

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).

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: **PETER FRITZ STROTBEK**

Capa: **FABIO GIGLIO**

Impressão: **HR GRÁFICA E EDITORA**

© Todos os direitos reservados

LTr

EDITORA LTDA.

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

LTr 4740.0

Novembro, 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. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região – Ematra 5.

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 — Vários mundos, uma senda. Um homem de virtudes — Homenagem a Arnaldo Lopes Süsssekind</i>	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sententas</i>	13
Doutrina	
O bem de família e a execução de créditos trabalhistas: algumas nótulas em derredor da impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990 <i>Aloisio Cristovam dos Santos Junior</i>	17
Fluência de juros de mora em caso de atraso no pagamento de salário <i>Érico Vinicius Prado Casagrande</i>	32
Desafios para a proteção da privacidade de empregados e empregadores em face da internet, redes sociais e novas tecnologias da informação <i>Gustavo Carvalho Chehab</i>	43
Do efeito repristinatório da Convenção n. 158 da OIT: uma nova perspectiva <i>José Mário Porto Neto e Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto</i>	66
A nova disciplina da jornada de trabalho do motorista profissional <i>Manoel Carlos Toledo Filho e Bruno Hiroshi Neves</i>	80
A desconexão do trabalho sob a ótica das horas extraordinárias habituais: o direito ao lazer como corolário ao princípio da dignidade humana <i>Mauro César Cantareira Sabino</i>	86
Crítica à extinção do vínculo de emprego por culpa patronal: pela busca do reequilíbrio dos braços da balança <i>Oscar Krost</i>	102
Tutela legal do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador e as responsabilidades pelos danos decorrentes <i>Raimundo Simão de Melo</i>	113

Mecanismos e formas de precarização do trabalho sob a hegemonia neoliberal: um estudo do percurso brasileiro <i>Roseniura Santos</i>	122
O devido processo legal e o dever de motivação na despedida de empregado público <i>Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira</i>	136
Culpa presumida do empregador nos infortúnios laborais <i>Silvio Luiz de Souza</i>	152
Apontamentos sobre trabalho análogo a escravo no Brasil <i>Sônia A. C. Mascaro Nascimento</i>	173
A compensação de horário à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. Banco de horas. Teoria constitucional e prática empresarial <i>S. Tavares Pereira</i>	180
Direito, psicologia e comunicação: elementos fundamentais do relacionamento interpessoal do magistrado com a sociedade <i>Tassos Lycurgo e Lauro Ericksen</i>	192
Jurisprudência	
— Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	
— Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho	
Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho	213
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região	237
Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região	243
Sentença	
1ª Vara do Trabalho de Craciúma – SC	255
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



Vários mundos, uma senda. Um homem de virtudes — Homenagem a Arnaldo Lopes Sússekind

As várias homenagens prestadas a Arnaldo Lopes Sússekind após o seu falecimento, ocorrido em 9 de julho de 2012, realçam o seu papel ímpar na história do Direito do Trabalho, ante a brilhante desincumbência dos inúmeros papéis que lhe couberam, o tempo todo, desde a juventude até os seus últimos dias. Foi um homem de várias realidades: do liberal e do social; do passado e do presente; das leis, da administração e da justiça; da teoria e da prática; do Brasil e do mundo.

Ícone do trabalhismo brasileiro, Sússekind nasceu na cidade do Rio de Janeiro, aos 9 de julho de 1917. No outro lado do planeta, às voltas com a Revolução Russa, a data marcaria um curioso termo médio entre a fase “liberal” (a chamada “revolução de fevereiro”) e a fase “socialista” (a dita “revolução de outubro”) daquele movimento. Prenúncio do homem que soube bem temperar a defesa das liberdades mais elementares com um profundo anelo de progresso social.

Coerente com suas convicções durante toda a vida, Sússekind foi membro da Comissão de Juristas que elaborou a Consolidação das Leis do Trabalho, constituída em 1942, em seus áureos vinte e quatro anos, ao lado de Segadas Viana, Oscar Saraiva, Rego Monteiro e Lacerda Marcondes. A CLT ganhou vida e positividade e, desde então, acompanhou gerações e gerações de trabalhistas. Nada obstante, setenta anos depois, Sússekind seguiria insistentemente consultado, oficial e extraoficialmente, a propósito das diversas propostas de reforma da legislação trabalhista brasileira. E não por acaso. Sússekind soube demonstrar, com seus firmes passos intelectuais, que é possível vencer as brumas do tempo sem abdicar de princípios e, ao mesmo tempo, sem cerrar vistas à mudança dos tempos.

No Poder Executivo, Sússekind foi Ministro do Trabalho e da Previdência Social — e também Ministro da Agricultura — em onze dos treze dias da Presidência da República de Ranieri Mazzilli (1964). Já sob o governo militar, seguiu ocupando o Ministério do Trabalho e da Previdência Social, entre 20 de abril de 1964 e 7 de dezembro de 1965. Ulteriormente, entre 1965 e 1971, foi Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, honrando as fileiras do Poder Judiciário e construindo ideias que ainda hoje ecoam naquele sodalício (a ponto de ser considerado o autor mais citado pelo Tribunal Superior do Trabalho — cf. *Anuário da Justiça Brasil 2011*). No plano internacional, compôs por longos anos a Comissão de Peritos da Organização Internacional do Trabalho, que também lhe rendeu justa homenagem ao tempo da sua morte. No meio intelectual, ademais, integrou a *Academia IberoAmericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, a Academia Brasileira de Letras Jurídicas e a Academia Nacional de Direito do Trabalho.

Seu corpo foi velado no prédio do Centro Cultural do Trabalho, onde outrora funcionava o Ministério do Trabalho, quando a capital federal ainda tinha sede no Rio de Janeiro. Nada mais emblemático.

A razão de ser do Direito do Trabalho é a promoção e a tutela da dignidade de todos quantos vivem da alienação da sua força de trabalho. Dedicar a vida ao Direito do Trabalho é, portanto, dedicá-la à promoção e à tutela da dignidade humana. Ao confundir sua história pessoal com a história do Direito do Trabalho, Arnaldo Lopes Sússekind deu aos que ficam a definitiva lição: ver no outro a sua condição de ser humano é o modo mais eloquente de revelar a nossa própria humanidade.

A nossa homenagem a esse grande personagem, que não cansou de nos recordar da nossa própria humanidade. Que descanse recompensado, pelo imenso trabalho que devotou ao mundo do trabalho. Trabalhar em prol do trabalho: dos círculos da razão prática, o mais virtuoso. Nada mais descritivo.

Nós, que o conhecemos, chamamos tamanha virtude por nome próprio.

Brasília, outubro de 2012.

A Comissão Editorial

Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças

1. Da finalidade

1.1. A *Revista Trabalhista Direito e Processo* tem por finalidade promover o debate e a reflexão crítica sobre os principais temas de competência da Justiça do Trabalho. Para tanto, se propõe a divulgar a produção científica de magistrados do trabalho, procuradores do trabalho e advogados, bem como de outros profissionais do Direito.

2. Da Comissão Editorial

2.1. Caberá à Comissão Editorial da Revista analisar, aprovar e selecionar as sentenças, os acórdãos e os artigos científicos a serem publicados.

2.2. Da decisão da Comissão não caberá pedido de reconsideração ou recurso.

3. Do encaminhamento

3.1. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos deverão ser encaminhados virtualmente apenas para endereço eletrônico que constará em cada edital que será publicado no sítio da Anamatra na internet, sob a forma de anexo à mensagem eletrônica.

3.2. O encaminhamento dos artigos científicos autoriza automaticamente a publicação. Caso opte pela posterior desautorização, o autor deverá proceder à comunicação pelo mesmo endereço eletrônico constante no subitem anterior, até o prazo de dez dias antes do encaminhamento do material pela comissão à editora.

3.3. Da mensagem eletrônica, deverá constar o endereço completo (residencial ou profissional) do autor para posterior encaminhamento de um exemplar com o trabalho publicado.

4. Das Sentenças e dos Acórdãos — Requisitos

4.1. As sentenças e os acórdãos encaminhados para publicação poderão versar sobre qualquer matéria.

4.2. Os acórdãos estão limitados ao máximo de três por desembargador ou ministro.

4.3. As sentenças e os acórdãos deverão ser remetidos, obrigatoriamente, acompanhados da data de publicação no Diário Oficial ou com a indicação da audiência em que foram publicados, constando, inclusive, o número dos autos do processo em que foram proferidos.

4.4. Já tendo sido publicada a sentença ou o acórdão, o prolator/relator deverá, obrigatoriamente, indicar em que veículos houve a publicação.

5. Dos artigos científicos — Requisitos

5.1. Os artigos científicos terão tema livre, devendo ser, preferencialmente, inéditos no Brasil.

5.2. Os artigos científicos deverão ser encaminhados devidamente corrigidos do ponto de vista ortográfico.

5.3. Os artigos científicos observarão, obrigatoriamente, os seguintes requisitos:

5.3.1. conterão entre cinco e trinta páginas, preparados em formato *Microsoft Word*;

5.3.2. os textos conterão, obrigatoriamente, a seguinte estrutura: a) título (e subtítulo, se houver); b) nome do autor; c) qualificação sucinta do autor (em nota de rodapé); d) resumo em português, com o máximo de duzentas palavras; e) mínimo de três e máximo de seis palavras-chaves que representem o conteúdo do texto; f) sumário; g) introdução; h) corpo do texto; i) considerações finais; j) referências bibliográficas; e k) data de elaboração, devendo ser, preferencialmente, recente;

5.3.3. a referência ao autor do artigo (subitem 5.3.2, alínea “b”) deverá conter os dados relativos à sua maior titulação acadêmica, além do cargo que ocupa na respectiva Região da Justiça do Trabalho, com indicação do Estado da Federação em caso de magistrado ou de membro do Ministério Público do Trabalho. O autor, se for o caso, deverá identificar-se como mestrando ou doutorando, assumindo a obrigação de lançar a publicação no seu currículo plataforma LATTES mantido no *site* do CNPQ: <<http://www.cnpq.br>>;

5.3.4. as citações deverão ser feitas em sistema de nota de rodapé, de acordo com as normas atualizadas da ABNT; não serão aceitos trabalhos com citação do tipo autor-data;

5.3.5. as referências bibliográficas deverão vir no final do texto;

5.3.6. as citações de textos de outros autores que ultrapassem três linhas devem ser feitas em parágrafo apartado, com recuo de 4 cm e sem aspas; as demais citações deverão vir no corpo do texto, entre aspas;

5.3.7. com o encaminhamento dos artigos, os seus autores automaticamente autorizam a Anamatra e a LTr Editora a realizar pequenas correções gramaticais que não alterem o teor do trabalho.

6. Da não observância dos requisitos formais

6.1. Os trabalhos que não observarem as normas deste edital, especialmente as formais, serão devolvidos aos seus autores, para readequação em oito dias, sob pena de não publicação.

7. Disposições gerais

7.1. O encaminhamento das sentenças, dos acórdãos e dos artigos científicos autoriza automaticamente a sua publicação (ver subitem 3.2).

7.2. As sentenças, os acórdãos e os artigos científicos recebidos para seleção não serão devolvidos e poderão ser publicados em números posteriores do periódico, a critério da Comissão Editorial, permanecendo no banco de dados da Revista, sendo desnecessária nova autorização do prolator/relator/autor.

7.3. Caso o remetente não concorde com a publicação nos números posteriores da Revista, deverá informar expressamente na mensagem de encaminhamento.

7.4. O conteúdo dos artigos científicos é de responsabilidade exclusiva de seus autores.

7.5. Não haverá nenhuma retribuição pecuniária pelos artigos enviados ou publicados, uma vez que a simples remessa para publicação importa a renúncia dos direitos autorais de natureza patrimonial.

Comissão Editorial da Revista Trabalhista Direito e Processo

Doutrina

O bem de família e a execução de créditos trabalhistas: algumas nótulas em derredor da impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990

Aloisio Cristovam dos Santos Junior^(*)

Resumo:

- ▶ O artigo discute a aplicabilidade da Lei n. 8.009/90 à execução trabalhista e sustenta, especificamente em relação aos créditos trabalhistas, a inconstitucionalidade da regra que afasta a penhora do bem de família, analisando criticamente a ponderação de valores feita pelo legislador sob o crivo do princípio da proporcionalidade.

Abstract:

- ▶ The article discusses the applicability of Act n. 8.009/90 and argues for the unconstitutionality of the rule that excepts the *attachment of homestead* property, specifically in relation to working credits, critically analyzing the balancing of values made by the legislature using the principle of proportionality.

Palavras-chave:

- ▶ Bem de família — Execução trabalhista — Penhora — Princípio da proporcionalidade.

Key-words:

- ▶ Homestead — Working credits execution — Attachment — Principle of proportionality.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Fundamentos constitucionais do bem de família. Direito à moradia

(*) Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Juiz do Trabalho da 5ª Região. Ex-Promotor de Justiça e ex-Procurador do Estado da Bahia. Bolsista da CAPES — Proc. 0069/10-8 — em programa de estágio doutoral na Universidade de Coimbra.

- ▶ 3. O privilégio dos créditos trabalhistas e a fundamentalidade do direito à contraprestação salarial
- ▶ 4. Os créditos trabalhistas no texto da Lei n. 8.009/90
- ▶ 5. A ponderação feita pelo legislador e o princípio da deferência
- ▶ 6. A (in)constitucionalidade da inclusão da execução de créditos trabalhistas no texto legal
- ▶ 7. Conclusões
- ▶ 8. Referências bibliográficas

Summary:

- ▶ 1. Introduction
- ▶ 2. Constitutional foundations of the homestead. Right to the home
- ▶ 3. The privilege of the working credits and the fundamental right to the salary
- ▶ 4. Working credits in the Act n. 8.009/90
- ▶ 5. Balance of values made by the legislature and Judicial deference to the legislature
- ▶ 6. The unconstitutionality for offense to principle of proportionality
- ▶ 7. Conclusions
- ▶ 8. Bibliographical references

1. Introdução

Passadas mais de duas décadas de sua edição, a Lei n. 8.009/90, que instituiu o bem de família involuntário⁽¹⁾, continua suscitando polêmicas, em especial aquelas relacionadas com a extensão do privilégio da impenhorabilidade e com o alcance de suas exceções⁽²⁾.

(1) O foco do presente estudo é o bem de família instituído pela Lei n. 8.009/90, designado pela doutrina como involuntário ou legal em contraposição ao voluntário ou facultativo previsto no Código Civil. O critério determinante nessa classificação é a necessidade ou não de concorrência, para o aperfeiçoamento do bem de família, da vontade dos beneficiários ou de quem os represente. Usualmente, se distingue entre bem de família voluntário ou involuntário, se bem que haja autores que prefiram distinguir entre bem de família voluntário ou legal, sendo, porém, recomendável evitar esta última expressão porque ambas as espécies estão previstas em lei. As diferenças terminológicas, contudo, têm escassa relevância, na medida em que os estudiosos que adotam a expressão bem de família legal ou involuntário (ou ainda obrigatório) referem-se ao mesmo objeto.

(2) Algumas dessas polêmicas, inclusive, têm chegado à apreciação do Supremo Tribunal Federal, a exemplo

A execução trabalhista tem sido um campo fértil para tais controvérsias, uma vez que o caráter alimentar inerente aos créditos derivados da relação de emprego reclama da ordem jurídica um tratamento obsequioso que assegure uma satisfação plena e célere, de modo que toda e qualquer intervenção do legislador que fuja desse viés deve ser sempre objeto de uma avaliação crítica cuidadosa.

O escopo do presente estudo é tratar da impenhorabilidade do bem de família estritamente sob o prisma da execução trabalhista. Acredita-se que, apesar de constantemente discutido, sobretudo nos embates travados no âmbito da Justiça do Trabalho, o tema ainda

da discussão em torno da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício, que foi objeto de julgamento no RE n. 407.688/SP. A decisão do STF, favorável à penhora, foi tomada por maioria e, embora contada como um duro golpe contra a doutrina que se insurgia contra a constitucionalidade da penhora nesse caso, ainda não colocou uma definitiva pá de cal na discussão, que encontra algum espaço nos círculos doutrinários.

permite novas abordagens com o aporte de alguns importantes contributos da moderna hermenêutica dos direitos fundamentais.

2. Fundamentos constitucionais do bem de família. Direito à moradia

Houve uma época em que o devedor respondia com o seu próprio corpo pelas dívidas contraídas e não pagas. A prisão, a escravização, a tortura e, eventualmente, a morte do insolvente eram tidas como meios legítimos para a satisfação do credor. Pior do que isso, os meios cruéis de execução de dívida também poderiam recair diretamente sobre os familiares do devedor⁽³⁾. Levou muito tempo até que a responsabilidade pelo pagamento de dívidas deixasse de ser estritamente pessoal e passasse a se limitar à esfera patrimonial do insolvente, mas, desde que isso veio a ocorrer, esteve sempre presente a ideia de que o acervo de bens do devedor respondia em sua integralidade pela dívida, não se cogitando da afetação parcial do seu patrimônio para outra finalidade.

A adoção do bem de família, portanto, excepciona a regra — ainda presente no mundo contemporâneo — de que a totalidade do patrimônio do devedor responde por suas dívidas, na medida em que exclui dessa responsabilidade uma parcela dos seus bens considerada

(3) Dois episódios bíblicos ilustram bem quão dramática era a situação do devedor insolvente na antiguidade. No primeiro deles, narrado no Capítulo 4 do 2º Livro dos Reis, uma pobre viúva buscou desesperadamente a ajuda do profeta Eliseu porque um credor estava chegando para levar os seus dois filhos como escravos. No segundo, ao contar a parábola do credor incompassivo, no Capítulo 18 do Evangelho de Mateus, Jesus Cristo põe nas palavras de um credor a ordem para que o devedor insolvente fosse vendido, ele, a mulher, os filhos e tudo quanto possuía a fim de que a dívida fosse paga. Daniel Amorim Assumpção Neves lembra que “a famosa Lei das XII Tábuas choca o leitor ao estabelecer que em determinadas condições seria possível ‘dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores’” (Impenhorabilidade de bens — análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Orgs.). *Execução no processo civil — novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2004. v. 1, p. 47-80).

necessária à proteção da entidade familiar. Constitui, assim, ao lado de outros benefícios legais, tais como o da execução menos gravosa, uma importante manifestação do *favor debitoris*, que na visão de Cândido Dinamarco nada mais é do que

um sistema de proteção do executado contra excessos (...) inspirado nos princípios de justiça e equidade, que inclusive constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência de humanização.⁽⁴⁾

Os fundamentos constitucionais do bem de família, como o próprio nome do instituto revela, assentam-se na valorização da entidade familiar, entendida como *cellula mater* da sociedade e, de modo especial, vinculam-se ao direito à moradia. Como destacado por Maria Berenice Dias:

O Estado assegura especial proteção à família (CF, art. 226), sendo a moradia reconhecida como um direito social (CF, art. 6º), e a casa, o asilo inviolável do indivíduo (CF, art. 5º, XI). Para dar efetividade ao comando constitucional, são estatuídas normas mais eficazes em defesa da entidade familiar e do lugar em que a família reside. A violação do lar é a quebra da última proteção humana; o aniquilamento de uma família é a incineração do próprio amor: amor da casa, amor da rua, amor de um semelhante por outro; em uma palavra: amor. A instituição do bem de família gera a impenhorabilidade de um bem determinado, que se transforma em verdadeiro patrimônio, num sentido protetivo do núcleo familiar. Trata-se de uma qualidade que se agrega a um bem imóvel e seus móveis, imunizando-os em relação a credores, como forma de proteger a família que nele reside.⁽⁵⁾

O direito à moradia, ao qual está umbilicalmente ligado o instituto do bem de família,

(4) DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 307

(5) DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 489.

constitui um importante direito fundamental social⁽⁶⁾, de titularidade ampla e conteúdo complexo, que implica múltiplas posições jurídicas. Na síntese precisa de Canotilho e Vital Moreira,

significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação.⁽⁷⁾

Entretanto, não se confunde com um pretenso direito à propriedade imobiliária residencial⁽⁸⁾, pois como adverte José Afonso da Silva

(6) Pressupõe-se aqui a fundamentalidade dos direitos sociais como um dado, conquanto não seja impossível encontrar um ou outro doutrinador que ainda resista à posição nesse sentido, que é amplamente majoritária da doutrina constitucional brasileira e na jurisprudência. Acolhe-se aqui a argumentação desenvolvida por Ingo Sarlet, para quem o reconhecimento de que os direitos sociais são direitos fundamentais abrangidos pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal “pode ser inferido basicamente das seguintes constatações. Em primeiro lugar, da expressão literal do art. 5º, § 2º, da CF, que menciona, de forma genérica, os ‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’, sem qualquer limitação quanto à sua posição no texto. Em segundo lugar (mas não em segundo plano), da acolhida expressa dos direitos sociais na CF de 1988, no título relativo aos direitos fundamentais, apesar de regrados em outro capítulo, inserindo a nossa Carta na tradição que se firmou no constitucionalismo do segundo pós-guerra, mas que encontra suas origens mais remotas na Constituição mexicana de 1917 e, com particular relevo, na Constituição alemã de 1919 (Constituição de ‘Weimar’). Da mesma forma, virtualmente pacificada na doutrina internacional a noção de que — a despeito da diversa estrutura normativa e de suas consequências jurídicas — ambos os ‘grupos’ de direitos se encontram revestidos pelo manto da ‘fundamentalidade’. Por derradeiro, é evidente que a mera localização topográfica do dispositivo no capítulo I do Título II não pode prevalecer diante de uma interpretação que, particularmente, leve em conta a finalidade do dispositivo” (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 93-94).

(7) CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

(8) Esta circunstância foi destacada no voto do Ministro Cezar Peluso, quando do julgamento pelo STF do RE n. 407.688/SP, que se transformou em *leading case* no que diz respeito à discussão da penhorabilidade do bem de família do fiador locatício.

não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo *morar*, do latim ‘*morari*’, que significava *demorar, ficar*.⁽⁹⁾

Feitas tais considerações, é forçoso concluir que toda reflexão que se pretenda fazer em derredor da aplicabilidade da Lei n. 8.009/90 não pode desprezar dois importantes aspectos, de vital importância para a interpretação dos textos legais que consagram a impenhorabilidade do bem de família:

1º A impenhorabilidade do bem de família constitui uma exceção à regra da responsabilidade patrimonial do devedor, de modo que os enunciados normativos que asseguram o privilégio não comportam interpretação extensiva;

2º A satisfação do direito à moradia não se dá apenas por meio da garantia da propriedade imobiliária, daí por que para a solução de antinomias nas quais esteja em jogo o bem de família podem ser pensadas formas alternativas para a concretização desse direito fundamental.

3. O privilégio dos créditos trabalhistas e a fundamentalidade do direito à contraprestação salarial

A expressão *crédito trabalhista*, quando associada ao processo de execução, é ampla o suficiente para designar todos e quaisquer direitos com expressão monetária reconhecidos judicialmente ao trabalhador em razão da existência do contrato individual de emprego ou da efetiva prestação do trabalho. Traduz, em resumo, a contraprestação econômica da energia do empregado que o empregador sonhegu durante a relação de trabalho e cuja relevância para o contrato de emprego é sublinhada por Rodrigues Pinto nos seguintes termos:

Por se ligar visceralmente à própria subsistência do empregado e de sua família, a contraprestação econômica de sua energia

(9) SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 314.

constitui, junto com a *duração do trabalho*, a parte mais importante e delicada do estudo do *contrato individual de emprego*.

A questão salarial foi, inclusive, uma das motivações históricas do Direito material do Trabalho (...) e, ao longo de toda sua evolução, permaneceu sempre na primeira linha das lutas dos trabalhadores e respondeu pela mais persistente área de atrito de interesses entre os sujeitos da relação individual de emprego.⁽¹⁰⁾

A fundamentalidade do direito à contraprestação salarial é de fácil detecção no texto constitucional, seja porque referido repetidas vezes no catálogo de direitos sociais⁽¹¹⁾, seja porque constitui um corolário inarredável do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, sufragados pelo legislador constituinte como princípios fundamentais da ordem econômica (art. 170)⁽¹²⁾ e, mais do que isso, como fundamentos da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV).

O caráter alimentar do salário, insistentemente propalado pela doutrina trabalhista, insere-se nesse contexto de valorização da dignidade humana, uma vez que a admissibilidade de trabalho subordinado sem a devida contraprestação, ressalvadas as hipóteses de labor voluntário realizado com intuito altruísta, equivaleria à aceitação da escravidão, uma das mais abomináveis violências que podem ser cometidas contra a pessoa.

Nem é preciso dizer, por óbvio, que a natureza alimentar da contraprestação salarial nenhuma transmutação sofre pelo fato de vir a se tornar objeto de execução judicial. Neste sentido, é que o § 1º-A do art. 100 da Constituição

Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 30, de 2000, dispõe que:

Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

A feição alimentar, aliás, constitui-se na razão pela qual a contraprestação salarial é cercada de proteção especial tanto pelo constituinte quanto pelo legislador infraconstitucional. A Constituição Federal, após estatuir nos incisos IV a IX, do art. 7º, alguns direitos visando à preservação de um valor digno para o salário⁽¹³⁾, garante no inciso X a “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”, emitindo, portanto, um comando direcionado ao legislador infraconstitucional para que torne efetiva tal proteção, inclusive com a criminalização da conduta de quem venha a sonegar dolosamente a contraprestação salarial do trabalhador.

Diversos dispositivos legais concretizam a proteção propugnada pelo texto constitucional. O § 1º do art. 449 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 6.449, de 14.10.1977, por exemplo, prevê que

(13) Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V – piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII – garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

(10) PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 328.

(11) Vide incisos IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XVIII, XXX e XXXI do art. 7º da Constituição Federal. Sobre a fundamentalidade dos direitos sociais, cf. nota de rodapé n. 6.

(12) Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

na falência constituirão créditos privilegiados a totalidade dos salários devidos ao empregado e a totalidade das indenizações a que tiver direito.⁽¹⁴⁾

O art. 186 do Código Tributário Nacional também põe em evidência a primazia do crédito trabalhista sobre qualquer outro, inclusive o tributário, ao rezar que:

O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os *créditos decorrentes da legislação do trabalho* ou do acidente de trabalho.⁽¹⁵⁾

Neste quadrante, importa ressaltar que a fundamentalidade do crédito trabalhista e o seu caráter alimentar são dois aspectos que devem ser valorizados no exame crítico de qualquer medida restritiva que o legislador ou o administrador imponha à sua satisfação rápida e integral.

4. Os créditos trabalhistas no texto da Lei n. 8.009/90

Embora o processo hermenêutico não dispense a pré-compreensão do intérprete, cujo elemento volitivo, ademais, é inevitável na sua construção, a alteridade do texto não pode ser

(14) O texto original dizia: "Na falência e na concordata, constituirão crédito privilegiado a totalidade dos salários devidos ao empregado e um terço das indenizações a que tiver direito, e crédito quirografário os restantes dois terços." Vale conferir a redação do art. 83, I, da nova Lei de Falências, que limita o privilégio ao valor não excedente a 150 salários mínimos por trabalhador, com o qual o dispositivo celetista conflita.

(15) O grifo, é claro, não consta do texto legal.

(16) Se é verdade que a concepção clássica que põe o sujeito e o objeto da interpretação em compartimentos estanques revela-se ultrapassada, diante da percepção, tão cara à hermenêutica contemporânea, de que o intérprete afeta o texto; nem por isso é possível dizer que intérprete e texto se confundem numa única entidade. O texto, embora afetado pelo intérprete, ainda é o outro com o qual o intérprete dialoga. Como argumenta Gadamer, "a intenção autêntica da compreensão é a seguinte: ao lermos um texto, queremos compreendê-lo; nossa expectativa é sempre que o texto nos informe sobre alguma coisa. Uma consciência formada pela autêntica atitude hermenêutica é sempre receptiva às características totalmente estranhas de tudo aquilo que lhe vem de fora. Em

sacrificada⁽¹⁶⁾. Por isso, toda e qualquer interpretação jurídica deve ter como ponto de partida o enunciado normativo e a partir daí é que são construídos os sentidos e os significados que expressam a norma de conduta.

Se assim o é, toda a discussão que envolve a questão da impenhorabilidade do bem de família na execução de créditos trabalhistas deve considerar, de início, a dicção do texto legal. A discussão deve partir, destarte, da leitura do art. 1º da Lei n. 8.009/90:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

(...)

III – pelo credor de pensão alimentícia; (...)

todo caso, tal receptividade não se adquire por meio de uma "neutralidade" objetivista: não é nem possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses. A atitude hermenêutica supõe uma tomada de consciência com relação às nossas opiniões e preconceitos que, ao qualificá-los como tais, retira-lhes o caráter extremado. É ao realizarmos tal atitude que damos ao texto a possibilidade de aparecer em sua diferença e de manifestar a sua verdade própria em contraste com as ideias preconcebidas que impúnhamos antecipadamente" (*O problema da consciência histórica*. FRUCHON, Pierre (Org.). Trad. Paulo César Duque Estrada. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 63-64). Vale conferir, também, do mesmo autor, *Verdade e método I*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

À primeira vista, os enunciados normativos veiculados pelos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.009/90 assumem de modo conspícuo que a execução de créditos trabalhistas não está afastada do campo de proteção da impenhorabilidade do bem de família.

O art. 1º preceitua que:

O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.⁽¹⁷⁾

A expressão *de outra natureza*, por si só, induz à conclusão de que as dívidas trabalhistas também se inserem no âmbito de aplicação da norma legal instituidora do benefício do bem de família. Mas se este fosse o único enunciado normativo a ser considerado ainda seria possível — com um esforço hercúleo, é bem verdade — construir uma argumentação visando afastar a dívida trabalhista de sua abrangência. Poder-se-ia, por exemplo, sustentar que por causa do caráter alimentar dos créditos trabalhistas e do privilégio que possuem em relação aos demais créditos, inclusive fiscais, a ausência de indicação expressa da dívida trabalhista implicaria uma opção do legislador por afastá-la da impenhorabilidade do bem de família, de modo que, neste caso, a expressão *de outra natureza* estaria reservada para dívidas outras sem feição alimentar e sem privilégio.

No entanto, a combinação do *caput* do art. 1º com o *caput* do art. 3º, que dispõe *que a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza*, revela a indisfarçável opção do legislador por proteger o bem de família mesmo em se tratando da execução de créditos trabalhistas. A alusão à execução trabalhista aí é inequívoca. Não se discute, portanto, que a vontade extraída do

(17) Grifo nosso.

texto legal é a de que o bem de família também não deve responder pela dívida trabalhista. Tanto isso é verdade que, quando o legislador quis afastar um crédito trabalhista da incidência da impenhorabilidade do bem de família o fez de forma expressa, no inciso II do art. 3º, que se refere aos trabalhadores domésticos.

Supondo que ainda seja possível discutir o significado da expressão *processo de execução trabalhista* com o objetivo de limitar ou ampliar as hipóteses de impenhorabilidade do bem de família, é de se indagar se ela se refere a toda e qualquer execução que tramita na Justiça do Trabalho e segue o rito previsto na norma processual trabalhista ou apenas à execução de créditos trabalhistas. A referência do art. 1º a “tipo de dívida” (civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza) evidencia que o foco está na natureza da dívida e não na natureza do procedimento. Sendo assim, *processo de execução trabalhista* deve ser entendido como todo e qualquer processo que visa à cobrança de dívida trabalhista, independentemente do procedimento adotado ou mesmo do órgão judiciário onde esteja tramitando.

Não há, portanto, dúvida razoável quanto à intenção do legislador de incluir os créditos trabalhistas dentre aqueles cuja execução judicial não permite a penhora do bem de família⁽¹⁸⁾. O respeito à alteridade do texto e a deferência devida ao legislador, dotado de uma legitimidade política que o intérprete do direito não possui, impõem que se reconheça que não é possível extrair dos enunciados normativos uma regra que exclua a execução do crédito trabalhista da impenhorabilidade conferida ao bem de família. Certas interpretações, conquanto bem intencionadas, que tentam retirar do texto legal uma conclusão diferente, como a que busca caracterizar o crédito trabalhista como pensão

(18) A referência à intenção do legislador não implica adesão à corrente originalista de interpretação, pois não se ignora que o texto, depois que vem ao mundo, ganha autonomia em relação ao seu autor. No caso concreto, porém, o sentido do texto e a intenção do legislador coincidem.

alimentícia, a fim de enquadrá-lo na exceção prevista no inciso III do art. 3º da Lei⁽¹⁹⁾, ou a que pretende conferir uma interpretação extensiva à exceção prevista no inciso I para incluir a totalidade dos créditos trabalhistas⁽²⁰⁾, desrespeitam a alteridade do texto legal e se adotadas pela autoridade judicial expressariam um decisionismo desarrazoado⁽²¹⁾.

5. Da ponderação feita pelo legislador e o princípio da deferência

A norma extraída do texto legal que veda a penhora do bem de família mesmo em sede de execução de crédito trabalhista trata-se de uma regra proibitiva. O princípio constitucional que a sustenta reside no direito fundamental à moradia. O princípio que se lhe opõe, por sua vez, consubstancia-se no direito fundamental à contraprestação do trabalho⁽²²⁾. O quadro

- (19) Tal argumento já foi utilizado para sustentar a penhorabilidade do bem de família na execução trabalhista, conforme se depreende do acórdão da 9ª Turma do TRT da 4ª Região, que rejeitou agravo de petição interposto com tal fundamento, como se vê da ementa a seguir: EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO. BEM DE FAMÍLIA. A execução de créditos trabalhistas não se confunde com a exceção prevista no art. 3º, III da Lei n. 8.009/1990, sendo impenhorável o bem destinado à residência da entidade familiar (Acórdão AGRAVO DE PETIÇÃO: AP 481200810404000 RS 00481-2008-104-04-00-0, Relator(a): VÂNIA MATTOS, Julgamento: 13.5.2009. Órgão Julgador: 9ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região).
- (20) Tentativa nesse sentido foi rechaçada pela 3ª Turma do TRT da 1ª Região, como se vê da ementa a seguir: BEM DE FAMÍLIA. CRÉDITO TRABALHISTA. EMPREGADO DOMÉSTICO. BEM DE FAMÍLIA. O art. 3º, I, da Lei n. 8.009/90, ressalvou a penhorabilidade do bem de família em relação aos créditos dos trabalhadores domésticos, o que, por interpretação extensiva, alcança todos os créditos de natureza trabalhista (TRT-1: 75200306701004 RJ 00075-2003-067-01-00-4, rel. Des. Fernando Antônio Zorzenon da Silva, Julgamento: 16.2.2004, Órgão Julgador: 3ª Turma, Publicação: DORJ 22.3.2004. P. III, S. II, FEDERAL).
- (21) A ênfase não é no decisionismo, que em alguma medida sempre acompanha a interpretação judicial como manifestação do elemento volitivo que lhe é inafastável, mas no desarrazoado, pois é um imperativo do Estado democrático de direito que as decisões judiciais sejam fundamentadas por meio de uma argumentação razoável e consistente.
- (22) O conteúdo principiológico dos direitos fundamentais é uma decorrência de sua perspectiva (ou dimensão)

apresentado corresponde, portanto, a uma colisão de princípios com igual dignidade constitucional. Se assim o é, fica caracterizado que o legislador, antecipando-se ao intérprete, promoveu ele mesmo uma ponderação de valores, concluindo que o direito à moradia deveria sacrificar o direito à contraprestação do trabalho.

Partindo dessas premissas, não se pode simplesmente negar eficácia à regra da impenhorabilidade do bem de família na execução do crédito trabalhista sob a alegação assaz genérica de que atentaria contra o princípio da dignidade humana, como muitos intérpretes, irrefletidamente, fazem quando são chamados a solucionar certas antinomias, sem que percebam que configuram *hard cases* que reclamam um esforço argumentativo mais refinado. Tanto o direito à moradia quanto o direito à contraprestação do trabalho concretizam o princípio da dignidade humana e o legislador, conscientemente, decidiu que o primeiro deveria ter primazia sobre o segundo.

Não se pode, *a priori*, afastar a regra proibitiva em comento sob o singelo argumento de que, numa ponderação de valores, ela teria menor peso que o direito à contraprestação do trabalho, que tem caráter alimentar. O legislador já assumiu tal ponderação e pode ser dito em seu favor que, numa aceção mais ampla, os alimentos também compreendem o direito à moradia⁽²³⁾. Por outro lado, em se tratando de uma regra, deve ser rejeitada toda a tentativa de ponderá-la diretamente com algum princípio, porque ponderação somente se faz entre princípios e não entre uma regra e um princípio.

objetiva, isto é, do reconhecimento de que eles, como leciona Ingo Sarlet, “podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade” (ob. cit., p. 157).

- (23) *Vide*, por exemplo, que, ao dispor sobre os legados, o Código Civil no art. 1.920 reza que “o legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor”.

Fora de qualquer dúvida, o legislador estava autorizado a promover tal ponderação, no sentido de que detinha a competência constitucional para tanto. A decisão num sentido ou noutro está rigorosamente dentro de suas prerrogativas constitucionais, considerando-se que os direitos fundamentais sujeitam-se sempre a uma reserva legal, ainda que esta se manifeste muitas vezes de modo implícito e não expresso. Sendo assim, embora a justeza da regra em comento seja passível de apreciação sob o prisma da compatibilidade material com a Constituição, não há como impugná-la sob a alegação de que faltaria ao legislador legitimidade para editá-la.

