1996.
- OIT. Disponível em: <www.oit.org.br> Acesso 16 out. 2011.
- PIRES, Rosemary de Oliveira. A crise econômica global, o direito do trabalho e a Justiça do Trabalho: o *donné* e o *construit* de François Géný. In: *Revista Trabalhista Direito e Processo*, n. 34, LTr, p. 24-34, 2010.
- PORTAL TERRA. Juros sobre dívida brasileira são os maiores entre o G20. Disponível em: <www.terra.com.br> Acesso em: 18 out. 2011.
- RÁDIO CBN. Um mundo desigual. André Trigueiro. 16 out. 2011.
- RÁDIO CBN. *Movimento Ocupar Wall Street é espontâneo e veio da indignação dos cidadãos*. André Trigueiro. 9 out. 2011.
- REVISTA VEJA, ed. n. 2.239, ano 44, n. 42, 19 out. 2011. Entrevista: Armínio Fraga: *O grande teste ainda virá*. p. 17-21.
- REVISTA VEJA, ed. n. 2.239, ano 44, n. 42, 19 out. 2011. *Não é religião. Mas é fé*. André Petry. p. 90-92.
- REVISTA VEJA, ed. n. 2.239, ano 44, n. 42, 19 out. 2011. *Bateu, levou. Essa é a lei*. p. 106.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. rev. e atual. por Paulo Borba Casella. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2008. v. II.
- _____. *Crise: enfim, a razão?* 2009. Disponível em: <<http://www.adital.com.br/Site/noticia.asp>> Acesso em: 18 out. 2010.
- VIANA, Márcio Túlio. *O que há de novo em direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997.

A efetividade das políticas de saúde e qualidade de vida no trabalho: um estudo de caso em *telemarketing*

Victor Hugo de Almeida^(*)

Resumo:

- ▶ O presente artigo, baseado em uma investigação que analisou a opinião de 80 teleoperadores e 3 supervisores de *telemarketing* sobre o uso de uma sala de descanso implementada em uma empresa de teleatendimento, tem por objetivo discutir a efetividade das políticas de saúde e qualidade de vida no trabalho, para a garantia de um meio ambiente de trabalho promotor de qualidade de vida e o acesso ao trabalho decente, à luz da política de promoção dos direitos humanos fundamentais. Para tanto, adotou-se o método de casos, análise normativa e jurisprudencial e o método indutivo. Os dados foram coletados mediante questionários escritos, respondidos individualmente por teleoperadores e supervisores de *telemarketing*. Por conseguinte, analisou-se a frequência e porcentagem das respostas, comparando-se as duas categorias de participantes (teleoperadores/supervisores). A maioria dos sujeitos (97% dos teleoperadores e todos os supervisores) considerou a atividade de *telemarketing* estressante. Mesmo indicando o pouco uso da sala de descanso, os participantes consideraram relevante a efetivação de políticas de saúde e qualidade de vida no trabalho, apontando a necessidade de se repensar, em particular, a organização e o meio ambiente do trabalho (CAPES).

Palavras-Chave:

- ▶ Direito do Trabalho — *Telemarketing* — Meio ambiente do trabalho — Trabalho decente — Sala de descanso.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Método
 - ▶ 2.1. Participantes
 - ▶ 2.2. Materiais e equipamentos

(*) Advogado Trabalhista e professor. Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

- ▶ 2.3. Coleta de dados — Lugar e situação
- ▶ 2.4. Análise de dados
- ▶ 3. Resultados
- ▶ 4. Discussão
 - ▶ 4.1. Caracterização da amostra
 - ▶ 4.2. Precarização do trabalho em *telemarketing*
 - ▶ 4.3. Sala de desca(n)so em empresas de *telemarketing*: opiniões e contradições
 - ▶ 4.4. Considerações finais: “Os lírios não nascem da lei”
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

Ao longo da história do trabalho, diversos movimentos, embora assentados em interesses econômicos, reclamaram a rediscussão das condições de trabalho, em virtude de seus impactos na saúde, segurança e qualidade de vida dos trabalhadores. Ainda hoje, a busca pelo trabalho decente⁽¹⁾, à luz da política de promoção dos direitos humanos fundamentais (arts. 1º e 6º⁽²⁾ da Constituição Federal), encontra infindáveis entraves das mais variadas naturezas, evidenciando a antiga quizila entre capital e trabalho sob nova roupagem.

Se na época da Revolução Industrial a introdução da energia a vapor no processo produtivo possibilitou majorar a produtividade e, consequentemente, a lucratividade, a contemporânea Revolução das Tecnologias da Informação e Comunicação remonta à supremacia dos interesses econômicos em detrimento dos direitos sociais, contribuindo para a aceleração do ritmo de trabalho e alienação do trabalhador, pela simplificação das tarefas pela automatização e informatização. Nesse espeque, Otavio Pinto

e Silva assevera a influência no trabalho da “conjuntura recente de globalização, novas tecnologias e privatização da telefonia onde predomina a força econômica”⁽³⁾.

Essa sofisticação tecnológica, cuja expansão no Brasil ocorreu concomitantemente com o processo de globalização da economia, ressignificou⁽⁴⁾ o entendimento de trabalho e de meio ambiente do trabalho ao criar novas formas de labor, como o teletrabalho, e outros meios para sua execução. Por exemplo, diferentemente de outros tempos, já não é mais possível se pensar em uma estação/posto de trabalho sem um computador sobre a mesa, conectado à *internet*.

Portanto, são indiscutíveis os impactos do processo de globalização da economia e da sofisticação tecnológica por ele permitida no meio ambiente do trabalho, até porque, conforme Ari Possidonio Beltran “a internacionalização da economia é fenômeno que hoje não pode ser desprezado, sobretudo quanto ao seu impacto no mundo jurídico, e em especial (...), nas relações de trabalho”⁽⁵⁾.

-
- (1) “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifo nosso)
- (2) SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 2004. p. 10.

-
- (3) Resignificar é atribuir novo significado a algo, pela mudança de sua visão de mundo.
- (4) BELTRAN, Ari Possidonio. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 21.
- (5) “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII – redução de riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.”

Por outro lado, essa inserção tecnológica também contribuiu para o elastecimento da jornada de trabalho e para a aceleração e premência da prestação laboral, favorecendo o aparecimento de doenças estranhas ou raras ao contexto do trabalho de outrora, como a LER/DORT, ansiedade, estresse e depressão, cujo nexo de causalidade é de difícil comprovação. Medidas de proteção e saúde do trabalhador tornaram-se cada vez mais necessárias para reduzir o número de afastamentos por motivos de saúde e garantir a lucratividade da exploração da mão de obra.

Nesse sentido, diversas políticas de saúde e segurança no trabalho foram implementadas, para reforçar a responsabilidade patronal de garantir um meio ambiente do trabalho incólume e promotor de qualidade de vida, nos termos do art. 7º, inciso XXII⁽⁶⁾, da Constituição Federal de 1988.

Uma delas, recentemente instituída, diz respeito ao Anexo II da Norma Regulamentadora n. 17, do Ministério do Trabalho e Emprego, aprovada pela Portaria n. 09, de 30 de março de 2007, que tem por objetivo definir parâmetros para proporcionar conforto, segurança e saúde aos teleoperadores, tendo como um dos principais pontos as pausas e intervalos desses profissionais. Esse dispositivo cuidou de assegurar a fruição do intervalo para refeição e descanso fora do posto de trabalho (item 5.4.1), devendo as empresas do setor dispor de um local apropriado para o descanso de seus trabalhadores.

Contudo, antes mesmo da aprovação do Anexo II da Norma Regulamentadora n. 17, empresas do segmento de teletendimento já haviam adotado um modelo de sala de descanso para uso dos teleoperadores durante o intervalo para refeição e descanso, como política de saúde e qualidade de vida no trabalho.

(6) GÜNTHER, Hartmut. Como elaborar um questionário. In: PASQUALI, Luiz. (Ed.). *Instrumentos psicológicos: manual prático de elaboração*. Brasília: LabPAM; IBAPP, 1999. p. 231-257.

O presente trabalho apresenta um recorte de uma pesquisa realizada pelo autor, denominada *Sala de descanso em empresas de telemarketing e qualidade de vida*, cujo objetivo foi verificar o uso e opiniões dos teleoperadores sobre a sala de descanso implementada na empresa na qual trabalhavam, localizada na cidade de Ribeirão Preto, interior do Estado de São Paulo. Esse recorte busca discutir a efetividade dessa política adotada pela empresa, sugerindo medidas que poderão ser aproveitadas em futuras intervenções, para garantir a apropriação do espaço e melhores resultados na busca por um meio ambiente do trabalho promotor de qualidade de vida.

A escolha do *telemarketing* para o método de casos ocorreu porque, atualmente, essa é a principal atividade terceirizada e a segunda maior empregadora no Brasil, atrás apenas do comércio varejista. Afora as motivações de razão econômica apontadas, a escolha também foi motivada pelos elevados índices de afastamento por doenças ocupacionais e acidentes de trabalho denunciados pela literatura, que a qualifica como atividade patogênica ao sistema psíquico e orgânico, por causar sobrecarga psicognitiva, distúrbios auditivos e vocais, distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho (DORT), estresse, depressão, e outros prejuízos à saúde física e psíquica dos teleoperadores.

2. Método

2.1. Participantes

Participaram do estudo 80 teleoperadores (48 mulheres e 32 homens) e três supervisores (homens) de uma empresa de *telemarketing* da cidade de Ribeirão Preto (Estado de São Paulo), pioneira na região a disponibilizar uma sala de descanso. Participaram também três supervisores de *telemarketing*, prepostos da empresa, condição que lhes garantiam maior conhecimento sobre a rotina empresarial (demandas trabalhistas, procedimentos, políticas internas, absenteísmo, rotatividade, etc.).

Além do predomínio de mulheres (60%), a maioria dos teleoperadores participantes eram solteiros (73%), com idade entre 18 e 25 anos (56%), com nível escolar médio completo ou superior incompleto (74%) e turno de trabalho iniciado no período da manhã e abrangendo parte do período da tarde (59%); 56% dos teleoperadores ingressaram na atividade de *telemarketing* entre 2004 e 2007 e, neste mesmo período, 60% foram contratados pela empresa pesquisada. Os três supervisores de *telemarketing*, dois solteiros e um casado, tinham, respectivamente, 26, 27 e 28 anos, todos com nível superior completo e turno de trabalho iniciando-se no período da manhã e abrangendo parte do período da tarde; dois trabalhavam na empresa desde 2000 e um desde 2001. A coleta de dados ocorreu entre os anos de 2007 e 2008.

2.2. Materiais e equipamentos

Foram utilizados dois tipos de questionários, um para teleoperadores e outro para supervisores, ambos formulados com base em Günter⁽⁷⁾ e Lakatos e Marconi⁽⁸⁾ e em estudo piloto. Os instrumentos continham as mesmas questões factuais (idade, sexo, estado civil, filhos, jornada de trabalho, ano de início na empresa e no *telemarketing* e nível escolar) e abordavam os mesmos temas: opinião sobre o ofício; atividades realizadas durante o intervalo para refeição e descanso; frequência de uso da sala de descanso; afastamentos por motivos de saúde, antes e após a implementação da sala de descanso; importância da sala de descanso na promoção de qualidade de vida; existência na empresa de programas de saúde no trabalho.

O questionário para teleoperadores continha doze questões (cinco abertas, cinco fechadas e duas mistas) e dos supervisores, nove questões fechadas.

(7) LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1985. 238 p.

(8) BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977. 223 p.

2.3. Coleta de dados — Lugar e situação

Diante da recusa da empresa escolhida para a aplicação dos questionários em suas dependências, 74 teleoperadores foram abordados nas proximidades da empresa, no início ou final do expediente de trabalho dos turnos da manhã e da tarde; os outros seis, indicados por outros participantes, foram contatados por telefone.

Cada teleoperador foi convidado a responder ao questionário, por escrito e individualmente, sendo-lhes apresentados os objetivos da pesquisa e o documento ético (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido). Ao aceitar, facultava-lhes ou levar o instrumento para casa e devolvê-lo no dia seguinte, em horário combinado e no mesmo local, ou respondê-lo imediatamente.

Considerando-se os 74 teleoperadores abordados nas proximidades da empresa, 67 preferiram responder ao questionário em suas casas, sem a presença do pesquisador — 39 devolveram o instrumento no dia seguinte à entrega e 28, de três a cinco dias após a entrega. Sete teleoperadores optaram por responder imediatamente.

Cada um dos três supervisores de *telemarketing* foi contatado pessoalmente, fora da empresa. Após a comunicação dos objetivos da pesquisa e da assinatura do documento ético (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido), recebiam o questionário para respondê-lo em casa, devolvendo-o cerca de uma semana depois.

2.4. Análise de dados

Os dados foram analisados mediante o levantamento da frequência e porcentagem das respostas dos teleoperadores; comparou-se semelhanças e/ou diferenças de opiniões entre os dois sexos e dois turnos de trabalho.

Em relação às cinco questões abertas e à parte aberta de duas questões mistas, os seguintes passos foram seguidos: (1) registro em uma planilha das respostas; (2) agrupamento

das respostas por analogia de temas⁽⁹⁾; (3) nomeação de cada categoria com base nas palavras indicadas pelos participantes — por exemplo, categoria *relaxamento* (que incluiu as palavras *desligar-se, descansar, relaxar, dormir, etc.*) e categoria *interação* (*bate-papo, conversar, tirar dúvidas com colegas, etc.*); (4) levantamento da frequência e porcentagem de indicação de cada categoria.

Quanto ao questionário respondido pelos três supervisores, os dados foram analisados mediante o levantamento da frequência de respostas, permitindo sua comparação com os dados obtidos junto aos teleoperadores, para verificar semelhanças ou não de opiniões entre essas duas categorias de participantes.

3. Resultados

Os dados obtidos por meio das respostas dos 80 teleoperadores serão apresentados para cada uma das 12 questões, seguidos pela opinião dos supervisores. Diante da grande quantidade de dados, optou-se por descrever, para cada questão, aqueles mais relevantes ao objetivo deste artigo.

Na *Questão 1*, sobre a atividade de *telemarketing*, 50% dos participantes apontaram que a atividade apresenta *momentos tranquilos e outros estressantes* e 47% consideram a atividade *estressante*. Apenas dois participantes consideraram a atividade *tranquila*. Quanto à opinião dos três supervisores de *telemarketing*, dois consideraram a função de teleoperador *estressante ou tranquila e estressante* e apenas um a considera *tranquila*.

Na *Questão 2*, sobre as atividades realizadas com maior frequência durante o intervalo para refeição e descanso, verificou-se a prevalência de indicações pelos teleoperadores de *alimentação* (71%), seguida de *interação* (43%). Houve baixa frequência de indicação do uso da sala de descanso (25% dos homens e 10% das mulheres). Todos os três supervisores de

telemarketing indicaram *interação* como a atividade frequentemente realizada pelos teleoperadores durante o intervalo para refeição e descanso; o uso da sala de descanso foi apontado pelos supervisores como raro.

Na *Questão 3*, sobre o local mais utilizado pelos teleoperadores durante o intervalo para refeição e descanso, observou-se o predomínio de indicação pelos teleoperadores do *refeitório* (71%), de ambos os turnos de trabalho. A *sala de descanso* foi indicada por apenas 11% dos participantes. Todos os três supervisores de *telemarketing* indicaram o *refeitório* como o local mais usado durante o intervalo para refeição e descanso.

A *Questão 4*, sobre a frequência de descanso durante o trabalho, evidenciou o predomínio de indicações pelos teleoperadores das alternativas *nunca* (30%), *raramente* (29%) e *às vezes* (26%), em detrimento da alternativa *frequente* (15%), tanto pelos homens como pelas mulheres.

Quanto à *Questão 5*, sobre o uso da sala de descanso, observou-se a prevalência de indicação da alternativa *nunca*, seja antes (50%), durante (43%) ou após (74%) o expediente de trabalho, seguida da alternativa *raramente*, antes (25%), durante (39%) e após (15%). É relevante apontar que, considerando em conjunto os três momentos do expediente de trabalho (antes/durante/após), 74% dos teleoperadores *nunca* frequentam a sala de descanso e 15%, *raramente*. Em relação à opinião dos supervisores, dois apontaram que a sala de descanso *raramente* é utilizada pelos teleoperadores durante o expediente e, após o expediente de trabalho, cerca de *uma vez por semana*; quanto ao uso da sala de descanso antes do expediente de trabalho, não houve consenso.

Na *Questão 6*, indagados sobre as atividades realizadas na sala de descanso, 59 teleoperadores⁽¹⁰⁾ indicaram 90 atividades, posteriormente

(9) 14 teleoperadores indicaram o não uso da sala e 7 não responderam claramente à questão.

(10) GALASSO, Leonilde Mendes Ribeiro. *Humor e estresse no trabalho: fatores psicossociais estressores*

agrupadas em oito categorias; três delas se salientaram por terem sido indicadas pelos menos por 20% dos teleoperadores, de ambos os sexos: *relaxamento* (40%), *interação* (29%) e *TV/Música/Internet* (24%). Quanto à opinião dos supervisores, os três indicaram *relaxamento* como a atividade menos realizada na sala de descanso, em contraposição à indicação dos teleoperadores; dois deles indicaram *interação* como a atividade realizada com maior frequência pelos teleoperadores na sala de descanso.

Na Questão 7, sobre a ocorrência de afastamentos por motivo de saúde, 54% dos teleoperadores *nunca se afastaram*; 20% indicaram a alternativa *às vezes* e 19%, *apenas uma vez*. A alternativa *frequente* foi apontada por 7% dos teleoperadores. Apesar da baixa frequência de afastamentos indicada pelos teleoperadores, dois supervisores indicaram como *frequentes* (apenas um indicou a alternativa *às vezes*). Dentre os 37 teleoperadores que indicaram afastamento, o motivo mais comum (em 30% deles) foi *dores fortes no braço e LER/DORT*; em seguida, 16% apontaram *calo nas cordas vocais*.

Na Questão 8, sobre a relação dos afastamentos com o uso da sala de descanso, dentre estes 37 teleoperadores que apontaram afastamentos por motivos de saúde, 50% apontaram que se afastaram tanto *antes como depois do uso da sala de descanso*; 27% *antes* e 23% *depois do uso da sala de descanso*.

Na Questão 9, sobre a proposta de uma sala de descanso em empresas, apesar da baixa indicação do uso da sala de descanso na Questão 5, observou-se o claro predomínio de indicação de *fatores positivos* (76%), como por exemplo, *relaxamento*. Somente 23% dos teleoperadores

indicaram fatores negativos (por exemplo, *pouco tempo de uso*) e 9% *fatores positivos e negativos* (por exemplo, *desde que tenha tempo para usar, desestressa pouca coisa, mas tem que usar adequadamente, deveria haver programas de relaxamento*).

Na Questão 10, 84% dos teleoperadores apontaram a influência da sala de descanso na saúde e bem-estar dos funcionários. Em relação à opinião dos supervisores, dois indicaram a influência da sala de descanso na saúde e bem-estar dos usuários, tal como apontado pelos teleoperadores; o terceiro respondeu negativamente.

Na Questão 11, sobre sugestões para redução de afastamentos por motivos de saúde no setor de *telemarketing*, 101 indicações (por 72 teleoperadores) foram agrupadas em oito categorias, salientando-se três: *recreação* (30%), alterações na *organização do trabalho* (26%) e *exercícios físicos* (23%).

Quanto à Questão 12, que indagou se na empresa havia políticas de conscientização de saúde no trabalho e estímulo para o uso da sala de descanso, 43% apontaram a *não existência*. Quanto aos três supervisores, apenas um indicou a *não existência*. Dos 25 teleoperadores e dois supervisores que indicaram a existência dessas políticas na empresa, 48% apontaram que essas políticas se operam por meio de *informativos* (cartazes, folhetos, quadro, lousa de avisos, etc.). Sobre a necessidade ou não de implementação desse tipo de política, dentre os 65 teleoperadores que opinaram, 83% apontaram a *necessidade e relevância* dessa prática; os três supervisores também julgaram *necessária* a implementação de políticas de conscientização de saúde no trabalho e estímulo para o uso da sala de descanso.

4. Discussão

4.1. Caracterização da amostra

A recusa de três grandes empresas de *telemarketing* para a realização da coleta de dados em suas unidades, incluindo a empresa eleita,

e benéficos no trabalho dos operadores de *telemarketing*. 2005. 260 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005. NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *O trabalho duplicado: a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing*. São Paulo: Expressão Popular, 2006. 240 p.

reflete o descaso patronal quanto à busca por um meio ambiente do trabalho promotor de qualidade de vida e um trabalho decente. Esse entrave dificultou a obtenção de participantes, embora as características dos teleoperadores participantes da pesquisa (sexo, idade, estado civil, nível de escolaridade) apresentem similaridade com a população caracterizada na literatura⁽¹¹⁾. Isso sugere que a amostra também é representativa da população de teleoperadores da empresa eleita para a coleta de dados.

Supõe-se que a predominância de mulheres no contexto de *telemarketing* é explicada pela jornada de seis horas diárias, que favorece a conciliação do trabalho com os compromissos domésticos. A acentuada ocupação do mercado de trabalho pelo sexo feminino e a habilidade de mulheres nas tratativas com os clientes são aspectos apontados pela literatura⁽¹²⁾ para a prevalência do sexo feminino no setor.

Quanto à predominância de jovens, a condição de primeiro emprego — agravada pela inexperiência profissional e pela submissão a baixos salários — e a possibilidade de conciliação do trabalho com os estudos, graças à jornada de seis horas, são algumas das possíveis justificativas⁽¹³⁾.

Contudo, essa prevalência de jovens e mulheres no contexto de *telemarketing* aponta uma possível discriminação do setor para a contratação de trabalhadores sem esse perfil, a despeito da tutela antidiscriminatória prevista nos arts. 5º, inciso XLI, e 7º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988 e da Convenção n. 111, de 1958, da Organização Internacional

do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil, que assim define discriminação:

“Art. 1º (...).

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão (...).”

Essa possível discriminação, acentuada na fase pré-contratual, pode ser explicada pela supremacia dos interesses econômicos empresariais. Isso porque, conforme aduz Paulo Eduardo Vieira Oliveira⁽¹⁴⁾, juiz do trabalho e professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, a oferta de trabalho preferencialmente para mulheres e jovens pode visar à mão de obra mais barata.

Quanto à habilidade feminina na tratativa com os clientes, apontada pela literatura como justificativa para a prevalência de mulheres no setor de *telemarketing*, acrescenta o ilustre jurista que a crença de que há trabalhos “masculinos” e “femininos” denuncia resquícios de preconceito e até mesmo um padrão cultural (entenda-se: equivocado) de que certos afazeres são mais adequados à psicologia masculina ou feminina⁽¹⁵⁾. É certo que, inclusa no poder diretivo do empregador, está a liberdade patronal de estabelecer a política de emprego; contudo, nela não está inclusa a arbitrariedade da discriminação por gênero/sexo, pois “qualquer discriminação fundada em gênero implica dano pessoal ressarcível”⁽¹⁶⁾.

(14) *Idem*.

(15) *Ibidem*, p. 91.

(16) GALASSO, Leonilde Mendes Ribeiro. *Op cit*. RIBEIRO, Sílvia Basílio. *Telemarketing* enfrenta crise de saúde. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 mar. 2004. Caderno Ilustrada, p. E2. SILVA, Airton Marinho. *A regulamentação das condições de trabalho no setor de teleatendimento no Brasil: necessidades e desafios*. 2004.

(11) *Idem*. ODA, Carla. *Operadores de telemarketing: stress, autonomia, somatização e dores em pescoço e ombros*. 2003. 138 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003. VENCO, Selma. *Telemarketing nos bancos: o emprego que desemprega*. 1999. 130 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1999.

(12) *Idem*.

(13) OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. 278 p.

A atividade de *telemarketing*, em absoluto, não se insere no rol de atividades específicas a determinado gênero/sexo.

4.2. Precarização do trabalho em telemarketing

Diversos fatores da organização do trabalho em *telemarketing* favorecem a precarização dessa modalidade de trabalho e apontam a necessidade de repensá-la. Isso porque, sem destoar dos resultados de outras investigações⁽¹⁷⁾, a pesquisa em discussão evidenciou que 97% dos participantes vincularam o ofício ao estresse, consolidando o binômio *telemarketing*-estresse.

Conquanto não se tenha investigado neste estudo o efetivo desenvolvimento do estado patológico de estresse pelos participantes, apurou-se que a maioria dos teleoperadores (97%) associou o *telemarketing* ao estresse, por despendar frequentemente energia desnecessária para contornar diversos problemas desencadeados tanto por aspectos da organização do trabalho como pela relação precária com os clientes⁽¹⁸⁾ (grosseria, intolerância, ansiedade, etc.).

Nesse sentido, para a explicação causal da precarização da atividade e seus impactos na saúde dos trabalhadores, deve-se considerar a interdependência de diversas variáveis (ambientais — física e organizacional, psicológicas, econômicas, etc.), tais como: (1) aspectos relacionados ao ambiente físico; (2) aceleração do ritmo de trabalho; (3) pouco descanso; (4) ausência de autonomia para o desempenho da atividade; (5) organização e significado do trabalho; (6) relacionamento precário com os clientes; (7) forte cobrança para o alcance de

metas e resultados; (8) baixa remuneração; (9) políticas precárias de saúde e qualidade de vida no trabalho⁽¹⁹⁾.

Um dos aspectos da organização do trabalho em *telemarketing* que merece especial atenção, por favorecer o desenvolvimento do quadro de estresse e depressão dos trabalhadores desse segmento, diz respeito ao cerceamento da subjetividade dos teleoperadores, prática característica das empresas do setor. Isso porque o planejamento da atividade e a manifestação de opiniões quanto aos procedimentos são restritos aos cargos hierarquicamente superiores (presidente, vice-presidente, diretores, superintendentes, gerentes, gestores e coordenadores).

Desta feita, por trás da privação da palavra, encontra-se a negação do valor dos saberes desses trabalhadores e de suas opiniões sobre o trabalho que realizam; esse trabalhador “será eventualmente autorizado a cantar, manifestando, assim, o vigor de uma cultura popular, mas não a se comunicar”⁽²⁰⁾, discutir os objetivos que lhe são impostos e a maneira como realiza o seu trabalho. O arranjo espacial dos centros de atendimento confirma essa política, diante do isolamento por baias dos postos de trabalho, que não permite contato visual e oral entre os teleoperadores.

Sem prejuízo, mesmo que a pesquisa em análise não tenha apresentado níveis significativos de afastamentos por motivos de saúde,

129 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) – Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

(17) LIMA, Fabiana Batistucci. *Stress, qualidade de vida, prazer e sofrimento no trabalho de call center*. 2004. 114 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Centro de Ciências da Vida, Pontifícia Universidade Católica, Campinas, 2004.

(18) GALASSO, Leonilde Mendes Ribeiro. *Op cit.* RIBEIRO, Silva Basílio. *Op. cit.* SILVA, Airtton Marinho. *Op. cit.*

(19) ZARIFIAN, Philippe. Comunicação e subjetividade nas organizações. Trad. José Roberto Gomes da Silva. In: DAVEL, E.; VERGARA, S. C. (Orgs.). *Gestão com pessoas e subjetividade*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 154.

(20) DIAS, Elizabeth Costa. Aspectos atuais da saúde do trabalhador no Brasil. In: ROCHA, Lys Esther; BUSCHINELLI, José Tarcísio Penteado; RIGOTTO, Raquel Maria. (Orgs.). *Isto é trabalho de gente? Vida, doença e trabalho no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 138-156. SANTOS, R. C. Tese expõe insalubridade no *telemarketing*. *Jornal da Unicamp*, Campinas, ed. 349, 26 fev. a 4 mar. 2007. SILVA, Airtton Marinho; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. Negociações sociais para melhoria das condições de trabalho no setor de teleatendimento: o descompasso entre a posição das empresas e a realidade do trabalho. *Interface*, Botucatu, v. 9, n. 18, p. 553-570, fev. 2005.

pois somente 7% dos participantes indicaram afastamentos frequentes, diversos estudos epidemiológicos certificam a alta incidência de absenteísmo no setor de *telemarketing*, mormente por LER/DORT⁽²¹⁾, depressão e estresse⁽²²⁾.

Dentre os 37 participantes deste estudo que indicaram⁽²³⁾ afastamentos por problemas de saúde, 36 referenciaram 47 motivos, prevalecendo a indicação de LER/DORT, desencadeada por posições forçadas, gestos repetitivos, ritmo de trabalho penoso e condições difíceis de trabalho. De acordo com a Lista de Doenças Relacionadas com o Trabalho do Ministério da Saúde, instituída pela Portaria GM n. 1.339, de 18 de novembro de 1999 e elaborada em cumprimento à Lei n. 8.080/90, inciso VII, § 3º do art. 6º, LER/DORT se encontram no rol de doenças ocupacionais (Grupo XIII da CID-10), para o estabelecimento de políticas públicas no campo da saúde do trabalhador.

Problemas vocais, estresse, depressão, cansaço mental, dores musculares, enxaqueca, mal-estar, rinite, sinusite e tonturas frequentes também foram indicadas pelos participantes desta pesquisa como motivos de afastamento da atividade. Porém, a maioria dessas indicações não consta do rol de doenças relacionadas ao trabalho do Ministério da Saúde e da Previdência Social, muito embora diversos estudos atestem a existência de nexo de causalidade com a atividade de *telemarketing*. Essa imprevisão impede o acesso dos trabalhadores ao benefício previdenciário, comprometendo a dignidade da pessoa humana, conforme esclarece Dias⁽²⁴⁾:

(21) BRAGA, Ruy. Uma sociologia da condição proletária contemporânea. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 133-152, 2006. ODA, Carla. *Op. cit.*

(22) Dada a não autorização da empresa para a realização deste estudo em suas dependências, não se teve acesso ao prontuário médico dos participantes, embora previsto inicialmente no projeto de pesquisa.

(23) DIAS, Elizabeth Costa. *Op. cit.*, p. 147.

(24) *Idem.*

“... além dos limites legais para o reconhecimento da doença profissional contribuem os entraves da burocracia da Previdência Social, o desconhecimento e despreparo dos profissionais de saúde para fazer o diagnóstico da doença e o nexo com a atividade laboral do paciente, a falta de apoio propedêutico, a desinformação dos trabalhadores sobre os riscos a que estão expostos e de suas consequências para a saúde, somados às lacunas existentes no conhecimento médico-científico sobre a questão.”

Assim sendo, salienta-se a necessidade de futuros estudos voltados para a análise do nexo causal entre as indicações dos participantes e a atividades de *telemarketing*, por meio de abordagens multidisciplinares e do emprego de metodologias distintas e complementares, por se tratar de uma questão complexa, porém premente⁽²⁵⁾. Isso porque é cada vez mais difícil apartar o “mundo do trabalho” do “mundo fora do trabalho” logo, a qualidade de vida no trabalho influi na qualidade de vida desses trabalhadores fora da empresa, pois “o mundo é um só e os trabalhadores existem neste mundo, transformado e sendo transformados por ele”⁽²⁶⁾.

4.3. Sala de desca(n)so em empresas de telemarketing: opiniões e contradições

A adoção de salas de descanso, para uso durante o expediente de trabalho, por empresas de diversos ramos, sobretudo de teleatendimento, deveria trazer consigo a proposta de primar por um meio ambiente do trabalho promotor de qualidade de vida, buscando aliviar o estresse da atividade e proporcionar relaxamento e bem-estar aos usuários. O intuito deveria ser recobrar suas energias e retomar o ritmo de trabalho.

(25) *Ibidem*, p. 139.

(26) WOOLFE, Ray. Counselling psychology in Britain: an idea whose time has come. *The Psychologist*, London, v. 3, n. 12, p. 531-535, 1990.

Todavia, os dados dessa pesquisa evidenciaram que o propósito da implementação de uma sala de descanso pode ser mais funcional ao capital do que à saúde e bem-estar dos funcionários.

Fatores como planejamento, organização e possibilidade efetiva de uso determinam se a sala de descanso atenderá aos interesses econômicos empresariais ou aos interesses sociais do trabalhador e de toda coletividade que sustenta a Seguridade Social. Se a preocupação imediata da empresa for somente a produtividade, desvinculada dos propósitos sociais, é possível que a sala de descanso seja um espaço preterido pelos usuários na rotina laboral e não alcance seus objetivos mais nobres.

Não basta somente implementar uma sala de descanso. É preciso também que sejam desenvolvidas políticas empresariais para adequá-la às expectativas dos trabalhadores e inseri-la na rotina de trabalho, conscientizando todos da importância do descanso durante a jornada laboral. No caso do *telemarketing*, não basta a implementação de uma sala de descanso se não houver, por exemplo, pausas suficientes para que o teleoperador possa se alimentar, ir ao sanitário e utilizar a referida sala, conforme apontado pelos participantes desse estudo.

Contudo, a consciência de que trabalhadores descansados e satisfeitos aumentam a produtividade e a qualidade do trabalho ainda é estranha à cultura brasileira. No Brasil, intervenções dessa natureza somente são cogitadas quando o absenteísmo torna-se uma real ameaça ao lucro empresarial, evidenciando a ausência de uma cultura de saúde e segurança no trabalho, na perspectiva da prevenção.

Em sociedades ocidentais capitalistas, não se pode esquecer que o lucro é o objetivo direto da atividade empresarial. Todavia, evidencia a Psicologia Organizacional, o quão importante é para a produtividade das empresas a satisfação dos empregados com a empresa e/ou com a atividade que desempenham, influenciando

na saúde e bem-estar do indivíduo e, consequentemente, na qualidade de vida dentro e fora do trabalho⁽²⁷⁾.

No caso da empresa estudada, cuja implementação da sala de descanso deu-se em 2004 (revitalizada em 2005), observou-se que, embora os participantes associassem o *telemarketing* ao estresse, poucos (15%) descansam frequentemente no trabalho, prevalecendo as indicações das alternativas de frequência *raramente* (29%) e *às vezes* (26%). Nessa mesma direção, poucos utilizam a sala de descanso, predominando a indicação da alternativa de frequência *nunca* nos três momentos: *antes* (50%), *após* (74%) e *durante* (43%) o intervalo para refeição e descanso — nesse último momento, é considerável indicação de *raramente* (39%).

Diante da impossibilidade de indicar com precisão os motivos que justificam o não uso da sala de descanso pelos participantes, supõe-se que alguns fatores podem explicar esse comportamento: (1) não motivação ou impossibilidade de chegar ao trabalho com antecedência ou nele permanecer após o término da jornada; (2) existência de compromissos antes e/ou após o trabalho como, por exemplo, relacionados aos estudos, família ou outro emprego; (3) preferência por descansar em casa e não na empresa, por entenderem que é um local estressante e voltado unicamente para o trabalho; (4) localização da sala na entrada da empresa, distante do centro de atendimento; (5) pouco tempo de intervalo para refeição e descanso; (6) preferência pelos teleoperadores, durante o pouco tempo de intervalo, para satisfazer outras necessidades, talvez mais urgentes (alimentação, uso do sanitário, etc.),

(27) POL, Eric. La apropiación del espacio. In: ÍÑIGUEZ, L.; POL, Eric. (Orgs.). *Cognición, representación y apropiación del espacio*. Barcelona: Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1996. p. 45-62. (Colección Monografies Psico-Socio-Ambientals, 9). PROSHANSKY, Harold. M.; FABIAN, Abbe K.; KAMINOFF, Robert. Place-identity: physical world socialization of the self. *Journal of Environmental Psychology*, New York, v. 3, p. 57-83, 1983.

desde que 71% dos teleoperadores indicaram *alimentação* como a atividade mais realizada durante o intervalo para refeição e descanso e 43% indicaram *interação*.

Não obstante à baixa utilização da sala de descanso verificada neste estudo, 76% dos participantes atribuíram *fatores positivos*, quando questionados sobre a proposta de implementação dessa sala em empresas de *telemarketing*, e 84% e dois supervisores apontaram a influência desse espaço na saúde e bem-estar dos usuários. No entanto, embora considerassem predominantemente a atividade de *telemarketing* estressante e a sala de descanso uma proposta positiva, poucos a utilizam, verificando-se uma contradição entre a opinião desses trabalhadores e o uso da referida sala.

Diante desse descompasso, surgem algumas suposições explicativas, que necessitam de averiguações em estudos futuros: estariam os teleoperadores fornecendo respostas estereotipadas ou socialmente esperadas? Estariam os teleoperadores reproduzindo inconscientemente um discurso sustentado por seus superiores hierárquicos? Essas respostas são reflexos da passividade desses trabalhadores, predominantemente jovens e recém-ingressados no mercado de trabalho, que discutem a organização do trabalho para a garantia do emprego?

Ademais, a **ausência ou ineficiência de políticas praticadas pela empresa** para conscientizar e estimular o uso da sala de descanso também pode explicar esse descompasso, pois 43% dos participantes indicaram a não existência dessas medidas e 48% apontaram que elas ocorrem somente por meio de informativos (cartazes, folhetos, quadros e lousas de avisos). Os resultados apontam que esses informativos são ineficientes quanto à proposta de conscientizar e estimular esses teleoperadores ao uso da sala de descanso. Considerando que um elevado número de participantes (43%) indicou a inexistência dessas políticas na empresa, supõe-se que nem todos os trabalhadores tiveram

acesso a esses informativos ou, até mesmo, não tiveram tempo de lê-los.

Por outro lado, 67% dos teleoperadores apontaram a necessidade ou relevância de implementação de políticas de saúde e qualidade de vida na empresa, ressaltando-se que não basta implementar uma sala de descanso se não houver esforços no sentido de viabilizar e estimular seu uso. Para isso, é necessário inseri-la na rotina dos teleoperadores, permitindo-se que dela se apropriem. Com toda sua complexidade, a apropriação do espaço é considerada como um dos núcleos centrais na interação entre a pessoa-ambiente, sendo um processo temporal e dinâmico de interação do indivíduo, mediante a vivência interiorizada e subjetiva com seu meio. Depende, então, da identificação do ser humano com o espaço, dentro de um contexto sociocultural específico⁽²⁸⁾.

Essa apropriação, provavelmente, poderia ocorrer se fossem realizadas na sala de descanso atividades coletivas, sugeridas pelos próprios participantes — por exemplo, *exercícios físicos* (ginástica laboral, relaxamento, massagens) e *recreação* (lazer, dinâmicas, jogos). Essas sugestões também contribuem para se repensar diversos aspectos físicos da sala de descanso, a fim de torná-la mais atrativa ou até mesmo para se criar um novo espaço, com igual finalidade.

Para isso, de acordo com a Psicologia Ambiental, cujo objeto de estudo é a inter-relação pessoa-ambiente, priorizando os aspectos físicos, é importante compreender que a pessoa a todo instante negocia com o ambiente, influenciando-o e sendo por ele influenciada⁽²⁹⁾. Isso também acontece com o trabalhador, que a todo instante e negocia com o meio ambiente do trabalho no qual se encontra e dele faz parte.

(28) CAMPOS-DE-CARVALHO, Mara. Psicologia ambiental — Algumas considerações. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 435-447, 1993.

(29) ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: _____. *A rosa do povo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 29.

4.4. Considerações finais: “os lírios não nascem da lei”⁽³⁰⁾

O descanso durante a jornada laboral, no contexto sociocultural brasileiro, ainda rema contra o preconceito de ser entendido como ócio improdutivo ou preguiça, verificando-se, inclusive, poucas políticas públicas voltadas para a satisfação desse direito, em detrimento de diversas pesquisas científicas sobre o assunto. Nesse sentido, o anexo II da Norma Regulamentadora n. 17, do Ministério do Trabalho e Emprego, é pioneiro e contemporâneo.

Por um lado, como entrave de natureza social, existe a precária fiscalização do cumprimento dos direitos trabalhistas, encorajando empregadores a ignorar até mesmo direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal e disposições voltadas para a saúde e segurança no trabalho, prescritas na Consolidação das Leis do Trabalho. Sustenta Oliveira⁽³¹⁾ que “[...] a fiscalização do trabalho no Brasil é insuficiente, mal aparelhada e pouco apoiada pelo Poder Público. O infrator conta com a impunidade porque sabe que o estado não consegue fiscalizar a todos, nem considera isso prioritário”.

O dever de fiscalização das condições de trabalho e do meio ambiente no qual se efetiva incumbe também ao empregador, que compartilha dessa obrigação com o Estado. Deve o Estado assumir sua vocação social, investindo efetivamente em políticas de saúde e qualidade de vida no trabalho, sob pena de assumir posição de mero expectador das perversidades praticadas pelo capital em face do direito fundamental ao trabalho decente⁽³²⁾.

A insuficiência de políticas públicas paутadas na efetivação do trabalho decente, sob a

perspectiva da prevenção e, sobretudo, da conscientização dos trabalhadores sobre os riscos aos quais estão suscetíveis, é também outro entrave para a garantia de patamares mínimos de qualidade de vida no meio ambiente do trabalho.

Por outro lado, como entrave de natureza cultural, o descanso do trabalho é visto como sinônimo de preguiça e improdutividade, refreando o desenvolvimento de uma cultura de saúde e qualidade de vida no trabalho. Na realidade, esquecem-se de que saúde e qualidade de vida no trabalho não somente agregam valores aos negócios empresariais, mas principalmente ao ambiente de trabalho e à vida dos trabalhadores. Quanto menor for o comprometimento com a saúde dos trabalhadores, maior a possibilidade dessas questões de saúde-doença serem ignoradas⁽³³⁾.

Quanto ao contexto de *telemarketing*, abordado neste estudo, é patente a necessidade de reorganização da atividade, sob a perspectiva de uma cultura de saúde e qualidade de vida no trabalho, exaustivamente proposta pela literatura, mediante conscientização de que melhores condições de trabalho também implicam em qualidade de vida, dentro e fora da rotina laboral.

Conclui-se que um importante passo para o enfrentamento desse desafio seria priorizar políticas públicas dirigidas aos trabalhadores e empregadores do setor, com a participação dos respectivos sindicatos — frágeis na conjuntura atual —, considerando questões já investigadas pela comunidade científica, somadas às reclamações e denúncias examinadas pela Justiça do Trabalho e pela Procuradoria do Trabalho. Ocorre que, sem muito contribuir, as decisões judiciais trabalhistas discutem a repercussão patrimonial de doenças e acidentes do trabalho, ignorando os efeitos pedagógicos da sentença e seu aproveitamento para se repensar essa modalidade de trabalho, relegando-os a outras jurisdições⁽³⁴⁾.

(30) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 151.

(31) FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2009b.

(32) LIMONGI-FRANÇA, Ana Cristina; RODRIGUES, Avelino L. *Stress e trabalho: uma abordagem psicossomática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 181 p.

(33) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Op. cit.*

(34) ANDRADE, Carlos Drummond de. *Op. cit.*, p. 29.

É importante lembrar que a busca por um trabalho decente e por um meio ambiente do trabalho incólume é dever de todos e exige esforços de diferentes áreas do conhecimento, cada qual atuando conforme suas competências, pois “os lírios não nascem da lei”⁽³⁵⁾.

5. Referências bibliográficas

ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: _____. *A rosa do povo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Trad. Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa: Edições 70, 1977.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

BRAGA, Ruy. Uma sociologia da condição proletária contemporânea. *Tempo Social, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 133-152, 2006.

CAMPOS-DE-CARVALHO, Mara. Psicologia ambiental — Algumas considerações. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 435-447, 1993.

DIAS, Elizabeth Costa. Aspectos atuais da saúde do trabalhador no Brasil. In: ROCHA, Lys Esther; BUSCHINELLI, José Tarcísio Penteado; RIGOTTO, Raquel Marioa. (Orgs.). *Isto é trabalho de gente? Vida, doença e trabalho no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 138-156.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2009b.

GALASSO, Leonilde Mendes Ribeiro. *Humor e estresse no trabalho: fatores psicossociais estressores e benéficos no trabalho dos operadores de telemarketing*. 2005. 260 f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) — Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

GÜNTHER, Hartmut. Como elaborar um questionário. In: PASQUALI, Luiz. (Ed.). *Instrumentos psicológicos: manual prático de elaboração*. Brasília: LabPAM; IBAPP, 1999. p. 231-257.

(35) ANDRADE, Carlos Drummond de. Nosso tempo. In: _____. *A rosa do povo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. São Paulo: Atlas, 1985.

LIMA, Fabiana Batistucci. *Stress, qualidade de vida, prazer e sofrimento no trabalho de call center*. 2004. 114 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) — Centro de Ciências da Vida, Pontifícia Universidade Católica, Campinas, 2004.

LIMONGI FRANÇA, Ana Cristina; RODRIGUES, Avelino L. *Stress e trabalho: uma abordagem psicossomática*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 181 p.

NOGUEIRA, Claudia Mazzei. *O trabalho duplicado: a divisão sexual no trabalho e na reprodução: um estudo das trabalhadoras do telemarketing*. São Paulo: Expressão Popular, 2006.

ODA, Carla. *Operadores de telemarketing: stress, autonomia, somatização e dores em pescoço e ombros*. 2003. 138 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) — Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo V. *O dano pessoal no Direito do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

POL, Eric. La apropiación del espacio. In: ÍÑIGUEZ, L.; POL, Eric. (Orgs.). *Cognición, representación y apropiación del espacio*. Barcelona: Publications de la Universitat de Barcelona, 1996. p. 45-62. (Colección Monografies Psico-Socio-Ambientals, 9).

PROSHANSKY, Harold. M; FABIAN, Abbe K.; KAMINOFF, Robert. Place-identity: physical world socialization of the self. *Journal of Environmental Psychology*, New York, v. 3, p. 57-83, 1983.

RIBEIRO, Silvia Basílio. *Telemarketing enfrenta crise de saúde*. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 14 mar. 2004. Caderno Ilustrada, p. E2.

SANTOS, R. C. Tese expõe insalubridade no telemarketing. *Jornal da Unicamp*, Campinas, ed. 349, 26 fev. a 4 mar. 2007.

SILVA, Airton Marinho. *A regulamentação das condições de trabalho no setor de teleatendimento no Brasil: necessidades e desafios*. 2004. 129 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) — Faculdade de Medicina, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004.

SILVA, Airton Marinho; ASSUNÇÃO, Ada Ávila. *Negociações sociais para melhoria das condições de trabalho no setor de teleatendimento: o descompasso entre a posição das empresas e a realidade do trabalho*. Interface, Botucatu, v. 9, n. 18, p. 553-570, fev. 2005.

SILVA, Otavio Pinto e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 2004.

VENCO, Selma. *Telemarketing nos bancos: o emprego que desemprega*. 1999. 130 f. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação,

Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1999.

WOOLFE, Ray. Counselling psychology in Britain: An idea whose time has come. *The Psychologist*, London, v. 3, n. 12, p. 531-535, 1990.

ZARIFIAN, Philippe. Comunicação e subjetividade nas organizações. Trad. José Roberto Gomes da Silva. In: DAVEL, E.; VERGARA, S. C. (Orgs.). *Gestão com pessoas e subjetividade*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 154.

Agradecimento pelos auxílios recebidos à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

A proteção como valor *prima facie* e a revista pessoal no ambiente de trabalho

Valdete Souto Severo^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo trata da ponderação de princípios e sua inviabilidade, diante da existência de um valor que se sobrepõe *prima facie*, como é o caso do valor-princípio da proteção, no âmbito das relações de trabalho, quando em cotejo com o poder/dever diretivo do empregador e, portanto, com o direito de propriedade. Abrange, pois, situações relativas à proteção de dados e à intimidade do empregado no ambiente de trabalho, especialmente quando da realização de revista pessoal.

Palavras-Chave:

- ▶ Revista pessoal — Dever de proteção — Ponderação — Valor *prima facie* — Proteção de dados.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Direito à intimidade e privacidade x poder diretivo do empregador
- ▶ 3. O poder diretivo do empregador em xequē
 - ▶ 3.1. Poder diretivo e direito de propriedade
- ▶ 4. O conteúdo do direito à preservação da intimidade e da privacidade na ordem jurídica vigente
- ▶ 5. Um valor fundamental preponderante
- ▶ 6. Revista pessoal. Exercício de poder diretivo ou abuso de poder? Algumas conclusões
- ▶ 7. Referências bibliográficas

(*) Juíza do trabalho da 4ª Região. Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS.

1. Introdução

A afirmação de que o Direito do Trabalho é um ramo especial traz consigo a indagação acerca do motivo dessa especialidade. O tema trazido à discussão, por sua vez, está diretamente relacionado a esse elemento fundante. A proteção de dados, em um Estado Democrático de Direito, abrange todos os ramos da ciência jurídica.

No contexto da relação de trabalho, porém, adquire contornos especiais. Nessa relação jurídica, é o ser humano que trabalha quem *se entrega* como objeto do contrato. Exatamente por isso, o Direito do Trabalho tem como fundamento o princípio/dever da proteção ao trabalho humano. Proteção que visa a permitir o desenvolvimento do sistema capitalista de produção, tensionando-o, de modo a impedir a *coisificação* do homem. E é a partir desse lugar de fala, de quem reconhece no Direito do Trabalho um ramo especial do direito cujo fundamento é a proteção ao trabalho humano, que iremos enfrentar a questão da revista íntima. Uma, dentre tantas questões relacionadas à proteção de dados pessoais no ambiente de trabalho.

2. Direito à intimidade e privacidade x poder diretivo do empregador

A proteção de dados pessoais no âmbito da relação de trabalho é tema que versa, invariavelmente, acerca da análise de dois direitos fundamentais que a doutrina identifica e cujo conflito resolve com o uso da ponderação. De um lado, o poder diretivo do empregador, que explicita um direito fundamental de propriedade⁽¹⁾. De outro, o direito à privacidade ou intimidade do empregado⁽²⁾. Nossa proposta

(1) Alguns autores apontam oposição entre o “princípio da autonomia privada” e a proteção à intimidade, o que, em realidade, não modifica a discussão de fundo. Nesse sentido, por exemplo: MORAES, Renata Nóbrega F. Colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais trabalhistas. Autonomia privada *versus* direito à privacidade e intimidade do trabalhador. *Revista LTr*, São Paulo, ano 73, n. 2, p. 212-217, fev. 2009.

(2) Garantido pelo art. 5º da Constituição Federal, em seus incisos X, XII.

é olhar para esse claro conflito de interesses, a partir de um prisma axiológico, a fim de identificar um valor *prima facie* que prepondera sobre os demais valores em jogo⁽³⁾, a fim de identificar a *razão de ser* do sistema jurídico e demonstrar a inviabilidade de ponderação, em tal caso.

O pacto social firmado em 1988 expressamente adota valores que pretende norteiem o ordenamento jurídico. A Constituição propõe, já em seu preâmbulo, a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social⁽⁴⁾. Quando se refere aos fundamentos da República, inclui dentre eles “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III) e “os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa” (art. 1º, IV). Estabelece como objetivos do Estado, construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos (art. 3º).

A Constituição é o pacto social no qual estabelecemos circunstâncias inaceitáveis, ideais a serem perseguidos e o conjunto de parâmetros que entendemos indispensável para a construção da sociedade que almejamos. Sabemos que toda conduta comporta uma escolha valorativa⁽⁵⁾, e não é diferente quando decidimos, *nos decidindo*, acerca da prevalência de um ou de outro direito fundamental, no caso da proteção de dados pessoais no âmbito da

(3) O professor Juarez Freitas refere-se ao princípio da hierarquização axiológica, que determina um olhar do jurista, comprometido com os valores, que por sua vez devem constituir a razão fundante das normas jurídicas (princípios e regras). FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

(4) No preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o Brasil proclama-se um Estado Democrático, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

(5) WARAT, Luiz Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul, Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

relação de trabalho. Interpretar a partir do reconhecimento da necessidade de hierarquizar axiologicamente implica a análise *a priori* do fato “revista pessoal”, por exemplo, e do valor aí contido. Implica identificar se há um valor *prima facie* na proteção contra a invasão de privacidade ou da intimidade que decorre desse ato do empregador, e que se sobrepõe ao valor “propriedade”.