Em verdade, ao criar regras que, em última análise, visam à concretização de princípios constitucionais, incumbe-se também ao legislador — ou preferencialmente ao legislador — promover o sopesamento de direitos fundamentais. A ponderação insere-se, pois, na própria função legisferante. Como observou o Ministro Carlos Ayres de Brito ao deferir liminar na ADI n. 4.451, movida pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão — ABERT:

Esse papel de agente ponderador, que escolhe entre valores, deve ser *primordialmente* cometido ao Legislativo. O juiz pode e deve interpretar o Direito com referência a valores. Isso não é mais posto em causa. No entanto, não se pode usar dos *princípios* como meio de substituição da vontade geral da lei pela vontade hermética, esotérica de um juiz, que, em diversas situações, busca modelos teóricos para ajustar exteriormente as conclusões internas a que ele chegou por meios obscuros e de impossível sindicância por critérios de aferição universal.⁽²⁴⁾

Sob tal perspectiva a ponderação feita pelo aplicador do direito somente se justifica nas situações conflituosas em face das quais o

(24) ADI n. 4.451 – Ação Direta de Inconstitucionalidade. Origem: DF – Distrito Federal. Relator: Min. Ayres Britto. Reqte.: Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão – ABERT. Reqdos. Presidente da República e Congresso Nacional.

legislador não estabeleceu regras prevendo a precedência de um direito fundamental sobre o outro ou, então, quando as regras legais estabelecidas com este objetivo carecem de compatibilidade formal e/ou material com a Constituição.

Merece registro, inclusive, que a inconstitucionalidade da Lei n. 8.009/90, na sua totalidade, não mais tem sido passível de discussão. Com efeito, logo após ter sido editado, o diploma legal foi alvo do ataque de alguns juristas⁽²⁵⁾, que se apressaram a apregoar a sua inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da sujeição patrimonial do devedor extraído do art. 5º, incisos LXVII e LIV, da Carta Magna. A tese, porém, não vingou na jurisprudência, onde prevaleceu até com certa tranquilidade⁽²⁶⁾ o entendimento de que a intenção do legislador foi a de garantir um abrigo para a família, pedra basilar da sociedade, que merece especial proteção do Estado (art. 226)⁽²⁷⁾, e de que a sujeição patrimonial do devedor não estaria afastada, mas apenas limitada pela afetação de um de seus bens para servir de moradia à entidade familiar⁽²⁸⁾.

(25) Cf. por todos Carlos Callage (Inconstitucionalidade da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, RT 662, 1990), para quem a lei “torna inócua o princípio universal da sujeição do patrimônio às dívidas, acolhido pela Constituição brasileira (art. 5º, incs. LXVII, LIV) e atinge o próprio regime econômico básico adotado pela Carta que pressupõe relações obrigacionais das mais diferentes espécies, suprimindo as garantias e a eficácia coativa do direito de crédito”. A resistência do citado jurista à lei pode ser medida, também, pelas seguintes palavras que expressam uma refinada ironia: “No passado, o devedor respondia com o próprio corpo. No presente, responde com seu patrimônio e, neste futuro, não responde mais.”

(26) A arguição de inconstitucionalidade da Lei sequer chegou a ser levada à apreciação do STF.

(27) Neste sentido, vale conferir o pronunciamento da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em 24.9.1992, por votação unânime, sendo Relator o Des. Itamar Gaino decidiu que “não é considerada inconstitucional a ampliação do instituto do bem de família pela Lei Federal n. 8.009, de 1990, uma vez que objetiva garantir um abrigo para família, em condições de habitabilidade”.

(28) É bom lembrar que o conceito de entidade familiar para efeito de aplicação da lei tem sido ampliado

6. A (in)constitucionalidade da inclusão da execução de créditos trabalhistas no texto legal

Não havendo como extrair do texto legal uma norma que afaste a impenhorabilidade do bem de família da execução da dívida trabalhista (salvo a exceção expressamente prevista do trabalhador doméstico) e sabendo-se que o legislador antecipou-se ao intérprete ponderando valores colidentes, só resta discutir se a regra que adotou harmoniza-se com o sistema constitucional⁽²⁹⁾, vale dizer, se a ponderação feita pelo legislador é substancialmente constitucional.

Ora, se é certo que o legislador previu expressamente que a execução de créditos trabalhistas sofrerá o efeito da impenhorabilidade do bem de família, não há vedação a que se discuta a constitucionalidade parcial do texto legal apenas no que concerne à inclusão da execução de tais créditos na sua órbita de incidência.

Trata-se de um problema cuja solução é extremamente complexa, porque não se trata de localizar no texto constitucional uma regra ou princípio expressos com os quais conflite a proibição da penhora do bem de família no caso específico da execução trabalhista. Qualquer princípio constitucional que pudesse ser apontado como paradigma para efeito de aferição da inconstitucionalidade da vedação à penhora do bem de família na execução trabalhista poderia ser facilmente colocado em pé de igualdade com algum princípio constitucional que fundamenta a regra proibitiva. Ademais não parece factível reportar-se ao

consideravelmente pela jurisprudência. Basta dizer que o STJ editou recentemente (outubro de 2008) a Súmula n. 364, segundo a qual “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

(29) Vale conferir o conceito de sistema jurídico formulado por Juarez Freitas (*A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 19) que não o percebe apenas como o conjunto das normas jurídicas, mas como uma rede de princípios, regras e valores na condição de totalidade dialética.

princípio da dignidade humana para justificar a solução em favor de qualquer dos valores em conflito, pois, em última análise, tanto o direito à moradia quanto o direito à contraprestação salarial prestam-se a concretizá-lo. De igual modo, não ajudaria fazer referência ao mínimo existencial, ao qual se vinculam fortemente ambos os direitos.

Por outro lado, não há como negar que a ponderação feita pelo legislador, pela deferência que se lhe deve em função de sua legitimidade política, goza da presunção de constitucionalidade, o que impõe que somente seja possível afastar a sua constitucionalidade se não houver dúvida razoável para tanto. Por outras palavras, a inconstitucionalidade da ponderação legislativa deve estar demonstrada com clareza.

Assim sendo, onde poderia ser encontrada a eiva de inconstitucionalidade da regra em comento? No contexto da moderna teoria dos direitos fundamentais, o intérprete consequencialista poderá buscá-la recorrendo ao princípio⁽³⁰⁾ da proporcionalidade. Aparentemente, é a única via possível. Aliás, sobre a

(30) Não se ignora aqui que a qualificação jurídico-normativa da proporcionalidade é objeto de controvérsia, configurando para alguns um princípio e para outros uma regra. Além disso, há quem negue o caráter principiológico da proporcionalidade, especialmente no tocante ao controle de constitucionalidade, considerando-o um postulado normativo-aplicativo, que consubstanciaria na verdade num dever de proporcionalidade. Toda essa discussão, contudo, deriva dos critérios estabelecidos por Robert Alexy para distinguir as duas espécies normativas. Neste sentido, vale conferir Humberto Bergmann Ávila, *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 104 e ss. No contexto do presente estudo, porém, nenhum inconveniente há na adoção, sem maiores questionamentos, da terminologia majoritária na doutrina brasileira, utilizada por Ingo Sarlet (cf. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 461), Gilmar Mendes (*O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras*. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001) e Paulo Bonavides (*Curso de direito constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 392 e ss.), dentre outros juristas que compõem a constelação dos principais constitucionalistas do país.

utilização do princípio da proporcionalidade como critério de aferição da constitucionalidade, as lições de Ingo Sarlet são bastante elucidativas:

(...) não mais se questiona seriamente, apenas para referir outro aspecto, a necessária e correlata aplicação do princípio da proporcionalidade e da interpretação conforme a Constituição. Com efeito, para a efetivação de seu dever de proteção, o Estado — por meio de um dos seus órgãos ou agentes — pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (...). Esta hipótese corresponde às aplicações correntes do princípio da proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais que, nesta perspectiva, atuam como direitos de defesa, no sentido de proibições de intervenção (portanto, de direitos subjetivos em sentido negativo, se assim preferirmos). O princípio da proporcionalidade atua, neste plano (o da proibição de excesso), como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais, o que também já é de todos conhecido e dispensa, por ora, maior elucidação.⁽³¹⁾

É cediço que o princípio da proporcionalidade impõe que qualquer medida restritiva de direito fundamental tomada pela Administração ou pelo legislador seja adequada (apta a atingir a finalidade perseguida), necessária (eleja um meio que seja o menos prejudicial ou gravoso ao direito fundamental em questão) e proporcional em sentido estrito (o meio escolhido mantenha-se numa relação razoável com o resultado perseguido)⁽³²⁾.

(31) SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 16 set. 2009.

(32) Sobre o assunto, cf. STEINMETZ, W. A. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da. (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 11-53.

O fim almejado pelo legislador foi o de proteger a moradia da família. O meio adotado — instituir a impenhorabilidade da residência — atinge o fim almejado. Deste modo, a regra em comento passa pelo primeiro crivo, ou seja, pelo critério da adequação.

O meio escolhido, contudo, não passa pelo segundo crivo, o da necessidade. Quando cotejado com o caráter alimentar do crédito trabalhista, que serve à subsistência do indivíduo, cuja existência é pressuposto essencial à preservação da entidade familiar, há uma clara sinalização de que a medida legislativa implica excesso. Outros meios menos gravosos ao direito fundamental do trabalhador à retribuição do seu labor poderiam ser facilmente escolhidos. O legislador poderia, por exemplo, ter permitido a penhora do bem imóvel e assegurado que quando da sua alienação judicial apenas 1/3 do valor seria destinado ao pagamento dos créditos trabalhistas, de modo que o saldo pudesse ser utilizado pelo devedor para a compra de outro imóvel residencial de menor valor.

O legislador poderia, também, ter feito a distinção entre parcelas indenizatórias e parcelas salariais, para excluir as últimas da incidência da impenhorabilidade do bem de família⁽³³⁾.

(33) Considerando-se que os créditos trabalhistas em execução correspondem à retribuição do trabalho não adimplida pelo empregador na época própria, vale referir que esta, de acordo com a tipologia desenvolvida por Rodrigues Pinto (*op. cit.*, p. 329), comporta três espécies: a) Salário, que na definição de Orlando Gomes e Elson Gottschalk, identifica as “atribuições econômicas devidas e pagas diretamente pelo empregador, como contraprestação de serviço” (*Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio: Forense, 2006. p. 225); b) Remuneração, que, consoante o magistério de Alice Monteiro de Barros designa a “retribuição devida e paga ao empregado não só pelo empregador, mas também por terceiro, de forma habitual, em virtude do contrato de trabalho” (*Curso de direito do trabalho*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007. p. 731); c) Indenização, que na lição da mesma professora “é uma importância devida na relação de emprego quando há perda ou lesão de um direito provocada de forma dolosa ou culposa pelo empregador ou seus prepostos ou, ainda, pelo fato de desenvolver ele atividade de risco, à luz do art. 927, parágrafo único, do Código Civil de 2002” (*ibidem*, p. 733).

Mas não o fez, de modo que instituiu a possibilidade de prestação de trabalho sem remuneração. Basta que o tomador de serviços contrate alguém para exercitar determinada atividade profissional que não seja de caráter doméstico (embora tal atividade possa até ser desenvolvida no interior da residência do empregador, como, por exemplo, a função de costureira) e fique sem pagar algum tempo o salário de seu empregado que, se só tiver um imóvel residencial, terá garantido que não precisará pagar pelos serviços prestados. É um retorno à barbárie. Os senhores de escravos pelo menos os alimentavam. Aqui nem isso.

O excesso do legislador torna-se mais evidente quando, na hipótese em apreço, não estipula limite de valor para que o imóvel residencial seja considerado bem de família, de modo que o proprietário de uma mansão avaliada em milhões de reais, dono de um único imóvel⁽³⁴⁾, poderá simplesmente negar-se a pagar irrisórias verbas trabalhistas a um pobre trabalhador que mal tenha onde cair morto, com a garantia de que, mesmo que este venha a buscar o Judiciário, nada poderá forçar o devedor recalcitrante ao adimplemento. A possibilidade de que uma iniquidade como essa ocorra na vida real não é uma hipótese meramente cerebrina, especialmente quando se considera que a dissolução do contrato de emprego muitas vezes se dá em meio a uma intensa animosidade entre empregador e empregado, que faz com que por mesquinhez ou outro sentimento inferior o devedor procure impedir ao credor tal dano.

Além disso, o que justificaria o fato de que o credor de pensão alimentícia mereceu tratamento

Como visto, a primeira espécie (salário) inclui-se na segunda, de modo que para a identificação da natureza jurídica dos créditos trabalhistas em execução releva principalmente a distinção entre as verbas remuneratória e indenizatória.

(34) Vale lembrar que o devedor hipotético poderia, também, receber polpidos vencimentos e a situação não se alteraria, pois estes desfrutam da impenhorabilidade absoluta, nos termos do art. 649, IV, do Código de Processo Civil.

diferenciado do legislador, se os créditos têm a mesma natureza? Há aí um enorme paradoxo. O beneficiário da pensão alimentícia, que não precisa trabalhar para fazer jus aos alimentos, tem a sua situação excepcionada pelo legislador — e é justo que o tenha. O credor de salários (que constituem, também, alimento), a despeito de tê-los conquistado com o seu suor e com energias que jamais lhes serão restituídas tem que passar fome, ainda que seja o mantenedor de uma família que sequer tenha moradia própria. Aliás, um aspecto que salienta o caráter excessivo da medida é justamente o fato de que no Brasil quem possui casa própria ainda é uma minoria, daí por que os protegidos pela medida são, principalmente, os mais abastados.

A insuficiência da proteção ao direito fundamental à contraprestação salarial é visível, ainda, na circunstância de que recebeu tratamento idêntico ao que foi dado aos créditos de natureza civil, tributária, previdenciária e de outra natureza, de modo que o legislador descuro do dever de proteção que se extrai do inciso X do art. 7º da Constituição Federal e que emerge de outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, do art. 100, *caput* e § 1º, que excepciona os créditos trabalhistas da sujeição à ordem cronológica dos precatórios. O tratamento privilegiado que o próprio constituinte outorga ao crédito trabalhista, considerando-o crédito alimentício e isentando-o da obediência à ordem cronológica dos precatórios, aponta sem sombra de dúvida para a insuficiência da proteção que deveria ser dada à espécie pelo legislador.

Com efeito, a proteção constitucionalmente devida ao crédito salarial do trabalhador também reclama atuação por parte do legislador e este, ao permitir que o patrimônio do devedor escape de responder pela dívida independentemente do valor do imóvel que possua, incorre em quebra do princípio da vedação à proteção insuficiente.

Mesmo que a atuação do legislador pudesse ser considerada necessária, o sacrifício que a

regra legal impõe ao direito à contraprestação salarial não passaria pelo teste da proporcionalidade em sentido estrito. No caso, a desproporcionalidade estrita é flagrante porque a regra estabelecida pelo legislador afeta o núcleo essencial do direito à contraprestação salarial naqueles casos em que o devedor somente possui um imóvel residencial. Trata-se de um sacrifício incomensurável para um direito que, por seu caráter alimentar, deveria merecer o maior respeito do legislador.

A solução, portanto, passa pela declaração da inconstitucionalidade da regra que estende às execuções de créditos trabalhistas a impenhorabilidade do bem de família, de modo a considerar passível de constrição o único imóvel de propriedade do devedor. Como a desproporcionalidade não é encontrada no confronto entre a regra proibitiva da penhora do bem de família e a execução dos demais créditos, cuida-se de conferir ao preceito legal uma interpretação conforme a Constituição, a fim de afastar a incidência da regra apenas no que tange aos créditos trabalhistas.

Cumpra observar, entretanto, que do caráter necessariamente sistemático da interpretação do direito deduz-se que, quando há uma colisão de princípios, a primeira tentativa deve ser a de harmonizá-los. Na lição de Juarez Freitas⁽³⁵⁾:

ao intérprete incumbe (...) conferir sistematicidade às normas, vale dizer, harmonizá-las, formal e substancialmente, garantindo a salutar e democrática coexistência das liberdades e igualdades no presente em que ocorre a operação hermenêutica.

No caso em apreço, a correção do rumo adotado pelo legislador, que esbarra — como visto — na Constituição Federal, reclama um exercício calculado de ativismo judicial, pois simplesmente declarar a inconstitucionalidade da regra e sacrificar de logo o núcleo essencial do direito à moradia, sem esgotar as possibilidades interpretativas que podem ser construídas a partir de todo o sistema constitucional, também não se afigura uma solução

(35) *Op. cit.*, p. 76.

constitucionalmente adequada. Uma dose de criatividade judicial para responder satisfatoriamente às exigências do caso concreto é sempre bem-vinda, sobretudo porque, assim como o legislador e a Administração, o Judiciário também está vinculado ao princípio da proporcionalidade.

Há quem sustente que a melhor solução seria utilizar analogicamente o disposto no art. 1.711 do Código Civil, que trata do bem de família voluntário, e permitir a penhora do imóvel residencial do devedor, garantindo-lhe um saldo correspondente a 1/3 do valor da alienação judicial. É uma solução atraente que se insere nesse contexto de buscar harmonizar os dois princípios sem sacrificar um deles na sua totalidade, como o legislador o fez. Para tanto, porém, a argumentação teria que ser robusta, porque não se trataria mais de meramente declarar a inconstitucionalidade da regra que veda a penhora do bem de família na execução de créditos trabalhistas. Ter-se-ia que argumentar consistentemente em favor da inconstitucionalidade da regra *apenas* na medida em que não assegura um mínimo de proteção ao crédito trabalhista, considerando-a constitucional *desde que* seja resguardado em favor do devedor parte do preço a ser obtido com a alienação judicial.

Poder-se-ia, também, cogitar a possibilidade de se permitir a penhora apenas para a garantia dos créditos estritamente salariais, excluindo os créditos trabalhistas indenizatórios, ou quem sabe, como fez o legislador ao editar a *Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Falências)*, limitar a satisfação do crédito trabalhista, a ser obtido com a alienação judicial do bem de família, a um valor máximo⁽³⁶⁾.

As soluções indicadas não afastariam a penhora da residência da família, mas viabilizariam, na maioria dos casos, que o devedor, após a

(36) O citado diploma legal, no art. 83, I, de constitucionalidade discutível, ao estabelecer a classificação dos créditos na falência afasta da preferência a parte dos créditos derivados da legislação do trabalho que excedam 150 (cento e cinquenta) salários mínimos por credor.

alienação judicial, ficasse com um saldo que lhe permitiria, pelo menos por algum tempo, obter uma nova moradia. Desse modo, o núcleo essencial do direito à moradia estaria resguardado até certo ponto, redundando certamente num resultado mais razoável que o obtido com a ponderação feita pelo legislador, que sacrificou integralmente o núcleo essencial do direito à contraprestação salarial.

Por derradeiro, há de se reconhecer que o problema em exame comporta um sem-número de abordagens, que dependem, é evidente, da pré-compreensão do intérprete, mas não há como ignorar que uma ponderação que simplesmente negue a primazia do direito à subsistência do hipossuficiente em detrimento do direito à moradia do credor vai de encontro a dois dos fundamentos da República Federativa do Brasil: o valor social do trabalho (art. 1º, IV) e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Em relação ao primeiro valor, a sua conexão com o direito fundamental à contraprestação salarial dispensa maiores explicações. Quanto ao segundo valor, se é certo que o direito à moradia também respeita a dignidade da pessoa humana, a sua proteção não pode ser feita de modo a sacrificar *in totum* o direito fundamental à contraprestação salarial, que constitui o seu único meio digno de subsistência. Não é ocioso recordar, por mais surreal que pareça, que a escravidão no Brasil foi abolida em 13 de maio de 1888 pela Lei Áurea.

7. Conclusões

1. O bem de família é um instituto que tem como fundamento a proteção ao direito de moradia da família, que não se confunde com um pretense direito à propriedade imobiliária residencial.

2. A constitucionalidade da Lei n. 8.009/90, como um todo, está consolidada pela jurisprudência, mas a compatibilização de alguns dispositivos com o sistema constitucional permanece discutível.

3. Não há como extrair dos enunciados normativos constantes da Lei n. 8.009/90 uma

regra que sustente a penhorabilidade do bem de família na execução de créditos trabalhistas, ressalvada a hipótese dos trabalhadores domésticos.

4. O legislador fez a ponderação entre o direito da moradia e o direito à contraprestação do trabalho e conferiu primazia ao primeiro, de modo que não haveria como, em atenção ao princípio da deferência ao órgão legiferante, o intérprete simplesmente promover uma nova ponderação, em substituição àquela, a menos que evidenciada a inconstitucionalidade da opção legislativa.

5. Como está em jogo o direito fundamental à contraprestação salarial, que goza do caráter alimentar e concretiza no mais elevado grau a dignidade humana e o valor social do trabalho, fundamentos da ordem econômica e da República, a inconstitucionalidade da regra que proíbe a impenhorabilidade do bem de família merece ser aferida criteriosamente em face do princípio da proporcionalidade.

6. A proteção ao direito de moradia pela estipulação de regra que veda a penhora do bem de família mesmo em caso de dívidas trabalhistas constitui uma medida legislativa que passa pelo teste da adequação, pois atinge o fim almejado de proteger o direito à moradia da família do devedor.

7. A intervenção do legislador, contudo, não passa pelo crivo da necessidade, pois implica excesso de proteção ao devedor trabalhista e, concomitantemente, proteção insuficiente ao credor trabalhista, consistindo numa iniquidade que faz *tabula rasa* do valor social do trabalho.

8. A medida legislativa, ademais, não passa pelo critério da proporcionalidade em sentido estrito, pois afeta o núcleo essencial do direito à contraprestação salarial nos casos em que o devedor somente possui um imóvel residencial e, deste modo, afronta o princípio da isonomia, na medida em que favorece o direito à moradia da família do devedor em detrimento da subsistência da família do credor.

9. A ponderação feita pelo legislador, portanto, atenta contra dois fundamentos da República Federativa do Brasil: o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana. Sob tal perspectiva, a opção legislativa revela-se, a toda evidência, inconstitucional, de modo que os juízes do trabalho não devem aplicá-la às execuções de créditos trabalhistas nos seus exatos termos, abrindo-se, contudo, a oportunidade para que, num exercício calculado de ativismo judicial, proponham soluções que busquem uma melhor harmonização entre os princípios colidentes, sem deixar de lado em momento algum a proteção preferencial que o crédito trabalhista merece.

8. Referências bibliográficas

ALEXY, Roberto. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*: com comentários à Lei n. 8.009/90. 5. ed. rev., ampl. e atual. com o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALLAGE, Carlos. *Inconstitucionalidade da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990*. RT 662, 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

_____. *O problema da consciência histórica*. FRUCHON, Pierre (Org.). Trad. Paulo César Duque Estrada. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de direito do trabalho*. 17 ed. Rio: Forense, 2006.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ — Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> Acesso em: 26 nov. 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Impenhorabilidade de bens — análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; SHIMURA, Sérgio (Orgs.). *Execução no processo civil — novidades & tendências*. São Paulo: Método, 2004. v. 1, p. 47-80.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Constituição e Proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 16 set. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINMETZ, W. A. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. In: *Harvard Law Review*, 7:129–156. 1893.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Hipóteses peculiares de aplicação da Lei n. 8.009/90. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de jurisprudência e doutrina sobre direito de família — aspectos constitucionais, civis e processuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Fluência de juros de mora em caso de atraso no pagamento do salário

Érico Vinicius Prado Casagrande^(*)

Resumo:

- ▶ Quando se trata de contrato de trabalho subordinado, uma das principais obrigações do empregador para com o empregado é, certamente, a obrigação de pagar salário. Todavia, havendo inadimplemento dessa obrigação, a lei trabalhista brasileira revela uma contradição em termos de proteção ao salário, sendo relevante salientar que a proteção do salário representa um dos traços característicos desse tipo de contrato. Da mora salarial, não fluem juros como efeito jurídico de pleno direito, isto é, de forma automática, ao contrário do que pode ocorrer com as obrigações decorrentes de contratos civis e comerciais. Diante disso, é que se propõe uma reflexão no sentido de demonstrar que a obrigação de pagar salário consiste em uma obrigação positiva, líquida e a termo, motivo pelo qual a fluência de juros de mora seria, ou deveria ser, automática com o simples advento do vencimento da obrigação de pagar salário. Propõe-se, portanto, uma revisão do tema, como também uma revisão legislativa nesse ponto.

Palavras-chave:

- ▶ Obrigação de pagar salário — Pagamento de salário — Mora salarial — Fluência de juros — Juros de mora.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Obrigação de pagar salário como obrigação positiva e líquida
- ▶ 3. Pagamento do salário e mora salarial
- ▶ 4. Juros de mora como efeito do atraso no pagamento de salário e sua aplicação de pleno direito
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Advogado militante. Mestre em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (IEC-PUC Minas) e especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Faculdade Pitágoras.

1. Introdução⁽¹⁾

O presente estudo tem como objetivo analisar tema que, de certa forma, ainda não mereceu tantas críticas por parte de estudiosos do Direito do Trabalho. Trata-se de fluência de juros de mora em caso de atraso do empregador em relação a uma de suas principais obrigações contratuais, a saber, o pagamento do salário ao empregado.

A Consolidação das Leis do Trabalho⁽²⁾ (Decreto-lei n. 5.452, publicado em 9 de agosto de 1943 e vigente desde 10 de novembro de 1943), principal ato normativo do Direito do Trabalho brasileiro, estabelece em seu art. 883 que a fluência de juros de mora, em caso de condenação do empregador, é devida somente a partir da data em que for ajuizada reclamação pelo empregado. Tal dispositivo assim permanece desde 1954.

Pretende-se, aqui, demonstrar que a obrigação de pagar salário ao empregado implica existir outra obrigação para com o empregador, a saber, a obrigação de liquidar o salário antes de realizar seu pagamento em favor do empregado.

Nesse sentido, pretende-se também demonstrar que a obrigação de pagar salário constitui uma obrigação positiva e líquida, de modo que, em havendo atraso no pagamento do salário, o devedor (no caso, o empregador) haveria de ser responsabilizado de pleno direito (isto é, automaticamente) por juros de mora desde o termo da obrigação de pagar salário.

Esse termo, como é consabido, está previsto na CLT cujo art. 459 e seu § 1º preveem que o

período máximo para pagamento do salário não deve ser superior a 1 (um) mês (salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações), e que esse pagamento deve ser realizado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação do serviço⁽³⁾.

Ao fim, pretende-se demonstrar que existe falha na legislação trabalhista brasileira e que, por coerência às normas de proteção ao salário, mostra-se necessária revisão legal deste tema.

Para melhor exame, faz-se importante e necessário que o presente estudo contenha uma abordagem interdisciplinar, sobretudo entre Direito do Trabalho e Direito Civil; afinal, o Direito do Trabalho originou-se do Direito Civil.

2. Obrigação de pagar salário como obrigação positiva e líquida

Obrigação é uma das “figuras do direito civil desenvolvidas e adaptadas pelo direito do trabalho”⁽⁴⁾ e se origina de duas fontes⁽⁵⁾: “uma, em que a força geratriz imediata é a vontade; outra, em que é a lei.”⁽⁶⁾

(1) Para mais profundidade sobre o tema, o autor também recomenda a monografia que apresentou em programa de pós-graduação: CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado Casagrande. *Juros de mora no direito do trabalho: considerações acerca da fluência de juros de mora decorrente do atraso no pagamento de salários*. 2011. 39f. Monografia (Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho) — Faculdade Pitágoras, Núcleo de Pós-Graduação em Direito.

(2) A menção à Consolidação das Leis do Trabalho deste ponto em diante será feita pela sigla CLT.

(3) Conforme dispõe o art. 459 da CLT: “O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a um mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.” O § 1º deste mesmo artigo também dispõe que, “quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido”.

(4) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 106.

(5) Sobre esse assunto, Caio Mário da Silva Pereira também expõe, de maneira acertada, que “remotamente, é verdade, todas as obrigações nascem da lei, pois que é esta a fonte primária dos direitos; mesmo no campo contratual, não haveria a força jurígena da manifestação volitiva se não fosse o poder obrigatório que a lei lhe reconhece” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil — Teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II, p. 25). Dessa maneira, ainda que uma obrigação decorra de declaração de vontade, é imprescindível que a existência dessa obrigação como tal esteja conforme prevê a lei.

(6) *Ibidem*, p. 25.

Em sentido estrito⁽⁷⁾, a obrigação pode ser definida como “vínculo jurídico, pelo qual devedor fica adstrito a cumprir prestação de caráter patrimonial em favor de credor, o qual poderá exigir judicialmente seu cumprimento”⁽⁸⁾.

A criação de obrigações representa um dos efeitos jurídicos dos negócios jurídicos, dentre os quais se incluem os contratos. Logo, a celebração de um contrato de trabalho redundará na criação de obrigações tanto para o empregador, quanto para o empregado.

Toda obrigação tem, como objeto, uma prestação a qual “sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem”⁽⁹⁾. Essa atividade pode consistir em dar, fazer ou não fazer alguma coisa⁽¹⁰⁾.

Com base nessas considerações, pode-se afirmar que a obrigação de pagar salário se insere nas obrigações de dar. Isso porque o

empregador transfere uma vantagem de caráter patrimonial ao empregado por causa do contrato de trabalho, isto é, ocorre “destaque de bem do patrimônio do devedor (o empregador) para se agregar ao do credor (o empregado)”⁽¹¹⁾.

Juntamente com as obrigações de fazer, as obrigações de dar se incluem no conjunto das obrigações positivas, que “têm como objeto uma prestação, um agir”⁽¹²⁾; ao contrário das obrigações de não fazer que estão inseridas no conjunto das obrigações negativas, pois que o devedor deve abster-se de praticar algo. Por conseguinte, pode-se afirmar que a obrigação de pagar salário consiste em uma obrigação positiva.

Prosseguindo o raciocínio, pode-se afirmar também que a obrigação de pagar salário se insere no conjunto das obrigações líquidas⁽¹³⁾. Estas consistem em obrigações cujo “objeto é certo e individualizado; logo, sua prestação é relativa à coisa determinada quanto à espécie, quantidade e qualidade. É expressa por um algorismo, que se traduz por uma cifra”⁽¹⁴⁾. “Nelas acham-se presentes os requisitos que permitem a imediata identificação do objeto da obrigação, sua qualidade, quantidade e natureza.”⁽¹⁵⁾

No caso, por vários fundamentos jurídicos, observa-se que a lei brasileira faz supor que a obrigação de pagar salário seja líquida e que, portanto, caberia ao empregador a obrigação

-
- (7) O termo obrigação também pode ser utilizado em sentido amplo, correspondendo, assim, a dever jurídico. “Há obrigações que decorrem exclusivamente da lei, como são os deveres políticos (ser eleitor), ou as determinadas para com o Estado (pagar tributos), ou ainda as pecuniárias na órbita familiar (alimentar os filhos). Mas todas elas (*sic*) não podem inscrever-se como obrigações em sentido técnico estrito, aqui considerado. São, antes, deveres jurídicos.” (*idem*)
- (8) FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 139.
- (9) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil — Teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II, p. 11.
- (10) Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, a obrigação de dar consiste na entrega de uma coisa, em decorrência de transferência de propriedade de um bem do devedor que passa a ser de domínio do credor; em decorrência da restituição de determinada coisa ao seu proprietário; ou em decorrência de cumprimento de decisão judicial (*Ibidem*, p. 34). Já a obrigação de fazer corresponde a “prestação fato que pode consistir em: a) trabalho físico ou intelectual, determinado pelo tempo e gênero; b) trabalho determinado pelo produto; c) fato determinado pela vantagem que traz ao credor como, por exemplo, guardar coisa” (FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 158). Por fim, a obrigação de não fazer impõe ao devedor “a abstenção de ato que lhe seria lícito praticar, se não se houvesse obrigado a abstenção. Será sempre pessoal e só pode ser cumprida pelo próprio devedor” (*Ibidem*, p. 160).

(11) *Ibidem*, p. 151.

(12) *Idem*.

(13) Em sentido oposto, as obrigações ilíquidas são aquelas que dependem “de prévia apuração para a verificação de seu exato objeto” o qual “poderá ser de outro objeto que não dinheiro” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 150).

(14) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro — Teoria geral das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. II, p. 96.

(15) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 150.

de efetuar sua liquidação⁽¹⁶⁾. O resultado desta obrigação, por sua vez, seriam a certeza e a individualização do salário, bem como a determinação quanto à espécie, quantidade e qualidade da vantagem econômica a ser dada ao empregado.

A certeza e a individualização do salário decorrem da existência do próprio contrato de trabalho, negócio jurídico que fundamenta seu pagamento ao empregado. Já a determinação quanto à espécie, à quantidade e à qualidade decorre do art. 460 da CLT que impõe que todo salário seja estipulado. O empregador, principalmente, deve ser prudente e providente para estipular salários, pois, caso não ocorra essa estipulação, ao empregado será garantido o direito de perceber salário igual ao de outro que, na mesma empresa, fizer serviço equivalente ou do que for habitualmente pago para serviço semelhante.

Partindo desta perspectiva, é importante salientar que várias obrigações são impostas ao empregador pela lei brasileira as quais se relacionam à liquidação do salário. Geralmente, os estudiosos do Direito do Trabalho não costumam aventurar-se⁽¹⁷⁾ por essas outras obrigações que dizem respeito, basicamente, a obrigações de escrituração⁽¹⁸⁾ as quais, por

sua vez, relacionam-se principalmente às obrigações tributárias do empregador.

Cabe esclarecer que não se pretende aqui esgotar as questões relativas à escrituração ou a obrigações tributárias do empregador, mas sim demonstrar de que maneira elas acabam por levar à conclusão de que o empregador é sim obrigado a efetuar a liquidação do salário e, por corolário, à conclusão de que a obrigação de pagá-lo se insere no conjunto das obrigações líquidas.

Feito esse esclarecimento, cumpre mencionar, inicialmente, que a CLT aborda a liquidação de salário em uma passagem, a saber, no § 1º do art. 466 da CLT cuja norma dispõe sobre liquidação para pagamento de comissões e percentagens decorrentes de transações realizadas pelo empregado em favor da empresa. No caso, este dispositivo legal determina que, caso a transação se realize por prestações sucessivas, o pagamento das percentagens e comissões somente será devido, proporcionalmente, após a “respectiva liquidação” de cada prestação.

Vale mencionar também a previsão do art. 41 da CLT que obriga, expressamente, o empregador a ter “o registro dos respectivos trabalhadores, podendo ser adotados livros, fichas ou sistema eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho”. O parágrafo único do art. 41 da CLT, a seu turno, também obriga que sejam anotados todos os dados de empregados relativos “à sua admissão no emprego, duração e efetividade do

systemático e metódico de todos os fatos ocorridos em uma organização, a fim de que se fixem permanentemente, e possam, a qualquer momento, fornecer os dados que se tornem necessários para qualquer verificação a respeito deles. Desse modo, a escrituração quer dizer a execução de uma escrita ou significar a soma de atos praticados no sentido de registrar todos os fatos e atos ocorridos em um estabelecimento ou em uma repartição. Quando se trata de estabelecimento comercial, particularmente, diz-se escrituração mercantil (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* — Edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. II, p. 191).

(16) Na presente pesquisa, o termo “liquidação” será utilizado no significado de “exprimir a operação que tem por objetivo reduzir a quantias certos valores que não o eram. É, assim, a apuração de um líquido em virtude dos que os valores se mostram certos e exatos” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* — Edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989. v. III, p. 95).

(17) É comum encontrar obras que tratam dessas obrigações de escrituração sob o título de “rotinas trabalhistas” ou “práticas de departamento de pessoal”. Tais obras trazem aspectos do funcionamento cotidiano e prático do contrato de trabalho, com o objetivo de orientar empregadores sobre como proceder em caso de admissão ou de desligamento de empregados; como controlar a jornada de trabalho; como fazer a folha de pagamento, entre outras orientações. Dentre essas obras práticas, cite-se, como exemplo, a de José Serson (SERSON, José. *Curso de rotinas trabalhistas*. Coordenação Aníbal Fernandes. 37. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997).

(18) O termo “escrituração” derivado de escrever, quer significar o processo pelo qual se promove o registro

trabalho, a férias, acidentes e demais circunstâncias que interessem à proteção do trabalhador”.

Tratando das atribuições de órgãos de fiscalização do trabalho, o art. 343, alínea c da CLT prevê que “livros de escrituração” e “folhas de pagamento” podem ser examinados por autoridade fiscalizadora. O parágrafo único art. 354 da CLT, por sua vez, faz menção à “folha de salários”.

O art. 545 da CLT também menciona a expressão folha de pagamento ao prever que o empregador pode descontar contribuições devidas a sindicato “na folha de pagamento dos seus empregados”. E, por fim, o art. 582 da CLT obriga o empregador a descontar a contribuição sindical “da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano”.

Além da CLT, outros atos normativos também regulam a questão. É o caso do Decreto n. 3.048, publicado em 7 de maio de 1999, que aprova o Regulamento da Previdência Social, regulamentando obrigações tributárias do empregador relativas às contribuições sociais.

Dispõe o inciso I do art. 225 desse Decreto que a empresa — o empregador, no caso — é obrigada a “preparar folha de pagamento da remuneração paga, devida ou creditada a todos os segurados a seu serviço, devendo manter, em cada estabelecimento, uma via da respectiva folha e recibos de pagamentos”.

A preparação da folha de pagamento é de tal forma importante que constitui crime de sonegação de contribuição previdenciária⁽¹⁹⁾ a omissão — da folha de pagamento ou de

(19) Esse crime está previsto no art. 337-A Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940): “Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços (...)”

documento exigido pela legislação previdenciária — de informações relativas a empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que prestem serviços ao empregador, visando a suprimir ou a reduzir a quantia devida de contribuições sociais.

Sendo assim, tomando como base as normas da CLT, do Regulamento da Previdência Social e do Código Penal referidas neste tópico, observa-se que a lei brasileira determina que o empregador tenha e mantenha controle e organização de informações relativas ao empregado, dentre as quais se incluem as informações relativas ao pagamento de salários.

A CLT não contém normas expressas sobre a liquidação de salário no sentido de indicar, claramente, que o empregador está obrigado a fazê-lo ou sobre o método de se liquidar o salário. A CLT, no entanto, traz uma série de normas que apontam a existência de liquidação de comissões e percentagens, de folha de pagamento ou folha de salários.

Tudo isso, somado à obrigação expressa do art. 225, inciso I do Decreto n. 3.049/1999, leva à conclusão de que o empregador deve, efetivamente, liquidar os salários, isto é, fazê-los certos, individualizados e determinados quanto à espécie, à quantidade e à qualidade, apurando seu valor monetário.

Por conseguinte, pode-se afirmar que a obrigação de pagar o salário consiste em uma obrigação positiva, na medida em que implica um agir do devedor; no caso, transferir uma vantagem de caráter patrimonial ao empregado. Além disto, consiste em uma obrigação líquida, à proporção que a lei brasileira estabelece, em diferentes atos normativos, a obrigação do empregador de promover a liquidação de salários.

3. Pagamento do salário e mora salarial

O pagamento consiste no cumprimento ou adimplemento da prestação objeto de uma obrigação. Em se tratando da obrigação de pagar salário, estando este liquidado, a CLT

prevê, em diversas normas, como o empregador deve fazê-lo, estabelecendo tempo, lugar, modo e meio devidos; e, ainda, como comprovar o cumprimento dessa obrigação.

Dessa maneira, caso o empregador não efetue o pagamento do salário em local, tempo, meio e modo determinados por lei, deve ser considerado em mora⁽²⁰⁾. Neste estudo, será dado enfoque ao aspecto temporal da mora, isto é, nos casos em que houver atraso no pagamento do salário.

Tomando-se como base o aspecto temporal da mora, é válido citar a exposição de Maria Helena Diniz que bem ensina que a mora pode manifestar-se de duas maneiras:

1º) *Mora ex re*, se decorrer de lei, resultando do próprio fato do descumprimento da obrigação, independendo, portanto, de provocação do credor. A mora do devedor ocorrerá *pleno iure*, não sendo necessário qualquer ato ou iniciativa do credor se houver vencimento determinado para o adimplemento da obrigação.

(...)

2º) *Mora ex persona*, se não houver estipulação de termo certo para a execução da relação obrigacional; nesse caso, será imprescindível que o credor tome certas providências necessárias para constituir o devedor em mora, tais como: interpelação (...), protesto judicial ou extrajudicial (...), ou citação feita na própria causa principal, pelo credor ajuizado para discutir a relação jurídica.⁽²¹⁾

(20) Cumpre esclarecer que, quando se examina mora em Direito Civil, “há que existir culpa” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 339). Diferentemente, em Direito do Trabalho, não se perquire sobre a existência ou não de culpa do empregador quando se trata de mora salarial. Isso porque é o empregador quem deve assumir os riscos da atividade econômica que executa, estando isento de pagar salário em excepcionalíssimas situações (como exemplo, o *factum principis*, previsto no art. 486 da CLT).

(21) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro — Teoria geral das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. II, p. 316.

Como visto na introdução deste estudo, a CLT estabelece o termo para cumprimento da obrigação de pagar salário, isto é, estabelece “o momento em que há de começar ou há de cessar a produção de seus efeitos”⁽²²⁾. Portanto, considerando a existência de termo legal para cumprimento da obrigação de pagar salário, pode-se afirmar que a mora se manifesta, de forma automática, em caso de atraso no pagamento de salário, ou seja, independência de provocação do empregador pelo empregado.

Sobre a existência de termo estabelecido por lei para cumprimento das obrigações, Caio Mário da Silva Pereira destaca o quão importante se mostra esse aspecto para que o devedor seja constituído em mora automaticamente:

A oposição de termo tem enorme importância na apuração das consequências da inexecução da obrigação, pois que o nosso direito (...) adotou quanto às obrigações a termo a regra romana da constituição automática do devedor em mora — *dies interpellat pro homine*, regra esta que não tem cabida na falta de prazo assinado.⁽²³⁾

Todas as normas relativas ao pagamento do salário são claros exemplos de que o Direito do Trabalho “tem o objetivo fundamental de impedir os atos do empregador destinados a dificultar o recebimento do salário, obrigando o trabalhador a efetuar despesas ou a manter-se por mais tempo no local de trabalho com a redução de seu tempo livre”⁽²⁴⁾.

Nesse sentido, se e enquanto o empregador não cumpre a obrigação de pagar salário, pode sujeitar-se a diferentes efeitos⁽²⁵⁾ (consequências) legais, como, por exemplo:

(22) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil — Teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II, p. 76.

(23) *Idem*.

(24) GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. *Curso elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963. p. 229.

(25) Em geral, ao tratarem do assunto, muitos estudiosos do direito do trabalho chamam a atenção para um dos

Enquanto não paga, o devedor (no caso, o empregador) está sujeito às consequências da obrigação e, vencida a dívida sem solução, às do inadimplemento, sejam estas limitadas aos juros moratórios, sejam estendidas às perdas e danos mais completas, sejam geradoras da resolução do contrato. Daí a necessidade de *provar* o cumprimento da obrigação (...).⁽²⁶⁾

A partir dessas considerações, pode-se afirmar que a legislação trabalhista objetiva coibir abusos por parte do empregador em relação ao pagamento dos salários. Verifica-se que essa legislação não visa gerar incertezas ou indeterminações a respeito do tempo, modo e local de pagamento do salário, o qual, na maioria das vezes, “é o único meio de subsistência

efeitos jurídicos decorrentes do atraso no pagamento dos salários, a saber, a possibilidade de rescisão do contrato de trabalho pelo empregado por falta grave do empregador, a saber, “não cumprir o empregador as obrigações do contrato”, consoante previsto no art. 483, alínea ‘d’ da CLT (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Ibidem*, p. 230; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 444; ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 272; BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 824). Outro efeito jurídico possível de ocorrer diante de atraso no pagamento dos salários, e que também é abordado por muitos estudiosos do Direito do Trabalho, é a sujeição do empregador às sanções previstas no Decreto-Lei n. 368, de 19 de dezembro de 1968 (GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963. p. 251; MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988. p. 185; SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (participação). *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1, p. 454; CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 387; BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p. 824).

(26) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – Teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II, p. 121.

do trabalhador”⁽²⁷⁾. Pode-se afirmar também que, quando se trata de atraso no pagamento do salário, o empregador deve ser considerado em mora automaticamente, tendo em vista a existência de termo legal para cumprimento da obrigação de pagar salário.

4. Juros de mora como efeito do atraso no pagamento de salário e sua aplicação de pleno direito

Dentre os efeitos jurídicos decorrentes do atraso no pagamento do salário, a lei brasileira prevê a incidência de juros de mora⁽²⁸⁾. Sendo assim, se o empregador não paga o salário no tempo devido, incorrerá em mora e deverá sujeitar-se também, por força de lei, “ao pagamento de juros moratórios”⁽²⁹⁾.

Dessa forma, em caso de mora do empregador no pagamento do salário, aplica-se a taxa de “juros simples de 1% ao mês”⁽³⁰⁾, vigente desde a publicação da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991 (art. 39, § 1º dessa lei).

Tais juros de mora, certamente, constituem uma “pena imposta ao devedor pelo atraso no cumprimento da obrigação, atuando como se fosse uma indenização”⁽³¹⁾. Trata-se de

(27) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (participação). *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1, p. 322.

(28) Refere-se aqui ao art. 389 do Código Civil que dispõe que: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.” E também ao art. 883 da CLT: “Não pagando o executado, nem garantindo a execução, seguir-se-á penhora dos bens, tantos quantos bastem ao pagamento da importância da condenação, acrescida de custas e juros de mora, sendo estes, em qualquer caso, devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.”

(29) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963. p. 230.

(30) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 749.

(31) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Teoria geral das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. II, p. 323.

indenização, pois que o atraso no pagamento do salário causa dano diante da “efetiva diminuição do patrimônio do credor (o empregado, neste caso) ao tempo em que ocorreu o inadimplemento da obrigação, consistindo na diferença entre o valor atual desse patrimônio e aquele que teria se a relação obrigacional fosse exatamente cumprida”⁽³²⁾.

No Direito Civil, a fluência de juros de mora suscita dúvidas entre os estudiosos. Isso porque, segundo Caio Mário da Silva Pereira, não há “uniformidade”⁽³³⁾ das normas que dela tratam, enquanto que, para Sílvio de Salvo Venosa, falta “clareza”⁽³⁴⁾ a essas normas.

Buscando elucidar o assunto, ambos estudiosos se valem da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes, renomado civilista, com o intuito de elucidar o assunto. Transcreva-se aqui a citação de Sílvio de Salvo Venosa:

Para a obrigação líquida e certa, os juros serão certamente devidos desde o advento do termo, quando tem início a mora do devedor.

Para a obrigação líquida e certa, mas sem prazo, a mora só poderá iniciar-se a partir da interpelação ou notificação de que trata o art. 397 (art. 960, segunda parte).

Para a obrigação negativa, serão devidos os juros desde o momento em que o obrigado praticou o ato do qual deveria abster-se. É a partir desse momento que o devedor encontra-se em mora (art. 390; antigo, art. 961).

Para as obrigações decorrentes de ato ilícito, o art. 398 (antigo, art. 962) diz: “Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar.” Aqui, a lei quer que, mesmo em se tratando de valor ilícido, os juros fluam a contar

da perpetração do delito. Na lei de 1916, a palavra *delito* era usada como sinônimo de crime.

Para as obrigações que originariamente não eram em dinheiro, mas que nele se transformam, só é possível a contagem de juros quando fixado o valor, por sentença ou acordo. Nas obrigações ilíquidas, a contagem é a partir da citação inicial.⁽³⁵⁾

Com base nesta citação e nas considerações dos tópicos anteriores, pode-se afirmar que os juros de mora fluiriam, ou deveriam fluir, desde o advento do seu termo da obrigação de pagar salário (quinto dia útil do mês subsequente ao mês da prestação de serviço), visto que essa consiste em uma obrigação positiva, líquida e a termo.

Além de implicar a constituição do empregador em mora “pelo simples advento do vencimento”⁽³⁶⁾, o atraso no pagamento do salário implicaria a criação automática da obrigação de o empregador pagar juros de mora em favor do empregado, na taxa prevista em lei.

Quando foi publicada, a CLT nada dispôs a respeito da fluência de juros de mora. Posteriormente, por meio do Decreto-Lei n. 8.737, de 19 de janeiro de 1946, a redação do art. 883 da CLT foi alterada para determinar que os juros de mora deveriam ser “contados da data da notificação inicial”. Apesar de várias polêmicas⁽³⁷⁾ existentes à época, certo é que

(32) *Ibidem*, p. 331.

(33) PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* — Teoria geral das obrigações. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II, p. 82.

(34) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 164.

(35) LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3 *apud* VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 164.

(36) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro* — Teoria geral das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. v. II, p. 324.

(37) As polêmicas giravam em torno do momento a que a expressão “da notificação judicial” teria se referido, a saber, a notificação da petição inicial da reclamatória trabalhista ou a notificação inicial da fase de execução, visto que a execução foi tida como nova ação até a vigência da Lei que estabeleceu que a execução passaria a ser a fase de cumprimento de sentença e não uma nova ação judicial. Tais polêmicas foram solvidas pelo Supremo Tribunal Federal com a edição

desde a Lei n. 2.244, de 23 de junho de 1954, que alterou novamente a redação do mesmo artigo, os juros de mora são “devidos a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial”.

Entende-se aqui que o Direito do Trabalho e, mais especificamente, a CLT não protege o empregado nesse aspecto, qual seja, a fluência de juros desde a constituição em mora do empregador, incluindo-se a mora decorrente de atraso no pagamento do salário.

A previsão no art. 883 da CLT — de que os juros de mora apenas devem fluir a partir da data em que o empregado ajuíze uma reclamação trabalhista — desconsidera conceitos tradicionais e de há muito já construídos no Direito Civil os quais poderiam ser perfeitamente aplicados ao Direito do Trabalho.

Desconsidera-se também que Direito Civil e Direito Comercial passaram a ser disciplinados em uma mesma lei e a observar normas comuns desde a vigência do novo Código Civil brasileiro (iniciada em 11 de janeiro de 2003), motivo pelo qual os estudiosos vêm entendendo que não haveria “razão ontológica para diferenciação (...) entre obrigações civis e obrigações comerciais”⁽³⁸⁾. Nesse compasso, pode-se afirmar que não haveria também, a rigor, razão ontológica para se diferenciar obrigações trabalhistas das civis e comerciais. Consoante se almejou demonstrar, há vários conceitos de Direito Civil de que o Direito do Trabalho precisa se valer. Dentre eles, o de obrigação.

Ademais, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro cria e mantém uma contradição, tendo em vista que possibilita que os credores exijam dos devedores o pagamento de juros decorrentes da mora relativa a obrigações positivas, líquidas e a termo nos contratos

da Súmula n. 224, de 13 de dezembro de 1963, determinado que a expressão se refere à notificação da petição inicial: “os juros da mora, nas reclamações trabalhistas, são contados desde a notificação inicial.”

(38) VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 34.

civis e comerciais, enquanto que, nos contratos de trabalho, isso não se faz possível ao empregado (como credor da obrigação de pagar salário), não obstante a autonomia do Direito do Trabalho tenha como alicerce a proteção ao trabalhador, sobretudo no aspecto relativo ao pagamento do salário.

Além disto, o art. 883 da CLT faz que os juros se tornem uma obrigação subordinada à condição⁽³⁹⁾ em caso de mora do empregador, isto é, os juros somente passariam a existir (como efeitos jurídicos decorrentes da mora) caso ocorresse o ajuizamento de reclamação trabalhista.

Diferentemente, como visto, em Direito Civil, os juros têm aplicação automática pelo simples advento do vencimento das obrigações positivas, líquidas e a termo, dentre as quais, como antes se defendeu, está inserida a obrigação de pagar salário.

Condicionando a existência de juros ao ajuizamento de reclamação trabalhista, o art. 883 da CLT retira-lhes, ainda, o caráter indenizatório pelo tempo em que o empregado esteve privado de seu meio de subsistência, muitas vezes, seu único meio. Logo, o empregado deixa de ser indenizado, devidamente, em caso de atraso de pagamento de salário.

O artigo em questão também não inibe ou constrange o empregador em caso de atraso no pagamento de salário. Por norma constitucional (art. 7º, inciso XIX da Constituição de

(39) Caio Mário da Silva Pereira explica que “condição é a cláusula acessória que subordina a eficácia da obrigação a um acontecimento futuro e incerto. Pode, como toda outra, ser potestativa (quando depende o evento da vontade humana) ou casual (independente dela), ou ainda mista, simbiose da casualidade e da voluntariedade”. O mesmo autor também expõe que a condição também se divide em suspensiva ou resolutiva. Naquela, ocorre “seu implemento, na mesma data, deve ser cumprida a obrigação. Sendo resolutiva a condição, a obrigação produz desde logo os seus efeitos, mas perde a eficácia, com o seu implemento, e voltam as partes ao estado anterior” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil — Teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. II, p. 75).

1988 — que trata da prescrição quinquenal de verbas trabalhistas), o empregado pode pleitear, judicialmente, o pagamento de salários apenas dos últimos cinco anos trabalhados. Supondo-se que um empregado pretendesse exigir, judicialmente, salário vencido há cinco anos. Neste caso, o empregado não seria indenizado com a taxa de juros de 1% ao mês de salários desses últimos cinco anos, muito embora se trate de obrigação positiva, líquida e a termo.

Em desfecho: sendo a mora salarial uma “das mais graves”⁽⁴⁰⁾, defende-se aqui a revisão do mencionado tema, bem como a revisão da própria CLT. A redação original se afigura como uma solução apropriada, na medida em que a ausência de previsão na CLT implicaria a aplicação subsidiária do Direito Civil. Entende-se aqui que, ao não atribuir caráter indenizatório e fluência de pleno direito (isto é, automática) dos juros de mora, o Direito do Trabalho deixa de proteger o empregado em caso de atraso no pagamento do salário.

5. Considerações finais

A partir das considerações apresentadas ao longo deste trabalho científico, pode-se concluir que:

Em relação ao empregador, uma de suas principais obrigações, certamente, é a de pagar o salário, a qual não deixa de existir, mesmo quando de sua atividade econômica resultar prejuízos, os quais devem ser por ele assumidos. Somente em raríssimas exceções, como a de *factum principis*, esta obrigação deixa de existir em relação ao empregador.

Tendo em vista a importância da obrigação de o empregador pagar salário, o Direito do Trabalho prevê, em diversas normas, proteção especial ao empregado, a fim de impedir atos do empregador destinados a dificultar o recebimento do salário e de assegurar a satisfação

do crédito pelo empregado. Por tais razões, a CLT estabeleceu normas que disciplinam tempo, lugar, modo e meio devidos para o regular adimplemento e comprovação daquela obrigação.

A obrigação de pagar o salário consiste em uma obrigação positiva, na medida em que implica um agir do devedor; no caso, trata-se de uma obrigação de dar que consiste na transferência por parte do empregador de uma vantagem de caráter patrimonial ao empregado.

A obrigação de pagar o salário também consiste em uma obrigação líquida, na medida em que a lei brasileira estabelece, em diferentes atos normativos, a obrigação do empregador de promover a liquidação de salários.

Se o empregador não cumpre tal obrigação, pode sujeitar-se aos efeitos do inadimplemento, dentre eles a sua constituição em mora. No presente trabalho, deu-se enfoque ao aspecto temporal da mora.

Por se tratar de uma obrigação positiva, líquida e a termo, pode-se afirmar, conforme prevê o Direito Civil, que os juros de mora deveriam fluir desde o advento do termo da obrigação de pagar salário (quinto dia útil do mês subsequente ao mês da prestação de serviço).

No entanto, levando-se em consideração a disposição do art. 883 da CLT, o atraso no pagamento de salário não implica a fluência automática de juros. Nesse sentido, verifica-se que a disposição do art. 883 da CLT, vigente desde 1954, condiciona a existência de juros de mora ao ajuizamento de reclamação trabalhista, retirando-lhes o caráter indenizatório pelo tempo em que o empregado esteve privado de seu salário.

Ao não atribuir caráter indenizatório e fluência de pleno direito (isto é, automática) aos juros de mora, o Direito do Trabalho deixa de proteger o empregado em caso de atraso no pagamento do salário.

Sendo a mora salarial uma das mais graves faltas que podem ser cometidas pelo empregador,

(40) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 387.

defende-se aqui a revisão do tema fluência de juros de mora em caso de atraso no pagamento do salário, bem como a revisão da própria CLT. Neste caso, entende-se, aqui, que a redação original se afigura como uma solução apropriada, na medida em que a ausência de previsão de juros de mora na CLT implicaria a aplicação subsidiária do Direito Civil.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1992.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASAGRANDE, Érico Vinícius Prado. *Juros de mora no direito do trabalho: considerações acerca da fluência de juros de mora decorrente do atraso no pagamento de salários*. 2011. Monografia (Especialização em Direito Material e Processual do Trabalho) — Faculdade Pitágoras, Programa de Pós-Graduação em Direito.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro — Teoria geral das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1988b. v. II.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro e São Paulo: Forense, 1963.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: fontes das obrigações*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1988.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 7. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil — Teoria geral das obrigações*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001a. v. II.

SERSON, José. *Curso de rotinas trabalhistas*. Coordenação Anníbal Fernandes. 37. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* — Edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989a. v. II.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico* — Edição universitária. Rio de Janeiro: Forense, 1989b. v. III.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. TEIXEIRA FILHO, João de Lima (participação). *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Desafios para a proteção da privacidade de empregados e empregadores em face da internet, redes sociais e novas tecnologias da informação

Gustavo Carvalho Chehab^(*)

Resumo:

- ▶ A expansão da utilização das novas tecnologias da informação e da internet trouxe novas formas de exposição à privacidade. Pequenos dados dispersos no ciberespaço, quando reunidos, podem traçar um perfil de uma pessoa, revelando aspectos inerentes à sua personalidade. A compreensão dessa nova forma de exposição da vida particular das pessoas, em especial do empregado e do empregador, é importante diante dos novos litígios que já começam a surgir. O presente estudo procura traçar algumas linhas sobre o fenômeno, as diversas formas de invasão eletrônica da privacidade na relação de emprego e os desafios para proteger esse direito fundamental.

Abstract:

- ▶ The expansion of the use of the new technologies of the information and the Internet originated new forms of exposition to the privacy. Small data spread in cyberspace when congregated they can trace a profile of a person, disclosing inherent aspects to its personality. The understanding of this new form of exposition of the particular life of the people, in special of the employee and the employer, is important ahead of the new litigations that already start to appear. The present study it looks for to trace some lines about the phenomenon, the diverse forms of electronic invasion of the privacy in the employment relation and the challenges to protect this fundamental right.

Palavras-chave:

- ▶ Privacidade — Novas tecnologias — Internet — Relação de emprego.

Key-words:

- ▶ Privacy — New technologies — Internet — Employment relation.

(*) Juiz do Trabalho Substituto da 10ª Região (DF e Tocantins), mestrando em Direito Constitucional do IDP, especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Uniceub/DF e Diretor de Informática da Amatra 10.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Informática
 - ▶ 2.1. Computador, informações e dados
 - ▶ 2.2. Rede de computadores, internet e ciberespaço
 - ▶ 2.3. Aplicativos e ferramentas das novas tecnologias
- ▶ 3. Privacidade
 - ▶ 3.1. Origem
 - ▶ 3.2. Conceito e alcance
 - ▶ 3.3. Teorias
 - ▶ 3.4. Previsão normativa
 - ▶ 3.5. Incidência nas relações de trabalho
- ▶ 4. A invasão da privacidade na relação de emprego por meio eletrônico
 - ▶ 4.1. Seleção ao emprego por meio de perfis e dados pessoais ou sensíveis
 - ▶ 4.2. Revista pessoal eletrônica intrusiva
 - ▶ 4.3. Vigilância eletrônica do empregado
 - ▶ 4.4. Assédio moral e sexual na era digital
 - ▶ 4.5. Divulgação e circulação de mensagens, dados e *e-mails* pessoais em redes
 - ▶ 4.6. Transmissão de dados falsos, discriminação, agressão e ofensas no ciberespaço
 - ▶ 4.7. Acesso de *hackers* pela *web*
 - ▶ 4.8. Dispensa decorrente da exposição no mundo virtual
 - ▶ 4.9. Lista eletrônica de empregados indesejáveis
- ▶ 5. Desafios à proteção material de dados pessoais e sensíveis
 - ▶ 5.1. Princípios
 - ▶ 5.2. Direito de acesso
 - ▶ 5.3. Direito à retificação
 - ▶ 5.4. Direito de vinculação à finalidade
 - ▶ 5.5. Direito ao esquecimento
 - ▶ 5.6. Direito ao cancelamento
 - ▶ 5.7. Proibição de armazenamento de dados sensíveis
 - ▶ 5.8. Reparação moral e material
- ▶ 6. Alguns outros desafios
 - ▶ 6.1. Competência e conexão
 - ▶ 6.2. Localização da hospedagem e da origem da informação ou mensagem
 - ▶ 6.3. Satisfação do direito *in natura*
 - ▶ 6.4. Responsabilidade civil
- ▶ 7. Conclusão
- ▶ 8. Referências bibliográficas

1. Introdução

Com o avanço da informática e a difusão da rede mundial de computadores, uma janela para o mundo se abriu nas telas dos computadores. Por meio da internet, a circulação e a comunicação de dados a nível planetário e em poucos segundos tornaram-se possíveis, ainda que a informação esteja do outro lado do planeta. Com a internet, surgiram redes sociais, *sites* de relacionamento, *chats* de bate-papo, inclusive *on-line*, *home pages* e *blogs* pessoais, etc. Paralelamente, os bancos de dados com informações do cidadão rapidamente foram criados e se desenvolveram.

Para Pablo Lucas Murillo de La Cueva⁽¹⁾:

A combinação da eletrônica com a informática e telecomunicações — telemática — tem resultado um instrumento para copiar, conservar, relacionar e transmitir informação em tempo real, praticamente sem limites, cujas possibilidades ainda não se conhecem em toda sua extensão e que, em qualquer caso, já supõem uma radical relativização das amplitudes do tempo e espaço.

As maravilhas da tecnologia, da comunicação e da informática trouxeram consigo efeitos colaterais que repercutem diretamente na privacidade, intimidade, honra e imagem do cidadão. Antigas concepções sobre privacidade já não são suficientes para explicar esse direito da pessoa humana. O empregador e, em especial, o empregado, com esses novos meios, passaram também a sofrer uma nova espécie de exposição, com relevante impacto em seus direitos fundamentais.

Compreender esse fenômeno e estudar o seu impacto na vida do empregado e do empregador é um desafio necessário e urgente.

2. Informática

2.1. Computador, informações e dados

A ciência da informática desenvolveu-se a partir dos computadores, que são equipamentos

eletrônicos que possuem a capacidade de “receber (captar e gravar), processar, transformar e entregar informações (copiar e reproduzir)”⁽²⁾. Para essa ciência, informação é quando um dado pode “ser recuperado para possíveis tomadas de decisões”⁽³⁾. Por outro lado, dado é um registro de um atributo de uma pessoa, entidade ou coisa⁽⁴⁾ (ex.: nome de alguém, cor de um automóvel, etc.).

Os dados podem ser organizados, agrupados e relacionados e, daí, nasce o conceito de banco de dados e de tratamento de dados. Banco de dados é o “conjunto de dados relacionados ou relacionáveis com determinado assunto”⁽⁵⁾. Tratamento de dados é toda forma de utilização de dados, entre as quais copiar, armazenar, transmitir, conjugar com outros dados.

Uma espécie particular de dado é o pessoal, que é uma informação qualquer sobre uma pessoa física identificada ou identificável⁽⁶⁾. Dado identificável é “aquele que possa ser identificado, direta ou indiretamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, econômica, cultural ou social”⁽⁷⁾.

Dentre as espécies de dados pessoais, há os chamados dados sensíveis que “são os que se referem a questões extraordinariamente delicadas, diretamente vinculadas ao núcleo da

(1) DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990. p. 105-106, tradução livre.

(2) ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; CASTRO, Aldemario Araújo. *Manual de informática jurídica e direito da informática*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.

(3) GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997. p. 41.

(4) *Ibidem*, p. 41.

(5) MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da informática*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 290.

(6) MARZAL, Gloria. *Base de datos personales: requisitos para su uso, comentario a la Lortad y normativa complementaria*. Bilbao: Deusto, 1996, p. 19.

(7) UNIÃO EUROPEIA. Directiva n. 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 24 de outubro de 1995. In: *Jornal Oficial das Comunidades Europeia*. Edição em português. n. 1 (281), p. 38, 23. 11. 1995. (texto adaptado à ortografia brasileira)

personalidade e dignidade humanas. Por isso, são objeto de garantia substantiva através de outros direitos fundamentais⁽⁸⁾. Eles se referem, por exemplo, à origem racial ou étnica, às opiniões políticas, filosóficas ou religiosas, à saúde e à opção sexual, e, por conseguinte, “têm uma potencialidade maior de causar ofensa aos direitos fundamentais, não somente no tocante ao direito à intimidade, mas, especialmente, ao princípio da igualdade”⁽⁹⁾.

Os dados pessoais e, em particular os sensíveis, são os que demandam especial proteção, principalmente perante as diversas redes de computadores.

2.2. Rede de computadores, internet e ciberespaço

Na atualidade, os computadores e outros equipamentos eletrônicos dificilmente estão isolados, mas sim conectados, interligados em uma rede⁽¹⁰⁾.

Redes são sistemas onde vários computadores interligados utilizam recursos de um computador especial conhecido como servidor. Por meio de cada computador em rede é possível compartilhar e trocar informações e recursos, inclusive periféricos. [...]

Os principais tipos de redes existentes, quanto à disposição física dos equipamentos, são: a) rede local ou LAN (*Local Area Network*); b) rede ampla ou WAN (*Wide Area Network*); c) Internet (rede mundial de computadores); e d) Intranet (rede de uma organização com recursos e apresentação gráfica típicos da Internet). Na primeira, os equipamentos estão no mesmo espaço. Na segunda, os equipamentos estão distribuídos em dois ou mais locais diferentes. Na terceira, o planeta serve

(8) DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *Informática y protección de datos personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 69-70, tradução livre.

(9) LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 203.

(10) *Ibidem*, p. 51.

como parâmetro espacial. Já no quarto tipo [...], não há critérios espaciais de definição⁽¹¹⁾.

A internet, criada por Tim Barnes Lee em 1969 para o programa Arpanet (*Advanced Research Projects Agency Network*) do Departamento de Defesa dos Estados Unidos⁽¹²⁾, é uma rede mundial de computadores interconectados que utiliza o Protocolo de Controle de Transmissão/Protocolo da Internet (TCP/IP). O TCP/IP é uma sequência de números que envolve a infraestrutura necessária à transferência da arquivos, *e-mails*, terminais de acesso remoto e outras ferramentas essenciais da rede mundial de computadores⁽¹³⁾.

A *world wide web* (*www* ou simplesmente *web*) é “um relatório de informação espalhado ao redor do mundo”⁽¹⁴⁾. Ciberespaço “é um microcosmo digital no qual não existem fronteiras, distâncias nem autoridade centralizada”⁽¹⁵⁾.

2.3. Aplicativos e ferramentas das novas tecnologias

As novas tecnologias trouxeram várias ferramentas e aplicativos úteis para a comunicação moderna, mas que podem ser usados para a exposição indevida da vida privada de alguém.

Os *sites* ou sítios são arquivos da *web* acessados por um endereço único (URL) e possuem uma página inicial (*home page*) ou portal, que é carregada quando o usuário a acessa pelo seu computador⁽¹⁶⁾. *Blog*, palavra formada pela junção “*web*” com “*log*”, é, em

(11) ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; CASTRO, Aldemario Araújo. *Manual de informática jurídica e direito da informática*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 22-23.

(12) MARQUES e MARTINS, *op. cit.*, p. 50.

(13) RUSTAD, Michael L. *Internet law in a nutshell*. St. Paul-MN: West-Thomson Reuters, 2009. p. 5.

(14) FOUROZAN, Behrouz A. *Comunicação de dados e rede de computadores*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006. p. 648, há negrito no original.

(15) PÉREZ LUÑO, Antonio E. Internet y derechos humanos. In: *Derecho y conocimiento*. Huelva: Universidad de Huelva, v. 2, 2002. p. 104, tradução livre.

(16) RUSTAD, *op. cit.*, p. 20.

sua origem, uma espécie de diário eletrônico de uma pessoa (blogueiro)⁽¹⁷⁾, acessado pela rede mundial de computadores. Tanto os *sites* como os *blogs* possuem armazenadas informações, tais como imagens, fotos, vídeos.

O correio eletrônico (*e-mail*) serve para troca de uma mensagem de um computador para outro, por meio de um endereço (conta) específico na rede de computadores, que usa, como protocolo, o símbolo @⁽¹⁸⁾. A lista de *e-mails*, que pode ser aberta ou fechada à participação de terceiros, permite o envio das mensagens para diversos endereços eletrônicos simultaneamente.

Existem diversos meios de mensagens eletrônicas, como o SMS (*short message service* — serviço de mensagens curtas, conhecido como torpedo) e o MMS (serviço de mensagens multimídias destinado à transmissão de fotos, vídeos, músicas, etc.). O *spam* (“*spice*” + “*ham*”) é uma mensagem não solicitada pelo usuário, enviada geralmente de forma massiva, e que, às vezes, sobrecarrega o seu endereço de *e-mail*. Spice Ham “era uma marca de presunto barato enlatado e distribuído de forma massiva às tropas inglesas nos tempos de guerra e que era refugado pelos soldados, porque não era pedido e todos tinham dificuldade em comê-lo, pois não era apetitoso”⁽¹⁹⁾.

Aplicativos permitem a troca de mensagens *on-line* (bate-papo virtual) por textos, sons e/ou imagens, como o MSN, Skype, Pandion, GTalk e, em particular, o *chat*. “Os *chats*, ou IRC (*Internet Relay Chat*), são uma técnica de comunicação que permite o diálogo direto, em tempo real, síncrono, entre usuários. O IRC foi desenvolvido por Jarkko Oikarinen na Universidade de Oulu, na Finlândia, em

1988, como um programa de multiusuários, de comunicação em tempo real”⁽²⁰⁾.

Como há mais de 1 bilhão de sítios e a cada dia surgem cerca de 1 milhão de novas hospedagens, surgiram *sites* de pesquisas que realizam buscas de dados por três formas: a) por diretórios — onde há uma indexação das páginas da *web* por categorias e subcategorias que auxilia a pesquisa; b) por ferramenta de buscas — a informação recolhida eletronicamente na internet é indexada em um banco de dados, onde a procura é feita; c) por metabusca — “funciona mediante pesquisa simultânea em vários *sites* previamente definidos”⁽²¹⁾, já que não possui base de dados.

A internet é um poderoso meio para enviar (*upload*) e receber (*download*) arquivos. Há aplicativos que permitem o controle ou a invasão do computador ou de arquivos por usuário externo, como *Teamviewer*, vírus (programas invasores que podem ou não destruir dados e arquivos), *cookies* e *spywares*. Os *cookies* “permitem que *sites* monitorem seus usuários [...]”. Grande parte dos *sites* de portais mais importantes (por exemplo, Yahoo), de comércio eletrônico e de propaganda (por exemplo, DoubleClick) faz uso intensivo deles”⁽²²⁾. *Spywares* são programas espíões que se instalam ocultamente no computador para transmitir todo o tipo de informação pela internet.

Os *sites* das redes sociais servem para a construção de um perfil de uma pessoa, interação social mediante comentários postados no *site* e exposição pública de cada ator⁽²³⁾ e, por isso, estão redefinindo os limites da

(17) DARRELL, Keith B. *Issues in internet law: society, technology, and the law*. 6. ed. Boca Raton-FL: Amber Book Company, 2011. p. 299.

(18) RUSTAD, *op. cit.*, p. 26.

(19) LIMBERGER, Têmis. “Spam” e a invasão da intimidade. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/atuacaoomp/not_artigos/id14949.htm?impressao=1> Acesso em: 18 jun. 2012.

(20) LEMOS, André. *Cibercultura: tecnologias e vida social na cultura contemporânea*. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2010. p. 151.

(21) ALMEIDA FILHO; CASTRO, *op. cit.*, p. 60-61.

(22) KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. *Redes de computadores e a internet: uma abordagem top-down*. 3. ed. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2006. p. 76.

(23) RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009. p. 102.

privacidade e intimidade pessoal⁽²⁴⁾. As redes sociais tiveram início em 1997⁽²⁵⁾ e podem expandir as relações entre as pessoas indefinidamente em progressão geométrica⁽²⁶⁾. Destacam-se o Facebook, Twitter, MySpace, Quepassa, Orkut e, no campo da seleção de emprego, o LinkedIn.

3. Privacidade

Os direitos da personalidade, construídos na segunda metade do século XIX, constituem um “direito geral à abstenção, em proveito do seu titular, pelo qual todos os demais sujeitos de direitos ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram sua personalidade”⁽²⁷⁾.

3.1. Origem

A noção atual de direito à privacidade teve origem a partir do artigo “*The right to privacy*” de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis⁽²⁸⁾. Eles denunciavam que empresas jornalísticas e fotógrafos invadiam o recinto sagrado da vida privada e doméstica⁽²⁹⁾ e chegaram a seis conclusões e propuseram dois remédios jurídicos, destacando-se⁽³⁰⁾:

1. O direito à privacidade não proíbe qualquer publicação da matéria que é de interesse público ou geral [...].

2. O direito à privacidade não proíbe a divulgação de qualquer matéria, apesar de sua natureza privada, quando a publicação é feita mediante circunstâncias que a tornem uma informação privilegiada de acordo com a lei de calúnia e difamação [...].

4. O direito à privacidade cessa após a publicação dos fatos pelo indivíduo ou com o seu consentimento [...].

Os remédios para uma invasão do direito de privacidade também são sugeridos por aqueles administrados na lei de difamação e na lei da propriedade literária e artística, nomeadamente:

1. Uma ação de responsabilidade civil por danos em todos os casos.

A doutrina majoritária, expressa ou tacitamente, concorda com Warren e Brandeis⁽³¹⁾.

3.2. Conceito e alcance

A privacidade ou vida privada é “tudo aquilo que o indivíduo quer ocultar do conhecimento público e ‘intimidade’ seria tudo aquilo que ele quer deixar apenas no seu próprio âmbito pessoal, oculto também de pessoas de seu convívio mais próximo”⁽³²⁾.

Para William Prosser⁽³³⁾, há 4 espécies de violações ao direito à privacidade: 1) intromissão alheia ao direito à reclusão ou solidão, inclusive em assuntos privados; 2) divulgação de fatos particulares embaraços da pessoa; 3) publicidade que põe a vítima sob uma “falsa luz” aos olhos do público; e 4) “apropriação, para vantagem do demandado, do nome do requerente ou de sua imagem”⁽³⁴⁾.

Anita Allen⁽³⁵⁾ sustenta que:

(31) PROSSER, *op. cit.*, p. 384.

(32) SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000. p. 101.

(33) PROSSER, *op. cit.*, p. 389.

(34) *Idem*, tradução livre.

(35) ALLEN, Anita L. Genetic privacy: emerging concepts and values, in genetic secrets: protecting privacy and confidentiality in the genetic era. In: ANDREWS, Lori

(24) DARREL, *op. cit.*, p. 200-201.

(25) KIRKPATRICK, David. *The facebook effect-the inside story of the company that is connecting the world*. New York: Simon & Schuster, 2010. p. 67.

(26) DARRELL, *op. cit.*, p. 237.

(27) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 97.

(28) WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The Right of Privacy. In: *Harvard Law Review*, Harvard, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890, p. 193-220. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html> Acesso em: 13 jun. 2011.

(29) A vítima teria sido o próprio Samuel D. Warren, que estava inconformado com as intromissões da imprensa de Boston em sua vida familiar. Nesse sentido, PROSSER, William L. Privacy. In: *California Law Review*, v. 48, n. 3, p. 383, aug. 1960.

(30) WARREN & BRANDEIS, *op. cit.*, *idem*, tradução livre.