3. O poder diretivo do empregador em xeque

A possibilidade de “revistar” o empregado é apontada pela doutrina como expressão do chamado “poder diretivo” do empregador, cuja origem está diretamente relacionada à moderna concepção da relação capital x trabalho⁽⁶⁾. Logo após a Revolução Francesa, com a organização de uma verdadeira “sociedade de operários”, a relação capital x trabalho não apenas adquiriu o *status* de centro das relações humanas, como também reproduziu, não aleatoriamente, relações sociais significantes, do período histórico imediatamente anterior. Vale dizer, embora não mais organizada como uma sociedade de castas, em que o senhor feudal tinha plena ingerência sobre bens e pessoas, a sociedade não conseguiu se “livrar” da ideia de comandante e comandado, senhor e escravo. A reprodução dos modelos anteriores acabou trazendo para dentro do ambiente revolucionário liberal uma disparidade material significativa, entre empregado e empregador⁽⁷⁾.

Os burgueses, que assumem o “poder social político” propugnando a possibilidade de sucesso individual para todos⁽⁸⁾, não descuidam a necessidade de continuar a reproduzir um sistema de classes, no qual não haja dúvida acerca de quem manda e de quem obedece⁽⁹⁾. Essa nova relação de poder se instaura justamente quando o trabalho passa a constituir condição de sobrevivência (individual) e de inserção social (meio que permite o “*ser-com-os-outros*” de que fala Heidegger). E cria um paradoxo. A relação de trabalho deve necessariamente ser vista como contrato (negócio jurídico bilateral), porque estamos em um momento de valorização extrema da vontade individual, mas não consegue superar a ideia de senhor e servo, outorgando um poder manifestamente desigual ao empregador⁽¹⁰⁾.

A fundamentação liberal da relação de poder entre o capitalista e o trabalhador é a de que a direção é tecnicamente necessária e a coerção é imprescindível ao trabalho coletivo. Desse modo, será razoável e justo que o trabalhador assalariado seja obrigado a fabricar o seu próprio salário e, pela mais-valia, produzir também a

sistema de autotutela privada engendrado como poder de reparação e coerção, concentrado unilateralmente nas mãos do empregador, ao menos no sentido de que este mesmo poder de autotutela haveria de ser assegurado também ao outro contratante” (MELHADO, Reginaldo, *Poder e sujeição*. São Paulo: LTr, 2007. p. 31).

(6) Sobre o tema do poder nas relações de trabalho: COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999; MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. São Paulo: LTr, 2007.

(7) Por isso, vários autores criticam a natureza contratual da relação de emprego, ao argumento de que apenas dissimula o estado de sujeição do trabalhador à empresa, engendrando mera ficção jurídica que escamoteia a relação entre quem detém o poder e quem não tem poder algum. A concepção liberal da relação de trabalho como contrato (contrato-realidade na teoria de Mario de La Cueva) tem, porém, o mérito de impor a reflexão de que “se as obrigações são recíprocas e equivalentes, o conteúdo concreto da obrigação de um não poderia ser determinado pelo outro contratante e menos ainda se explicaria assim a subsistência legitimada de um

(8) Todos, desde que homens e proprietários. E com isso privilegia a noção de contrato: reunião de vontades livres.

(9) Marx descreve a autoridade do patrão sobre os operários como tendo uma natureza de tal forma tirânica e opressiva que, à primeira vista, seria mais propriamente típica de relações sociais pré-capitalistas (MARX, Karl. *Lavoro salariato e capitale*. Roma: Editori Riuniti, 2006).

(10) Em uma crítica a esse modelo, Aldacy Coutinho reflete que “não há igualdade no campo econômico; não há também igualdade no âmbito jurídico. Muito embora seja tutelado pelo direito, que o protege para minimizar as agruras econômicas, o empregado deve juridicamente obediência e fidelidade ao seu empregador, ou seja, está em um estado de submissão da sua vontade à determinação do empregador que detém o poder de dirigi-lo, controlá-lo, fiscalizar sua conduta de vida e, por conseguinte, puni-lo no próprio interesse” (*Op. cit.*, p. 26).

remuneração do seu senhor, pagando a ele o preço pelo benefício de “governar-lhe e fazer-lhe útil para si mesmo e para a sociedade”⁽¹¹⁾. O capitalista, personificação do capital, dirige ou elege representantes para dirigir a prestação de serviços⁽¹²⁾: exerce um poder inato e congênito, cuja fonte se encontra na titularidade dos fatores de produção, do trabalho objetivado e nos atos que permitem sua recriação⁽¹³⁾. Em

realidade, porém, esse poder guarda pouca ou nenhuma relação com o fato de que o trabalho também constitui elemento de produção. Diz com a realidade de que a organização social moderna separa o trabalhador dos meios de produção. Por isso, a concepção clássica de subordinação como submissão do trabalhador a ordens, cumprimento de horários ou disciplina estabelecida pelo empregador⁽¹⁴⁾.

(11) MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. São Paulo: LTr, 2007. p. 99.

(12) Nessa linha, a CLT de 1943 conceitua empregador como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

(13) Daí surge a doutrina clássica acerca da subordinação, como elemento da relação jurídica de emprego. Confunde a inserção da atividade no âmbito de uma empresa, com a inserção (ou submissão) da própria pessoa do trabalhador. Relaciona a subordinação como algo diretamente ligado ao exercício de poder, pelo empregador, confundindo a distribuição do poder na relação de trabalho, com os elementos da relação em si. Na obra citada na nota anterior, Aldacy Coutinho refere, por exemplo, que “mediante o exercício do poder diretivo materializa-se a subordinação, elemento caracterizador da própria relação de emprego, traduzindo-se na indicação e detalhamento das modalidades técnicas de execução da obrigação principal de prestar trabalho em face da existência de um contrato de trabalho. O empregador dá ordens sobre o modo, tempo e lugar da prestação de trabalho” (*Op. cit.*, p. 52). Em verdade, a subordinação que caracteriza e diferencia a relação de trabalho típica é representada pela inserção do trabalho humano na consecução dos objetivos da empresa. No contrato de trabalho (seja ele subordinado ou não), o objeto da relação jurídica é o *trabalho humano*, indissociável de quem o presta. O trabalho humano colocado à disposição de *outrem*, cujo objetivo (como regra geral em nosso sistema) é a obtenção de lucro (apropriação da *mais-valia*). A subordinação como conceito jurídico que identifica essa relação decorre do fato objetivo de que o *homem não se separa do trabalho que realiza*, vai com ele — expende horas de vida, gasta neurônios, envelhece, vive, enquanto trabalha. Por consequência, sua condição humana na terra se *subordina* a uma finalidade menor (em termos de objetivo de existência humana) diretamente ligada ao lucro. Em outras palavras, enquanto trabalha, o homem (em sua condição de ser humano) está submetido a uma estrutura de organização empresarial destinada a um objetivo, do qual o trabalho por ele prestado faz parte, juntamente com todos os outros elementos da empresa. A diferença é que esse trabalho é parte de sua condição humana. Dele não se separa. Por

isso, a inserção do trabalho humano no rol dos elementos concatenados para uma finalidade empresarial gera a *subordinação objetiva*. Uma subordinação que não é pessoal — porque juridicamente é afeta ao *trabalho humano* e não às demais condições que identificam aquele ser humano.

(14) Quando Michel Foucault examina a questão do poder nas relações privadas, alerta para o papel que as disciplinas assumiram nos séculos XVII e XVIII, quando intentávamos a construção de um novo modo de organização social. A disciplina estabelecida no ambiente de trabalho desempenha o papel de fórmula de dominação. Era preciso convencer o servo, “vendendo” a ele a ilusão de plena capacidade de ascensão social por meio do trabalho. Entretanto, era também necessário mantê-lo dominado, submetendo-o a uma disciplina mediante a qual não houvesse dúvida sobre “quem manda e quem obedece”. Não é por motivo diverso, que a disciplina no ambiente de trabalho, decorrência direta do poder exercido pelo capital sobre o trabalho, sempre foi considerada indispensável para que a empresa existisse como tal. Diz o autor que “diferentes da vassalagem que é uma relação de submissão altamente codificada, mas longínqua e que se realiza menos sobre as operações do corpo que sobre os produtos do trabalho e as marcas rituais da obediência (...). Forma-se então uma política das coerções que são um trabalho sobre o corpo, uma manipulação calculada de seus elementos, de seus gestos, de seus comportamentos. O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadriña, o desarticula e o recompõe”. E, em seguida, conclui que “a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência) (...). Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. p. 133-134). O autor observa o que até hoje é facilmente constatável. Nas famílias, nas escolas, nas prisões, nos hospitais, assim como nas fábricas ou lojas, existe um culto à disciplina. As relações privadas são regidas por regras inflexíveis, todas elas destinadas a mostrar que em determinado

O contemporâneo conceito de *subordinação objetiva*⁽¹⁵⁾ visa justamente a romper com essa visão de sujeição de um ser humano às ordens e vontades de outro. E o interessante é que assim o fazendo, protege o ser humano contra a *coisificação*, contra a sua transformação em mercadoria, que é uma tendência intrínseca ao modelo econômico adotado⁽¹⁶⁾, e que bem se verifica na forma como até hoje permitimos seja exercido o *poder* no âmbito da relação de emprego⁽¹⁷⁾. Se compreendermos a subordinação como a inserção *do trabalho* (e não do

ambiente existe um dominador e um dominado, identificando com clareza quem detém o poder.

- (15) O Ministro e professor Mauricio Godinho Delgado conceitua a subordinação objetiva como “inserção estrutural do obreiro na dinâmica do tomador de seus serviços” (DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTTr, ano 70, n. 06, 2006, p. 667). Do mesmo modo, Ribeiro de Vilhena conclui que o elemento que caracteriza a relação de emprego é “a participação integrativa da atividade do trabalhador na atividade do credor do trabalho” (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTTr, 1999. p. 478). Esse conceito não modifica o cerne da diferença entre relação de trabalho *subordinado* e relação de trabalho *autônomo*. A subordinação continua sendo o ponto em que essa mesma relação jurídica (estabelecida entre capital e trabalho) se divide em duas espécies diversas.
- (16) Por isso, Ribeiro de Vilhena acentua que “à atividade como objeto de uma relação jurídica, não pode ser assimilado o trabalhador como pessoa. Qualquer acepção em sentido diverso importará em coisificá-lo” (VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTTr, 1999. p. 465).
- (17) Rompe, portanto, com a noção de subordinação pessoal, física, técnica ou intelectual, que origina e permite que até hoje convivamos com o poder disciplinar, diretivo ou punitivo do empregador, incompatível com o caráter contratual que se atribui à relação jurídica de trabalho. Aqui, porém, é necessário um exercício de raciocínio especial para perceber a função do caráter *objetivo* da subordinação jurídica que identifica a relação de trabalho subordinado. É objetiva porque o trabalho humano — repita-se — é o objeto dessa relação jurídica. Mas é subordinação exatamente porque esse objeto não se separa do sujeito que o presta. E é justamente porque a atividade como objeto não pode ser confundida com o sujeito, mas — ao mesmo tempo — na relação de emprego — não se separa desse sujeito, que a *subordinação objetiva* torna-se a característica essencial para a identificação da relação de trabalho, e, bem assim, para evitar seja o homem tratado como mercadoria.

trabalhador) nas atividades da empresa, teremos condições de perceber que esse elemento justifica a existência mesma do Direito do Trabalho, pautado que é pela proteção ao trabalho humano, impedindo que, ao tratá-lo como objeto, permitamos a *coisificação do homem-que-trabalha*. Percebemos, também, que não há fundamento teórico (mas sim social) a justificar o exercício de um poder diretivo tão amplo quanto aquele aceito pela doutrina e pela jurisprudência majoritárias.

A justificativa para existência desse poder *inato* é flagrantemente sociológica⁽¹⁸⁾ e insuficiente para fazer compreender o senso comum teórico que autoriza o empregador a acessar o conteúdo dos *e-mails* de seus empregados, realizar revistas pessoais ou mesmo pesquisar dados diretamente relacionados à intimidade do trabalhador, durante a execução do contrato. A passividade diante de uma relação jurídica que se pretende bilateral e sinalagmática, mas que permite uma evidente disparidade entre direitos e deveres de cada um dos contratantes, apenas contribui para o imaginário de que o empregador pode invadir a esfera privada de seus empregados, sem que isso constitua ofensa à privacidade ou à intimidade⁽¹⁹⁾.

- (18) Segundo Reginaldo Melhado, o chamado poder de sujeição decorre de fatores internos, como a detenção dos meios de produção, pelo empregador, e externos, como a existência de um excedente de mão de obra ou o fato de que o trabalho constitui meio de subsistência física para quem trabalha. Diz o autor que esse poder deve ser concebido como “fenômeno dinâmico e complexo”, verificado tanto a partir de um *desequilíbrio primário* ou *endógeno*, que caracteriza como “(a) a alienação mercantil da força de trabalho em si mesma considerada, (b) a subsunção material do trabalhador no processo de produção capitalista, (c) a questão do domínio do conhecimento técnico, (d) o sistema de interação implicativa e (e) a discricionariedade sobre certas condições contratuais”, quanto por um *desequilíbrio secundário* ou *heteronômico* desta relação de poder, caracterizado por: “(a) a superpopulação proletária relativa, (b) as variáveis de oportunidade no plano temporal, (c) a intangibilidade do mínimo existencial, e (d) a mobilidade do capital diante da inércia do trabalho” (*Op. cit.*, p. 108).
- (19) Vejamos o quanto essa afirmação é verdadeira, na seguinte ementa: “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS — REVISTA EM BOLSAS E SACOLAS DOS EMPREGADOS.

O exame do conteúdo desse suposto poder, melhor representado por um dever de bem dirigir o empreendimento⁽²⁰⁾, demonstra: a) que ele se legitima no senso comum a partir de uma visão pré-moderna de *senhor e escravo*; b) que, a partir de uma concepção contratual da relação de emprego, ele necessariamente se limita à direção das atividades no ambiente de trabalho, ou seja, às medidas necessárias para fazer funcionar a empresa; c) que ele não se confunde nem decorre diretamente do direito de propriedade, senão na medida em que todos os deveres sociais em qualquer modo remetem a essa instituição. Embora pareça claro o limite ao dever de dirigir o empreendimento, que, no âmbito de uma relação contratual, não serve como fundamento jurídico para a realização, especialmente como rotina na empresa, de procedimentos invasivos à esfera íntima dos empregados, continuamos a reproduzir a afirmação de que o empregador está legitimado pelo exercício de um direito fundamental à propriedade⁽²¹⁾ e é a falsidade dessa afirmação que pretendemos demonstrar.

I – A revista realizada com moderação e razoabilidade não caracteriza abuso de direito ou ato ilícito, constituindo, na realidade, exercício regular do direito do empregador inerente ao seu poder diretivo e de fiscalização. Dessa forma, a revista em bolsas, sacolas ou mochilas dos empregados sorteados para tanto, sem que se proceda à revista íntima e sem contato corporal, mas apenas visual do vistoriador, e em caráter geral relativamente aos empregados de mesmo nível hierárquico, não denuncia excesso do empregador, inabilitando a autora à percepção da indenização por danos morais.” (RR – 2064000-12.2005.5.09.0652, Relator Ministro: Antônio José de Barros Levenhagen, Data de Julgamento: 24.2.2010, 4ª Turma, Data de Publicação: 5.3.2010.) Não se discute a possibilidade de o empregado revistar gavetas ou pertences do empregador, mesmo que haja — em seu ponto de vista — motivo suficiente para tanto. Reconhece-se, porém, um poder diretivo capaz de justificar a revista em bolsas e pertences, como rotina da empresa, partindo-se de um pressuposto de que é lícito que o empregador desconfie da conduta de seus empregados.

- (20) Um dever contaminado pela finalidade social que permeia todo o texto constitucional e condiciona a livre-iniciativa, a empresa e até mesmo a possibilidade de *ser proprietário*.
- (21) E surge logo a dúvida: a propriedade é o patrimônio da empresa ou o próprio empregado? É certo que

3.1. Poder diretivo e direito de propriedade

A doutrina e a jurisprudência costumam relacionar o poder diretivo com o direito fundamental à propriedade. A afirmação pode ser questionada, na linha do raciocínio desenvolvido no tópico anterior. O dever-poder de dirigir as atividades da empresa está limitado, como tentamos demonstrar, aos atos necessários para que o empreendimento funcione como tal. Não implica poder de sujeição dos empregados, que não compõem o patrimônio da empresa, nem podem, legitimamente, ser considerados, *a priori*, ameaça a esse patrimônio. O que importa sublinhar aqui, porém, é que mesmo insistindo em relacionar o chamado poder diretivo ao direito fundamental de propriedade, temos de compreender que há uma restrição constitucional a esse direito, submetido que está, explicitamente, ao cumprimento de sua função social⁽²²⁾. Por consequência, também a empresa tem sua livre-iniciativa condicionada à observância de sua função social. Essa condição vem explicitada de modo cristalino no art. 170 da Constituição, quando dispõe que a exploração econômica deve fundar-se “na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa”, tendo por objetivo “assegurar a todos *existência digna*”, observados os princípios, dentre outros, da “função social da

ninguém defende abertamente sejam, os empregados, parte do patrimônio do empregador. A revista, e bem assim a inserção em outros âmbitos da esfera privada dos empregados, se justifica pela defesa do patrimônio (segredo industrial; computadores; bens passíveis de serem furtados). Isso, entretanto, apenas torna ainda mais clara a inversão de valores com a qual pactuamos diariamente. Para a suposta proteção de mercadorias vendidas em uma grande rede de supermercados, por exemplo, compreendemos viável a submissão dos empregados à inspeção em suas bolsas, armários e sacolas. O patrimônio se sobrepõe ao ser humano, de uma maneira de tal forma evidente, que parece difícil justificar — diante da ordem constitucional vigente — nossa passividade e condescendência para com as revistas pessoais.

- (22) Nos termos do art. 5º, incisos XXII e XXIII, da Constituição Federal.

propriedade” (III) e da “busca do pleno emprego” (VIII)⁽²³⁾.

A propriedade, portanto, e bem assim a empresa, só se justifica na nova ordem constitucional, na exata medida em que atenda uma finalidade social, compreendida tanto pelo dever de não exercê-la em prejuízo de outrem, quanto naquele de exercê-la necessariamente *em benefício* da coletividade⁽²⁴⁾. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato assevera que a função social da propriedade “é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade”⁽²⁵⁾, cuja inobservância gera o *dever* de atuação estatal⁽²⁶⁾. O que se

está dizendo é que existe uma ordem de valores estabelecida no pacto social de 1998, centrada na noção jurídica de dignidade da pessoa humana⁽²⁷⁾, à qual o sistema econômico e a propriedade se submetem⁽²⁸⁾. O fim social que se exige da empresa é a preocupação com os efeitos da atividade econômica, na vida das pessoas a ela diretamente vinculadas e da comunidade em que está inserida. A ideia de fim social remete à solidariedade, supedâneo do princípio da proteção que justifica e orienta o Direito do Trabalho, e que foi erigido ao *status* de valor fundamental (“valor social do trabalho”) pela ordem constitucional vigente. É a noção de solidariedade que sustenta, também, a especial proteção que o texto constitucional confere à intimidade e à privacidade.

4. O conteúdo do direito à preservação da intimidade e da privacidade na ordem jurídica vigente

A Constituição garante como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, em seu art. 5º, inciso X⁽²⁹⁾. A doutrina procura definir esses conceitos que o senso comum

(23) Fábio Konder Comparato busca na função social da propriedade e da empresa o fundamento para uma responsabilidade ainda maior pelos atos praticados, que extrapolem os limites de um contrato entre privados. Assevera que a função social da propriedade “é apresentada como imposição do dever positivo de uma adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade”, cuja inobservância gera o *dever* de atuação estatal. COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

(24) Eros Grau refere que a noção de função social em realidade significa trazer para o direito privado “algo até então tido por exclusivo do direito público: o condicionamento do poder a uma finalidade” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991. p. 250), salientando que ela atua como “fonte de imposição de comportamentos positivos” ao detentor do poder que deflui da propriedade (*Op. cit.*, p. 250). E acrescenta que a propriedade-função social que interessa à ordem econômica se subordina “aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna” (*Ibidem*, p. 252).

(25) COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 732, p. 38-46, out. 1996.

(26) É por isso, por exemplo, que o § 4º do art. 173 da Constituição Federal refere que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, enquanto o art. 187 do Código Civil coíbe condutas que atentem contra o “fim econômico ou social”, a boa-fé e os bons costumes. E é apenas um olhar sistemático para o ordenamento jurídico, a partir dos valores constitucionais, que nos permite ver com clareza a opção vertida no

pacto social, de submissão do valor propriedade ao valor dignidade da pessoa humana, em que contido o princípio da valorização social do trabalho.

(27) A opção por uma ordem jurídica pautada em valores sociais dos quais a dignidade da pessoa humana é expressão máxima não é privilégio brasileiro. Também na Itália, o art. 42, parágrafo 2, da Constituição refere que “la proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti, allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”. Sobre o texto constitucional, a doutrina italiana assevera sua direta ligação com os limites à iniciativa privada que, inserida em uma ordem social, deve não apenas atender à finalidade social, como também não provocar dano à segurança, à liberdade e à dignidade humana. CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000. p. 449.

(28) Bem por isso, a dignidade da pessoa humana aparece tanto como fundamento da República (art. 1º, III), quanto como fim da ordem econômica (art. 170).

(29) São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

certamente não teria dúvida em identificar, em um caso concreto. Quando trata da intimidade, Alice Monteiro de Barros a define, reportando-se a um caso paradigmático do direito americano, como “o direito a ser deixado em paz”, o direito “a não ser conhecido em certos aspectos” pelas demais pessoas, o direito ao segredo⁽³⁰⁾. José Afonso da Silva diz que “intimidade é a esfera secreta da vida do indivíduo, na qual este tem o poder legal de evitar os demais. Consiste na exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à sua pessoa mesma”.

A privacidade, por sua vez, caracteriza-se como o “conjunto de informação acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob controle ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”⁽³¹⁾.

Os conceitos permitem a indagação acerca da possibilidade de que o empregado mantenha em sua bolsa, em seu armário ou no seu corpo, coisas que não pretende sejam “divididas” com os colegas do ambiente de trabalho. Objetos ou situações que pretende permaneçam em segredo e que necessariamente são “publicizadas” durante a revista pessoal. E, aqui, aos que apressadamente respondem que basta não portar na bolsa tais pertences, objetamos o fato de que é no ambiente de trabalho que passamos a maior parte do nosso tempo acordado. Nossa vida transcorre enquanto trabalhamos. Será razoável exigir da empregada que enfrenta seu ciclo menstrual, que não porte absorvente na bolsa? Será razoável exigir que o empregado que pretende encontrar a namorada ou namorado após o trabalho não traga consigo preservativos? Ou será que esses objetos não compõem a esfera íntima do indivíduo e em

nome da proteção ao patrimônio podem ser “vistos” pelos colegas de trabalho?

Talvez o que falte não seja um conceito preciso (na medida da possibilidade da precisão acerca de direitos da personalidade) de intimidade ou privacidade. Talvez não falte, também, a exata noção do conteúdo do poder diretivo e dos limites ao direito de propriedade. Talvez falte apenas a capacidade de alteridade⁽³²⁾. A capacidade de se colocar no lugar do outro que enfrenta, diariamente, a desconfiança. A capacidade de se colocar no lugar de quem se submete, diariamente, à humilhação da nudez de seus pertences pessoais.

A questão tem tal importância no âmbito de uma sociedade organizada, que não faltam normas internacionais repisando a necessidade de proteção à intimidade e à privacidade. São encontradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁽³³⁾, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966⁽³⁴⁾, e no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969⁽³⁵⁾, apenas para citar os exemplos

(30) BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997. p. 29. Embora outros autores conceituem de modo diverso, o conteúdo da noção de intimidade já pode ser apreendido nesse exemplo.

(31) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 202-203.

(32) De colocar-se no lugar do outro. Nesse sentido: “O individualismo projetou um homem que é incapaz de se reconhecer no outro, por sua incapacidade de reconhecer o outro. Percebe o outro, como uma extensão de si. Que vê o mundo como ele. Não vê, portanto o outro. Vê a si mesmo, projetado no outro, incapacitando-se a reconhecer qualquer alteridade.” (ARONNE, Ricardo. Esboço de ensaio para desconstrução do discurso penal na sociedade do espetáculo ou... Surpreendendo o público em quintais privados. In: *Revista Veritas*, Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 53, n. 2, 2008, p. 179-192).

(33) Dispõe no art. 12 que: “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

(34) Refere em seu art. 17 que: “1 – Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.”

(35) Estabelece no art. 12, alínea 2, que “ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

mais relevantes⁽³⁶⁾. No Brasil, não é diferente. Além da clareza do texto constitucional, no

(36) A União Europeia editou a Diretiva n. 95/46/CE, de 24 de outubro de 1995, e a Diretiva n. 97/66/CE, de 15 de dezembro de 1997. A partir dessas diretivas, praticamente todos os estados europeus disciplinaram a matéria, inclusive no âmbito das relações de trabalho. O art. 4º do Estatuto dos Trabalhadores Espanhóis estabelece: "Derechos laborales. 2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: e) Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo. Por sua vez, o art. 4º do Statuto dei Lavoratori Italiani dispõe: "E' vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro, ma dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori, possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'ispettorato del lavoro, dettando, ove occorra, le modalità per l'uso di tali impianti. Per gli impianti e le apparecchiature esistenti, che rispondano alle caratteristiche di cui al secondo comma del presente articolo, in mancanza di accordo con le rappresentanze sindacali aziendali o con la commissione interna, l'ispettorato del lavoro provvede entro un anno dall'entrata in vigore della presente legge, dettando all'occorrenza le prescrizioni per l'adeguamento e le modalità di uso degli impianti suddetti." O Statuto dispõe, também, sobre a possibilidade de revista, em seu art. 6, referindo: "Le visite personali di controllo sul lavoratore sono vietate fuorché nei casi in cui siano indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro o delle materie prime o dei prodotti. In tali casi le visite personali potranno essere effettuate soltanto a condizione che siano eseguite all'uscita dei luoghi di lavoro, che siano salvaguardate la dignità e la riservatezza del lavoratore e che avvengano con l'applicazione di sistemi di selezione automatica riferiti alla collettività o a gruppi di lavoratori. Le ipotesi nelle quali possono essere disposte le visite personali, nonché, ferme restando le condizioni di cui al secondo comma del presente articolo, le relative modalità debbono essere concordate dal datore di lavoro con le rappresentanze sindacali aziendali oppure, in mancanza di queste, con la commissione interna. In difetto di accordo, su istanza del datore di lavoro, provvede l'ispettorato del lavoro. Contro i provvedimenti dell'ispettorato del

âmbito da legislação ordinária trabalhista, o item 12 da Exposição de Motivos da Consolidação das Leis do Trabalho⁽³⁷⁾ faz menção expressa à dignidade, à humanidade e à justiça social.

Em outros itens, a Exposição de Motivos faz referência expressa à saúde do trabalhador e ao compromisso em manter íntegro, física e psicologicamente, quem trabalha, como medida de justiça social. Entre as medidas que explicitam esse princípio de proteção à dignidade do *homem-que-trabalha*, está a do art. 373-A, inciso VI, da CLT, inserido pela Lei n. 9.799/99, que veda ao empregador a realização de revistas íntimas nas empregadas⁽³⁸⁾.

A preocupação com a proteção da intimidade, especialmente no ambiente de trabalho em que reconhecemos a presença de um suposto "poder diretivo" que mais se assemelha a um poder de sujeição, decorre diretamente do caráter fundamental que esse direito adquire enquanto expressão da dignidade da pessoa

lavoro di cui al precedente comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo articolo 19 possono ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al ministro per il lavoro e la previdenza sociale." Sobre esse último dispositivo, Edoardo Ghera observa tratar-se de norma que resguarda a tutela da dignidade social e da liberdade do trabalhador, cuja restrição se justifica apenas e no limite da necessidade de salvaguardar o patrimônio e os equipamentos da empresa, não podendo implicar qualquer espécie de constrangimento ou restrição da liberdade individual (GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci, 2006. p. 92).

(37) "12. É o diploma do idealismo excepcional do Brasil orientado pela clarividência genial de V. Exa., reajustando o imenso e fundamental processo de sua dinâmica econômica, nas suas relações com o trabalho, aos padrões mais latos de dignidade e de humanidade da justiça social. É incontestavelmente a síntese das instituições políticas estabelecidas por V. Exa. Desde o início de seu governo."

(38) Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (...) VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias.

humana⁽³⁹⁾. E se acentua diante da denominada “sociedade do espetáculo”⁽⁴⁰⁾.

Vivemos em um “mundo de aparências” como diz Hannah Arendt⁽⁴¹⁾, em que o espaço privado é de tal modo invadido pelo “público”⁽⁴²⁾, que as pessoas parecem não perceber as implicações de condutas singelas como aquela de acessar o conteúdo de um *e-mail*, do armário ou da bolsa de um empregado. Os

(39) O Juiz do trabalho Rafael da Silva Marques, em tese de doutorado, ainda no prelo, assevera que “a proteção à dignidade e intimidade do trabalhador faz parte do contrato de emprego. Não pode o empregado, contratado para prestar serviços a uma empresa, se desligar de seus direitos de personalidade ou mesmo dos direitos fundamentais. Sua dignidade sempre deverá ser respeitada por seu empregador de forma absoluta, sem qualquer concessão ou mitigação. Do contrário, além de sanções administrativas, conforme a norma legal, poderá ele ter que indenizar o trabalhador também no aspecto moral”.

(40) Já em 1967, em um livro com o título *A sociedade do espetáculo*, Guy Debord dizia que “enquanto a primeira fase do domínio da economia sobre a vida caracterizava-se pela notória degradação do ser em ter, no espetáculo chegou-se ao reinado soberano do aparecer. As relações entre os homens já não são mediadas apenas pelas coisas, como no fetichismo da mercadoria de que Marx falou, mas diretamente pelas imagens”. E alerta para o fato de que “no espetáculo, a economia, de meio que era, transformou-se em fim, a que os homens submetem-se totalmente, e a alienação social alcançou o seu ápice: o espetáculo é uma verdadeira religião terrena e material, em que o homem se crê governado por algo que, na realidade, ele próprio criou”. E, acrescentaríamos, que admite a intromissão na esfera mais íntima, como lúdica medida de divulgação ou controle de dados, seja em casa, na família ou no ambiente de trabalho. É isso que faz com que nosso imaginário aceite a revista íntima ou o acesso ao e-mail do empregado como expressões de um “poder diretivo” ou de um “direito de propriedade” que transforma o homem em meio para a obtenção de um resultado.

(41) ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.

(42) Rodrigues Pinto chama a atenção para isso, salientando que a globalização gerou uma sociedade de exposição, em que aceitamos a constante invasão de privacidade, como forma de “inserção social”. PINTO, José Augusto Rodrigues. *A globalização e as relações capital/trabalho*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_julho2002/convidados/Jos%E9%20Augusto%20Rodrigues%20Pinto.doc> Acesso em: 15 ago. 2009.

sujeitos, sujeitados a uma relação de trabalho da qual não podem prescindir, aceitam os procedimentos adotados pela empresa, abrindo mão de um importante espaço de sua individualidade, para manter o posto de trabalho. Ora, se o direito à preservação da intimidade significa realmente o direito de não ser incomodado, o direito ao segredo, não há como justificar, sequer pela técnica da ponderação, em um Estado que não cansa de reforçar a importância desse preceito fundamental, a possibilidade de que o empregador se imiscua na particularidade dos pertences ou da correspondência do empregado, para ali exercer seu *mando*.

5. Um valor fundamental preponderante

Ao iniciarmos este texto, nos propomos a demonstrar que, a partir de uma interpretação constitucional axiológica, podemos identificar um valor que, por sua especial importância, se sobrepõe aos demais na ordem jurídica brasileira, impedindo a ponderação entre princípios com características e importâncias diversas. O valor da dignidade da pessoa humana, que no âmbito das relações de trabalho é explicitado, no texto constitucional, pela expressão “valores sociais do trabalho”⁽⁴³⁾, também denominado princípio/dever da proteção, é o valor fundamental que orienta a regra da inviolabilidade da intimidade e da privacidade, no ambiente de trabalho⁽⁴⁴⁾.

(43) Apresentado como fundamento da República no artigo primeiro da Constituição Federal.

(44) “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.” O “valor social do trabalho” está contido, também, no art. 3º do texto constitucional, quando estabelece como objetivos fundamentais, dentre outros, a busca de uma sociedade livre, justa e *solidária*. Nas palavras do prof. Juarez Freitas, é o art. 3º que nos revela qual o propósito da Constituição Federal, qual a sua missão entre nós. Isso significa que é deste dispositivo que devemos retirar o propósito do texto constitucional e, bem assim, os valores que elegemos como essenciais para

A introdução dos valores como elementos do ordenamento jurídico não constitui novidade. Embora durante um significativo período de tempo, direito tenha significado conjunto de regras jurídicas, que não deveriam ser contaminadas por valores ou ideologias, o certo é que os valores sempre constituíram o fundamento da estrutura jurídica de determinada comunidade, em certo momento histórico⁽⁴⁵⁾.

É possível, pois, afirmar que a negação dos valores, separando moral e direito, é ao mesmo tempo a defesa de determinados valores, relacionados à consolidação e à manutenção de um novo modo de organização social, pelo qual as trocas deveriam permitir o acúmulo e a formação de riqueza, independentemente do *status* social do indivíduo. Os valores, portanto, sempre pertenceram ao direito, mesmo quando ele negou sua paternidade.

O que a era contemporânea conseguiu, ou está lutando para conseguir, é que o direito assumira a paternidade dos valores (negada pela era moderna) e em lugar de escondê-los atrás de uma *pseudoneutralidade*, os evidencie, se comprometa abertamente com eles, como fez a Constituição brasileira de 1988, quando estabeleceu como fundamentos da República, já em seu art. 1º, a dignidade humana e o valor social do trabalho e da livre-iniciativa. Com isso, sublinha sua opção política comprometida com valores claros que devem, ou deveriam,

a nossa sociedade, nesse momento histórico (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004).

- (45) É a noção de que “toda conduta confronta-se com uma escolha, e qualquer escolha, direta ou indiretamente, com uma hierarquização axiológica”, ou seja, decidir implica sempre a eleição de valores considerados indispensáveis à pacificação dos conflitos sociais. Nesse sentido: FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 136. Portanto, interpretar a partir do reconhecimento da necessidade de considerar os valores eleitos implica, por exemplo, a análise *a priori* do fato “despedida imotivada” e do valor aí contido. Implica identificar se há um valor *prima facie* na proteção contra a dispensa, seja ela individual ou coletiva, que se sobrepõe ao valor “liberdade de despedir”.

servir de base axiológica para toda a e qualquer interpretação ou aplicação de norma jurídica.

Esse “valor fundante”, presente em todos os incisos do art. 1º da nossa Constituição, remete à ideia de *pluralidade*, de solidariedade, de consciência de que o homem não vive isoladamente. Por isso, apenas respeitando a dignidade de todos, garantindo a democracia e a cidadania e valorizando o trabalho em seu espectro social, poderemos alcançar uma realidade menos excludente. O paradigma da solidariedade determina um olhar para os atos que decorrem das relações privadas, a partir da necessidade de busca de uma sociedade livre, justa e solidária⁽⁴⁶⁾. Novamente, a dignidade humana, não apenas em seu conteúdo de garantia da existência humana, mas de uma existência *com dignidade social*. Por isso, a especial relevância aos “ditames da justiça social” no pacto instituído em 1988.

A valorização do espectro social do trabalho humano, porque decorrência lógica da noção jurídica de dignidade da pessoa humana, tem prevalência *prima facie* sobre a proteção, necessária, elogiável e indispensável, à propriedade do empreendedor, expressando-se, pois, em um princípio que, por sua importância, não pode ser afastado no caso concreto, nem se sujeita à ponderação. Na medida em que admitimos o acesso a dados pessoais do empregado, estamos, em realidade, negando esse valor *a priori*, contido na ordem constitucional vigente⁽⁴⁷⁾ e explicitado no princípio da proteção.

-
- (46) Aqui está o cerne da nova ordem constitucional: liberdade substancial, assim compreendida como possibilidade igual de acesso a todos os bens indispensáveis para uma vida digna; justiça como função do direito e solidariedade como preocupação, nos atos individuais, com seus efeitos sociais, com a inclusão, com a não afetação da capacidade de subsistência de indivíduos para os quais essa sociedade também foi pensada (ou deveria ter sido).

- (47) O trabalho não é uma mercadoria. Com essa afirmação, o Tratado de Versalhes introduz no mundo do trabalho a ideia de que argumento algum, de ordem meramente econômica, poderá suplantará a consciência jurídica de que o homem, aquele para quem as normas jurídicas são criadas, está no centro dos interesses

E as regras jurídicas têm compromisso com a efetivação desse valor prioritário na ordem constitucional. Fazer jurisdição constitucional implica promover a “vivificação da Constituição na sua materialidade, a partir do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito”⁽⁴⁸⁾.

Note-se que a defesa intransigente da intimidade do empregado poderia ser feita a partir de um lugar de fala que sequer se preocupasse em identificar o princípio norteador da relação de trabalho. A intimidade é de ser preservada em toda e qualquer situação. O fato de a agressão à esfera íntima ocorrer no ambiente de trabalho é, porém, significativo.

A relação de trabalho, por suas características peculiares, retira do trabalhador, especialmente em um país com milhões de desempregados, como é o caso do Brasil, a possibilidade de reagir individualmente ao abuso de direito. A revista, o acesso ao *e-mail* (particular ou corporativo), a divulgação ou utilização de dados pessoais, são tolerados pela doutrina e pela jurisprudência e amplamente utilizados pelas empresas, justamente em face do senso comum de que falávamos anteriormente, segundo o qual o homem é sujeito e objeto dessa espécie de contrato. E, como tal, deve sujeitar-se às ordens e ingerências do seu empregador.

Ocorre perceber, porém, que ao permitir a invasão da privacidade em nome de uma suposta necessidade de proteção do patrimônio, invertemos a ordem de valores estabelecida em nossa Constituição. Eis porque discordamos da afirmação de que a questão relativa ao direito à privacidade ou à intimidade se resolve a partir da ponderação com o direito de propriedade ou diretivo, do empregador. A ponderação, por si só, em hipóteses nas quais identificamos um

sociais. E é esse o homem que trabalha. E esse homem deve ser respeitado. Está na base da ideia de respeito ao ser humano, a premissa consagrada na Convenção n. 158 da OIT e na Constituição Federal brasileira, de que os atos de denúncia do contrato de trabalho devam ser motivados.

(48) *Idem*.

valor *a priori*, implica subversão dessa ordem reconhecida⁽⁴⁹⁾. Implica, portanto, a negação do valor preponderante, quebrando a própria ideia de hermenêutica constitucional. Vale dizer, é possível ponderar princípios, desde que não percamos de vista esse valor *prima facie* e, especialmente, as diferenças que os identificam, reconhecendo que alguns deles não servem a essa técnica de aplicação ao caso concreto. Estamos, pois, afirmando que a técnica de ponderação serve para princípios de mesma hierarquia ou função, e desde que não resulte seu esvaziamento.

6. Revista pessoal. Exercício de poder diretivo ou abuso de poder? Algumas conclusões

O que foi dito até aqui faz concluir com certa tranquilidade que a possibilidade de revista dos empregados é vedada pelo art. 5º da Constituição, bem como pela regra do art. 373-A da CLT, cuja extensão aos homens trabalhadores parece imperiosa⁽⁵⁰⁾. Ainda assim,

(49) Quando aborda a questão, Ricardo Tenório Cavalcante refere que a existência de um valor *prima facie* não afasta, por si só, a possibilidade de ponderação entre dois princípios (CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 153), afirmação com a qual concordamos, desde que essa ponderação não implique, no caso concreto, a ruptura com o valor preponderante. Vale dizer, é possível a ponderação entre dois princípios que derivam de valores constitucionais diversos, mas sendo um deles preponderante, essa ponderação terá necessariamente de preservá-lo, sob pena de subversão (e quebra) da ordem axiológica constitucional vigente. E essa parece ser também a conclusão do autor, quando afirma que “os direitos sociais devem prevalecer sempre *prima facie* sobre os direitos econômicos” (*Ibidem*, p. 157).

(50) Nesse sentido, existe Enunciado aprovado na Primeira Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, que será reproduzido no corpo do texto. Há decisão do TST estendendo aos homens a proteção contida nesse dispositivo: “RECURSO DE REVISTA. DANOS MORAIS. REVISTA ÍNTIMA. EMPRESA DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS DE VENDA CONTROLADA. SUBSTÂNCIAS PSICOTRÓPICAS. O exercício regular do poder de fiscalização, com a finalidade de cumprir a legislação infraconstitucional que impõe a responsabilidade

a jurisprudência e a doutrina revelam-se condescendentes com práticas de revista de empregados, considerando abusiva apenas aquela que implique exposição ou contato direto com o corpo⁽⁵¹⁾. São comuns, inclusive, decisões reconhecendo a preponderância do “poder diretivo” sobre a intimidade, nessas hipóteses⁽⁵²⁾.

da empresa pela guarda de produtos de venda controlada, não autoriza o descumprimento das normas constitucionais que tratam da dignidade da pessoa humana, ante o princípio da supremacia da Carta Magna. No caso concreto, o reclamante era submetido a revista íntima diária em ambiente coletivo, o que não se admite. *No art. 373-A da Consolidação das Leis do Trabalho está disposto que é vedado proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas de empregadas ou funcionárias, o que, ante o princípio da igualdade (art. 5º, caput, I, da CF/88), aplica-se aos trabalhadores do sexo masculino, pois a dignidade é própria do ser humano, não de gênero específico. Recurso de revista a que se nega provimento.*” (PROC: RR - 631/2005-058-15-00, PUBLICAÇÃO: DJ 4.4.2008, 5ª Turma, Relª Kátia Magalhães Arruda.)

- (51) Nesse sentido: “RECURSO DE REVISTA — DANO MORAL — REVISTA VISUAL DE BOLSAS E SACOLAS. A inspeção visual de bolsas, pastas e sacolas dos empregados, sem contato corporal ou necessidade de despimento, e ausente qualquer evidência de que o ato possua natureza discriminatória, não é suficiente para, por si só, ensejar reparação por dano moral. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido.” (RR – 1587500-13.2006.5.09.0012, Relª Minª Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 17.3.2010, 8ª Turma, Data de Publicação: 19.3.2010.)
- (52) “DANO MORAL GENÉRICO. REVISTA MERAMENTE VISUAL EM BOLSAS E SACOLAS DE TODOS OS EMPREGADOS. PROPRIEDADE VERSUS INTIMIDADE. Há evidente colisão de direitos fundamentais relativos à propriedade e à intimidade na hipótese de revista realizada pelo empregador, em objetos pessoais dos empregados, para preservar o seu patrimônio. Tal procedimento é feito pela necessidade de preservação do empreendimento, no qual há interesse tanto para o empresário quanto para os trabalhadores. Daí, a questão se resolve pela ponderação de interesses entre os princípios constitucionais relativos ao direito de propriedade e à intimidade. Assim, por não se revestirem de caráter absoluto, entende-se pela coexistência de ambos, com a prevalência daquele que se reputa melhor a preservar ambos os interesses em conflito, embora com possibilidade de mitigação de um ou ambos. Daí, plenamente justificável como manifestação do poder diretivo empresarial a mitigação à intimidade dos empregados em grau suficiente a justificar a preservação do empreendimento, o que melhor atende à aos interesses sociais

Mesmo autores comprometidos com o princípio da proteção que rege o Direito do Trabalho, concedem ao “poder diretivo” a prerrogativa de revistar o empregado, como medida de proteção do patrimônio⁽⁵³⁾.

Essa compreensão parece olvidar o fato de que trabalho e empresa são realidades que dependem uma da outra. É na empresa que o trabalho se realiza. É no ambiente de trabalho que o homem trabalhador passa a maior parte do tempo, é onde ele vive, interage, se relaciona e modifica o mundo ao seu redor. É pelo trabalho que ele “se mostra” e “forja” sua consciência de si mesmo e dos outros. Por isso, na relação de trabalho, mais do que em qualquer outra, os deveres relacionados à boa-fé objetiva (transparência, confiança e lealdade) são tão importantes. E tais deveres decorrem diretamente da noção de solidariedade de que tratávamos no tópico precedente. Decorrem diretamente da noção de necessidade de proteção e respeito à dignidade humana⁽⁵⁴⁾.

envolvidos. Nessa senda, esta Corte tem reiteradamente entendido que a mera inspeção visual de bolsas, pastas e sacolas dos empregados, sem contato corporal e ausente qualquer evidência de que o ato possua natureza discriminatória, não é suficiente para, por si só, ensejar reparação por dano moral. Precedentes. Conhecido e provido.” (RR – 144100-26.2004.5.02.0067, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 10.3.2010, 5ª Turma, Data de Publicação: 19.3.2010.)

- (53) Nesse sentido, embora ponderando entendimentos contrários e referindo a necessidade de exame caso a caso, se posiciona Alice Monteiro de Barros. BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTR, 1997.
- (54) Nesse sentido: ZERGA, Luz Pacheco. *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Navarra: Thompson Civitas, 2007. p. 36-37. O autor refere que: “La obligación de ejecutar el contrato conforme a los compromisos adquiridos, tiene su fundamento último en el respeto debido a la dignidad humana, porque tanto el empresario como el trabajador, mediante la celebración y ejecución del contrato de trabajo están dando cauce a sus fines, intereses y aspiraciones, que derivan de su naturaleza racional. En consecuencia, cada parte del contrato está obligada a cumplir con los compromisos adquiridos porque debe reconocer la igual autodeterminación de la otra, con todo el contenido ético, jurídico y social que comporta este acto” (*Op. cit.*, p. 52).

O interesse social sempre foi o mote da Justiça do Trabalho, que atualmente busca resgatar sua característica de Justiça Social. A finalidade social é de tal modo ínsita à relação de trabalho, que a CLT determina a nulidade “de pleno direito” da cláusula que restrinja ou fragilize direitos garantidos em lei⁽⁵⁵⁾. Do mesmo modo, a boa-fé objetiva⁽⁵⁶⁾ traduz-se como regra de conduta desde sempre presente nas relações de trabalho⁽⁵⁷⁾. A vontade cede lugar, quando se cogita de relação de trabalho, para a finalidade social. E o procedimento de submeter empregados à revista é exatamente isso: quebra do princípio da boa-fé objetiva, é a pressuposição de um agir ilícito, por parte do empregado. Portanto, não há critério de ponderação que resista a uma prática que nega o valor fundamental da proteção ao trabalho humano e, por consequência, à integridade física e moral, à intimidade, de quem trabalha.

Nesse sentido, é importante divulgar a existência do Enunciado n. 15, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, organizada pela ANAMATRA e pelo TST, em 23.11.2007, segundo o qual:

“REVISTA DE EMPREGADO. I – REVISTA – ILICITUDE. Toda e qualquer revista, íntima ou não, promovida pelo empregador ou

seus prepostos em seus empregados e/ou em seus pertences, é ilegal, por ofensa aos direitos fundamentais da dignidade e intimidade do trabalhador. II – REVISTA ÍNTIMA – VEDAÇÃO A AMBOS OS SEXOS. A norma do art. 373-A, inc. VI, da CLT, que veda revistas íntimas nas empregadas, também se aplica aos homens em face da igualdade entre os sexos inscrita no art. 5º, inc. I, da Constituição da República.”

A finalidade social justifica devam as relações jurídicas ser contaminadas pela boa-fé objetiva. Justifica, ainda, que os institutos jurídicos tenham necessário comprometimento com a melhoria da vida do homem na Terra⁽⁵⁸⁾. E impõe uma conduta, por parte dos contratantes, baseada na confiança e na transparência. É essa base que afetamos, quando permitimos a revista. Não há razão lógica para defendermos que a revista constitui proteção ao patrimônio do empregador, senão a premissa de que o empregado é potencialmente um “ladão”⁽⁵⁹⁾.

A ampla discussão acerca da possibilidade de ponderação de bens de importância absolutamente distinta, como são a propriedade e a intimidade, evidenciada na existência de legislações, em outros países, autorizando a revista nos empregados e de uma jurisprudência brasileira extremamente permissiva, esconde a realidade de que ainda vemos o *homem-que-trabalha* como um ser inferior ao *homem-que-emprega*. Ninguém discute a possibilidade, diante da paridade ínsita a uma relação contratual, de o empregado ter acesso à contabilidade da empresa ou às gavetas da “sala do chefe”. Ninguém admite a desconfiança prévia acerca da conduta do empregador.

(55) Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

(56) A boa-fé objetiva se consubstancia, de acordo com Américo Plá Rodríguez, por um atuar lícito, respeitando o direito e o interesse alheio. Refere ser a boa-fé um princípio a inspirar as relações jurídicas, de sorte a que sejam cumpridas de modo honesto e escrupuloso, definindo-a como “um ingrediente de ordem moral indispensável para o adequado cumprimento do direito”, sem o qual a maioria das normas jurídicas perde seu significado (CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 423).

(57) O caráter normativo do princípio da boa-fé tem como efeito o “nascimento de deveres verdadeiramente obrigacionais que não possuem suas fontes na vontade”. Desse modo, “os deveres decorrentes da boa-fé podem, assim, não ser declarados pelas partes, não ser por elas queridos ou ser por elas totalmente desprezados. Não obstante, participarão do conteúdo jurídico da relação” (*Ibidem*).

(58) Américo Plá Rodríguez cita Paulo Durand, quando menciona que “as relações de trabalho não consistem em um simples intercâmbio de prestações de ordem patrimonial. Elas fazem o trabalhador entrar em uma comunidade de trabalho e obrigam o empregador a testemunhar-lhe uma confiança necessária”. *Apud* PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 429.

(59) A expressão popular é utilizada propositalmente, para explicitar o que o direito teima em não ver.

Já é hora, então, de assumirmos os valores consolidados no texto constitucional, como nortes orientadores para a interpretação e aplicação das regras jurídicas, reconhecendo a inconstitucionalidade da prática de realização de quaisquer revistas pessoais, de visualização do conteúdo do *e-mail* do empregado, seja ele privativo ou corporativo, ou de utilização de dados pessoais do empregado, pelo empregador.

7. Referências bibliográficas

- ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. 5. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2002.
- ARONNE, Ricardo. Esboço de ensaio para desconstrução do discurso penal na sociedade do espetáculo ou... Surpreendendo o público em quintais privados. In: *Revista Veritas*, Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, v. 53, n. 2, p. 179-192, 2008.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. São Paulo: LTr, 1997.
- BELTRÃO, Sílvia Romero. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro. Porto Alegre: Antonio Sérgio Fabris, 2006.
- CARETTI, Paolo. *I diritti fondamentali*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2000.
- CAVALCANTE, Ricardo Tenório. *Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, ano 85, v. 732, out. 1996.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. *Poder punitivo trabalhista*. São Paulo: LTr, 1999.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 1997.
- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. In: *Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, LTr, ano 70, n. 06, 2006.
- DUARTE, Juliana Bracks; TUPINAMBÁ, Carolina. Direito à intimidade do empregado x direito de propriedade e poder diretivo do empregador. *RD*, São Paulo, Revista dos Tribunais, jan./mar. 2002.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GHERRA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.
- MARX, Karl. *Lavoro salariato e capitale*. Roma: Editori Riuniti, 2006.
- MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição*. São Paulo: LTr, 2007.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAES, Renata Nóbrega F. Colisão entre direitos fundamentais nas relações contratuais trabalhistas. Autonomia privada *versus* direito à privacidade e intimidade do trabalhador. *Revista LTr*, São Paulo, ano 73, n. 2, p. 212-217, fev. 2009.
- OLIVEIRA NETO, Alberto Emiliano de. Direito à intimidade e à privacidade — *e-mail* do empregado. *Revista Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, ano 20, n. 233, p. 39-49, maio 2003.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *A globalização e as relações capital/trabalho*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_julho2002/convidados/Jos%E9%20Augusto%20Rodrigues%20Pinto.doc>. Acesso em: 15 ago. 2009.
- RAMOS FILHO, Wilson. NEGRISOLI, Fabiano. Monitoramento e rastreamento do *e-mail* do empregado pelo empregador: precarização judicial aos direitos fundamentais de privacidade e de sigilo de correspondência. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FAVA, Marcos Neves (Orgs.). *O mundo do trabalho*. v. I. São Paulo: LTr, p. 471-492.
- RIBEIRO, Lélia Guimarães Carvalho. *A monitoração audiovisual e eletrônica no ambiente de trabalho e seu valor probante*. São Paulo: LTr, 2008.
- RUARO, Regina Linden. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada na relação de emprego: o monitoramento do correio eletrônico pelo empregador. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Direitos fundamentais, informática e comunicação, algumas aproximações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

VARGAS, Luiz Alberto de. Direito de privacidade do correio eletrônico no local de trabalho: o debate nos Estados Unidos. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Rio de Janeiro, ano I, v. I, p. 59-76, jan./mar. 2002.

VIANA, Márcio Tulio. *Os direitos de personalidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. São Paulo: LTr, 1999.

WARAT, Luiz Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

ZERGA, Luz Pacheco. *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Navarra: Thompson Civitas, 2007.

O processo no Estado constitucional

Rubens Fernando Clamer dos Santos Júnior^(*)

Resumo:

- Neste modelo de Estado Constitucional, a Constituição Federal passa a ser reconhecida como o centro axiológico do nosso sistema jurídico, cabendo, por consequência, a concretização dos valores, princípios e fundamentos traçados no texto constitucional. Com o reconhecimento desta nova fase, pós-positivista, resta superada a fase da interpretação exclusivamente com base nas regras jurídicas, sendo necessária a reaproximação do direito e da ética. Os princípios de justiça passam a ser os critérios balizadores para a solução dos casos concretos, observando-se, é claro, a ordem jurídica posta neste Estado Constitucional. O direito processual necessariamente também tem que trabalhar com estas premissas, em permanente aproximação com o direito material, para não se tornar abstrato e distante dos seus objetivos, com intuito de propiciar a efetividade na prestação jurisdicional. Nesse sentido, trabalha-se com a busca de um processo justo, sendo o direito de ação reconhecido como um dos mais importantes direitos fundamentais, que tem como intuito justamente proteger e efetivar os demais direitos, fundamentais ou não, assumindo assim típica natureza prestacional. Com isso, se almeja um resultado útil com o processo, a fim de que sejam concretizados dois pilares do direito processual: uma prestação jurisdicional efetiva e a razoável duração do processo.

Palavras-Chave:

- Processo do trabalho — Efetividade — Celeridade.

Índice dos Temas:

- 1. Introdução
- 2. O processo no Estado constitucional
 - 2.1. O direito ao processo justo
 - 2.2. A tutela jurisdicional
 - 2.3. O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada
- 3. O direito de ação sob o prisma dos direitos fundamentais
- 4. Conclusão
- 5. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região. Titular da Vara de Santana do Livramento. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC-RS. Professor de Direito do Trabalho e de

Processo do Trabalho. É autor do livro *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*, publicado pela LTr Editora em junho de 2010.

1. Introdução

Este trabalho pretende desenvolver o estudo do direito processual a partir da concepção contemporânea do Direito Constitucional, sobretudo com base na teoria dos direitos fundamentais, tentando estabelecer a conexão necessária entre o direito material e o direito processual. Para isto, como já indicado, busca-se trabalhar com a nova fase de interpretação pós-positivista, frisando os equívocos do sistema positivista, no sentido de estabelecer uma relação muito íntima entre o direito material e o direito processual, muito embora se reconheça a autonomia deste ramo da ciência do direito, com o objetivo de alcançarmos as diretrizes traçadas em nossa Constituição. Precisamente no campo processual se deseja uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, tendo o processo um prazo razoável de duração.

Para a concretização desses objetivos, com vistas à efetividade real do processo, pretendemos examinar o que é um processo justo, principalmente a partir da doutrina portuguesa construída por Canotilho. O que vem a ser um processo justo, suas finalidades, seus contornos e objetivos, mas principalmente os mecanismos postos à disposição para a concretização de um processo verdadeiramente justo. O direito fundamental à tutela jurisdicional, visto como autêntico direito fundamental sob o plano formal e material, assegura ao cidadão o direito de exigir a contraprestação por parte do Estado, a fim de que seja prestada tutela efetiva, adequada e em um prazo razoável.

Finalmente, com base na evolução dos direitos fundamentais, buscaremos analisar o instituto do direito de ação. Direito este fundamental do cidadão, assim reconhecido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que outorga ao particular o direito de exigir um resultado prático e efetivo à ação instaurada, desde quando o Estado assumiu para si o monopólio da jurisdição. Como contrapartida, tem o Estado o dever de assegurar uma tutela efetiva, passando o direito de ação a ser reconhecido como um direito de natureza prestacional

por parte do Estado e não apenas como um simples direito de defesa perante este Estado. Com base nessas premissas, buscamos trazer novas reflexões para o estudo do direito processual, a fim de que o processo implemente as suas finalidades constitucionais.

2. O processo no Estado constitucional

Enfatiza Marinoni que no Estado constitucional não se pode pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material, na medida em que este mesmo estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, por meio de normas, de tutela administrativa e da tutela jurisdicional dos direitos⁽¹⁾. A propósito, ressalta José Adércio Sampaio:

Do mesmo modo, a sociedade, ainda que com a predominância de setores médios e perifericamente com a ralé dos excluídos, tem reivindicado maior efetividade de respostas judiciais adequadas à missão que hoje se espera desse Poder que não pode ser, socialmente, nulo, bem como dos controles institucionalizados de uma maneira geral, como o do próprio Ministério Público, de organismos fiscalizatórios do Executivo e das comissões parlamentares, mas principalmente daqueles realizados pelos Tribunais de Conta, exigindo, o que é mais importante do que tudo descrito e somado, mais espaços participativos nos domínios decisórios dos três Poderes. Somente o avolumar-se da cidadania, por ela mesma e por provocação, por ela controlada, das instâncias de poder institucionalizado abrirão clareiras no imobilismo tão benéfico aos locatários, melhor, comodatários do poder, possibilitando a vida real dos direitos de papel.⁽²⁾

Este sistema de defesa dos direitos, oriundo do princípio do Estado de direito, intitulado

-
- (1) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v.1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 241.
 - (2) SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 358 (grifo nosso).

por Canotilho como princípio da proteção jurídica e das garantias processuais, visa criar garantias processuais e procedimentais, a fim de que se obtenha um procedimento justo e adequado de acesso ao judiciário e de realização do direito⁽³⁾. A Constituição portuguesa, por exemplo, contém inúmeras normas que visam assegurar a realização do direito material, sendo imprescindíveis para o alcance dos objetivos traçados ao processo, sintetizados por Canotilho:

Como a realização do direito é determinada pela conformação jurídica do procedimento e do processo, a Constituição contém alguns princípios e normas designadas por garantias gerais de procedimento e de processo.⁽⁴⁾

Dentre tantas normas, elencamos como mais importantes para este estudo, a norma contida no art. 20º/4, que garante o processo equitativo, o princípio da igualdade processual das partes expresso nos arts. 13º e 20º/2⁽⁵⁾, mas principalmente o princípio da conformação do processo conforme os direitos fundamentais, consagrado no art. 32º da Constituição de Portugal. Por sua vez, o princípio da garantia da via judiciária possibilita a utilização dos meios e dos métodos necessários para se alcançar um processo juridicamente adequado, tendo especial significado no que tange aos aspectos de natureza processual⁽⁶⁾. Como

corolário do referido princípio encontra-se o princípio da constitucionalidade, no qual impõe a conformação material e formal de todos os atos com a Constituição, consagrado no art. 3º/3 da Constituição de Portugal ora transcrito:

A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição.

Relativamente ao sistema nacional, Hermes Zaneti Júnior classifica o processo constitucional em: a) direito constitucional processual — princípios constitucionais; b) jurisdição constitucional (*lato sensu*); c) Organização Judiciária. Integra o plano do direito constitucional processual o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, LXXIV da CF), o princípio do devido processo legal: substancial (art. 5º, LIV da CF), os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV da CF), o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII da CF) e o princípio da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX da CF). A jurisdição constitucional (*lato sensu*) é compreendida pelas ações constitucionais: *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública. A jurisdição constitucional compreende, ainda, o controle difuso e concentrado de constitucionalidade⁽⁷⁾.

É de suma importância a mudança de perspectiva por que tem passado o fenômeno processual nos últimos tempos. O processo, em um Estado Constitucional, está consagrado como um direito fundamental do particular perante o Estado⁽⁸⁾. Salienta Alvaro de Oliveira

(3) Os direitos a prestações, chamados também, principalmente na doutrina germânica, “direitos de participação” ou “direitos de quota-parte”, impõem uma ação direta do Estado, acarretando uma conduta ativa, no sentido de disponibilizar à sociedade prestações de natureza jurídica e material. Ao contrário dos direitos de defesa, que normalmente exigem abstenção do Estado, os direitos a prestações exigem ação positiva do Estado. SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010.

(4) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 274.

(5) Art. 13º/1 da Constituição Portuguesa: “Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.”

(6) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 273-277, *passim*.

(7) ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco (Orgs.). *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. p. 34-35.

(8) Cf. ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo Constitucional: Relações entre Processo e Constituição. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco (Orgs.).

que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição, cujas ideias estão envolvidas com o direito fundamental de efetividade e de um processo justo, determina seja assegurada a efetividade real do “resultado”⁽⁹⁾.

2.1. O direito ao processo justo

A doutrina discute e rediscute a finalidade do processo, seus objetivos, suas finalidades e seu alcance. Juarez Freitas entende que o processo tem de alcançar um fito satisfatório, aceitável racionalmente em tempo útil, exigindo uma visão teleológica e consequencialista a respeito⁽¹⁰⁾. Canotilho sustenta que se busca não apenas garantir o acesso aos tribunais, mas principalmente *possibilitar aos cidadãos a defesa de direitos e interesses legalmente protegidos através de um acto de “jurisdiction”*⁽¹¹⁾.

Esta discussão, do direito a um processo equitativo, é antiga, mas notadamente ganha força nos atuais modelos de Estados, sociais e democráticos de direito, com a consagração em suas Constituições da teoria dos direitos fundamentais, bem como com a superação do sistema positivista consagrado nos séculos anteriores e do modelo preponderante de codificação dos direitos⁽¹²⁾.

O direito ao processo equitativo está consagrado desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 10º), estando atualmente também expresso no art. 20º da Constituição

de Portugal, no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no art. 14 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Civis e Políticos. Esta concepção tem origem no sistema constitucional americano do *due process of law*, o qual exigia a observância de um processo definido por lei previamente à decisão de alguém ser privado da sua vida, da sua liberdade ou da sua propriedade. Esta concepção refletia a teoria processual construída pela doutrina americana, ao exigir um processo delimitado previamente no texto de lei⁽¹³⁾.

A mesma doutrina americana construiu outros critérios orientadores para um processo justo, pela intitulada teoria substantiva. De acordo com esta teoria, o processo deve ser materialmente informado pelos princípios de justiça, não sendo suficiente que este processo seja meramente operacionalizado pelo texto de lei. O processo justo vai muito além do processo legal, não ficando adstrito exclusivamente a tais contornos, exigindo-se do Estado que este processo, além de legal, seja justo e adequado, conforme ensina Canotilho a respeito da teoria substantiva:

A teoria substantiva pretende justificar a ideia material de um processo justo, pois uma pessoa tem direito não apenas a um processo legal mas sobretudo a um processo legal, justo e adequado, quando se trate de legitimar o sacrifício da vida, liberdade e propriedade dos particulares.⁽¹⁴⁾

O processo equitativo admite e exige a análise específica da situação posta nos autos, das condições particulares de cada caso, admitindo-se soluções diferenciadas e não uniformes, a fim de se buscar alcançar a justiça no caso em concreto, prestando-se a tutela jurisdicional de maneira adequada⁽¹⁵⁾. O processo impõe atos diferenciados conforme o caso concreto.

Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004. p. 30; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil:* pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009. p. 42.

- (9) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 83-85.
- (10) Cf. observações feitas por Juarez Freitas em aula ministrada no Mestrado em Direito da PUC/RS, 2009.
- (11) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 433.
- (12) Ressalta Canotilho que os códigos civis eram vistos como a principal fonte de direito, e não as constituições, quando inclusive fixavam princípios gerais do direito, ficando a cargo das Constituições apenas a simples organização dos poderes políticos do Estado. *Ibidem*, p. 121.

(13) *Ibidem*, p. 492-493.

(14) *Ibidem*, p. 494.

(15) O art. 20º/4 da Constituição Portuguesa assevera que: Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.

Deixa-se de enxergar o processo de maneira engessada e com um único procedimento, cujos atos certamente não serão sempre os mesmos, pois tais comandos terão como intuito buscar a medida mais justa para o problema apresentado a ser solucionado. Ensina Canotilho:

Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para a evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como protecção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas. A protecção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao carácter “justo” ou “equitativo” do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto.⁽¹⁶⁾

Os princípios fundamentais trazidos no Título I da Constituição assumem o papel referencial hermenêutico para a integralidade do sistema jurídico, pois é a partir da Constituição Federal que as demais normas deverão ser interpretadas⁽¹⁷⁾. Com extrema clareza, lembra Canotilho:

As normas da constituição são *normas de normas (normae normarum)* afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes públicos com a Constituição.⁽¹⁸⁾

(16) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 495.

(17) Os princípios fundamentais, juntamente com os direitos fundamentais formam o núcleo essencial da Constituição. SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010. p. 39.

(18) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1.147.

Sobretudo de acordo com os valores básicos constantes nos princípios fundamentais da Constituição é que deverão ser interpretadas as demais normas jurídicas existentes em nosso sistema, utilizando-se, para tanto, daquelas já conhecidas funções dos princípios jurídicos, em especial das funções interpretativa e informadora⁽¹⁹⁾.

O objetivo do processo vai muito além da prolação de uma sentença. Busca-se o efeito útil da decisão, mediante a adoção de providências cautelares, antecipatórias ou conservatórias, pois o Estado é visto como um ente que tem a obrigação de fazer a justiça no caso em concreto, a partir do momento em que assumiu o monopólio da jurisdição. Ao proibir a autodefesa, como regra, assume o estado o dever jurisdicional de realizar a justiça, cujo dever decorre desta imbricação entre o direito de acesso ao judiciário e os direitos fundamentais, como assinala Canotilho⁽²⁰⁾.

2.2. A tutela jurisdicional

O instituto do *due process* representava nos primórdios essencialmente um direito de defesa dos cidadãos perante o Estado. Todavia, esta concepção histórica altera-se radicalmente a partir do momento em que as constituições modernas passam a assegurar o direito de acesso

(19) Ronald Dworkin e Robert Alexy (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, capítulo tercero, p. 81-147) estabelecem com clareza a distinção entre princípios e regras. Alexy diz que os princípios atuam como mandados de otimização contendo uma ordem vinculante para que os órgãos estatais, inclusive o Poder Judiciário, maximizem – otimizem a eficácia e efetividade dessas normas-princípio. A eficácia final do princípio se afere na sua concretização, no caso em concreto. Segundo Canotilho, regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção. Já os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de tudo ou nada (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 1.255).

(20) *Ibidem*, p. 497.

ao Poder Judiciário para busca do direito. Desde então, esse direito passa a ser visto sob uma dupla dimensão. Continua sendo considerado um direito de defesa perante o Judiciário contra atos do poder público, mas principalmente passa a ser visto como um direito de proteção do particular frente ao Estado perante a violação dos seus direitos por terceiros. Fica claro que o Estado assume o dever de proteção, sendo reconhecido o direito do particular de exigir essa proteção. Assim como o Estado tem o direito de exigir do cidadão que resolva seus litígios perante os órgãos jurisdicionais e não por meio da autotutela, em contrapartida assume o Estado o dever de resolver tais conflitos, de forma justa, adequada e satisfatória⁽²¹⁾. Nesse sentido, sustenta Canotilho que esta garantia da via judiciária visa justamente garantir uma proteção judicial por intermédio dos tribunais para os particulares, concluindo que:

Uma primeira e ineliminável dimensão do direito à protecção judiciária é a protecção jurídica individual. O particular tem o direito fundamental de recorrer aos tribunais para assegurar a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (cf. art. 20º/1).⁽²²⁾

Este direito à tutela jurisdicional efetiva, consagrado na Constituição Federal de 1988 principalmente no art. 5º, XXXV, é reconhecidamente um direito fundamental formal, que deverá ser densificado mediante outros direitos fundamentais materiais. Com esta fórmula, percebe-se a dimensão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pois é por meio dele que os demais direitos materiais serão realizados, ressaltando Canotilho que *os direitos e interesses do particular determinam o próprio fim do direito de acesso aos tribunais, mas este, por sua vez, garante a realização daqueles direitos e interesses*⁽²³⁾. Exige-se do Estado uma proteção jurídica efetiva e não meramente formal com o simples direito de petição ou de

propositura de ação. Este é o dever assumido pelo Estado como lembra Canotilho, mais uma vez de maneira elucidativa:

A garantia institucional conexiona-se com o dever de uma garantia jurisdicional de justiça a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral (“de direito”, das “nações civilizadas”) que impõe um dever de protecção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coacção física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não ser em circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei (cf. CRP, art. 21º).⁽²⁴⁾

Assim, as normas constitucionais visam assegurar a eficácia da tutela jurisdicional, sob pena de falarmos em violação do princípio do Estado de direito e do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, na medida em que tais normas não poderão cancelar formalidades excessivas e desproporcionais ou o retardamento injustificado do processo. Segundo Canotilho este direito à tutela jurisdicional implica a proibição de requisitos processuais desnecessários ou desviados de um sentido conforme o direito fundamental à tutela efetiva, bem como impõe sejam sanadas meras irregularidades processuais, como decorrência do direito a uma tutela judicial por parte do Estado, não sendo admitido, tão pouco, um processo com dilações indevidas⁽²⁵⁾. Aliás, o próprio direito ao duplo grau de jurisdição tem sido alvo de inúmeros questionamentos, não sendo mais visto como um direito fundamental, nem mesmo sendo considerado indispensável em todas as demandas judiciais⁽²⁶⁾.

(24) *Idem*.

(25) *Ibidem*, p. 498-499.

(26) Nesse sentido, há inúmeras decisões do Tribunal Constitucional de Portugal, por exemplo. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 500.

(21) *Ibidem*, p. 496.

(22) *Idem*.

(23) *Ibidem*, p. 497.

2.3. O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada

Como decorrência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, está o direito fundamental do cidadão de executar as sentenças, sendo dever do Estado fazer cumprir suas decisões judiciais. De outro modo, não há falar em tutela jurisdicional prestada de forma efetiva e concreta pelo Estado, mas sim no descumprimento do respectivo direito fundamental do cidadão de ter a sua prestação alcançada por parte do Estado. Importante frisar que direito prestacional não estará sendo alcançado pelo próprio Estado e não pelo demandado em um processo judicial, tendo em vista que o Poder Público assumiu para si esta tarefa, de entregar o bem da vida a quem de direito, quando assumiu o monopólio da jurisdição.

Para concretização deste direito fundamental à tutela efetiva, tem o Estado o dever de se valer de todos os meios jurídicos e materiais necessários e adequados, a fim de executar as suas próprias sentenças⁽²⁷⁾. Não por acaso que o próprio constituinte derivado, ao incluir o inciso LXXVIII ao art. 5º da CF, se refere expressamente na possibilidade do uso dos meios que garantam a celeridade na tramitação do processo. Por tais razões se consagrou no direito processual contemporâneo que o Estado tem o dever de prestar a jurisdição de maneira efetiva, adequada e em tempo razoável.

Todavia, não se deve confundir as formas de tutela jurisdicional com as técnicas que podem ser empregadas para uma melhor realização da própria tutela jurisdicional⁽²⁸⁾. As técnicas processuais são os procedimentos, sentenças e meios executivos, bem como as técnicas de antecipação de tutela e de seu acautelamento, cabendo a utilização de todas elas conforme as necessidades dos casos específicos, na medida em que somente desta maneira é

possível uma prestação jurisdicional de maneira efetiva⁽²⁹⁾.

Sustenta Marinoni que o resultado da tutela somente pode ser encontrado quando se questiona o que a sentença satisfaz, ou melhor, o que a sentença presta como forma de tutela do direito. Propõe, em síntese, a construção da ação adequada à tutela do direito material e ao caso concreto, a qual é obviamente autônoma em relação ao direito material, mas, ao mesmo tempo, dependente da tutela jurisdicional de direito reclamada, sustentando, ainda, que a tutela específica exige sentenças e meios executivos diferenciados⁽³⁰⁾.

3. O direito de ação sob o prisma dos direitos fundamentais

No período do Estado liberal clássico, os direitos fundamentais tinham como objetivo evitar a interferência do Estado na sua esfera privada, sendo reconhecidos exclusivamente como direitos de liberdade ou de defesa⁽³¹⁾. De acordo com Jorge Miranda, em tal período, o Estado estava empenhado em limitar o poder político, tanto internamente como externamente, fundado na ideia de liberdade do indivíduo⁽³²⁾. Segundo Alexy, de acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são direitos que visam proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos, sendo considerados direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Estes direitos são reconhecidos como direitos a ações negativas (abstenções) por parte do Estado⁽³³⁾.

No período liberal clássico, não se cogitava na separação da ação e do direito material.

(27) *Ibidem*, p. 500.

(28) OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 91.

(29) Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 207.

(30) *Ibidem*, p. 301-303.

(31) *Ibidem*, p. 191.

(32) MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 47.

(33) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 433.

Nessa época, o monismo abrangia tanto o direito material quanto o processual, havendo a existência de um só plano do Direito. O conceito de *actio* é substituído pelo conceito de pretensão, conforme as lições de Windscheid, cuja tese foi contestada por Muther, de que o fato construtivo para os romanos seria o juiz e não o direito. Wach busca tornar autônomo o direito de ação, definido como direito subjetivo público pertencente a quem tem razão, refletindo-se na chamada pretensão à tutela jurídica. Posteriormente, Oscar Bülow dá um passo a mais, rumo à autonomia do direito processual, ao conceituar a relação jurídica processual, se desapegando das concepções de Windscheid. Surge a teoria do direito justicial material por Goldschmidt. Segundo Ovídio Baptista a ação (processual) é dirigida contra o Estado, para que ele, provocado pelo interessado, exerça a atividade jurisdicional. Já para Liebman, a ação é um direito ao meio, não ao fim, sendo o processo instrumento de realização do direito material. Após longo debate, a doutrina reconhece a autonomia do processo em relação ao direito material, negando a concepção monista do direito⁽³⁴⁾.

A autonomia da ação passa a ser reconhecida somente a partir do final do século XIX e início do século XX, com a doutrina italiana principalmente, quando se passa a admitir a ideia de que o cidadão tem um direito de ação voltado contra o Estado e não mais contra o réu, embora ainda os direitos fundamentais continuem a ser vistos como direitos de liberdade e de defesa do cidadão e não ainda como direitos a prestações. Somente com o desaparecimento do Estado Liberal e o surgimento dos Estados sociais é que são reconhecidos outros direitos fundamentais a serem exigidos do Estado, dentre estes as ações ou prestações positivas por parte do Estado⁽³⁵⁾. Passa a ser

reconhecido ao cidadão um direito de ação, independente ao direito material, contra o Estado-juiz, cujo direito também continua a ser reconhecido como direito fundamental de defesa, na condição de direito autônomo e abstrato. Todavia, além de um direito de defesa, passa a ser reconhecido como um direito a uma prestação a ser alcançada pelo Estado⁽³⁶⁾.

Frisa Alexy que todo o direito a uma ação positiva por parte do Estado é um direito a uma prestação, sendo tal conceito exatamente o oposto do conceito de direito de defesa, onde estão compreendidos todos os direitos a uma ação negativa, isto é, a uma abstenção por parte do Estado. Os direitos a prestações (em sentido amplo) estão divididos em três grupos: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito⁽³⁷⁾.

Partindo do pressuposto de que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais, esta proteção pode se dar por meio de normas legais, mas principalmente mediante a proteção a ser alcançada pela tutela jurisdicional⁽³⁸⁾. Desse modo, tem o Estado a obrigação de estabelecer regras procedimentais, além de normas materiais, tendo tais normas processuais justamente a finalidade de proteger o direito material. As normas contidas principalmente nos arts. 83 e 84, ambos do CDC, a antecipação de tutela regulada no art. 273 do CPC, a tutela específica prevista no art. 461 do CPC, bem como a lei da ação civil pública são exemplos

significativas transformações num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez-faire* liberal. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 49.

(36) MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 193.

(37) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 442-444.

(38) SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010. p. 68.

(34) Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 19-78, *passim*.

(35) Ressalta Jorge Miranda que a transformação do Estado liberal em Estado constitucional social acarreta

de diversas normas procedimentais que visam o alcance da tutela jurisdicional efetiva⁽³⁹⁾.

O direito de ação é um direito fundamental processual, sendo reconhecido como o mais fundamental de todos os direitos fundamentais por ser justamente por intermédio dele que os demais direitos fundamentais serão protegidos, já que é vedado ao particular a autotutela para a proteção destes direitos desde o momento em que o Estado assumiu para si o monopólio da jurisdição. Para a concretização deste direito, há necessidade de se fazerem presentes um conjunto de técnicas processuais que permitam a efetivação e a proteção dos respectivos direitos materiais que se encontram em risco perante o seu titular. Conclui Marinoni que o direito fundamental de ação requer uma postura ativa do Estado não apenas para permitir o livre e amplo acesso a este direito, mas principalmente com vistas à sua plena efetividade e tempestividade, consoante dispõe o art. 5º, XXXV e LXXVIII, da CF⁽⁴⁰⁾.

O direito deve ser protegido mediante o uso das técnicas capazes de assegurar a efetiva tutela desse direito. A ação passa a ser concebida como o conjunto das técnicas processuais que visa atingir esta finalidade, não se podendo falar mais na ação como mero ato formal de apresentação da demanda. Marinoni sustenta que o direito de ação, ou direito à tutela jurisdicional efetiva, é composto de três aspectos básicos: direito de acesso à jurisdição, direito ao processo justo e direito à técnica processual adequada, frisando que todos estes componentes se complementam a fim de definir-se de forma completa este direito⁽⁴¹⁾. Desse modo,

sustenta que todas as regras processuais devem ser compreendidas de acordo com o direito fundamental de ação, tendo estas regras natureza instrumental, pois visam proteger e assegurar o direito material⁽⁴²⁾.

O art. 83 do CDC é o maior exemplo desta nova concepção do direito de ação, ao dispor que poderão ser utilizadas todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos. A propósito da referida norma, salienta com propriedade Marinoni:

A norma do art. 83 do CDC, portanto, ao falar de ações capazes de propiciar a tutela efetiva dos direitos, quer dizer que o autor tem o direito de propor uma ação estruturada com técnicas processuais capazes de permitir o efetivo encontro da tutela do direito material.⁽⁴³⁾

Portanto, o direito de ação assegurado ao cidadão visa garantir a tutela jurisdicional efetiva. As cláusulas processuais contidas nos arts. 461 do CPC e 84 do CDC são normas abertas, devendo a ação adequada ser construída no caso concreto, a partir da pretensão à tutela jurisdicional do direito e da causa de pedir⁽⁴⁴⁾.

4. Conclusão

Neste modelo de Estado Constitucional, o intérprete passa a se guiar fundamentalmente pela Constituição, que passa a ser o centro axiológico do sistema jurídico do respectivo Estado, com vistas a concretizar os valores, princípios e fundamentos delimitados na própria Carta Constitucional.

Nesta concepção, trabalha-se essencialmente com princípios de justiça, buscando-se a aproximação entre o Direito e a Ética, a valorização dos princípios, vistos como normas

(39) MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 199-201.

(40) *Ibidem*, p. 204-205.

(41) Ressalta Vieira de Andrade que do direito de acesso aos tribunais, consagrado na Constituição Portuguesa, decorre o direito fundamental a um procedimento, cujo conteúdo principal é justamente a existência de um determinado procedimento, o qual irá estabelecer os termos específicos desse procedimento. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na*

Constituição portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: 2004. p. 150.

(42) MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de processo civil*. v. 1: teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 210-211.

(43) *Ibidem*, p. 288.

(44) *Ibidem*, p. 290-93.

integrantes do sistema jurídico juntamente com as respectivas regras, mas principalmente servindo como fonte e valor de inspiração das próprias regras, que decorrem dos valores concebidos pelo Estado Constitucional. Neste período pós-positivismo, supera-se a interpretação exclusivamente com base nas regras jurídicas, havendo a necessidade de buscarmos critérios de justiça como hierarquizantes e balizadores na solução do caso concreto.

O processo constitucional necessariamente tem que trabalhar com estas novas premissas, em permanente aproximação com o direito material, a fim de não se tornar abstrato e não mais incorrer no erro cometido no passado, que acabou distanciando exageradamente o processo do direito material. Trabalha-se com a busca de um processo justo, adequado, célere e efetivo, não havendo mais espaço para formalismos excessivos e desvirtuados da finalidade essencial do processo, que é a entrega do bem da vida a quem de direito.

A ação passa a ser concebida como autêntico direito fundamental, formal e material, sendo reconhecida como um dos mais importantes, talvez o mais significativo, instrumento de proteção e efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que todos os demais direitos em conflito necessitarão da ação para concretização do seu direito material, tendo em vista o monopólio da jurisdição assumido pelo Estado. Este direito adquire feição de típico direito de natureza prestacional a ser alcançado pelo Estado, e não apenas como um direito de defesa perante o Estado, assumindo este o dever de prestar a tutela adequada, efetiva e em um prazo razoável ao cidadão.

Portanto, o direito de ação não pode, jamais, ser visto como um mero direito formal do cidadão de ajuizar uma ação perante o Estado, mas sim como sendo, muitas vezes, o último recurso a ser utilizado por este cidadão para ter assegurado um direito que lhe foi lesado, tendo, assim, o Estado o dever de prestar a tutela necessária e adequada. Com base nessas premissas, faz-se mister buscar o resultado útil do

processo com o ideal de serem implementados os valores e princípios impostos na Constituição, precisamente neste particular debate, os princípios da prestação jurisdicional efetiva e da razoável duração do processo.

5. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra. 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *A eficácia dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e Constituição. In: ZANETI JÚNIOR, Hermes; MITIDIERO, Daniel Francisco (Orgs.). *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.



Jurisprudência

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho



Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE — INTERVALO INTRAJORNADA — CONCESSÃO PARCIAL. Nos termos da OJ n. 307/SBDI-1 do TST, a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período do intervalo, ou seja, uma hora, e não apenas do período não usufruído. Recurso de Revista conhecido e provido.

INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. A atual jurisprudência desta Corte é no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Assim, o descumprimento do intervalo nele previsto resulta em pagamento de horas extras do tempo correspondente. Recurso de Revista conhecido e provido.

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA — DIFERENÇAS SALARIAIS. A Recorrente não se insurgiu contra os exatos termos da decisão recorrida. Note-se que a redução da carga horária da Autora foi considerada ilícita em face de a Reclamada ter descumprido cláusula convencional que exigia a demonstração da impossibilidade de remanejamento do docente para preservar a sua carga horária. Contra essa fundamentação específica a Reclamada não se insurgiu, limitando-se a alegar que a redução da carga horária do professor, provocada pela diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual ilícita por não ocorrer a redução do valor da hora-aula. Incide na espécie, portanto, a Súmula n. 422 desta Corte. Recurso de Revista não conhecido.

PROFESSOR. CLÁUSULA CONVENCIONAL QUE FIXA JORNADA DE TRABALHO DIÁRIA SUPERIOR À PERMITIDA PELO ART. 318 DA CLT. INVALIDADE. Em que pese a Constituição Federal valorizar a negociação coletiva, ficam resguardados os direitos mínimos assegurados aos trabalhadores pela própria Constituição, pela CLT ou por outras normas legais. Ressalte-se, ainda, que o art. 318 da CLT é norma de ordem pública que tem por objetivo assegurar a higidez física e mental do professor. O direito pleiteado pela Reclamante está, portanto, assegurado por lei, que não tolera a negociação coletiva que tente esvaziar o conteúdo normativo que estabelece um direito ao trabalhador.

ACÓRDÃO
(8ª Turma)
GMMEA/afe

Em sendo assim, conclui-se que a cláusula convencional que estabelece a possibilidade

de ser fixada jornada de trabalho diária superior ao previsto no art. 318 da CLT não pode ser considerada válida, não havendo que se falar em violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de Revista conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. **TST-RR-287500-64.2005.5.09.0004**, em que são Recorrentes **LÚCIA DE CASTRO ESTEVES MOREIRA** e **ASSOCIAÇÃO FRANCISCANA DE ENSINO SENHOR BOM JESUS** e Recorridos **OS MESMOS**.

O TRT da 9ª Região, pelo acórdão de fls. 1.090/1.098v, negou provimento ao Recurso Ordinário da Reclamada e deu provimento em parte ao Recurso da Autora para condenar a Ré ao pagamento, a título de horas extras, do tempo relativo à supressão do intervalo entrejornadas previsto no art. 66 da CLT, observando-se os demais critérios e reflexos estabelecidos pela r. sentença para as horas extraordinárias.

Inconformada, a Reclamante interpôs Recurso de Revista às fls. 1.100/1.109.

A Reclamada, por sua vez, interpôs Recurso de Revista às fls. 1.141/1.152.

Os Recursos foram admitidos pelo despacho de fls. 1.154/1.156.

A Reclamante apresentou contrarrazões às fls. 1.157/1.166.

A Demandada não apresentou contrarrazões, conforme a certidão de fls. 1.167.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, por força do art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

VOTO

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE

Preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

a) Conhecimento

1 – INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL

A Reclamante sustenta que a concessão parcial do intervalo intrajornada implica o pagamento total do período correspondente, ou seja, de uma hora integral, e não apenas dos

minutos suprimidos. Traz jurisprudência para confronto, alega contrariedade à OJ n. 307/SBDI-1 do TST e aponta ofensa ao art. 71, *caput* e § 4º, da CLT.

No tocante ao presente tema, o Regional, às fls. 1.093/1.094, assim entendeu:

— O Juízo de origem determinou a apuração e pagamento, como labor extraordinário (hora mais adicional e reflexos), do tempo faltante para completar o intervalo intrajornada mínimo de uma hora.

A Reclamante entende que a sonegação dos intervalos obriga o empregador a remunerar o total do período mínimo de uma hora como trabalho extraordinário, nos termos da Orientação Jurisprudencial n. 307 da SBDI-I do C. TST.

Segundo o art. 71, § 4º, da CLT, se o empregador negar o intervalo mínimo ‘ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho’. Da exegese desta norma, esta Turma firmou o entendimento de que, nos casos de supressão parcial do intervalo intrajornada, apenas o saldo de tempo para integralizar intervalo destinado ao repouso e refeição será considerado como de trabalho extraordinário, remunerando-se o período suprimido com o pagamento da hora acrescida do respectivo adicional.

Nesse mesmo sentido a Orientação Jurisprudencial n. 307 da SBDI-I do C. TST dispõe que ‘após a edição da Lei n. 8.923/1994, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT)’. Assim, a escorreita interpretação que se extrai do preceptivo legal em foco não é outra senão a de que a sonegação dos intervalos obrigatórios implica o pagamento do total do período correspondente suprimido e não do período de intervalo total, sob pena de menoscabo ao

princípio da isonomia. A Orientação Jurisprudencial em referência deve ser lida juntamente com a de n. 355, que tem o seguinte texto:

INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT. O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula n. 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Com tal redação não há dúvida: o que é devido é a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo. Nesse comenos, incide, no particular, o provérbio romano, segundo o qual, *Roma locuta, causa finita*.

Nega-se provimento. (fls. 1.093/1.094)

Da análise do Recurso de Revista, verifica-se que os arestos colacionados às fls. 1.103 autorizam o seu conhecimento, pois adotam tese no sentido de que o intervalo intrajornada concedido a menor gera direito ao pagamento da integralidade do intervalo, e não somente dos minutos faltantes.

Conheço por divergência jurisprudencial.

2 – INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT

A Demandante sustenta, em síntese, que o art. 384 da CLT encontra-se em vigor, não colidindo com a Constituição Federal, razão pela qual é plenamente cabível o intervalo de quinze minutos às empregadas, antes da prorrogação de sua jornada. Traz jurisprudência para confronto e aponta violação ao citado dispositivo consolidado.

Em relação ao tema, a Corte Regional, às fls. 1.094/1.095, assim se pronunciou:

— Inconformada com o indeferimento do pagamento de horas extras pela aplicação do art. 384 da CLT, a Reclamante defende que a jurisprudência predominante firmou

entendimento no sentido diametralmente oposto ao da sentença, pois reconhece que o aludido dispositivo legal não afronta o princípio constitucional da isonomia. Assim, postula o pagamento do valor equivalente ao intervalo suprimido.

A inobservância ao disposto no art. 384 da CLT, que prevê intervalo de quinze minutos antes do início do labor em prorrogação ao horário normal, é incontroversa. A maioria desta E. Turma, no entanto, entende que o dispositivo celetário em questão não foi recepcionado pela ordem constitucional vigente porque as peculiaridades do trabalho feminino não justificam o tratamento diferenciado entre homens e mulheres. Entendimento diverso importaria em violação ao princípio da igualdade de direitos e obrigações, insculpido no inciso I do art. 5º da CF e até ensancha para discriminação no mercado de trabalho.

A esse respeito, confira-se o atual entendimento acerca da matéria, com especial enfoque para a primeira ementa transcrita, extraída de julgamento proferido pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais:

RECURSO DE EMBARGOS. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PARA DESCANSO EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NORMAL. ART. 384 DA CLT. NÃO RECEPÇÃO COM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES. VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT RECONHECIDA. O **art. 384 da CLT** está inserido no capítulo que se destina à proteção do trabalho da mulher e contempla a concessão de quinze minutos de intervalo à mulher, no caso de prorrogação da jornada, antes de iniciar o trabalho extraordinário. O tratamento especial, previsto na legislação infra constitucional **não foi recepcionado pela Constituição Federal** ao consagrar no inciso I do art. 5º, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A história da humanidade, e mesmo a do Brasil, é suficiente para reconhecer que a mulher foi expropriada de garantias que apenas eram dirigidas aos homens e é esse o contexto

constitucional em que é inserida a regra. Os direitos e obrigações a que se igualam homens e mulheres apenas viabilizam a estipulação de jornada diferenciada quando houver necessidade da distinção, não podendo ser admitida a diferenciação apenas em razão do sexo, sob pena de se estimular discriminação no trabalho entre iguais, que apenas se viabiliza em razão de ordem biológica. As únicas normas que possibilitam dar tratamento diferenciado à mulher diz respeito àquelas traduzidas na proteção à maternidade, dando à mulher garantias desde a concepção, o que não é o caso, quando se examina apenas o intervalo previsto no art. 384 da CLT, para ser aplicado apenas à jornada de trabalho da mulher intervalo este em prorrogação de jornada, que não encontra distinção entre homem e mulher. Embargos conhecidos e providos. [TST. Processo E-RR – 3886/2000-071-09-00. **SBDI-1**. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Publicação DJ – 25.4.2008 – original sem grifos]

ART. 384 DA CLT. HORAS EXTRAS. INTERVALO PARA DESCANSO. NÃO RECEPCIONADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O art. 384 da CLT, originário do Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que traz tratamento diferenciado à mulher, fixando vantagens em relação ao sexo oposto, está revogado pela Constituição Federal, em face da afronta ao princípio da isonomia e redução de direitos do trabalhador do sexo masculino. Recurso de revista conhecido e provido. [TST. Processo RR – 957/2005-114-15-00. 2ª Turma. Relator: Ministro Vantuil Abdala. Publicação DJ – 13.6.2008]

RECURSO DE REVISTA. TRABALHO DA MULHER. INTERVALO PARA DESCANSO EM CASO DE PRORROGAÇÃO DO HORÁRIO NORMAL. ART. 384 DA CLT. O benefício concedido à reclamante, com esteio no art. 384 consolidado, conflita com o art. 5º, inciso I, da Carta Magna, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Recurso de revista conhecido e provido. [TST. Processo RR – 3652/2005-046-12-00. 8ª Turma. Relatora Ministra Dora Maria da Costa. Publicação DJ – 30.5.2008]

Nega-se provimento.

Da análise do Recurso de Revista, observa-se que o 3º aresto colacionado às fls. 1105 autoriza o seu conhecimento, pois adota tese no sentido de que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e o descumprimento do intervalo nele previsto importa em pagamento de horas extras correspondente ao período do intervalo.

Conheço por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

1 – INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL

Discute-se nos autos se a concessão parcial do intervalo intrajornada, de que trata o art. 71 da CLT, gera direito apenas aos minutos faltantes não usufruídos pela Autora, ou à remuneração integral do intervalo.

A matéria encontra-se pacificada nos termos da OJ n. 307/SBDI-1 desta Corte, *in verbis*:

— Após a edição da Lei n. 8.923/94, a não concessão total ou parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, implica o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT).

Como se vê, a referida Orientação consagra o entendimento de que é devido ao empregado o período total do intervalo, ou seja, uma hora, e não apenas o período não usufruído.

Assim, dou provimento ao recurso para determinar que, nos dias em que houve a concessão parcial do intervalo intrajornada, a Reclamante tem direito ao pagamento de 1 (uma) hora, como extra, mais o adicional de 50%, além dos reflexos.

2 – INTERVALO PREVISTO NO ART. 384 DA CLT

Inicialmente, cumpre ressaltar que o Pleno desta Corte Superior, em sessão realizada no dia 17.11.2008, rejeitou incidente de inconstitucionalidade do art. 384 da CLT, concluindo

por sua atual vigência e aplicabilidade. Assim se pronunciou, *in verbis*:

“MULHER — INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA — CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. 2. A igualdade jurídica e intelectual entre homens e mulheres não afasta a natural diferenciação fisiológica e psicológica dos sexos, não escapando ao senso comum a patente diferença de compleição física entre homens e mulheres. Analisando o art. 384 da CLT em seu contexto, verifica-se que se trata de norma legal inserida no capítulo que cuida da proteção do trabalho da mulher e que, versando sobre intervalo intrajornada, possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho, infensa à negociação coletiva, dada a sua indisponibilidade (cfr. Orientação Jurisprudencial n. 342 da SBDI-1 do TST). 3. O maior desgaste natural da mulher trabalhadora não foi desconsiderado pelo Constituinte de 1988, que garantiu diferentes condições para a obtenção da aposentadoria, com menos idade e tempo de contribuição previdenciária para as mulheres (CF, art. 201, § 7º, I e II). A própria diferenciação temporal da licença-maternidade e paternidade (CF, art. 7º, XVIII e XIX; ADCT, art. 10, § 1º) deixa claro que o desgaste físico efetivo é da maternidade. A praxe generalizada, ademais, é a de se postergar o gozo da licença-maternidade para depois do parto, o que leva a mulher, nos meses finais da gestação, a um desgaste físico cada vez maior, o que justifica o tratamento diferenciado em termos de jornada de trabalho e período de descanso. 4. Não é demais lembrar que as mulheres que trabalham fora do lar estão sujeitas a dupla jornada de trabalho, pois ainda realizam as atividades domésticas

quando retornam à casa. Por mais que se dividam as tarefas domésticas entre o casal, o peso maior da administração da casa e da educação dos filhos acaba recaindo sobre a mulher. 5. Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em Recurso de Revista rejeitado.” (IIN-RR – 1540/2005-046-12-00.5, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 17.11.2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13.2.2009)

Em sendo assim, deve ser garantido à Reclamante o pagamento relativo aos períodos de intervalo não concedidos pela empresa, em desconformidade com o dispositivo celetista mencionado.

Vale citar, ainda, alguns precedentes da SBDI-1 desta Corte:

“EMBARGOS — INTERVALO DO ART. 384 DA CLT — RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. O Tribunal Pleno desta Corte, no julgamento do TST-IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5, em 17.11.2008, decidiu que o art. 384 da CLT foi recepcionado pela Constituição da República. São, assim, devidas horas extras pela não concessão do intervalo nele previsto. Embargos conhecidos e desprovidos.” (E-RR-46500-41.2003.5.09.0068, SBDI-1, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, publicado no DEJT de 12.3.2010)

“EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. ART. 384 DA CLT. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A controvérsia em torno da adequação constitucional do art. 384 da CLT

veio a ser dirimida por esta Corte em 17.11.2008, ocasião em que se decidiu pela observância da norma consolidada. Nesse esteio, o descumprimento do intervalo previsto no art. 384 da CLT não importa em mera penalidade administrativa, mas sim em pagamento de horas extras correspondentes àquele período, tendo em vista tratar-se de medida de higiene, saúde e segurança do trabalhador. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-RR-2868400-73.2002.5.09.0900, SBDI-1, Rel. Min. Horácio Senna Pires, publicado no DEJT de 20.2.2009)

Assim sendo, dou provimento ao Recurso de Revista para condenar a Demandada ao pagamento de horas extras decorrentes da não concessão dos intervalos a que se refere o art. 384 da CLT, observada as repercussões legais.

II – RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA

Preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso.

a) Conhecimento

1 – DIFERENÇAS SALARIAIS

A Reclamada sustenta, em síntese, que a redução da carga horária do professor, provocada pela diminuição do número de alunos da instituição de ensino, não pode ser considerada como uma alteração contratual ilícita, uma vez que não implica a redução do valor fixado para a hora-aula. Traz jurisprudência para confronto e alega contrariedade à OJ n. 244/SBDI-1 do TST.

No tocante ao presente tema, o Regional, às fls. 1.095/1.096, assim entendeu:

— Reputando ilícita a redução da carga horária cumprida pela Reclamante a partir de fevereiro de 2004, com espeque no art. 468 da CLT, o Juízo de primeira instância condenou a Reclamada ao pagamento de diferenças salariais, entendendo que a empregadora não comprovou a diminuição do número de turmas em função da quantidade de alunos matriculados.

Em prol da modificação do julgado, a Reclamada argumenta que os documentos encartados aos autos demonstram que no ano letivo de 2004 houve uma redução no número de turmas da 7ª série em relação a 2003. Pondera que o depoimento da testemunha Daniele não deve prevalecer, primeiro, porque não tinha conhecimento do número de turmas da 4ª a 7ª séries, segmento em que atuava a Reclamante, porque lecionava para alunos da 1ª a 3ª séries; segundo, porque se referiu ao aumento de turmas do ensino médio. Alega que o Juízo *a quo* não se manifestou sobre a tese de que não ocorre redução salarial quando o professor é contratado por hora-aula, “sem que tenha sido estabelecida nenhuma relação mínima para o número de aulas” (fl. 1.057), caso em que mantido o valor da hora-aula não há se falar ofensa ao princípio da irredutibilidade salarial.

A respeito do tema, a cláusula 19 da CCT 2003/2004 estipula que:

“19 – REDUÇÃO DA CARGA HORÁRIA – São irredutíveis a carga horária e a remuneração do docente, exceto se a redução resultar:

- a) da exclusão das aulas excedentes acrescidas à carga horária do docente em caráter eventual ou por motivo de substituição;
- b) do pedido do empregado docente, em três vias, aceito pela escola empregadora, mediante protocolo no SINPROPAR;
- c) da diminuição de turmas do estabelecimento, em função da redução do número de alunos devidamente comprovada quando questionada judicialmente. **O estabelecimento igualmente deverá demonstrar a impossibilidade do remanejamento do docente para preservar sua carga horária.**” [fl. 685 — original sem grifos]

O caso concreto se amolda à hipótese prevista na alínea “c” da cláusula convencional em comento e, muito embora se perceba pela análise dos documentos de fls. 760/761 que no ano de 2004 as turmas de 7ª série diminuíram, **a Reclamada não cumpriu a segunda**

exigência normativa, vale dizer, não provou “a impossibilidade do remanejamento do docente para preservar sua carga horária”, porquanto a habilitação profissional da Reclamante não a restringe a ministrar aulas tão somente para sétimas séries.

Assim, conquanto a Reclamada defenda em suas razões recursais a ideia de que não há redução salarial do professor quando não houver diminuição do valor da hora-aula, possivelmente no intuito de viabilizar eventual recurso de revista com fundamento no que dispõe a OJ n. 244 da SBDI-1 do c. TST, o certo é que no caso dos autos existe norma coletiva, mais benéfica que a legislação, a qual impõe como condição para a diminuição da carga horária do professor a comprovação da inviabilidade do remanejamento do docente, ônus do qual a Reclamada não se desincumbiu, portanto, não há ofensa ao entendimento sufragado na OJ n. 244 da SBDI-1 do c. TST.

Desse ângulo, ilícita a diminuição da carga horária cumprida pela Reclamante no ano de 2004, a teor do que estabelece a cláusula 19 da CCT 2003/2004, razão pela qual são devidas as diferenças salariais reconhecidas pela r. sentença.

Nada a reparar.

Em que pese o inconformismo da Recorrente, observa-se que ela não se insurgiu contra os exatos termos da decisão recorrida.

Note-se que a redução da carga horária da Autora foi considerada ilícita em face da Reclamada ter descumprido cláusula convencional que exigia a demonstração da impossibilidade de remanejamento do docente para preservar a sua carga horária.

Pois bem, contra essa fundamentação específica a Reclamada não se insurgiu, limitando-se a argumentar que a redução da carga horária do professor, provocada pela diminuição do número de alunos, não constitui alteração contratual ilícita, por não ocorrer a redução do valor da hora-aula.

Incide na espécie, portanto, a Súmula n. 422 desta Corte, segundo a qual não se conhece de recurso para o TST, pela ausência do requisito de admissibilidade inscrito no art. 514, II, do CPC, quando as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que fora proposta.

Acrescente-se, ainda, que a OJ n. 244/SBDI-1 desta Corte, bem como o aresto trazido às fls. 1.143/1.148, não tratam de situação em que a instituição de ensino descumpra exigência normativa para a redução da carga horária do professor. Incide, na espécie, a Súmula n. 296, I, do TST.

Não conheço.

2 – PROFESSOR. CLÁUSULA CONVENCIONAL QUE FIXA JORNADA DE TRABALHO DIÁRIA SUPERIOR À PERMITIDA PELO ART. 318 DA CLT. INVALIDADE

A Demandada sustenta que o labor da Reclamante além do limite estabelecido no art. 318 da CLT encontra respaldo em norma convencional, que deve ser respeitada. Traz jurisprudência para confronto e aponta ofensa ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Quanto ao presente tema, o Regional, às fls. 1.097/1.098, assim entendeu:

— No que pertine à aplicação do disposto no art. 318 da CLT ao caso dos autos, a Reclamada invoca a observância ao estatuído pela cláusula 18 das CCT's, justificando que na contestação cometeu um erro sanável ao mencionar a cláusula 3ª dos instrumentos coletivos, quando pretendia indicar aquela primeira.

Cumprido ressaltar, inicialmente, que o equívoco na indicação da cláusula convencional em nada prejudica a apreciação das razões recursais da parte, considerando-se que a tese defendida foi devidamente aventada na contestação à fl. 731, não se constituindo, portanto, inovação recursal.

Especificamente quanto ao mérito da postulação, verifica-se que a cláusula 18 dos instrumentos coletivos encartados ao caderno processual estabelece que:

“18 — DUPLA JORNADA DE TRABALHO — Fica estabelecida a possibilidade de, através [sic] documento escrito, ser fixada, entre a escola e o professor, jornada de trabalho diária superior ao previsto no art. 318 da CLT, sem que isto demande direito ao recebimento das excedentes como extras, desde que, comprometendo-se a escola a observar a jornada assim contratada.