“Privacidade” geralmente se refere a uma das quatro categorias de interesses. Eles são: (1) interesses de informação privada referentes ao acesso à informação pessoal; (2) interesses da privacidade física relativos ao acesso de pessoas e aos espaços pessoais; (3) interesses de privacidade das opções pessoais que diz respeito às interferências governamentais e de terceiros sobre as escolhas pessoais; e (4) interesses de propriedade privada referentes à apropriação e bens afetos à personalidade humana.

3.3. Teorias

Duas teorias procuram identificar como se opera a privacidade: a teoria dos círculos concêntricos (ou das esferas) e a teoria do mosaico.

Teoria dos círculos concêntricos

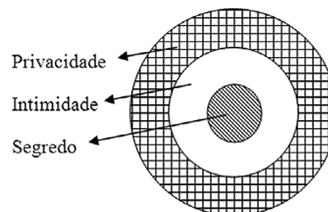
Heirinch Hubemann elaborou em 1953 a teoria dos círculos concêntricos ou das esferas, que foi, em 1957, aprimorada por Heirinch Henkel, ao inverter a ordem dos círculos. Hidemberg Alves da Frota⁽³⁶⁾ destaca que para Henkel:

A esfera privada (*o círculo da vida privada em sentido amplo*) encerra três círculos concêntricos (camadas dentro de camadas): o círculo da vida privada em sentido restrito (a camada superficial), que contempla o círculo da intimidade (a camada intermediária), no qual se acomoda o mais denso desses três compartimentos, o *círculo do segredo* (núcleo).

Para Hidemberg Frota⁽³⁷⁾, situa-se no âmbito da esfera da privacidade, entre outros, o sigilo de dados e de registro das comunicações.

A teoria das esferas, segundo Henkel, pode ser melhor visualizada na figura abaixo:

Figura 1: Teoria dos círculos concêntricos segundo Henkel



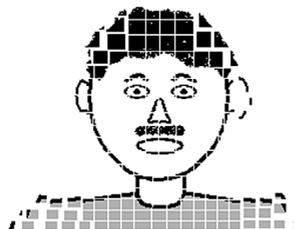
Teoria do mosaico

A Teoria do Mosaico “foi proposta por Fulgencio Madrid Conesa, justamente em virtude da insuficiência da teoria das esferas para fazer frente a formas novas e sofisticadas de ataque a privacidade, como a criação ilegítima de bancos de dados”⁽³⁸⁾. Ensina Conesa⁽³⁹⁾:

Existem, *a priori*, dados irrelevantes do ponto de vista do direito à privacidade e que, no entanto, conectados com outros, talvez irrelevantes também, podem servir para tornar totalmente transparente a personalidade de um cidadão, como acontece com pequenas pedras que formam os mosaicos, que em si não dizem nada, mas que unidas formam conjuntos cheios de significados.

Graficamente, a teoria do Mosaico pode ser assim representada:

Figura 2: Teoria do Mosaico de Conesa



B.; MEHLMAN, Maxwell J.; ROTHSTEIN, Mark A. *Genetics: ethics, law and policy*. 2. ed. St. Paul-MN: Thomson West, 2006. p. 742, tradução livre.

(36) FROTA, Hidemberg Alves da. A teoria dos círculos concêntricos da vida privada. In: *Revista Jurídica Unicooc*, p. 2. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicooc.com.br/midia/arquivos/ArquivolD_67.pdf> Acesso em: 30 jun. 2012.

(37) *Ibidem*, p. 5.

(38) MAIA, Luciano Soares. A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 457.

(39) CONESA, Fugencio Madrid. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984. p. 44-45, tradução livre.

De fato, “os programas informáticos usados para a criação e gestão de banco de dados são capazes de criar um perfil do sujeito a partir da aplicação de dados dispersos que só passam a adquirir significado quando reunidos”⁽⁴⁰⁾. Para Danilo Doneda⁽⁴¹⁾:

Dentre estas técnicas [de utilização de novos métodos de tratamento de dados] está a elaboração de perfis de comportamento de uma pessoa a partir de informações que ela disponibiliza ou que são colhidas. Esta técnica, conhecida como *profiling*, pode ser aplicada a indivíduos bem como estendidas a grupos. Nela os dados pessoais são tratados, com auxílio de métodos estatísticos, técnicas de inteligência artificial e outros mais, com o fim de obter uma “metainformação”, que consistiria numa síntese dos hábitos, preferências pessoais e outros registos da vida dessa pessoa. O resultado pode ser utilizado para traçar um quadro de tendências de futuras decisões, comportamentos e destinos de uma pessoa ou grupo.

A teoria do mosaico é bastante útil para entender e explicar a invasão da privacidade pelo uso das novas tecnologias e de suas ferramentas.

3.4. Previsão normativa

O art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação”. O art. 11, 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) e o art. 17, 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos vedam “ingerências arbitrárias ou abusivas” na vida privada pessoal e familiar da pessoa humana.

(40) DINIZ, Ana Paola Santos Machado. Banco de dados e intimidade informática no trabalho. In: *Revista da Amatra V – vistos, etc.*, Salvador, Amatra 5, v. 1, n. 8, p. 50, 2008.

(41) DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 173.

A privacidade e a intimidade e a proteção ao sigilo de dados são direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente salvaguardados pelo art. 5º, X e XII, da Constituição da República:

X – 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;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

O art. 21 do Código Civil contém disposição que resguarda a inviolabilidade da vida privada das pessoas. Sobre a proteção de dados pessoais, a legislação infraconstitucional brasileira ainda é vaga e esparsa. Merece destaque o art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, a Lei n. 9.507/1997 (sobre o *habeas data*) e a Lei n. 12.414/2011 (trata do cadastro positivo em banco de dados), que contemplam institutos adotados em outros países.

Discute-se no Congresso Nacional, a adoção do Marco Civil da Internet que, entre outras coisas, pretende disciplinar a proteção ao direito fundamental da privacidade na *web*. Além disso, tramita no Senado projeto de lei (PLS n. 266/2008), de autoria do Senador Mario Couto, que altera a CLT para proibir acesso a banco de dados de proteção ao crédito para fins de admissão no emprego.

Vários países têm legislação sobre o tratamento dos dados pessoais, a fim de resguardar a privacidade do cidadão. São exemplos disso, Suécia (*Datalag* de 1973), Alemanha (*Bundesdatenschutzgesetz* de 1977), Reino Unido (*Data Protection Act* de 1998), Portugal (art. 35 da Constituição portuguesa e Lei n. 67/1998), Espanha (art. 18, § 4º, da Constituição espanhola e a Lei Orgânica de Regulação do Tratamento Automatizado dos Dados de Caráter Pessoal de 1992), México (*Ley Federal de Protección*

de Datos Personales en Posesión de los Particulares de 2010), Peru (Ley n. 29.733, de 2011 de Protección de Datos Personales), Argentina (art. 43 da Constituição e Ley n. 25.326/2000) e Uruguai (Ley n. 18.331/2008). A União Europeia editou sobre o tema a Diretiva n. 95/46.

3.5. Incidência nas relações de trabalho

O direito fundamental à intimidade (e também o da privacidade) penetra “na relação de trabalho, erguida em um limite significativo para o poder discricionário do empresário e, ao mesmo tempo, em garantia de exercício de outros direitos fundamentais”⁽⁴²⁾.

Pela característica *erga omnes* dos direitos de personalidade, os direitos à intimidade e à privacidade são “oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial”⁽⁴³⁾. O empregado possui a faculdade de, em face do empregador, excluir o acesso e impedir a divulgação de informações que lhe afetem⁽⁴⁴⁾.

Além disso, diversos doutrinadores têm defendido a chamada eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, entre os quais Otavio Calvet, João Caupers, Jorge Mancini, Juan María Ubillos e Teresa Alexandra Coelho Moreira⁽⁴⁵⁾.

Como “os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si”⁽⁴⁶⁾, então tanto o empregado como o empregador devem respeitar a privacidade e a intimidade um do outro.

4. A invasão da privacidade na relação de emprego por meio eletrônico

As novas tecnologias de informação podem ensejar injustificável intromissão na vida privada do empregado e do empregador.

Keith Darrell⁽⁴⁷⁾, ao tratar das redes sociais, adverte que:

O surgimento das redes sociais levou a preocupações sobre a difamação, privacidade, segurança das crianças e técnicas de *marketing*. Como o número e a variedade de redes sociais expandem exponencialmente, novos campos como gestão de reputação e monitoramento de mídia social estão assumindo uma importância crescente.

4.1. Seleção ao emprego por meio de perfis e dados pessoais ou sensíveis

São amplas as possibilidades de invasão de privacidade pelas novas tecnologias no processo de seleção e admissão no emprego.

Currículos e dados eletrônicos

Em maio de 2003, Reid Hoffman fundou o LinkedIn⁽⁴⁸⁾, voltado especialmente para a seleção de empregos. O interessado pode postar a atualizar currículos profissionais eletrônicos, facilitando a aproximação entre candidato-vaga e beneficiando as partes envolvidas. Outros sites de seleção de pessoal e bancos curriculares

Teresa Alexandra Coelho. *Da esfera privada do trabalhador e o controle do empregador*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 60.

(46) SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalidade do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 89.

(47) DARRELL, *op. cit.*, p. 237, tradução livre.

(48) KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 72.

(42) GOÑI SEIN, José Luis. Las ofensas al honor y la repercusión de las proferidas fuera de la empresa. In: *Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, n. 8, 1p. 21, 1986, tradução livre.

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

(44) ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 290.

(45) CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 52; CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985. p. 171; MANCINI, Jorge Rodríguez. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea Editorial, 2007. p. 103; UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 368; MOREIRA,

multiplicaram-se na *web*. Alguns cobram pelo serviço, seja do candidato ao emprego, seja do empregador. Há empresas que disponibilizam na internet formulários ou *e-mails* para preenchimento ou envio de dados pelos candidatos a emprego.

Dificuldades pontuais para a privacidade podem surgir como, por exemplo, a comercialização não autorizada ou vazamento das informações pessoais, sensíveis e profissionais nesses *sites*; atualização, retificação ou eliminação desses dados, especialmente nos casos de perda/esquecimento de senha e *login*, de desistência da vaga ou de morte do interessado; inserção de dados por pessoa estranha (que se faz passar por um usuário qualquer); invasão e acesso dos dados pessoais por *hackers*.

Perfis nas redes sociais

Kirkpatrick⁽⁴⁹⁾ assinala que nas redes sociais como o *Facebook*, “muitos usuários voluntariamente preenchem detalhes abrangentes sobre sua carreira, relacionamentos, interesses e história pessoal”. Keith Darrell⁽⁵⁰⁾ aponta a existência de empresas especializadas em compilar perfis pelo monitoramento das mídias sociais (*Social Media Monitoring* — SMM), feito por pesquisas em várias páginas das diversas redes sociais. Kirkpatrick⁽⁵¹⁾ destaca que:

Uma pesquisa de emprego nos Estados Unidos em 2009 descobriu que 35% das empresas haviam rejeitado candidatos por causa de informações que encontraram nas redes sociais. A primeira razão para essas pessoas não serem contratadas: postaram “fotografias ou informações provocativas ou inadequadas”.

As redes sociais já estão sendo usadas para a seleção de candidato ao emprego que apresenta certo perfil (como, p. ex., identidade religiosa ou filosófica com o empregador) ou

(49) KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 200-201, tradução livre.

(50) DARRELL, *op. cit.*, p. 247.

(51) KIRKPATRICK, *op. cit.*, p. 204-205, tradução livre.

para sua exclusão do processo seletivo (em razão de seus dados sensíveis como religião ou de fotos, informações e, até, comentários postados nas redes sociais).

Acesso a dados pessoais e sensíveis

A consulta a dados pessoais e sensíveis de candidato ao emprego tem se ampliado nos últimos tempos, em face das facilidades das novas tecnologias. Prova disso é o crescimento do número de demandas trabalhistas que questionam essa forma de seleção. Os *sites* de busca permitem a procura de informações com o mero fornecimento do nome do candidato.

Os dados do candidato são obtidos pelos mais diversos meios, tais como: buscas em *sites* de pesquisa (Google, Yahoo, etc.), consulta aos diversos tipos de banco de dados (SPC, Serasa, etc.⁽⁵²⁾), troca de mensagens eletrônicas e de dados entre empregadores; invasão de computadores, espionagem eletrônica (*cookies*, *spywares*, inclusive em cursos e treinamentos) e acessos a prontuários médicos eletrônicos ou dados sobre concessão de benefícios previdenciários⁽⁵³⁾.

Exclusão digital

A exclusão digital já aparece como fator discriminante na seleção ao emprego de hoje, especialmente no Primeiro Mundo. Algumas empresas apenas contratam empregados depois de realizarem pesquisas na rede mundial de computadores sobre o candidato ao emprego. Aqueles candidatos cujas buscas são negativas ou que as respostas nada acrescentam às

(52) Recentemente, a 2ª Turma do TST entendeu que essa forma de consulta não é invasiva (RR 38100.27.2003.5.20.0005, rel. Min. Renato Paiva, DEJT 24.2.2012). Em sentido contrário, há decisões do TST: RR 9891800-65.2004.5.09.0014, 5ª Turma, rel. Min. Emmanoel Pereira, DEJT 18.6.2010; RR 3047100.50.2009.5.09.0084, 6ª Turma, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 9.3.2012; RR 123800-10.2007.5.06.0008, rel. Min. Pedro Paulo Manus, DEJT 3.2.2012.

(53) Limberger (2007, p. 184) assinala que na Espanha os dados sobre a saúde das pessoas possuem alto nível de segurança.

informações do currículo são excluídos do processo seletivo.

Violação da privacidade praticada pelo candidato ao emprego

É possível, embora pouco provável, que seja o candidato ao emprego que, para obter dados que lhe favoreçam no processo de seleção, invada a privacidade do empregador, de seus prepostos ou de outros empregados com o uso da internet ou das novas tecnologias. Para isso, ele pode se utilizar de *sites* de buscas, informações das redes sociais, *blogs* e *home pages* (inclusive pessoais) ou invadir computadores, redes e *e-mails* da empresa, gestores e outros empregados.

Especialistas na área de recursos humanos recomendam que os candidatos ao emprego conheçam a empresa cujo emprego pleiteia. A busca desse conhecimento pode, em alguns casos, adentrar no campo da vida privada do empregador e de outras pessoas. Informações sobre particularidades e detalhes do cotidiano da empresa, hábitos e, até, religião ou filosofia de vida de seus gestores podem ser alvos dessa intromissão, especialmente se o cargo postulado for de gerência, supervisão ou de alta especialização.

Dificilmente, porém, esses casos chegarão à Justiça do Trabalho, pois grande parte das políticas de segurança da informação das empresas não identifica o agressor externo (*hacker*) ou o visitante das páginas mantidas na *web*. Mesmo que a invasão chegue ao conhecimento do empregador, ele provavelmente não selecionará o candidato ao emprego que atacou o sistema de informação ou, em raríssimos casos, contratá-lo-á pelo conhecimento que demonstrou em sua ação intrusiva. Caso a intromissão decorra de informações obtidas a partir de sítios de busca, provavelmente as pesquisas foram feitas em ambientes reservados, sem publicidade, e, portanto, sem o conhecimento da vítima.

Todavia, se a violação da privacidade feita pelo candidato ao emprego decorrer de invasão

dos computadores, redes (inclusive intranet) e *e-mails* do empregador e de outros empregados, por exemplo, e somente após a sua contratação for descoberta a autoria, então a possibilidade da questão vir a juízo é maior, seja para discutir justa causa, seja em razão de pedido de reparação por danos morais e materiais.

4.2. Revista pessoal eletrônica intrusiva

Na Europa e nos Estados Unidos, são utilizados modernos equipamentos de *scanner* (super *scanner*) e de Raio-X, altamente intrusivos e precisos, para, em nome da segurança, revistar objetos e pessoas, revelando, até mesmo, detalhes íntimos da sua anatomia⁽⁵⁴⁾. No Brasil, até agora, não há notícias da utilização desses equipamentos para revista pessoal de empregados. Contudo, com a aproximação de grandes eventos como a Copa do Mundo e as Olimpíadas e considerando o acordo de cooperação firmado pelo Brasil com os Estados Unidos na área de segurança desses eventos, é possível que essa espécie de invasão de privacidade venha ocorrer também aqui.

4.3. Vigilância eletrônica do empregado

O controle visual e auditivo das pessoas e ambientes por meio de câmeras, microfones, GPS, microchips, acesso contínuo à rede de computadores e/ou outros equipamentos ou meios eletrônicos tem, geralmente, a finalidade de segurança e, eventualmente, de invasão da privacidade.

O audiovisual pode ser obtido em ambientes públicos (como ruas, calçadas), de acesso público (repartições, *hall* de entrada de edifícios, etc.), privado (casa, obras, etc.), restrito (departamento de contabilidade, estoque de lojas, etc.) ou íntimos (banheiros, quartos, entre outros). A invasão da privacidade será maior quanto mais íntimo, restrito ou reservado for o ambiente em que a vigilância é feita.

Tênis Limberger, com base na legislação europeia, afirma que:

(54) FROMKIN, A. Michael. Death of privacy? In: *Stanford Law Review*, vol. 52, n. 5, p. 1.499-1.501, maio 2000.

“a captação de imagens e sons não está autorizada em locais estritamente privados, tais como moradia, vestibulos etc., salvo com consentimento do titular ou autorização judicial. As imagens privadas captadas acidentalmente devem ser de pronto destruídas”⁽⁵⁵⁾.

Nas relações de trabalho, é possível encontrar as mais diversas formas de vigilância eletrônica, em especial: a) captação de imagem e/ou som, com ou sem gravação; b) registros eletrônicos de presença, com o sem uso de *login* e senha; c) controle de *e-mails*, corporativos ou particulares acessados no ambiente de trabalho; d) armazenamento e registros das operações e atividades desempenhadas em computadores e *smartphones* e outros equipamentos; e) uso de programas espiões (*spywares* e *cookies*) ou acesso permanente a *softwares* e ferramentas de conversação *on-line* (como Pandion, GTalk, etc.); f) monitoramento do empregado, até mesmo por redes (*network monitoring*); g) acompanhamento do acesso à internet, de *sites* visitados, do uso do telefone e de outros aparelhos; h) compartilhamento obrigatório de arquivos e dados, inclusive pessoais; i) localização e rastreamento geográfico do empregado pela internet, pelo GPS, *smartphones*, *tablets*, *microchips*, IPs, entre outros meios; j) interceptação telefônica, de comunicações ou de dados e k) espionagem eletrônica (*cyber sooping*).

Dentre esses meios, merece especial destaque a espionagem eletrônica (*cyber sooping*) e o monitoramento por redes (*network monitoring*), inclusive por meio das redes sociais⁽⁵⁶⁾.

No que tange à utilização de programas espiões (*spywares* e *cookies*), José de Oliveira Ascensão adverte sobre os *cookies*, destacando que:

“a linguagem JavaScript permite dirigir instruções ao disco duro do terminal do internauta, levando-o a executar, no próprio

computador do internauta e sem o consentimento deste, operações programadas no exterior”⁽⁵⁷⁾.

4.4. Assédio moral e sexual na era digital

No continente europeu, em especial, têm surgido muitos debates e estudos sobre as formas de assédio moral pelo uso das novas tecnologias e da internet. Estudos recentes tratam da ciberintimidação (*cyberbullying*), do assédio moral virtual (*network mobbing*), da extorsão e do assédio sexual eletrônico. São formas antigas de assédio e de intimidação, mas com a peculiaridade do uso da internet, das novas tecnologias e/ou de suas ferramentas, que ampliam a extensão do dano, inclusive em escala planetária.

As redes sociais, nesse contexto, têm sido muito utilizadas para divulgação de comentários depreciativos; humilhações; intimidações; desabafos; provocações; perseguições; vídeos, fotos e mensagens constrangedoras; etc. Interessante notar que, no ambiente virtual, aparecem formas mais raras de assédio moral, como o ascendente (do empregado para o chefe) e horizontal (entre empregados). Também a intranet e a lista de *e-mails* das empresas ou de empregados são ambientes virtuais favoráveis às mensagens depreciativas, provocativas ou intimidatórias.

Se a prática de assédio moral ou sexual, de intimidações e extorsões, decorrer da relação de trabalho, a competência para dirimir litígios será da Justiça do Trabalho, ainda que a postagem da mensagem tenha sido feita fora do local de trabalho (na residência do empregado, por exemplo).

4.5. Divulgação e circulação de mensagens, dados e e-mails pessoais em redes

O empregador, desde o período de seleção, tem acesso a dados pessoais do empregado ou

(55) LIMBERGER. *O direito à intimidade na era da informática*: a necessidade de proteção de dados pessoais, p. 173.

(56) CIOCCHETTI, Corey A. The eavesdropping employer: a twenty-first century framework for employee monitoring. In: *American Business Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 319-320, 2011.

(57) ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação*: estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 202.

do candidato ao emprego, entre os quais: *curriculum vitae*; CTPS, carteira de identidade, CPF, dados bancários e demais documentos pessoais entregues no momento da admissão, seleção ou no curso do contrato de trabalho; exames médicos (admissionais, periódicos e demissionais); recibos salariais; dados sobre dependentes e pensão alimentícia etc. É comum, em face da interação do relacionamento pessoal ou de trabalho, o empregado e o empregador saberem de fatos inerentes à vida pessoal e familiar um do outro, terem acesso a dados sigilosos (como segredos, inclusive industriais, e estratégias comerciais) ou a informações privilegiadas (como endereço, renda e rotinas).

Pode ocorrer que mensagens pessoais (inclusive SMS e MMS), dados, fotos, vídeos, comentários ou *e-mails* postados ou acessados em um ambiente restrito (fechado) sejam divulgados ou circulem em outras redes (lista de *e-mails*, intranet, internet, redes sociais, etc.). Um *e-mail* do empregado de cunho pessoal, por exemplo, pode, até por brincadeira de mau gosto de algum colega, ser divulgado na lista de *e-mails* ou na intranet da empresa. Trata-se, também, de uma espécie de invasão de privacidade dentro das relações de trabalho.

A internet e as redes sociais são meios especialmente vulneráveis aos mais diversos tipos de vazamento e divulgação de dados pessoais ou sensíveis do empregado ou do empregador. Aqui no Brasil determinado órgão público federal⁽⁵⁸⁾, preocupado em dar transparência às suas ações, chegou a divulgar ato concessivo de afastamento de certo servidor, com a identificação do CID (Código Internacional de Doenças) próprio de doença mental. Alguns órgãos brasileiros da Administração Pública Direta disponibilizaram na rede mundial de computadores o salário de seus servidores.

Há, ainda, o fenômeno inverso. A foto, o vídeo, a mensagem, o dado pessoal e/ou o comentário postados na internet (espaço público)

e que passam a circular em ambientes e redes fechadas da empresa. Um exemplo é quando uma foto antiga do empregado (que normalmente o constrange) passa a circular, para o deleite dos colegas, nos *e-mails* corporativos, listas de *e-mails*, intranet. Nesse caso, é dever do empregador coibir o uso das ferramentas de trabalho em prejuízo da privacidade, intimidade, honra e imagem de seu empregado (culpa *in vigilando*).

Os segredos industriais e de produção, dados sigilosos, estratégias empresariais e de *marketing*, entre outras informações de caráter reservado do empregador podem ser objeto de exposição pública (internet, p. ex.) ou em ambientes externos (como redes sociais, *e-mails* para a concorrência) mediante ação ou omissão dolosa ou culposa do empregado ou ex-empregado, que continue a ter acesso à rede de computadores da empresa.

4.6. Transmissão de dados falsos, discriminação, agressão e ofensas no ciberespaço

A internet, intranet, *blogs*, lista de *e-mails*, redes sociais, *chats* e outras ferramentas são, lamentavelmente, um grande e eficaz instrumento para a divulgação de falsos dados ou perfis, discriminação, difamação, agressão e ofensas pessoais.

Ambição, impulso, reação, recalque, rebeldia, frustração, decepção (inclusive amorosa), grande emoção, deboche, sarcasmo, descontentamento, ira, inveja, ciúme, crueldade, vingança, paranoia, exibicionismo, escárnio, perversidade, desvios comportamentais e psíquicos podem ser alguns dos combustíveis para, pelos novos meios de comunicação, destruir a honra e a imagem ou expor a privacidade de empregado, empregador, sócio ou administrador. Sua origem pode decorrer também do que se convencionou chamar de banalização do mal⁽⁵⁹⁾, que, segundo Christophe Dejours:

(58) O nome do órgão é propositadamente suprimido a fim de se preservar a identidade do servidor de buscas na internet.

(59) ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

“começa pela manipulação política da ameaça de precarização [no emprego] e exclusão social [...] por sujeitos que procuram lutar contra [...] o medo que sentem, sob o efeito dessa ameaça”⁽⁶⁰⁾.

Vídeos, mensagens, fotos e arquivos objetos de assédio moral e sexual, circulação de dados e informações pessoais ou falsos, ofensas e agressões, quando divulgados na internet, são de difícil erradicação, ainda que haja ordem judicial nesse sentido. O efeito multiplicador desse material na *web*, que ocorre em progressão geométrica, é devastador. O tempo para a adoção de medidas protetivas é crucial para a minimização dos efeitos danosos do ato ilícito (é grande o *periculum in mora*). A eliminação ou o bloqueio do acesso a esse material tem sido uma grande preocupação de estudiosos europeus na atualidade.

4.7. Acesso de hackers pela web

Hackers são usuários que invadem sistemas de informática de terceiros. Para Liliana Paesani, eles podem ser de duas espécies: os éticos que tentam “invadir os sistemas das companhias com o objetivo de detectar os pontos vulneráveis às ações de outros *hackers*”⁽⁶¹⁾ e os não éticos, também chamados de *crackers*, que são os invasores destrutivos.

A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) elaborou diversas normas sobre o Sistema de Gestão de Segurança da Informação, como, por exemplo, a ABNT NBR ISSO/IEC 17799/2005 e ABNT NBR ISO/IEC 27001/2006 e que vêm sendo aprimoradas nos últimos anos. São diretrizes de adoção facultativa pelas empresas privadas e públicas.

Todavia, o empregador, em razão do risco do seu negócio (art. 2º da CLT), é o responsável pela adoção de medidas e de uma política de

segurança da informação para proteger, não apenas seus dados e informações sigilosas, mas também a de seus empregados. Dessa forma, se o acesso ou o vazamento de dados pessoais ou sensíveis do empregado por *hacker* tiver sido facilitado pelo descuido e pela deficiência de segurança da informação dos computadores, sistemas e redes do empregador, o empregador pode responder em juízo pelos danos causados ao empregado.

No que tange à Administração Pública Federal, o art. 1º do Decreto n. 3.505/2000 instituiu a Política de Segurança da Informação nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Federal. O Tribunal de Contas da União tem diversas decisões que estabelecem o dever de implantação de políticas de segurança da informação nos diversos entes que compõem a Administração Pública Federal (cf. acórdãos ns. 38/2003, 562/2006, etc.).

4.8. Dispensa decorrente da exposição no mundo virtual

Omar Toledo Toribio narra que uma jovem inglesa foi dispensada do emprego por ter comentado em seu *Facebook*, por três vezes na sua primeira semana de trabalho, que seu trabalho era chato. Seu chefe teria lhe dito que “tenho visto seus comentários no *Facebook* e não quero que minha empresa apareça nas notícias”⁽⁶²⁾. Em 2009, “uma professora de ensino fundamental, de 28 anos, foi demitida após um vídeo em que ela aparece dançando sensualmente ao lado de um grupo de pagode, em Salvador, cair na internet”⁽⁶³⁾. Esses são dois exemplos de que a exposição da vida privada de empregados na *internet* já está tendo influência direta no término da relação de emprego.

(60) DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 119.

(61) PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38.

(62) TORIBIO, Omar Toledo. El facebook y el derecho laboral (límites de la libertad de expresión en la relación laboral). In: *El Peruano*, Jurídica, Lima, p. 4, 19 mar. 2009, ano 6, tradução livre.

(63) Notícia publicada no portal <g1.globo.com> em 28.8.2009, cujo *link* e a referência não são citados para preservação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

4.9. Lista eletrônica de empregados indesejáveis

Listas de empregados indesejáveis, com ações trabalhistas, que participam de greves ou do movimento sindical, entre outros, podem ser objeto de troca de mensagens eletrônicas entre os empregadores ou circularem no âmbito de associação ou sindicato patronal. Trata-se da versão eletrônica da conhecida “lista suja” de empregados.

5. Desafios à proteção material de dados pessoais e sensíveis

A proteção do direito fundamental à privacidade em face das novas tecnologias é um desafio que exige uma sistemática própria diante das facilidades hoje existentes no acesso, na propagação, na divulgação e na circulação de dados pessoais e sensíveis.

Há um principiologia peculiar aos cadastros públicos e de acesso público, que também devem alcançar as diversas redes existentes (intranet, internet, redes sociais, etc.) porque, de alguma forma, também são bancos de dados com algum caráter público. A Lei do *Habeas Data* (Lei n. 9.507/1997) considera de caráter público “todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros” (art. 1º, parágrafo único).

No âmbito das relações de trabalho, o Escritório Internacional do Trabalho divulgou, após aprovação de expertos, relatório de recomendações práticas para orientar a proteção dos dados pessoais dos trabalhadores, sem caráter obrigatório e que não supre a legislação de cada país⁽⁶⁴⁾.

5.1. Princípios

O direito comparado descreve vários princípios relacionados à proteção dos dados

(64) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protección de los datos personales de los trabajadores: repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*. Genebra: Escritorio Internacional del Trabajo, 1997. p. 2.

pessoais⁽⁶⁵⁾, muito dos quais são aplicáveis à realidade brasileira ante os direitos fundamentais e do disposto no art. 43 do Código de Defesa do Consumidor (CDC, Lei n. 8.078/1990) e na Lei n. 12.414/2011⁽⁶⁶⁾, aplicados analogicamente às relações de trabalho.

Dentre esses princípios destacam-se: a) consentimento — o tratamento de dado pessoal pressupõe o consentimento da pessoa a que pertença, salvo se houver lei dispondo o contrário; b) adequação — para Gloria Marzal⁽⁶⁷⁾, “os dados devem ser adequados e não excessivos em relação ao âmbito e finalidades para os quais se destinam”; c) finalidade — o dado pessoal não deve ser utilizado para finalidade distinta daquela de que foi obtida; d) veracidade — os dados devem refletir a situação real do afetado (exatidão); e) provisoriedade — os dados não devem ser conservados por período superior ao necessário ao que se destina.

Consentimento

A regra geral é de que os dados pessoais somente podem ser fornecidos com o consentimento do seu titular. O art. 4º da Lei n. 12.414/2011 prevê o consentimento prévio e por escrito do titular do dado para a abertura do cadastro positivo (isto é, das pessoas que são boas pagadoras de suas dívidas). Todavia, o art. 43, § 2º, do CDC, ao prever que o consumidor será comunicado, por escrito, da abertura de cadastro, registro, ficha ou dado pessoal, deixa claro que a abertura de banco de dados pode ser feito sem a sua vontade, mas dele terá ciência o consumidor.

O Escritório Internacional do Trabalho recomenda que “os trabalhadores não podem renunciar a seu direito de proteger sua vida privada” e também orienta sobre a necessidade

(65) Cf. UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, art. 6º, p. 40.

(66) VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007. p. 251-298.

(67) MARZAL, *op. cit.*, p. 29, tradução livre.

do consentimento do empregado para o acesso e reprodução do dado pessoal⁽⁶⁸⁾.

Em face ao direito fundamental à privacidade, o consentimento de obtenção, acesso, reprodução e circulação de dados pessoais deve ser a regra quando se trata das novas tecnologias, incluindo aí a internet e seus aplicativos e ferramentas. Apenas a lei, nos termos do art. 5º, II, da Constituição Federal, pode, em princípio, excepcionar a regra geral.

Adequação

O art. 3º, § 1º, *in fine*, da Lei n. 12.414/2011 prevê a adequação no cadastro positivo, ao assinalar que as informações para a sua formação devem ser necessárias para a avaliação da situação econômica do cadastrado. O art. 3º, § 3º, I, da lei proíbe a obtenção de informações excessivas, que não dizem respeito à análise do crédito ao consumidor. Há, pois, uma vinculação entre a informação pessoal ou sensível e a finalidade de seu armazenamento, uso, tratamento e divulgação. É exigido uma proporção, uma correspondência razoável entre dados e seu tratamento (idoneidade dos dados)⁽⁶⁹⁾.

Pela adequação, é possível aferir a necessidade do dado pessoal para o objetivo postulado. Não há adequação em exigir de um servente ou de um auxiliar de serviços gerais cadastro negativo em órgãos de proteção ao crédito para sua admissão no emprego. Todavia, a demonstração de bons antecedentes criminais para seleção de emprego de vigia bancário revela maior grau de bom-senso.

Finalidade

O art. 5º, VII, da Lei n. 12.414/2011 estabelece que os dados constantes do cadastro positivo de consumidores somente devem ser utilizados de acordo com a finalidade para o qual foram coletados. A vinculação entre finalidade

e uso do dado pessoal atende a ideia de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo⁽⁷⁰⁾.

Fotos, textos, sons, imagens, mensagens, comentários, *e-mails* contidos na internet, seus aplicativos e novas tecnologia somente devem ser utilizados segundo a finalidade atribuída pelo seu titular. A foto da festa promovida pelo empregado em sua casa e postada no *Facebook*, a rigor, somente deveria ser acessada pelos usuários cadastrados por esse empregado nessa rede social, pois ela foi ali postada para eles poderem ver a fotografia. Não deveria, pelo princípio da finalidade, circular nas diversas redes sociais, na intranet da empresa e, muito menos, ser enviada ao chefe não convidado para a festividade.

Veracidade

O art. 3º, § 1º, da Lei n. 12.414/2011 e o art. 43, § 1º, do CDC estabelecem que os dados contidos em cadastros devem ser verdadeiros. Da mesma forma, os dados constantes da internet, redes sociais e outros ambientes da informação também devem ser verdadeiros.

Esses dispositivos do CDC e da Lei n. 12.414 dispõem ainda que as informações devem ser claras, objetivas e em linguagem simples e compreensível. É nítido o objetivo da lei em evitar inferência, duplos sentidos, subjetividade que possam ensejar a interpretação ou, o pior, uma pré-qualificação do consumidor, um pré-conceito (ou preconceito).

Provisoriedade

O armazenamento e processamento de dados pessoais, em princípio, não é eterno. Pablo Lucas Murillo de La Cueva assinala que os sistemas informáticos atuais podem acumular um grande volume de dados e conservá-los indefinidamente, por isso, defende que “é imprescindível erigir novas defesas que impeçam a apropriação perpétua de amplas facetas da vida pessoal”⁽⁷¹⁾.

(68) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *op. cit.*, p. 5, tradução livre.

(69) DE LA CUEVA. *Informática y protección de datos personales*, p. 66.

(70) DWORKIN, Ronald. *O Império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291.

(71) DE LA CUEVA. *Informática y protección de datos personales*, p. 69, tradução livre.

O CDC (art. 43, § 1º, *in fine*) e a Lei n. 12.414/2011 (art. 14) estabelecem prazo máximo para armazenamento de dados pessoais dos consumidores (5 e 15 anos, respectivamente). Interessante notar que diversos dados mantidos pelo Poder Público, como os relativos à Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas, não encontraram prazo, em lei, para o seu armazenamento. Também na internet é difícil estabelecer prazo para a circulação de determinada informação, ainda que de caráter pessoal.

A intenção desse princípio é evitar que o dado pessoal seja armazenado e utilizado para muito além do necessário e para coibir uma pena perpétua ao titular do dado desabonador (por isso, o prazo do CDC é menor que o da Lei n. 12.414/2011).

Em face da prescrição trabalhista, é possível identificar um direito do empregador em guardar dados e informações referentes ao contrato de trabalho e à prestação de serviços (como holerites, folhas de ponto) por 5 anos.

5.2. Direito de acesso

Dos princípios acima enumerados, decorrem diversos direitos, entre os quais o direito de acesso ao dado pelo seu titular.

O art. 5º, LXXII, “a” da Constituição Federal assegura a garantia fundamental de proposição de *habeas data* para assegurar ao cidadão o conhecimento de informações pessoais, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. O art. 43, *caput*, do CDC prevê o direito do consumidor de ter acesso “às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”. Também as Leis ns. 9.507/1997 (art. 7º, I) e 12.414/2011 (art. 5º, II) asseguram esse direito.

Ao titular da foto, imagem, texto, comentário, *e-mail*, etc. deve ser assegurado o direito de acesso às informações que lhe digam respeito. Em caso de falecimento ou sucessão provisória (ausência), esse direito pode ser exercido pelos

sucessores, pelo espólio por seu inventariante e, se for o caso, pelo representante ou procurado do ausente.

Para o Escritório Internacional do Trabalho⁽⁷²⁾:

11.1. Os trabalhadores deveriam ter o direito a ser informados com regularidade sobre os dados pessoais que lhes digam respeito e sobre o tratamento deles.

11.2. Os trabalhadores deveriam ter acesso a todos os seus dados pessoais, independentemente de que sejam objeto de um tratamento automático o de que sejam conservados em um expediente manual ou em qualquer outro arquivo que compreenda dados pessoais seus.

5.3. Direito à retificação

Em decorrência do princípio da veracidade, o titular do dado tem o direito de retificá-lo ou torná-lo exato. A exatidão da informação compreende também a sua clareza e sua objetividade.

O art. 4º da Lei n. 9.507/1997 prevê ao titular do dado pessoal o direito de requerer a retificação de bancos de dados públicos ou de caráter público. Também o art. 5º, III, da Lei n. 12.414/2011 e o art. 43, § 3º, do CDC preveem o direito do consumidor de exigir a imediata correção das informações incorretas em cadastros e banco de dados que lhe digam respeito. O art. 5º, LXXII, “b” da Constituição Federal trata da impetração de *habeas data* para retificação de dados constantes em banco de dados de público ou de caráter público.