Parágrafo único – Para os Professores mensalistas, entende-se por período de trabalho a jornada de quatro horas e trinta minutos por turno.” [fl. 685, por exemplo]

Em que pese ao argumento da Recorrente, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, previsto no art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, não é ilimitado, devendo subordinar-se aos limites da lei, observando-se as normas de ordem pública. Por isso, não se reconhece validade à cláusula convencional em menoscabo ao art. 318 da CLT, o qual trata da carga horária legal do professor, sob pena de supressão de um direito constitucionalmente garantido, ou seja, o recebimento de horas extraordinárias (art. 7º, inc. XVI, da CF).

Conquanto a ordem constitucional valorize e proteja o instituto da negociação coletiva, ela não pode estar, no entanto, livre de quaisquer limites, atrelada, apenas, à vontade daqueles que contratam. O excerto a seguir reproduzido demonstra o posicionamento do C. TST a respeito do assunto e corrobora o entendimento ora exposto:

[...] No que tange ao disposto no inciso XXVI do art. 7º da Carta Magna, não existe a violação apontada. Isso porque o acórdão regional reconheceu a validade da convenção coletiva de trabalho da categoria, exceto da cláusula que suprimia direitos garantidos por norma de ordem pública, qual seja a percepção de horas extras em caso de ultrapassagem da carga horária legal.

Por analogia, com o fito de demonstrar que esta Corte considera inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho que suprime ou reduz direitos mínimos garantidos por lei, cito a OJ n. 342 da SBDI-1, *in verbis*:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. NÃO CONCESSÃO OU REDUÇÃO. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. VALIDADE. DJ 22.6.2004 É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inofensivo à negociação coletiva. [TST. Processo AIRR – 1115/2005-062-15-40. 8ª Turma. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Publicação no DJ – 13.6.2008]

Por oportuno, registre-se que esta Turma já se pronunciou nesse mesmo sentido em caso análogo, no voto proferido nos autos n. TRT-PR-16429-2004-009-09-00-9-ACO-29039-2007, da lavra do Exmo. Desembargador Archimedes Castro Campos Júnior, publicado no DJPR de 5.10.2007.

Em vista do exposto, nega-se provimento.

Da análise do Recurso de Revista, observa-se que o aresto colacionado às fls. 1.150/1.151 autoriza o seu conhecimento, pois adota tese no sentido de que é válido o ajuste feito em norma coletiva quanto à remuneração, como normais, das horas excedentes da carga horária contratada acima dos limites previstos no art. 318 da CLT.

Conheço por divergência jurisprudencial.

b) Mérito

1 – PROFESSOR. CLÁUSULA CONVENCIONAL QUE FIXA JORNADA DE TRABALHO DIÁRIA SUPERIOR À PERMITIDA PELO ART. 318 DA CLT. INVALIDADE

Gira a controvérsia acerca da validade de cláusula convencional que fixa, para o professor,

jornada de trabalho diária superior a permitida pelo art. 318 da CLT.

Em que pese a Constituição Federal valorizar a negociação coletiva, ficam resguardados os direitos mínimos assegurados aos trabalhadores pela própria Constituição, pela CLT ou por outras normas legais.

Ressalte-se, ainda, que o referido dispositivo é norma de ordem pública que tem por objetivo assegurar a higidez física e mental do professor.

O direito pleiteado pela Reclamante está, portanto, assegurado por lei, que não tolera a negociação coletiva que tente esvaziar o conteúdo normativo que estabelece um direito ao trabalhador.

Em sendo assim, conclui-se que a cláusula convencional que estabelece a possibilidade de ser fixada jornada de trabalho diária superior ao previsto no art. 318 da CLT não pode ser considerada válida, não havendo que se falar em violação ao art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Nesse mesmo sentido, vale citar os seguintes precedentes:

ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. PROFESSOR. NORMA COLETIVA. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que norma coletiva não pode estipular contra a jornada máxima do professor prevista no art. 318 da CLT. A inobservância do referido preceito implica no pagamento das horas excedentes com o adicional de, no mínimo, 50% (Orientação Jurisprudencial n. 206 da SBDI-1). Recurso de Revista conhecido e provido quanto ao tema. (RR175100-71.2007.5.15.0101, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, publicado no DEJT de 4.11.2011)

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS. SUPRESSÃO DO ADICIONAL DE 50% CONTEMPLADA EM NORMA COLETIVA. A tutela especial prevista no art. 318 da CLT tem por finalidade evitar o desgaste físico e mental do educador, promovendo um ensino mais eficiente e promissor. Ainda que esta Corte adote entendimento no sentido de

conferir validade ampla à negociação coletiva, não se pode admitir que a norma coletiva suprima direitos referentes à jornada de trabalho do professor, que ostenta legislação específica. Nesse sentido se direciona a Orientação Jurisprudencial n. 206 da SBDI-1/TST, quando dispõe que: Excedida a jornada máxima (art. 318 da CLT), as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (art. 7º, XVI, CF/88). A exclusão do adicional de 50% desonera o empregador, que não se constrangerá em impor jornada que exceda o limite legal. Esta é a hipótese em que se faz necessário tutelar o trabalhador, ainda que contra os seus interesses imediatos. (RR-470/2002-033-15-00, 3ª Turma, Rel. Min. Horácio Senna Pires, publicado no DEJT de 27.11.2009)

RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR. JORNADA ESPECIAL. ART. 318 DA CLT. ADICIONAL DE HORA EXTRA. SUPRESSÃO. NORMA COLETIVA. Não condiz com a outorga de jornada especial, cujo intuito é o de preservar a higidez física e mental dos professores, o pagamento apenas da hora aula normal sem o acréscimo previsto no art. 7º, XVI, da Constituição da República, mesmo tratando-se de previsão em norma coletiva, pois tal disposição é de ordem pública, inderrogável por vontade das partes, em nome do princípio da proteção. Assim, nos termos da OJ n. 206/SDI-I do TST, excedida a jornada máxima (art. 318 da CLT), as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (art. 7º, XVI, CF/1988). Recurso de revista conhecido e provido. (RR-2249/2002-038-15-00, 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, publicado no DEJT de 29.5.2009)

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO DECLARATÓRIA. FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA PREVISTA NO ART. 318 DA CLT PARA OS PROFESSORES. OJ n. 206, SDI-1/TST. IMPOSSIBILIDADE. Estabelecido o direito trabalhista por norma estatal imperativa, não cabe à negociação coletiva, regra geral, diminuir o comando heterônomo incidente. Desse modo, pacificou a jurisprudência que, excedida a jornada máxima

dos professores fixada pelo art. 318 da CLT, as horas excedentes devem ser remuneradas com o adicional de, no mínimo, 50% (OJ n. 206, SDI-1/TST). Recurso ordinário desprovido. (ROAD-71500-93.2008.5.12.0000, SETPOEDC, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicado no DEJT de 30.3.2010)

Ante o exposto, nego provimento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – conhecer do Recurso de Revista da Reclamante quanto ao tema — Intervalo intrajornada. Concessão parcial —, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar que, nos dias em que houve a concessão parcial do intervalo intrajornada, a Reclamante tem direito ao pagamento de 1 (uma) hora, como extra, mais o adicional de 50%, além dos reflexos.

II – conhecer do Recurso de Revista quanto ao tema — Intervalo previsto no art. 384 da CLT —, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a Reclamada ao pagamento de horas extras decorrentes da não concessão dos intervalos a que se refere o art. 384 da CLT, observadas as repercussões legais. Por unanimidade, conhecer do Recurso de Revista da Reclamada apenas quanto ao tema — Professor. Cláusula convencional que fixa jornada de trabalho diária superior à permitida pelo art. 318 da CLT —, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 30 de novembro de 2011.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

Márcio Eurico Vitral Amaro

Ministro Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região

► EMENTAS:

LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DO MPT. DEFESA DE INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. A defesa coletiva de direitos ou interesses individuais homogêneos encerra, na verdade, a projeção de um mecanismo que propicia a facilitação do acesso à Justiça e, também, de economia processual, porquanto permite que se aglutinem numa única demanda (coletiva) pretensões diversas originadas de uma causa idêntica. No caso vertente, o MPT é parte legítima para defender interesses individuais homogêneos dos trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo, conforme autoriza interpretação sistemática dos arts. 83, III, 84, *caput*, e 6º, VII, d, e XII, da LC n. 75/93.

TRABALHADORES SUBMETIDOS À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. DESRESPEITO A NORMAS TRABALHISTAS DE MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO. DANO MORAL COLETIVO. Verificado o desrespeito às normas trabalhistas de medicina e segurança do trabalho e o descuido das condições e serviços de higiene, saúde e segurança que integram o meio ambiente de trabalho, configurado está o dano moral coletivo passível de reparação.

Processo: 00200.2009.111.17.00.8

RECURSO ORDINÁRIO

Recorrentes: Ministério Público do Trabalho da 17ª Região

Recorridos: Peris Vieira de Gouveia E OUTROS

Origem: Vara do Trabalho de Alegre – ES

Relator: DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de RECURSO ORDINÁRIO, sendo partes as acima citadas.

1. Relatório

Inconformada com a r. sentença, de fls. 269/276, da lavra do Exmo. Juiz Francisco de Assis Marciano, recorre ordinariamente o Ministério Público do Trabalho, às fls. 310/

339, pretendendo a reforma daquela decisão que julgou improcedentes os pedidos formulados na exordial.

O apelo do MPT versa sobre: vínculo de emprego, anotação de CTPS, dano moral individual, dano moral coletivo, obrigações de não fazer.

Custas isentas (art. 790-A, II, da Consolidação das Leis do Trabalho).

Contrarrazões dos reclamados, às fls. 343/346, sobem os autos a este Tribunal.

É o relatório.

2. Fundamentação

2.1. Conhecimento

Conheço do recurso ordinário e considero as contrarrazões, porquanto presentes os pressupostos legais de suas admissibilidades.

2.2. Ação civil pública. Possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos. Adequação do meio processual utilizado

Alegam os réus, **em sede de contrarrazões**, que a via eleita pelo Ministério Público do Trabalho mostra-se inadequada, porquanto é impróprio o rito da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Sem razão.

A ação civil pública é o meio, constitucionalmente assegurado, ao Ministério Público, ao Estado ou a outros entes coletivos autorizados por lei, para promover a defesa judicial dos interesses ou direitos metaindividuais. É concebida sob a perspectiva da função promocional do Estado contemporâneo, que cria novas técnicas de encorajamento para que sejam defendidos os interesses sociais, propiciando-lhes adequada tutela jurisdicional.

Segundo a literalidade do art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/93, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ação civil pública, “para a defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos”.

Como essa norma refere apenas os “interesses coletivos”, indaga-se a possibilidade de se manejar a ação civil pública para defender direitos individuais homogêneos?

A resposta é positiva. Isso porque, como é cediço, não existe norma jurídica, por mais clara que possa parecer, que não comporte interpretação, principalmente no caso do direito brasileiro, que recebeu forte influência da teoria pura e da teoria do ordenamento jurídico. Vale dizer, as normas que compõem o sistema jurídico pátrio, que têm na Constituição a norma-ápice da pirâmide normativa, não se encontram isoladas; antes se interligam a outras normas, compondo todas a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Destarte, o art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/93 há de ser interpretado conforme o

art. 129, III, da CF, que não deixa margem de dúvida quanto à aplicação da ação civil pública não apenas para a defesa do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas, também, para a proteção “de outros interesses difusos e coletivos”.

Em nível constitucional, outrossim, é lícita a interpretação extensiva e sistemática dos arts. 129, III e IX e 127 da CF, no sentido de alargar o espectro da ação civil pública para a defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis e homogêneos.

Ademais, a interpretação sistemática dos arts. 83, III, 84, *caput*, e 6º, VII, d, e XII, da LC n. 75/93 autoriza a legitimação do MPT e a competência da Justiça do Trabalho para a ação civil pública em defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, que são o gênero que têm como espécies os interesses difusos, coletivos, sociais, individuais indisponíveis e individuais homogêneos.

Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência do STF e do STJ. No âmbito do TST, já não há mais divergências, como se infere dos julgados a seguir transcritos:

RECURSO DE REVISTA. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Considerada omissa a decisão que enseja o reconhecimento da negativa de tutela jurisdicional, e, portanto, passível de ser anulada, quando o Tribunal Regional deixa de examinar argumentos recursais pertinentes ao deslinde da controvérsia, o que não ocorreu nesta hipótese. Recurso de revista de que não se conhece. AÇÃO CIVIL PÚBLICA — ILEGITIMIDADE ATIVA DO *PARQUET*. A jurisprudência do TST é pacífica no sentido de atribuir legitimidade ao Ministério Público do Trabalho para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, como na hipótese destes autos. Recurso de revista de que não se conhece. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. Além de inexistir no ordenamento jurídico dispositivo condicionando o ajuizamento de ação civil pública à prévia

instauração de inquérito civil, no caso dos autos, ficou consignado a existência de investigação prévia. Recurso de revista de que não se conhece. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. A questão se resolve pelas regras de hermenêutica. O art. 83, III, da Lei Complementar n. 75/93, não comporta interpretação literal, mas teleológica, finalística e sistemática, visto que o art. 84, V, da referida norma dispõe que compete ao MPT — exercer outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade-. Assim, a atuação ministerial não está circunscrita à constatação de desrespeito a direitos sociais constitucionalmente garantidos. Recurso de revista de que não se conhece. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. Se da petição inicial o julgador pode compreender o pedido, possibilitando à parte defender-se judicialmente, não padece do vício da inépcia, consoante dispõe o art. 295, I, do CPC. Recurso de revista de que não se conhece. (TST-RR – 25214/1999-013-09-00.0 Data de Julgamento: 22.10.2008, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 7.11.2008)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PAGAMENTO DO DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO AOS TRABALHADORES. PROVIMENTO. 1. Diante de uma interpretação sistemática dos arts. 6º, VII, d, e 83, III, da Lei Complementar n. 75/1993, 127 e 129, III, da Constituição Federal, depreende-se que o Ministério Público detém legitimidade para ajuizar ação civil pública, buscando defender interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos. 2. O STF e esta Corte possuem o entendimento pacífico de que ao Ministério Público do Trabalho é conferida legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos dos trabalhadores. 3. No caso dos autos, verifica-se que a pretensão do *Parquet* é assegurar o pagamento aos

empregados da Reclamada do décimo terceiro salário, direito esse que se encontra resguardado constitucionalmente, nos termos do art. 7º, VIII. 4. Patente, portanto, a legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento de ação civil pública, porquanto se trata de direito social, que está sendo desrespeitado pela ora Embargada. Recurso de Embargos conhecido e provido. (TST-E-RR - 734211/2001.7 Data de Julgamento: 20.10.2008, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 31.10.2008)

Com efeito, o Ministério Público do Trabalho tem legitimidade para a defesa dos interesses coletivos ou individuais homogêneos dos trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo e não há motivo para preocupações: o titular do direito material (substituído processualmente), só ficará vinculado à coisa julgada que emana da sentença cognitiva genérica (CDC, art. 95) se a ação coletiva for julgada procedente e, ainda assim, tem-se que considerar que, na fase de liquidação, cada um dos substituídos poderá propor ação de liquidação de sentença a título individual, cabendo-lhe tão só comprovar o prejuízo individual, o nexo etiológico entre o prejuízo individual e o dano genérico reconhecido na sentença cognitiva e o respectivo montante.

Em suma, ressalto que a teoria ampliativa, com a qual passamos a cerrar fileiras, vale-se tanto da interpretação sistemática quanto da extensiva e teleológica, na medida em que invoca os arts. 129, IX, e 127 da CF, combinados com o art. 1º do CDC. Essas normas aplicadas de forma integrada, tal com permitido pelos arts. 21 da LACP e 90 do CDC, autorizam a ilação de que a defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos constitui matéria de ordem pública de interesse social, cuja defesa se amolda integralmente ao perfil institucional do Ministério Público, por força do inciso IX do art. 129 da CF. Afinal, os direitos ou interesses individuais homogêneos dos trabalhadores são sempre direitos sociais, ou direitos humanos

de segunda dimensão, independentemente de serem disponíveis ou indisponíveis, estando, pois, ao albergue incondicional da proteção institucional do *Parquet*, *ex vi* do art. 127 da CF.

Pelo exposto, rejeito.

2.3. Recurso do MPT

2.3.1. Vínculo de emprego e verbas rescisórias

Inconformado com a r. sentença, recorre ordinariamente o Ministério Público do Trabalho, às fls. 310-339, pleiteando o reconhecimento do vínculo empregatício dos trabalhadores e a consequente anotação nas respectivas CTPSs, a manutenção do arresto cautelar concedido nos autos n. 0135.2009.111.17.00-0 e a condenação dos réus ao pagamento dos direitos rescisórios.

Com razão.

Vejamos.

Conforme se constata da peça vestibular, em 16.3.2009, o Ministério Público do Trabalho, juntamente com o Ministério do Trabalho e Emprego e a Polícia Federal, iniciou uma ação de inspeção na “Fazenda Jerusalém”, situada na Zona Rural do distrito de Celina, Município de Alegre/ES, para apurar denúncia de trabalho escravo nos autos do Procedimento Preparatório de Inquérito Civil Público n. 20.001/2009, instaurado pela Promotoria de Justiça de Alegre (fls. 71-82 destes autos).

Foram encontrados os seguintes trabalhadores residindo na Fazenda: **Sebastião Inácio de Oliveira, José Augusto de Oliveira, José Antônio Costa, Sebastião Fabiano, Avelino Cabral e José Geraldo Ferreira.**

Durante a inspeção foram detectadas diversas irregularidades e o conjunto probatório dos autos evidencia que os mencionados trabalhadores eram submetidos a condições precárias e degradantes, sendo totalmente desrespeitados em sua dignidade.

Conforme narrado pelo *parquet* trabalhista (fls. 03-04), os empregados não possuíam registro, na forma do art. 41, *caput*, da CLT; não

havia anotação do contrato de trabalho nas CTPS's dos mesmos; as situações de trabalho eram extremamente precárias, não havendo fornecimento de água potável, de instalações elétricas nem adequadas condições sanitárias.

A situação dos alojamentos era degradante, não havia camas, os trabalhadores dormiam em colchões no chão e outros sequer possuíam colchões, dormindo em pedaços de papel e sacos. Alguns trabalhadores faziam suas necessidades fisiológicas no mato, pois apenas uma das habitações possuía banheiro. As fotografias anexas ao relatório de fiscalização resultante da atuação conjunta do Ministério do Trabalho e Emprego, da Procuradoria do Trabalho da 17ª Região e da Polícia Federal, evidenciam as condições degradantes a que eram submetidos os obreiros (fls. 101-112).

Além de serem submetidos a condições desumanas, os trabalhadores laboraram na Fazenda por vários anos sem receber pelo trabalho e de lá não podiam sair em virtude das dívidas que tinham com os empregadores e que os mantinha na propriedade, trabalhando sem salários para pagar a dívida decorrente dos mantimentos e bebidas alcoólicas que consumiam formando um ciclo sem fim.

Durante a inspeção, foram encontrados cadernos com anotações feitas pelos réus relativas a alimentos e bebidas alcoólicas consumidos pelos trabalhadores, o que denota a existência de cativeiro por dívida. Os trabalhadores contraíam dívida junto ao barracão dos próprios empregadores para adquirir alimentos e bens de uso pessoal. Destarte, os trabalhadores ficavam impedidos de sair da fazenda, sendo compelidos a prestar os seus serviços sem a respectiva remuneração para quitar o débito com os empregadores, restando configurado, assim, o cerceio à liberdade de locomoção e a situação análoga à de escravo, conforme tipificado no art. 149 do Código Penal brasileiro.

Tal situação resta evidenciada com o depoimento do trabalhador Sebastião Inácio de Oliveira prestado à Polícia Federal (fl.74):

[...] que nunca recebeu pagamento; que PERINHO fornecia os mantimentos e anotava em um caderno como dívida a ser paga pelo declarante; que fornecia **cigarro e cachaca**, também anotando no caderno; que deveria receber R\$ 15,00 por dia de serviço, mas que raramente recebia algum dinheiro pois o mesmo era descontado para pagar as dívidas [...] (grifos nossos)

Quanto às situações degradantes as quais eram os trabalhadores submetidos, assevera o depoente:

[...] que dormia em um colchão no chão; que só existe um banheiro que é dividido pelos trabalhadores [...]

Além das condições precárias de trabalho, fica demonstrado o cerceio à liberdade de locomoção, elemento caracterizador da condição análoga a de escravo, senão vejamos (fl. 75):

[...] que a certidão de nascimento e a carteira de trabalho do depoente estão de posse de PERINHO; que PERINHO guarda seus documentos pois alega que o depoente irá perdê-los; que deseja receber seus direitos trabalhistas e deixar de trabalhar para PERINHO[...]

Todas essas alegações foram corroboradas pelo trabalhador José Augusto de Oliveira, que também residia na Fazenda. Além das condições precárias e do trabalho sem remuneração, o referido depoente conta que certa vez um dos trabalhadores, “Cabralzinho”, tomou uma surra do pai de PERINHO (Sr. Peres Vieira de Gouveia) porque não queria trabalhar (fl. 77).

Por todo exposto resta inequívoca a condição degradante às quais os trabalhadores eram submetidos na Fazenda Jerusalém. O trabalho era imposto sem um mínimo de higiene, saúde e segurança. Os obreiros não tinham respeitados os seus direitos à integridade física e mental, à dignidade, à liberdade de locomoção.

Todas essas irregularidades e atrocidades são relatadas pelas testemunhas que prestaram depoimento à Polícia Federal, o Agente da Polícia Federal Badaró (fl. 78) e o funcionário da SRTE/ES, Afonso Celso Passos Costa Gonçalves (fl. 79).

O próprio réu admite, no interrogatório feito pela Polícia Federal, que **“comprava mantimentos e distribuía aos trabalhadores; que anotava no caderno os valores que cada um devia; que também comprava bebida e fumo para os trabalhadores; que quando fazia a meada abatia o valor da dívida com o devido aos trabalhadores;** que o devido aos trabalhadores era maior do que a dívida a ser abatida e que sempre pagou essa diferença aos trabalhadores; **que nunca assinou a carteira dos trabalhadores da Fazenda Jerusalém; que sabia que tinha que assinar a carteira dos trabalhadores;** que informado que deve pagar os direitos trabalhistas alegou não ter dinheiro para fazê-lo e que a fazenda está com dívidas; que mantinha em seu poder os documentos dos trabalhadores, pois se deixar com estes ‘eles perdem tudo’ [...]”. (fls. 80-81)

Ressalte-se que à fl. 84 há solicitação do INCRA ao Procurador do Trabalho para o envio de documentos que possam colaborar com a instrução de processo administrativo aberto pela Superintendência com o objetivo de ser analisada a possibilidade de desapropriação da Fazenda Jerusalém ante a inobservância do princípio da função social da propriedade em razão da constatação da existência de trabalhadores em situação análoga a de escravo na referida fazenda.

Os réus chegam a alegar em contestação o absurdo de que os trabalhadores encontrados em situações degradantes e atentatórias à sua moral e dignidade, quando da inspeção realizada eram “simples agregados e não empregados, pessoas que, em confiança e amizade que tinham junto ao 2º Contestante, PERYS FILHO, simplesmente foram se ‘encostando’ e morando na propriedade, onde encontravam abrigo

sem ter que pagar aluguel, água ou luz, e de vez em quando (*sic*) prestavam alguns serviços para aquele, porém, quando trabalhavam recebiam, mas normalmente trabalhavam mesmo era para os proprietários vizinhos, havendo semanas ou meses que não trabalhavam sequer um dia para os Contestantes”.

Ora, o próprio reclamado, Peres Vieira de Gouveia Filho, declarou no interrogatório à Polícia Federal que os trabalhadores encontrados na Fazenda são meeiros e disse, ainda, que nunca assinou a CTPS dos trabalhadores, mas tinha conhecimento de que devia fazê-lo alegando, inclusive, não ter condições de arcar com os ônus trabalhistas. Inúmeras contradições são detectadas aqui, uma vez que, se realmente os trabalhadores fossem meeiros eles trabalhariam, sim, na fazenda dos réus, não sendo plausível a alegação da contestação que os trabalhadores passavam meses sem trabalhar sequer um dia para os mesmos. E mais, o interrogado reconhece a obrigação de assinar a CTPS dos obreiros, contrariando, assim, sua afirmação de que os trabalhadores eram meeiros.

Além disso, os depoimentos dos trabalhadores prestados à Polícia Federal foram uníssonos quanto ao fato de que iniciavam os trabalhos às 06h30 ou 07h00 e trabalhavam até o anoitecer.

Os trabalhadores eram mantidos em locais degradantes, sem água encanada, instalações elétricas, ventilação, camas e desprovidos das mínimas condições de higiene, saúde e segurança, como restou amplamente demonstrado no relatório de fiscalização de fls. 101-112. O que se extrai do conjunto probatório dos autos é que os trabalhadores eram exaustivamente explorados, submetidos a trabalhos forçados e em condições precárias e degradantes, além de ter restringida sua liberdade de locomoção, não havendo qualquer respaldo a alegação dos réus de que aos trabalhadores era fornecido abrigo sem que eles tivessem que pagar por aluguel, água e luz, tudo por amizade e solidariedade.

Ressalte-se que o Ministério Público do Trabalho propôs nesta Especializada Ação Cautelar Preparatória de Arresto autuada sob o n. 0013500-83.2009.5.17.0111, para impedir a dilapidação dos bens dos proprietários da propriedade onde residem os trabalhadores para garantir a satisfação das pretensões exigidas nesta ação principal.

Todas essas evidências demonstram a submissão dos trabalhadores aos réus que usavam de artimanhas para mantê-los em sua propriedade trabalhando e nada recebendo por isso, impedidos de deixarem a fazenda, pois além de não receber qualquer remuneração, estavam em dívida com o empregador, que usará sempre de sua mão de obra para mantê-los em regime de servidão em sua propriedade, ao arripio de todos os direitos fundamentais do ser humano e basilares do Estado Democrático de Direito, entre eles, o respeito à dignidade.

Conforme observa o *parquet*, os réus buscam caracterizar a existência de um regime de parceria com os trabalhadores. No entanto, o próprio Peres Vieira de Gouveia Filho admite em seu depoimento (fl. 182) que os trabalhadores realizavam serviços não abrangidos pelo regime de parceria. Ademais, os depoimentos prestados em audiência judicial contradizem a tese lançada na contestação de que os trabalhadores estariam na fazenda na condição de agregados e que, na verdade, trabalhavam para os vizinhos e, esporadicamente, para os réus.

Ademais, da inspeção realizada, concluíram os Auditores-Fiscais do trabalho que na relação entre os trabalhadores e os réus estão presentes todos os requisitos caracterizadores da relação de emprego: **subordinação, todos agiam sob as ordens e os comandos de “Perinho”; não eventualidade, eram realizadas atividades rotineiras no meio rural, sem as quais a propriedade não subsiste; onerosidade, havia promessa de pagamento pelos serviços prestados; pessoalidade, nenhum deles podia se ausentar mandando alguém para substituí-lo.**

Registre-se que não obstante as alegações de regime de parceria firmado com alguns trabalhadores e a apresentação dos respectivos contratos, esses não passam de tentativas de engodo, uma vez que nenhum daqueles empregados jamais teve qualquer porção de terra na fazenda destinada à exploração conjunta.

Como registrado pelo MPT (fl. 259), o trabalhador José Augusto de Oliveira é o único que menciona ter firmado com os empregadores um regime de parceria referente a uma roça de milho e feijão e 30.000 (trinta mil) covas de café, os quais, contudo, nunca chegou a colher. Não obstante a parceria pactuada, afirma o depoente que “trabalhavam em todas as propriedades do reclamado e se deslocavam em burros e carroças” e que “além do serviço do contrato de parceria, também fazia outros serviços na propriedade como informado acima” (fl. 190), **o que leva a crer, juntamente com o depoimento de outros trabalhadores no sentido de que realizavam todo o tipo de serviços nas propriedades dos réus e que não havia uma área determinada para trabalharem, que as supostas parcerias jamais existiram de fato, não passando de um meio utilizado pelos empregadores para esquivarem-se das obrigações trabalhistas decorrentes do vínculo empregatício, reconhecido inclusive pelo próprio “Perinho”, quando fala que tinha ciência do dever de anotar a CTPS dos trabalhadores.**

Importante salientar o fato observado pelo Ministério Público do Trabalho de que as condições das habitações quando da operação policial divergiam completamente daquelas verificadas durante a inspeção judicial. Alega que para a inspeção foram retirados os papelões e panos que serviam de cama para os trabalhadores e limpa toda a sujeira que havia no local.

As fotos de fls. 104, 106, 107-111 deixam clara a situação encontrada pelos Auditores-Fiscais do trabalho, policiais e procuradores presentes na operação, que foram surpreendidos com uma total falta de higiene, entulhos

amontoados que serviam de mobília, instalações elétricas irregulares e perigosas, cenário esse bem diferente do que foi encontrado no momento da inspeção judicial.

Conforme os relatórios apresentados pela Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos do Município de Alegre quase todos os trabalhadores que residiam na fazenda eram alcoólatras, sendo que alguns deles conseguiram se recuperar, passando a ter uma vida equilibrada. Por outro lado, dois dos trabalhadores, Sebastião Inácio de Oliveira (que reside na fazenda desde os oito anos de idade) e Sebastião Fabiano, declararam não querer largar a bebida, o que denota o estágio avançado do alcoolismo nessas pessoas.

O fornecimento constante de bebidas alcoólicas aos trabalhadores, como restou exaustivamente comprovado nos autos pelos depoimentos colhidos e pelas anotações encontradas no caderno de dívidas dos réus (fl. 264), ainda que não seja a causa principal, certamente colaborou no agravamento do alcoolismo desenvolvido por quase todos aqueles trabalhadores.

Não obstante os fatos narrados, foi proferida sentença às fls. 269-276 julgando totalmente IMPROCEDENTES os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho nos autos da presente ação civil pública que, registre-se, está fundada em fartas provas documentais e testemunhais.

Data vênua, o julgamento *a quo* foi proferido ao arrepio de toda a ordem constitucional e justrabalhista, que dispensa a toda pessoa humana um tratamento digno e respeitoso e assegura aos trabalhadores o direito de laborar num ambiente de trabalho saudável, seguro e equilibrado; razão pela qual merece reforma.

Diante do exposto, dou provimento ao apelo do MPT para, manter o arresto cautelar concedido nos autos n. 0013500-83.2009.5.17.0111, bem como condenar os reclamados: a reconhecer o vínculo de emprego entre os empregadores e os empregados

da fazenda, a anotar a CTPS dos trabalhadores, e a pagar as verbas rescisórias, conforme se apurar em liquidação de sentença.

2.3.2. Dano moral individual homogêneo

Irresignando-se o Ministério Público do Trabalho com a decisão de primeiro grau que indeferiu o pedido de condenação dos reclamados ao pagamento da quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a cada um dos trabalhadores a título de danos morais.

Vejamos.

Conforme exposto no tópico anterior, a situação dos alojamentos, em que viviam os obreiros, era degradante, não havia camas, os trabalhadores dormiam em colchões no chão e outros sequer possuíam colchões, dormindo em pedaços de papel e sacos (conforme demonstram as fotografias anexadas ao relatório de fiscalização de fls. 101-112). Alguns trabalhadores faziam suas necessidades fisiológicas no mato, pois apenas uma das habitações possuía banheiro.

Além disso, os trabalhadores laboraram na Fazenda por vários anos sem receber pelo trabalho e de lá não podiam sair em virtude das dívidas que tinham com os empregadores e que os mantinha na propriedade, trabalhando sem salários para pagar a dívida decorrente dos mantimentos e bebidas alcoólicas que consumiam formando um ciclo sem fim.

Não obstante os fatos narrados, o Juiz de primeiro grau considerou que não houve dano moral, entendimento do qual, data venia, discordo.

Pois bem.

A vigente Carta Magna enuncia, no seu art. 5º, inciso X, “*que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.*”

Assim, o dano moral está correlacionado com os direitos da personalidade, sendo hoje

uma imposição constitucional, a irradiar-se no âmbito do Direito do Trabalho.

O direito a um ambiente de trabalho sadio é garantia constitucional que se verifica claro em vários dispositivos, como art. 1º, III, que estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana; art. 5º, que garante a inviolabilidade do direito à vida, no qual se insere a saúde; art. 7º, XXII, que garante o direito à redução dos riscos inerente ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; art. 170, que garante a valorização do trabalho humano, observado o princípio da defesa do meio ambiente; art. 193, que reza que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem estar e a justiça social; art. 196, que preceitua que a saúde é direito de todos e dever do Estado; art. 200, VIII, que estabelece como dever do sistema único de saúde o de colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

De tal arte, conclui-se que o trabalhador tem direito a um meio ambiente do trabalho sadio, sendo a proteção da sua integridade física e psíquica um dos deveres do empregador.

O festejado jurista *Sebastião Geraldo de Oliveira* (**Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, 1996, p. 76) esclarece que o

Ambiente de trabalho saudável é direito do trabalhador e dever do empregador. O empresário tem a prerrogativa da livre iniciativa, da escolha da atividade econômica e dos equipamentos de trabalho, mas correlatamente tem obrigação de manter o ambiente de trabalho saudável.

In casu, os trabalhadores eram exaustivamente explorados, submetidos a trabalhos forçados e em condições precárias e degradantes, além de ter restringida sua liberdade de locomoção, restando caracterizado o dano moral.

É neste ponto que a conduta do empregador — revelada pelo conjunto probatório — mostra-se perversa, pois transforma o ambiente

de trabalho num local de práticas lesivas à dignidade do trabalhador, humilhando aquele que busca no trabalho o meio de sustentar a si e a sua família. Assim, resta evidenciado o dano moral sofrido pelos trabalhadores, o qual foi causado pelas condições semelhantes à de escravo a que foram submetidos.

Considerando que é do trabalho que os homens tiram seu sustento e, ainda, o valor social do trabalho, reconhecido constitucionalmente, entendo que o empregador agiu de forma desrespeitosa, causando-lhe constrangimento psíquico, violando direitos de personalidade do cidadão trabalhador, uma vez que agredia a sua dignidade e o seu respeito, elementos que possuem um valor fundamental no regime de livre iniciativa.

Não é demais mencionar que o poder constituinte originário elegeu como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, a dignidade humana e o valor social do trabalho (art. 1º, incisos III e IV, CF).

Nesta esteira, impende colacionar importante julgado do C. TST no RR-1059.1999.087.15.00, julgado em 29.6.2006, DJ- 19.08.2005, em que foi Relator o Juiz Convocado Altino Pedrozo dos Santos, que com propriedade deixou assentado, *verbis*:

“DANIEL SARMENTO, discorrendo a respeito dos princípios constitucionais da liberdade e da iniciativa privada, revela, com rara felicidade, o escopo da Constituição Federal neste aspecto, quando pondera que, ‘se é certo que a autonomia privada recebe proteção da ordem constitucional, também está fora de dúvida que, dentro do quadro axiológico delineado pela Constituição de 1988, esta tutela não é uniforme, sendo muito mais intensa no plano concernente às escolhas existenciais da pessoa humana do que no campo da sua vida patrimonial e econômica’. E, enfatizando a limitação da autonomia privada frente a outros direitos que se lhe possam antepor, acrescenta: ‘Isto não quer dizer, no entanto, que estas liberdades fundamentais revistam-se de valor absoluto. É possível que a proteção de uma delas, no caso concreto, importe lesão a outro direito

fundamental igualmente relevante, fazendo necessário restringir a liberdade em questão, de forma proporcional, visando à otimização dos bens jurídicos em confronto, através de uma ponderação de interesses. É isto que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, tornando necessário ponderar a autonomia com o direito que estaria sendo violado pela conduta do particular’. Por fim, ferindo o ponto crucial de que se está a tratar nesta oportunidade, assim se refere à proteção à autonomia privada na ordem constitucional brasileira: ‘Quando trata da liberdade a Constituição Brasileira não é acometida pela cegueira que vitimava as cartas pré-weimarianas, que cerravam seus olhos para a opressão decorrente da desigualdade material instalada na sociedade e capitalizada através das suas múltiplas instituições. Muito pelo contrário, ela propõe-se a reduzir esta desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência para todos, já que sem isto a liberdade não passa de uma retórica vazia. Mas, se, por um lado, a Constituição demonstra esta inclinação pelo social, por outro lado, ela não abandona o regime capitalista de produção, nos seus pilares essenciais. Neste sentido, a livre iniciativa é consagrada como fundamento da ordem econômica, a liberdade de empresa é assegurada e a propriedade privada é protegida como direito fundamental. Estes valores são, contudo, temperados pela preocupação constante com a solidariedade e a justiça social, através da adoção de variadas fórmulas compromissórias. Neste sentido, constata-se que o art. 1º aponta como fundamento da República não a livre iniciativa tout court, mas os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CF). Verifica-se, também, que o art. 170, antes de falar na livre iniciativa, menciona a valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica, e estabelece, ainda, que a finalidade desta ordem é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, tratando a livre iniciativa econômica não como um fim em si, mas como um meio na busca daquele magno objetivo’. (...)”

João de Lima Teixeira (**Instituições de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr,

ed. atualizada por Arnaldo Süssekind e Lima Teixeira, vol. 1, 1999, p. 264), ao tecer comentários acerca das obrigações do empregador esclarece que:

O empregador tem, ainda, a obrigação de dar trabalho e possibilitar ao empregado a execução normal de sua prestação, proporcionando-lhe os meios adequados para isso. E, acima de tudo, tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana. São obrigações que decorrem do princípio geral da execução de boa-fé do contrato, que, como dissemos, está na base da disciplina jurídica contratual.

Assim, considerando que a obrigação primeira do empregador em relação aos seus empregados é assegurar uma saudável qualidade de vida no ambiente de trabalho, cabe a ele zelar pela integridade física, moral e psíquica de seus empregados, garantindo que prevaleçam os bons costumes, a consideração, e o respeito mútuos e a dignidade dos trabalhadores. Eis a sua responsabilidade sócio-ambiental, cujo fundamento é extraído dos princípios do valor social da livre iniciativa e da própria função social do contrato. Não o fazendo, comete ato ilícito passível de reparação, que *in casu*, possui caráter reparatório e pedagógico.

Diante do quadro que ora se apresenta, dou provimento para condenar os reclamados ao pagamento de dano moral aos trabalhadores da fazenda.

DO VALOR DO DANO MORAL INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

No que se refere à apuração do *quantum indenizatório*, restou vencido este Relator, e o d. Colegiado, seguindo voto condutor do Exmº Juiz Luis Claudio dos Santos Branco, entendeu que, *verbis*:

“A única divergência que tenho em relação ao voto do relator neste tópico diz respeito a fixação imediata ou não do valor da indenização. Penso que já temos nos autos elementos suficientes para a mensuração da indenização cabível.

A fixação do *quantum* tem gerado celeuma reiterada entre os doutrinadores e na própria jurisprudência. É verdade que não há norma específica que preveja critérios objetivos que devam ser mensurados pelo julgador. Porém, não é razoável que se permita tão somente a discricionariedade na fixação do valor.

Por isso, alguns parâmetros precisam ser avaliados, tais como: (1) a gravidade do dano; (2) a repercussão na intimidade do autor e na sua vida social; (3) a intensidade da culpa do lesante; e (4) a possibilidade econômica da ré.

Considerando todos estes elementos, fixo a indenização em R\$ 10.000,00 por trabalhador atingido, com juros e correção monetária a partir da publicação do acórdão.” (grifos acrescidos)

2.3.3. Das obrigações de não fazer

Pugna o recorrente pela reforma da decisão de primeiro grau a fim de que sejam condenados os recorridos a abster-se de: a) utilizar armazém mantido pela fazenda; b) manter, em suas fazendas, empregados sem assinatura do CTPS; c) não efetuar o registro de seus empregados em livros, ficha ou sistema eletrônico.

Razão lhe assiste.

O art. 3º da Lei n. 7.347/85 dispõe textualmente:

“A ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer.”

Como a ação civil pública visa à responsabilização de qualquer pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, artístico, histórico, paisagístico ou a qualquer outro *interesse difuso ou coletivo* (Lei n. 7.347/85, art. 1º), objetivando sua “condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º), não há dúvida de que, abstraindo-se o conceito genérico de que toda ação possui conteúdo declaratório, trata-se, em

princípio, de uma ação com *pedido imediato de natureza condenatória*.

Importa acrescentar, nesse passo, que o art. 11 da LACP reforça tal assertiva, ao dispor que na “ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer, ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”.

Compulsando os autos, verifica-se que dentre as irregularidades cometidas pelos recorridos estão: a) falta de assinatura da CTPS de seus empregados, infringindo os arts. 13 e 29 da CLT; b) falta de registro dos trabalhadores da Fazenda Jerusalém, violando, assim, o art. 41 da CLT; c) utilização de armazém mantido pelos empregadores, inobservando, portanto, o art. 462 da CLT.

Assim, dou provimento para condenar os reclamados a se abster de obrigar os obreiros a consumirem produtos de armazém da própria fazenda; de manter trabalhadores sem assinatura da CTPS, e de não efetuar o registro de seus empregados em livros, ficha ou sistema eletrônico, sob pena de multa diária no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por empregado, observada a destinação firmada no tópico 2.3.5.

2.3.4. Do dano moral coletivo

Assegura o Ministério Público do Trabalho, em síntese, que o desrespeito à legislação, gerou uma lesão de natureza metaindividual, afigurando-se cabível a reparação da coletividade dos trabalhadores, não só pelos danos causados pela comprovada violação da ordem social, mas, igualmente, para desestimular tais atos.

Suscita que, enquanto a dor psíquica ou situação vexatória caracteriza o dano moral individual, a coletividade, vítima de dano moral, sofre de desprezo, descrença em relação

ao poder público e à ordem jurídica o que consubstancia a intranquilidade e insegurança da coletividade.

Pugna pela reparação do dano moral à coletividade e à sociedade advinda da conduta dos réus no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), corrigida monetariamente até o efetivo recolhimento em favor de entidade pública ou privada sem fins lucrativos, a ser indicada pelo MPT, ou, em favor do Fundo de Amparo ao Trabalhador, nos termos do art. 13 da Lei n. 7.347/85.

A defesa da empresa reitera os fundamentos lançados pela r. sentença.

Vejamos.

Dispõe o art. 1º da Lei n. 7.347/85, *in verbis*:

“Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as **ações de responsabilidade por danos morais** e patrimoniais **causados** (Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994):

I – ao **meio ambiente**;

II – ao consumidor;

III – à ordem urbanística; (NR) (Inciso acrescentado pela Lei n. 10.257, de 10.7.2001, DOU 11.7.2001, com efeitos a partir de 90 dias da publicação)

IV – a **qualquer outro interesse difuso ou coletivo.**” (grifos nossos)

O trabalho escravo pode ser caracterizado como qualquer das três manifestações em que se apresentam os interesses metaindividuais, dependendo de como se afigure no caso concreto.

No caso em apreço, além de ofensa a interesses individuais homogêneos, houve lesão a interesse coletivo, haja vista a prática do réu em manter em sua propriedade trabalhadores rurais, arregimentados numa mesma região, para submetê-los à condição análoga à de escravo e sujeitá-los ao sistema de barracão, a fim de que acumulem um débito impagável, chegando a proibi-los de deixar a fazenda, sem que realizem a quitação de tais dívidas.

Com efeito, a conduta do patrão viola a ordem trabalhista e se caracteriza pela existência de vínculo jurídico entre os membros da coletividade afetada pela lesão — as pessoas daquela região específica onde o empregador costuma recrutar mão de obra) e o patrão. Essa conduta afeta todos os membros dessa coletividade, ou seja, não somente aqueles que, até o dado momento, foram enganados pelas falsas propostas apresentadas pelo dono da terra são passíveis de determinação, mas também os trabalhadores que, posteriormente, poderão estar sujeitos àquela situação.

Assente-se, como já exposto, que a violação do direito dos obreiros ao reconhecimento do vínculo de emprego e ao pagamento das verbas rescisórias, importa em rompimento dos princípios constitucionais da proteção à saúde do trabalhador e à segurança do trabalho. A questão representa violação a direitos e interesses individuais homogêneos, decorrentes de origem comum de natureza individual, porém, divisíveis em relação aos sujeitos.

A exigência de trabalho em condições análogas à de escravo pela reclamada extrapola, entretanto, a natureza individual dos sujeitos prejudicados.

Há que se considerar, *in casu*, que a violação aos dispositivos constitucionais importa em violação ao sistema de normas imperativas de proteção ao trabalho humano, consagrado como fundamento da República (art. 1º, III e IV da CF) e ambicionado por toda a sociedade brasileira por proporcionar o patamar civilizatório mínimo desejado.

O direito do empregador em apropriar-se da força de trabalho de seus empregados encontra limites na norma constitucional, sendo vedado a exorbitância destas fronteiras, ainda que haja a concordância laboral. A proteção insculpida na norma constitucional refere-se a norma imperativa que preserva bens indisponíveis, neste compasso, a tutela estatal impede o trabalhador a abdicar da própria saúde e,

consequentemente da própria vida em troca de remuneração.

In casu, ressaltar que a saúde dos trabalhadores, era colocada em risco em troca de alimentos, fumo e cachaça (conforme consta do caderno de anotações do Sr. Peres Vieira de Gouveia Filho), não havendo contraprestação econômica ao labor despendido.

Neste diapasão, a inobservância pela reclamada de normas que protegem o trabalhador em consonância com o princípio fundamental do valor social do trabalho, implica em violação de direito coletivo, sobretudo ante a constatação de que esta conduta ilícita protraí-se no tempo.

Dentre as irregularidades cometidas pelos recorridos estão: a) falta de registro dos trabalhadores da Fazenda Jerusalém, violando, assim, os arts. 29 e 41 da CLT; b) ausência de pagamento regular de salários em afronta aos arts. 459 e 464 da CLT; c) não fornecer equipamentos de proteção individual adequados aos riscos do trabalho rural, inobservando, portanto, o art. 157, I, da CLT e o Item 31.8.9, a, da NR-31 e d) fornecer cachaça e cigarro como parte do pagamento dos salários, agindo de maneira diversa do que exige o art. 458, *in fine*, da CLT.

A relutância dos réus em cumprir direitos trabalhistas e a intenção de mascarar condições degradantes de trabalho sob o argumento de que os trabalhadores da fazenda eram, quando não agregados, parceiros agrícolas, resultam em indiscutível dano moral, não só aos trabalhadores afetados submetidos às condições desumanas de labor, mas a toda comunidade envolvida que interpreta tal comportamento como afronta e abuso aos direitos constituídos para a proteção do trabalhador, e, por fim, também a própria ordem institucional, pelo menosprezo e falta de confiança no poder tutelar do Estado.

Ora, o pedido veicula a tutela de interesses coletivos, à luz da previsão contida no parágrafo único, inciso II, do art. 81 do Código

de Defesa do Consumidor. Isto porque os titulares do direito coletivo são pessoas indeterminadas que pertencem a uma coletividade visível de imediato, isto é, trabalhadores daquela região.

O dano moral coletivo, na visão de *Xisto Tiago de Medeiros Neto*:

Corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade. Trata-se de lesão da esfera moral ou extrapatrimonial a um círculo de valores da sociedade, ocasionando sentimentos negativos no seio social. A violação dos direitos fundamentais dos trabalhadores provoca sentimentos de repulsa, desvalor, descrença, desesperança, descrédito.

Perfilhando esta linha de inteligência, *Manoel Jorge e Silva Neto* esclarece que:

Quanto ao dano moral difuso e coletivo, esclareça-se, de logo, que fenômeno interessante ocorreu no momento da consolidação do Estado de Direito Social — substitutivo do modelo neoliberal — individualista das sociedades políticas predominantes até início do século XX: a coletivização dos direitos, o prestígio conferido aos direitos sociais como forma de obstar o ímpeto de movimentos sociais à feição da Revolução Russa de 1917, não foi acompanhada da respectiva coletivização do processo.

E mais adiante adverte:

Nos dias atuais, o natural desenvolvimento da teoria referente aos interesses supraindividuais (no caso, os difusos e coletivos, visto que os individuais homogêneos admitem proteção por via de ação individual) conduz a reparabilidade por ofensa ao patrimônio moral de interesses da ordem. Com efeito, não se pode recusar que a sociedade possui um patrimônio moral que, uma vez atingido, enseja, ato contínuo, a sua indenização.

O Enunciado n. 76 aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília-DF, em 23.11.2007, reconhece o cabimento de pedido de condenação

em danos morais em ação civil pública, nos seguintes termos:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPARAÇÃO DE DANO MORAL COLETIVO. TRABALHO FORÇADO OU EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. I – Alegada a utilização de mão de obra obtida de forma ilegal e aviltante, sujeitando o trabalhador a condições degradantes de trabalho, a trabalho forçado ou a jornada exaustiva, cabe Ação Civil Pública de reparação por dano moral coletivo. II – Legitimidade do Ministério Público do Trabalho para o ajuizamento da ação civil pública na tutela de interesses coletivos e difusos, uma vez que a referida prática põe em risco, coletivamente, trabalhadores indefinidamente considerados.

A jurisprudência trabalhista vem admitindo a condenação em danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Nesse sentido:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO. **DANO MORAL COLETIVO. REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO OBRIGAÇÃO NEGATIVA. OFENSA AO VALOR SOCIAL DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA DE MÃO DE OBRA PARA SERVIÇOS LIGADOS A ATIVIDADE FIM DA EMPRESA. A reparação por dano moral coletivo visa a inibição de conduta ilícita da empresa e atua como caráter pedagógico. A ação civil pública buscou reverter o comportamento da empresa, com o fim de coibir a contratação ilícita de mão de obra para serviços ligados a atividade-fim, por empresa interposta, no ramo da construção, para prevenir lesão a direitos fundamentais constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, que atinge a coletividade como um todo**, e possibilita a aplicação de multa a ser revertida ao FAT, com o fim de coibir a prática e reparar perante a sociedade a conduta da empresa, servindo como elemento pedagógico de punição. Recurso de revista conhecido e provido, para restabelecer a r. sentença, que condenou a empresa a pagar

o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de indenização a ser revertida ao FAT. (TST-RR 572/2005-018-10-00.5, j. 29.4.2009, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª T., DEJT 8.5.2009) (grifos nossos)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. COOPERATIVA CONTRATAÇÃO FRAUDULENTA. CARACTERIZAÇÃO. Não ficaram configuradas as violações apontadas ou divergência jurisprudencial específica. O Regional reconheceu que a atitude das reclamadas caracterizou a desvalorização da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho, bem como consta no acórdão a legitimidade do Ministério Público para defender os direitos difusos ou coletivos e a possibilidade de condenação em dinheiro (revertida ao FAT), ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o que inclusive ocorreu, no caso dos autos, em que as reclamadas foram condenadas à obrigação de não fazer, sob pena de multa diária. Entretanto, o Regional não reconheceu que a atitude das reclamadas tenha causado dano moral à sociedade em geral, mas somente aos trabalhadores envolvidos que poderão buscar o seu direito individualmente considerado. Ilesos os arts. 1º, III e IV, da Constituição Federal e 1º, IV, 3º e 13º, da Lei n. 7.347/85 Recurso de revista não conhecido. (TST-RR 921/2004-079-03-00.6, j. 27.8.2008, Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª T., DJ 19.9.2008) (grifos nossos)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. Ação Civil Pública. DANO MORAL COLETIVO. REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DOS TRABALHADORES RURAIS DA REGIÃO. Não resta dúvida quanto à proteção que deve ser garantida aos interesses transindividuais, o que encontra-se expressamente delimitado no objetivo da ação civil pública, que busca garantir à sociedade o bem jurídico que deve ser tutelado. Trata-se de um direito coletivo, transindividual, de natureza indivisível, cujos titulares são os trabalhadores rurais da região de Minas Gerais ligados entre si com os recorrentes por uma relação jurídica base, ou seja, o dispêndio da força

de trabalho em condições que aviltam a honra e a dignidade e na propriedade dos recorridos. **Verificado o dano à coletividade, que tem a dignidade e a honra abalada em face do ato infrator, cabe a reparação, cujo dever é do causador do dano.** O fato de ter sido constatada a melhoria da condição dos trabalhadores em nada altera o decidido, porque ao inverso da tutela inibitória que visa coibir a prática de atos futuros a indenização por danos morais visa reparar lesão ocorrida no passado, e que, de tão grave, ainda repercute no seio da coletividade. Incólumes os dispositivos de lei apontados como violados e inespecíficos os arestos é de se negar provimento ao agravo de instrumento. (TST-AIRR 561/2004-096-03-40.2, j. 3.10.2007, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DJ 19/10/2007) (grifos nossos)

À coletividade, assim considerada como grupo de indivíduos que possuem interesses comuns, de forma global ou por qualquer um de seus segmentos — grupos, categorias ou classes — atribui-se por disposição legal expressa, contida no art. 2º, parágrafo único do Estatuto do Consumidor, a condição de titular de bens ou interesses jurídicos, sem qualquer limitação, nos campos material ou extra patrimonial.