5.4. Direito de vinculação à finalidade

O dado ou a informação pessoal constante em banco de dados, entre os quais os ambientes de rede e da informação (como *e-mails*, intranet, redes sociais), devem preservar os princípios da adequação e finalidade, de modo que, a princípio, não podem ser utilizados para fins diversos daqueles que motivaram o seu

(72) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, *op. cit.*, p. 12, tradução livre.

armazenamento, sem o consentimento do seu titular. O art. 5º, VII, da Lei n. 12.414/2011 consagra esse direito subjetivo para o cadastro positivo.

O repertório do Escritório Internacional do Trabalho recomenda que todas as pessoas que tenham acesso a dados pessoais de empregados (empregadores, trabalhadores, agências de emprego, sindicalistas) preservem a sua confidencialidade⁽⁷³⁾. Um *e-mail* dirigido a um colega de trabalho que relate, por exemplo, questões afetas a sua intimidade (como relacionamentos amorosos) não pode, sem o consentimento dele, ser encaminhado para outros colegas, para o chefe, para a lista de *e-mails* da empresa. Trata-se de um desvio de finalidade, com prejuízo inerente à esfera do segredo.

Pelo direito de vinculação à finalidade, o titular do dado pessoal pode requerer, em juízo ou fora dele, a limitação do seu uso ou de sua circulação apenas para os fins a que se destina.

5.5. Direito ao esquecimento

O § 5º do art. 43 do CDC consagra, no direito brasileiro, o chamado direito ao esquecimento, segundo o qual, transcorrido o prazo prescricional da ação de cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas informações pelos bancos e cadastros de proteção ao consumidor. A Súmula n. 323 do STJ fixou o entendimento, com base na parte final do § 1º do art. 43 do CDC, de que a inscrição do devedor pode ser mantida até no máximo 5 anos. O art. 14 da Lei n. 12.414/2011 prevê o direito ao esquecimento após 15 anos.

Na Espanha, as imagens e os sons obtidos de gravação devem ser destruídos no prazo de um mês, salvo se houver graves infrações penais ou administrativas, pois se as imagens permanecessem armazenadas por tempo longo ou indeterminado “o prejuízo seria enorme, pois as pessoas não teriam direito ao esquecimento”⁽⁷⁴⁾.

(73) *Ibidem*, *op. cit.*, p. 5.

(74) LIMBERGER. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*, p. 173.

O citado vídeo da dança da professora baiana não pode, a rigor, perpetuar-se na internet, redes sociais, intranet das empresas (direito ao esquecimento), especialmente se cenas estiverem sendo usadas para, por exemplo, descartá-la de processos de seleção ao emprego ou para, em seu novo emprego, constituir fator de discriminação, humilhação, assédio (direito de vinculação à finalidade).

O direito ao esquecimento é, assim, uma espécie de caducidade, onde a informação, pelo decurso do tempo, perece ou deveria perecer, ainda que por imposição de lei.

5.6. Direito ao cancelamento

O direito ao cancelamento ou à eliminação tem como fim destruir a informação pessoal ou sensível. Pablo de La Cueva destaca que, “mediante uma causa justificada, o consentimento pode ser revogado ainda que tal revogação não possa ter efeitos retroativos”⁽⁷⁵⁾. O art. 5, I, da Lei n. 12.414/2011 prevê o direito do cancelamento do cadastro positivo pelo titular do dado. O CDC não tem norma no mesmo sentido, pois, à semelhança de outros bancos de dados, os dados contidos são usados a seu desfavor. Todavia, é óbvio que se o consumidor quitou o débito que o positivou em cadastro de proteção ao crédito, tem ele o direito de cancelamento da informação desabonadora.

Da mesma forma, no âmbito das novas tecnologias, da internet e de suas aplicações deve ser garantido ao titular da informação (mensagem, texto, vídeos, fotos, etc.) o direito de apagar a informação pessoal que lhe diga respeito, ainda que se exija, em alguns casos, motivação.

5.7. Proibição de armazenamento de dados sensíveis

Interessante notar a preocupação da Lei n. 12.414/2011 com a discriminação e a ofensa aos

(75) DE LA CUEVA. *Informática y protección de datos personales*, p. 69, tradução livre.

direitos fundamentais ao proibir o armazenamento (anotações) de dados sensíveis (art. 3º, § 3º). Isso porque, os dados sensíveis, como já exposto, estão bastante relacionados à dignidade da pessoa humana e ao núcleo dos direitos fundamentais concernentes à personalidade.

O direito fundamental da não discriminação na relação de emprego e a aplicação do art. 3º, § 3º, da Lei n. 12.414/2011 e da Lei n. 9.029/1995 podem ser invocados para obstar qualquer etapa do tratamento de dados sensíveis do empregado e do empregador (acesso, cópia, reprodução, circulação, etc.) por qualquer meio eletrônico, antes, durante ou após o contrato de trabalho.

5.8. Reparação moral e material

Independentemente do exercício *in natura* dos direitos ora referidos, a violação da privacidade do empregado ou do empregador pelo uso das novas tecnologias não afasta o direito individual à reparação pelos danos morais e materiais, na forma estabelecida pelos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil, entre outros.

Além disso, diversas condutas acima expostas causam dano moral coletivo. Práticas discriminatórias na seleção de emprego com o auxílio da internet, por exemplo, violam direitos metaindividuais (difusos, coletivos ou indivíduos homogêneos, conforme o caso).

6. Alguns outros desafios

A proteção judicial da invasão da privacidade pelas novas tecnologias traz, em muitos casos, alguns outros desafios para os operadores do direito e que merecem ser estudados.

6.1. Competência e conexão

A teor do art. 114, I, III, IV e VI, da Constituição Federal, a Justiça do Trabalho é a competente para dirimir conflitos decorrentes da invasão da privacidade ocorridos em face da relação de trabalho (antes, durante ou após o contrato). Essa competência permanece

mesmo nos conflitos surgidos entre colegas de trabalho (assédio moral horizontal, por exemplo), entre sindicatos e filiados (como no tratamento dos dados pessoais dos filiados) e perante contratos firmados entre empresas e/ou agências de emprego e que tenham por objeto a seleção no emprego, a vigilância de empregados e/ou a transmissão/troca de dados de trabalhadores.

Os conflitos decorrentes do armazenamento e tratamento de dados de empregados ou de empregadores pela Justiça do Trabalho (como o Banco Nacional de Débitos Trabalhistas — BNDT e os referentes aos cadastros das partes nos sistemas de informática do tribunal) também devem ser dirimidos por esta Justiça Especial, seja ante a conexão, seja pela *perpetuatio jurisdictionis*, ainda que por meio de *Habeas Data*.

O juízo competente em razão do lugar é, em princípio, o do local da prestação de serviços (art. 651 da CLT), ainda que a lesão à privacidade tenha ocorrido em outra localidade ou país.

A maior dificuldade em termos de competência da Justiça do Trabalho são as situações de conexão, continência ou de corresponsabilidade de terceiro. A conduta ilícita pode decorrer, por exemplo, de ação de vários agentes concomitantemente (além do empregador/empregado). O dado pessoal pode estar sendo captado e divulgado por alguém e estar sendo utilizado por outra pessoa. Se o pedido formulado for indivisível em relação às partes da relação de emprego e o terceiro, de modo que não há como cindi-lo em duas ações distintas, então a competência da Justiça Especial (do Trabalho) atrai a da Justiça comum, nos termos dos arts. 78, IV e 79, do Código de Processo Penal, aplicado subsidiariamente na forma do art. 769 da CLT. Em sentido parecido, há a Súmula n. 489 do STJ.

6.2. Localização da hospedagem e da origem da informação ou mensagem

A identificação da autoria de mensagens na internet e dos ataques de *hackers* normalmente

é feita pela identificação do Protocolo da Internet (IP) do equipamento que originou a ação ilícita. O *site* de hospedagem e o endereço da *home page* (URL) da informação invasiva da privacidade é identificado pelo TCP/IP.

Uma investigação preliminar para identificação da autoria ou rastreamento de informações pode ser demorada e exigir perícia ou atividade da criminalística (se houve prática de ilícito penal). Se ela for necessária para a instrução processual ou para o chamamento na lide trabalhista pode representar um desafio à celeridade processual.

6.3. Satisfação do direito in natura

A plena satisfação dos direitos de retificação, vinculação à finalidade, esquecimento, cancelamento e proibição de armazenamento de dados sensíveis está na razão inversa da publicidade do dado privado. Quando maior for sua divulgação nas novas tecnologias menor será a eficácia da ordem judicial de restrição do tratamento do dado pessoal.

Em alguns casos, a completa erradicação do dado é materialmente impossível (como em vídeos copiados na *web* aos milhões). Nessa hipótese, a melhor opção jurídica atualmente é neutralizar o acesso à informação ou, se não for possível, restringir ao máximo a sua consulta (bloqueando, por exemplo, os resultados das buscas na internet que se referiam ao dado que se pretende cancelar).

6.4. Responsabilidade civil

Nos termos do art. 186 do Código Civil, o empregador e o empregado respondem diretamente pelos danos causados com a exposição indevida da privacidade um do outro.

O art. 23, § 1º, da Diretiva n. 95/46 da União Europeia prevê o direito da vítima em obter a reparação do prejuízo do responsável pelo tratamento do dado⁽⁷⁶⁾. Essa responsabilidade objetiva alcança todo aquele que copia, armazena, transmite ou processa o dado. Essa

(76) UNIÃO EUROPEIA, *op. cit.*, art. 23, § 1º, p. 45.

responsabilidade pode ser parcial ou totalmente excluída se o responsável pelo tratamento do dado provar que o fato que causou o dano não lhe é imputável (art. 23, § 2º, Diretiva n. 95/46). Essas orientações foram incorporadas na legislação de vários países e, salvo melhor juízo, podem ser aplicadas no Brasil.

Nessa linha de entendimento, o provedor que mantém páginas na *web* “poderá ser responsabilizado diretamente pelas atividades dos clientes que hospedam seus *sites* em seus servidores”⁽⁷⁷⁾, especialmente quando, ciente da ordem judicial para retirada do conteúdo lesivo a direito fundamental, mantém a página disponível para o acesso de usuários da internet⁽⁷⁸⁾.

Tem sido discutido se os *sites* de busca na internet podem ser civilmente responsabilizados por mostrarem, nos resultados da pesquisa, página que contém informação lesiva a direito fundamental da pessoa humana, após notificados, extra ou judicialmente, da ilicitude da informação e da necessidade de exclusão daquele resultado indesejado. O STJ⁽⁷⁹⁾, reformando decisão do TJRJ, concluiu que a filtragem da pesquisa não é atividade intrínseca ao *site* de pesquisa, que não pode ser obrigado a eliminar resultados de busca de determinado termo ou expressão, e afastou o reconhecimento pretendido da responsabilidade civil.

Data vênua, os sítios devem responder civilmente, não pela indevida invasão da privacidade, mas porque, ciente da lesão a direito fundamental pela ordem judicial, passou a concorrer com a divulgação não autorizada de informação pessoal ou sensível. Incide, nesse caso, o art. 187 do Código Civil.

No direito comparado, hospedeiros de redes sociais têm sido questionados, administrativa e judicialmente, por vazamento de dados pessoais

(77) PAESANI, *op. cit.*, p. 90.

(78) STJ, REsp 1.186.616/MG, 3ª Turma, relª Minª Nancy Andrighi, DJe de 31.8.2011.

(79) Cf. STJ, REsp 1.316.921/RJ, 3ª Turma, relª Minª Nancy Andrighi, publicado no DJe de 29.6.2012.

de usuários contidos em redes fechadas. De fato, o hospedeiro de informações lesivas aos direitos fundamentais pode ser responsabilidade em face da culpa *in custodiendo*⁽⁸⁰⁾, ainda que superada a questão da responsabilidade objetiva.

7. Conclusão

A internet, as redes sociais e as novas tecnologias da informação trouxeram uma nova forma de enxergar a privacidade. A privacidade de alguém, com os novos meios da telemática, pode ser revelada pela junção de elementos espalhados nas mídias sociais. Isoladamente, esses elementos nada representam, mas agrupadas, como peças de um mosaico, podem revelar a sua vida privada.

Com o avanço da tecnologia da informação, surgiram novos meios de invasão da privacidade no campo das relações de trabalho. Atualmente, é possível a seleção ao emprego por meio de perfis e dados pessoais e sensíveis; a revista pessoal eletrônica intrusiva; a vigilância eletrônica do empregado; o assédio moral e sexual na era digital; a divulgação e circulação de mensagens, dados e *e-mails* pessoais em redes; a transmissão de dados falsos; discriminação, agressão e ofensas no ciberespaço; o acesso de *hackers* na rede; a dispensa decorrente da exposição no mundo virtual e a elaboração de lista eletrônica de empregados indesejáveis.

No campo do direito material, surgem desafios para que se possam proteger os dados e informações pessoais de empregados e de empregadores. Princípios como consentimento, adequação, finalidade, veracidade e provisoriedade, descritos pelo direito comparado e por legislação nacional esparsa podem ser úteis aos operadores do direito do trabalho. Deles é possível extrair os direitos de acesso, retificação, vinculação à finalidade, esquecimento, cancelamento e proibição de armazenamento de dados sensíveis, sem prejuízo da já conhecida reparação moral e material.

(80) PAESANI, *op. cit.*, p. 86.

Há desafios a serem vencidos para a efetiva proteção à privacidade. Questões referentes à competência e à conexão das ações, localização da hospedagem, endereço ou origem da informação ou mensagem, satisfação do direito *in natura* e da responsabilidade civil ensejam reflexão e tratamento próprio.

São esses alguns dos desafios para a efetiva proteção da privacidade do empregado e do empregador diante da internet, redes sociais e as novas tecnologias da informação.

8. Referências bibliográficas

ALLEN, Anita L. Genetic privacy: emerging concepts and values, in genetic secrets: protecting privacy and confidentiality in the genetic era. In: ANDREWS, Lori B.; MEHLMAN, Maxwell J.; ROTHSTEIN, Mark A. *Genetics: ethics, law and policy*. 2. edition. St. Paul-MN: Thomson West, 2006.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; CASTRO, Aldemario Araújo. *Manual de informática jurídica e direito da informática*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da internet e da sociedade da informação: estudos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do empregado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CALVET, Otavio Amaral. *Direito ao lazer nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição*. Lisboa: Almedina, 1985.

CIOCCHETTI, Corey A. The eavesdropping employer: a twenty-first century framework for employee monitoring. In: *American Business Law Journal*, v. 8, n. 2, 2011.

CONESA, Fugencio Madrid. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de derecho*. Valencia: Universidad de Valencia, 1984.

DARRELL, Keith B. *Issues in internet law: society, technology, and the law*. 6. ed. Boca Raton-FL: Amber Book Company, 2011.

- DEJOURS, Christophe. *A banalização da injustiça social*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- DE LA CUEVA, Pablo Lucas Murillo. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990.
- _____. *Informática y protección de datos personales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- DINIZ, Ana Paola Santos Machado. Banco de dados e intimidade informática no trabalho. In: *Revista da Amatra V – vistos, etc.*, Salvador, Amatra 5, v. I, n. 8, 2008.
- DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FOUROZAN, Behrouz A. *Comunicação de dados e rede de computadores*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2006.
- FROOMKIN, A. Michael. Death of privacy? In: *Stanford Law Review*, vol. 52, n. 5, maio/2000.
- FROTA, Hidemberg Alves da. A teoria dos círculos concêntricos da vida privada. In: *Revista Jurídica Unicoc*. Disponível em: <http://www.revistajuridicaunicoc.com.br/midia/arquivos/ArquivoID_67.pdf> Acesso em: 30 jun. 2012.
- GOÑI SEIN, José Luis. Las ofensas al honor y la repercusión de las proferidas fuera de la empresa. In: *Relaciones Laborales*, Madrid, La Ley, n. 8, 1986.
- GOUVÊA, Sandra. *O direito na era digital: crimes praticados por meio da informática*. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.
- KUROSE, James F.; ROSS, Keith W. *Redes de computadores e a internet: uma abordagem top-down*. 3. ed. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2006.
- LE MOS, André. *Cibercultura: tecnologias e vida social na cultura contemporânea*. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2010.
- LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção de dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. “Spam” e a invasão da intimidade. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/atuaaomp/not_artigos/id14949.htm?impressao=1> Acesso em: 18 jun. 2012.
- MAIA, Luciano Soares. A privacidade e os princípios de proteção do indivíduo perante os bancos de dados pessoais. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. *Anais do XVI Congresso Nacional do Conpedi*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.
- MANCINI, Jorge Rodríguez. *Derechos fundamentales y relaciones laborales*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea Editorial, 2007.
- MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. *Direito da informática*. Coimbra: Almedina, 2000.
- MARZAL, Gloria. *Base de datos personales: requisitos para su uso, comentário a la Lortad y normativa complementaria*. Bilbao: Deusto, 1996.
- MILLER, Arthur R. Privacy: is there any left? In: *The federal courts law review*. The Federal Magistrate Judges Association, v. 3, n. 2, July/2009.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Protección de los datos personales de los trabajadores: repertorio de recomendaciones prácticas de la OIT*. Genebra: Escritorio Internacional del Trabajo, 1997.
- PAESANI, Liliana Minardi. *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. Internet y derechos humanos. In: *Derecho y conocimiento*. Huelva: Universidad de Huelva, v. 2, 2002.
- PROSSER, William L. Privacy. In: *California Law Review*, v. 48, n. 3, aug. 1960.
- RECUERO, Raquel. *Redes sociais na internet*. Porto Alegre: Sulina, 2009.
- ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- RUSTAD, Michael L. *Internet Law in a nutshell*. St. Paul-MN: West-Thomson Reuters, 2009.
- SARLET, Ingo W. (Org). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalidade do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

TORIBIO, Omar Toledo. El facebook y el derecho laboral (límites de la libertad de expresión en la relación laboral). In: *El peruano*, Jurídica, Lima, 19 mar. 2009, ano 6.

UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva n. 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. 24 de outubro

de 1995. In: *Jornal Oficial das Comunidades Europeia*. Edição em português. Luxembourg: Serviço de Publicações da União Europeia, n. 1 (281), 23.11.1995.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2007.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis D. The right of privacy. In: *Harvard Law Review*, Harvard, v. IV, n. 5, 15 dec. 1890. Disponível em: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html> Acesso em: 13 jun. 2011.

Do efeito repristinatório da Convenção n. 158 da OIT: uma nova perspectiva

José Mário Porto Neto^(*) e Ana Paula Azevedo Sá Campos Porto^(**)

Resumo:

- ▶ O artigo pretende instigar uma nova perspectiva ao debate envolvendo a Convenção n. 158 da OIT e sua eficácia no ordenamento jurídico nacional, almejando atrair a atenção tanto do Supremo Tribunal Federal como do legislativo acerca das nuances constitucionais, vertentes doutrinárias e o impacto do novel posicionamento jurisprudencial do Pretório Excelso em matéria de compatibilização dos tratados internacionais, acarretando o efeito repristinatório do instrumento internacional trabalhista no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave:

- ▶ Efeito repristinatório — Convenção n. 158 — OIT.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Considerações sobre a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho
- ▶ 3. A harmonização normativa dos tratados internacionais
 - ▶ 3.1. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, tratados internacionais e breves considerações sobre sua incidência no ordenamento jurídico pátrio
 - ▶ 3.2. Dos tratados internacionais diante do sistema jurídico brasileiro
 - ▶ 3.3. Da compatibilidade normativa dos tratados internacionais de direitos humanos à luz do ordenamento constitucional brasileiro
 - ▶ 3.4. Da contemporânea posição do Supremo Tribunal Federal sobre a temática
- ▶ 4. Do efeito repristinatório da Convenção n. 158 da OIT como consequência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Pós-Graduado em Direito Material do Trabalho pela ESMAT 13. Advogado.

(**) Juíza do Trabalho da 13ª Região. Titular da 5ª Vara de Campina Grande/PB. Pós-Graduada em Direito Material do Trabalho pela FESP/PB.

1. Introdução

Passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, não é novidade para ninguém que os avanços na concepção moderna de proteção aos direitos sociais convivem em uma relação comensal à estante omissão legislativa para regulamentar, em definitivo, uma gama de normas constitucionais positivas.

Essa dicotomia tornou-se retrato do atual estágio jurídico-constitucional brasileiro inserido dentro de um mundo atual marcado pela instantaneidade das informações, de globalização dos problemas, das crises, das soluções, das relações de trabalho, mas que tem encontrado leniência ímpar na efetivação de certos dispositivos trabalhistas.

Não há dúvida de que a contemporaneidade está intimamente relacionada com a velocidade da informação, de que foi capaz de transformar o mundo em um feudo. Mais do que isso, é prodigiosa em convencer o homem a seguir conceitos padronizados, verdades compartilhadas, soluções divididas.

O resultado mais imediato é perceptível a partir da mudança dos padrões estabelecidos na sociedade política, em que se percebe que a aglutinação dos indivíduos é a forma mais eficiente ao enfrentamento contra o poder estatal e a força do interesse econômico e, como é natural, trazendo a seu reboque maior desenvolvimento da conceituação dos direitos do homem e de conquistas relacionadas ao emprego, em face da virilidade do capital.

Alinham-se organizações internacionais de diversos gêneros. Há evolução dos modelos de produção capitalista. A sociedade, ainda que exija o respeito às suas diferenças, caminha na universalização de suas conquistas e de seus sofrimentos. O cidadão exige a intervenção estatal, não apenas para lhe garantir direitos, como meros enunciados, mas para efetivá-los. O desenho que se pretende da atualidade transpõe o homem como paradigma da atuação do Estado e das sociedades. Isso resultará

na promoção à proteção dos direitos humanos e, por via de consequência, em um incremento aos direitos sociais e trabalhistas.

Entretanto, parece que certos avanços constitucionais trabalhistas ficaram aprisionados aos séculos passados, segregados das hodiernas conquistas legais, em especial nas searas consumeristas, ambientais e até processuais. Aliás, repita-se que se trata de direitos de alçada suprema com assento na Carta Magna e que dependem literalmente da “boa vontade” do legislador infraconstitucional.

Por essas vicissitudes normativas em meio a um amálgama de interesses, talvez o único caminho que reste seja a internacionalização dos mecanismos de proteção aos direitos da pessoa humana, em todos os seus contextos, inclusive na esfera das relações de trabalho. Em tal panorama, favorece-se a Organização Internacional do Trabalho na consolidação da força de seus instrumentos perante os Estados, quer impulsionando mecanismo de conscientização para a adesão às suas normas, quer fiscalizando o efetivo cumprimento àquelas subscritas.

Sem receio, podemos afirmar que tal organização, ao primar que suas normas sejam recepcionadas pelos sistemas jurídicos dos países signatários com supremacia jurídica capaz de fazer valer sua observância, o que resultará, em última análise, em maior proteção ao homem, na sua condição de trabalhador, e, logo, nos desdobramentos de sua dignidade, seja o ancoradouro das aspirações trabalhistas brasileiras.

Daí a importância do processo necessário para que cada Estado promova a ratificação legislativa da norma internacional, a fim de que adquira ela vigência e eficácia interna.

Abordando a questão da eficácia interna das normas internacionais ratificadas pelo Brasil, adentraremos no tema que permeia as recentes decisões da Corte Constitucional brasileira e seus reflexos na Convenção n. 158 da OIT, trazendo novamente o tema à discussão,

com o objetivo de, quiçá, provocar o Supremo Tribunal Federal a afastar-se de sua letargia na matéria, atraindo, assim, também a atenção legislativa, tal qual ocorreu no relampejo do Pretório Excelso ao ameaçar “regulamentar” o aviso prévio proporcional (art. 7º, XXI, CF) quando do julgamento dos Mandados de Injunção ns. 943, 1.010, 1.074 e 1.090, ocasionando a repentina edição da Lei n. 12.506/2011.

2. Considerações sobre a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho

O direito do trabalho, umbilicalmente ligado à Revolução Industrial, sofreu, no pós-1ª Guerra Mundial, um intenso processo de globalização, acompanhado de uma “preocupação social internacional” com os rumos da concorrência econômica desmedida, perpetrada em meio ao imperialismo. Nesse ensejo, e em meio à criação da Sociedade das Nações, foi fundada também, em 1919, a Organização Internacional do Trabalho, organismo global inspirado a proteger a dignidade humana do homem, enquanto trabalhador, garantindo a não mercantilização da força de trabalho, promovendo a justiça social diante do capitalismo selvagem instalado.

Instalada a OIT, esta congrega, em sua Assembleia Geral, delegados de todos os Estados filiados, que, por sua vez, são indicados, respectivamente, pelo governo, pelo patronato e pelos empregados, os quais serão atores diretos para a consecução das finalidades do órgão.

Com efeito, no afã de exercer seu papel institucional, a Organização do Trabalho edita duas modalidades de normas: as convenções e recomendações. Arnaldo Sússekkind conceitua as convenções como tratados internacionais que deveriam ser ratificados e depositados pelos membros, para então obrigarem-se no plano nacional e global. Já as recomendações seriam diretrizes traçadas aos países com vias a melhor adaptar e incentivar os preceitos convencionais no âmbito interno (2000, p. 180-182).

Aliás, Antônio Augusto Cançado Trindade assinala que as convenções, por tutelar garantias básicas individuais inseridas no campo das relações de trabalho, adquirem uma “natureza especial”, tendo, por isso, um teor mais elevado de obrigatoriedade aos tratados clássicos (1999, p. 49).

Nesse sentido, em 22 de junho de 1982, foi aprovada a Convenção n. 158, regulando o “Término da relação de trabalho por iniciativa do empregador”, cuja vigência, no plano mundial, principiou em 23 de junho de 1985.

Tem-se, portanto, que, finalmente, um organismo internacional passava a olhar de modo peculiar para um problema estruturante da sociedade capitalista: o desemprego. Procurou-se assegurar maior proteção à boa-fé e à isonomia contratual entre os partícipes da relação empregatícia.

Imbuída de um nobre propósito, a Convenção trouxe, como maior conquista, a proibição da extinção do contrato de trabalho por iniciativa patronal sem uma motivação juridicamente relevante e plausível, conforme mandamento do art. 4º, que assim dispõe:

Art. 4º Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Nesta senda, o instrumento em análise possibilita uma mitigação ao direito potestativo do empregador para encerrar injustificadamente o vínculo de emprego, ficando a eficácia do ato volitivo empresarial condicionada à comprovada ocorrência, quer de uma das razões pessoais do trabalhador expostas no artigo: capacidade ou comportamento; ou ainda, em decorrência das necessidades funcionais do patrão, neste caso, divididas em pretextos econômicos, tecnológicos, estruturais e afins.

E não são apenas as justificativas que conferem correção ao despedimento, uma vez que, no caso da rescisão sob o argumento de

capacidade ou comportamento do empregado, o art. 7º estipula expressamente a imprescindibilidade de oferta do contraditório e da ampla defesa ao funcionário, desdobrando, assim, em evidente proposta de eficácia horizontal dos direitos humanos no campo das relações individuais (SARMENTO, 2008, p. 125). De modo semelhante, ocorre quando a dispensa vier escudada em ensejos econômicos, tecnológicos, estruturais e afins, quando, segundo os arts. 13 e 14 da Convenção, resta indispensável a comunicação aos representantes dos obreiros e à autoridade pública competente, em tempo razoável, acompanhada das informações acerca dos motivos específicos, número e categoria afetada (SILVA, 1996, p. 103).

Em linhas gerais e sucintamente, conclui-se que a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho vislumbra normatizar e impor parâmetros mais palpáveis para a dispensa dos trabalhadores. Em verdade, diminui o âmbito de incidência da liberdade patronal de rescisão sem motivos justificados, a partir da imposição de certos requisitos que apesar de não se caracterizar como uma “armadura inviolável” que impeça a terminação do vínculo empregatício, oportuniza mais equidade e isonomia contratual como garantia a eventuais abusos.

Imbuído do espírito protetivo que inspirava o tratado internacional em questão, o Brasil, na posição de membro integrante da Organização do Trabalho, submeteu à apreciação do Congresso Nacional, enquanto órgão constitucionalmente competente, conforme restará explicitado nos tópicos seguintes, que, em 22 de setembro de 1992, pelo Decreto Legislativo n. 68, conferiu aprovação legislativa.

Entrementes, respeitadas as formalidades, foi efetuado, em 5 de janeiro de 1995, o depósito da Carta de Ratificação perante a Direção Geral da Organização Internacional do Trabalho, o que, invariavelmente, implicaria a vigência do âmbito interno doze meses após a oposição naquele órgão diretivo.

Corroborando o intuito estatal, a Presidência da República reiterou sua obstinação, ao editar, em 10 de abril de 1996, o Decreto n. 1.855, que promulgou a Convenção no território nacional.

Entretanto, abruptamente, em 20 de novembro de 1996, o Estado brasileiro denunciou, junto ao Diretor-Geral da OIT e, em 20 de dezembro do mesmo ano, editou o Decreto n. 2.100, promulgando e dando publicidade ao ato que retiraria a vigência da Convenção n. 158 no ordenamento jurídico pátrio.

É justamente em face desse ato que emanam as divergências doutrinárias e que, ao longo do presente, buscar-se-á evidenciar a ineficácia da denúncia, com supedâneo do novel posicionamento do Pretório Excelso, que tem reluzido, de modo bastante peculiar, para atravancar direitos trabalhistas dentro do âmbito processual, basta ver a Súmula Vinculante n. 25 e todas as suas consequências nefastas à efetividade das reclamações trabalhistas, em contraponto ao descaso com a Convenção ora analisada.

3. A harmonização normativa dos tratados internacionais

3.1. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, tratados internacionais e breves considerações sobre sua incidência no ordenamento jurídico pátrio

A novel acepção de proteção ao ser humano enquanto partícipe global, expressada no surgimento de um Sistema Internacional protetivo, está umbilicalmente ligada à materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, cujos reflexos estão relacionados, de forma direta, aos direitos sociais e trabalhistas.

Ora, é a tão decantada dignidade do homem enquanto ser humano quem desdobra, em todas as ordens jurídicas legítimas, as declarações de direitos fundamentais, inclusive aquelas afeitas a dimensões econômico-laborais.

A dignidade não oscila, não diverge de continente para continente, pois é valor supremo, fim em si mesmo. O que porventura discrepa é a quantidade dos direitos declarados, ou a modalidade e as ressalvas como são declaradas, mas nunca o axioma da dignidade da pessoa humana, porque o homem jamais perde sua condição digna.

Nesse sentido, é de se trazer as brilhantes lições da prof^a Ana Paula de Barcellos, que assim aborda tal caráter essencial à figura humana (2008, p. 126):

(...) a dignidade é uma característica inerente ao homem, que a norma não concede, mas apenas reconhece; daí por que muitos autores registram que não há um “direito” à dignidade, mas sim o direito ao respeito à dignidade e à sua promoção. A importância dessa observação está em que o indivíduo continua sendo digno nada obstante a violação das normas que pretendem assegurar condições de dignidade.

A despeito da essencialidade do princípio, não se pode perder de vista que a condição de fundamento dos ordenamentos e o norte da aplicação e da interpretação das normas e das atividades estatais e supraestatais que hoje se confere à dignidade humana foi alcançado com imensa inquietação, especialmente no pós-2ª Guerra Mundial, e às custas de milhões de vidas ceifadas. As barbáries e as atrocidades nazistas serviram, ao menos, para constituir ponto teórico de consenso, no Ocidente, bem assim, para sujeitar a comunidade internacional a repensar os paradigmas, notadamente no que pertine à consagração da dignidade da pessoa humana como espinha dorsal de todo sistema jurídico legítimo (SARLET, 2004, p. 183).

Reformulado foi sim o conceito de Estado e de Soberania. Como também reformulada a concepção de respeito estatal ao eixo central do ordenamento jurídico, agora orbitando no incremento à dignidade. Seguindo às novas concepções, temos a ideia de que o sistema estatal não apenas proclame, mas assuma o

dever jurídico de proteger e tutelar os direitos inseridos na norma fundamental.

Todavia, com a concepção por demais firmada, estando “o princípio da dignidade da pessoa humana na base de todos os direitos constitucionalmente assegurados” (VIEIRA DE ANDRADE, 1998, p. 102), surgiram novas celeumas acerca dos ditos direitos fundamentais. Estão eles restritos àqueles positivados na *Lex Mater*? E mais, os direitos previstos em tratados internacionais harmonizam-se em igual nível com a Constituição? E antes da Emenda Constitucional n. 45/2004? E depois? E quanto às Convenções da Organização Internacional do Trabalho?

Basicamente, esses são os pontos que trataremos de focar, buscando aprofundar o debate, que tanta celeuma produz na jurisprudência e na doutrina brasileira, notadamente a partir do recente posicionamento trilhado pela Corte Suprema, que deu nova interpretação à temática.

3.2. Dos tratados internacionais diante do sistema jurídico brasileiro

Nos dias atuais, não é mais dada ao intérprete jurídico a faculdade de analisar o ordenamento jurídico sem perpassar pelo papel cada vez mais preponderante que os instrumentos internacionais celebrados exercem, especialmente no campo dos direitos humanos em sentido lato. A globalização trouxe consigo novos referenciais para a salvaguarda de direitos, uma pujante internacionalização humanista no pós-Guerra, o Sistema Internacional de Proteção ladeado da contemporânea concepção de sujeitos de direitos, tudo com vistas a trazer consequência para a perspectiva interna.

Como antes dito, mais e mais se evidencia a importância das normas internacionais, aí incluindo-se as convenções internacionais, para a formação de um sólido Sistema Internacional.

Em reforço à importância dos tratados, importante transcrever a conceituação de

Saulo José Casali Bahia, que tão brilhantemente compendia (1999, p. 11-12):

(...) de todas as definições expostas recolhe-se, todavia, um núcleo comum, o que permite definir o tratado como um acordo de vontades entre pessoas de direito internacional, regido pelo direito das gentes. Desta definição resultam patentes os elementos do tratado internacional: (a) o consentimento, sem o qual o ato internacional envolvendo duas ou mais pessoas de direito internacional deveria ser considerado como ato unilateral de uma delas relativamente a outra (ou outras); (b) personalidade internacional dos acordantes, pois não é possível a existência de um tratado internacional sem que as partes possuam a qualidade de pessoa de direito internacional; (c) a regência pelo direito internacional, pois o controle de consentimento (aí incluídos a forma e o objeto) e dos efeitos jurídicos do acordo não fica a cargo do direito interno das partes do tratado.

Neste diapasão, constata-se que, apesar da assinatura do documento pelo Estado-Nacional, em sua maioria, irradiam-se consequências no plano internacional, agregando conceito e aceitação perante a Comunidade global. Todavia, efeitos outros na seara interna de cada Estado signatário são produzidos; dentre eles, a obrigação estatal de adotar meios de harmonizá-lo com a ordem nacional, constituindo exteriorização do princípio da boa-fé. Aliás, tamanha é a responsabilidade do ente acordante, ao qual é vedado, inclusive, à luz da Convenção de Viena, “invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado”.

Diferentemente não poderia ser com relação à Convenção n. 158 ou outras emanadas da Organização Internacional do Trabalho.

Pois bem. A Carta Brasileira, em seu art. 84, inciso VIII, diz que compete privativamente ao Presidente da República “celebrar tratados, convenções e atos internacionais,

sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, ou seja, expressamente afirma que os atos de negociação e as tratativas são da competência exclusiva do Poder Executivo, que, em um juízo de oportunidade e de conveniência, concede um aceite provisório ao instrumento, ficando, contudo, sujeito ao referendo do Congresso, consoante disposição normativa taxativa.

Aliás, o art. 49, inciso I, da Carta Republicana, complementa a disposição supracitada, ao entabular como competência peculiar do Congresso “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, o que se dará por meio de um decreto.

Não obstante intrincado sistema, mesmo após aprovação do poder legiferante, fazem-se necessários a ratificação, pela chefia do Executivo, e o conseqüente depósito do instrumento.

E, tão somente após o efetivo cumprimento de todas essas etapas, o tratado está apto a produzir efeitos jurídicos, o que só vem a confirmar a densidade do sistema brasileiro no que tange à integração das normas internacionais, porquanto ordena a prática de atos que dependem da aquiescência dos Poderes Executivos e Legislativos.

A despeito das complexas atitudes de diferentes atores do cenário político brasileiro, vale reprimir a sempre lúcida advertência da prof^a Flávia Piovesan sobre a temática (2010, p. 50):

Contudo, cabe observar que a Constituição brasileira de 1988, ao estabelecer apenas esses dois dispositivos supracitados (os arts. 49, I, e 84, VIII), traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita: não prevê, por exemplo, prazo para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional, por ele assinado. Não há ainda previsão de prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, tampouco previsão de prazo para que o Presidente da República

ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso. Essa sistemática constitucional, ao manter ampla discricionariedade aos Poderes Executivos e Legislativo no processo de formação dos tratados, acaba por contribuir para afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional. A respeito, cabe mencionar o emblemático caso da Convenção de Viena sobre os Tratados, assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada a apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992, estando ainda pendente de apreciação parlamentar.

No desiderato de conferir segurança jurídica para a ratificação dos tratados internacionais, percebe-se que o legislador constituinte trouxe a reboque o engessamento da irradiação de seus efeitos jurídicos, dado o sistema burocrático reinante nas Casas Parlamentares, especialmente, quando somado o ingrediente da imprescindível atuação do Executivo na temática, sem falar na dinâmica das forças políticas, notadamente quando o conteúdo da norma é capaz de trazer repercussões no plano econômico.