Sendo assim, resta ultrapassada a visão liberal individualista de que a ausência de personalidade constitui obstáculo ao reconhecimento de interesses e direitos coletivos de uma determinada coletividade, diante dos princípios impostos pela Constituição Federal dedicados à edificação de um Estado Democrático de Direito de integral reparação dos danos e de proteção aos interesses patrimoniais e morais difusos e coletivos.

De tal arte, se a coletividade é titular de interesses de natureza imaterial, a violação destes interesses é passível de defesa pelos instrumentos processuais adequados à tutela jurisdicional de interesses coletivos e difusos, como, no caso, a ação civil pública.

Neste passo, a indenização pelo dano moral coletivo visa reparar e inibir lesões de ordem

transindividual, no intuito de impedir a disseminação de condutas ilegais.

Assim, no seu dimensionamento, são considerados, dentre outros, a gravidade, a extensão, a natureza do dano, o patrimônio do infrator e a repercussão na sociedade. A indenização tem caráter punitivo, reparatório, compensatório e pedagógico, não se confundindo com os danos individualmente sofridos.

A conduta dos réus ao atingir determinada categoria de trabalhadores, *in casu*, pelo descumprimento de normas imperativas concernentes à proteção da saúde do trabalhador, em evidente afronta à dignidade da pessoa humana e à valorização do trabalho, na forma como capitulada nos arts. 1º, III e 170, *caput*, Constituição Federal de 1988, por certo atingiu toda a coletividade, dando ensejo à indenização pelo efetivo dano causado.

Por oportuno, colaciono o seguinte julgado do e. TST. *In verbis*:

I) AÇÃO CIVIL PÚBLICA — DANO MORAL COLETIVO — ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO.

Estando os interesses em debate perfeitamente enquadrados dentro dos coletivos, goza o Ministério Público do Trabalho de legitimidade ativa para propor, perante o Judiciário Trabalhista, a presente ação coletiva, inexistindo as afrontas legais e constitucionais invocadas. **II) DANO MORAL COLETIVO — CARACTERIZAÇÃO E QUANTUM INDENIZATÓRIO.** 1. A reparabilidade do dano moral coletivo não pode ter as mesmas premissas do dano moral tradicional, já que este, baseado no Código Civil, é dotado de cunho meramente patrimonialista e individualista, não enxergando, assim, os valores transindividuais de um sentimento coletivo. 2. De fato, a honra coletiva tem princípios próprios que não se confundem com os interesses pessoais, na medida em que leva em conta a carga de valores de uma comunidade como um todo, corporificando-se no momento em que se atestam os objetivos, as finalidades e a identidade de uma comunidade política. 3. Nessa senda e considerando que o Texto Constitucional

afirma a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político, como sendo fundamentos do Estado Democrático de Direito, tem-se que a Empresa Ré, por intermédio de um de seus prepostos, ao desrespeitar e submeter seus trabalhadores a condições humilhantes de trabalho, circunstância, aliás, agravada pelo fato de a diretoria, quando informada, mais do que manifestar descaso, demonstrar concordância e aprovação em relação à conduta do autor do gravame, produziu uma lesão significativa a interesses extrapatrimoniais da coletividade e, como tal, merece ser condenada na reparação do mal, em valor adequado e justo. 4. **De fato, o ato da reclamada não só lesionou os princípios inerentes a dignidade da pessoa humana, comprometendo a qualidade de vida dos trabalhadores, como também violou diversos valores sociais, na medida em que a prática atingiu também, como é curial, a vida familiar, a vida comunitária e a sociedade como um todo.** 5. Assim, considerando a gravidade do ato, o alto grau de culpabilidade da ré, o grande número de empregados vitimados pelo assédio moral, a resistência da ré às negociações e o descaso da direção da empresa, de se concluir que o valor indenizatório fixado, R\$ 300.000,00, mostra-se razoável à situação. 6. Logo, o recurso da parte não merece trânsito pela via da alegada violação constitucional, visto que ileso o incisos V do art. 5º da Carta Republicana. **Agravo de instrumento desprovido.** (grifos nossos) **Processo:** AIRR - 90040-64.2006.5.04.0007 **Data de Julgamento:** 17.3.2010, **Relatora Ministra:** Maria Doralice Novaes, 7ª Turma, **Data de Divulgação:** DEJT 30.3.2010.

Cumpra assentar que a lesão praticada, por afigurar-se de natureza coletiva, prescinde da perquirição de culpa, pois basta a demonstração do fato violador ao direito e o nexo de causalidade com o dano coletivo dele emergente para que permaneça a responsabilidade civil pela reclamada.

Neste sentido, realço o brilhante magistério de Xisto Tiago de Medeiros Neto, *in verbis*:

É certo aduzir, portanto, como corolário dos postulados constitucionais da “proteção geral dos direitos” e da “reparação integral dos danos (art. 5º, II, V, X,XXXV, da Constituição da República), que cuidando-se de dano moral coletivo, não se cogita perquirir-se a órbita de subjetividade do agente lesante, ou seja, não se faz pertinente buscar a presença do elemento culpa (*lato sensu*) para legitimar a reparação devida, haja vista que, repise-se, a responsabilidade incidente, nesta questão, é de natureza objetiva.

Assim, é bastante que se demonstre o fato antijurídico e o seu nexó direto com o dano coletivo emergente, sem a necessidade de investigação sobre a intencionalidade ou aspectos subjetivos inerentes à conduta da parte, a exemplo da verificação de sua postura negligente ou imprudente.

Assim, ainda que se admita que os ilícitos praticados foram autorizados pelos próprios trabalhadores, certo é que entre a concordância dos obreiros acordo e a normas imperativas de proteção à saúde do trabalhador, esta última prevalece, sem que se investigue a respeito da culpa do empregador em face da responsabilidade objetiva dos reclamados.

Averbe-se que o dano moral coletivo é constituído em decorrência da conduta ilícita, passível de comprovação, que viola interesse transindividual protegido constitucionalmente e traduz a percepção de ultraje, insegurança e menosprezo à ordem jurídica vigente para toda a coletividade e a todos imposta. O dano é ocasionado pela própria violação aos princípios regentes da ordem constitucional, ou seja do evento causado, o *ipso facto*, e não da verificação do prejuízo *per se* considerado ou mesmo dos efeitos decorrentes da violação de comando normativo constituído ao abrigo da Constituição.

Quanto à possibilidade de condenação em dinheiro, o art. 3º da LACP dispõe textualmente que:

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

No que se refere ao *quantum* indenizatório Xisto Tiago de Medeiros Neto pondera que, tratando-se

“de reparação em dinheiro, deverá o valor ser arbitrado pelo juiz, à luz da equidade e do bom senso, observando-se em sua fixação o princípio pedagógico, ao agregar-se valor hábil a dissuadir outras condutas danosas, nos moldes do *punitive* ou *exemplary damages* praticados nos países do *common law*. Dessa maneira, objetiva-se estabelecer a nota da exemplaridade da imposição pecuniária em relação à sociedade, sancionando o lesante e desestimulando outros comportamentos assemelhados.”

No presente caso, não deve cuidar o juiz apenas dos danos causados individualmente à personalidade de cada trabalhador. Antes deve examinar o julgador a violação da ordem jurídica vigente que consagrou a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho como princípios basilares à construção do Estado Democrático de Direito.

Pelo exposto, dou provimento para condenar os reclamados ao pagamento de dano moral coletivo.

DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO

No que se refere ao *quantum* indenizatório, restou vencido este Relator, e o d. Colegiado, seguindo voto condutor do Exmº Juiz Luis Claudio dos Santos Branco, entendeu que, *verbis*:

“A única divergência que tenho em relação ao voto do relator neste tópico diz respeito a fixação imediata ou não do valor da indenização. Penso que já temos nos autos elementos suficientes para a mensuração da indenização cabível.

A fixação do *quantum* tem gerado celeuma reiterada entre os doutrinadores e na própria jurisprudência. É verdade que não há norma

específica que preveja critérios objetivos que devam ser mensurados pelo julgador. Porém, não é razoável que se permita tão somente a discricionariedade na fixação do valor.

Por isso, alguns parâmetros precisam ser avaliados, tais como: (1) a gravidade do dano; (2) a repercussão na intimidade do autor e na sua vida social; (3) a intensidade da culpa do lesante; e (4) a possibilidade econômica da ré.

Considerando todos estes elementos, fixo a indenização em R\$ 30.000,00, valor da data da publicação do acórdão, que deverá sofrer os acréscimos legais a partir deste momento.” (grifos acrescentados)

2.3.5. Da destinação do valor atribuído a título de dano moral coletivo e da multa por descumprimento de obrigação de não fazer

Quanto a destinação do valor atribuído a título de **dano moral coletivo e multa por descumprimento de obrigação de não fazer**, passo a tecer as seguintes considerações:

O art. 13 da Lei n. 7.347/85, determina que *“havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”*

Como o bem a ser lesado com o descumprimento de normas relativas ao meio ambiente do trabalho é basicamente a saúde dos trabalhadores, **então, entendendo**, considerando que o fundo de que trata a lei *“fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade”* não foi criado neste Estado da Federação, **deva o valor da indenização ser revertido ao Hospital de Alegre (Razão Social: Casa de Caridade São José), CNES: 2447886, CNPJ: 27.037.969.0001-93 – Av. Dr. Olívio Correia Pedrosa, 262, Centro,**

CEP 29500-000. Tels: (28) 3552-2493/3552-1285), **na proporção de setenta por cento**, sendo que tal instituição deverá prestar contas da destinação dos valores recebidos ao Ministério Público do Trabalho, **sendo que os 30% restantes deverão ser revertidos ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador**, instituído pela Lei n. 7.998/90, cujo objetivo é o custeio do programa de seguro-desemprego, pagamento de abono salarial (PIS) e ao programa de financiamento de programa de desenvolvimento econômico.

Tal determinação tem precedente no TRT – 2ª Região – RO-01042.1999.255.00-5 – Ac. 6ª T. – n. 20070504380, 19.6.2007, Relator Juiz Valdir Florindo, publicado na *Revista LTr*, ano 71, set. 2007.

No caso de descumprimento das obrigações de não fazer a que foram condenados os reclamados no item 2.3.3 e de pagamento da indenização por dano moral coletivo, fixo a multa diária no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por empregado, observada a destinação firmada neste tópico.

Ante o exposto, dou provimento para determinar que os valores referentes ao dano moral coletivo e à multa por descumprimento de obrigação de não fazer sejam revertidos ao Hospital de Alegre, na proporção de setenta por cento (70%), e os 30% restantes repassados ao FAT — Fundo de Amparo ao Trabalhador.

Novo valor da condenação: R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com custas correspondentes pelos recorridos.

3. Conclusão

ACORDAM os Magistrados da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário do Ministério Público do Trabalho; rejeitar a preliminar de inadequação do meio processual utilizado; e, no mérito, por maioria, dar parcial provimento ao apelo para manter o arresto cautelar concedido nos autos n. 0013500-

83.2009.5.17.0111, bem como condenar os reclamados: a reconhecer o vínculo de emprego entre os empregadores e os empregados da fazenda, a anotar a CTPS dos trabalhadores, e a pagar as verbas rescisórias, conforme se apurar em liquidação de sentença; ao pagamento de dano moral aos trabalhadores da fazenda, no valor de R\$ 10.000,00 por trabalhador atingido, com juros e correção monetária a partir da publicação do acórdão; a se abster de obrigar os obreiros a consumirem produtos de armazém da própria fazenda; de manter trabalhadores sem assinatura da CTPS, e de não efetuar o registro de seus empregados em livros, ficha ou sistema eletrônico, sob pena de multa diária no importe de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por empregado; fixar em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) o valor da condenação em danos morais coletivos, com juros e correção monetária a partir da publicação do acórdão, devendo os valores atribuídos a

título de dano moral coletivo e multa por descumprimento de obrigação de não fazer ser revertidos ao Hospital de Alegre (Razão Social: Casa de Caridade São José), na proporção de 70%, sendo que os 30% restantes deverão ser revertidos ao FAT, nos termos do voto do Relator. Fixado o novo valor da condenação em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com custas correspondentes pelos recorridos. Vencidos, no mérito, quanto ao dano moral coletivo, o Desembargador Carlos Henrique Bezerra Leite, que dava provimento determinando que se apurasse o valor em liquidação de sentença por artigos; e, quanto às obrigações de não fazer, a Desembargadora Cláudia Cardoso de Souza. Presença da Dra. Keley Kristiane Vago Cristo, representante do Ministério Público do Trabalho.

Vitória – ES, 30 de setembro de 2010.

**DESEMBARGADOR CARLOS HENRIQUE
BEZERRA LEITE**

Relator

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região

► 1. ACIDENTE DE TRABALHO — EQUIPARAÇÃO LEGAL — FATO DE TERCEIRO — EMPREGADO MORTO POR ATO DE TERRORISMO NO LOCAL E HORÁRIO DE TRABALHO. Equipara-se a acidente de trabalho, nos termos do art. 21, II, “a”, da Lei n. 8.213/91, situação em que trabalhador brasileiro contratado no Brasil e, estando no exterior, a serviço da empresa contratante, é assassinado por milícias guerrilheiras da FLEC (Frente de Libertação do Estado de Cabinda).

2. ACIDENTE DE TRABALHO — RESULTADO FATAL — TRABALHO EM REGIÃO DE CONFLITO POLÍTICO-MILITAR — NORMAS DE SEGURANÇA DO TRABALHO — DESCUMPRIMENTO — ATAQUE DA GUERRILHA — PREVISIBILIDADE — CASO FORTUITO — IMPOSSIBILIDADE LÓGICA — NEGLIGÊNCIA DO EMPREGADOR — OFENSA A DIREITO DA PERSONALIDADE (ART. 12, PARÁGRAFO ÚNICO DO CCB) — CARACTERIZAÇÃO — PRESENÇA DE DANO MATERIAL E MORAL. Sendo várias as evidências de que Cabinda era uma área de risco, não só pela atuação da FLEC, que já vinha avisando aos estrangeiros e às empresas petrolíferas sobre os possíveis atentados contra estrangeiros e instalações estrangeiras, mas também pela presença de minas terrestres remanescentes do tempo da guerra civil, revela-se negligente a conduta empresarial de instalar-se em um país estrangeiro, em área sabidamente de conflito armado, com notória instabilidade política, sem se cercar de reais condições de segurança, omitindo-se quanto a normas de segurança as quais têm assento constitucional (art. 7º, XXII). Dessa forma, assumiu um risco, devendo então ser responsabilizada pelo evento danoso (= a execução de um de seus empregados pela guerrilha), sendo descabido cogitar-se de caso fortuito, diante da previsibilidade do evento danoso. Assim, há evidente ofensa (grave) a direito da personalidade (direito à vida) atingindo o *de cuius*, que teve a vida ceifada, e os reclamantes (viúva e filhos pequenos), privados, de forma abrupta e (bem) dolorosa da convivência familiar. Destarte, sendo evidente a culpa da empresa, tem assento na lei e na jurisprudência sua condenação em danos materiais e também em danos morais disso resultantes.

3. DANO MATERIAL — PENSIONAMENTO EM FAVOR DE FILHOS MENORES — FIXAÇÃO — TERMO *AD QUEM* — IDADE DE FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA — JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ. Em matéria de pensionamento em favor de filho menor de vítima fatal de acidente, a jurisprudência do C. STJ tem reiteradamente fixado como limite a idade de 24 (vinte e quatro) anos dos beneficiários, marco em que se considera estar concluída a sua formação universitária, que o habilitaria ao pleno exercício da atividade profissional.

4. DANO MORAL — QUANTUM DA INDENIZAÇÃO — CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO — PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE — JURISPRUDÊNCIA ORIUNDA DO C. TST. Em relação à determinação da quantia de indenização por dano moral, a jurisprudência oriunda do C. TST tem adotado o critério do arbitramento, baseado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais aquela Colenda Corte entende respeitados e contemplados, quando são considerados certos aspectos tais como as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor, o bem jurídico lesado, o caráter satisfativo em relação à vítima e repressivo em relação ao agente causador do dano.

5. ART. 475-J DO CPC — APLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO — COMPATIBILIDADE — FACILITAÇÃO DE ACESSO À JUSTIÇA. Esta Corte tem sufragado o entendimento segundo o qual a regra do art. 475-J do CPC é perfeitamente compatível com o processo do trabalho, sendo mesmo recomendável sua aplicação, mesmo porque “As normas do processo civil, desde que impliquem maior efetividade à tutela jurisdicional dos direitos sociais trabalhistas, devem ser aplicadas nos domínios do processo do trabalho como imperativo de promoção do acesso do cidadão-trabalhador à jurisdição justa” (Carlos Henrique Bezerra Leite, in *LTr*, vol. 70, mês 9).

6. HONORÁRIOS DE ADVOGADO — LIDE QUE NÃO ENVOLVE RELAÇÃO DE EMPREGO — CABIMENTO — IN N. 27 DO C. TST. Tratando-se de lide que não versa sobre relação de emprego, envolvendo, pelo contrário, matéria não originariamente trabalhista, relativa a pleito de indenização por danos (morais e materiais) decorrentes de acidente em razão da contratação de trabalho autônomo, os honorários advocatícios têm, como pressuposto, a simples sucumbência, consoante a Instrução Normativa n. 27 do C. TST, não se exigindo os requisitos referidos na OJ n. 305 da E. SBDI-1.

7. Recurso dos reclamantes conhecido e não provido. Recurso da reclamada conhecido e só em parte provido.

Acórdão: 107.370

Recurso Ordinário: 110900-26.2008.5.21.0013

Desembargador Relator: Carlos Newton Pinto

Recorrentes: Geokinetics Geophysical do Brasil Ltda. e Rejane Felix Passos Araújo e Outros

Advogados: Vinícius Victor Lima de Carvalho e Outros e Carlos Henrique da Rocha Cruz

Recorridos: Os mesmos

Advogados: Os mesmos

Origem: 3ª Vara do Trabalho de Mossoró

I – RELATÓRIO

Trata-se de recursos ordinários autônomos interpostos respectivamente por Geokinetics

Geophysical do Brasil Ltda. e também por Rejane Felix Passos Araújo e Outros, em face de sentença da Juíza Substituta em exercício na 3ª Vara do Trabalho de Mossoró, a qual julgou procedentes em parte os pedidos formulados na Reclamação Trabalhista ajuizada pela segunda recorrente em desfavor da primeira.

A r. sentença ora impugnada (fls. 671-737) condenou a empresa reclamada a pagar aos autores indenizações por danos materiais e morais, decorrentes do falecimento do seu esposo e genitor, no trabalho.

Nas suas razões de recurso (fls. 744-778), a reclamada alega, em síntese, que o juízo *a quo* proferiu julgamento contrário às provas por si carreadas, baseando-se em critérios subjetivos.

Noutro flanco, reitera a tese da ausência de dolo ou culpa quanto ao acidente fatal. Impugna também o deferimento de honorários e do benefício de justiça gratuita. De outro lado, aduz a inaplicabilidade do art. 475-J do CPC ao caso. Pede a improcedência da reclamação, ou, alternativamente, a redução dos montantes indenizatórios.

Houve embargos de declaração pelos reclamantes, às fls. 785-788, apreciados pela sentença de fls. 794-795, que os acolheu, acrescentando à condenação em honorários advocatícios no importe de 20%.

Por sua vez, a reclamante, nas suas razões de recurso (fls. 798-803), pleiteia a aplicação das Súmulas ns. 43 e 54 do C. STJ, combinadas com o art. 962 do CC, que tratam de incidência de juros de mora e correção monetária. Ademais, requer a reforma na r. sentença também para que o valor das custas seja calculado sobre o valor total da condenação.

Intimadas ambas as recorridas para tanto, via expediente na imprensa oficial (certidão de fls. 811 e 817), cada qual apresentou suas respectivas contrarrazões (fls. 818-836 e 837-843).

O MPT opinou pelo prosseguimento do feito (fl. 851).

É o Relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

1. Admissibilidade

1.1. Recurso da Reclamada

A reclamada foi intimada da decisão proferida nos embargos de declaração no dia 22.6.2009 (segunda-feira), através de publicação no DEJT. Nessa ocasião, já havia interposto seu recurso ordinário desde 20.5.2009 (fl. 742-778). Contudo, cuidou de ratificá-lo em 30.6.2009 (fl. 807-808), portanto, de modo tempestivo.

Por outro lado, a representação é regular (fl. 60); o depósito foi efetuado (fl. 780) e as custas recolhidas (fl. 782), ambos a tempo e modo.

Assim, estando presentes os pressupostos, conheço do recurso da reclamada, conhecendo

também das contrarrazões ofertadas pelos reclamantes, porque tempestivas e com representação regular.

1.2. Recurso dos Reclamantes

Os reclamantes foram intimados da decisão que julgou os Embargos de Declaração através de publicação no DEJT, no dia 22.6.2009 (segunda-feira), de modo que a contagem do octídio legal teve início em 23.6.2009 (terça-feira), findando-se em 30.6.2009 (terça-feira). Interposto o recurso em 26.6.2009 (fl. 798), é ele claramente tempestivo. Por outro lado, a representação é regular (fl. 20) e o preparo é ônus da reclamada, em face da sucumbência parcial.

Presentes, portanto, os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso, conhecendo também das contrarrazões da reclamada, porque tempestivas e com representação regular.

2. Mérito

2.1. Recurso da Reclamada

A impugnação é bem abrangente. A reclamada insiste, de modo repetitivo, em sustentar que o juízo *a quo* usou de meios não oficiais de informação e estranhos aos autos, para formar sua convicção e, desta forma, proferir a sentença de resolução da lide. Outrossim, reitera a tese da ausência de dolo ou culpa quanto ao acidente fatal. Impugna também o deferimento de honorários e do benefício de justiça gratuita. Sustenta, ainda, a inaplicabilidade do art. 475-J do CPC ao caso. Pede a improcedência da reclamação, ou, alternativamente, a redução dos montantes indenizatórios.

Vejamos então os temas devolvidos à instância regional, segundo a sua ordem de prejudicialidade.

2.1.1. Matérias Preliminares (Considerações Iniciais)

2.1.1.1. Alegação de Parcialidade da MM. Julgadora de 1º Grau:

Neste tópico, a recorrente aduz reiteradamente que a MMª Juíza de 1º grau agiu com

parcialidade ao julgar o feito, partindo de opiniões preconcebidas, baseadas em ‘sites’ que a demandada considera duvidosos.

Ocorre que, não obstante suas alegações, a reclamada não apresenta um só fato capaz de dar suporte às suas assertivas de parcialidade da julgadora de origem. Ao invés disso, limita-se a emitir opiniões pessoais e subjetivas acerca da sentença. A assertiva é totalmente inconsistente. Se realmente ela, reclamada, entendesse que a Juíza foi parcial teria suscitado o incidente de suspeição previsto nos arts. 312 a 314 do CPC, o qual se funda em prova documental e testemunhal.

Embora a reclamada exponha como duvidoso o conjunto probatório utilizado pela r. magistrada *a quo* para proferir sua sentença, há que se ressaltar, nesse caso, a consagração a princípios adotados na seara trabalhista que dão respaldo para que o juiz possa embasar sua fundamentação. São eles: os ***Princípios da Livre Convicção Motivada*** e da ***Busca pela Verdade Real***.

O princípio da persuasão racional ou da livre convicção motivada do juiz, a teor do que dispõem o art. 765 da CLT, e o art. 131 do Código de Processo Civil, revela que ao magistrado cabe apreciar livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos.

Já o princípio da busca pela Verdade Real, goza de grande importância no Direito Laboral, pois proclama que todos os atos processuais devem buscar a realidade dos fatos, admitindo, em virtude disso, a requisição de provas, de ofício, pelo juiz.

Outrossim, impende ressaltar que, além dos elementos probatórios avaliados pelo juízo *a quo*, verifica-se nos autos o conjunto probatório anexado à exordial pela parte reclamante, demonstrando assim que a magistrada fez uma pesquisa na rede mundial de computadores (internet) também a critério de reforço para formar seu convencimento, não havendo que se falar em um julgamento realizado de

forma indutiva, até mesmo porque, conforme se depreende dos autos, foi oportunizado o contraditório e a ampla defesa, garantindo assim à recorrente o Devido Processo Legal.

Não há como conceber também que o argumento mencionado pela reclamada de que tais fontes de pesquisa utilizadas não são confiáveis, seja suficiente para desconsiderar um fato, sendo certo que o evento que vitimou o *de cujus*, bem como as circunstâncias em que o fato ocorreu já constituem a prova cabal de que as notícias veiculadas sobre a região de Cabinda eram efetivamente dignas de credibilidade.

Por outro lado, o próprio Código de Processo Civil consagra em seu art. 334, I, que independem de provas os fatos considerados “notórios”, ou seja, a insegurança e instabilidade na região de Cabinda era um fato veiculado em um meio de comunicação com abrangência global, não necessitando sequer ser provado por outros meios.

Desta feita, não merece prosperar o alegado pela reclamada nesse sentido, motivo por que quanto ao ponto, nego provimento ao recurso.

Sem embargo, apenas para reforçar a inconsistência das alegações, note-se a circunstância de a recorrente nada requerer neste tópico.

Sendo assim, simplesmente, rejeito a arguição.

2.1.1.2. Alegação de Uso Pelo Juízo a quo do Método Indutivo

Aqui, a recorrente, de igual forma, emite opinião pessoal própria e carregada de subjetividade sobre a sentença. Ela assevera que “*a d. magistrada... buscou elementos para condenação a partir de sua opinião preconcebida, desconsiderando elementos probatórios favoráveis à reclamada que constam nos autos*” (fl. 748).

Note-se, porém, que ela, reclamada e recorrente, não apresenta nem se reporta a qualquer desses alegados “*elementos probatórios favoráveis*”, limitando-se a emitir juízos de valor

meramente subjetivos acerca das notícias colhidas pela julgadora de piso na internet.

Além disso, ele faz assertiva que não condiz com a verdade, quando afirma que grande parte dos artigos é posterior à morte da vítima. Aqui, ela chega a ser leviana porque a totalidade das informações, não obstante acessadas (por óbvio) após o fato (= o óbito) refere-se a notícias pretéritas de insegurança no local decorrente de ações militares da FLEC, grupo que inclusive reivindicou para si, assumindo a autoria do atentado que vitimou o *de cujus*.

Desta forma, resta evidenciado que o r. Juízo de primeira instância não julgou baseando-se em uma opinião preconcebida mas, em elementos constantes nos próprios autos, consubstanciando assim o método dedutivo de análise. Se ela julgou errado; se apreciou mal os fatos, e efetuou errônea aplicação da norma, isso é matéria a ser vista no exame de mérito, de modo que rejeito a arguição tal como veiculada.

2.1.2. O Acidente em si Mesmo — O Ato Ilícito e os Danos Materiais e Morais

Ab initio, saliente-se que não há qualquer controvérsia quanto à caracterização do evento trágico (= o assassinato do Senhor Helano Silva) como acidente de trabalho, por equiparação legal, nos termos do art. 21, II, “a”, da Lei n. 8.213/91, uma vez que se trata de situação em que trabalhador brasileiro, contratado no Brasil e, estando no exterior, a serviço da empresa contratante, é assassinado por milícias guerrilheiras da FLEC (Frente de Libertação do Estado de Cabinda). Tem-se então, típico fato de terceiro.

2.1.2.1. Alegação de sentença divorciada das provas dos autos

Aqui, a reclamada diz que a “*d. magistrada simplesmente ignorou que os representantes e funcionários da reclamada adotaram inúmeras providências cautelares antes do início das operações em Cabinda*”.

Porém, tal argumentação não se sustenta. O exame da sentença mostra que a douta julgadora de origem julgou conforme as evidências, já que as supostas medidas tomadas pela reclamada não foram suficientes, pois não evitaram o dano (= o acidente fatal).

A reclamada trouxe como prova documental apenas um estudo de impacto ambiental e uma pesquisa sobre reconhecimento de área física (fls. 180-206), ainda assim, de forma incompleta. Nota-se, porém, nesse relatório, menção a uma “*presença militar razoavelmente grande nas principais estradas arteriais*” (fl. 184). No que respeita à saúde e segurança, esse estudo é, todavia, restrito à avaliação das instalações médicas locais e à presença de animais venenosos, não havendo nele nenhuma referência à segurança de Cabinda, e tampouco qualquer menção à FLEC ou à guerrilha.

Quanto às testemunhas arroladas pela reclamada, elas não trouxeram elementos capazes de dar sustentação às suas assertivas de ausência de culpa pelo acidente e de que se trata de um caso fortuito.

Ao contrário, a primeira dessas testemunhas declarou que “*na casa em Cabinda existia segurança armada contratada pela empresa; que a segurança não acompanhava nenhum empregado*”. E também “*(...) que o depoente também fazia reconhecimento de área no início das operações da empresa; que o depoente quando estava fazendo o estudo não fez pesquisas na internet sobre a situação do país*” (fl. 556). Tal depoimento apenas ratifica a alegação autoral de negligência, eis que a reclamada desprezou evidências históricas de instabilidade política, as quais datam de 1975; e que não fez nenhuma pesquisa na internet sobre a situação política do da região e do país.

Quanto à segunda testemunha, o seu depoimento de que “*a empresa também fez um estudo quanto a segurança no país; que a empresa não detectou se havia guerra no país*” (fl. 559), só vem endossar a tese de negligência da reclamada, uma vez que fere a razoabilidade dizer

que não se detectou a situação guerra, a qual era de conhecimento notório desde 1975.

Embora a demandada afirme ter colhido informações sobre a segurança de Cabinda junto às autoridades locais, e que tais depoimentos deveriam ser levados em consideração na hora do convencimento do magistrado, não explicou, em sua peça de defesa, o motivo da presença expressiva de policiais e militares na região, o que seguramente suscita dúvidas sobre a tão apregoada segurança que, segundo ela alega, “*permitia inclusive aos diretores da reclamada andarem sem escolta na região*”.

Por outro lado, os documentos carreados com a inicial (fls. 36-49) registram e comprovam que a FLEC assumiu e reivindicou a morte de Helano; e também de outros 20 (vinte) militares angolanos, tendo esse fato ocorrido cerca de 40 dias antes do acontecido com o *de cujus*.

Tal notícia mostra que o local onde trabalhava o *de cujus* era realmente de risco e demandava especial atenção no que respeita à segurança física dos empregados da reclamada.

Assim, não é razoável nem aceitável a assertiva da reclamada no sentido de que desconhecia a presença da FLEC na região.

São várias as evidências de que Cabinda era uma área de risco, não só pela atuação de tal movimento de libertação, que já vinha avisando aos estrangeiros e às empresas petrolíferas sobre os possíveis atentados contra estrangeiros e instalações estrangeiras, mas também pela presença de minas terrestres remanescentes do tempo da guerra civil.

A sentença menciona um Relatório escrito em 2002 (portanto, vários anos antes do trágico acidente com Helano) escrito por jornalistas e integrantes de ONG angolanas. Seu título é “*TERROR EM CABINDA*”; e nele, as empresas multinacionais exploradoras do petróleo da região são consideradas como cúmplices silenciosas da situação de violência e pobreza que vivia população. Nele consta a informação de que “*a guerrilha independentista sempre que pode, usa a estratégia de rapto a estrangeiros*”.

Assim, consoante referido na sentença, são várias as notícias sobre a guerrilha de Cabinda disponíveis na internet. Por elas, é possível aferir o fato de que a FLEC não aceitou o tratado de paz assinado por Angola em 2006 e que ainda nutria o desejo da separação daquele país.

Desde 1975, os militares de Cabinda lutam por essa separação. Cabinda produz cerca de 80% do petróleo de Angola, que não permite a separação, e sufoca militarmente a rebelião. Trata-se de uma terra de contrastes. Muitas riquezas naturais e uma população muito pobre, que faz fila até para comprar um litro de combustível. Os benefícios da exploração do petróleo vão para os países das multinacionais e para Angola. Assim, os guerrilheiros cabindeses veem como inimigos Angola e as multinacionais exploradoras do petróleo, porque do ponto de vista deles, sustentam aqueles que sufocam o seu desejo de libertação. E as empresas são consideradas cúmplices porque nada fazem pela melhoria da população, permanecem em silêncio.

O menosprezo quanto a essa realidade fática — que vem de época bem anterior à chegada da reclamada ao local onde explora suas atividades econômicas — ou mesmo a sua não consideração na devida conta revela sua negligência ao instalar-se em um país estrangeiro, em área sabidamente de conflito armado (Cabinda), com conhecida instabilidade política, sem se cercar de reais condições de segurança. Dessa forma, assumiu um risco, devendo então ser responsabilizada pelo evento danoso (= o assassinato de um de seus empregados) daí advindo.

De outra banda, também não há que se falar em caso fortuito, uma vez que os ataques à demandada eram previsíveis, dada a grande quantidade de notícias desse jaez veiculadas sobre a região angolana, até porque, principalmente, a FLEC existe desde 1975, mantendo inclusive um governo no exílio; e seus avisos e ameaças a alvos estrangeiros, eram de conhecimento público e notório. Com efeito, fere a

razoabilidade a alegação da reclamada de que não tinha conhecimento dessa situação de instabilidade em Cabinda.

Sobreleva destacar que, por ocasião do evento trágico, os guerrilheiros da FLEC liberaram os dois angolanos que acompanhavam o Senhor Helano Silva Araújo e fuzilaram a sangue frio este último, logo após tomar-lhe todas as vestes, e em seguida, atearam fogo no veículo em que estavam os três empregados da reclamada. Quer dizer, a FLEC destruiu parte do patrimônio (= o veículo) de empresa estrangeira (= a reclamada), e executou um estrangeiro (= o Senhor Helano Silva Araújo). Em outras palavras: o *de cujus* morreu vítima de ação militar porque era um “alvo” estrangeiro.

Entendo, portanto, configurado o nexo causal entre a morte do Sr. Helano Silva Araújo e a condição insegura em que laborava. E entendo configurada a culpa da reclamada, pela negligência decorrente da omissão quanto à observância da legislação relativa ao meio ambiente de trabalho, vale dizer, as normas relativas à segurança do trabalho, as quais têm assento constitucional, conforme art. 7º, inciso XXII da Constituição, bem como encontra respaldo nos arts. 157, 162, e 168 da CLT.

Nego provimento ao recurso também quanto a este tema.

2.1.2.2. Das Provas Produzidas nos Autos:

Neste tópico, a reclamada aduz que a r. sentença de origem, conjugada com a exordial, traz uma visão errônea sobre a realidade fática.

Aqui se trata de mera reprodução do que já foi abordado no tópico anterior.

Assim, nego provimento pelos mesmos motivos anteriores.

2.1.2.3. Arguição de Tese Equivocada na Sentença:

Neste tópico, a reclamada discute a existência de vícios na apresentação dos fatos em relação à região de Cabinda, questionando,

mais uma vez, a eventual idoneidade das fontes de onde foram extraídas as notícias que serviram como base para o julgamento de primeira instância.

Porém, trata-se de mera repetição de alegações, afirmando que os artigos constantes nos autos têm fonte duvidosa, e, de outro lado, que ela teria agido diligentemente para evitar o acidente fatal que vitimou o *de cujus*.

Quanto a este aspecto, não há nada de novo para se ressaltar, uma que vez tal tema já foi amplamente discutido nos tópicos anteriores. Sendo assim, rejeita-se, sumariamente, o alegado.

2.1.2.4. Caracterização do Ato Ilícito

Com efeito, restou devidamente provado nos autos que o obreiro Helano Silva Araújo, esposo e pai dos autores da presente ação indenizatória (certidões de casamento e nascimento às fls. 23-28), foi cruelmente assassinado enquanto trabalhava para a empresa Geokinetics Geophysical do Brasil na África.

Como já foi largamente explanado, resta clara e evidente a negligência da recorrente quanto à segurança de seus empregados, uma vez que foi omissa quanto ao cumprimento das normas de segurança do trabalho, omissão essa que redundou em um acidente fatal que vitimou o *de cujus*, e, conseqüentemente, toda sua família, psicologicamente, que hoje padece em decorrência desse lamentável infortúnio.

Essa situação fática, tal como evidenciada nos autos, atrai a incidência do art. 186 do Código Civil, *verbo ad verbum*:

“Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Estão presentes na espécie todos os elementos abstratamente previstos na lei para configurar o ato ilícito. A reclamada negligenciou quanto à observância das normas relativas à segurança do trabalho, violando, com isso o art. 7º, XXII, da Constituição e arts. 157, 162, e 168 da CLT, causando a morte do trabalhador.

Há evidente ofensa ao direito à vida, direito este tão consagrado em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, desaguando tudo no postulado inspirador da atual Constituição, e princípio do Estado republicano brasileiro, o da Dignidade da Pessoa Humana, o qual não tem preço.

Nego provimento ao recurso também neste tópico.

2.1.2.5. A Responsabilidade Civil (Reparação do Dano)

Caracterizado, pois, o ato ilícito, a consequência jurídica é a responsabilidade civil, nos termos do art. 927 do Código Civil, *ipsis verbis*:

“Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Assim, é patente a obrigação, que para a reclamada decorre de sua conduta e da própria lei, quanto à reparação do dano (= a indenização).

Nego provimento ao recurso também neste tópico.

2.1.3. O Quantum das Indenizações por Danos Materiais e Morais

2.1.3.1.A. Indenização por Danos Materiais

A) A Base de Cálculo

A reclamada alega que o valor de R\$ 4.221,36 (quatro mil, duzentos e vinte e um reais e trinta e seis centavos) não deve ser mantido como base de cálculo para a mensuração do dano material, uma vez que neste valor estaria incluído não só o salário-base, mas, também, ajuda de custo para a viagem do Sr. Helano, sendo certo que esse valor não iria compor a remuneração ordinária do *de cujus*.

Entretanto, há que se recorrer ao bom-senso para dirimir tal questão.

Embora a verba adicional de viagem até tenha natural caráter provisório, não se fixou quanto tempo o *de cujus* iria permanecer na África a trabalho. Além disso, conforme se

constata à fl. 32 dos autos, a remuneração utilizada para pagamento das verbas rescisórias corresponde ao valor de R\$ 4.221,36 (quatro mil, duzentos e vinte e um reais e trinta e seis centavos), percebido mensalmente pelo Sr. Helano Silva à época do acidente que o vitimou de forma fatal.

Ademais, há que se considerar, no presente caso, que o motivo pelo qual o *de cujus* recebia tal ajuda de custo era por trabalhar em um país estrangeiro e, foi justamente pela falta de segurança no ambiente de trabalho que o Sr. Helano veio a falecer. Desta forma, nada mais justo que a indenização por danos materiais seja mensurada com base nesse valor. Nego, portanto, de igual modo, provimento ao recurso quanto a este tema.

B) A Forma de Pagamento

Em suas razões recursais, a demandada também requer que o valor da indenização por danos materiais seja pago mês a mês e de forma proporcional (por rateio) à viúva e aos herdeiros menores, sendo estes até que completem a idade de vinte e um anos.

Ab initio, cumpre ressaltar que o pleito dos reclamantes, no tocante ao pagamento da indenização de uma só vez, encontra respaldo legal, a teor do art. 950, parágrafo único, do Código Civil de 2002, *in verbis*:

“Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.”

Desta forma, não vejo porque deferir o pedido da reclamada, ora recorrente, para permitir que o pagamento da indenização seja efetuado mensalmente, até porque, como bem

observou o juízo *a quo*, a recorrente, na condição de empresa multinacional pode a qualquer momento não ter mais interesse em trabalhar no Brasil, dificultando ou até mesmo pondo em risco a execução do crédito.

Por outro lado, merece uma análise mais detida a questão da pensão conferida aos filhos menores do *de cujus*.

Apesar de o Código Civil Brasileiro de 2002 disciplinar a indenização por danos materiais decorrentes de ato ilícito, não estipulou limite temporal da pensão paga aos dependentes econômicos do obreiro, na qualidade de beneficiários.

Sendo assim, no caso presente, há que se usar do bom-senso para ponderar acerca do limite temporal em que os filhos receberão a pensão correspondente à indenização por danos materiais, pois se impõe a devida cautela, para não se incidir em uma penalização exarcebada para a recorrente que, frise-se, já está recebendo a sanção prevista em lei.

É sabido que a dependência econômica dos filhos em relação aos pais (ou responsáveis) é presumida até os 21 anos de idade, bem como em caso de invalidez, consoante o dispõe o § 4º, do art. 16, da Lei n. 8.213/91, ao tratar dos beneficiários de pensão previdenciária.

Entretanto, é entendimento majoritário, tanto na doutrina como na jurisprudência pátrias, a tese de que essa dependência econômica estende-se até os 24 anos completos, uma vez que é nessa época que o jovem está encerrando seus estudos superiores e ingressando no mercado de trabalho.

Esse também é o entendimento do C. Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos, *claris verbis*:

“CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO COM VÍTIMA FATAL, ESPOSO E PAI DOS AUTORES. ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. DANO MORAL. VERIFICAÇÃO. INCIDÊNCIA DA S. 7/STJ. PENSÃO.

FIXAÇÃO. TERMO AD QUEM. IDADE DE FORMAÇÃO UNIVERSITÁRIA.

I. Não há julgamento extra petita se a lide é decidida dentro dos limites em que foi proposta. II. Implica em reexame fático, obstado pela Súmula n. 7 do STJ, a verificação da inexistência de abalo moral indenizável.

III. *O pensionamento em favor do filho menor do de cujus tem como limite a idade de 24 (vinte e quatro) anos dos beneficiários, marco em que se considera estar concluída a sua formação universitária, que o habilitaria ao pleno exercício da atividade profissional.*

Precedentes do STJ.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.” (grifos nossos). (STJ,. 4ª Turma, REsp n. 807.770/SC, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Julgado em 15.12.2009.)

Desta forma, entendo que deve ser reformada a sentença fustigada, para o fim de limitar a quota-parte da pensão destinada aos filhos menores à época em que eles completariam a idade de 24 (vinte e quatro) anos.

Sendo assim, o montante equivalente ao dano material deverá ser revisto, da seguinte forma:

Tendo sido o dano material fixado no valor total de R\$ 1.471.847,52 (Hum milhão, quatrocentos e setenta e um mil, oitocentos e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), dividindo-se proporcionalmente entre os reclamantes, ter-se-ia um valor equivalente a R\$ 490.615,84 (quatrocentos e noventa mil, seiscientos e quinze reais e oitenta e quatro centavos), isso se tal pensão fosse devida até o tempo estimado para a expectativa de vida do *de cujus*, ou seja, 72,3 anos.

Entretanto, sendo a pensão devida aos filhos menores até que estes completem a idade de 24 anos, esse valor sofrerá uma redução proporcional, haja vista que, como os menores contavam aproximadamente 4 anos e dois meses na data do ajuizamento da ação, a pensão será devida por 19 anos e 10 meses para ambos, uma vez que são gêmeos.

Como cada filho receberia por mês o equivalente a R\$ 938,08 (novecentos e trinta e oito reais e oito centavos), multiplicando-se por dois, ter-se-ia a soma mensal de R\$ 1.876,16 (hum mil, oitocentos e setenta e seis reais e dezesseis centavos). Multiplicando-se esse valor por 258 meses (tempo necessário para que os menores completem 24 anos e contabilizando o 13º mês), totalizaria o valor de R\$ 484.049,28 (quatrocentos e oitenta e quatro mil, quarenta e nove reais e vinte e oito centavos).

Por fim, para se obter o **valor total da indenização por danos materiais**, soma-se este valor destinado aos filhos menores, com o que é devido à viúva (R\$ 490.615,84), totalizando então **R\$ 974.665,12 (novecentos e setenta e quatro mil, seiscentos e sessenta e cinco mil e doze centavos)**.

Mister ressaltar, contudo, que a redução desse valor fixado a título de danos materiais não irá impedir que os reclamantes recebam-no de uma só vez, como pleiteado na exordial, uma vez que, consoante mencionado logo acima, tal pleito encontra respaldo no art. 950 do Código Civil de 2002.

De outro lado, a reclamada requer também que o pagamento de indenização seja fixado tendo como tempo máximo a idade mínima para que o *de cujus* pudesse requerer sua aposentadoria.

Tal pleito resta descabido, sem que mereça até mesmo maiores considerações, uma vez que, como bem pontuou o juízo *a quo*, tomando como parâmetro a pensão paga pelo INSS, não existe limite para a idade em que o empregado se aposentaria. Ademais, ao empregado também é facultado continuar trabalhando mesmo após estar aposentado, razão pela qual o tempo máximo a ser tomado como base para pagamento deve ser a expectativa de vida do brasileiro, como requereram os reclamantes na peça vestibular.

2.1.3.2.A) Indenização por Danos Morais

A empresa recorrente reputa exagerada e desproporcional a quantia arbitrada a título

de danos morais em favor dos reclamantes, aduzindo que não houve dolo das partes envolvidas e requerendo que o *quantum* indenizatório se atenha ao critério de proporcionalidade da ofensa.

Ora, considerando o evento morte e, principalmente, as circunstâncias em que ela ocorreu, é inevitável não se cogitar da existência do dano moral, uma vez que tal fenômeno produz um abalo psicológico desmedido às pessoas próximas à vítima, como bem ficou demonstrado através do laudo de avaliação psicológica dos filhos menores, carreado à fl. 565 dos autos.

Assim, uma vez presentes o evento danoso, o nexo de causalidade e a culpa da reclamada, para a ocorrência dos danos morais, surge o dever de indenizar os autores, nos termos do art. 927 do Código Civil. Trata-se do dano moral indireto, ou seja, aquele que decorre de um dano material.

De início, entendo oportuno reiterar que a matéria relativa à responsabilidade civil por acidente de trabalho é de índole civilista, tratada no Código Civil, na sua Parte Especial, Livro I, Título IX, e não na CLT. Todavia, os arts. 944 a 954 do Código Civil, que dispõem sobre a indenização, não estabelecem parâmetros quantitativos (tarifários), restando ao Juiz arbitrá-los, de acordo com as circunstâncias de cada caso.

A jurisprudência oriunda do C. TST tem adotado o critério do arbitramento, baseado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais aquela Colenda Corte entende respeitados e contemplados, quando são considerados certos aspectos tais como as condições socioeconômicas da vítima e do ofensor, o bem jurídico lesado, o caráter satisfativo em relação à vítima e repressivo em relação ao agente causador do dano (RR-389-2001-010-10-00, DJ 19.11.2004, Relator Ministro João Oreste Dalazen), a intensidade do sofrimento, a natureza e repercussão da ofensa, etc. (AIRR-706-2001-033-02-40, DJ 22.4.2005, Rel. Juiz convocado José Antônio Pancotti).

A opção do arbitramento, segundo preleciona Sebastião Geraldo de Oliveira (In: *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2005. p. 123) **“propicia ao Juiz fixar com mais liberdade a justa reparação, sem as amarras normativas padronizadas, de modo que possa dosar, após análise equitativa, o valor da indenização com as tintas específicas do caso concreto”**. Neste diapasão, doutrina e jurisprudência têm sedimentado a tese segundo a qual a indenização obedece, em regra, ao princípio da satisfação compensatória (compensar o lesado pela ofensa a direito da personalidade), mas sem deixar de considerar também o caráter pedagógico e preventivo, ao servir de freio para evitar que o lesante (não apenas ele, mas também outros empregadores do mesmo ramo) incorra em novas e futuras condutas culposas.

Desta forma, ponderando a situação social, política e econômica das partes envolvidas (capacidade financeira do ofensor versus nível salarial do ofendido), bem como a intensidade do sofrimento e o grau de culpa da empresa, chega-se à conclusão de que o *quantum* arbitrado na r. sentença, no importe de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil Reais), longe de exagerado, atende, creio eu, aos requisitos consagrados na doutrina e na jurisprudência, e respeita os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, afirmados e prestigiados nos julgados do Colendo TST.

Diante do exposto logo acima, nego provimento, também neste ponto, ao recurso da reclamada.

2.1.4. As Demais Matérias

2.1.4.1. Justiça Gratuita

A reclamada impugna também a concessão do benefício da Justiça Gratuita aos reclamantes, alegando que estes, em virtude da quantia recebida a título de seguro de vida, não estão em situação financeira difícil a ponto de serem considerados pobres na forma da Lei.

Ocorre que este não é o melhor entendimento.

A própria Lei n. 1.060/50, em seu art. 4º, preconiza que para que a parte goze dos benefícios da justiça gratuita, basta a simples declaração de pobreza, *in verbis*:

“Art. 4º A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.”

Desta forma, não merece prosperar o argumento elencado pela recorrente de que os reclamantes não podem ser considerados pobres, em virtude do *quantum* recebido pelo seguro de vida, haja vista que, com esse pensamento, estar-se-ia configurando um “ganho prejudicial”. Além disso, há que se ter em conta que o benefício da Justiça Gratuita constitui uma condição pré-processual, portanto, independente do resultado do processo.

Por outro lado, a Lei n. 1.060/60 não condiciona o deferimento do benefício ao recebimento de um seguro, razão pela qual o pensamento majoritário, tanto doutrinário quanto jurisprudencial, é no sentido de que o benefício da justiça gratuita é um direito da parte e não mera faculdade do juiz, oferecida pela legislação, a teor do dispositivo legal retromencionado.

Desta forma, a tese da recorrente não prospera.

2.1.4.2. Honorários Advocatícios

A reclamada também pede, em seu recurso, a exclusão, ou, alternativamente, redução dos honorários advocatícios, alegando que não foram respeitados os requisitos para a sua fixação, aduzindo que os reclamantes não estão assistidos por Sindicato de Classe, nem em situação econômica difícil.

Não lhe assiste razão.

A parte autora (viúva do *de cujus* e seus dois filhos) não têm e nunca tiveram qualquer relação jurídica de direito material com a parte

reclamada. Não são e nunca foram empregados dela, de modo que seria fora de propósito cogitar da possibilidade da assistência sindical. E quanto à gratuidade judiciária, a simples declaração, na inicial, do estado de insuficiência econômica é bastante para o deferimento do benefício.

Além disso, na presente lide não se debate sobre a relação de emprego, mas ao contrário, trata-se de ação de reparação de danos, cuja matéria é regulada pelo Código Civil, que em seu art. 404, dá guarida ao pedido de honorários advocatícios.

Além disso, O C. TST, buscando uniformizar o entendimento sobre o tema, logo após a promulgação da EC-45, editou a Instrução Normativa n. 27/2005, que orienta, *in verbis*:

Art. 5º Exceto nas lides decorrentes de relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

Sendo assim, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência, nos termos da Instrução Normativa n. 27, por se tratar de lide não decorrentes de relação de emprego. Por este motivo, o recurso da empresa não prospera também neste tópico.

2.1.4.3. Multa do art. 475-J do CPC

Pede a recorrente também a exclusão da multa do art. 475-J, do CPC, por ser inaplicável ao processo do trabalho.