3.3. Da compatibilidade normativa dos tratados internacionais de direitos humanos à luz do ordenamento constitucional brasileiro

O ponto central do debate gravita em torno da delimitação da hierarquia positivo-normativa dos tratados internacionais que versem especificamente sobre Direitos Humanos em sua incorporação ao sistema jurídico brasileiro. Em linhas gerais, a discussão subleva, em sua essência, sobre o impacto do § 2º do art. 5º da Constituição Federal sobre os supramencionados instrumentos; ainda registra-se a contenda acerca de sua incidência, no regime após a Emenda Constitucional n. 45/2004, que inseriu o debatido § 3º também do referido art. 5º. E, finalmente, completando o núcleo denso da matéria, a recente posição jurisprudencial, notadamente do Pretório

Excelso, guardião que é da Carta Republicana nacional.

Com efeito, a Constituição de 1988 foi responsável pela positivação de extenso rol de Direitos Fundamentais, cuja declaração teve a preocupação de concretizar, em sua plenitude, a proteção à dignidade da pessoa humana, valor supremo do Estado Democrático de Direito.

Esses direitos da pessoa adquirem o *status* de fundamentais, por, no dizer de Jorge Miranda, serem “*prima facie* direitos inerentes à própria noção de pessoa... direitos básicos... que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade” (2005, p.138).

Diferente não é visão de Ingo Sarlet, que, baseado nos ensinamentos do jurista hispânico Pérez Luno, conceitua os direitos fundamentais a partir de sua essência, notadamente, pois “constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito” (1998, p. 32). Já para o ilustre doutrinador José Afonso da Silva, os direitos fundamentais são aquelas prerrogativas e instituições que o direito positivo concretiza em nome da garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas (2002, p. 178).

Temos, pois, que para a configuração de determinados direitos como fundamentais, faz-se mister sua positivação, como tratado por José Afonso da Silva.

Ademais, acerca da identificação dos direitos e garantias fundamentais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, baseado na teoria de Robert Alexy, expõe (2006, p. 11):

O primeiro dentre eles é ser um direito universal. Isto significa *ab initio* que o direito deve concernir a todo e qualquer ser humano, mas daqui não decorre que coletividades não possam ter direitos fundamentais,

na medida que sejam “meio para a realização de direitos do homem”. O segundo é ser um direito moral. Ou seja, que à sua base esteja uma norma que “valha moralmente”. Outro consiste em fazer jus à sua “proteção pelo direito positivo estatal” — ser, na sua terminologia, um direito preferencial. Lembra que este aspecto está previsto no art. 28 da Declaração Universal de 1948, quando ela afirma: “Toda pessoa tem direito a que reine, no plano social e no plano internacional, uma ordem tal que os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração aí possam ter pleno efeito”. Igualmente, o direito deve ser fundamental. Quer dizer, preencha duas condições: 1) “deve *tratar-se de* interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito”; e a segunda: “é que o interesse ou carência seja tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo direito”, vale dizer, “quando sua violação ou não satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia”.

Como consequência inarredável dos postulados demonstrados, emerge a questão dos direitos fundamentais implícitos, que, em parte, encontrariam sustentáculo normativo em tratados internacionais que versassem sobre direitos humanos e que já houvessem sido incorporados ao sistema jurídico brasileiro, lembrando-se de que, dentro dessa perspectiva, estão os direitos trabalhistas.

De fato, toda a celeuma revolve, essencialmente, a análise dos §§ 2º e 3º do art. 5º da CF, porquanto se extrai a tendência do constituinte no aceitar da coexistência harmônica de direitos fundamentais implícitos ao ordenamento jurídico maior, pois a própria Constituição faz menção à sua não exclusão.

Interpretando a *Lex Mater*, Flavia Piovesan, em apertada síntese, aduz que a fundamentabilidade dos direitos estariam classificados em três grupos distintos (1998, p. 145):

- Direitos expressos tacitamente na Constituição (incisos do art. 5º);
- Direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte;
- Direitos implícitos (direitos subentendidos nas regras de garantias, ou decorrentes do regime ou dos princípios adotados pela Carta Constitucional). Desta arte, podem-se sintetizar as inúmeras correntes interpretativas em três grandes posições doutrinárias.

A primeira delas defende a hierarquia infraconstitucional dos tratados internacionais também que versem sobre direitos humanos. Tal corrente fundamenta sua posição com base, principalmente, nas regras de competência judiciária previstas na Carta Política, isto porque o art. 102, inciso III, alínea “b”, trataria da competência recursal para apreciar Recurso Extraordinário de decisão que declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, outrossim o art. 105, inciso III, “a”, confirmaria a competência recursal do Superior Tribunal de Justiça para julgar decisões que contrariassem tratados ou leis federais. Logo, para seus adeptos, a Lei Maior concedeu compatibilidade de lei federal às convenções. Soma-se a isso o fundamento amealhado de que, durante a votação da aprovação ou não do instrumento, necessária apenas uma maioria simples, *quorum* equivalente nos casos de norma infraconstitucional. E, ao cabo, ainda a argumentativa segundo a qual o famigerado § 2º do art. 5º da Constituição da República não faz qualquer referência expressa ou literal ao caráter constitucional dos tratados internacionais atinentes aos direitos humanos, mas tão somente ao recebimento dos citados direitos, que do instrumento decorreriam, ou seja, sucintamente, por outorga da lei máxima, os direitos reconhecidos no tratados seriam recebidos no sistema jurídico, mas sem incidência constitucional.

A segunda posição sustenta, com tenacidade, a hierarquia constitucional das convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo

em relação àquelas anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004, porquanto a disposição contida no § 2º do art. 5º da Carta Magna brasileira já conferia tal *status*, mormente no estágio atual do direito, em que ganha pujança um Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos, sendo obrigação do intérprete constitucional rever os institutos formalistas para dar vazão à máxima efetividade das normas supremas.

Defendido por juristas de reconhecido quilate, o entendimento tem expoente na profª Flávia Piovesan, para quem os instrumentos internacionais reconhecidos no direito doméstico detêm materialidade constitucional (2010, p. 54-55), *verbis*:

Em favor da hierarquia constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. O reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, § 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão. A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

Na mesma linha, e digna de nota, é a posição do eminente doutrinador Celso Lafer, para quem inclusive os tratados incorporados anteriormente à própria Carta Política possuem essência constitucional (2005, p 15-17):

Com efeito, entendo que os tratados de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e foram validamente promulgados, inserindo-se na

ordem jurídica interna, têm hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva *ex parte civium* dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao *iter* previsto no novo § 3º do art. 5º.

Por fim, a terceira via doutrinária situa-se em campo mediano. Em princípio, recusa conceituar os direitos constantes em tratados internacionais anteriores à Emenda Constitucional n. 45/2004 e, portanto, não “aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, como bloco de constitucionalidade. Por outro lado, não aceita a natureza meramente infraconstitucional dos indigitados instrumentos. Essa corrente confere aos direitos reconhecidos em convenções internacionais um caráter supralegal, pois suas normas têm aplicação direta, inclusive contra lei ordinária, sem, contudo, ultrajar a Constituição, mas sim complementando sua essência e ampliando os direitos decorrentes.

Tal posição jurídica conta com o beneplácito da maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, conforme julgamento conjunto dos RE n. 349.703 e dos HCs ns. 87.585 e 92.566, cujo posicionamento pode ser sintetizado na opinião ilustrada do Ministro Gilmar Mendes:

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o

caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactuantes, conferindo-lhe lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro — em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em *quorum* especial nas duas Casas do Congresso Nacional a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE n. 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque e encontra respaldo em largo repertório de casos julgados até o advento da Constituição de 1988... Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de “supralegalidade” aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese propugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de “supralegalidade”. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico.

3.4. Da contemporânea posição do Supremo Tribunal Federal sobre a temática

O Pretório Excelso, atuando na guarda da Constituição, decidiu por dar vazão ao neoconstitucionalismo que se avizinha, repaginando conceitos à luz da novel disciplina da máxima efetividade das normas constitucionais, pautando sua Jurisprudência a partir de uma nova postura que, na lição de Luís

Roberto Barroso, “não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação dos seus institutos sob uma ótica constitucional” (1996, p. 174-180).

Imbuído deste propósito, o Supremo superou sua aturada posição, consolidada desde 1977, para, em um julgamento paradigmático, outorgar caráter “supralegal” aos tratados internacionais sobre direitos humanos, consoante ementa a seguir transcrita:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscreitos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-lei n. 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária

em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (RE n. 349.703, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 3.12.2008, publ. DJ 5.6.2009).

Advirta-se, nada obstante, que houve quem defendesse a estatura constitucional dos tratados sobre direitos humanos, os quais formariam um chamado “bloco de constitucionalidade” que, a despeito de estarem situados propriamente fora da Carta Política, teriam materialidade própria desta, partindo-se da premissa de que a Constituição deve ser interpretada com especial foco à máxima efetividade da Carta Republicana, funcionando as convenções internacionais, pois, em um jaez integrativo e de reafirmação aos direitos humanos outrora positivados na Carta.

E, para que seja alcançada tal interpretação, parte-se da premissa de que, contemporaneamente, os instrumentos normativos internacionais assumem acentuado relevo na construção do ideal de afirmação, sedimentação e alargamento dos direitos individuais.

Logo, das posições emanadas nos votos dos eminentes Ministros da Suprema Corte, observa-se que o Pretório Excelso tangenciou

sobre o reconhecimento da estatura constitucional dos instrumentos internacionais, no denominado “bloco de constitucionalidade”, conforme defendiam alguns julgadores integrantes do Supremo Tribunal, preferindo edificar um posicionamento capaz de conferir caráter supralegal e, por conseguinte, derogando a legislação infraconstitucional que seja conflitante com os valores propostos na convenção transnacional.

4. Do efeito repristinatório da Convenção n. 158 da OIT como consequência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Como se sabe, a Convenção n. 158 foi inesperadamente denunciada à Direção-Geral da OIT em 20 de novembro de 1996, sendo, depois, editado o Decreto n. 2.100 que cuidou de promulgar e conferir publicidade ao término da vigência no âmbito interno brasileiro.

Ocorre, todavia, que, diante do recente entendimento da Colenda Corte Constitucional do Brasil, os tratados e convenções sobre direitos humanos e, logicamente os direitos trabalhistas do homem, enquanto agente político e social, são espécies inseridas dentro do gênero maior que se ajustou denominar “direitos humanos”, porquanto da essência da pessoa humana, aprovados e ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004, possuem estatura *supralegal*, eis que fazem parte do Sistema Internacional de Proteção.

Com efeito, ao deter estrutura supralegal, e, portanto, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, os direitos reconhecidos em suas normas têm aplicação direta, inclusive contra lei ordinária, sem, contudo, ultrajar a Constituição, mas sim complementando sua essência e ampliando os direitos decorrentes.

Percebam-se, assim, as consequências jurídicas de tal posicionamento do Pretório Excelso: a primeira delas é que a Convenção n. 158 da OIT, enquanto instrumento normativo global aprovado e ratificado pelo Estado

brasileiro, após cumpridas as formalidades constitucionais previstas, com passagem pelos poderes Executivo e Legislativo antes do advento da EC n. 45/2004, possui estrutura supralegal à luz da novel jurisprudência da Corte Suprema.

Já a segunda consequência lógica é que o ato de denúncia e o Decreto n. 2.100 datados de 1996 são manifestamente inconstitucionais, porquanto, em qualquer sistema normativo, uma norma inferior jamais poderia revogar norma de hierarquia superior, inclusive porque imperante o sistema kelseniano das normas.

Por óbvio, se, a teor do entendimento remansoso do Colendo Supremo Tribunal nacional, os tratados internacionais despontam no ordenamento jurídico pátrio com força supralegal, o indigitado decreto presidencial não ostenta compatibilidade com a Constituição Republicana.

Ademais, no escólio do prof. Zeno Veloso, a inconstitucionalidade de uma norma equivale, em linhas gerais, a sua nulidade e, como pressuposto consequente lógico (2000, p. 196), seria o efeito repristinatório da norma anterior acerca do tema que seria o Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, o qual promulgou a Convenção no território nacional.

Aliás, é exatamente esse o conceito de eficácia repristinatória de uma norma à luz da incompatibilidade constitucional de regramento ulterior acerca do mesmo tema. Veja-se que, segundo Olavo Augusto Vianna Alves, seria o efeito da reentrada em vigor de uma norma, aparentemente revogada, quando a regra revogadora é declarada inconstitucional (2007, p. 151). Na mesma linha argumentativa, leciona Alexandre de Moraes, para quem o efeito repristinatório seria consequência indissociável à incompatibilidade da lei revogadora (2000, p. 272).

Portanto, se o Excelso Tribunal reconheceu o caráter supralegal das convenções internacionais sobre direitos humanos, fazendo inclusive constar expressamente a revogação de toda a legislação infraconstitucional conflitante com

os valores propostos na convenção transnacional aprovada e ratificada, o mesmo ocorre com a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, eis que possui estatura supralegal e poder de derogar o decreto denunciador em face da nova jurisprudência constitucional brasileira.

5. Considerações finais

Ante o exposto, a intenção é a de retomar à ordem do dia o debate, convenientemente relegado a segundo plano, atinente aos reflexos da Convenção n. 158 da OIT, no afã de retirar o Supremo Tribunal Federal, ou mesmo o Congresso Nacional, de seu estágio de letargia no que tange à regulamentação do art. 7º, I, da Constituição tão esquecida nos dias atuais.

De modo a alcançar esse desiderato, faz-se imprescindível estabelecer-se, de maneira clara, a importância cada vez mais sensível do reconhecimento dos direitos da pessoa humana sustentados em tratados internacionais, os quais incluem a dignidade do trabalhador enquanto viés do capitalismo mundial. O consolidar-se do Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos traz consigo alterações nos paradigmas normativos internos de cada Estado, participe que é das transformações da globalização.

Buscou-se, ainda, aprofundar a discussão teórica e prática acerca dos direitos existentes em tratados internacionais, notadamente a Convenção n. 158 da OIT e sua harmonização com o sistema doméstico, tratando-se das perspectivas para a formalização do instrumento, a aceitação e a aprovação, culminando com a irradiação de seus efeitos na esfera nacional.

Daí partiu-se para a fundamentação jurídica tendente a discernir qual a real e efetiva hierarquia desses direitos. Foram evidenciadas as mais primorosas correntes doutrinárias acerca da questão, tentando pontuar suas semelhanças e divergências. De tudo, foi sempre objetivo aliar fundamentação jurídica renomada

com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, essencial neste contexto atual de abstratização das decisões do Pretório. Ao fim, tentou-se possibilitar, sobretudo, uma visão mais crítica acerca da problemática.

Melhor não poderia concluir, senão com uma brilhante lição de Norberto Bobbio (1992, p. 157):

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Aliás, a importância subleva quando diz respeito à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, que, a despeito do cumprimento de todas as burocratas formalidades para a incidência no sistema jurídico pátrio, foi, ao cabo, denunciada por um ato desfundamentado e inesperado pelos atores do cenário econômico.

Logo, procurou-se analisar o ato normativo brasileiro à luz da nova concepção emanada pelo Excelso Pretório acerca dos tratados internacionais sobre direitos humanos, os quais, segundo a tendência, possuem estatura supra-legal e, portanto, derrogariam a legislação infraconstitucional conflitante.

Dessas premissas, chegou-se à ilação de que o decreto denunciador da Convenção n. 158 é incompatível com a novem jurisprudência constitucional brasileira, equivalendo à sua nulidade e, irremediavelmente, à impressão de efeitos repristinatórios ao instrumento global de proteção ao contrato de trabalho justo e equitativo.

Seja como for, inexistente justificativa plausível para que um Estado, livre e independente, subscreva um tratado internacional, o qual

não tenciona fazer valer em seu sistema jurídico pátrio. Mesmo se sabendo que a incorporação de tais documentos no ordenamento jurídico interno se traduza como matéria de grande complexidade, notadamente em se tratando de um denso sistema jurídico-legal, em verdade, não se pode confundir emaranhado de exigências positivadas com falta de vontade política de fazê-lo cumprir e, ao arrepio da Constituição Federal, pretender apagá-lo eternamente do ordenamento jurídico.

6. Referências bibliográficas

BAHIA, Saulo José Casali. *A Constituição Federal e os tratados internacionais*. Tese de doutorado. São Paulo: PUC/SP, 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE n. 349.703/RS. Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno, j. 3.12.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>> Acesso em: jan. 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era do direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nádia. *Os direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 49.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O efeito repristinatório e a declaração de inconstitucionalidade. In: *Leituras complementares de direito constitucional — Controle de constitucionalidade*. Salvador: JusPODVIM, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais implícitos e seu reflexo no sistema constitucional brasileiro. In: *Revista Jurídica*, Brasília, vol. 8, n. 82, dez. 2006/jan. 2007. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_82/artigos/PDF/ManoelGoncalves_rev82.pdf> Acesso em: 19 jul. 2008.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. Barueri: Manole, 2005.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Fe-*

deral de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Antônio Álvares da. *A Convenção n. 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

A nova disciplina da jornada de trabalho do motorista profissional

Manoel Carlos Toledo Filho^(*) e Bruno Hiroshi Neves^(**)

Resumo:

- ▶ Trata o presente artigo da nova disciplina da jornada de trabalho do motorista profissional, regulamentada pela Lei n. 12.619, publicada em 2 de maio de 2012. Assim, buscou-se analisar a referida lei sob o aspecto da aplicação subjetiva, identificando seus sujeitos passivos; da aplicação da lei no tempo, situando o seu período de vigência, bem como os seus efeitos aos contratos de trabalho já vigentes; da jornada de trabalho do motorista, detalhando os dispositivos da nova regulamentação; e, das disposições inconstitucionais, indicando uma eventual contradição com o texto constitucional quando da instituição do conceito do tempo de espera e tempo de reserva do motorista profissional.

Palavras-chave:

- ▶ Motorista profissional — Jornada de trabalho — Inconstitucionalidade — Sujeito passivo — Aplicação da lei no tempo.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Âmbito subjetivo de aplicação
- ▶ 3. Aplicação da lei no tempo
- ▶ 4. Jornada de trabalho do motorista profissional
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

(**) Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP. Servidor Público Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

1. Introdução

Em 2 de maio do corrente ano, foi publicada a Lei n. 12.619, que dispõe sobre o exercício da profissão de motorista profissional.

O diploma em questão representa, para além de qualquer dúvida, um *ponto de destaque e de inflexão* no panorama jurídico nacional.

E isso porque, ademais de outros temas ou aspectos, buscou-se por seu intermédio disciplinar o *conteúdo e os limites da jornada de trabalho* de uma modalidade de labor que, de modo preponderante ou exclusivo, se desenvolve de *forma externa*, é dizer, sem que ante ela se concretize um controle presencial direto ou tradicional por parte do empregador.

Ao assim proceder, o legislador rompeu com o *paradigma geral* desde sempre estabelecido pela Consolidação das Leis do Trabalho, segundo o qual aqueles empregados cujas tarefas cotidianas se perfaçam de maneira externa não estariam abrangidos pelas regras do capítulo referente à duração do trabalho (art. 62, inciso I).

Tal ruptura era necessária e já tardava.

É que o art. 62 da CLT representa um sobremodo discutível modulação aos limites constitucionais de 08 e 44 horas de trabalho, que a todo e qualquer empregado se estendem. Ele deliberada e explicitamente exclui da proteção institucional representada e resguardada pelo art. 7º, XIII, da CRFB, duas modalidades de trabalhadores que, indiscutivelmente, se submetem a *jornadas rotineiramente estafantes* e, por conta mesmo da anômala disciplina que se lhes pespegou, não percebem remuneração extra alguma para tanto.

Somente por isso — e a despeito de algumas graves inconsistências circunstanciais que serão adiante examinadas — a Lei n. 12.619 deve ser recebida e saudada como um avanço no trato da questão, como uma genuína (r)evolução no âmbito jurígeno trabalhista brasileiro.

2. Âmbito subjetivo de aplicação

A Lei n. 12.619, de 2012 adveio para regulamentar especificamente a profissão de motorista.

No entanto, a simples menção ao termo “motorista” engloba uma variegada e distinta gama de profissionais, mercê da multiplicidade de espécies de veículos automotores hoje existentes. Assim, cabe nesse primeiro momento intentar definir quais seriam os limites de aplicação da referida lei, em ordem a bem explicitar o sujeito a ser por ela tutelado.

Pois bem. No art. 1º do diploma em comento, define o legislador alguns critérios subjetivos para identificação do sujeito passivo, assim dispondo:

Art. 1º É livre o exercício da profissão de motorista profissional, atendidas as condições e qualificações profissionais estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Integram a categoria profissional de que trata esta Lei os motoristas profissionais de veículos automotores cuja condução exija formação profissional e que exerçam a atividade mediante vínculo empregatício, nas seguintes atividades ou categorias econômicas:

- I – transporte rodoviário de passageiros;
- II – transporte rodoviário de cargas;

Podemos então retirar dessa definição legal os seguintes *critérios subjetivos* ou *premissas estruturais*: a) motorista profissional de veículos automotores; b) condução que exija formação profissional; c) vínculo empregatício; d) transporte de passageiros ou de cargas. Examinemos separadamente cada qual deles.

a) Motorista profissional de veículos automotores. Conforme dispõe art. 96 do Código de Trânsito Brasileiro, os veículos podem ser classificados quanto à tração, quanto à espécie e quanto à categoria. Quanto ao primeiro, o veículo pode ser automotor, elétrico, de propulsão humana, de tração animal, reboque ou semirreboque. Quanto ao segundo, pode ser de passageiros, de carga, misto, de competição, de tração, especial e de coleção. Quanto ao último, pode ser oficial, de representação diplomática, de repartições consulares de carreira ou organismos internacionais

acreditados junto ao Governo brasileiro, particular, de aluguel ou de aprendizagem.

Nesse contexto, convém destacar apenas que o veículo abrangido pela Lei n. 12.619, de 2012 é aquele classificado quanto à tração como automotor. Isso quer dizer que o veículo é aquele que tem a mobilidade feita por motor mecânico.

b) Formação profissional. A interpretação dessa disposição legal deve ser feita em consonância com os arts. 143 e 145 do Código de Trânsito Brasileiro. Em linhas gerais, explicitam tais artigos que a classificação da habilitação para dirigir veículos automotores varia desde a categoria A até a categoria E. As primeiras categorias — A e B — são as que habilitam o condutor a dirigir moto e veículos de passeio, respectivamente. Já as categorias subsequentes habilitam o condutor a dirigir veículos de maior porte e de transporte de pessoas. Sobreleva notar que, para a habilitação nessas últimas categorias, o condutor precisa preencher além dos requisitos básicos de direção outros como: ser maior de 21 anos; 2 anos de habilitação na categoria B, ou no mínimo há 01 ano na categoria C, quando pretender habilitar-se na categoria D, ou no mínimo há 01 ano na categoria C, quando pretender habilitar-se na categoria E; não ter cometido nenhuma infração grave ou gravíssima ou ser reincidente em infrações médias durante os últimos 12 meses; ser aprovado em curso especializado e em curso de treinamento de prática veicular em situação de risco, nos termos da normatização do CONTRAN.

Dessa forma, pode-se definir como formação profissional os requisitos exigidos para condução dos veículos classificados nas categorias C, D e E. Note-se que no último requisito mencionado, se impõe que, o condutor seja aprovado em curso especializado ou em curso de treinamento de prática veicular em situação de risco.

c) Vínculo empregatício. Exige a lei que regula a atividade de motorista a necessidade

de vínculo empregatício. Portanto, por exclusão, aquele que presta serviço de forma autônoma não está acobertado pelo referido regime, não gerando obrigações trabalhistas àquele que contrata nem àquele que é contratado para prestação de tais serviços de transporte.

Por vínculo empregatício, entende-se aquela relação havida entre empregado e empregador. Nessa relação, o empregador desenvolve atividade econômica, assume os riscos do empreendimento, admite, assalaria e dirige a prestação de serviço do empregado. Este, por sua vez, é pessoa física, presta serviço de forma não eventual, onerosa, pessoal e sob a dependência do empregador (CLT, arts. 2^o e 3^o).

d) Transporte de passageiros e de cargas. O transporte de passageiro é aquele em que o motorista conduz mais de oito pessoas (CNT, art. 143, inciso IV). Nesse caso, ele necessita estar habilitado na Categoria D. O transporte de carga é aquele em que o peso conduzido supere três mil e quinhentos quilogramas (CNT, art. 143, inciso III). Ambos os motoristas, de passageiro e de carga, devem estar habilitados na categoria D ou C, respectivamente, cujos requisitos já foram mencionados anteriormente, como, por exemplo, ser maior de 21 anos e ser aprovado em curso especializado.

Impende registrar, nesse particular, que a Lei do Motorista Profissional faz expressa menção ao *transporte rodoviário*. Nesse sentido, pretendeu o legislador restringir o alcance da referida lei somente aos motoristas que trafegam por rodovias, ficando implicitamente excluídos de seu âmbito os que transitam somente dentro dos centros urbanos. Logo, os motoristas de transporte de carga e passageiros que trafegam *exclusivamente* dentro das cidades não estariam, em tese e a rigor, acobertados pela lei em apreço.

Uma observação final se demonstra pertinente: caso o trabalhador porventura não detenha todos os requisitos legais exigidos para

o regular desempenho da função de motorista profissional, mas na prática exerça efetivamente as atribuições correlatas, ele estará integralmente amparado pelos preceitos da nova legislação. É que, em uma situação deste naipe, a infração administrativa não prejudica a plena formação da relação laboral de cunho dependente, cuja nulidade, uma vez reconhecida, opera *ex nunc*, é dizer, exclusivamente para o futuro, preservando-se os atos dantes sob sua égide praticados. Cuida-se, aqui, de típica hipótese de contrato de trabalho com *objeto proibido*, que, diferentemente daquilo que se passa com o contrato de trabalho com *objeto ilícito*, não prejudica os direitos do empregado, pois a proibição é oponível, fundamentalmente, ao empregador e não àquele que age sob a influência de seu poder de comando⁽¹⁾.

3. Aplicação da lei no tempo

A Lei n. 12.619 foi publicada no Diário Oficial da União em 2 de maio de 2012. No entanto, não menciona a referida lei o prazo para entrar em vigor, de modo que deve se aplicar a regra geral quanto ao período de vacância de lei. A tal respeito, dispõe o art. 1º da Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro que “Salvo disposição contrária, a lei começa

a vigorar em todo o País 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”.

Nesse sentido, passa a valer a regulamentação do motorista profissional a partir de 16 de junho de 2012. Porém, como tratar a questão dos contratos já em vigor nessa época? Esse é um tema recorrente e, por isso mesmo, que sempre merece algumas considerações⁽²⁾.

Conforme menciona o art. 6º da LINDB, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Nesse sentido, poderia o contrato de trabalho, naquilo que se refere às suas *cláusulas ou condições originais*, ser reputado um ato jurídico perfeito supostamente imune a alterações supervenientes consumadas no âmbito do direito positivo?

A resposta é desenganadamente negativa.

Mauricio Godinho Delgado menciona sobre esse tema o Princípio da Aderência Contratual Relativa, em que as cláusulas do Contrato de Trabalho a ele não aderem de forma definitiva e permanente, podendo em certas hipóteses, como a de submissão à norma heterônoma, proceder-se um ajuste ou adequação ao novo panorama legal estabelecido. Nas suas palavras:

A aderência contratual tende a ser apenas relativa no tocante às normas jurídicas. É que as normas não se incrustam nos contratos empregatícios de modo permanente, ao menos quando referente a prestações de trato sucessivo. Ao contrário, tais normas produzem efeitos contratuais essencialmente apenas enquanto vigorantes na ordem

(1) A legislação argentina resolve com invejável maestria essa temática, como se pode constatar pelo exame dos arts. 40 e seguintes da Lei de Contrato de Trabalho daquele país, a seguir reproduzidos: “**Art. 40. Trabajo prohibido.** Se considerará prohibido el objeto cuando las normas legales o reglamentarias hubieren vedado el empleo de determinadas personas o en determinadas tareas, épocas o condiciones. La prohibición del objeto del contrato está siempre dirigida al empleador. **Art. 41. Nulidad del contrato de objeto ilícito.** El contrato de objeto ilícito no produce consecuencias entre las partes que se deriven de esta ley. **Art. 42. Nulidad del contrato de objeto prohibido. Inoponibilidad al trabajador.** El contrato de objeto prohibido no afectará el derecho del trabajador a percibir las remuneraciones o indemnizaciones que se deriven de su extinción por tal causa, conforme a las normas de esta ley y a las previstas en los estatutos profesionales y las convenciones colectivas de trabajo.” Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/textact.htm>>.

(2) Como registram Juan Raso Delgue e Alejandro Castello, “La cuestión de las situaciones en curso de ejecución se presenta con frecuencia en el Derecho del trabajo porque no debemos olvidar que el contrato de trabajo es de trato sucesivo y no de ejecución inmediata. Por lo tanto a lo largo de la vida del contrato diversas normas (de origen autónomo o heterónomo) pueden sucederse en el tiempo para regular el mismo contrato” (DELGUE, Juan Raso; CASTELLO, Alejandro. *Derecho del trabajo*. Tomo I. Montevideo: FCU, 2012. p. 112).

jurídica. Extinta a norma, extinguem-se seus efeitos, no tocante ao contrato de trabalho. Tem a norma, desse modo, o poder/atributo de revogação, com efeitos imediatos — poder/atributo esse que não se estende às cláusulas contratuais.

O critério da aderência contratual relativa (ou limitada) é claro com respeito a normas heterônomas estatais (*vide* alterações da legislação salarial, por exemplo). As prestações contratuais já consolidadas não se afetam, porém as novas prestações sucessivas submetem-se à nova lei. Prevalece, pois, quanto às regras oriundas de diploma legal, o critério da aderência limitada por revogação (lei federal, é claro).⁽³⁾

Portanto, sobrevindo lei que altere a regulamentação de determinada matéria trabalhista, os contratos em vigor passam a ser regidos pela nova regulamentação, não havendo aí conflito com o instituto do ato jurídico perfeito, máxime quando se trate de preceitos mais favoráveis ao trabalhador, por força do contido no *caput* do art. 7º Constituição Federal. É dizer: os contratos em vigor que regulamentam as relações empregatícias entre empresas de transporte e motorista profissional devem ser readequados à nova legislação trabalhista, passando suas disposições a fazer parte integrante dos ajustes em questão⁽⁴⁾. Eventual descompasso entre a realidade da relação de labor subordinado e os dispositivos da Lei n. 12.619 irrefragavelmente sujeitará os empregadores a ser responsabilizados nos planos administrativo e judicial.

(3) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 238. Os destaques são do autor.

(4) Consoante noticiado por Mário de La Cueva, posicionou-se a Suprema Corte Mexicana no sentido de que, “las leyes de trabajo son de aplicación inmediata y rigen la vida y los efectos de las relaciones de trabajo, de las ya formadas y de las futuras, a partir de su vigencia”. *Apud* BUEN, Néstor de. *Derecho del trabajo*, Tomo I. México: Porrúa, 2004. p. 487, e também na obra de RASO e CASTELLO, *cit.*, p. 114. O destaque é nosso.

4. Jornada de trabalho do motorista profissional

A Lei n. 12.619 cria diversos direitos em prol do motorista profissional, dentre eles aspectos relevantes relacionados diretamente à jornada de trabalho, bem como ao seu controle efetivo. Assim, dispõe o art. 2º, inciso V, da referida lei:

Art. 2º São direitos dos motoristas profissionais, além daqueles previstos no Capítulo II do Título II e no Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal:

(...)

V – jornada de trabalho e tempo de direção controlados de maneira fidedigna pelo empregador, que poderá valer-se de anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho externo, nos termos do § 3º do art. 74 da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, aprovada pelo Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, ou de meios eletrônicos idôneos instalados nos veículos, a critério do empregador.

É uma grande inovação a obrigatoriedade de aferição formal da jornada de trabalho do motorista profissional, pois este, ao longo do tempo, sempre possuiu uma forte tendência a ser enquadrado pela jurisprudência na exceção do art. 62, inciso I, da CLT, concernente ao trabalho de índole externa⁽⁵⁾, o qual, a rigor, estaria alijado da possibilidade de controle efetivo, ou seja, direito de se desligar de modo completo e consistente da responsabilidade imanente à prestação de serviços, podendo fazer outras atividades que não faria se estivesse trabalhando. No caso do tempo de espera e de reserva, o empregado, se bem não esteja executando tarefas específicas, tampouco possui mobilidade alguma para se relacionar diretamente no seu meio social, com sua família, seus amigos, etc. Portanto, resta prejudicado seu desligamento temporário do trabalho, o que deve ensejar a remuneração extraordinária do referido período, com integração completa a todos os demais haveres resultantes da relação contratual de dependência. Em suma, seu tem-

po será também aí formalmente de serviço, e *tempo de serviço* se remunera com *salário*, seja ele normal ou extraordinário, nesse último, caso com a *incidência mínima do adicional de 50%* previsto pela Constituição Federal.

Outro dispositivo de *constitucionalidade duvidosa*, e cuja aplicação prática poderá ensejar acesa controvérsia, é o inciso VII e parágrafo único do art. 235-B:

Art. 235-B. São deveres do motorista profissional:

VII – submeter-se a teste e a programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica, instituído pelo empregador, com ampla ciência do empregado.

Parágrafo único. A inobservância do disposto no inciso VI e a recusa do empregado em submeter-se ao teste e ao programa de controle de uso de droga e de bebida alcoólica previstos no inciso VII serão consideradas infração disciplinar, passível de penalização nos termos da lei.

Conquanto se admita a pertinência da cautela inserida pelo legislador, é certo também, de outro lado, que a obrigatoriedade de sujeição do empregado a testes e a programas de uso de drogas e bebidas alcoólicas, se não for realizada de modo equilibrado e com cuidado, poderá acarretar *violação direta* do direito fundamental à intimidade e à dignidade da pessoa humana. Aqui, o poder de direção patronal deverá ser externado com respeito, parcimônia e bom-senso, sob pena de sujeitar-se o empregador à reparação de caráter pecuniário por dano moral, ademais de colocar o trabalhador em uma situação de *rescisão indireta*, invertendo-se a lógica de sanção embutida no parágrafo único, que seria assim utilizada *contra a empresa*.

5. Considerações finais

Dúvidas e potenciais celeumas à parte, uma coisa é certa: não existe mais a alternativa, no plano do ordenamento jurídico positivo brasileiro, de se alegar impossibilidade de controle

formal de jornada para o motorista profissional rodoviário. Não importa quão longe ele possa viajar, quantos dias, semanas ou meses ele passe distante da sede da empresa ou, ainda, quanto tempo ele permaneça fisicamente inacessível ao contato pessoal com o seu empregador. Em qualquer hipótese ou situação fática que quanto a tais empregados se apresente, deverá ser realizada, naquilo que a sua labuta se refere, uma quantificação formal, permanente e fidedigna, em ordem a estabelecer, se for o caso, o número de horas suplementares a remunerar.

A ausência de um controle formal de jornada ou a sua instauração de modo incompleto ou inidôneo, acarretará, no âmbito administrativo, a imposição de multas pelos órgãos de inspeção do trabalho, no âmbito judicial, a presunção de veracidade da jornada de trabalho que ali seja alegada pelo trabalhador. A nosso ver, tal presunção, inclusive, não seria apta a ser invalidada pela produção de prova oral. De toda sorte, na mais benevolente das hipóteses, teria o empregador de demonstrar a fragilidade ou a inconsistência da versão apresentada pelo reclamante, tarefa nada simples, que até então era desempenhada pelo obreiro.

Para prevenir isso, evitando surpresas desagradáveis, nada melhor que cumprir a salutar novel disposição legal, com o que todos ganharão, inclusive o sistema judicial, que se verá desonerado de demandas tumultuadas com resultados amiúde imprevisíveis.

6. Referências bibliográficas

BUEN, Néstor de. *Derecho del trabajo*. Tomo I. México: Porrúa, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGUE, Juan Raso; CASTELLO, Alejandro. *Derecho del trabajo*. Tomo I. Montevideo: FCU, 2012.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*. Disponível em: <<http://www.revistadotrabalho.com.br/do-direito-a-desconexao-do-trabalho/>> Acesso em: 3 jun. 2012.

A desconexão do trabalho sob a ótica das horas extraordinárias habituais: o direito ao lazer como corolário ao princípio da dignidade humana

Mauro César Cantareira Sabino^(*)

Resumo:

- ▶ O presente estudo visa demonstrar a necessidade da desconexão do trabalho para a existência de uma vida digna, nos parâmetros de um Estado Democrático de Direito. A nova hermenêutica constitucional assevera a importância da efetivação imediata dos direitos sociais fundamentais, dentre eles, o lazer. A principiologia atual do arcabouço jurídico, baseada na dignidade da pessoa humana, emana-se de grande carga axiológica e caráter teleológico, visando à melhoria da condição de vida, o valor social do trabalho e o bem-estar de toda a sociedade. No entanto, hodiernamente, a sociedade globalizada e seus avanços tecnológicos fazem com que se trabalhe incessantemente com o intuito da sobrevivência. Para isso, é utilizado habitualmente o instituto das horas extraordinárias, não só impulsionada pelo poder diretivo do empregador, mas, sobretudo, para que se consiga uma complementação ao salário, tendo como escopo o patamar mínimo civilizatório. Há, dessa maneira, uma celeuma valorativa: a disputa entre a necessidade do capital e a importância do ser humano. Defende-se, assim, que o direito ao lazer, oriundo da desconexão do trabalho, é necessário tanto para a preservação da saúde do trabalhador como para a realização de uma efetiva cidadania.

Palavras-Chave:

- ▶ Desconexão do trabalho — Direito ao lazer — Horas extraordinárias — Dignidade da pessoa humana.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
 - ▶ 1.1. Direito ao lazer: um novo olhar
- ▶ 2. Primazia da Constituição e efetividade do direito ao lazer

(*) Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Ex-pesquisador e bolsista da instituição FAPESP.

Ex-membro do Núcleo de Estudos Constitucionais da Universidade Estadual Paulista – NECONST – UNESP. Advogado. Professor universitário.