Sem razão.

Tanto na execução trabalhista, quanto na execução fiscal (aplicada subsidiariamente) — Lei n. 6.830/80, não existem dispositivos que imponham ao devedor uma sanção, compelindo-o ao pagamento da dívida. Diante de tal lacuna normativa, não há óbice a que se apliquem as regras do processo civil, se mais adequadas à celeridade e efetividade.

Através da execução trabalhista, busca-se conferir ao obreiro o pagamento das verbas inadimplidas pelo empregador. Logo, devem ser adotados todos os mecanismos capazes de conferir celeridade à satisfação do julgado,

principalmente se tais créditos são de natureza alimentar.

O estabelecido neste dispositivo legal, além de caminhar na direção de dar maior efetividade ao processo, é compatível com o processo do trabalho e preenche uma lacuna normativa. Não contraria a lógica da Consolidação das Leis do Trabalho, mormente dos arts. 876 a 892, o fato de que o juiz, de ofício ou a requerimento do credor, intime o devedor a pagar a quantia devida, no prazo assinalado, sob pena de sofrer, a condenação, um acréscimo de 10% (dez por cento).

Este entendimento está em consonância com recente julgado da 1ª Turma do TST:

“MULTA DO ART. 475-J DO CPC — APLICAÇÃO AO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO — OMISSÃO LEGISLATIVA E COMPATIBILIDADE COM AS NORMAS TRABALHISTAS. Aplica-se ao Direito Processual Trabalhista, por força da autorização prevista no art. 769 da CLT, o comando do art. 475-J do CPC, que estabelece multa no percentual de 10% caso o devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação não o efetue espontaneamente. A falta de previsão legal específica de penalidade por descumprimento espontâneo do título executivo judicial autoriza a incidência do art. 475-J do CPC nesta seara, pois não houve silêncio eloquente do legislador ordinário, de modo a concluir pela existência de regulação exaustiva da matéria pela legislação trabalhista e de inaplicabilidade desse preceito legal, nos termos do art. 769 da CLT. A norma prevista no art. 475-J do CPC amolda-se, perfeitamente, ao processo do trabalho. Agravo de instrumento desprovido.” (TST, AIRR — 112340-15.2007.5.21.0006, Data de Julgamento: 10.3.2010, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 19.3.2010.)

Relevante registrar ainda que, em julgamento mais recente, o C. STJ decidiu no Recurso Especial n. 1.111.686 — RN (2009/0041464-3) que a multa do art. 475-J é plenamente aplicável ao Processo do Trabalho.

Veja-se o teor da Ementa, *verbo ad verbum*:

“PROCESSO DO TRABALHO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. I – A aplicação analógica do art. 475-J do Código de Processo Civil ao Processo do Trabalho além de propiciar a realização dos princípios que informam esse ramo do direito processual e o próprio direito fundamental a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, não encontra nenhum obstáculo de ordem técnica sendo, por isso, perfeitamente possível. II – Recurso especial improvido.” (STJ, REsp n. 1.111.686 – RN, 2009/0041464-3, Relator Ministro Sidnei Beneti. DJ: 25.6.2010.)

Assim diante dessa postura da jurisprudência pátria, não vejo óbice a que se aplique essa regra do processo civil ao processo do trabalho.

Mantenho a multa do art. 475-J do CPC, motivo pelo qual nego provimento ao recurso da reclamada, também nesse tópico.

2.2. Recurso dos Reclamantes

No seu recurso, os reclamantes pedem a reforma da sentença de piso para determinar que os juros moratórios e a correção monetária comecem a fluir a partir da morte do *de cujus*. Requerem ainda que o valor das custas processuais seja calculado levando em consideração o valor total da condenação imposta, a fim de obrigar a recorrida a complementar o recolhimento das custas processuais.

Passa-se, pois à sua análise.

2.2.1. Momento de Incidência da Correção Monetária e Juros de Mora

Quanto a este item, os recorrentes impugnam a sentença, alegando que, como as parcelas deferidas decorreram de ato ilícito praticado pela empresa ora recorrida, os juros monetários e a correção monetária deveriam começar a fluir a partir do evento danoso.

Assim, juntando jurisprudência, pede provimento pela fixação de ambos a partir do dia do falecimento do Sr. Helano Silva.

A r. sentença ora impugnada, determinou a incidência de juros de mora a contar do ajuizamento da reclamação; e a correção monetária a partir da data de sua própria publicação, isto é, 30.4.2009.

Em verdade, a jurisprudência do C. STJ, a quem cabe a última palavra sobre a matéria, inclina-se no sentido de que em matéria de indenização por dano moral, os juros e correção monetária devem incidir a partir da data da prolação da decisão judicial que a quantifica. No mesmo sentido, é o Enunciado n. 52, aprovado na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, ocorrida em novembro de 2007, na sede do C. TST.

Então, a rigor, os juros de mora deveriam incidir apenas a partir da publicação da sentença que julgou a causa e não do ajuizamento da reclamação. Porém, como não houve impugnação pela parte reclamada, então em homenagem à regra da *non reformatio in pejus*, mantenho o que foi decidido na decisão de primeiro grau, negando provimento ao recurso dos reclamantes.

2.2.2. Debate sobre o Valor das Custas Processuais

A reclamante requer em sede de razões recursais que as custas processuais sejam fixadas tomando como base o valor total da condenação, imposta pela sentença de piso, alegando que tal sentença é líquida, uma vez que delimitou o valor de cada uma das condenações.

Tal argumentação não merece prosperar.

O valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) fixado na sentença resulta de prudente arbitramento da Juíza prolatora da sentença, sendo certo que não traz qualquer ônus para a reclamante, que demonstra claramente falta de interesse recursal neste ponto.

Mais do que isso, tal valor demonstra a equidade aplicada pela r. magistrada de primeiro

grau, ao viabilizar a eficácia do princípio do Duplo Grau de Jurisdição, uma vez que, se o valor das custas fosse fixado tomando como base o valor total da condenação, resultaria em uma soma exorbitante que talvez pudesse retirar da reclamada o acesso ao segundo grau de jurisdição, e com isso, as garantias do Devido Processo Legal.

Portanto, nego provimento ao recurso dos reclamantes.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conheço de ambos os recursos, o da reclamada e o da reclamante. No mérito, nego provimento ao recurso da reclamante e dou provimento parcial ao recurso da reclamada para limitar o valor da pensão conferida aos herdeiros menores do *de cujus* à época em que estes completem a idade de 24 anos, acarretando assim uma redução no montante arbitrado a título de danos materiais, resultando no valor de **R\$ 974.665,12 (novecentos e setenta e quatro mil, seiscentos e sessenta e cinco mil e doze centavos)**, mantendo, contudo a ordem de se pagar de uma só vez.

CERTIDÃO

Acordam os Desembargadores Federais e a Juíza da Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, por unanimidade, conhecer de ambos os recursos, o da reclamada e o da reclamante. Mérito: por unanimidade, negar provimento ao recurso ordinário da reclamante. Por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso da reclamada para limitar o valor da pensão conferida aos herdeiros menores do *de cujus* à época em que estes completem a idade de 24 anos, acarretando assim uma redução no montante arbitrado a título de danos materiais, resultando no valor de R\$ 974.665,12 (novecentos e setenta e quatro mil, seiscentos e sessenta e cinco reais e doze centavos), mantendo, contudo a ordem de se pagar de uma só vez.

Natal-RN, 30 de março de 2011.

Carlos Newton Pinto

Desembargador Relator

Xisto Tiago de Medeiros Neto

Procurador Regional do Trabalho

Divulgado no DEJT n. 711, em 15.4.2011 (sexta-feira). Traslado n. 532/2011.

Sentença



3ª Vara do Trabalho de Mossoró – RN

PROCESSO: 01109-2008-013-21-00-1

Reclamante: REJANE FELIX PASSOS ARAÚJO

Reclamado: GEOKINETICS GEOPHYSICAL DO BRASIL LTDA.

Data: 30 de abril de 2009 às 11h00

Órgão prolator: Juíza do Trabalho Gláucia Maria Gadelha Monteiro

VISTOS, etc.

REJANE FELIX PASSOS ARAÚJO, qualificada na peça vestibular, por si e representando seus filhos HUAN PASSOS ARAÚJO e RAUL PASSOS ARAÚJO, ajuizou, na comarca de Fortaleza-CE, reclamação trabalhista em face de GEOKINETICS GEOPHYSICAL DO BRASIL LTDA. alega que seu esposo, e genitor dos menores, sofreu acidente do trabalho enquanto estava trabalhando em Angola. Acrescentou que o ex-empregado quando estava vistoriando um campo de trabalho foi abordado por um grupo de guerrilheiros separatistas, supostamente militantes de uma organização denominada FLEC — Frente da Libertação do Enclave de Cabinda, tendo sido fuzilado. Afirma que a demandada mesmo ciente das ameaças e ataques às empresas estrangeiras não suspendeu suas atividades e encaminhou o ex-empregado para a “guerra” sem propiciar a devida segurança. Alega que a reclamada fez constar no passaporte do *de cujus*, visto de turista, o que lhe prejudicou no recebimento correto do seguro de vida. Em vista de tais fatos, postula: indenização por danos materiais levando em consideração o valor que o *de cujus* receberia, acaso vivo, no valor de R\$ 4.221,36 até que atingisse 72 anos de idade e três meses; indenização por danos morais no mesmo valor dos danos materiais;

indenização do seguro viagem no valor de US\$ 100.000,00 e a liberação do FGTS depositado. Atribuiu à causa o valor de R\$ 50.000,00. Juntou procuração e documentos.

Sem acordo, o reclamado apresentou defesa escrita, composta de exceção da incompetência em razão do lugar e contestação, acompanhada de documentos.

Contestando, a demandada suscita a irregularidade de representação quanto aos menores, ilegitimidade de parte quanto ao pleito de indenização pelo seguro. Quanto ao mérito, aduz que não teve culpa no acidente, uma vez que não sabia da existência de grupo separatista na região. Acrescenta que antes de ir laborar em Cabinda procedeu um levantamento das condições da província, inclusive da segurança. Afirma que obteve informação do exército e da polícia local que o único problema de segurança seriam as minas terrestres plantadas na época da guerra civil e atos de banditismo com furtos e saques. Pediu a improcedência dos pedidos.

A exceção de incompetência foi julgada procedente, sendo os autos remetidos para esta comarca.

Na sessão seguinte, a autora apresentou manifestação à defesa e documentação, tendo a promovida se manifestado sobre os mesmos.

Na sessão seguinte, foram colhidos os depoimentos das partes e ouvidas testemunhas.

As partes declararam não ter mais provas a apresentar razão pela qual o Juízo declarou encerrada a instrução processual.

Razões finais reiterativas pelos litigantes, com os acréscimos ofertados pela demandada.

Recusada a segunda proposta de conciliação.

Os autos foram conclusos para julgamento.
É O RELATÓRIO.

FUNDAMENTAÇÃO

DAS PRELIMINARES

IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO DOS MENORES

Suscita a demandada a irregularidade de representação dos autores menores sob o fundamento de que não consta nos autos instrumento de mandato específico para a representação dos mesmos.

Em audiência, fls. 521/523, a parte autora regularizou a representação dos menores tendo juntado os instrumentos de mandato, fls. 542/543.

Rejeita-se, portanto, a preliminar.

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Arguiu a demandada a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que a parte autora fundamenta seu pedido com base no art. 186 do Código Civil, bem como no art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, enquanto que a legislação aplicável ao caso é a Lei Angolana, visto que o evento que vitimou o ex-empregado ocorreu em Angola quando o mesmo se encontrava trabalhando no citado país. Acrescenta que é a hipótese da Súmula n. 207 do TST.

A possibilidade jurídica de agir, de acordo com a melhor doutrina, a pretensão é juridicamente viável sempre que não houver norma legal vedando-a expressamente. Na espécie, a parte autora vindicou danos morais e matérias decorrentes de acidente do trabalho, direito que é previsto na Constituição Federal, CLT e Código Civil. Não existe na legislação brasileira nenhum diploma legal que vede os pleitos ora buscados.

A aplicabilidade ou não dessa ou daquela norma à determinada situação não é causa de impossibilidade jurídica, visto que não há vedação aos pleitos ou à propositura da ação.

Desse modo, havendo previsão legal para os pedidos, não há que se falar em impossibilidade jurídica. Rejeita-se.

DA APLICABILIDADE DAS NORMAS BRASILEIRAS

Alega a demandada que a legislação aplicável ao caso em comento é a Lei Angolana, visto que o evento que vitimou o ex-empregado ocorreu em Angola, quando o mesmo se encontrava trabalhando no citado país. Acrescenta que é a hipótese da Súmula n. 207 do TST.

A análise dos autos demonstra que o *de cujus* estava laborando em Angola de forma provisória. Não há alegação da demandada de que o ex-empregado tenha sido transferido de forma definitiva para trabalhar no citado país. Por outro lado, observa-se que o *de cujus* não foi contratado no Brasil para trabalhar no exterior, uma vez que a admissão ocorreu em 6.126.2006 e as viagens para Angola ocorreram em agosto de 2007 e dezembro de 2007, tendo ocorrido o acidente nesta última.

O depoimento do preposto demonstra que a permanência do *de cujus* em Angola, bem como de todos os empregados era provisória, uma vez que a demandada sequer tinha filial no mencionado país e, ainda, o passaporte era ordinário e não de trabalho. Por suas próprias palavras:

“que como estavam tentando abertura da filial em Angola, o visto do *de cujus* foi retirado como ordinário; que o visto de trabalho somente podia ser retirado em Angola e após o reconhecimento da abertura da filial naquele país.”

O depoimento da primeira testemunha apresentada pela demandada também demonstra que a permanência do *de cujus* e dos outros empregados era provisória, uma vez que o visto somente permitia a permanência no país por 60 dias:

“que quando o depoente ia para Angola o seu visto era de ordinário, tendo passado para visto de trabalho a partir de agosto de

2008; que todos os empregados tinham o visto ordinário; que o visto não era de trabalho porque era um processo mais demorado... que o visto ordinário é para o prazo de 30 dias renovável por mais 30 dias... que o depoente tem conhecimento do visto de trabalho e do ordinário; que a impressão que o depoente tem é que o ordinário é o mesmo de turista.”

A análise dos autos demonstra que o *de cujus* foi contratado em 6.12.2006, tendo laborado no município de Serra do Mel/RN até julho de 2007. No final de agosto de 2007 o *de cujus* viajou pela primeira vez para Angola, onde permaneceu por mais de trinta dias, conforme relata a defesa, fl. 96. Após esse período o *de cujus* retornou para o Brasil e somente em dezembro de 2007 voltou para Angola, quando em 26.12.2007 foi morto.

Constata-se, assim, que do período de um ano e vinte dias de contrato com a demandada, o *de cujus* laborou cerca de dois meses em Angola e todo o restante de quase onze meses trabalhou no Brasil.

A Súmula n. 207 do TST somente se aplica aos casos em que o empregado foi contratado no Brasil para laborar no exterior, o que não é a hipótese dos autos, ou quando o empregado foi trabalhar de forma definitiva no exterior, o que não é a hipótese dos autos, ou quando o trabalho no exterior ocorreu de forma predominante, o que também não é a hipótese dos autos.

Em decisão recente o C. TST decidiu que a Súmula n. 207 não se aplica quando o trabalho no exterior é de forma provisória e também quando a prestação de serviço não ocorreu de forma predominantemente no exterior, como podemos verificar pela notícia adiante transcrita:

24.3.2009 — Trabalho provisório no exterior é regido por normas brasileiras

Os acordos coletivos (firmados entre sindicatos de trabalhadores e patrões) e as normas da CLT (Consolidação das Leis do

Trabalho) são aplicáveis a empregado no exterior, desde que a prestação do serviço fora do território brasileiro tenha caráter provisório. A conclusão é da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, ao analisar o processo de um ex-escriturário contra o Banco Banestado S.A. (incorporado pelo Itaú S.A.).

O ex-funcionário reivindicou na Justiça do Trabalho, entre outros itens, a aplicação das normas previstas em acordos coletivos e na legislação brasileira também durante o período em que esteve fora do País. Alegou que foi admitido pelo Banestado, em abril de 1972, para prestar serviço em território nacional, até o fim do contrato, em maio de 1999. Em agosto de 1993, quando trabalhava em Foz do Iguaçu (PR), foi transferido para agência do Banco del Paraná (pertencente ao mesmo grupo econômico do Banestado), em Ciudad del Leste, no Paraguai — onde ficou até dezembro de 1997. Por fim, afirmou que, como essa transferência teve caráter provisório, deveria receber diferenças salariais conforme as normas brasileiras.

O juiz da Vara do Trabalho de Francisco Beltrão (PR) entendeu corretos os argumentos do empregado quanto a esse ponto. Já o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (PR) aceitou a tese do banco de que a transferência foi definitiva, e que deveriam prevalecer as normas trabalhistas do Paraguai no período em que o funcionário esteve por lá. Para o TRT, os acordos coletivos referentes aos empregados do Banestado não se aplicavam ao tempo trabalhado pelo funcionário em região de fronteira, ainda que se tratasse de empregador pertencente ao mesmo grupo econômico. No caso, o Tribunal considerou a Súmula n. 207 do TST, que estabelece que a relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço, e não por aquelas do local da contratação. Por essas razões, o TRT limitou a aplicação dos textos coletivos ao tempo de trabalho no território brasileiro.

No TST, o empregado insistiu que a aplicação da súmula ao processo não era adequada, já que a transferência tinha caráter provisório. O relator, ministro Renato de Lacerda Paiva, lembrou que o princípio da territorialidade não é absoluto, porque supõe que o trabalho se realize de modo permanente em determinado país. Ressaltou, ainda, que a súmula citada só se aplica a situações em que a prestação do trabalho ocorre, predominantemente, em território estrangeiro, embora contratado no Brasil (diferentemente do exemplo do processo, em que a atividade tinha caráter provisório). Desse modo, o ministro defendeu a aplicação das normas nacionais e acordos coletivos da categoria ao contrato de trabalho do empregado.

O ministro Vantuil Abdala, presidente da Segunda Turma, discordou do relator. O ministro observou que o empregado recebeu parcelas indenizatórias (como ajuda de aluguel e adicional de transferência) e teve aumento salarial significativo que demonstrariam a incompatibilidade da aplicação das normas nacionais num contrato de prestação de serviços no exterior. Mas, por maioria de votos, a Turma decidiu aplicar os acordos coletivos e normas nacionais durante o período de trabalho do empregado no exterior, conforme determinado na sentença da Vara do Trabalho. (RR-1231/1999-094-09-00.6)

Segue abaixo o acórdão referente à notícia e publicado no dia 24.4.2009.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
NÚMERO ÚNICO PROC.: RR - 1231/1999-094-09-00

PUBLICAÇÃO: DJ - 24/04/2009

RENATO DE LACERDA PAIVA

Ministro Relator

ACÓRDÃO

2ª Turma

GMRLP/aml/cl

RECURSO DE REVISTA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. A admissibilidade do recurso de revista está condicionada à comprovação inequívoca de ausência de manifestação sobre aspecto essencial à lide, o que não restou demonstrado pelo autor, no particular. Recurso de revista não conhecido.

APLICABILIDADE DE NORMAS COLETIVAS E NORMAS BRASILEIRAS (CLT) — EXTRATERRITORIALIDADE. Nos termos do que restou consignado pelo eg. TRT, a hipótese dos autos refere-se à contratação de empregado, pelo Banco Banestado S.A., para prestação de serviços em território nacional, em 10.4.72, tendo sido transferido, apenas em caráter provisório, entre 1993 e 1997, para laborar em agência do Banco del Paraná, integrante do mesmo grupo econômico daquele empregador. **Assim, não se trata de hipótese de aplicação da Súmula n. 207 do TST que, de acordo com a jurisprudência desta Corte, diz respeito, tão somente, a situações em que a prestação laboral ocorre, predominantemente, em território estrangeiro, mesmo tendo sido contratado o empregado no Brasil. Recurso de revista conhecido e provido.**

No caso dos autos, a demandada não alega em sua defesa que o *de cujus* foi transferido de forma definitiva para trabalhar em Angola e a instrução processual demonstrou que o *de cujus* estava de forma provisória no citado país, porquanto o mesmo ainda não tinha visto de trabalho e a reclamada não tinha filial na localidade. A empresa e seus empregados estavam se instalando em Angola. A análise dos autos demonstrou, ainda, que o *de cujus* trabalhou de forma predominantemente no Brasil.

A decisão acima demonstra que o empregado laborou no Paraguai por quatro anos, todavia, a permanência do mesmo foi considerada provisória, visto que o bancário havia laborado no Brasil por onze anos antes de ser transferido e ainda trabalhou dois anos após retornar para Foz de Iguaçu. O C. TST considerou que a prestação de serviço do mesmo ocorreu de forma predominante no Brasil, o

que é fato, e decidiu pela aplicação da Lei Brasileira.

O *de cujus*, como o empregado da decisão acima, trabalhou por muito mais tempo no Brasil que no exterior, o que demonstra que para a situação do mesmo deve ser dada idêntica solução, qual seja, o reconhecimento de que a lei aplicável é a brasileira e não a Angolana.

O ex-empregado prestou serviços provisoriamente em Angola. Ele não foi contratado para ir trabalhar em Angola, já era empregado da empresa no Brasil e passou a trabalhar em Angola para execução de um projeto, concorrência. Tal fato denota a provisoriedade do trabalho no estrangeiro e sendo a transferência provisória, o contrato segue sendo regido pela lei do local onde sempre foi executado, Brasil.

A situação seria diversa se o ex-empregado tivesse sido contratado só para prestar serviços em Angola ou se o mesmo tivesse sido transferido definitivamente para Angola, encerrando as atividades da empresa no Brasil. Aí sim, permitir-se-ia a aplicação do art. 198 do Código de Bustamante e da Súmula n. 207 do TST, a partir da transferência, o que não foi o caso.

Tanto a execução desses serviços em Angola era provisória, que a vinculação do empregado continuou sendo com o Brasil, por isso mesmo que a CAT foi emitida no Brasil e a contribuição previdenciária continuou sendo recolhida. Então, a vinculação do empregado ao Brasil é o elemento que atrai a aplicação da lei brasileira.

Ressalte-se que a própria demandada já reconheceu que a lei aplicável é a brasileira, visto que emitiu a CAT — Comunicação de Acidente do Trabalho. A CAT somente poderia ser emitida se fosse aplicada a lei brasileira de acidente do trabalho, uma vez que, conforme a lei angolana o ato de terceiro não é considerado acidente do trabalho, nos termos do art. 4º do Regime Jurídico dos Acidentes de Trabalho e doenças Profissionais de Angola, Decreto n. 53/05, fl. 645:

Para efeitos do presente diploma não são consideradas as incapacidades resultantes de:

a) acidentes provocados intencionalmente e os acidentes resultantes da prática de crime doloso;

b) acidentes resultantes de actos de guerra, declarada ou não, assaltos ou comoções políticas ou sociais, greves insurreição, guerra civil e actos de terrorismo.”

A legislação brasileira, entretanto, considera como acidente do trabalho o ato de terceiro, inclusive ato de terrorismo, art. 21, alínea “a”, da Lei n. 8.213/91:

Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:

a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho;

Quando a reclamada emitiu a CAT, fls. 34/35, o fez com base na legislação brasileira, o que foi correto, uma vez que o trabalho do *de cujus* era provisório e havia sido predominantemente no solo brasileiro.

A Lei n. 8.213/91 é mais benéfica que o Decreto Angolano número 53/05, visto que reconhece o ato de terceiro e de terrorismo como acidente do trabalho, o que não ocorre com o dispositivo legal alienígena.

Ressalte-se que o fato de ser mais benéfica representa mais um motivo para ser aplicada a legislação brasileira e não a angolana.

Com relação a aplicação da lei mais benéfica, utiliza-se por analogia o art. 3º da Lei n. 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior:

Art. 3º A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I – os direitos previstos nesta Lei;

II – a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Embora a mencionada Lei seja direcionada às empresas prestadoras de serviço de engenharia, como previsto no art. 1º, pode ser aplicada ao caso em comento por analogia, porquanto se refere a empregados que laboram no exterior e, ainda, em face da previsão da aplicação da norma mais benéfica.

O princípio da aplicação da norma mais benéfica é amplamente aceito no direito brasileiro, sendo mais aceito ainda a sua aplicação em casos que se referem à saúde e segurança do trabalho, como o presente, por se tratar de norma de ordem pública. A aplicação do mencionado princípio observa, ainda, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

O *de cujus* estava a serviço da demandada quando foi vítima de terceiros que o balearam e lhe retiraram a vida. A dignidade do *de cujus* e da sua família somente podem ser preservadas se houver o reconhecimento de que aos mesmos se aplica a legislação brasileira por ser mais benéfica. O trabalho do *de cujus* na demandada por quase treze meses somente pode ser valorizado se houver reconhecimento de que ao sinistro se aplicam as normas brasileiras, que são mais benéficas. Como a dignidade do *de cujus* e de sua família podem ser respeitadas, se lhes aplicar uma legislação que estabelece que o ato de terceiro não pode ser considerado como acidente do trabalho? Como o trabalho do *de cujus* por ser valorizado se o ato que lhe retirou a vida não for considerado como acidente do trabalho?

O *de cujus* estava trabalhando, foi atacado e morreu. Pelo art. 4º do Decreto n. 53/05 de Angola, tal ato não importa em acidente do trabalho. Conforme o art. 21, “a”, da Lei brasileira n. 8.213/91, tal ato importa em acidente do trabalho, lei previdenciária que reconhece o acidente, gerando benefícios para o segurado e seus dependentes.

Autorizada doutrina entende pela aplicação da Lei mais benéfica:

“... do confronto de normas concorrentes — nacional e estrangeira — forem mais

favoráveis ao empregado as do local da contratação do que as da execução, dever-se-á aplicar aquela que beneficiar o trabalhador, devido o caráter protetivo do Direito do Trabalho, observando-se, porém, as limitações de ordem pública. Ter-se-á aqui o princípio do *favor laboriis* oriundo da Constituição da Organização do Internacional do Trabalho (art. 19, VIII). (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução do Código Civil interpretada*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007).

Assim, como o trabalho do *de cujus* em Angola era provisório e não definitivo (fato sequer alegado na defesa), o mesmo laborou de forma predominante no Brasil e a Lei brasileira é mais benéfica que a angolana, considera o Juízo que a legislação que se aplica é a brasileira e não a estrangeira.

DO ACIDENTE DO TRABALHO

Alega a parte autora que o *de cujus* no final de agosto de 2007 foi designado para laborar na província de Cabinda na República de Angola. Acrescenta que no dia 26.12.2007 o ex-empregado foi vistoriar um acampamento da empresa no enclave de Cabinda, quando foi abordado por um grupo de guerrilheiros separatistas, supostamente militares de uma das facções da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC). Prosseguindo, afirma que o *de cujus* foi tomado como refém e foi fuzilado. Afirma que a demandada tinha ciência das constantes ameaças de ataques armados às empresas estrangeiras localizadas em Cabinda, entretanto não suspendeu suas atividades e encaminhou o ex-empregado para a “guerra” sem propiciar a devida segurança.

Contestando, a demandada aduz que no começo de 2007 venceu licitação promovida pela empresa estatal angolana para prospecção de petróleo na Província de Cabinda. Acrescentou que tendo sido vencedora da licitação, realizou pesquisas sobre todas as características da região, inclusive as condições de segurança. Prosseguindo, afirma que as pesquisas foram

elaboradas principalmente com base em informações do exército angolano, da polícia e de representantes da estatal petrolífera. Informa que nas reuniões as autoridades sempre destacaram que os maiores problemas da região consistiam em roubos e saques, assim como minas de guerra em decorrência das guerras civis que duraram mais de trinta anos. Alega que com relação a Força de Libertação do Enclave de Cabinda — FLEC, organização que supostamente assassinou o ex-empregado, os representantes locais informaram que se tratava de entidade que perdeu força e minimizou seus objetivos políticos. Afirma que, com base nas informações que reuniu ao longo dos meses, jamais poderia imaginar que na região houvesse um grupo separatista capaz de ameaçar suas atividades ou a vida dos seus empregados.

A despeito da demandada alegar que jamais poderia imaginar que na região houvesse um grupo separatista capaz de ameaçar suas atividades ou a vida dos seus empregados, o fato é que na região existia desde 1963 um grupo separatista denominado FLEC, que persistiu e persiste na ideia de separação de Angola desde 1975, quando o país adquiriu independência. Embora uma parte da organização FLEC tenha assinado um tratado de paz com o governo de Angola em 2006, uma facção parte não aceitou o tratado e continuou em luta contra o governo de Luanda. Essa facção que continua em luta reivindicou o ataque ao ex-empregado, como se verifica na notícia abaixo:

Agência Lusa

Texto originalmente extraído do site:
<www.agencialusa.com.br>

Mundo em Português

Estrangeiros são alvo de ataques em Angola, diz separatista

Líder de movimento cujo braço-armado assumiu morte de brasileiro em Cabinda diz que não se aceitará exploração de petróleo por estrangeiros que apoiam governo e “não olham para miséria do povo.”

Lisboa, 17 abr. (Lusa) — Cabinda “continua em guerra” e os estrangeiros que trabalham na província continuarão sendo alvo de ataques, como os que recentemente feriram um português e mataram um brasileiro, afirma o secretário-geral da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (Flec), Joel Batila.

Em entrevista à Agência Lusa, em Lisboa, Joel Batila diz que os alvos prioritários do movimento continuam sendo as Forças Armadas Angolanas (FAA) e as instituições do Estado, mas também os agentes econômicos que contribuem para a “exploração” do território.

“Aqueles que estão explorando petróleo no mar, não olham para a miséria do povo. Agora vão para a terra [em blocos *on shore*], mas os habitantes com consciência não podem aceitar isso e vão atacar”, afirma o responsável da Flec, movimento cuja ala militar reivindicou o ataque que resultou na morte de um brasileiro.

“Lançamos um apelo aos empresários estrangeiros de que não devem arriscar capitais nem vidas humanas. Não são alvos diretos, mas podem ser visados. Quando se está em guerra, todos os que apoiam o nosso inimigo, o opressor, passam a ser também inimigos”, afirma.

Em dezembro de 2007, o brasileiro Helano Silva Araújo, de 27 anos, funcionário da empresa de exploração de petróleo Grant Geofísica, foi morto. No mês passado, o português António Carapinho, funcionário da Tecnovia, ficou ferido durante uma emboscada, reivindicada pela ala militar do movimento, mas rejeitada pelos representantes políticos da Flec.

Conflito

O enclave de Cabinda, de onde provém a maior parte da produção petrolífera de Angola, é palco desde 1975 de uma luta armada separatista liderada pela Flec, que alega que o território ainda é um protetorado

português nos termos do Tratado de Simulambuco, assinado em 1º de fevereiro de 1885.

Baseado na França, junto ao líder da Flec (N'Zita Tiago), Batila fica em Portugal até domingo para contatos que incluem a Anistia Internacional, o eurodeputado José Ribeiro e Castro e um representante diplomático alemão.

Sem ter marcado encontros oficiais com o governo português, a Flec acusa Portugal de tomar partido do Executivo de Luanda no conflito, tal como a generalidade da comunidade internacional.

Batila considera inválido o Memorando de Entendimento para a Paz e Reconciliação em Cabinda, de 2006, assinado por António Bento Bembe, que se tornou, posteriormente, ministro sem pasta de Angola.

<<http://www.agencialusa.com.br/gpdf.php?iden=15460>>

Os documentos juntados com a inicial, fls. 36/37, demonstram que a FLEC assumiu o atentado que vitimou o ex-empregado Helano Silva Araújo, esposo e genitor dos autores.

Cabinda, local onde o de cujus foi assassinado, é uma região que não faz fronteira com Angola e que luta por sua independência desde o ano de 1975. Região rica em petróleo e responsável por mais de 80% das exportações de Angola. A despeito da riqueza da região, a pobreza impera na província.

Em Cabinda coexistem a mais extrema pobreza da população e a presença de empresas multinacionais que exploram o petróleo da região. A lógica dos separatistas é bem simples. Eles têm conhecimento da riqueza da sua região, querem se libertar de Angola e consideram que as empresas multinacionais, que exploram o petróleo ajudam o governo de Luanda, uma vez que todos os tratados de exploração mineral são feitos pelo governo de Angola, inimigo da Frente que tenta a libertação de Cabinda.

A demandada alega que não tinha conhecimento da existência da FLEC e que a mesma atacava empresas estrangeiras. Tal fato, porém, é veiculado, inclusive, em enciclopédias na rede mundial de computadores. Basta acessar um endereço de enciclopédia para que se constate que os separatistas atacam as empresas estrangeiras e, ainda, toda a luta histórica de separação, sendo oportuna a transcrição para que se possa entender historicamente os fatos que fazem parte do presente processo:

Cabinda é uma das 18 províncias da República de Angola, sendo um exclave limitado ao norte pela República do Congo, a leste e ao sul pela República Democrática do Congo e a oeste pelo Oceano Atlântico. A capital da província de Cabinda é a cidade de Cabinda, conhecida também com o nome de *Tchiowa*. Tem uma superfície de 7 283 km² e cerca de 265 000 habitantes.

(...)

Em 1974, após a Revolução do 25 de Abril em Portugal, interesses políticos levaram Cabinda a continuar integrada a Angola, com a qual não tem fronteiras comuns. **Imediatamente após a independência angolana, a 11 de Novembro de 1975, a Frente de Libertação do Estado de Cabinda (FLEC), reclamando o direito à independência do território devido às diferenças culturais e económicas e por historicamente não fazer parte do território de Angola, empreendeu luta de guerrilha visando a libertação.**

História recente

Em 1 de Agosto de 2006, foi assinado um “Memorando de Entendimento para a Paz e a Reconciliação da Província de Cabinda”, entre o Governo de Angola e o Fórum Cabindês para o Diálogo (FCD). As delegações da negociação eram chefiadas da parte da República de Angola por Virgílio Fontes Pereira, ministro da Administração do território angolano e da parte das populações de Cabinda por General Doutor

António Bento Bembe, ex-presidente da FLEC-Renovada ora FLEC-PLataforma, que por imperativos da fusão entre a sua organização político-militar com a FLEC-Fac (do Miguel Estanislau Boma), passou a ocupar os cargos de Secretário-geral, vice-presidente da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC) e Presidente do Fórum Cabindês para o Diálogo (FCD) em representação das populações de Cabinda.

Desde a mencionada data, os efectivos da FLEC e das Demais Organizações sob autoridade do Fórum Cabindês para o Diálogo (FCD) foram aquartelados e a 6 de Janeiro de 2007, numa cerimónia de mais alto nível realizada em Cabinda, alguns dos elementos das ex-militares da FLEC foram integrados e incorporados nas Forças Armadas Angolanas (FAA) e na Polícia Nacional. Dois dias depois todos aqueles elementos da FLEC e das demais organizações sob autoridade do Fórum que optaram pela vida activa começaram a sua formação académica conforme previsto nas cláusulas do acordo, no sentido de poderem desempenhar melhor os seus cargos e responsabilidades nacionais.

O “Memorando de Entendimento para Paz e Reconciliação em Cabinda” inclui também o “Estatuto Especial para Cabinda”.

Não obstante, a população de Cabinda que a princípio via o acordo como um passo adiante no sentido de desenvolver a região, tem sentido que de prático o governo central e os ex-guerrilheiros agora no governo pouco têm contribuído, visto que apesar de responder por 80% da produção de petróleo do país, tais recursos escoam pelos ralos da corrupção e burocracia de Luanda e o desenvolvimento de Cabinda ainda é um sonho distante.

Bento Bembe é agora ministro sem pasta do governo central e tem propagado aos quatro cantos que não há guerra em Cabinda. **De fato, a Flec — agora Frente de Libertação do Estado de Cabinda, com a liderança**

no exílio de Comandante Antonio Luis Lopes, tem pouco poder de combate depois da deserção e adesismo, mas mantém ataques contra forças do governo nas selvas e também contra instalações de empresas transnacionais terceirizadas a serviço de Luanda. É uma questão que não terá fim dada a dependência de Angola do petróleo de Cabinda e também porque sem apoio externo dificilmente a guerrilha logrará êxito total. Para mostrar normalidade Cabinda vai ser sede de um dos grupos da Copa Africana de Nações 2010.

<[http://pt.wikipedia.org/wiki/Cabinda_\(prov%C3%ADncia\)](http://pt.wikipedia.org/wiki/Cabinda_(prov%C3%ADncia))>

Como se verifica pela pesquisa acima transcrita, uma facção do grupo separatista denominado FLEC não aceitou o tratado de paz e continuou na luta pela separação de Angola.

A não aceitação do acordo de paz resta claro na nota de imprensa da FLEC em 23 de março de 2007, ou seja, nove meses antes do assassinato do ex-empregado. Na nota, a Frente pela libertação congratula-se, inclusive pelas medidas militares, consideradas como de defesa:

23 de Março de 2007

FLEC — Assina: Joel Batila e Stéphane Barros

2007-03-28

NOTA DE IMPRENSA

A Frente de Libertação do Enclave de Cabinda, único representante político legítimo e histórico da luta pela emancipação política do povo e do território de Cabinda:

1. Congratula-se com os esforços desenvolvidos para a reposição da verdade sobre o “processo de paz” de Cabinda e para a contínua sensibilização e busca da solução política credível e segura para o conflito naquele território ainda anexado e ocupado por Angola.
2. Reafirma o dever e o direito inquestionável do Povo de Cabinda à indignação e resistência contra a ocupação angolana e

ainda de forma inequívoca a sua fé e disponibilidade na resolução pacífica do conflito de Cabinda no âmbito de um processo construtivo, justo e seguro acautelado com garantias internacionais.

3. Apela para a exigência de união e unidade política de acordo com o espírito do encontro que reuniu todas as forças vivas de Cabinda na Holanda em 2004 e que consagrou a unificação de todas as forças políticas de Cabinda em torno da Frente de Libertação de Cabinda (Flec) sob a liderança do Presidente Nzita Henriques Tiago.

4. Denuncia o estado de degradação permanente dos direitos humanos e ambientais em Cabinda e do conflito militar aberto à cobertura do memorando de “entendimento de paz”.

5. Apela a Comunidade Internacional para que assuma as suas responsabilidades sobre o conflito de Cabinda, atendendo às razões objectivas do Povo de Cabinda e da Flec, encorajando e apoiando uma solução internacional e democrática precedida do inevitável e necessário reconhecimento da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda.

6. Congratula-se com as acções militares de legítima defesa, o empenho e desempenho das Forças Armadas de Cabinda Unificadas, denuncia rejeita e condena a diversão que dá pelo nome de Governo de Salvação de Luís Ranque Franque e seguidores (regressados a Luanda) a quem apelamos para integrar com seriedade e boa-fé o Conselho Nacional do Povo de Cabinda e por conseguinte e em última análise a Flec que representa com dignidade e busca os caminhos da esperança e da paz verdadeira para o Povo de Cabinda.

7. Apela ao Povo de Cabinda a permanecer atento, unido, coeso, firme e determinado na recusa da ocupação e manobras diversionistas internas e externas, pois a Flec não desistirá enquanto Cabinda não for um estado livre, soberano e independente respeitado enquanto Povo, Nação e Território distinto de Angola.

Cabinda, aos 23 de Março de 2007

Pela Flec

O secretário-geral

Joel Batila

O secretário nacional do Nkoto Likanda
Stéphane Barros

(c) PNN Portuguese News Network

<<http://www.ibinda.com/noticias.php?noticia=3211>>

Em notícia do mesmo mês de março de 2007, constata-se mais uma vez que uma ala da FLEC não aceitou o tratado de paz e que continuava com o movimento de libertação, considerando, ainda, que o local onde o de cujus iria trabalhar, Cabinda, estava com um problema humanitário grave e que a situação da população era péssima:

27-03-2007: FLEC quer reconhecimento da comunidade internacional

A Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC) apelou, à comunidade internacional para que apoie o seu reconhecimento e visite aquele território angolano para verificar “a violação dos direitos humanos”.

O secretário-geral da FLEC, Joel Batila, que está de visita a Portugal para se encontrar com membros de partidos políticos, disse ontem que a comunidade internacional deveria “assumir as suas responsabilidades sobre o conflito de Cabinda”.

A comunidade internacional deve encorajar e apoiar “uma solução internacional e democrática precedida do inevitável e necessário reconhecimento da FLEC”, salientou.

Joel Batila, que vive em França, adiantou que Cabinda vive, actualmente, “um problema humanitário grave” devido aos milhares refugiados angolanos que se encontravam na RD Congo e na República do Congo e que estão “a ser forçados” a regressar ao enclave, no seguimento da assinatura do Memorando de Entendimento visando a pacificação no enclave.

Além dos refugiados, o secretário-geral da FLEC disse ainda que “a situação em Cabinda é péssima e tem vindo a piorar”, pois a população “só pode deslocar-se para os campos acompanhada pelos militares”.

Segundo Batila, os deputados do Parlamento Europeu e de Portugal deveriam deslocar-se ao enclave para ouvir a população e ver “o estado de degradação permanente dos direitos humanos”.

Durante a estada em Portugal, Joel Batila quer também explicar aos políticos portugueses as razões que levaram a FLEC a rejeitar o Memorando de Entendimento assinado a 1º de Agosto de 2006 entre as autoridades angolanas e o presidente do Fórum Cabindês para o Diálogo (FCD), António Bento Bembe.

O memorando tem como objectivo acabar com a guerra no enclave, mas a FLEC não reconhece legitimidade a Bento Bembe para assinar a paz com o Governo angolano, pois já tinha sido exonerado do cargo de líder do FCD pelo presidente da FLEC, Henriques N’Zita Tiago.

Assim, a FLEC recusa aceitar “qualquer acordo que não seja negociado com os líderes políticos cabindas”, afirmou Joel Batila, acrescentando que foram excluídos do processo “a sociedade civil, a igreja e a própria FLEC”.

O enclave de Cabinda, de onde provém a maior parte da produção petrolífera de Angola, é palco desde 1975 de uma luta armada independentista liderada pela FLEC, que alega que o território ainda é um protectorado português nos termos do Tratado de Simulambuco.

O Tratado de Simulambuco, assinado a 1 de Fevereiro de 1885, serviu para Portugal defender, na Conferência de Berlim, a decorrer na altura, os seus direitos sobre Cabinda, território que era pretendido pela França, Reino Unido e Bélgica.

Fonte: Agência Lusa: <http://www.angoladicas.com/notices_detail.asp?ID=9157&a=1>

Na realidade, desde o ano de 2006 que os separatistas não aceitavam o acordo de paz, uma vez que consideravam que não houve a soberania de Cabinda:

Independentistas rejeitam acordo de paz sobre Cabinda em Angola

Paris, França (PANA) — O presidente da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC), Henriques N’Zita, considerou “nulo” o Memorando de Entendimento para a paz e reconciliação nacional neste enclave petrolífero angolano a ser oficialmente assinado esta terça-feira no Namibe, sudoeste do país.

Rubricado a 15 de Julho último em Brazzaville, o memorando vai definitivamente ser assinado no Namibe entre o governo angolano e diferentes movimentos independentistas de Cabinda agrupados no seio de uma frente denominada Fórum Cabindês para o Diálogo (FCD).

“A FLEC recebeu o mandato do povo de Cabinda e da sua diáspora para dizer que este acordo é nulo. A FLEC não reconhece a legitimidade de Bento Bembe que conduziu as negociações em nome do FCD”, afirmou.

Falando numa conferência de imprensa organizada segunda-feira na capital francesa, N’Zita pediu a abertura de novas negociações sob a égide da União Africana e das Nações Unidas.

“Consideramos, na FLEC, que as negociações que desembocaram no Memorando que será assinado amanhã (esta terça-feira) não respeitaram as normas de lealdade e de transparência. Apelamos hoje à UA e às Nações Unidas para assistir este processo e criar as condições para novas discussões entre o governo angolano e os representantes do povo de Cabinda”, afirmou N’Zita.

Estimou que “qualquer negociação entre o Estado angolano e os movimentos independentistas de Cabinda deve fazer-se no respeito da soberania de Cabinda”.

“Cabinda era um protectorado português. Nunca fez parte integrante de Angola. Este enclave foi invadido por Angola que enviou tropas que semeiam a violência e o medo. Estamos prontos para esquecer todas estas vicissitudes para discutir com Angola na condição de o governo angolano considerar Cabinda como um Estado soberano”, insistiu o chefe independentista.

Paris — 01/08/2006

<http://www.panapress.com/freenewsport.asp?code=por000122&dte=01/08/2006>

Todas essas notícias demonstram que Cabinda, região onde a demandada foi trabalhar com seus empregados, não era um campo de paz, um campo de tranquilidade onde os únicos problemas eram de furtos, roubos, saques. Ao contrário era um lugar que tinha uma frente separatista que usava a guerrilha para atingir seus objetivos.

A demandada foi explorar o petróleo da região de Cabinda, visto que havia sido vencedora numa licitação.

A pesquisa na rede mundial de computadores demonstra que o petróleo, abundante na região, não era motivo de orgulho ou de libertação da população de Cabinda. Na realidade, o petróleo era considerado a causa da não libertação de Angola. Tal fato resta muito claro no texto *O Petróleo ou Maledicção escrito em 17 de abril de 2007, oito meses antes do ex-empregado ser atingido.*

O Petróleo ou Maledicção

17-Apr.-2007

O Decreto-Lei português emitido a 10 de julho de 1957, autorizava a Cabinda Gulf Oil Co. o monopólio de pesquisas e derivados de petróleo, no Enclave de Cabinda por três anos de prospecção e 50 anos de exploração.

A descoberta de petróleo de Cabinda nos anos 50 e a sua primeira exploração e exportação nos anos 60 atribuiu ao Território de Cabinda um lugar estratégico vital e fundamental nesses anos ditos de guerra fria no curso dos quais o mundo era dividido em dois blocos antagônicos Leste e Oeste. Está efectivamente foi o regime colonial português que tinha negociado e assinado todos os primeiros contratos de exploração mineira com as multinacionais petrolíferas e que Portugal é, parece, hoje substituído pelo regime néocolonialista angolano.

Devido à esta descoberta e às alianças estratégicas, Portugal decidiu ignorar os Acordos de protectorado assinados com o povo cabindês. **O petróleo, um recurso natural que constitui um produto muito útil para o desenvolvimento econômico e social dos povos, revelou-se como uma fonte de maldição e um motivo de proposta e sofrimentos diversos impostos ao povo cabindês.**

Desde o início de sua pesquisa e exploração em 1954, o petróleo de Cabinda suscitou muitas cobiças. Várias multinacionais petrolíferas compartilham-se o subsolo do território de Cabinda com a garantia de boa reserva de derivados do Gás LPG para além de 2040. De entre os empresários e ao mesmo os exportadores figuram com as partes, a SONANGOL com 41%, CHEVRON com 39%, ELFTOTALFINA com 10% e AGIP com quase 10%. Neste momento, estas companhias desembolsam somas enormes para a continuação da prospecção de águas profundos e sobre terra à Dingo e nos arredores mesmo de Tchiovwa.

É importante recordar, que o cúmulo do paradoxo, na época da hegemonia Leste-Oeste, a URSS e os EUA chegavam a acordar-se para proteger e preservar os seus interesses em certo número de países ou territórios concedendo ao mesmo tempo o seu apoio “aos movimentos” ditos revolucionários que opunham militarmente em

nome das ideologias. Era certamente o caso da Eritreia e o conflito a Cabinda-Angola.

Num livro intitulado “No segredo dos Príncipes” editado na França em 1986 às Edições Existência, o Sr. Alexandre de Marenches que dirigiu durante quase onze anos os serviços secretos franceses diz isso “... uma das principais desgraças de Savimbi e a resistência angolana, é que o regime angolano é financiado em grande parte pelos rendimentos do petróleo regulados pela companhia Gulf-Oil americana que explora o petróleo no enclave de Cabinda... Nós temos fotografias que mostram os engenheiros da Gulf-Oil em Cabinda, a embarcarem num avião militar cubano, protegidos por soldados cubanos com armas... é uma das contradições de um conflito essencial”. Com estas frases o Sr. Marenches permitiu-se então dizer claramente e em bom tom o que parece ser as razões da anexão do território de Cabinda à Angola.

Neste ano de 2007, as companhias petrolíferas apresentaram números record de benefícios das suas actividades através do mundo afora e que concomitantemente a Angola é indicada para tornar-se o primeiro produtor do ouro preto em África, as populações do território de Cabinda são humilhadas, despojados e são mortas como insectos enquanto que membros do Governo de Luanda compartilham-se, sem escrúpulos, os privilégios do monopólio das exportações de petróleo e derivados que lhes são atribuídos graciosamente, pilham e desviam fundos consideráveis que provêm dum sistema contrabandista que instalaram em Cabinda.

E, isso dá direito às forças armadas angolanas de equiparem-se militarmente e bombardear diariamente as aldeias em Cabinda causando a morte dos civis inocentes e o afluxo dos refugiados nos países vizinhos de Cabinda. As armas, a violência

e a opressão podem vencer, mas não poderão nunca convencer.

Após o regresso dos cubanos em 1992, as companhias petrolíferas, que doravante protegem as suas plataformas, observam até agora um grande silêncio e fazem a surda d’orelha face às reivindicações do povo cabindês. No Malongo, o acampamento ou aldeia onde trabalha e habita o pessoal das companhias petrolíferas, a vida de luxo que lá se vive frisa a vergonha perante a vida diária de miséria indescritível das populações cabindesas que habitam menos de quinhentos metros do acampamento. É incompreensível de ver os aldeãos cabindeses fazer a coluna para comprar apenas um litro de petróleo para a sua lâmpada.

Em 2004, aquando do seu pomposo perípulo a Washington nos EUA onde foi recebido pelo Presidente George W. Bush, o Sr. José Eduardo dos Santos, Presidente do MPLA e da República da Angola tinha assinado, com a Companhia Cabinda Gulf, a sucursal de Chevron-Texaco, a renovação da concessão do “Bloco Zero” ao largo do território de Cabinda. A produção deste Bloco é de aproximadamente 5.000 barris/diária e é um acordo cuja expiração chegará até 2030. A esta ocasião, o Governo Luanda fez saber que a Chevron-Texaco, grande grupo petrolífero americano, lhe tinha concedido a assinatura dum bónus de aproximadamente \$ 210 milhões de dólares americanos, assim como um bónus dito social de \$ 80 milhões de dólares americanos dos quais uma parte era prevista para ser investida “na província de Cabinda”. Ninguém em Cabinda viu passar esse dinheiro e é necessário notar mesmo assim que a pobreza golpeia mais de 80% da população de Cabinda, apesar de sua riqueza do solo e subsolo nomeadamente o petróleo e a madeira.

O escândalo da exploração das riquezas de Cabinda excede qualquer medida e é um caso único na história do colonialismo e

neocolonialismo. Deve revoltar qualquer espírito imbuído de bom-senso e humanismo. O território do Cabinda é refém devido aos seus numerosos poços de petróleo hipotecados ou vendidos pelo poder Luanda com a consideração e conhecimento dos sucessivos Governos de Portugal.

Em suma, se em Washington, Lisboa, Paris, Londres, Roma, Bruxelas, Moscovo, Libreville, Brazzaville e Kinshasa, **as chancelarias diferem nas suas análises a respeito do Cabinda, são bem conscientes da precisão da causa cabindesa embora para algumas delas a admissão de Cabinda no concerto das nações livres e independentes contrarie os interesses de Angola e os próprios grupos petrolíferos.** O petróleo que rasga nações inteiras chega a esgotar-se mas a história e os direitos inalienáveis de um povo permanece jamais irreversível porque é difícil e até impossível erradicar a consciência nacional de um povo e, neste caso do povo cabindês. (http://www.flecnoticas.com/index.php?option=com_content&task=view&id=17&Itemid=93&lang=pr>

O artigo escrito oito meses antes do ex-empregado ser assassinado demonstra claramente que o petróleo é considerado uma maldição, uma vez que é a causa da não libertação da província de Cabinda, que a população vive em extrema pobreza e que as companhias petrolíferas **“observam até agora um grande silêncio e fazem a surda d’orelha face às reivindicações do povo cabindês”.**

A demandada, por seu turno, alega na defesa que não sabia de tais fatos.