- ▶ 3. O instituto das horas extraordinárias e sua função no ordenamento jurídico brasileiro
- ▶ 4. O poder diretivo do empregador perante as horas extras habituais
- ▶ 5. A responsabilidade civil trabalhista: o abuso de direito
- ▶ 6. Considerações finais
- ▶ 7. Referências bibliográficas

1. Introdução

A sociedade mundial, após as duas grandes guerras, vivencia uma crescente revalorização dos direitos humanos. Concomitantemente, há desde então, uma interação maior entre os países, tanto na forma econômica plasmada pelo capitalismo, como na cooperação visando à tutela de direitos considerados fundamentais.

Em consequência disso, houve a denominada globalização, a qual incentiva a concorrência, em grande escala. Fenômeno que reflete, indubitavelmente, na seara trabalhista, aumentando-se a produtividade e qualidade dos serviços empresariais, em detrimento dos direitos sociais. Por conseguinte, a conexão entre o homem e o trabalho aumenta.

O presente trabalho, então, tem como escopo analisar a necessidade desta desconexão, visando à preservação da saúde do trabalhador, seu bem-estar social, e sua dignidade humana. Do direito ao não trabalho, nasce a concepção do direito ao lazer.

O lazer durante muitos anos foi apreciado de maneira secundária por toda a sociedade, estando a preocupação das pessoas muito mais voltada a outros direitos e garantias. O estudo dos direitos em tela — da desconexão do trabalho e do lazer — perfaz um universo extremamente abrangente, por isso, o direcionamento desse trabalho volta-se especificamente à importância destes direitos à luz da prestação das horas extraordinárias habituais.

Nesta óptica, o projeto emancipatório laboral fulcra-se, primeiramente, no respeito e defesa dos direitos conquistados na História e, em segundo, na efetivação destes, para assim

objetivar uma plena usufruição, nos moldes teleológicos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Conforme pesquisas históricas, segundo Víctor Andrade de Melo, a possibilidade de considerar os momentos de diversão como objeto de estudo começa a se delinear melhor nos anos 1960, configurando-se mais claramente nos anos de 1970 — no âmbito das propostas da Nova História Cultural e de seu intuito de considerar as práticas culturais como assuntos de primeira grandeza. Descreve, ainda, que:

O processo de consolidação do modo de produção fabril configurou, paulatinamente, uma clara distinção entre a jornada de trabalho e um tempo livre. Que relação pode ser estabelecida entre essa nova dinâmica dos tempos sociais e as tensões relacionadas à constituição de um novo conjunto de comportamentos, considerados adequados para a consolidação do modelo de sociedade em construção? Essa parece ser uma questão relevante se quisermos compreender de forma mais apropriada e aprofundada, desde uma perspectiva histórica, a importância do que hoje chamamos de lazer. Abordar esse tema permite-nos, do mesmo modo, lançar mais um olhar para o processo de construção do ideário e imaginário da modernidade, para a própria consolidação da sociedade capitalista.⁽¹⁾

A discussão acerca do lazer tem estrita relação com o trabalho, sendo dimensões importantes

(1) MELO, Víctor Andrade de. Lazer, modernidade, capitalismo: um olhar a partir da obra de Edward Palmer Thompson. In: *Revista Estudos Históricos*, v. 23, n. 45, Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, p. 05-06, 2010.

da vida humana que se influenciam mutuamente.

Na Grécia Antiga, eram vangloriados a contemplação e o cultivo de valores considerados nobres, como a bondade, a verdade, a beleza. O trabalho cotidiano era considerado algo que dificultava a vivência desses valores, pois reduzia o tempo necessário para a devida contemplação. O tempo livre (*skholé*) era uma oportunidade de crescimento espiritual. A palavra ócio, inclusive, teve origem na mesma terminologia, que significa “parar” na concepção grega. Os gregos acreditavam que tal atitude proporcionava repouso e paz aos indivíduos. O ócio significava libertar-se da necessidade de trabalhar e constituía o estado vivido pelo homem livre. Interessante lembrar, que o trabalho era de responsabilidade de uma massa de escravos, e somente a elite podia se dedicar ao desenvolvimento do espírito.

Os romanos, todavia, não consideravam o trabalho algo negativo. O ócio refletia um tempo de descanso para recuperação e preparação do corpo e do espírito para a volta ao trabalho. Apontam-se que é na sociedade romana que surgem os conceitos de *otium* e *nec-otium*, termos oriundos do latim, que significam ócio (não trabalho) e ausência de ócio (trabalho). Não havia sentido antagônico, e sim, de dependência, inter-relação, complementação. O ócio tinha uma finalidade: era um meio para conseguir o máximo proveito do trabalho.

Na Idade Média, os valores e significados se modificaram. Sob forte influência do catolicismo, baseado naquela época no rígido conceito de pecado, o tempo de não trabalho era dedicado ao descanso e às festas. Por outro lado, os nobres passaram a identificar o ócio como um tempo de exposição de gostos luxuosos e sem teleologia social. Somando a este pensamento, no século XVII, o protestantismo enalteceu em grande escala o valor do trabalho, enquanto disseminava que o ócio era uma perda de tempo que deveria ser eliminada das vidas das pessoas.

Na modernidade, todavia, pós-Revolução Industrial, qualquer equilíbrio entre trabalho

e ócio chega ao fim, já que a vida começou a ser estruturada sob uma jornada de trabalho, artificializando-se o tempo do não trabalho, surgindo-se o que se entende hoje por lazer⁽²⁾.

O lazer (e a sua necessidade nos tempos atuais), como bem descreve Souto Maior, aparenta ser um tema surrealista, tendo em vista as diversas contradições existentes no mundo do trabalho, dentre elas, o chamado desemprego estrutural. O professor assevera que a pertinência do presente estudo situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho. Mas esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito, as contradições que marcam o nosso mundo do trabalho⁽³⁾.

(2) Cf. ROSA, Tatiane da Silva da. *Lazer: concepções e vivências de uma juventude*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRS, 2006. p. 12-14.

(3) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 91-115, jan./jun. 2006. p. 91. Em seu estudo elenca alguns paradoxos: “A primeira contradição está, exatamente, na preocupação com o não trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego. A segunda, diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas, por outro lado, como se verá, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho. Em terceiro plano, em termos das contradições, releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho. E, por fim, ainda no que tange às contradições que o tema sugere, importante recordar que o trabalho, no prisma da filosofia moderna, e conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, dignifica o homem, mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade

Com os avanços da Constituição Federal de 1988, o lazer atingiu uma importância nunca antes imaginada, descrito no rol dos direitos fundamentais, especificamente nos arts. 6º, 7º, inciso IV. Bernardo Augusto Ferreira Duarte aponta que o lazer, apesar de amplamente explorado pelos estudiosos da Medicina, da Sociologia e da Psicologia — ânsia possivelmente provocada pelo elevado grau de abrangência social, econômica e cultural desse direito — poucas são, no âmbito da Ciência do Direito as contribuições capazes de solucionar os problemas inerentes à sua compreensão, eficácia e aplicabilidade. No Brasil, segundo ele, o que existem são explorações rasteiras e pouco refletidas acerca do tema, marcadas seja por um aspecto meramente descritivo, seja, como ocorre na maior parte das vezes, por uma tentativa de enquadramento do lazer em classificações pautadas, ainda, em critérios semânticos das normas. Derradeiramente, afirma que outra característica marcante é a despreocupação quanto à compreensão, tanto no plano filosófico como no pragmático, dos óbices impostos à sua efetividade⁽⁴⁾.

Pretende-se, na análise, que o lazer seja considerado efetivamente um direito fundamental social. E, desse modo, incidir os ensinamentos de Sarlet, na qual os direitos fundamentais, em virtude principalmente de sua dupla fundamentalidade formal e material (que lhes assegura uma normatividade reforçada relativamente às demais normas constitucionais), reclamam também uma especial proteção da ordem jurídica, sob pena se restar esvaziada sua particular dignidade no âmbito da arquitetura constitucional⁽⁵⁾.

do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada.”

- (4) DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Levando o direito ao lazer a sério. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 74, n. 4, ano XXVII, p. 75, Belo Horizonte, 2009.
- (5) SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Constitucional e*

1.1. Direito ao lazer: um novo olhar

A questão do lazer, em sua nova perspectiva, não deve ser mais considerada uma norma programática, de cunho meramente positivista, mas, sim, no sentido deontológico, em sua real efetividade.

Raciocínio também maculado por Ferreira Duarte, na qual o grande problema é que os discursos procuram camuflar uma realidade em relação à qual não há como fugir: o problema da falta de efetividade da Constituição não está em seu texto, mas na forma como ele é entendido pelos diversos segmentos da sociedade brasileira, mas, sobretudo, na forma como ele é operado pelos diversos aplicadores do Direito. São, portanto, as formas de entender e aplicar a Constituição que precisam mudar para uma maior efetivação e implementação de seu texto. É na busca por essa mudança de perspectiva que se desenvolve uma teoria acerca do Direito ao lazer: que tem como escopo afastar de vez de uma concepção programática e o colocar num patamar de condição e consequência do exercício de uma cidadania ativa e efetiva⁽⁶⁾.

O autor continua seu pensamento ao declarar que isso significa que, em hipótese alguma, o Direito ao Lazer há de ser operado como se operam valores, visto que, enquanto princípio deontológico — que demanda aplicação, e nunca uma priorização — não se confunde com um valor/comando otimizável. Assim, o exercício de Direito deve ser garantido, ou melhor, assegurado ao cidadão, o que não significa, contudo, que o Estado deva determinar o que seja ou não o direito ao lazer⁽⁷⁾.

Dessa forma, o Direito ao Lazer deve deixar de ser uma *promessa* de um Estado assistencialista,

Internacional, ano 12, n. 46, p. 42-73, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- (6) DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. O direito ao lazer sob uma ótica pós-positivista: uma proposta dialógica de compreensão e implementação. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 2008, p. 3.316-3.317.
- (7) *Ibidem*, p. 3.321.

para tornar-se um direito que vise sua real implementação e efetividade, por meio de políticas públicas, mediante participação conjunta da sociedade. Isto pois, em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos necessitam participar, direta ou indiretamente, na construção do interesse público, dando, assentimento e legitimidade nas atuações da Administração Pública.

É necessário, para tanto, lembrar que, culturalmente, a ideia do trabalho liga-se ao fator dignificante da pessoa humana e como elemento de socialização do indivíduo. Fato que torna um grande desafio falar em direito ao lazer ou ao não trabalho, ainda mais sob o prisma da efetiva proteção jurídica deste bem. Esclarece Souto Maior que o não trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução da tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo⁽⁸⁾.

Interessante observar que a jurisprudência dos Tribunais já tem adotado o referido pensamento, no sentido da imprescindível observância do direito ao não trabalho:

DANO MORAL — RESTRIÇÃO À PRÁTICA DE ATIVIDADES PESSOAIS — LIMITES DO PODER POTESTATIVO — DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO. Destaca-se não se olvidar que o cumprimento de metas em qualquer atividade laboral é lícita e imprescindível à organização do trabalho, porém, em nome dela, o empregador não pode ultrapassar os limites do seu poder potestativo, não permitindo ao empregado a desconexão do trabalho após o cumprimento da jornada. (TRT-PR.05990-2007-013-09-00-4-ACO-06812-2009 – 4ª T. – Rel. Luiz Celso Napp, j. 3.3.2009)

(8) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Do direito à desconexão do trabalho*, p 93-94.

INTERVALO INTRAJORNADA — REGIME 12 x 36. A adoção do regime de jornada 12 x 36, não desobriga a empresa de cumprir a determinação contida no § 4º, do art. 71, da CLT, introduzido pela Lei n. 8.923, de 27.7.94. Não há, assim, exceção que comporte a não concessão de intervalo intrajornada ao vigia, que, por não concedido, deve ser pago com o adendo pertinente ao obreiro. A tese de que a peculiaridade do trabalho permite ao empregado a se alimentar no próprio local de trabalho não convence, vez que a razão da concessão do intervalo intrajornada não se limita à necessidade do empregado de se alimentar, mas diz respeito a questões de importâncias ainda mais sublimes, como a higiene, o direito à desconexão do trabalho, a saúde e segurança do trabalho, que não podem ser prescindidas. O intervalo intrajornada é garantido por norma de ordem pública, não podendo ser suprimido nem reduzido, nem mesmo por negociação coletiva, conforme OJ n. 342 da SBDI-1 do TST. (TRT-MG 0084800-23.2009.5.03.0038 RO – Rel. Marcelo Lamego Pertence, j. 19.1.2010)

HORAS DE SOBREVISO. Ainda que o porte de celular, por si só, não tenha o condão de atrair o pagamento de horas de sobreaviso (Orientação Jurisprudencial n. 49, da SDI-I do C. TST), uma vez evidenciada a possibilidade de convocação do obreiro, a qualquer momento, bem como a obrigatoriedade de deslocamento até a empresa para atender ao chamado, certa é a limitação da locomoção e a direta interferência no direito à desconexão com o trabalho, caracterizando-se, assim, o direito ao sobreaviso. (TRT-ES 00939.2009.005.17.00.0. RO – Desª Claudia Cardoso de Souza, j. 10.2.2011)

Por fim, apenas com o intuito de reafirmar novos valores, De Masi descreve que ócio criativo não é ficar parado com o corpo, ou uma opção corporal não obrigatória; o ócio criativo é aquela trabalhadora mental que acontece até quando estamos fisicamente parados, ou mesmo quando dormimos à noite — ocioso não significa não pensar. É o não pensar regras obrigatórias, não ser assediado pelo cronômetro,

não obedecer aos percursos da racionalidade e todas aquelas coisas que Ford e Taylor tinham inventado para bitolar trabalho executivo e torná-lo eficiente. O ócio criativo obedece a regras completamente diferentes. Mas é o alimento da ideação. É uma matéria-prima qual o cérebro se serve⁽⁹⁾.

2. Primazia da Constituição e efetividade do direito ao lazer

O renascimento do direito constitucional brasileiro ocorreu no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Carta de Direitos que foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado de regime autoritário, intolerante, para um Estado democrático.

Assim, sob essa Constituição, o direito constitucional no Brasil passou da não importância ao apogeu. Traduz que ela não é só técnica; possui, sim, uma capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços, portanto, o surgimento de um sentimento constitucional do país é algo que merece ser celebrado⁽¹⁰⁾.

Passou, então, segundo Luís Barroso, a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. As normas constitucionais, nesta perspectiva, são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado⁽¹¹⁾.

Nos ensinamentos de Fernando Luiz Ximenes Rocha:

(9) DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*: entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução de Lea Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000. p. 284-285.

(10) Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 44, p. 18-53, São Paulo: Malheiros, 2003.

(11) *Ibidem*, p. 22.

A atual Carta da República, não só instituiu um regime político democrático, como promove um inegável avanço no campo dos direitos e garantias fundamentais. Os direitos humanos assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro.⁽¹²⁾

Por conseguinte, depreende-se quão importante é a Constituição Federal Brasileira de 1988, não só pelas diversas inovações no campo dos direitos fundamentais da pessoa humana, mas também pelo contexto em que foi elaborado, tendo uma enorme participação popular, nunca dantes vista, contendo, assim, ideologias contrapostas e diferentes.

O significado do termo Constituição, acrescenta Bonavides, é o certificado da cidadania dos povos, o compromisso de ser futuro, o monumento de sua maioria, a Carta de seus direitos, o compêndio de suas liberdades, a garantia de sua proteção fundamental. Salvaguardar a Constituição figura como o primeiro dos deveres do cidadão e do governante⁽¹³⁾.

Nesta esteira, afirma Lartirigoyen:

La interpretación de la Constitución adquiere especial importancia, pues a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política del país. En consecuencia, se puede a firmar que la Constitución es una norma jurídica. Además, dada su peculiar característica de norma suprema, de su interpretación depende la vigencia de las demás normas. En tal sentido, la interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado

(12) ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 6, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 110, out./dez. 1998.

(13) BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial* (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 58-59.

de derecho, pues las normas constitucionales conforman la base del resto del ordenamiento.⁽¹⁴⁾

Ao estudar a nova Constituição, Lenio Luiz Streck lembra que a Carta Maior deve ser entendida como um existencial, ou seja, não deve ser apreendida simplesmente no plano ôntico-objetivista, e sim, no plano ontológico-existencial, como manifestação da própria condição existencial do ser humano. A linguagem desta constituinte, da busca do novo, da emancipação da sociedade, do resgate das promessas da modernidade, dramaticamente sonegadas em países periféricos como o Brasil, passa a ser, no interior do novo paradigma, condição de possibilidade desse novo, pela exata razão de que, na tradição engendradora pela noção de Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo já não é mais da índole liberal, mas, sim, um constitucionalismo produto de um constructo que estabelece um novo modo de ser instituído pelo pacto constituinte, os limites do mundo jurídico social. Conclui, que a Constituição que exsurge desse novo paradigma é diferenciada, constituída, dirigente e programática, porque o direito assume uma nova feição: não é mais a proteção do indivíduo, pretensamente autônomo, mas, sim, proteção e implementação dos direitos fundamentais e sociais até então sonegados pelo paradigma liberal-individualista-normativista⁽¹⁵⁾.

(14) LARTIRIGOYEN, Juan Bautista Bardelli. El juez constitucional. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 14 año, p. 15-24, Fundación Konrad – Adenauer – Stiftung e. V.: Uruguay, 2008. p. 19. Tradução livre: "A interpretação da Constituição adquire especial importância porque através dela buscamos dar sentido às normas fundamentais que organizam a convivência política do país. Por conseguinte, pode-se afirmar que a Constituição é uma norma jurídica. Além disso, dada a sua característica peculiar lei suprema, a sua interpretação depende da vigência de outras normas. Neste sentido, a interpretação constitucional deve ser direcionada para manter a segurança jurídica e a vigência do Estado de Direito, pois as normas constitucionais constituem a base do resto do ordenamento."

(15) STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade

As normas constitucionais possuem eficácia jurídica imediata, como já delineado acima, denotando-se, assim, a força normativa da Constituição, cuja aplicação concreta dos princípios constitucionais, majoritariamente hoje, faz-se pelo método da ponderação de interesses, o que ressalta em importância axiológica no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana e, para a área trabalhista, também o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano com o objetivo de assegurar uma existência digna. Os direitos fundamentais, onde se encontram os direitos sociais (segunda dimensão), possuem eficácia imediata de acordo com sua densidade normativa, gozando todos de presunção dessa eficácia. Assim, quanto maior a densidade pela qual foi enunciado um direito fundamental sua aplicação em concreto se torna mais palpável, como ocorre com o direito das pessoas se associarem livremente. Por outro lado, direitos enunciados com baixa normatividade, como o direito ao trabalho, trazem grandes dificuldades aos intérpretes, já que seu conteúdo não se demonstra de plano, surgindo a necessidade de busca a conceitos sociológicos e de outras áreas para que se apreenda a conduta a ser observada em consonância com o referido valor, afirmam Cláudio Couce de Menezes, Glaucia V. Lopes, Otavio Calvet e Roberta Sivoletta⁽¹⁶⁾.

O direito ao lazer insere-se, então, como um direito fundamental prestacional, sendo típico direito social que necessita de políticas públicas para o seu incremento. Sobre o presente tema, assevera Otavio Calvet em sua dissertação de mestrado:

tardia. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, v. 2, p. 27-640, Curitiba: Abdconst, 2002. p. 50.

(16) MENEZES, Cláudio A. Couce de et al. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 50, n. 80, p. 73-94, Belo Horizonte: 2009.

Ocorre que todo direito fundamental, mesmo os prestacionais, possui certa carga de eficácia negativa, o que revela uma dimensão subjetiva no sentido de ser possível o uso da tutela judicial perante aqueles que pretendem lesionar referidos direitos, bem como uma irradiação de seus efeitos decorrentes de sua dimensão objetiva, influenciando a criação e interpretação de outras normas jurídicas, o controle de constitucionalidade e, ainda, orientando a conduta dos Poderes Públicos e de todos os cidadãos no sentido de, no mínimo, preservar referido valor fundamental para a nossa sociedade. Nesses aspectos, portanto, há de se reconhecer a eficácia imediata do direito ao lazer, inclusive, nas relações privadas e, para o nosso caso, nas relações de trabalho.

Em sua explanação, discorre também que o constituinte e o legislador infraconstitucional, no momento em que manifestaram sobre o lazer, determinaram referido valor como meramente programático, donde se denota que a eficácia desse direito se insere na problemática da reserva do possível⁽¹⁷⁾. No entanto, para que haja uma verdadeira mudança no tratamento do direito ao lazer, deve-se alterar a linha de pensamento, no sentido de não mais considerar o referido direito como norma programática. A sua aplicação imediata deve provir de um raciocínio deontológico, cuja efetividade depende tanto dos poderes públicos como da participação popular — que deve nortear os rumos axiológicos da sociedade.

O avanço constitucional de 1988 permitiu passos largos à democratização, visando à promoção da dignidade humana concomitantemente com o valor do trabalho. Nesta esteira, a nova hermenêutica constitucional, numa

(17) CALVET, Otavio. *A eficácia imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 175 p. São Paulo: PUC-SP, 2005. p. 125-126.

perspectiva pós-positivista, na era da pós-modernidade, deve prevalecer, dando maior atributo aos valores principiológicos, dentre eles, o direito à saúde e o lazer, majorando, por conseguinte, sua efetividade e meios de aplicação.

3. O instituto das horas extraordinárias e sua função no ordenamento jurídico brasileiro

O Tratado de Versalhes foi o pioneiro na galvanização do direito à jornada diária de oito horas ou da semanal de quarenta e oito horas, sendo posteriormente, sancionado pelo mundo por meio das Convenções de Washington e Genebra, respectivamente para indústria, em 1919 e, para o comércio, em 1930. No Brasil, advinda a Carta Cidadã de 1988, tal jornada passou para quarenta e quatro horas semanais, admitindo-se, contudo, uma jornada máxima de trabalho, superior à jornada máxima legal, mediante o jogo de compensações e horas extraordinárias. Este último torna-se a mais importante derrogação ao princípio da limitação da duração diária do trabalho. O fundamento da extralimitação — compensações ao empregado, concretizadas em tempo de repouso; ou em sobressalário condizente com o maior esforço, dispêndio de energia, incomodidade, periculosidade ou aspereza do trabalho — consistirá, pois, na necessidade da empresa fazer em face dos aumentos de trabalho graças às circunstâncias especiais, sem se tornar preciso recorrer à mão de obra estranha⁽¹⁸⁾.

Segundo Arnaldo Süssekind, toda vez que o empregado prestar serviços ou permanecer à disposição da empresa, após esgotar-se a jornada normal de trabalho, seja em virtude de acordo escrito ou de instrumento de negociação coletiva, seja nos casos previstos em lei,

(18) Cf. GOMES, Orlando; GOTTSCALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 287.

por determinações do empregador, haverá trabalho extraordinário ou suplementar⁽¹⁹⁾.

De outro modo, Amauri Mascaro Nascimento define horas extras como sendo as excedentes das normais estabelecidas em um dos instrumentos normativos ou contratuais aptos para tal fim, de modo que a regra básica da sua verificação não é a da invariabilidade, mas a da pluralidade da sua configuração. Isto pois, tanto excederão as horas normais aquelas que ultrapassarem a lei, como também, as leis que fixam diferentes jornadas normais, e, ainda, os convênios coletivos podem, por seu lado, respeitadas os máximos legais, determinar, fruto da autonomia privada coletiva, outros parâmetros que os contratos individuais não podem, por sua vez, desrespeitar, *in pejus*⁽²⁰⁾.

Na lição de Carrion, não há obrigação de prestar serviço além da jornada normal; e a negativa será legítima, salvo nos estritos limites de necessidade imperiosa ou força maior. O trabalho extraordinário deve ser considerado excepcional; e sua permanência representa um retrocesso histórico⁽²¹⁾.

O tema das horas extras (e sua habitualidade nos tempos modernos) está tão imbutida no âmago social e na necessidade de sobrevivência dos trabalhadores que o Tribunal Superior do Trabalho inclusive editou a seguinte Súmula:

SÚM-291 — 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

(19) SÜSSEKIND, Arnaldo. Duração do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio, VIANNA, Segadas (Orgs.). *Instituições de direito do trabalho*. v. II, 13. ed. São Paulo: LTr, 1993. p. 727.

(20) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 868-869.

(21) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 106.

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.

É importante frisar, todavia, como assevera Pedro Manus, a importância da limitação da jornada de trabalho, pois é por meio dela que se impede o abuso, em certos setores que geram jornadas de trabalho desumanas, de mais de catorze ou quinze horas diárias, colocando a saúde do trabalhador em risco, uma vez que os acidentes de trabalho ocorrem, em sua grande maioria, após a sexta hora laborada e, na quase totalidade, durante o trabalho excedente à jornada habitual. Digressiona, também, em relação que quanto mais prolongado for o trabalho diário, maior a desvalorização do salário do empregado, em proporção às horas trabalhadas, daí por que a necessidade de tal limitação⁽²²⁾.

Neste sentido, Elias M. Altman, descreve que *existe en el contrato de trabajo una obligación (concreta) del empleador en proteger la integridad física del trabajador*. E prossegue asseverando que *ello le exige no solo cumplir con todas las prescripciones legales y reglamentarias establecidas sino con todas las recomendaciones técnicas y con todas las medidas que la prudencia exija o que la experiencia aconseje*⁽²³⁾.

(22) MANUS, Pedro Paulo T. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 100.

(23) ALTMAN, Elias M. Piattiza. Accidente de trabajo y enfermedad profesional: prescripción de la acción de responsabilidad contra el empleador. In: *Derecho Laboral*. tomo XLV, n. 206, Montevideo: FCU, 2002. p.255. Tradução livre: "existe no contrato de trabalho uma obrigação (concreta) do empregador em proteger a integridade física do trabalhador/a relação exige não só cumprir com todas as prescrições legais e regulamentadas estabelecidas, mas sim com todas as recomendações técnicas e medidas que a prudência exija ou que a experiência aconselhe."

Assunto, ainda, de grande relevância, é a diminuição da jornada de trabalho. A questão do limite à jornada de trabalho, segundo Noemia Porto, conecta-se necessariamente com a proposta internacional de promoção do trabalho decente, vale dizer, aquele desenvolvido em condições de liberdade, igualdade, seguridade e dignidade, e ambienta uma normatividade de princípios fundamentais, não só em razão da luta histórica pela afirmação de direitos relacionados a dignas condições de trabalho, como também porque precisa ser associada, cotidianamente, a uma consistente política de saúde no trabalho. Ainda esclarece que os fatores biopsicossociais — sociais, psicológicos e biológicos — do trabalhador demandam que se lhe possa garantir o tempo necessário para a construção de uma identidade pessoal que não necessariamente se relaciona com os desafios do trabalho. O direito de acesso ao trabalho decente, e não apenas o direito a ocupar-se, é importante dimensão da vida das pessoas, mas não é a única. Desse modo, a construção de laços familiares e de relações sociais, a recomposição da energia física e a reabilitação da criatividade mental, além da integridade emocional, que não se compatibilizam com o excesso de trabalho, são fatores que reclamam pensar a limitação da jornada com inserção adequada na temática dos direitos sociais fundamentais da classe trabalhadora⁽²⁴⁾.

4. O poder diretivo do empregador perante as horas extras habituais

Antes de adentrar a teoria do poder diretivo do empregador, é indubitável ressaltar o pensamento de Süsskind, ao descrever que o empregado, levado pela necessidade de obter maiores salários, acorda quase sempre em prorrogar indefinidamente sua jornada normal de trabalho. Daí por que, no Brasil, o trabalho extraordinário vem sendo desmesuradamente

utilizado, concorrendo para agravar o desemprego, ampliar os infortúnios do trabalho, tornar o trabalhador um aposentado precoce e reduzir-lhe o convívio familiar. O autor faz, assim, uma crítica à Constituição de 1988, pois ao invés de restringir as hipóteses permissivas do trabalho extraordinário, simplesmente majorou o valor do adicional⁽²⁵⁾.

Segundo Délio Maranhão, a expressão *poder* abrange, em direito, todas as faculdades do sujeito, que outorgam ao seu titular a possibilidade de produzir, pela própria atividade e mediante declaração unilateral de vontade, um efeito jurídico. *Poder*, na acepção estrita específica, é uma exteriorização da capacidade de direito, um momento lógico, entre esta capacidade e o direito subjetivo. Por isso, não precisa refletir-se, necessariamente, a um determinado objeto ou a uma determinada pessoa, não se prende à relação jurídica, mas a domina. Relação, que, todavia, por outro lado, o limita⁽²⁶⁾.

Nesta óptica, Ermida Uriarte e Henandéz Alvarez afirmam que:

A nuestro juicio, puede seguirse sosteniendo que la subordinación y la ajenidad son dos de las características más esenciales del tipo de trabajo regulado por el Derecho laboral. Pero es necesario señalar que el concepto de subordinación requiere ser examinado a la luz del marco que plantean las nuevas realidades laborales, revisándose los criterios que la doctrina y la jurisprudencia han venido empleando tradicionalmente para determinar los supuestos de hecho que la configuran. La determinación de la subordinación no debería apoyarse exclusivamente en hechos como la obligación de cumplir horarios previamente establecidos por el patrono y de prestar servicios en la sede de la empresa.

(24) PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 2, p. 73-74, Brasília, 2009.

(25) SÜSSEKIND, Arnaldo, *op. cit.*, p. 728-729.

(26) MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1977. p. 77.

Isto, pois aponta que as circunstâncias estão se modificando notavelmente em um mundo industrial, que existe o teletrabalho, sistemas flexíveis de emprego, novas formas de trabalho em que, às vezes, os horários não são rígidos e nem dependem tanto de instruções para o desenvolvimento do labor. Todavia, mesmo nessa situação, a subordinação não desaparece, pois há a obrigação geral de acatar o poder de organização do empregador⁽²⁷⁾.

Surge, assim, a teoria da limitação do poder diretivo do empregador, baseado fundamentalmente em óbices ao seu poder disciplinar. Segundo esse pensamento, não se retira todo o poder do empregador em aplicar sanções ao empregado, mas, sim, o tempera, com a participação do sindicato profissional nos trâmites do processo administrativo. A título de exemplificação, o empregador e o sindicato profissional, por meio da negociação coletiva de trabalho, poderão dispor em acordo ou convenção coletiva, acerca da gradação das penalidades e de seu procedimento.

Havendo a limitação ao poder diretivo, por conseguinte, tutelar-se-á os trabalhadores como homens livres, a proteção dos mais fracos, a preservação e a melhoria das condições de trabalho e o reconhecimento dos níveis coletivo e organizacional das relações laborais, sempre respeitando o conceito de cidadania.

A habitualidade das horas extras feitas pelo trabalhador, portanto, mostra-se uma atitude

(27) ALVAREZ, Oscar Hernández; URIARTE, Oscar Ermida. Crítica de la subordinación. In: *Derecho Laboral* — Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales, p. 225-251, tomo XLV, n. 206, p. 249, abr./jun. 2002. Tradução livre: “Ao nosso entendimento, pode-se continuar sustentando que a subordinação e o poder diretivo são duas das características mais essenciais do trabalho regulado pelo Direito do Trabalho. Mas é necessário assinalar que o conceito de subordinação requer que seja examinado à luz das novas realidades de trabalho, revisando-se os critérios que a doutrina e a jurisprudência vêm empregando tradicionalmente para determinar os requisitos do direito que a configuram. A subordinação não deveria apoiar-se exclusivamente em requisitos como a obrigação de cumprir a jornada previamente estabelecida pelo empregador e prestar os serviços na sede da empresa.”

que demonstra com clareza o excesso do poder diretivo do empregador, que calcado no argumento potestativo, fere o direito à desconexão do exercício laborativo. Fato que, por conseguinte, prejudica a aplicação e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais.

5. A responsabilidade civil trabalhista: o abuso de direito

O comportamento humano é revestido de atos e fatos. As ações realizadas perante o novel jurídico podem ser consideradas tanto válidas ou eficazes, sendo perfeitamente possíveis, ou ilícitas, como algo que prejudique a harmonia da sociedade.

Interessante asseverar que em um Estado Democrático de Direito, a consciência humana em relação ao direito representa a fidelidade aos valores fundamentais da dignidade humana, valores, que não são transcendentais, mas imanentes à humanidade, longamente elaborados no curso do processo da racionalidade humana⁽²⁸⁾. Neste mesmo raciocínio, Tercio Sampaio descreve o direito como sistema de controle de comportamento, na qual pode ser concebido como um modo de comunicar pela qual uma parte tem condições de estabelecer um cometimento específico em relação à outra, controlando-lhe as possíveis ações⁽²⁹⁾.

Ato ilícito, assim, é aquele praticado com infração a um dever e do qual resulta dano para outrem⁽³⁰⁾. A importância da caracterização, estudo e disciplina do ato ilícito, segundo o ilustre Francisco Amaral, reside no fato de ele ser uma das principais fontes das obrigações, o que faz nascer uma relação jurídica cujo objeto é o ressarcimento do dano causado, a indenização. Esclarece, ainda, que a obrigação

(28) MENEZES, Djacir. *Tratado de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 1980. p. 220.

(29) FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. Coleção universitária de ciências humanas. v. 4. São Paulo: Atlas, 1977. p. 100.

(30) RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 308.

de indenizar inclui-se no conceito amplo de responsabilidade civil, um importante setor do direito contemporâneo, e a importância do ato ilícito está no fato de ser elemento fundamental da teoria da responsabilidade civil⁽³¹⁾.

No direito brasileiro, para a configuração do ato ilícito necessário, se faz a junção de determinados elementos, como ação ou omissão do agente, ilicitude, culpa, nexos de causalidade e dano. E, no mesmo raciocínio, todo causador de dano tem obrigação de repará-lo, assertiva que fundamenta a teoria da responsabilidade. Reparação que deve tentar ser uma restituição da situação anterior, que no caso seria uma sanção direta; ou se impossível ou não suscetível de valor econômico, uma indenização correspondente ao prejuízo, caracterizando-se uma sanção indireta, hipótese que acontece nos danos morais à pessoa.

Nesta assertiva, é interessante analisar qual a função da responsabilidade civil em relação ao dano moral e material: compensatória, indenizatória, ou ainda, pedagógico-punitiva. Assim, a indenizatória conduz à ideia de restauração, de algo que sofreu mutação e deve ser recomposto em seu estado originário, fenômeno exclusivo do dano patrimonial; enquanto a compensação, do latim *compensare*, que significa equilibrar, contrabalançar, é a busca do equilíbrio por meio de alguma ação, satisfação que possa neutralizar o mal causado. A função punitivo-pedagógica ultrapassa o campo da reparação, segundo Thaís Venturi, constituindo em meio sancionatório, que por meio da fixação de uma soma em dinheiro, um *plus* ao montante compensatório, serve para dissuadir condutas abusivas que venham sendo praticadas reiteradamente. Pauta-se, portanto, na dissuasão de condutas ilícitas e antissociais por meio da punição do ofensor⁽³²⁾.

(31) AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 548.

(32) VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. 226 p. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências

A doutrina divide o estudo da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva, distinguindo-as. A primeira, chamada inclusive de clássica, é baseada na culpa, que reside na desobediência de um dever jurídico preexistente. O autor do dano, embora não tendo muitas vezes a intenção deliberada, por imprudência, negligência ou imperícia acaba por produzi-lo. Assenta-se, pois, a culpa na premissa de que o autor do delito tinha a previsão de que sua conduta poderia causar o resultado danoso⁽³³⁾. A responsabilidade objetiva, por outro lado, baseia-se em estudos contemporâneos, o qual dispensa a ideia de culpa, e emerge a teoria do risco, ou seja, a pessoa que tem vantagem lucrativa de uma situação, tem o dever de responder pelo risco ou desvantagens dela decorrentes. Assim dizer, o indivíduo repara o dano, mesmo sem ter uma culpa própria proveniente. Segundo o doutor e juiz Guilherme Guimarães Feliciano haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, já que hodiernamente está em crescimento a ideia de monetarização do risco, ou seja, adicional de remuneração em virtude de como é realizado o serviço. Continuando, fortifica seus argumentos:

Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, 2006. p. 128. A autora continua sua análise discorrendo que a função pedagógico-punitiva é um fenômeno que possui adeptos no Brasil, como Carlos Alberto Bittar, Caio Mário da Silva Pereira, Araken de Assis, em virtude do contexto social que envolve sociedades hiperindustrializadas, a preocupação em relação à justiça distributiva, e a dificuldade em analisar danos extrapatrimoniais. Somando a isto, hodiernamente, vem sendo atribuída a essa função a tentativa de coibição de condutas antissociais transindividuais que afetam interesse da coletividade. Por outro lado, diversas críticas são oferecidas neste caráter pedagógico, na medida em que a punição atrelada ao âmbito civil estaria superada (despenalização da responsabilidade civil), sendo ultrapassada a ideia de *punitive damages* (sanções em hipóteses civis), de origem anglo-saxônica.

(33) ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999. p. 07.