A pesquisa na rede mundial de computadores demonstra que muito antes de 2007, ano em que o marido e genitor dos autores foi assassinado, o petróleo e as empresas multinacionais que o exploravam não eram vistos com bons olhos por aqueles que queriam se libertar da situação de exploração.

Em 2002 foi escrito um relatório elaborado por jornalistas e integrantes de ONG angolanas,

cujo título era TERROR EM CABINDA. No citado relatório as empresas multinacionais, exploradoras do petróleo da região, são consideradas como cúmplices silenciosas da situação de violência e pobreza que vivia a população.

Comissão Ad-Hoc para os Direitos Humanos em Cabinda

Coligação pela Reconciliação, Transparência e Cidadania

Terror em Cabinda

1º Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos em Cabinda

10 de Dezembro 2002

1. Introdução

Cabinda, a província mais ao Norte de Angola, é um território de 7.270 km², situado na costa, entre as Repúblicas do Congo-Brazzaville e Congo Democrático. Tem uma população estimada em mais de 300.000 habitantes.

Desde a independência de Angola, em 1975, guerrilheiros independentistas, da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC), opõem-se, pela via militar, às forças governamentais. Os independentistas argumentam que Cabinda não é Angola, e defendem que o território foi ocupado e anexado, sem fundamentos legítimos, pelo Governo de Angola e lutam pelo reconhecimento do seu direito à autodeterminação. Por seu lado, o Governo sustenta que Cabinda “é parte integrante e inalienável do seu território”, e empreende uma escalada militar para acabar com a guerrilha, pela força das armas e, por essa via, pôr termo às reivindicações independentistas.

Uma característica do conflito de Cabinda é a sua amplitude, apesar de ser assumido, em termos puramente militares, como sendo de baixa intensidade. Outrossim, é o facto da população de Cabinda afirmar-se, na sua quase totalidade, como simpatizante da causa a favor da sua autodeterminação.

O Governo, na voz do Presidente da República, garantiu, em Outubro passado, a

resolução pacífica do conflito em Cabinda, com a concessão de um estatuto de autonomia. Na mesma linha, o secretário-geral do MPLA, João Lourenço, afirmou, a 18 de Setembro de 2002, que o seu partido e o governo garantem a autonomia à Cabinda, mas nunca a independência. No mesmo dia, a UNITA, como maior partido da oposição defendeu, oficialmente, na Conferência sobre a Agenda de Paz e Reconciliação Nacional, a autonomia de Cabinda. A FLEC também já se manifestou a favor do diálogo como via de resolução do conflito.

Contudo, assiste-se a uma intensificação das acções militares em Cabinda, desde o início da grande operação militar das FAA, a 10 de Outubro de 2002. Notam-se, sobretudo, os acessos de fúria, vingança e violações contra os civis, uma vez que os guerrilheiros estão largamente dispersos pelo território, em pequenos grupos.

Não obstante todas estas evidências, assiste-se a um silêncio cúmplice e inacreditável da comunidade internacional e, em especial, das companhias petrolíferas sediadas no enclave.

Cabinda tem uma produção petrolífera, estimada em 700.000 barris por dia, o que corresponde a cerca de dois terços das receitas anuais do Estado angolano.

<http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_dh_cabinda.pdf>

Ainda em 2002 e em face do relatório TERROR EM CABINDA, o jornalista Adelino Gomes fez um resumo do mencionado relatório, onde se verifica claramente a acusação às multinacionais petrolíferas sobre a situação de cumplicidade de violência e pobreza que vivia a população, tendo o citado jornalista informado que outro relatório mais detalhado seria publicado e sob o título **Cabinda: Petróleo de Sangue, o que demonstra sem sombra de dúvida a implicação do petróleo e das empresas que o explorava na situação da população, segundo os cabindeses:**

Luanda viola direitos humanos em Cabinda e petrolíferas são cúmplices

Adelino Gomes

A situação no enclave é de terror de Estado, diz um relatório de ONG, sindicatos e personalidades angolanas.

Mas a FLEC, Portugal, EUA, França, Itália e a ONU não saem imunes de um extenso rol de crimes militares e políticos denunciados no documento

Cabinda vive em “estado de sítio não declarado”, no qual o Governo e as Forças Armadas angolanas não respeitam os direitos à vida e à cidadania dos suspeitos de ligação ou simpatia com forças independentistas. Do lado das organizações de guerrilha, que se opõem pela via militar, à integração em Angola, registam-se igualmente graves violações dos direitos humanos.

Um relatório assinado pelo jornalista Rafael Marques e por nove outras personalidades de duas ONG angolanas acusa ainda as multinacionais de petróleo instaladas no território de serem cúmplices desta situação e apela à ONU, EUA, França, Itália e Portugal que se abstenham de, “com o seu silêncio”, legitimarem estas práticas “sistemáticas”, pois que os respectivos interesses “petrolíferos e geopolíticos” não podem ser preservados “à custa de tamanhas atrocidades”.

O relatório ontem divulgado sob o título “Terror em Cabinda” elenca, ao longo de 27 páginas, dezenas de execuções sumárias, fuzilamentos e assassinatos, desaparecimentos, detenções arbitrárias, torturas, abusos sexuais, destruições e pilhagens, perpetradas na sua maioria nos últimos dois anos, com especial incidência no período que se seguiu ao início de uma grande operação militar das Forças Armadas de Angola (FAA), em 10 de Outubro passado (ver caixa).

Apesar das autoridades terem garantido recentemente a resolução pacífica do conflito, “assiste-se a uma intensificação das acções

militares” no território, refere o relatório. “Qualquer ataque da guerrilha a um alvo militar” provoca de imediato “violentas represálias” contra a população da aldeia mais próxima.

Os militares impõem limites horários para a população acarretar água, lavar, banhar-se, pescar e navegar no rio Luali, o maior de Cabinda; “muitas aldeias têm sido arrasadas, forçando os seus habitantes a refugiar-se nas matas”; enquanto que outras aldeias do município sede de Cabinda “estão a ser alvo de estranhos fluxos de repovoamento com famílias provenientes do sul de Angola”, como forma de “misturar a população” e melhor a controlar.

De uma maneira geral, denunciam os signatários, as populações do interior “são informalmente obrigadas a apoiar, na ordem logística, o esforço de guerra”. No Maiombe, a região onde a guerrilha opera preferencialmente, os homens não podem dedicar-se à caça e as mulheres são obrigadas a deslocar-se às lavras acompanhadas pelos militares, que em muitos casos as obrigam a cozinhar para eles. “Há, por vezes, execuções sumárias, espancamentos e torturas, destruição de casas e pilhagens dos bens dos aldeões”.

Nações Unidas são “co-responsáveis”

Por sua vez, a guerrilha independentista, “sempre que pode, usa a estratégia de rapto a cidadãos estrangeiros como forma de pressão política e de obtenção de fundos” — 10 portugueses, entre os 13 raptados nos últimos dois anos e meio. O relatório denuncia ainda a decapitação pela FLEC de uma mulher “acusada de activista e mobilizadora popular a favor do MPLA e do governo”, e o assassinato de um enfermeiro, envolvido numa campanha da vacinação contra a poliomielite e a quem os raptadores acusaram de “fazer campanha política a favor do MPLA”.

(...)

O relatório insta a multinacional petrolífera norte-americana ChevronTexaco a que ponha termo “à cumplicidade em permitir interrogatórios policiais no campo petrolífero do Malongo”.

As Nações Unidas “são co-responsáveis morais pelo silenciamento da continuação da guerra em Cabinda ao subscreverem, sem reservas, as teses do governo sobre o fim total da guerra no país” acusam os signatários, a concluir o relatório, pedindo a Portugal, EUA, França e Itália, “cujas multinacionais operam em Cabinda”, que adoptem “uma postura mais respeitadora em relação à vida das populações locais” e se abstenham de legitimar, “com o seu silêncio”, as “sistemáticas violações dos direitos humanos no enclave e, um pouco por toda Angola, “seja a que pretexto for”.

A guerrilha actua no enclave de Cabinda desde 1975, através, neste momento, de duas frentes — a FLEC-FAC, dirigida por Nzita Tiago, que reside há longos anos em Paris, e a FLEC-Renovada, comandada por António Bento Bembe.

Os 10 signatários, seis dos quais residem em Cabinda, prometem divulgar “oportunamente” um “mais exaustivo e detalhado” relatório com o título de “Cabinda: Petróleo de Sangue”.

(In *Público*, Quinta-feira, 12 de Dezembro de 2002; editado por Fernando Figueiredo, em 12 de Dezembro de 2002, no fórum *Unica Semper Avis*)

<http://www.angelfire.com/pq/unica/forum_2002_adelino_gomes.htm>

Artigo do ano de 2005 mais uma vez demonstra a insatisfação da Frente de Libertação com as empresas multinacionais exploradoras de petróleo e com um claro aviso da guerrilha “Os barris de petróleo também explodem”. No ano de 2004, inclusive, havia o comunicado da FLEC de prejudicar os interesses estrangeiros:

Em Foco Março de 2005

Cabinda - Os barris de petróleo também explodem

Por: CARLOS NARCISO, *Jornalista*

A FLEC-FAC e a FLEC Renovada prescindiram do que as dividiu no passado e decidiram privilegiar o que as une: a libertação de Cabinda da submissão a Angola. A guerra continua. E a guerrilha já lançou um aviso: “Os barris de petróleo também explodem.”

A guerra civil acabou já lá vão dois anos, mas o Governo de Angola ainda não controla a totalidade do país. Em Cabinda ainda se combate, nomeadamente na floresta do Maiombe, onde se refugiam os guerrilheiros da FLEC. Mas dentro de Cabinda há outro local onde nem Governo nem guerrilha têm qualquer controlo. É a base do Malongo, terra governada pela multinacional petrolífera Chevron Texaco. Malongo está separado do resto do território por uma fronteira delimitada e intransponível. É, talvez, a fronteira mais protegida e defendida do território angolano. É algo comparável ao muro em construção que vai separar Israel da Palestina. Entre o Malongo e o resto de Cabinda há um muro de arame reforçado por campos de minas, tudo guardado e patrulhado por uma empresa de segurança privada, um batalhão policial e duas unidades militares. Em Malongo só entra quem a Chevron quer.

Nesta vasta área continental estão os tanques de armazenamento de crude, além da base logística e administrativa da exploração. Mas o Malongo tem, também, uma enorme zona marítima igualmente sob a tutela da companhia petrolífera. É lá, no mar, que estão as plataformas petrolíferas que sugam o crude de dentro da terra. Em toda essa zona, o tráfego marítimo está totalmente proibido, mesmo as actividades piscatórias das populações da zona.

Luta armada e desobediência civil

O povo em Cabinda diz que o Malongo é “território americano”. De lá saem, diariamente, cerca de 700 mil barris de crude. É quase um barril por habitante de Cabinda. Podiam ser todos ricos, em Cabinda, mas o povo continua a viver mal e não se trata só de pobreza, mas, também, de repressão. (...)

Dois anos de “operação vassoura”

Apesar dos 700 mil barris de crude extraídos diariamente de Cabinda, ninguém nota que a sua vida tenha mudado para melhor. A rede eléctrica, por exemplo, está velha e cansada e a maior parte das vezes não funciona. A rede escolar ainda é mais deficiente. A rede hospitalar talvez seja mesmo a pior de todas. E Cabinda tem apenas dez mil quilómetros quadrados de área, um milhão de habitantes estimados. É um território pequeno, deveria ser fácil administrá-lo eficientemente. Mas não. **A única coisa que parece importar é manter oleada a “máquina” da extracção petrolífera e a motosserra dos madeireiros. A exploração do petróleo e o derrube imparável da floresta tropical estão a envenenar o ambiente, de tal modo que os rios estão poluídos, a água é imprópria para consumo, a desertificação avança e a biodiversidade está seriamente ameaçada. Por tudo isto, as condições de vida da população não melhoraram nos últimos 30 anos sob administração angolana.**

A agravar as precárias condições de vida das populações está a situação de guerra que se mantém no território. O exército angolano, num esforço para sufocar a rebelião, martiriza as populações, talvez na tentativa de quebrar os elos de solidariedade que eventualmente existam com os que combatem nas matas. Há muitos casos de populações deslocadas, de agricultores obrigados a abandonar os seus campos. Há muitos relatos de torturas arbitrárias, de violações,

de assassinios sem castigo. Violência perpetrada no âmbito da chamada “Operação Vassoura” que foi levada a cabo pela tropa governamental nos últimos dois anos.

Tal como aconteceu na guerra contra a UNITA, o Governo optou pela solução militar e pretende a aniquilação total da guerrilha. O pior é que a resistência dos Cabindas jamais irá enfrentar de forma convencional o exército angolano e, assim, será muito difícil obter uma vitória total sobre eles. Ainda há pouco mais de um mês, na região de Nekutu, perto da localidade de Mbata-Lemba, uma coluna militar angolana foi atacada pela FLEC, tendo-se registado um número indeterminado de mortos e feridos. Uns dias antes, já no mês de Novembro, registaram-se mais três ataques da FLEC em Kata-Buanga, na região de Buco-Zau, também com vários mortos e feridos a lamentar. Como em Luanda não se reconhece esta situação de guerra, os acontecimentos não são relatados. Pretende-se passar para o exterior a imagem de que o território está apaziguado, mas a verdade não parece ser essa.

Causar o maior número possível de problemas ao inimigo parece ser a estratégia da FLEC, talvez na esperança de quebrar o moral dos soldados angolanos e provocar uma revolta militar no seio das forças armadas.

Prevalece a lógica da guerra

(...)

No último comunicado do ano de 2004, a FLEC avisa que poderá levar a luta armada das matas para as cidades e atacar interesses estrangeiros instalados no território. Os barris de petróleo também explodem, lembrou a FLEC. Até hoje, ainda não cumpriu essa ameaça e muitos duvidam que tenha capacidade logística para o fazer.

(...)

<<http://www.alem-mar.org/cgi-bin/quickregister/scripts/redirect.cgi?redirect=EEFyLEZuAFcSzzDJGz>>

Todas essas notícias extraídas da rede mundial de computadores demonstram que a situação de Cabinda, região rica em petróleo onde a demandada foi trabalhar e onde o ex-empregado Helano foi assassinado, era uma região de extrema instabilidade. Demonstram, ainda, que o material que a reclamada iria trabalhar, petróleo, era considerado a razão da não libertação da província por Angola e demonstram, ainda, que as multinacionais, como a reclamada, eram acusadas de cúmplices de toda a situação de violência e pobreza a que a população de Cabinda era submetida. A despeito da existência de vasto material na rede mundial de computadores acerca da guerrilha que operava na região, a demandada alega em sua defesa que desconhecia tal fato.

O ex-empregado Helano foi assassinado em Cabinda em 26 de dezembro de 2007.

Especificamente com relação ao ano de 2007, há várias notícias na rede mundial de computadores que demonstram a situação de instabilidade na região de Cabinda, inclusive com insatisfação com as multinacionais, chamadas sem escrúpulos, como se verifica na notícia abaixo, havendo, ainda, a constatação de que a FLEC não havia aderido ao tratado de paz do ano de 2006. A notícia abaixo foi veiculada na rede onze meses antes do ex-empregado ser assassinado:

01 de Fevereiro de 2007

FLEC - Assina: Stéphane Barros Mang'ga

2007-01-30 20:08:50

COMUNICAÇÃO DO SECRETÁRIO NACIONAL DO NKOTO LIKANDA

Memória e Nova consciência p/ uma dinâmica de vitória

Por ocasião da celebração do centésimo décimo segundo aniversário do Tratado de Simulambuco, a Frente de Libertação do Enclave de Cabinda, informa através do seu órgão supremo o Conselho Nacional do Povo de Cabinda/Nkoto Likanda, a comunidade internacional, a angolana e de Cabinda em

particular, a s/ posição política face aos recentes desenvolvimentos (fracassos, recuos e falta de adesão popular na implementação) do acordo fraudulento dito de paz em Cabinda conseguido por métodos antidemocráticos e inéticos e como não podia deixar de ser, rejeitado sem apelo nem agravo pela esmagadora maioria do Povo de Cabinda.

Este acordo que visa apenas expor os recursos estratégicos de Cabinda aos interesses selváticos do regime angolano de ocupação e das multinacionais sem escrúpulos, não atenta aos direitos e interesses básicos do Povo de Cabinda que passam pela justiça e dignidade política em primeiro lugar seguidas da paz dos corações (contrária à paz sitiada e musculada promovida pelo contingente militar angolano em Cabinda que prossegue em nome do memorando de entendimento e de um pretenso Estatuto Especial, a guerra do petróleo e de ocupação.

E, hoje, 01 de Fevereiro data histórica reafirmamos a identidade singular da entidade política e territorial de Cabinda distinta da de Angola conforme o reconhecimento da Sociedade das Nações, da Organização das Nações Unidas e da unidade africana hoje união africana, dando cumprimento ao espírito e a letra do texto do Tratado (art. 3º) que reproduz e traduz fielmente a vontade e o direito do Povo de Cabinda à independência que desejamos hoje mais do que no passado via acordo com Angola ou referendo de autodeterminação por não ter sido garantida como se impunha naturalmente via descolonização.

Cabinda, os Cabindas, e a Frente de Libertação do Enclave de Cabinda, dispensam em toda linha o actual processo de Paz e s/ premissas ilusórias por ser marginal, inconsistente e desajustado com o conceito de liberdade, de justiça e paz verdadeira partilhado pelo povo de Cabinda, e por reflectir e replicar a inexistência de seriedade

e boa vontade política de Angola na abordagem da solução p/ o conflito e p/ a guerra em Cabinda, demonstradas à sociedade em anteriores processos de conversações (Safica, Luanda, Namibia, Brazzaville, Libreville e Chicamba) encetadas pelo governo angolano e que ficaram marcadas pela suspeição permanente e falta de confiança, visão e objectividade nas propostas de Angola.

E, por considerarmos o memorando de entendimento assinado entre Angola e Bento Bembe como um acto de traição, indignidade e oportunismo político e logo ferido de morte porquanto o processo consubstancia uma solução marginal e marginalizante, ilegítima, ilegal, banal, exclusiva e sem concessões políticas, impõe-se uma solução internacional e democrática. Daí o apelo insistente da Flec e do Povo de Cabinda e a exigência de um enquadramento internacional superior junto do Novo Secretário-Geral das Nações Unidas, o Embaixador Ban Ki Moon (oriundo de um país a Coreia — que viveu a dramática experiência da ocupação Japonesa 1905-1945) p/ se demarcar das teses oficiais e enganosas, desprestigiantes e desacreditadas do Estado Angolano que se reclama de Direito e convive alegremente com uma flagrante situação de ocupação do território de Cabinda onde as s/ forças militares, paramilitares e agentes da polícia política continuam a praticar graves violações dos Direitos Humanos e crimes de guerra, contra a humanidade e contra o meio ambiente.

Enquanto não for dado provimento e cumprimento às reivindicações justas do Povo de Cabinda, a palavra de ordem é congregar e mobilizar vontades, talentos e recursos em torno da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda, da s/ Liderança e Direcção política e Estado-Maior operacional e resistir com toda energia e determinação contra a ocupação e à indiferença da comunidade internacional acomodada

aos factos consumados e à s/ incapacidade de indignação e de reacção perante a vergonha do escândalo político-financeiro e humano do conflito de Cabinda e do memorando de triste memória de (Entendimento) e da Paz vigiada e armada em Cabinda.

O Conselho Nacional do Povo de Cabinda (CNPC/Nkoto Likanda) confirma e garante que o Povo de Cabinda está mais do que nunca unido e reunido em torno da Flec(s/ único representante legítimo e histórico) e do s/ projecto humanista de emancipação política, de liberdade, justiça e paz e ainda de progresso social p/ Cabinda.

Feito em Cabinda, a 01 de Fevereiro de 2007.

Pela Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC)

O Conselho Nacional do Povo de Cabinda/ Nkoto Likanda.

Stéphane Barros Mang'ga.

SECRETÁRIO NACIONAL

<<http://www.ibinda.com/noticias.php?noticia=3062>>

Consta na rede mundial de computadores notícia em outubro de 2007, ou seja, dois meses antes do assassinato do esposo e genitor dos autores, onde há a alegação da existência de guerra na região onde a demandada estava trabalhando com seus empregados:

A guerra ignorada de Cabinda

05/10/2007

Publicado por: Xico Lopes Categoria: Angola, Comportamento, História, Imprensa, Jornais, Revistas e outras Publicações, Internacional, Militar, Política & Políticos, Segurança, África

É sempre a mesma coisa... Um dia, está se lutando pela independência, contra o opressor. Outro dia, está se lutando para oprimir! Bem dizer ontem, era Angola que lutava por sua independência, contra o jugo português, hoje...

Cabinda no Paris Match

Em 1980 uma das mais reputadas revistas francesas do mundo, Paris Match, dedicava cinco páginas a Cabinda. Uma reportagem assinada por Patrick Forrestier que se deslocou aos territórios controlados pela FLEC onde se encontrou com mais de cinco mil resistentes que combatiam o MPLA e os cubanos. Quase tres décadas depois, os cubanos partiram, o MPLA permanece, e a atualidade do título do Paris Match continua: “La guerre ignorée du Cabinda”... A guerra ignorada de Cabinda.

Guerrilha prossegue ofensiva em Cabinda

Enquanto António Bento Bembe deixou Cabinda para se instalar em Luanda integrando o Governo de Unidade e Reconciliação Nacional (GURN) onde assume as funções de Ministro sem pasta, a guerrilha cabindesa prossegue com as ofensivas no território.

Indiferente à ineficácia da aplicação do cessar-fogo e Memorando de Entendimento assinado entre a equipe de António Bento Bembe, ex-FLEC Renovada, e o Governo angolano, o presidente José Eduardo dos Santos decidiu nomear Bento Bembe como Ministro sem pasta afastando-o definitivamente de Cabinda para um posto já considerado como efêmero e sem qualquer poder real.

“Angola é o único país do mundo onde não existe a lei da gravidade”, ironizou um empresário de Luanda, “nunca ninguém cai numa hierarquia mas sobe sempre, mesmo quando é posto na prateleira, isto vai prosseguir até à explosão do sistema. Bento Bembe está agora mais isolado que nunca, é um acessório deste mesmo sistema... mas por um período efêmero devido às eventuais eleições em Angola e às lutas internas no MPLA que podem pôr tudo em questão”.

Segundo declarações de Bento Bembe as nomeações efetuadas “demonstram a seriedade do presidente, José Eduardo dos Santos e

do governo angolano em relação aos acordos assinados”, estes acordos previam um cessar-fogo em Cabinda, prometido em Chicamba por Maurício Zulo, ex-FLEC Renovada, recentemente nomeado vice-chefe do Estado-Maior General das Forças Armadas de Angola (FAA) para a área social. Mas a realidade no território é outra e as ofensivas da guerrilha estão longe de cessar.

“A dita seriedade do presidente angolano realçada por Bento Bembe privilegia apenas o grupo restrito de amigos próximos de Bento e não Cabinda. Estes agora fazem parte da engrenagem da ditadura do MPLA e nunca irão pôr em causa os seus novos postos para defenderem os interesses dos cabindas” declarou um ativista de Cabinda, “desde a assinatura dos supostos acordos, Bento Bembe ou qualquer outro membro da sua equipe nunca fizeram qualquer alusão ou condenaram a repressão de Angola em Cabinda, nem as violações dos Direitos Humanos no território. Manifestamente não querem pôr em causa os seus novos, mas frágeis, empregos que aceitaram sem terem habilitações ou capacidades para os assumirem” disse.

A guerrilha multiplica as ofensivas

Na segunda quinzena de setembro, uma viatura militar das FAA foi atacada por um comando na área de Mongo Malelo, comuna de Bucu Zau, causando quatro mortos e 15 feridos nas forças angolanas. A cerca de cinco quilômetros de Chicamba, local escolhido pela equipe de Bento Bembe para a assinatura do cessar-fogo, entre as localidades de Tchiluiti e Gomongo, um comando da região do Massabi da FLEC atacou quatro soldados angolanos dos quais três morreram. Segundo o comandante operacional Maymona durante a operação a Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC) recuperou duas espingardas automáticas AKM números 3170556 e 1118330.

Fonte: Ibinda

Technorati Marcas: Angola, Cabinda, FLEC, António Bembe, José Eduardo Santos, Paris
<<http://visaoglobal.org/2007/10/05/a-guerra-ignorada-de-cabinda/>>

Ainda no mês de outubro de 2007, consta notícia na rede mundial de computadores datado do dia 18 onde se considera que Cabinda **“é um inferno para os angolanos”**. É clara a menção à guerrilha na região e a atividade da FLEC, que, dois meses depois, fuzilaria o genitor e esposo dos autores, conforme assumido pela própria facção:

Cabinda: “Isto é um inferno para os angolanos”

2007-10-18 19:12:59

Cabinda — Angola continua a negar a existência de uma guerrilha activa no interior de Cabinda, a equipa de António Bento Bembe defende a mesma teoria com o intuito de manter válidos os seus compromissos com Luanda. Na realidade a Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC) está operacional e recebeu a PNN nas suas bases no interior de Cabinda.

Uma rajada de metralhadora seguido de vários tiros isolados durante mais de uma hora. “Não há problema” garantiu Asas, um dos comandantes da FLEC na região centro de Cabinda, “são tiros do inimigo, eles nunca sabem onde estamos, e a patrulha das FAA tem de gastar munições para não voltarem ao quartel como o mesmo número de cartuchos”. Passado o tiroteio, onze guerrilheiros levantaram-se e prosseguiram a caminhada pelo mato.

“Se houvesse uma estrada que ligasse Cabinda a Angola, todos os soldados angolanos já tinham partido a pé para casa” disse Pirilampo sorrindo. “Isto é um inferno para os angolanos. Os soldados já compreenderam que é impossível nos localizarem e quando eles se aproximam das nossas bases o Maiombe é a nossa fortaleza”, prosseguiu

Pirilampo enquanto caminhava com a sua Galil ao ombro, “eles ficam presos nos pântanos e tornam-se num alvo fácil, enquanto eles desperdiçam munições, nós poupamos, e nos pântanos basta uma bala por soldado inimigo. Nós já ouvimos muitas vezes os soldados se recusarem atravessar os pântanos, e dizem ao oficial para atravessar ele primeiro, o que nunca acontece. Então dispararam para todos os lados e retiram enquanto nós observamos a cena”.

“É verdade” confirmou rindo “Leão”, jovem guerrilheiro de 22 anos, “eles falam mal português, em vez de “sim” dizem “ya”, em vez de velho é “kota”, além disso fumam muito e pelo cheiro não é difícil saber por onde andam ou por onde passaram”. Em silêncio “Anti Tanque” empunhando a sua RPG7 ouvia “Leão” e ria confirmando com a cabeça.

Mais de sete horas de marcha contínua, assediados constantemente por mosquitos, moscas filar e “bisondis”, evitando as várias minas colocadas por Angola, chegamos finalmente ao Comando da base de Inhuca, depois de ter passado vários pontos avançados de vigias e protecção que constituem o perímetro de segurança.

Apesar da importante superfície ocupada pela base a densa mata constitui a melhor camuflagem. Nenhuma base permanece longos períodos no mesmo local e são continuamente transferidas mantendo-se sempre na mesma região militar. O facto de receberem um “branco” obrigou à deslocação imediata da base para outro local após a reportagem.

Contrariamente às informações difundidas por Angola que garantem que “já não existe uma guerrilha activa no interior de Cabinda”, o Comando da base de Inhuca alberga mais de duas centenas de guerrilheiros os quais substituem diariamente outros que estão na frente de combate, “estamos presente em todo o território”

confirmou o primeiro chefe adjunto do Chefe de Estado-Maior Geral das Forças Armadas de Cabinda, Silvestre Luemba, aliás Comandante SL.

A rigorosa organização, disciplina militar e respeito das hierarquias na base contraria também as notícias difundidas por Luanda que tenta qualificar a FLEC de “bandidos e terroristas”.

Ainda não conseguira o sol penetrar pelas brechas das árvores do Maiombe dezenas de guerrilheiros se apresentam em formatura na parada da base e perante os superiores entoam o “hino nacional”: “Cabinda pátria imortal a tua glória está nos teus filhos, baluarte invencível...”

Logo após o hino são afixadas numa árvore junto à parada as ordens de serviço do dia e as missões. Entretanto chegam guerrilheiros da “frente” que foram substituídos por outros que tomaram posições durante a noite.

Começa mais um dia na guerrilha do interior de Cabinda enquanto nos luxuosos escritórios de Luanda o Governo angolano insiste que ela “já não existe”.

Rui Neumann (Foto Rui Neumann)

(c) PNN Portuguese News Network

<<http://www.jornaldigital.com/noticias.php?noticia=14990>>

No mês de novembro de 2007, um mês antes do ex-empregado ser assassinado, já constava na rede mundial de computadores notícia de que a aludida FLEC ameaçava empresas em Cabinda e que já havia atacado duas madeiras e a antena de uma outra empresa. Constavam, ainda, que as empresas eram consideradas inimigas porque eram considerados cúmplices dos angolanos.

2007/11/04

FLEC ameaça empresas em Cabinda

Cabinda — A Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC) afirmou que

as empresas a operar em Cabinda correm riscos de serem atacadas e acusam as mesmas de cumplicidade com Luanda. “Portugal é um alvo”, garantiu um guerrilheiro.

“A FLEC não assume a protecção das empresas estrangeiras em Cabinda” declarou o comandante Claver Lila “Jalinca”, chefe da comissão político-militar do Centro e Sul, à PNN.

“Em Cabinda há uma guerra a decorrer, e as empresas que estão a operar aqui estão a sustentar Angola e a ajudar Luanda a atacar os cabindas. Assim, qualquer situação que aconteça a estas empresas não será responsabilidade da FLEC, mas sim dessas sociedades que sabem que Cabinda está em guerra”, frisou.

“Uma empresa que está a trabalhar em Cabinda colaborando com Angola é um potencial inimigo do povo de Cabinda” sublinha Jalinca e alerta que “o ataque à empresa madeireira Abílio Amorim e Pereira Neves, assim como às antenas em Tchiowa poderá acontecer a qualquer outra empresa em todo o espaço do território de Cabinda”, exemplificou.

Segundo o mesmo militar, as Forças Armadas de Cabinda (FAC) estão presentes na totalidade do território e lembra que as empresas no enclave “devem encontrar os mecanismos próprios para ajudar a encontrar uma solução na resolução do problema de Cabinda, mas se são cúmplices dos angolanos estão a sustentar a guerra que Angola faz em Cabinda. A qualquer momento poderá acontecer um problema”.

“Qualquer empresa a operar em Cabinda tem de estar muito consciente que a autoridade em Cabinda é a FLEC” afirmou o comandante Pirilampo, “as empresas estrangeiras em Cabinda só estão a sustentar uma parte da elite MPLA que está a esvaziar o nosso território. Alertamos as empresas petrolíferas, madeiras, e outras, que os guerrilheiros da FLEC perderam a paciência, inclusive com Portugal”.

“Portugal é um alvo” confirmou Pirilampo justificando que “nenhum Governo português respeitou os acordos que estabeleceu com a FLEC. Enquanto a FLEC cumpriu totalmente tudo que foi acordado com o Governo de Lisboa”.

Pirilampo lamentou que os Governos em Portugal “decidiram cortar os contactos directos com a FLEC, assim vão ter de assumir perante o povo português a gravidade dos seus actos. Se a FLEC atacar empresas portuguesas a culpa é de todos os Governos portugueses e não nossa”, afirmou garantindo que as empresas lusas baseadas em Cabinda “correm um risco real. Um acordo impõe compromissos de ambas as partes, a FLEC cumpriu, Portugal não. Vamos atacar qualquer empresa que sustenta o Governo angolano”!

Para Pirilampo todas as empresas presentes em Cabinda “sabem que há guerra no território, e o único movimento que resiste contra a ocupação angolana é a FLEC presidida por Nzita Tiago. Nenhuma empresa desconhece a forma de contactar o presidente do movimento, a fim de evitarem incidentes” afirmou o mesmo responsável.

Durante a década de noventa a FLEC/FAC, presidida por Nzita Tiago, e a extinta FLEC Renovada, liderada por António Bento Bembe, efectuaram várias operações de captura de funcionários de empresas estrangeiras baseadas em Cabinda.

A falta de canais directos entre os Governos de origem dos trabalhadores e a resistência provocou o prolongamento do período de cativeiro dos mesmos funcionários. Para saída da crise foram estabelecidos vários compromissos entre os Governos e a resistência, os quais a FLEC acusa agora de não terem sido respeitados.

Fonte: Ibinda.Com

Escrito por Julinho em 23:41:09 | [Link permanente](#) | [Comments \(0\)](#) |

<<http://giuridicopolitico.blog.com/2007/11/?page=3>>

A notícia acima demonstra claramente que duas madeiras já haviam sido atacadas e que mais ataques iriam ocorrer. A notícia é do dia 04 de novembro de 2007. A demandada já estava na região desde o início do ano de 2007, como demonstram os relatórios de fevereiro e abril de 2007, fls. 122/198. É patente a ameaça às empresas estrangeiras na notícia e foi veiculada para o mundo cerca de dois meses antes do ataque ao ex-empregado.

Consta, ainda, na rede mundial de computadores notícia do dia 05 de novembro de 2007 onde mais uma vez se verifica que a FLEC, que mais tarde assumiria o atentado ao *de cujus*, faz novas ameaças às empresas estrangeiras.

FLEC ameaça empresas portuguesas Expresso (Pedro Chaveca)

Os militares que lutam pela independência do enclave de Cabinda já avisaram que as empresas a trabalhar nesse território poderão ser atacadas e sublinharam que “Portugal é um alvo”.

O comandante da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC), Claver Lila “Jalinca” em declarações feitas à agência noticiosa Portuguesa Network News (PNN), considerou que as empresas estrangeiras a operarem no território “estão a sustentar Angola e a ajudar Luanda a atacar os cabindas”, como tal sublinha que qualquer problema que possa acontecer a estas infraestruturas não será responsabilidade da FLEC, mas sim dos seus países de origem que sabem que o território está em guerra. “Uma empresa que está a trabalhar em Cabinda colaborando com Angola é um potencial inimigo do povo de Cabinda”, refere “Jalinca” que aproveita para sublinhar que a FLAC está representada em todo enclave, por isso não há lugares seguros para os colaboradores com o Governo de Luanda.

O mesmo dirigente militar sugere ainda que as empresas a operarem no pequeno

território “devem encontrar os mecanismos próprios para ajudar a encontrar uma solução na resolução do problema de Cabinda”. Contudo, se não o fizerem estarão a ser cúmplices dos angolanos e a contribuir para a guerra que Angola faz em Cabinda.

“A culpa é de todos os Governos portugueses e não nossa”. “Qualquer empresa a operar em Cabinda tem de estar muito consciente que a autoridade em Cabinda é a FLEC”, sustentou um outro comandante que preferiu anonimato e alertou que os militares a lutar pela independência do enclave já perderam a paciência com as empresas estrangeiras no território que “só estão a sustentar uma parte da elite do MPLA que está a esvaziar o nosso território”.

Agora, de companhias petrolíferas a madeiras são todas alvos, incluindo as portuguesas. “Portugal é um alvo” assegurou o militar e justifica: “nenhum governo português respeitou os acordos que estabeleceu com a FLEC. Enquanto a FLEC cumpriu totalmente tudo que foi acordado com o governo de Lisboa.”

O comandante acusa os vários executivos lusos de “cortar os contactos directos” com a frente militar, como tal “vão ter de assumir perante o povo português a gravidade dos seus actos. Se a FLEC atacar empresas portuguesas a culpa é de todos os Governos portugueses e não nossa”.

05 Nov 2007 Fonte: Expresso (Pedro Chaveca)

<http://www.angonoticias.com/full_headlines.php?id=17154>

No dia 22 de novembro de 2007, um mês antes do ex-empregado Helano Silva Araújo ser assassinado, constava notícia na rede mundial de computadores que a situação em Cabinda estava cada vez pior, inclusive com rapto de jornalistas e prisão de ativistas de direitos humanos:

João Soares e Maria Barroso em debate sobre direitos humanos

Internacional

2007-11-22 08:23

Os direitos humanos, a paz e a justiça social vão estar em debate sexta-feira em Lisboa, numa conferência organizada pela Associação Tratado de Simulambuco-Casa de Cabinda, que terá a participação de João Soares e de Maria Barroso.

A iniciativa pretende que aquele enclave angolano “não caia no esquecimento”, adiantou a organização.

“A situação em Cabinda está cada vez pior. Recentemente foi raptado um jornalista pelas Forças Armadas Angolanas, os activistas dos direitos humanos estão a ser presos ou têm de se exilar por uns tempos e as associações estão a ser ilegalizadas”, disse à Agência Lusa Manuela Serrano, dirigente da Associação Tratado de Simulambuco-Casa de Cabinda.

A associação decidiu organizar a conferência “Cabinda: Os Direitos da Paz” para “alertar para os problemas do enclave e sensibilizar as pessoas para não olharem só para o seu próprio interesse”, indicou.

“Queremos que esta situação não caia no esquecimento. Falar de direitos humanos em Cabinda é considerado um atentado contra os direitos de Estado”, disse Manuela Serrano.

Na conferência “Cabinda: Os Direitos da Paz” vão estar presentes o deputado socialista João Soares, a ex-primeira dama Maria Barroso, a jornalista Maria Antónia Palla, a ex-dirigente da UNITA Fátima Roque e o presidente da AMI Fernando Nobre, além de representantes do Comité de Apoio a Refugiados de Cabinda, da Amnistia Internacional, da UNITA, da Frente para a Democracia (FPD) e activistas dos direitos humanos.

A Associação Tratado de Simulambuco-Casa de Cabinda existe desde 2003 e conta com cerca de 130 associados.

Cabinda é um enclave angolano, limitado a leste e a sul pela República Democrática do Congo, conhecido pela significativa extracção petrolífera e onde decorre, há décadas, um conflito separatista entre o Estado angolano e a Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC).

Em 2006, o governo de Luanda e a FLEC assinaram um memorando de entendimento que visa o restabelecimento da paz no território. No entanto, o documento não é reconhecido por uma ala “rebelde” da FLEC, liderada por Nzita Tiago.

<<http://www.acorianooriental.pt/noticias/view/50664>>

São inúmeras na rede mundial de computadores as notícias sobre a guerrilha em Cabinda, sobre o fato de que a FLEC não havia aceito o tratado de paz assinado por Angola em 2006 e que continuava com o objetivo da separação do país africano, tudo antes de 26 de dezembro de 2007, data em que o ex-empregado foi atacado fatalmente.

As notícias acima demonstram que a lógica da guerrilha e do ataque às empresas estrangeiras é bem simples, repita-se. Desde 1975, os militares de Cabinda lutam para que a região rica em petróleo se separe de Angola. Cabinda, entretanto, é responsável por mais de 80% da produção de petróleo do país. Angola não permite a separação e sufoca a rebelião militarmente. A região de Cabinda é riquíssima. A população é pobre, faz fila para comprar um litro de petróleo para suas lâmpadas. As multinacionais se instalam na região, exploram as riquezas minerais dos cabineses. A população continua pobre. Os benefícios da exploração vão para os países das multinacionais e para Luanda, capital de Angola.

Angola não quer se separar de Cabinda, pois a região é sua maior fonte de renda com relação ao petróleo. Para os guerrilheiros, Angola é o inimigo e as multinacionais exploradoras de petróleo também o são, visto que, do seu ponto de vista, sustentam aqueles que

sufocam o seu desejo de libertação. Vê-se claramente nas notícias que as empresas são consideradas cúmplices da situação porque nada fazem pela melhoria da população, permanecem em silêncio, a despeito da precária situação da população e têm negócios com o governo central. O governo recebe dinheiro pela exploração da região de Cabinda, a população continua pobre e, para os guerrilheiros, as empresas estrangeiras sustentam a elite de Angola. Na realidade, as notícias veiculadas na internet demonstram que Cabinda era uma região de instabilidade política e militar, que já havia explodido diversas vezes, inclusive com ataques às empresas, tudo antes do assassinato do ex-empregado Helano Silva Araújo.

As notícias demonstram que antes do ex-empregado Helano Silva Araújo ser fuzilado, duas madeiras e uma antena de uma outra empresa já haviam sido atacadas. Demonstram, ainda, notícias de ameaças às multinacionais petrolíferas, como a demandada.

Apesar das notícias que demonstram a existência de guerrilha, a insegurança na região para as multinacionais petrolíferas, a demandada aduz que desconhecia tais fatos.

Após as ameaças, houve a concretização das mesmas com o esposo e genitor dos autores, conforme se verifica na notícia após o sinistro. Observe-se que na notícia abaixo há menção à notícia em que o comandante da FLEC “JALINCA” advertiu as empresas exploradoras de petróleo, notícia esta que foi transcrita linhas atrás:

Brasileiro morre nos combates

Cabinda: Guerrilha ataca empresa de prospecção petrolífera

2007-12-27 11:41:55

Cabinda – Após várias advertências a resistência em Cabinda atacou esta quarta-feira uma empresa de prospecção petrolífera Onshore instalada na zona de Inhuca a 45 quilómetros de Lândana, que provocou a morte de um paramédico brasileiro.

Após inúmeras advertências, nunca encarradas seriamente, às empresas que operam em Cabinda, às 12 horas desta quarta-feira, 26 de Dezembro, a resistência Cabinda atacou o Campo n/o 7, na zona de Inhuca, a 6 km do centro da comuna de Dinje e a 41 quilómetros de Lândana, sede do município de Cacongo, da empresa GRANT, especializada na prospecção sísmica. Durante a operação, perdeu a vida Elani, 25 anos, paramédico de nacionalidade brasileira.

Esta operação da guerrilha obrigou a uma “interrupção abrupta” nesta quarta-feira dos preparativos para a exploração do petróleo em terra na área do centro e norte de Cabinda e os trabalhadores receberam ordens de evacuarem de urgência da região. TRABALHADORES AFIRMAM TEREM SIDO ENGANADOS

Testemunha contactada pela PNN afirmou que Lândana, segunda cidade de Cabinda, “viveu nestes últimos tempos uma verdadeira azáfama” com a afluência de candidatos a postos na empresa GRANT.

“Muitos acorreram, na casa de António Gime, que este usurpou ao comandante da guerrilha Veras, na via que leva ao hospital municipal” afirma a testemunha, “para se inscreverem junto da empresa GRANT, cuja especialidade é a de prospecção sísmica. A promessa era de um contrato anual com futuras regalias” avança a mesma testemunha. “Todo aquele pessoal, de fato-macaco laranja, avançou para o Dinje e para outras zonas sem nenhum papel assinado”. A 25 de Dezembro, depois de um mês de trabalho para os últimos incorporados, apareceu a empresa CIMERICA de Alexandre Casimiro, ex-trabalhador do Malongo, com formulários de contratos “longe do prometido e que se limitava apenas a um mês”.

Segundo a mesma fonte “muitas mulheres lavadeiras abandonaram o emprego porque lavavam com as mãos os sujos fatos-macacos em troca de um salário de miséria e

que, ultimamente, por que todos deviam se fixarem no Dinje, deviam também garantir, elas mesmas, o seu alojamento e alimentação”.

Com a notícia da morte do jovem brasileiro, gerou-se a confusão. Foram chamados, com urgência todos os outros trabalhadores que se encontravam noutros campos, inclusive os de Chiaka. “Aí, trabalhadores já tinham escutado da boca do comandante-militar que ali era uma zona fértil em insegurança. Dizia que os comandantes da FLEC/ FAC Tractor, já mítico, e Esperança não cessavam de raptar militares das Forças Armadas de Angola (FAA), sem fazerem um tiro.”

No entanto, “a multidão de brasileiros, colombianos, mexicanos e outros latino-americanos andavam à vontade, animados quer pela protecção ingente de batalhões de FAA’s e de um corpo militar especializado de sul-africanos da IMANHA”, uma frágil segurança garantida pelos “discursos demagógicos dos líderes militares e políticos de Angola” reforçados pelas afirmações de Bento Bembe de “não haver guerra em Cabinda e que na mata não ficou ninguém”. **“Assustados e agastados com a morte do conterrâneo, o responsável do empreendimento, Edmilson, gritava e desafogava toda a sua dor. Dizia que tinham sido enganados e que tudo era treta. Ali estavam exaustos e com a perda de um grande técnico de doenças tropicais” relata testemunha. Pelas 15 horas, todos os funcionários estavam de regresso a Lândana.**

“Todos os expatriados, inclusive os sul-africanos que arrendavam os anexos do João Evangelista Capita partiram em debandada a cidade de Tshiowa. Atrás deixavam tentas por montar, matéria espalhada pelas matas, uma viatura queimada e outra danificado durante o ataque.”

AVISOS DA GUERRILHA

Em vários comunicados e declarações a guerrilha em Cabinda alertara que “ainda

há guerra no território” contrariando as informações oficiais difundidas por Angola.

A 10 de Outubro, em entrevista à PNN, o comandante Claver Lila “Jalinca”, chefe da comissão político-militar do Centro e Sul afirmara que “A FLEC não assume a protecção das empresas estrangeiras em Cabinda” acrescentando que “uma empresa que está a trabalhar em Cabinda colaborando com Angola é um potencial inimigo do povo de Cabinda”. Na mesma entrevista “Jalinca” sublinhava que as Forças Armadas de Cabinda (FAC) estão presentes na totalidade do território e lembra que as empresas no enclave “devem encontrar os mecanismos próprios para a ajudar a encontrar uma solução na resolução do problema de Cabinda, mas se são cúmplices dos angolanos estão a sustentar a guerra que Angola faz em Cabinda. A qualquer momento poderá acontecer um problema”.

No mesmo artigo o Comandante da guerrilha Pirilampo sublinhara também que “qualquer empresa a operar em Cabinda tem de estar muito consciente que a autoridade em Cabinda é a FLEC” e alertava “as empresas petrolíferas, madeireiras, e outras, que os guerrilheiros da FLEC perderam a paciência, inclusive com Portugal.”

Advertências que foram ignoradas por Angola que preferiu persistir na teses que “em Cabinda já não há guerra” minimizando a capacidade operacional real da guerrilha em Cabinda.

(c) PNN Portuguese News Network

<<http://www.ibinda.com/noticias.php?noticia=3790>>

O *de cujus* foi atacado porque era estrangeiro. Tal fato restou muito claro no depoimento das testemunhas. O ex-empregado foi o único que foi dada a determinação de tirar a roupa e depois foi o único que foi morto. O *de cujus*

estava acompanhado de dois angolanos, entretanto estes nada sofreram. O veículo que também pertencia à demandada foi incendiado. O ataque era ao empregado estrangeiro da reclamada e ao patrimônio da mesma.

Os depoimentos demonstram que somente o ex-empregado foi atacado e morto. Declarou a primeira testemunha apresentada pela demandada:

“que obtive informação do seu gerente de que o de cujus tinha ido para Dingo fazer um reconhecimento de linha, em um formigueiro que estava surgindo; que obtive informação de que o de cujus, o enfermeiro e o motorista foram abordados por algumas pessoas armadas; que as pessoas armadas retiraram o que tinha interesse no veículo e colocaram fogo na viatura; que a roupa do de cujus foi retirada pelas pessoas que estavam armadas e os mesmos mandaram o motorista e enfermeiro, que eram angolanos, ir embora e ficaram com o de cujus; que obtive informação que nesse meio-tempo um carro da empresa que faz permissória de trabalho vinha se aproximando no local onde estava os homens armados e o de cujus; que quando eles viram o veículo se aproximando atiraram no carro e dizem que deram mais dois tiros e fugiram; que quando foram disparados os tiros em direção ao carro o veículo voltou pelo caminho de onde vinha; que depois dos tiros os homens armados sumiram; que o pessoal do carro permissãoário comunicou a chefia da equipe, que estava a uns dois quilômetros, de que estava havendo um problema; que em vista desse fato a chefia se dirigiu ao local e lá chegando encontraram o de cujus no chão; que o motorista e o enfermeiro haviam desaparecidos do local.”

Como se verifica, somente o *de cujus*, que era estrangeiro, foi atacado, o que não ocorreu com os outros dois que eram angolanos e que foram liberados pelos homens armados.

Trata-se de cumprimento de uma ameaça dos guerrilheiros feita em novembro de 2007, conforme artigo anteriormente transcrito: “O comandante da Frente de Libertação do Enclave de Cabinda (FLEC), Claver Lila “Jalinca”, em declarações feitas à agência noticiosa Portuguese Network News (PNN), considerou que as empresas estrangeiras a operarem no território “estão a sustentar Angola e a ajudar Luanda a atacar os cabindas”, como tal sublinha que qualquer problema que possa acontecer a estas infraestruturas não será responsabilidade da FLEC, mas sim dos seus países de origem que sabem que o território está em guerra.” “Uma empresa que está a trabalhar em Cabinda colaborando com Angola é um potencial inimigo do povo de Cabinda”, refere “Jalinca” que aproveita para sublinhar que a FLAC está representada em todo enclave, por isso não há lugares seguros para os colaboradores com o Governo de Luanda. O mesmo dirigente militar sugere ainda que as empresas a operarem no pequeno território “devem encontrar os mecanismos próprios para ajudar a encontrar uma solução na resolução do problema de Cabinda”. Contudo, se não o fizerem estarão a ser cúmplices dos angolanos e a contribuir para a guerra que Angola faz em Cabinda”.

<http://www.angonoticias.com/full_headlines.php?id=17154>

Alega a demandada que não sabia que existia uma frente de libertação em Cabinda, que não teve culpa no sinistro e que o acidente decorreu de caso fortuito. Diz, ainda, que antes de se instalar em Cabinda fez um levantamento da situação da província, inclusive na área de segurança e que obteve informações da polícia e do exército que os problemas se referiam a minas terrestres da época da guerra civil e atos de furtos e saques.

Os relatórios juntados pela demandada, fls. 121/315, demonstram que a mesma fez pesquisa com relação ao impacto ambiental, demonstram, ainda, reconhecimento da área, condições

do comércio local, hospitais, porto, aeroporto, existência de explosivos.

Com relação à segurança e saúde, o relatório nos demonstra, fls. 185/186, que foram verificadas as instalações médicas locais e a presença de animais venenosos:

“Do reconhecimento da Ewan de 2005:

As instalações médicas são limitadas em Cabinda. Existe um hospital na cidade de Cabinda e a maioria das cidades têm um posto de atendimento médico, que não possui equipes de trabalho constante. A Chevron opera suas próprias clínicas no terminal de Malongo e na cidade de Cabinda, que são reportadas como bem equipadas para tratamentos limitados e estabilização de emergência, e pode autorizar o seu uso à ROC e funcionários das Empreiteiras. Qualquer tratamento médico grave requer a saída para Luanda, onde existem inúmeras clínicas particulares.

O conjunto regular de doenças tropicais é endêmico na região e as precauções regulares serão necessárias. A taxa de infecção por HIV é alta.

Animais venenosos, tais como cobras, escorpiões, aranhas, etc. aparentemente prevalecem, embora nenhum deles tenha sido visto durante o reconhecimento. Novamente precauções regulares, incluindo PPE adequado serão exigidas — as rodovias consistem de estradas classificadas e não classificadas. O tráfego nas principais rodovias é leve, exceto em determinadas ocasiões, nas cercanias de Cabinda. No entanto, a disciplina nas rodovias é precária, com muitos veículos trafegando em velocidades inseguras. Os destroços aos lados das estradas indicam numerosos acidentes.

Não há no relatório de reconhecimento juntado pela demandada, fls. 168/193, nenhuma outra alusão à questão da segurança de Cabinda, onde a empresa e seus empregados iriam trabalhar.

Foi considerado pelo relatório que os maiores obstáculos seriam naturais, fl. 185:

“De outra forma, os principais obstáculos são naturais, incluindo alguns pântanos e os vales de rios em floresta fechada, nenhum dos quais apresentaria dificuldades incommuns, caso as equipes estivessem adequadamente equipadas.”

A despeito de no relatório ser constatada uma presença militar razoavelmente grande, fl. 184, não há nenhuma alusão a se buscar as causas para a presença de grande número de militares na região. Não há no relatório nenhuma alusão à segurança da província, com exceção da presença de minas terrestres.

Ressalte-se que a demandada não juntou o relatório de forma completa, porquanto somente juntou as folhas de número 180 a 206.

Num outro relatório de avaliação de 12.9.2007, fls. 243/260, com relação à segurança, há a afirmação de que havia uma presença de policiais e do exército, tendo a empresa que fazia o reconhecimento DEI (DEMINING ENTERPRISES INTERNATIONAL (PTY) LTD, fl. 243, e não a demandada, nunca tido a impressão de que o ambiente onde trabalhavam não fosse seguro, fl. 253/254:

“Segurança

Desde que a DEI chegou à área, nunca tivemos a impressão de que o ambiente que trabalhamos não fosse seguro. É justo dizer que um grande número de militares e de policiais locais patrulhe a área, o que poderia nos dar uma avaliação errônea sobre a situação de segurança em terra.

Não há nos relatórios nenhum questionamento acerca da razão da presença militar em grande número na região. Do mesmo modo que o primeiro relatório, o segundo somente se refere à existência de minas terrestres, não havendo alusão à segurança da região.

O segundo relatório, como o primeiro, não foi juntado pela demandada de forma completa, porquanto somente se verificam as folhas 122 a 139.

Alega a demandada que não sabia da existência de uma frente separatista na região de Cabinda. A alegação da reclamada fere o princípio da razoabilidade, pois não é razoável se supor que uma multinacional americana do porte da demandada vá se instalar num país africano e não saiba da existência de uma Frente de Libertação que existe desde 1975 e que, inclusive, mantém um governo paralelo no exílio. Não é razoável se supor que a demandada não soubesse da instabilidade política e de insegurança da região de Cabinda, quando tais fatos já estavam na internet antes da reclamada ganhar a concorrência. Com apenas uma simples pesquisa na internet, como feita pelo Juízo, e a postulada saberia que em Cabinda existiam guerrilheiros que consideravam as multinacionais cúmplices do governo. Apenas com uma simples pesquisa na internet e a demandada saberia de tais fatos. A demandada contratou uma empresa para fazer o reconhecimento da região e não soube da existência da FLEC — Frente de Libertação do Enclave de Cabinda? Fere, ainda, o princípio da razoabilidade a demandada dizer que obteve informações da polícia e do exército angolanos e que os mesmos diziam que os problemas de segurança eram apenas de furtos e de saques. Se a demandada tivesse feito uma simples pesquisa na internet teria visto que o exército angolano, assim como o governo, ignoravam a FLEC e diziam que a mesma não existia, entretanto, na mesma época em que davam tais informações, a guerrilha ameaçava as multinacionais. As notícias anteriormente transcritas demonstram tais fatos.

Se a demandada não sabia da existência da Frente de Libertação e que essa ameaçava as empresas estrangeiras, agiu com negligência, porquanto citados fatos estão na rede mundial de computadores com acesso a todos. Bastava uma rápida pesquisa na internet para que a demandada verificasse a real situação de segurança em Cabinda, local onde iria trabalhar. As notícias transcritas anteriormente foram veiculadas na internet antes da morte do ex-empregado.

A alegação da reclamada de que não sabia da existência de uma frente separatista que pudesse atacar a empresa e seus empregados não lhe socorre, pois se não sabia foi negligente ao se instalar em um país e não verificar as reais condições de segurança. Além de negligente, foi imperita, pois como pode se instalar num país sem saber as reais condições de segurança?

Fere o princípio da razoabilidade que a demandada não soubesse, quando tais fatos estavam no mundo. Ressalte-se que em virtude das várias guerras que já assolaram o continente africano e com governos ditatoriais, competia à reclamada ter feito uma pesquisa mais aprofundada na área da segurança. Não se concebe que uma multinacional americana vá se instalar num país onde por décadas ocorreu guerra civil e não se inteire das condições de segurança.

A morte do ex-empregado demonstrou que a guerra existia e que as vítimas seriam os estrangeiros. Se fosse um assalto comum, por que apenas ao brasileiro foi dada a ordem de tirar a roupa? Se fosse um assalto comum por que os dois angolanos foram liberados e ficaram apenas com o brasileiro? Se fosse um assalto comum, qual a razão da morte do ex-empregado, se o mesmo estava sem roupa e sem opor resistência? As notícias após a morte demonstram que se tratou de ato da FLEC e que a Frente já havia avisado as multinacionais. As notícias antes da morte demonstram a instabilidade da região de Cabinda e a clara ameaça às empresas estrangeiras.

A demandada, a despeito de tais fatos, alega que não sabia das ameaças. Se não sabia, repita-se, agiu com negligência, porquanto não se deve ir para um país estranho como novos costumes e não se verificar as condições de segurança, notadamente quando as informações estão dispostas para todos na internet e se trata de continente onde é fato notório a existência de guerra e guerrilhas desde há muitos anos. Se não sabia, foi negligente e

imperita. Imperita, pois não agiu corretamente ao se instalar num novo país. Se sabia, foi imprudente porque se instalou numa região de conflito e não colocou segurança para seus empregados. Não colocou e nem tentou colocar.

Alega a demandada que o acidente decorreu de caso fortuito.

Para o desembargador Sérgio Cavalieri ocorre o caso fortuito quando o evento é imprevisível:

“Estaremos em face do caso *fortuito* quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da natureza, como as tempestades, enchentes, etc., estaremos em face da *força maior*, como o próprio nome diz ... A *imprevisibilidade*, portanto, é o elemento indispensável para a caracterização do caso fortuito, enquanto a *inevitabilidade* o é da força maior.” (Sérgio Cavalieri)

Considera o Juízo que não se trata de caso fortuito, pois mediante as notícias veiculadas na internet antes da morte do ex-empregado, o ataque às empresas estrangeiras e aos empregados das mesmas era previsível.

Alega a demandada que a única notícia antes do acidente foi veiculada por um pequeno jornal eletrônico.

Inicialmente diga-se que nenhum meio de divulgação eletrônico pode ser considerado pequeno, uma vez que a notícia eletrônica está no mundo para o acesso em todo o planeta e em todas as línguas, em face da possibilidade de tradução na própria página. Assim, não há meio eletrônico pequeno. Um portal de uma rede globo, por exemplo, tem o mesmo alcance que um *blog*, qual seja, o mundo e sem limitações. A notícia veiculada e que foi juntada pela parte autora e que a demandada considerou de um pequeno jornal eletrônico, fls. 38/39, poderia ter evitado o acidente, caso a empresa tivesse conhecimento da mesma e tivesse tomado

medidas para assegurar a segurança de seus empregados.

Ressalte-se que as notícias veiculadas na *internet* se referem, inclusive, a notícias de jornais portugueses, franceses e são escritas por jornalistas, como se pode verificar pelas transcrições.

Estabelece o art. 7º, XXII, da Constituição Federal que é direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O empregador é responsável pelo ambiente de trabalho saudável do empregado, não podendo ser considerado como ambiente de trabalho apenas a região interna, intramuros da empresa.

Conforme a Convenção n. 155 da OIT, que trata da segurança e saúde dos trabalhadores, ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 1.254, de 29 de setembro de 1994, ambiente de trabalho é todo local onde o trabalhador esteja ou deva estar:

“Art. 3º

Para os fins da presente Convenção:

a) a expressão “áreas de atividade econômica” abrange todas as áreas em que existam trabalhadores empregados, inclusive a administração pública;

b) o termo “trabalhadores” abrange todas as pessoas empregadas, incluindo os funcionários públicos;

c) a expressão “local de trabalho” abrange todos os lugares onde os trabalhadores devem permanecer ou onde têm que comparecer, e que esteja sob o controle, direto ou indireto, do empregador;

d) o termo “regulamentos” abrange todas as disposições às quais a autoridade ou as autoridades competentes tiverem dado força de lei;

e) o termo “saúde”, com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecção ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados com a segurança e a higiene no trabalho.”

A par da norma internacional ratificada pelo Brasil e, portanto, lei brasileira, o campo onde o *de cujus* foi analisar a existência de formigueiros era também seu local de trabalho.

A demandada foi negligente porque não promoveu um ambiente seguro para seus empregados. A reclamada contratou uma empresa de segurança para resguardar seu patrimônio, como restou comprovado na instrução processual. Não se verifica, entretanto, nenhuma medida de segurança para seus empregados.

Quando a demandada alega que não sabia da situação de violência em Cabinda demonstra negligência e imperícia, pois a sua ignorância decorre do fato de não ter feito um trabalho de reconhecimento completo. A presença de um grande número de militares e policiais nas ruas, como se verifica nos relatórios, deveria demonstrar à demandada, no mínimo, instabilidade na região. Não se verifica a presença de militares ou de policiais em grande número em regiões em que haja tranquilidade, paz. A presença do efetivo militar deveria ser um alerta para a demandada, porquanto o é para a pessoa comum.

Ao realizar o seu projeto de exploração de petróleo na região de Cabinda, a demandada não cuidou da segurança dos seus empregados. A empresa que se propõe a trabalhar numa região de conflito deve zelar pela segurança dos seus empregados porque a segurança é direito fundamental do cidadão, nos termos do art. 5º da Lei Maior:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à **segurança** e à propriedade, nos termos seguintes:

Desde a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 que a segurança é considerada como direito natural e imprescritível do homem, como se verifica em seu art. 2º:

Art. 2º A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

Do mesmo modo, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, a segurança foi reconhecida como direito próprio do ser humano, artigos terceiro e vinte e dois:

Art. III

Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Art. XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

O direito à segurança tem sido reconhecido como direito fundamental, o que significa que é intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

O direito à segurança é direito fundamental, nos termos do art. 5º da Carta Magna. A dignidade do ser humano é princípio fundamental da República do Brasil, art. 1º, da Lei Maior.

A demandada ao exercer o seu direito à exploração econômica numa região notoriamente de risco, como demonstra a rede mundial de computadores através de inúmeras notícias, deveria ter providenciado um mínimo de segurança para seus empregados, o que não se verifica na hipótese.

Não há nos relatórios qualquer alusão ao levantamento das condições de segurança das pessoas no país. A instrução processual demonstrou que a demandada providenciou segurança

para seus bens, todavia, não se verifica nenhuma medida de segurança para seus empregados.

Não há nos autos nenhuma comprovação de que a reclamada tentou colocar alguma medida para a segurança de seus empregados. A demandada nem tentou assegurar-lhe a vida, a integridade.

A exploração econômica, o interesse financeiro, não podem se sobrepor aos direitos fundamentais e inalienáveis do homem, dos empregados como pessoa humana. O que se verifica nos autos é que a demandada fez uma análise do impacto ambiental, um reconhecimento da área através de uma empresa, mas uma pesquisa detalhada das condições de segurança de um país africano que teve mais de trinta anos de guerra civil e que desde 1975 tinha uma guerrilha, uma frente de libertação, isso, não consta dos seus relatórios.

A negligência da demandada demonstra que a vida tem muito menos valor que exploração econômica, que o lucro. A demandada foi trabalhar numa região de conflito e colocou segurança apenas para o seu patrimônio. Não se verifica segurança, entretanto, para os seus empregados ou que a empresa tenha tentado assegurar a integridade física dos mesmos.

É frágil a prova testemunhal quando declara que a demandada fez uma pesquisa com o exército, com a policial local, com a população. É frágil o argumento da reclamada de que não podia imaginar que houvesse uma frente de libertação e que supostamente atacaria seu empregado. É frágil porque uma simples pesquisa na internet demonstraria a situação de violência na região, de ameaças às multinacionais petrolíferas. O resultado da negligência da demandada foi grave, qual seja, um seu empregado foi fuzilado, uma família foi destruída. A empresa que se propõe a trabalhar numa área de conflito, como a escolhida pela demandada, Cabinda, deveria ter cuidado minimamente da segurança dos empregados, o que não ocorreu na espécie.

Ao não cuidar da segurança dos empregados, a demandada desatendeu o arts. 1º, III, 5º, 7º,

XXII da Constituição Federal e os preceitos fundamentais das declarações dos direitos dos homens. A reclamada ao não observar um direito fundamental, qual seja, a segurança, atingiu outro, a vida.

Ante a facilidade de informações que impera nos dias que correm em face principalmente da rede mundial de computadores, fere o princípio da razoabilidade a demandada alegar que não sabia que a região de Cabinda era insegura, tinha conflito. Repita-se. Uma simples pesquisa pela reclamada e em questão de segundos a mesma saberia das reais condições de segurança da região em que iria trabalhar e colocar seus empregados. Em vista de tais fatos, efetivamente fere o princípio da razoabilidade a alegação da reclamada de que não tinha conhecimento da existência de uma frente de libertação que pudesse lhe ameaçar e a seus empregados, notadamente em se tratando de uma multinacional americana.

Ao empregador é exigida mais cautela que ao homem comum na sua vida diária, uma vez que o empregador é prestador de serviço que atinge diretamente a vida de várias pessoas. No presente caso, a demandada foi trabalhar num país africano, onde por mais de trinta anos houve guerra civil e onde existia uma frente de libertação desde 1975 e que tinha o intuito de se separar de Angola, usando, inclusive, força armada. Além disso, existia ameaça de ataques às empresas estrangeiras, conforme as notícias veiculadas antes da morte do ex-empregado.

A demandada, a despeito de tais fatos, alega que não sabia da existência da Frente de Libertação, o que não é uma alegação razoável, uma vez que a aludida informação estava ao alcance de todos, já sendo do conhecimento atualmente dos alunos do ensino médio que começam os primeiros passos nas lições de história atual.

Ao ir trabalhar numa região de conflito e não ter proporcionado segurança aos seus empregados, a demandada não agiu com cautela. Não se verifica nos autos nenhuma tentativa

de ofertar segurança aos seus empregados. Com efeito, levar alguém para trabalhar no meio de conflito é no mínimo aceitar um risco de conviver com eventos como o que ocorreu e com as suas consequências.

A demandada foi omissa no seu dever de promover a segurança dos seus empregados, tendo, em vista desse fato, obrigação de indenizar, nos termos do art. 186 do Código Civil, *verbis*:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Assim, considerando todos esses aspectos, surge para a demandada o seu dever de indenizar, nos termos do art. 186 do Código Civil.

DO DANO MORAL/RESULTADO LESIVO

Segundo os doutrinadores mais abalizados, Carlos Alberto Bittar, como exemplo, o dano moral é insuscetível de prova. Para a sua configuração necessária se faz a existência do ato a cargo do agente ou de seus prepostos, não havendo necessidade do lesado demonstrar que ficou triste, deprimido, uma vez que o julgador, pelo só fato da sua condição de ser humano, sabe o que sente uma pessoa colocada em determinada situação. Assim, analisando a situação, o fato ocorrido e, tendo em vista o que sente uma pessoa normal, o julgador tem condição de saber se determinado ato causou danos morais ou não, repita-se, pela só sua condição humana.

Em decorrência do acidente, a autora Sra. REJANE FÉLIX PASSOS ARAÚJO perdeu o esposo, o companheiro de uma vida. Os menores HUAN PASSOS ARAÚJO e RAUL PASSOS ARAÚJO, o pai.

Não há perda maior que a morte, que desestabiliza e modifica a vida daqueles que ficam, não havendo necessidade sequer de maiores comentários, porquanto todos que vivem já passaram pelo dissabor da perda de

um ente querido e, se ainda não passaram, certamente passarão, de modo que podem imaginar o sofrimento por que passaram e passam os demandantes.

A morte súbita e violenta é ainda mais chocante para e esposa e filhos. A morte interrompeu a vida em comum da família e todos os projetos futuros. A recuperação da família será lenta e dolorosa.

Seria até grosseiro e sem sentido perquirir se as pessoas que perderam o pai e o esposo restaram abalados em virtude da morte. Mais indelicado, ainda, duvidar de tais sentimentos. A dúvida aproximar-se-ia da falta de respeito aos parentes e ao empregado falecido. A morte, é evidente, abala a todos moralmente não havendo do que se duvidar.

DO ARBITRAMENTO

No nosso sistema jurídico, a reparação por danos morais se submete ao regime de arbitramento, diferentemente do sistema norte-americano, que é o sistema de tarifamento em que é estipulado determinado valor para cada ofensa.

No regime de arbitramento, o julgador deve observar sempre o que o valor da indenização vai representar para o ofendido, o ofensor e a sociedade, no sentido de que para o primeiro deve haver a compensação, para o segundo, a punição e para a terceira, a satisfação para o retorno do equilíbrio das relações.

De um modo geral, os doutrinadores opinam sobre determinadas diretrizes que o julgador pode seguir, sendo oportuno verificarmos na lição da Professora *Ada Pellegrini Grinover*, quais os critérios que devem ser observados, *in verbis*:

“Fixando o critério da proporcionalidade da reparação em relação ao agravo (art. 5º, V), a Constituição adota francamente o princípio de que a indenização, além de seu caráter punitivo, guarda um caráter *francamente compensatório*. O caráter compensatório da reparação por dano moral não

se coaduna com seu tarifamento ou com limitações e tetos impostos pela legislação anterior que, sob esses aspectos, perdeu eficácia.

Deverá levar em conta a posição social e econômica de cada uma das partes, o transtorno sofrido e a situação a que ficou reduzida a vítima.” (In: CHAVES, Antonio. Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais. *Revista Forense*, v. 331, p. 64.)

Não se trata, na verdade, de preço pela morte, uma vez que esta não tem preço, mas o numerário representa um lenitivo para a parte autora. Não é indenização, que teria que ser equivalente e não pode ser, posto que o bem ofendido é imensurável, mas é uma compensação que, por outro lado, não pode representar locupletamento.

O julgador deve analisar o que o valor vai representar para o ofendido e o ofensor, sopeando cada aspecto da situação envolvida.

O renomado Juiz Carlos Alberto Bittar discorrendo acerca do valor da indenização ensina que o mesmo deve servir de advertência ao lesante e à sociedade.

“Em consonância com essa diretriz, indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

Coaduna-se essa postura, ademais, com a própria índole da teoria em debate, possibilitando que se realize com mais ênfase, a sua

função inibidora, ou indutora de comportamentos. Com efeito, o peso do ônus financeiro é, em um mundo em que cintilam interesses econômicos, a resposta pecuniária mais adequada a lesões de ordem moral.” (Transcrito da obra: “REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS” — CARLOS ALBERTO BITTAR; RT/SP — 1993 — 3. ed., p. 220.222.)

É preciosa a lição de Caio Mário da Silva Pereira a respeito:

“Na reparação por dano moral estão conjugados dois motivos, ou duas concausas: I) punição ao infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, posto que imaterial; II) pôr nas mãos do ofendido uma soma que não é o pretium doloris, porém o meio de lhe oferecer a oportunidade de conseguir uma satisfação de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material o que pode ser obtido ‘no fato’ de saber que esta soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança. A isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima.” (PEREIRA, Caio M. S. *Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 317-318.)

A negligência da demandada em nem tentar promover a segurança do *de cujus* numa região notoriamente de conflitos mais demonstra o seu dever de indenizar.

Por outro lado, os autores tiveram uma perda irreparável, qual seja, a perda do pai e esposo.

Assim, tendo em vista todos esses aspectos, perda dos autores e a condição da empresa, defiro a indenização por danos morais em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

A demandada pode considerar alto o valor da indenização. Não será mais alto, todavia, que o preço pago pelo *de cujus* e seus familiares.

DANO MATERIAL

Pleiteia a parte autora danos materiais tomando-se como base na sobrevivência do *de cujus* para a idade de 72 anos e três meses.

A indenização por danos materiais em caso de morte é expressamente prevista nos arts. 498, 950 e 951 do Código Civil, que estabelecem que, no caso de morte no exercício profissional, como na hipótese, as pessoas a quem o empregado devia alimentos podem pleitear pagamento de pensão, ou o pagamento do valor de uma só vez, levando-se em conta a duração provável da vítima.

Por oportuno, transcrevo os artigos que demonstram o direito pleiteado.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 948 – No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

A parte que pleiteia pensionamento ou o pagamento de uma só vez não precisa dizer que sofreu dano material com a morte do parente. Não precisa porque a própria lei já estabeleceu

a presunção legal de dano material. O pedido até a sobrevivência do empregado também não é aleatório, mas decorre literalmente da lei que estabelece a presunção de dano material e até o marco temporal da dívida.

Tendo em vista a melhoria do sistema de saúde da população, do sistema educacional, do desenvolvimento tecnológico, da qualidade de vida dos brasileiros nas últimas décadas, a sobrevivência estimada para esse país é de 70/80 anos. Frequentemente são demonstradas pesquisas que mostram que no Brasil a população com mais de sessenta anos vem crescendo anualmente, havendo informação de que nos próximos vinte anos a chamada terceira idade representará uma grande parte da população brasileira. É a melhoria da saúde, da educação, da quantidade de alimentos, da tecnologia que chega às pessoas em maior ou em menor quantidade e qualidade, mas que, de um modo geral, atinge a todos.

O art. 948, II, estabelece que a pensão deve observar a duração provável da vida da vítima.

Anualmente o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística publica anualmente a Tábua Completa da Mortalidade do brasileiro em observância ao disposto no art. 2º do Decreto n. 3.266/99. Referida tábua demonstra a expectativa de vida da população.

Para o caso em comento interessa a idade do *de cujus*. Desse modo, transcrevo a tabela que demonstra a expectativa de vida de pessoas antes dos 40 (quarenta) anos de idade. A tabela completa pode ser acessada no endereço: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/tabuadevida/2007/masculino.pdf>>.

BRASIL: Tábua Completa de Mortalidade — Sexo masculino — 2007						
Idades Probabilidades de Morte Óbitos Expectativa de Vida						
Exatas entre Duas Idades Exatas D (X, N) à Idade X						
(X) Q (X, N) (Por Mil) E(X)						
0	27,710	2771	100000	97595	6882088	68,8
1	2,438	237	97229	97111	6784493	69,8
2	1,414	137	96992	96923	6687382	68,9
3	1,064	103	96855	96803	6590459	68,0

4	0,869 84 96752 96710 6493655	67,1
5	0,610 59 96668 96638 6396946	66,2
6	0,450 43 96609 96587 6300307	65,2
7	0,336 32 96565 96549 6203720	64,2
8	0,297 29 96533 96518 6107171	63,3
9	0,297 29 96504 96490 6010653	62,3
10	0,307 30 96475 96461 5914163	61,3
11	0,317 31 96446 96431 5817702	60,3
12	0,357 34 96415 96398 5721272	59,3
13	0,545 53 96381 96355 5624874	58,4
14	0,750 72 96328 96292 5528519	57,4
15	1,144 110 96256 96201 5432227	56,4
16	1,446 139 96146 96077 5336026	55,5
17	1,731 166 96007 95924 5239949	54,6
18	1,980 190 95841 95746 5144025	53,7
19	2,196 210 95651 95546 5048279	52,8
20	2,417 231 95441 95326 4952733	51,9
21	2,633 251 95210 95085 4857407	51,0
22	2,792 265 94960 94827 4762322	50,2
23	2,876 272 94695 94558 4667495	49,3
24	2,904 274 94422 94285 4572937	48,4
25	2,909 274 94148 94011 4478652	47,6
26	2,923 274 93874 93737 4384640	46,7
27	2,949 276 93600 93462 4290903	45,8 Idade do de cujus 27 anos e Expectativa de vida 45,8 anos
28	3,003 280 93324 93184 4197442	45,0
29	3,079 286 93044 92900 4104258	44,1
30	3,160 293 92757 92611 4011358	43,2
31	3,242 300 92464 92314 3918747	42,4
32	3,331 307 92164 92011 3826433	41,5
33	3,453 317 91857 91699 3734422	40,7
34	3,585 328 91540 91376 3642724	39,8
35	3,735 341 91212 91042 3551348	38,9
36	3,900 354 90871 90694 3460306	38,1
37	4,085 370 90517 90332 3369612	37,2
38	4,290 387 90147 89954 3279280	36,4
39	4,517 405 89760 89558 3189327	35,5
Notas:		
N = 1		
Q (X, N) = Probabilidades de morte entre as idades exatas X e X + N.		
l (X) = Número de sobreviventes à idade exata X.		
D (X, N) = Número de óbitos ocorridos entre as idades X e X + N.		
L (X, N) = Número de pessoas-anos vividos entre as idades X e X + N.		
T (X) = Número de pessoas-anos vividos a partir da idade X.		
E (X) = Expectativa de vida à idade X.		
l (X) L (X, N) T (X)		

O *de cujus* tinha 27,10 (vinte e sete anos e dez meses) de idade em dezembro de 2007 quando faleceu. Conforme a Tábua Completa de Mortalidade elaborada pelo IBGE para o sexo masculino no ano de 2007, um homem de 27 anos teria como expectativa ainda viver 45,8 (quarenta e cinco anos e oito meses), ou seja, a expectativa de vida do empregado acidentado era viver até os 72 anos de idade e nove meses.

Referida Tábua é utilizada para o cálculo do fator previdenciário, nos termos dos parágrafos 7º e 8º da Lei n. 8.213/91 e é publicada anualmente no Diário Oficial da União, conforme previsto no art. 2º do Decreto n. 3.266/99. Trata-se de informação oficial que demonstra através de estudo técnico de estatística a expectativa de vida de toda população.

Lei n. 8.213/91, art. 29:

§ 7º O fator previdenciário será calculado considerando-se a idade, a expectativa de sobrevida e o tempo de contribuição do segurado ao se aposentar, segundo a fórmula constante do Anexo desta Lei.

§ 8º Para efeito do disposto no § 7º, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

Decreto n. 3.266, de 29 de novembro de 1999:

Art. 1º Para efeito do disposto no § 7º do art. 29 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999, a expectativa de sobrevida do segurado na idade da aposentadoria será obtida a partir da tábua completa de mortalidade para o total da população brasileira, construída pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística — IBGE, considerando-se a média nacional única para ambos os sexos.

Art. 2º Compete ao IBGE publicar, anualmente, até o dia primeiro de dezembro, no Diário Oficial da União, a tábua completa de mortalidade para o total da população brasileira referente ao ano anterior.

O mestre *Sebastião Geraldo de Oliveira* nos demonstra que a Tábua representa um meio seguro de aplicação do inciso II do art. 948 do CC:

“Como se vê, a publicação anual do IBGE retrata, mediante critérios científicos, a expectativa de sobrevida do brasileiro para qualquer idade a cada ano, oferecendo uma tabela genérica e outras duas específicas, com separação por sexo. Logo, a “duração provável da vida da vítima”, de que fala expressamente o art. 948, II, do Código Civil, poderá ser encontrada com segurança numa informação oficial, publicada por força de lei, por intermédio de uma instituição de reconhecida idoneidade e competência técnica.” (obra citada, p. 261)

Efetivamente a utilização da Tábua de Mortalidade elaborada por órgão oficial do governo representa a aplicação de um critério objetivo e seguro, porquanto é uma fonte de informação técnica quanto ao tempo de sobrevida do brasileiro.

A utilização da Tábua elaborada pelo IBGE já foi reconhecida como cabível pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em processo de acidente do trabalho:

Processo

REsp n. 723.544/RS ; RECURSO ESPECIAL
2005/0020383-0

Relator(a)

Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA (1127)

Órgão Julgador

T4 – QUARTA TURMA

Data do Julgamento: 13.2.2007

Data da Publicação/Fonte: DJ 12.3.2007 –
p. 240

Ementa

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DA VÍTIMA POR LEPTOSPIROSE. NEXO CAUSAL VERIFICADO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SÚMULA N. 7 DO STJ. DANOS MATERIAIS E MORAIS.

REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. SÚMULA N. 313 DO STJ. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. CABIMENTO EM TESE. LIMITE DE COBERTURA SECURITÁRIA, PORÉM, JÁ ALCANÇADO. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. A matéria referente à culpa e ao nexo causal se alicerça nas provas carreadas aos autos, na instância ordinária; revolvê-la significa desrespeitar o entendimento jurisprudencial sedimentado por meio da Súmula n. 7 desta Corte Superior de Justiça (“A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”).

2. Esta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que, para a estipulação da idade presumida da vítima a ser adotada como marco final do pensionamento, deve ser observada a tabela de sobrevida utilizada pela Previdência Social.

3. (...)

4. (...)

5. (...)

6. Recurso especial não conhecido.

Processo

REsp n. 698.443/SP ; RECURSO ESPECIAL
2004/0150883-2

Relator(a)

Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)

Órgão Julgador

T4 – QUARTA TURMA

Data do Julgamento: 1º.3.2005

Data da Publicação/Fonte: DJ 28.3.2005 –
p. 288

Ementa

RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO. MORTE. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CABIMENTO. PENSIONAMENTO. CRITÉRIOS. TERMO AD QUEM. SOBREVIDA PROVÁVEL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INOCORRÊNCIA.

1. O Tribunal a quo ao fixar em 68 (sessenta e oito) anos de idade o tempo provável de vida do *de cujus* considerou ser esta a média aproximada de vida do brasileiro. O decisum recorrido não se afastou do entendimento

desta Corte, consoante o qual “a longevidade provável de vítima fatal, para efeito de fixação do tempo de pensionamento, deve ser apurada em consonância com a tabela de sobrevida adotada pela Previdência Social, de acordo com cálculos elaborados pelo IBGE” (Precedentes: REsp n. 268.265/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 17.6.2002; REsp n. 72.793/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 6.11.2000).

Conforme a Tábua de Mortalidade do sexo masculino para o ano de 2007, o homem que tivesse 27 anos teria expectativa de viver até os 72,9 anos. A parte autora pleiteou a indenização por danos materiais até a idade de 72,3 anos, fls. 18, o que vincula o Juízo, nos termos do art. 460 do CPC.

Desse modo, em observância ao disposto no inciso II do art. 948 do Código Civil e art. 460 do CPC, estabeleço a pensão observando o período de desde a data do óbito 27.12.2007 até 5.2.2052 mais três meses, ou seja, até 5.5.2053, num total de 532 meses.

A parte autora postulou o pagamento da indenização de forma direta, de uma só vez, item “a”, fl. 18.

O beneficiário dos alimentos pode requerer que a indenização material seja feita em forma de pensão ou paga de uma só vez, nos termos do parágrafo único do art. 950 do Código Civil.

Tendo em vista que a parte autora requereu de forma direta, defere-se o pagamento da indenização por danos materiais a ser paga de uma única vez observando o valor de 2/3 da remuneração utilizada para pagamento das verbas rescisórias, fl. 32. A demandada impugna o citado valor em sua defesa sob o fundamento de que o mesmo não representava o valor da remuneração, porquanto constava o adicional de viagem.

A despeito da impugnação ofertada, o valor utilizado para o cálculo das verbas rescisórias será o utilizado pelo Juízo, uma vez que representava a remuneração na época do acidente.

Não há que se falar em deferimento da pensão somente até que os filhos menores completem

21 anos de idade, visto que a pensão é para o conjunto familiar, sendo devida à família e integralmente à viúva quando os menores atingirem a maioridade, comparativamente a pensão paga pelo INSS. Não há que se falar, ainda, em limitação à época em que o ex-empregado estaria aposentado, porquanto a pensão será paga de uma única vez e, comparativamente, à pensão por morte paga pelo INSS, não há limitação à idade em que o empregado se aposentaria.

A base da pensão é de 2/3, uma vez que se presume que 1/3 da remuneração o empregado utilizava para seu próprio sustento.

A parte autora pode requerer o pagamento da pensão em parcelas mensais ou o pagamento de uma única vez. A parte autora tem direito ao pagamento da pensão e não fez o pedido de forma alternativa, ou seja, não requereu **ou** o parcelamento **ou** o pagamento de uma única vez, tendo optado apenas por essa última opção. Não há pedido alternativo e não pode haver modificação do pleito, nos termos do art. 460 do CPC, o que significa que a parte autora tem direito ao pagamento dos danos materiais em uma única parcela.

Tratando-se de empresa multinacional que pode a qualquer momento não ter mais interesse em trabalhar no Brasil, o que dificultaria sobremaneira a execução do crédito, a parte autora tem razão em requerer o pagamento dos danos materiais em uma única parcela.

Alega a demandada que a família teve deferida pensão por morte, o que deve ser levado em consideração para minorar o deferimento dos danos materiais.

O recebimento de pensão a cargo do INSS não deve ser levado em consideração para o deferimento ou indeferimento de indenização por danos materiais, visto que as verbas têm naturezas diversas e não há previsão para o pagamento de apenas diferenças. A pensão, como forma de pagamento pela responsabilidade no acidente, independe da pensão por morte a cargo do INSS, que seria devida à

viúva, mesmo que ninguém tivesse culpa no sinistro. Indefere-se, portanto, o pleito da demandada.

Não é possível a compensação, ainda, tendo em vista que a viúva recebe a pensão por morte na qualidade de segurada, ao passo que a pensão deferida resulta de responsabilidade decorrente do contrato de trabalho, não havendo como se confundir os dois institutos, sendo certo que não se podem compensar verbas distintas. Por oportuno transcrevo aresto jurisprudencial que demonstra a não permissão de compensação.

2003.001.17872 — APELAÇÃO CÍVEL
DES. MAURICIO CALDAS LOPES — Julgamento: 2.9.2003 — SÉTIMA CÂMARA CÍVEL. ACIDENTE DE TRABALHO. CULPA GRAVE DO EMPREGADOR. CONFIGURAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PROVIMENTO PARCIAL.

Ordinária de indenização. Acidente de trabalho. Culpa. Ao empregador Preliminar de nulidade a pretexto de violação do princípio da congruência entre pedido e sentença. Não se exhibe *extra petita* a sentença que nos limites do pedido e sua causa apenas acolhe fundamento jurídico diverso do que acenado pela autora. Preliminar rejeitada. Explosão de máquina operada pela vítima e marido da autora provocando-lhe a morte. Equipamento enferrujado desprovido de adequada manutenção. Inequivoca violação do dever de cuidado objetivo a que vinculado o empregador. Culpa configurada. Dependência. Dever de indenizar. **ACIDENTE NO TRABALHO PENSÃO DO INSS. COMPENSAÇÃO. Não se permite a compensação da indenização devida pelo empregador com base no Direito Comum com a pensão paga pelo INSS (REP 25792 MG)** Pensionamento que se reduz a 2/3 dos ganhos da vítima e pelo período de sobrevida provável dessa e não da beneficiária. Vinculação das verbas, sem caráter alimentar, ao salário mínimo. Impossibilidade Inteligência do art. 7º, inciso IV da CR. Provimento parcial do recurso.

Do mesmo modo e pelos mesmos fundamentos, não é possível a compensação com o valor recebido pela seguradora.

A própria Constituição Federal prevê o pagamento de mais um tipo de indenização em virtude do acidente do trabalho, nos termos do art. 7º, XXVIII. Ressalte-se que ao estabelecer o pagamento de dano material em caso de morte ocorrida no exercício da atividade profissional, os arts. 948, 950 e 951 do Código Civil não fazem qualquer alusão à compensação com pagamento de pensão por morte ou com pagamento de benefício previdenciário.

Para os danos materiais, portanto, resta deferido o valor de 2/3 da remuneração de R\$ 4.221,36 (quatro mil duzentos e vinte e um reais e trinta e seis centavos), ou seja, R\$ 2.814,24 (dois mil oitocentos e catorze reais e vinte e quatro centavos) multiplicado pelo número de 523 meses, isto é, de 27.12.2007, data do sinistro, até 5 de maio de 2052, quando o *de cujus* completaria 72 anos e três meses de idade.

DIFERENÇA DO SEGURO

Pleiteia a parte autora diferença do seguro pago pela seguradora sob o fundamento de que recebeu o valor de cem mil dólares, quando o valor correto seria duzentos mil dólares. Acrescenta que o valor de cem mil dólares decorreu do fato de que a demandada fez constar no passaporte que o *de cujus* estava viajando a turismo, quando o mesmo estava viajando a trabalho. Afirma que se no passaporte constasse que a viagem era a trabalho o valor do seguro seria o dobro.

Contestando, a demandada suscita sua ilegitimidade de parte sob o fundamento de que a pagadora do seguro é a empresa UNIBANCO AIG. Acrescenta que na apólice não há previsão para pagamento de duzentos mil dólares, mas tão somente do valor já recebido pela parte autora.

Segundo a moderna teoria do direito abstrato de agir, são partes legítimas para integrar a relação processual aquelas pessoas indicadas pela demanda como sendo titulares da relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Afere-se a legitimidade *ad causam* no plano

abstrato, ou seja, em função da relação jurídica de direito material afirmada em Juízo e não se investigando a pertinência subjetiva da parte à relação jurídica de direito material subjacente à ação. Em outras palavras, são partes legítimas para compor a relação processual trabalhista aqueles que a petição inicial indique como empregador e empregado. A análise da existência ou não do direito vindicado é matéria de mérito. Toda essa orientação é corolário lógico da autonomia do direito de ação, que não se confunde com o direito material. Não havendo o direito que ampare o pedido é o caso de improcedência e não de extinção do pleito sem resolução do mérito.

Analisando-se o documento juntado pela parte autora e que embasaria seu direito, fl. 50/51, não se verifica qualquer menção à diferença ao valor do seguro pelo motivo da viagem que constava no passaporte. A alegação da parte autora não encontra fundamento na documentação juntada pela mesma.

Na apólice juntada pela demandada, consta que o valor do seguro para morte decorrente de acidente por ato violento, fl. 119, seria de cem mil dólares, sendo o valor de duzentos mil dólares para o acidente em transporte público. Referido documento não sofreu qualquer impugnação pela parte autora em sua manifestação, fls. 524/541, o que faz presumir a sua veracidade, nos termos do art. 372 do CPC, o qual estabelece que “*compete à parte, contra quem foi produzido documento particular, alegar, no prazo estabelecido no art. 390, se lhe admite ou não a autenticidade da assinatura e a veracidade do contexto; presumindo-se, com o silêncio que o tem por verdadeiro*”.

Assim, como nada consta nos autos que demonstre que o valor do seguro estava vinculado à informação de que o *de cujus* estava viajando a trabalho ou a turismo, indefere-se a diferença do seguro pleiteada.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Com a ampliação da competência material e a atração para este Juízo especializado de lides

outrora processadas pela Justiça Comum dos Estados e Federal, a mesma disciplina referente aos honorários que existem nestes órgãos de Justiça devem ser aqui aplicados.

O próprio TST na tentativa de uniformizar os primeiros e díspares entendimentos sobre os efeitos processuais da EC n. 45/2005, editou a Instrução Normativa n. 27/2005, que orienta, *verbis*:

Art. 5º Exceto nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios são devidos pela mera sucumbência.

Impõe-se registrar aqui alteração em posição anterior entendíamos que somente seriam devidos honorários nos termos das Súmulas ns. 219 e 329 do TST, o que era equivocado, uma vez que a parte, que não era empregada da demandada, não pode estar assistida por entidade de classe.

Assim, nos expressos termos do Código Civil, tem-se que a indenização deverá abarcar os honorários advocatícios, *verbis*:

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, **abrangendo juros, custas e honorários de advogado**, sem prejuízo da pena convencional. (negrito nosso)

Condena-se, portanto, a demandada a pagar, a título de honorários advocatícios, o equivalente a 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Os juros de mora são devidos na forma prevista no art. 883 da CLT e art. 39, § 1º, da Lei n. 8.177/91, ou seja, a partir da data do ajuizamento da reclamação, e a correção monetária incide a partir do momento da constituição do direito, que é a sentença — publicada em 30 de abril de 2009 —, aplicando-se o índice de correção do mês subsequente, conforme exegese Súmula n. 381 do TST.

DO CUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO DA SENTENÇA

A Lei n. 11.232/2005, com vigência a partir de 24.6.2006, inseriu no CPC o art. 475-J, por meio do qual é dever da parte condenada em obrigação de solver quantia certa — quando já transitada em julgado a sentença — não opor entraves à satisfação do credor. Nesse diapasão, deve o sucumbente cumprir o julgado, depositando o valor constante do título executivo judicial. O descumprimento desse dever enseja aplicação de multa correspondente.

Tal inovação legislativa tem como premissa o princípio da lealdade processual (CPC, art. 14, incs. II e V), além de viabilizar o atendimento ao princípio constitucional da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e a garantia da efetividade das decisões judiciais.

Dessa forma, considerando-se a permitida aplicação subsidiária das normas de direito processual comum às lides trabalhistas (CLT, art. 769), a demandada deverá ser notificada para, *no prazo de 15 dias, a contar da ciência da decisão que homologar os cálculos de liquidação*, pagar o *quantum* condenatório devido ao autor da ação, sob pena da aplicação de multa de 10% que recai sobre o montante da condenação, nos termos do dispositivo processual citado no parágrafo anterior (CPC, art. 475-J), podendo, ainda, indicar desde logo os bens a serem penhorados. Transcorrido o prazo aludido, sem a ocorrência de quitação e independentemente da indicação de bens penhoráveis, será expedido mandado de penhora e avaliação do qual será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado, ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado, pelo correio ou, se for o caso, por edital. Havendo o pagamento parcial, a multa incidirá apenas sobre o saldo remanescente.

BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA

Ficam deferidos à parte autora os benefícios da Justiça Gratuita em face da sua declaração

aposta na exordial, bem como ante a sua manifesta hipossuficiência financeira.

Ressalte-se que para o deferimento dos benefícios da gratuidade da Justiça faz-se necessário tão somente que o autor declare a sua condição de pobreza, como reiteradamente tem decidido o C. TST, sendo oportuna a transcrição de aresto, *in verbis*:

“Tribunal: TST. Data de decisão: 8.11.1999. Ano do Processo: 1999. Turma: D2. ÓRGÃO JULGADOR – SUBSEÇÃO II ESPECIALIZADA EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS. Região: 03. Descrição Tipo: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ORDINÁRIO. Data de Publicação: DJ DATA: 10.12.1999 PG: 29. Relator: JUIZ CONVOCADO RICARDO MAC DONALD GHISI. Ementa: ‘MANDADO DE SEGURANÇA. CUSTAS PROCESSUAIS. JUSTIÇA GRATUITA. 1 – A simples declaração de pobreza por parte do Reclamante, ainda que firmada no prazo recursal, é suficiente para assegurar o direito à Justiça Gratuita, independentemente de atestado e ainda que o último salário haja sido superior ao dobro do mínimo legal. 2 – Direito líquido e certo do impetrante em gozar dos benefícios da justiça gratuita, por encontrar-se desempregado sem percepção de qualquer salário. 3 – Recurso Ordinário conhecido e provido para conceder a segurança.’ (ROMS n. 347481/97, Ac. 347.481/98, Relator: João Oreste Dalazen.) Agravo de Instrumento provido.”

Desse modo, deferem-se os benefícios da gratuidade da Justiça.

DECISÃO

Diante do exposto, e tendo em consideração o mais que dos autos consta:

1) rejeito as preliminares;

2) julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados por REJANE FELIX PASSOS ARAÚJO por si e pelos menores HUAN PASSOS ARAÚJO e RAUL PASSOS ARAÚJO condenando a empresa a pagar à parte autora o valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) como indenização por danos morais;

3) Fica, ainda, a empresa condenada a pagar à parte autora indenização por danos materiais no valor resultante de R\$ 2.814,24 (dois mil oitocentos e catorze reais e vinte e quatro centavos) multiplicado por 523 meses.

Ficam deferidos à parte autora os benefícios da Justiça gratuita.

Verbas de caráter indenizatório, sem incidência de contribuição previdenciária e imposto de renda.

Sobre as verbas incidem juros e correção monetária. Os juros a partir da data do ajuizamento da ação e a correção monetária a partir do momento da constituição do direito, sentença — publicada em 30 de abril de 2009 —, aplicando-se o índice de correção do mês subsequente, conforme exegese Súmula n. 381 do TST.

A demandada deverá ser notificada para, *no prazo de 15 dias, a contar da ciência da decisão que homologar os cálculos de liquidação*, pagar o *quantum* condenatório devido ao autor da ação, sob pena da aplicação de multa de 10% que recai sobre o montante da condenação, nos termos do dispositivo processual citado no parágrafo anterior (CPC, art.

475-J), podendo, ainda, indicar desde logo os bens a serem penhorados. Transcorrido o prazo aludido, sem a ocorrência de quitação e independentemente da indicação de bens penhoráveis, será expedido mandado de penhora e avaliação do qual será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado, ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado, pelo correio ou, se for o caso, por edital. Havendo o pagamento parcial, a multa incidirá apenas sobre o saldo remanescente.

Custas, pela reclamada, no valor de R\$ 120,00, calculadas sobre a importância de R\$ 6.000,00, valor arbitrado para esse fim, e de depósito recursal, observado o limite legal, as quais deverão ser recolhidas em cinco dias, e, em idêntico prazo sucessivo, deverá ser comprovado em Juízo o cumprimento de tal obrigação.

Intimem-se as partes por via postal, observando quanto à parte autora o patrono e endereço de fl. 02 e a demandada a patrona e o endereço de fls. 663/664.

GLÁUCIA MARIA GADELHA MONTEIRO
Juíza do Trabalho



Índice Geral



Doutrina

Democracia, cidadania e trabalho. 1. Introdução. 2. Democracia e cidadania. 3. Democracia, cidadania e trabalho. 4. Cidadania, trabalho e emprego no Brasil. 5. Conclusão	15
--	----

Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT): reflexões sobre a Lei n. 12.440/2011. 1. Introdução. 2. A ideia da CNDT e seu processo legislativo. 3. Fundamentos para realçar a importância e utilidade da CNDT. 3.1. Valorização do trabalho humano e proteção ao patrimônio público. 3.2. Da coerência da exigência da CNDT no panorama da Lei de Licitações. 3.3. Do caráter complementar da CNDT em relação ao débito previdenciário e em relação aos débitos para com a União (execução de multas). 3.4. A CNDT e o princípio do acesso à justiça. 4. A Lei n. 12.440/2011 e a CNDT. 4.1. A topologia da CNDT na CLT e na Lei das Licitações. 4.2. Sobre a expedição gratuita e eletrônica da CNDT. 4.3. Das pessoas potencialmente interessadas na obtenção da CNDT e dos sujeitos passivos de inclusão no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT). 4.4. Da natureza jurídica da CNDT e do caráter dinâmico de sua base de dados. 4.5. Do conceito de inadimplemento tomado pela Lei n. 12.440/2011: aspectos teóricos e práticos. 4.5.1. Sobre o (in)adimplemento de obrigações contidas em títulos judiciais. 4.5.2. Sobre o (in)adimplemento de obrigações contidas em títulos extrajudiciais: acordos perante o Ministério Público do Trabalho e Comissões de Conciliação Prévia e outras hipóteses não expressamente referidas na Lei n. 12.440/2011. 4.6. Da certidão positiva de débitos trabalhistas com efeitos de certidão negativa (CPDT-EN). 4.6.1. Dos débitos garantidos por penhora suficiente. 4.6.2. Das causas de (in)exigibilidade do título em relação a débitos trabalhistas. 4.6.3. Da (in)exigibilidade do título em	
--	--

relação à execução das contribuições sociais. 4.6.4. Da (in)exigibilidade do título em relação à execução de créditos não tributários. 5. O Banco Nacional de Devedores Trabalhistas. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	26
--	----

Equiparação estrutural. 1. Introdução. 2. Os requisitos legais da equiparação salarial. 2.1. Trabalho de igual valor. 2.2. Mesma produtividade. 2.3. Qualidade, perfeição técnica. 2.4. Identidade de empregador. 2.5. Mesma localidade. 2.6. Tempo de serviço. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas	62
--	----

O monitoramento do e-mail corporativo e o poder de comando patronal. 1. Introdução. 2. Da proteção à intimidade no Direito do Trabalho. 3. Do poder diretivo e seus limites. 4. A internet no ambiente laboral. 4.1. O monitoramento eletrônico dos empregados: a fiscalização dos e-mails. 4.2. Argumentos favoráveis e desfavoráveis ao monitoramento do e-mail corporativo. 5. O Tribunal Superior do Trabalho e a relativização do direito à privacidade no monitoramento do e-mail corporativo. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	76
--	----

Análise do trabalho infantil no México: o exemplo dos empacotadores. 1. Introdução. 2. Marco conceitual e jurídico do trabalho infantil. 2.1. A proteção legal dos trabalhadores menores no México. 2.2. O trabalho infantil na OIT. 2.3. As piores formas de trabalho infantil vs. exploração infantil. 3. Marco socioeconômico do trabalho infantil no México. 3.1. Círculo vicioso: crianças pobres — trabalho infantil — adultos pobres. 4. O trabalho dos “cerillos” como um exemplo. 5. A modo de conclusão	96
--	----

Aviso-prévio proporcional: implicações práticas. 1. A regulamentação do art. 7º, inciso XXI, da Constituição da República.	
---	--

2. Direito intertemporal. 3. Trabalhadores beneficiados. 4. Polo contratante beneficiado pela Lei n. 12.506/2011. 5. Aferição do prazo proporcional do aviso-prévio. 6. Projeção do pré-aviso para definição do número proporcional de dias. 7. Jornada especial no curso do aviso-prévio. 8. Reflexos pecuniários do aviso-prévio proporcional. 9. Conclusão. 10. Referências bibliográficas	111
Independência judicial versus poder disciplinar	122
A ressignificação da dependência econômica. 1. Introdução. 2. Rompendo com a subordinação distintiva. 3. Entendendo o trabalho assalariado. 4. O retorno de dependência econômica. 5. Ultrapassando a clássica dependência econômica. 6. Refazendo a delimitação jurídica do trabalho dependente. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas	128
A globalização do desemprego: o “Ocupe Wall Street” (OWS), os protestos na Europa e o alerta da OIT. 1. Introdução. 2. A crise econômico-financeira do século XXI: versão agravada das crises anteriores. 3. Os efeitos da crise econômico-financeira no mundo do trabalho. 4. A Convenção n. 158 da OIT: retomada de sua aplicação pelo Brasil na proteção do seu crescente contingente de desempregados. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	148
A efetividade das políticas de saúde e qualidade de vida no trabalho: um estudo de caso em telemarketing. 1. Introdução. 2. Método. 2.1. Participantes. 2.2. Materiais e equipamentos. 2.3. Coleta de dados — Lugar e situação. 2.4. Análise de dados. 3. Resultados. 4. Discussão. 4.1. Caracterização da amostra. 4.2. Precarização do trabalho em telemarketing. 4.3. Sala de desca(n)so em empresas de telemarketing: opiniões e contradições. 4.4. Considerações finais: “Os lírios não nascem da lei”. 5. Referências bibliográficas	159
A proteção como valor <i>prima facie</i> e a revista pessoal no ambiente de trabalho. 1. Introdução. 2. Direito à intimidade e privacidade x poder diretivo do empregador. 3. O poder diretivo do empregador em xequê. 3.1. Poder diretivo e direito de propriedade. 4. O conteúdo do direito à preservação da intimidade e da privacidade na ordem jurídica vigente. 5. Um valor fundamental preponderante. 6. Revista pessoal. Exercício de poder diretivo ou abuso de poder? Algumas conclusões. 7. Referências bibliográficas	173
O processo no Estado constitucional. 1. Introdução. 2. O processo no Estado constitucional. 2.1. O direito ao processo justo. 2.2. A tutela jurisdicional. 2.3. O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada. 3. O direito de ação sob o prisma dos direitos fundamentais. 4. Conclusão. 5. Referências bibliográficas	189
Jurisprudência	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	203
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região	213
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região	231
Sentenças	
3ª Vara do Trabalho de Mossoró — RN	247

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBEK**

Capa: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