A aplicação do princípio do poluidor-pagador às hipóteses de danos pessoais (físicos ou psíquicos) derivados do desequilíbrio labor-ambiental sistêmico permite entrever que a responsabilidade pela internalização dos custos sociais externos e, a *fortiori*, a obrigação de indenizar (*Schuld*) com responsabilidade objetiva (*Haftung*), favorecem não apenas o empregado (= trabalhador subordinado), mas todo *trabalhador* inserido na organização empresarial.⁽³⁴⁾

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka também analisou os horizontes provindos pelo novo Código Civil de 2002 (Projeto de Miguel Reale de 1975), ao introduzir a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, sendo que o legislador não o fez em situações individualizadas, mas o fez como sistema geral, transmudando em regra o caráter até então excepcional da responsabilidade objetiva, prevista no antigo ordenamento civil de 1916. Discorre, contudo, que a responsabilidade por meio de culpa não foi abandonada por completo, continuando consagrada na Parte Geral, especificamente nos atos ilícitos, no art. 186 e no art. 927⁽³⁵⁾. E continua em seus pensamentos:

Trata-se de interessantíssimo avanço já conhecido de outras legislações estrangeiras e que atende rigorosamente a este *paradigma da pós-modernidade* que aponta o foco de atenção, do Direito e da lei, para a *pessoa da vítima* e para a imprescindibilidade de refazimento de sua circunstância jurídico-patrimonial afetada pelo dano sofrido, mas, especialmente, pelo refazimento de sua

condição de *titular do direito à dignidade constitucionalmente plasmada enquanto valor máximo da pessoa humana*, pela imposição do dever indenizatório ao causador do dano.⁽³⁶⁾

Introduzindo tais pensamentos na estrutura trabalhista, tendo em vista o art. 932, III, do novo Código Civil⁽³⁷⁾, se considerar estar o empregador no exercício de um direito de exigir o serviço em certas condições de trabalho, obrigando-se apenas a uma contraprestação determinada por lei, seu ato pode se configurar como ato ilícito quando exercer seu direito abusivamente, isto é, fora dos limites impostos pelo fim econômico ou interesse social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Assim, segundo posicionamento de Souto Maior, o empregador, que exige de seu empregado a prestação de serviços em regime de horas extras de forma ordinária abusa de seu direito, agredindo o interesse social e mesmo econômico, comete, portanto, ato ilícito, cuja correção, evidentemente, não se dará pelo mero pagamento do adicional de horas extras.

O dano do trabalhador, aliás, não depende de prova, afirma o professor, pois se configura pelo próprio fato em si do trabalho em horas extras de forma ordinária (ainda mais quando não remuneradas devidamente), na medida em que a própria lei estabeleceu o limite das horas de trabalho para proteção da saúde do

(34) FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica. In: *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, v. 15, p. 32, nov./dez. 2006.

(35) Art. 186 do CC, *in verbis*: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito." E art. 927 do CC, *in verbis*: "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo."

(36) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. In: *Revista EPD — Escola Paulista de Direito: Direito Civil*. Ano I, n. 1, São Paulo, EPD — Escola Paulista de Direito, p. 206-210, 2005.

(37) Art. 932 do CC, *in verbis*: "São também responsáveis pela reparação civil: I — os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II — o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III — o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV — os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V — os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia."

trabalhador (questão de ordem pública) e também para ampliar o acesso ao mercado de trabalho (também questão de ordem pública)⁽³⁸⁾.

Nesta esteira, a exigibilidade de horas extraordinárias habituais pode-se configurar abuso de direito, sendo aquele que o titular o exerce fora dos seus limites intrínsecos, próprios de suas finalidades sociais e econômicas. A sanção para o abuso depende da natureza do ato que provém, ressaltando-se que o direito considera o ato abusivo, geralmente, o ato ilícito⁽³⁹⁾.

A doutrina também denomina o abuso de direito como ato ilícito objetivo, baseado no art. 187 do CC (norma-princípio), na qual o critério finalístico baseia-se em três requisitos: exercício de um direito, excesso no exercício desse direito, e irrelevância da culpa. Analisa-se, ainda, que não só os aspectos contratuais, mas, sim, os deveres anexos à boa-fé objetiva, entre eles, lealdade, respeito, segurança, devem ser preservados. Aponta-se, também, que tal fenômeno refere-se à ordem pública, ou seja, pode ser conhecido de ofício pelo magistrado.

Assim, tal sanção seria uma indenização conforme análise *in concreto* do fato, tendo como norteador a responsabilidade objetiva do empregador. Tal medida não se mostra excessiva ou abusiva em relação ao empregador, e coaduna-se não só com a principiologia laboral, de proteção ao hipossuficiente, mas também com a nova hermenêutica constitucional que visa à efetividade dos direitos sociais (no caso, do direito ao lazer) e da dignidade da pessoa humana.

6. Considerações finais

A atual óptica do pós-positivismo analisa o ordenamento jurídico baseando-se na principiologia e nos valores admitidos na sociedade.

(38) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, *op. cit.*, p. 104.

(39) Dispõe assim o art. 187 do CC, *in verbis*: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

A norma não é mais interpretada em si mesma, sozinha, mas tendo em vista uma carga axiológica que a orienta. Neste novo norte, vê-se a crescente necessidade de uma interpretação conforme os princípios, sempre à luz dos dispostos constitucionais.

A eficácia do direito à desconexão ao trabalho e do direito ao lazer, perante o ordenamento jurídico, dependerá de sua força normativa principiológica. A concretização desses direitos visa, assim, a usufruição dos direitos sociais plasmados na Constituição de 1988, já que com mais tempo livre, será possível o exercício de uma cidadania fulcrada na dignidade humana.

A habitualidade das horas extraordinárias existente na grande maioria das relações de trabalho, por sua vez, inviabiliza o direito aqui defendido, o direito à verdadeira emancipação do empregado: o desconectar de seu serviço. Tema que aparenta o futurismo defronte à necessidade (hoje evidente) das verbas advindas do trabalho extra, dinheiro este que visa o mínimo existencial da quase totalidade de seus executores, integrando-lhe em todo cômputo contratual e rescisório.

Tal a atitude dos trabalhadores em almejar a sobrejornada é justificável, no entanto, deve-se ter em mente, que essa escolha oriunda-se da necessidade, e não de um verdadeiro querer. Neste ínterim, o que demonstra estar incorreto é a patente inversão valorativa dentro do ordenamento jurídico porquanto se prioriza a iniciativa econômica ao passo que deixa o trabalho cada vez mais subumano, flexível, temporário, inseguro.

Fato que se reflete não apenas na saúde do trabalhador, desgastando sobejamente seu corpo, afetando sua moral, mas em toda sua rede de relações familiares e afetivas. O excesso de trabalho distancia o indivíduo da sociedade, família e amigos, desmaterializa valores, e aliena sua criticidade.

O presente estudo, assim, tem como escopo a proteção do organismo do ser humano e,

concomitantemente, a aplicação de forma restrita do instituto das horas extraordinárias, sem excesso do poder diretivo do empregador, pois, caso contrário, sob o foco da responsabilidade objetiva do empregador, poderá ser configurado abuso de direito, fazendo o empregado jus à devida indenização.

Dessa maneira, o tempo originado pelo não trabalho, gerará maior disposição do empregado para fazer outras atividades além das laborativas, havendo uma crescente emancipação social, como é desejado em um Estado Democrático de Direito.

O lazer decorrente da desconexão do trabalho é garantia fundamental assegurada constitucionalmente e deve ser buscado por toda a sociedade, tutelando-se, o direito à vida com dignidade, por meio de uma concepção humanística.

7. Referências bibliográficas

- ALTMAN, Elias M. Piatniza. Accidente de trabajo y enfermedad profesional: prescripción de la acción de responsabilidad contra el empleador. In: *Derecho laboral*, tomo XLV, n. 206, Montevideo: FCU, 2002.
- ALVAREZ, Oscar Hernández; URIARTE, Oscar Ermida. Crítica de la subordinación. In: *Derecho Laboral — Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, p. 225-251, Tomo XLV, n. 206, abr./jun. 2002.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 44, p. 18-53, São Paulo: Malheiros, 2003.
- BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade* (reflexões frankfurtianas). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Tradução de Maria Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial (a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional)*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CALVET, Otavio. *A eficácia imediata do direito social ao lazer nas relações privadas de trabalho*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 175 p. São Paulo: PUC-SP, 2005.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- DE MASI, Domenico. *O ócio criativo*: entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução de Lea Manzi. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.
- DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Levando o direito ao lazer a sério. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 74, n. 4, ano XXVII, Belo Horizonte, 2009.
- _____. O direito ao lazer sob uma ótica pós-positivista: uma proposta dialógica de compreensão e implementação. In: *Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI*, Brasília, 2008.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica. In: *Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário*, Porto Alegre: Magister, v. 15, nov./dez. 2006.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. Coleção Universitária de ciências humanas, v. 4. São Paulo: Atlas, 1977.
- FILAS, Rodolfo Capón. PAIVA, Mario Antônio de. A mundialização do direito laboral. In: *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, año 6, n. 1, Buenos Aires: Editora Laley, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 20. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.
- GHIONE, Hugo Barretto. Capacitación y poderes del empleador: admisibilidad de una responsabilidad precontractual genérica del empresario. In: *Derecho Laboral — Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales*, p. 620-652, tomo XLV, n. 207, Montevideo: FCU, 2002.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade civil e contemporaneidade: retrato e moldura. In: *Revista EPD* — Escola Paulista de Direito: Direito Civil, ano I, n. 1, São Paulo, EPD — Escola Paulista de Direito, 2005.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.
- LARTIRIGOYEN, Juan Bautista Bardelli. El juez constitucional. In: *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 14 año, p. 15-24, Fundación Konrad – Adenauer – Stiftung e. V.: Uruguay, 2008.
- MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Proteção jurídica e saúde do trabalhador. In: *Fundamentos do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 698.
- MANUS, Pedro Paulo T. *Direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1977.
- MELO, Victor Andrade de. Lazer, modernidade, capitalismo: um olhar a partir da obra de Edward Palmer Thompson. In: *Revista Estudos Históricos*, v. 23, n. 45, Rio de Janeiro: CPDOC/FGV, 2010.
- MENEZES, Cláudio A. Couce de et al. As garantias dos direitos sociais e laborais e as dimensões de sua efetividade: direito ao trabalho e à não discriminação. Medidas judiciais e pretensões cabíveis. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, v. 50, n. 80, p. 73-94, Belo Horizonte, 2009.
- MENEZES, Djacir. *Tratado de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 1980.
- NAHAS, Thereza Christina. Princípio: a necessidade da compreensão da função normativa (coerência na aplicação e interpretação). In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 3, Brasília, 2009.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OLIVEIRA, Paulo Eduardo Viera de. Direito do trabalho e cidadania. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 31, p. 59-69, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PORTO, Noemia. A garantia fundamental da limitação da jornada: entre a Constituição e o art. 62 da CLT. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 75, n. 2, Brasília, 2009.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. I. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. Direitos fundamentais na Constituição de 1988. In: *Cadernos de direito constitucional e ciência política*, ano 6, n. 25, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1998.
- ROSA, Tatiane da Silva da. *Lazer: concepções e vivências de uma juventude*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRS, 2006.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Limites ao poder disciplinar do empregador: a tese do poder disciplinar compartilhado. In: *Revista do Ministério Público do Trabalho*, ano XVIII, n. 35, Brasília: Procuradoria Geral do Trabalho, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, mínimo existencial e direito privado. In: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 16, n. 61, p. 108, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. Direitos sociais: o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 46, p. 42-73, 2004.
- SILVA, Leda Maria Messias de. Poder diretivo do empregador, emprego decente e direitos da personalidade. In: *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, p. 972-977, ano 71, São Paulo: LTr, 2007.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Do direito à desconexão do trabalho. In: *Revista do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 1, n. 1, p. 91-115, jan./jun. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade da construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. In: *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba: Abdconst, v. 2, p. 27-64, 2002.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Duração do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas (Orgs.). *Instituições de direito do trabalho*. v. II. 13. ed. São Paulo: LTr, 1993.
- VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. 226 p. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná, 2006.

Crítica à extinção do vínculo de emprego por culpa patronal: pela busca do reequilíbrio dos braços da balança

Oscar Krost^(*)

Resumo:

- ▶ Propõe-se no presente ensaio, em um primeiro ponto, o exame da relação de emprego, de sua função social e de suas causas de extinção, com ênfase àquela provocada por culpa do empregador. Na sequência, é apresentada uma proposta hermenêutica crítica, objetivando a redução dos efeitos prejudiciais ao trabalhador, na busca do “reequilíbrio dos braços da balança”, lançando-se mão, para tanto, da análise de textos doutrinários e legais, estes inclusive do direito estrangeiro, bem como de alguns precedentes judiciais.

Palavras-chave:

- ▶ Extinção contratual — Culpa do empregador — Releitura.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Relação de emprego. Função social dos contratos. Causas terminativas. Efeitos patrimoniais
- ▶ 3. Ruptura do contrato por culpa patronal. Normas jurídicas. Indenização suplementar
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

“Navega o navegante, embora saiba que jamais tocará as estrelas que o guiam.”

Eduardo Galeano⁽¹⁾

1. Introdução

A observação de determinado fenômeno, por longo período, ao invés de aguçar a percepção do observador a respeito de suas particularidades,

pode conduzi-lo a um resultado diverso, fruto do emprego de um “procedimento padronizado” ou impróprio ao fim pretendido, perpetuando conclusões distanciadas das mais adequadas.

Dita observação alcança maior concretude quando aplicada ao Direito, em especial ao Direito do Trabalho, diante de sua pretensão regulatória sobre uma fração da vida em sociedade eminentemente dinâmica, cuja evolução depende de fatores diversos, alguns dos quais antagônicos, nem sempre claros a todos.

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região/SC.

(1) GALEANO, Eduardo. *Espelhos: uma história quase universal*. Tradução Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: LP&M, 2009. p. 129.

Neste cenário, se apresenta como um desafio ao intérprete atuar como um *alquimista da ambiguidade*, expressão cunhada por Roberto A. R. de Aguiar⁽²⁾, a fim de desvendar o conteúdo integral das normas.

Partindo de tais premissas, propõe-se no presente estudo, em um primeiro ponto, o exame da relação de emprego, de sua função social e de suas causas de extinção, com ênfase à provocada por culpa do empregador para, em um segundo ponto, apreciar os efeitos daí decorrentes e formular uma proposta hermenêutica pautada no pensamento crítico, de modo a “fazer aparecer o invisível”, segundo Michel Mialle⁽³⁾, reduzindo os efeitos prejudiciais ao trabalhador e buscando “reequilibrar os braços da balança”. Para tanto, serão analisados textos doutrinários e legais, estes inclusive do direito estrangeiro, bem como precedentes judiciais.

2. Relação de emprego. Função social do contrato. Causas terminativas. Efeitos patrimoniais

O trabalho subordinado, pessoal, livre, por conta alheia e a título oneroso, característico da relação de emprego e objeto central do Direito do Trabalho, tem sua gênese nos séculos XVIII e XIX, sendo gestado nos ventres do capitalismo e da industrialização.

Por esta nova modalidade jurídica, o empregador *contrata* o empregado, ao contrário das relações predominantes de exploração da mão de obra então adotadas, nas quais o senhor *possuía* o escravo ou *dominava* o servo. Como grande diferencial, a autonomia da vontade de ambos os sujeitos, herança da Revolução Francesa, origem dos Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão, de liberdade e políticos.

Contudo, a exploração desmedida do operariado, livre da intervenção do Poder Público,

acabou levando poucos ao enriquecimento e muitos à miséria, servindo à acumulação e à concentração de riqueza.

As jornadas duravam cerca de 14 horas, sendo extensivas às crianças, a partir dos 7 anos, vítimas de violência física se adormecessem no curso do expediente e de descontos salariais caso esquecessem as janelas das fábricas abertas, assobiassem durante o trabalho ou se apresentassem sujas, na forma descrita por Leo Huberman⁽⁴⁾.

Como meio de resistência, tem início a organização dos trabalhadores por greves e piquetes, nos quais era exigida uma postura ativa do Estado pela imposição de limites ao poder do patronato. Com isso, foram promulgadas as primeiras leis sobre higiene e segurança do trabalho, estabelecendo patamares máximos de duração diária, semanal e anual de serviços.

Sobre o tema, pertinente a observação de Jorge Luiz Souto Maior, para quem:

O direito do trabalho surge, portanto, mais como fruto de uma luta de ideias do que de uma reação instintiva dos trabalhadores pela sobrevivência, podendo-se destacar, também, que o resultado dessa luta, ou seja, a regulação das relações de trabalho, em certa medida, foi uma conquista, mas em outra, uma reação do próprio capital como tática de sobrevivência.⁽⁵⁾

Nesta fase, em 1848, MARX e ENGELS publicam o Manifesto do Partido Comunista, um dos marcos científicos da doutrina socialista que, anos mais tarde, viria a influenciar a Revolução Bolchevique na Rússia, de 1917.

A Igreja Católica, por sua vez, pela Encíclica *Rerum Novarum*, de autoria do Papa Leão XIII, em 1891, veio a público defender que o trabalho “deve ser considerado, na teoria e na

(2) AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-ômega, 1980. p. 57.

(3) MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005. p. 21.

(4) HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 187-92.

(5) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 60.

prática, não mercadoria, mas um modo de expressão direta da pessoa humana”, conforme Segadas Vianna⁽⁶⁾.

Ocorre, então, uma verdadeira ruptura paradigmática, pela superação de um Estado Liberal, cujo objetivo se limitava a assegurar a liberdade dos indivíduos, em especial a de contratar, para outro, de caráter Social ou de Bem-estar, com aumento do espectro de atuação, pela implantação de políticas públicas de educação, de saúde e de trabalho, a fim de reduzir as desigualdades sociais.

Como resultado deste avanço, os Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão ou de igualdade, positivados pela primeira vez na história nas Constituições Mexicana e Alemã, em 1917 e 1919, respectivamente.

A ideia de regular exercício da autonomia da vontade é reestruturada, deixando de representar puro interesse individual, sendo permeada também pelo senso coletivo, afetando todas as espécies contratuais, especialmente o contrato de trabalho.

Analisando em linhas gerais a evolução do Direito do Trabalho e da relação de emprego, se faz possível constatar a relevância de ambos ao Estado, como produtos da valorização social do trabalho e da dignidade humana, assim como pela função social dos contratos e da propriedade.

Sobre a função social, considera-a Carlos Eduardo Oliveira Dias como o “conjunto de direitos e deveres que atingem a atividade a que estão relacionados”, devendo, no tocante à propriedade privada, gerar “uma sintonia entre o desfrute individual do bem e o alcance do interesse comum” e, quanto aos contratos, atender “aos reclamos da sociedade, não podendo resultar na produção de injustiças”⁽⁷⁾.

(6) SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005. vol. I, p. 92.

(7) DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. A dispensa discriminatória e os direitos fundamentais do trabalhador. In: SILVA, Alessandro et alii (Coord.). *Direitos humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 161-88.

De modo distinto ao que ocorre com os negócios jurídicos de outra natureza, em que a execução se exaure em um único momento, pelo imediato cumprimento dos deveres de ambas as partes, no contrato de trabalho a regra geral é a indefinição no tempo, reforçando a noção de função social, pela prática sucessiva de atos pelo empregado e empregador, se renovando mês a mês, em espécie de “obrigação duradoura”, segundo entendimento de Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁽⁸⁾.

Por conta desta particularidade, foi erigido a Princípio do Direito do Trabalho o da Continuidade da Relação de Emprego, pelo qual se deve “buscar, não só nas relações contratuais, como nas normas que regulam estas relações, bem como na oneração legal da rescisão, determinações para que o vínculo de emprego seja mantido”, conforme Tarso Fernando Genro⁽⁹⁾, o que pode ser constatado pelo conteúdo da própria Constituição, em seu art. 7º, incisos II, III, XXI e XXVII.

Por conta de tais elementos, estabelece o sistema normativo verdadeira presunção de prosseguimento do vínculo laboral por prazo indefinido, sendo os contratos a termo validados somente em casos de exceção, para prestação de serviços cuja natureza/atividade ou transitoriedade justifiquem a limitação no tempo ou, ainda, a título de experiência, conforme disposto no art. 443 da CLT.

Quanto às causas de extinção dos contratos de trabalho a prazo indeterminado, diversos podem ser os critérios adotados para classificá-las, tais como o sujeito responsável pela iniciativa (*patrão x trabalhador*), a via em que operada (*judicial x extrajudicial*) e a existência de justo motivo (*com x sem justa causa*).

(8) AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 69-70.

(9) GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1994. p. 76.

Adotado o primeiro deles, tem-se:

I – pelo empregado: pedido de demissão ou prática de falta ensejadora da dispensa por justa causa,

II – pelo empregador: despedida imotivada ou justa causa patronal (esta também conhecida como “rescisão” indireta);

III – pelo empregado e pelo empregador: culpa recíproca; e

IV – por terceiro da relação contratual: motivo de força maior ou *factum principis*.

Sobre o tema, importante recordar serem os valores em espécie assegurados aos sujeitos em caso de ruptura do contrato em volume inversamente proporcional a sua responsabilidade pela ocorrência do evento.

Em caso de despedida sem justa causa, considerando a ausência de regulamentação da garantia no emprego anunciada no art. 7º, inciso I, da Constituição e a excepcionalidade com que se reveste a estabilidade no ordenamento brasileiro, deve o patrão arcar com o pagamento de saldo de salários, férias com 1/3, vencidas e proporcionais, 13º salário e aviso-prévio, este proporcional ao tempo de serviço, conforme critérios estabelecidos na Lei n. 12.506/11, com o depósito junto à conta vinculada do trabalhador do acréscimo de 40% sobre o FGTS do pacto, bem como com o fornecimento das guias para habilitação no Programa do Seguro-desemprego.

Contudo, se o empregado puser fim ao liame sem justo motivo, pedindo demissão, seu direito se limita ao recebimento do saldo de salário, férias com 1/3, vencidas e proporcionais, e 13º salário.

Em ambas as hipóteses, basta a comunicação pelo interessado à parte contrária, informando a intenção de findar o contrato, extrajudicialmente, para que o ato gere efeitos imediatos no mundo jurídico.

No entanto, a questão afeta de modo preocupante o patrimônio do trabalhador, de modo desproporcional, quando versa sobre a justa causa patronal, assim considerada a “situação

fática criada pelo empregador ou seus prepostos, que tona impossível, desrespeitoso ou prejudicial ao empregado a execução do contrato de trabalho”, para Arnaldo Süssekind⁽¹⁰⁾.

Isso ocorre, na medida em que o sujeito hipossuficiente da relação se vê obrigado a escolher entre “a cruz e a espada”, devendo optar por (I) *seguir cumprindo suas obrigações profissionais junto a um patrão inadimplente, que não lhe oferece condições dignas de trabalho, e arcar com os prejuízos material e imaterial daí decorrentes*, (II) *pedir demissão e abrir mão do posto de trabalho, lançando-se ao desemprego e renunciando ao aviso-prévio, ao FGTS com acréscimo de 40% e ao Seguro-desemprego ou, por fim*, (III) *acionar o Judiciário, com o contrato ainda em curso, postular sua ruptura e o pagamento apenas dos haveres que lhe seriam devidos em caso de dispensa imotivada*, correndo os riscos inerentes a qualquer demanda judicial, como o tempo de espera e os custos pecuniários e psíquicos.

Aventada a opção pela propositura de ação trabalhista e admitido o êxito em tal iniciativa, ainda assim, remanescem alguns aspectos pouco tratados pela doutrina e pela jurisprudência, mas cuja gravidade e descompasso com o estágio de desenvolvimento dos Direitos Fundamentais exigem uma análise mais apurada e crítica.

3. Ruptura do contrato por culpa patronal. Normas jurídicas. Indenização suplementar

Não bastasse a complexidade com que se reveste a matéria envolvendo a extinção do liame de emprego por culpa patronal, há dissenso, inclusive, entre as terminologias utilizadas pela lei e pela doutrina.

De acordo com o art. 483 da CLT, “o empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização” nas situações descritas nas alíneas que compõem o dispositivo.

(10) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 344.

Arnaldo Süssekind adota a expressão “despedida indireta”⁽¹¹⁾, enquanto José Martins Catharino prefere “demissão justa”⁽¹²⁾ e Carmen Camino, “resolução judicial por justa causa do empregador”⁽¹³⁾.

De todos os termos utilizados, aquele que não primou pela melhor técnica foi justamente o eleito pelo Legislador, na medida em que “rescisão” significa a anulação judicial de um contrato, em decorrência de vício ou de defeito, “quando destes resultem lesão a uma das partes contratantes ou de terceiro”, segundo Carmen Camino⁽¹⁴⁾, para quem resolução representa a extinção do liame pelo implemento de condição ou termo resolutivos, em contratos a prazo determinado ou, ainda, de ato judicial que promove o fim de contrato de trabalhador estável, quando configurada a prática de falta grave, ou de empregado não estável, quando reconhecida a justa causa patronal.

A primeira crítica a ser formulada ao modelo adotado no país, no particular, recai sobre a quebra da isonomia entre os contratantes, ferindo uma ideia mínima de sinalagma contratual.

Enquanto o empregador pode, de imediato e extrajudicialmente, pôr fim à relação quando considerar praticada pelo empregado uma justa causa, pagando apenas as verbas legalmente asseguradas para esta modalidade, em situação oposta, necessita o trabalhador buscar a tutela do Poder Judiciário, alcançando os efeitos materiais pretendidos apenas após o desfecho do processo, cuja duração raramente se mostra razoável, poucas vezes recebendo algum valor antes do trânsito em julgado.

A segunda observação diz respeito à falta de sancionamento específico do empregador pelas condutas faltosas ensejadoras da extinção contratual, havendo apenas a obrigação de

arcar com custos idênticos aos de uma despedida sem justa causa, tendo como estímulos um prazo maior para o pagamento e a redução dos riscos de ter que assumir o pagamento de multas decorrentes da mora, tais como as estabelecidas nos arts. 467 e 477, §8º, da CLT, pela aparente instauração de controvérsia sobre a dívida.

Ora, se cabe ao empreendedor da atividade econômica a assunção de todos os seus riscos (CLT, art. 2º), não há como deixar de considerar o inadimplemento de qualquer obrigação decorrente do contrato como espécie de ato ilícito (Código Civil, arts. 186 e 187), culposo (*negligência, imprudência ou imperícia*) ou doloso (*coação do trabalhador a pedir demissão, assédio moral ou sexual etc.*), causador de evidente dano e merecedor de reparação.

A terceira pontuação se deve ao fato de ser atribuído ao empregado o risco de ver suas pretensões rejeitadas, ainda que confirmada a falta do empregador, em situações em que estas sejam consideradas de menor lesividade, a exemplo de insuficiência de depósitos do FGTS à conta vinculada, principalmente quando “confessa a dívida” junto ao órgão gestor do numerário e financiada a dívida, mesmo sem qualquer ciência ou participação do titular do numerário, frustrando o direito do trabalhador à percepção de diversas parcelas, inclusive o acesso ao Seguro-desemprego.

A quarta ponderação se refere ao fato de necessariamente o trabalhador receber menos em Juízo do que o devido caso a obrigação fosse cumprida espontaneamente, já que deverá assumir ônus cujo ressarcimento não encontra previsão na CLT, como honorários advocatícios e, ainda assim, podendo se sujeitar a um parcelamento em até 06 vezes do crédito, ante o teor do art. 745-A do CPC, que vem sendo aplicado ao processo do trabalho por diversos Tribunais Regionais do Trabalho do país⁽¹⁵⁾.

(11) *Ibidem*, p. 344.

(12) CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. vol. II, p. 782.

(13) CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 510.

(14) *Ibidem*, p. 461.

(15) Neste sentido, os seguintes precedentes: *EMENTA: AGRADO DE PETIÇÃO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. ART. 745-A, DO CPC. A possibilidade de parcelamento*

A quinta crítica recai sobre o desatendimento da função social dos contratos e da propriedade, assim como da boa-fé objetiva, consagrados nos arts. 113, 422 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, em prejuízo de toda a sociedade.

Ao descumprir de modo reiterado e contumaz a legislação trabalhista, o empreendedor da atividade econômica acaba obtendo ganhos indevidos, lesando a coletividade de trabalhadores, o Erário e até mesmo seus concorrentes, incorrendo na conduta tipificada na Lei n. 8.884/94, dando margem à prática conhecida por *dumping social*⁽¹⁶⁾.

judicial mediante requerimento do executado, na forma prevista no art. 745-A, do CPC, independe da concordância do exequente, importando ato discricionário do juiz da execução, a quem a lei assegura o poder de livre direção do processo. Não há, ademais, incompatibilidade do mecanismo, cujo objetivo foi proporcionar ao executado meios de adimplir o seu débito sem inviabilizar sua subsistência, que impeça sua aplicação no processo do trabalho. Agravo de Petição desprovido (TRT da 2ª R., 3ª T., Proc. n. 0182502-09.2004.5.02.0058-AP, relª Juíza Thereza Christina Nahas, Publicado em 04.8.2011); EMENTA: AGRAVO DE PETIÇÃO. PARCELAMENTO DO DÉBITO. O parcelamento do débito previsto no art. 745-A do CPC é compatível com o processo do trabalho e pode ser determinado pelo juiz da execução, independentemente da concordância do credor, nas situações em que agiliza o andamento da execução (TRT da 12ª R., 3ª Câmara, Proc. n. 0001172-46.2011.5.12.002-AP, relª Desª Federal Lourdes Dreyer, Publicado em 13.10.2011).

- (16) A este respeito, o Enunciado n. 04, aprovado na I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho promovida pela ANAMATRA na sede do TST, entre os dias 21 e 23 de novembro de 2007: DUMPING SOCIAL. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido 'dumping social', motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás,

Diante deste cenário, premente a adoção de uma nova postura pelos Operadores do Direito, na medida em que “a atividade de interpretação e realização dos direitos sociais implica, necessariamente, alto grau de criatividade”, conforme Mauro Cappelletti⁽¹⁷⁾.

Para tanto, possível a imediata adoção de uma hermenêutica “responsável”, vinculada aos fins da Constituição e à efetivação dos Direitos Fundamentais, assim definida por Rodrigo Goldschmidt:

E para cumprir tal missão constitucional, não basta apenas alterar as normas processuais para criar um instrumento mais claro, rápido e efetivo; é necessário também exercer o que aqui se denomina ‘hermenêutica responsável’. Trata-se da interpretação do Direito adequada aos reais anseios e desejos sociais. Constitui-se numa interpretação transformadora do Direito, o que o liberta dos seus rigorismos conceituais.

Em última análise, a hermenêutica responsável é aquela que pretende aproximar a Constituição Formal da Constituição Real, ou seja, que instrumentalize a Constituição formal para atingir as reais necessidades do povo.⁽¹⁸⁾

Reconhecer a ineficiência dos haveres atribuídos ao empregado por lei em caso de ruptura do contrato por “rescisão” indireta é o primeiro passo na busca de uma recomposição do equilíbrio das coisas, dando margem à possibilidade de serem acrescidas outras parcelas.

O art. 8º da CLT possibilita ao Juiz recorrer ao Direito Comum como fonte subsidiária do Direito do Trabalho na falta de disposições

já previam os arts. 652, 'd', e 832, § 1º, da CLT. Disponível em: <www.anamatra.org.br> Acesso em: 9 mar. 2012.

- (17) CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 67.
- (18) GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência.* São Paulo: LTr, 2009. p. 173.

legais específicas deste, atentando a sua função social e lhe impondo decidir “sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

No alcance da reparação integral dos prejuízos experimentados pelo trabalhador ou, como mencionado no art. 483, *caput*, da CLT, da “devida indenização”, aplicável o art. 404, parágrafo único, do Código Civil, que prevê a possibilidade de ser o devedor condenado ao pagamento de indenização suplementar em caso de insuficiência da prevista em lei para cobrir os danos causados pela ruptura contratual em si.

Sobre o tema, defende Jorge Luiz Souto Maior:

Assim, a “justa causa do empregador” confere ao empregado o direito ao recebimento de uma indenização específica pelo dano gerado, representado pelo constrangimento do empregado de ter sido forçado a declarar cessada a relação de emprego e ter sido conduzido obrigatoriamente à via judicial para adquirir os direitos rescisórios essenciais à sua sobrevivência.⁽¹⁹⁾

A este respeito, pertinentes os exemplos oriundos do Direito do Trabalho de outros países da América Latina, como Equador e Chile.

O *Código del Trabajo* equatoriano (arts. 173, 187-8 e 191) assegura aos trabalhadores que tiverem os contratos de trabalho extintos por culpa patronal o direito ao recebimento de uma indenização semelhante à da despedida imotivada, inclusive as bonificações, acrescida da reparação devida aos dirigentes sindicais, quando dispensados, correspondente a um ano de salários⁽²⁰⁾.

(19) MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2011. vol. II, p. 504.

(20) Art. 173. **Causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato.** El trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, y previo visto bueno, en los casos siguientes:

1. Por injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representantes al trabajador, su cónyuge, ascendientes o descendientes;

Já o *Código del Trabajo* chileno (arts. 160, 163 e 171) equipara os efeitos pecuniários da despedida sem justa causa aos gerados pela

2. Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada; y,

3. Por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencia previstos en el artículo 52.

Art. 187. **Garantías para dirigentes sindicales.** El empleador no puede despedir intempestivamente ni desahuciar al trabajador miembro de la directiva de la organización de trabajadores. Si lo hiciera, le indemnizará con una cantidad equivalente a la remuneración de un año, sin perjuicio de que siga perteneciendo a la directiva hasta la finalización del período para el cual fue elegido.

(...)

Art. 188. **Indemnización por despido intempestivo.** El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador, será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio y según la siguiente escala:

Hasta tres años de servicio, con el valor correspondiente a tres meses de remuneración; y,

De más de tres años, con el valor equivalente a un mes de remuneración por cada año de servicio, sin que en ningún caso ese valor exceda de veinte y cinco meses de remuneración.

La fracción de un año se considerará como año completo.

El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base a la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185, de este Código.

Si el trabajo fuere a destajo, se fijará la remuneración mensual a base del promedio percibido por el trabajador en el año anterior al despido, o durante el tiempo que haya servido si no llegare a un año.

En el caso del trabajador que hubiere cumplido veinte años, y menos de veinte y cinco años de trabajo, continuada o interrumpidamente, adicionalmente tendrá derecho a la parte proporcional de la jubilación patronal, de acuerdo con las normas de este Código.

Las indemnizaciones por despido, previstas en este artículo, podrán ser mejoradas por mutuo acuerdo entre las partes, mas no por los Tribunales de Conciliación y Arbitraje.

Art. 191. **Indemnizaciones y bonificaciones al trabajador.** Tendrá derecho a las indemnizaciones fijadas en los artículos 187 y 188 y a las bonificaciones establecidas en este capítulo, el trabajador que se separe a consecuencia de una de las causas determinadas en el artículo 173.

Texto completo do *Código del Trabajo* do Equador disponível em: <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/>

ruptura contratual por falta do empregador, elevando a indenização devida ao trabalhador em 50% se decorrente de descumprimento grave de obrigações contratuais e em até 80% quando causada por ato de improbidade patrimonial, assédio sexual, ofensa física ou verbal, conduta imoral que atinja o trabalhador, ação ou omissão atentatórias à segurança dos trabalhadores e da empresa, assim como ao funcionamento desta⁽²¹⁾.

docs/WEBTEXT/47812/68395/S97ECU01.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

- (21) Art. 160. El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:
1. Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:
 - a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones;
 - b) Conductas de acoso sexual;
 - c) Vías de hecho ejercidas por el trabajador en contra del empleador o de cualquier trabajador que se desempeñe en la misma empresa;
 - d) Injurias proferidas por el trabajador al empleador, y
 - e) Conducta inhumana del trabajador que afecte a la empresa donde se desempeña.
 2. Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.
 3. No concurrencia del trabajador a sus labores sin causa justificada durante dos días seguidos, dos lunes en el mes o un total de tres días durante igual período de tiempo; asimismo, la falta injustificada, o sin aviso previo de parte del trabajador que tuviere a su cargo una actividad, faena o máquina cuyo abandono o paralización signifique una perturbación grave en la marcha de la obra.
 4. Abandono del trabajo por parte del trabajador, entendiéndose por tal:
 - a) la salida intempestiva e injustificada del trabajador del sitio de la faena y durante las horas de trabajo, sin permiso del empleador o de quien lo represente, y
 - b) la negativa a trabajar sin causa justificada en las faenas convenidas en el contrato.
 5. Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos.
 6. El perjuicio material causado intencionalmente en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.
 7. Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato.

O exemplo da importância do caráter punitivo-pedagógico na legislação trabalhista do

Art. 163. Si el contrato hubiere estado vigente un año o más y el empleador le pusiere término en conformidad al artículo 161, deberá pagar al trabajador, al momento de la terminación, la indemnización por años de servicio que las partes hayan convenido individual o colectivamente, siempre que ésta fuere de un monto superior a la establecida en el inciso siguiente. A falta de esta estipulación, entendiéndose además por tal la que no cumpla con el requisito señalado en el inciso precedente, el empleador deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente a treinta días de la última remuneración mensual devengada por cada año de servicio y fracción superior a seis meses, prestados continuamente a dicho empleador. Esta indemnización tendrá un límite máximo de trescientos treinta días de remuneración.

La indemnización a que se refiere este artículo será compatible con la sustitutiva del aviso previo que corresponda al trabajador, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 161 y en el inciso cuarto del artículo 162 de este Código.

Lo dispuesto en los incisos anteriores no se aplicará en el caso de terminación del contrato de los trabajadores de casa particular, respecto de los cuales regirán las siguientes normas:

- a) Tendrán derecho, cualquiera que sea la causa que origine la terminación del contrato, a una indemnización a todo evento que se financiará con un aporte del empleador, equivalente al 4,11% de la remuneración mensual imponible, la que se regirá, en cuanto corresponda, por las disposiciones de los artículos 165 y 166 de este Código, y
- b) La obligación de efectuar el aporte tendrá una duración de once años en relación con cada trabajador, plazo que se contará desde el 1º de enero de 1991, o desde la fecha de inicio de la relación laboral, si ésta fuere posterior. El monto de la indemnización quedará determinado por los aportes correspondientes al período respectivo, más la rentabilidad que se haya obtenido de ellos.

Art. 171. Si quien incurriere en las causales de los números 1, 5 y 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la terminación, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos primero o segundo del artículo 163, según corresponda, aumentada en un cincuenta por ciento en el caso de la causal del número 7; en el caso de las causales de los números 1 y 5, la indemnización podrá ser aumentada hasta en un ochenta por ciento. Tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) y b) del número 1 del artículo 160, el trabajador

Chile alcança as situações em que não comprovada judicialmente a justa causa atribuída ao empregado, podendo a indenização paga pelo patrão ser elevada de 30% a 100% (art. 168 do mesmo código)⁽²²⁾.

afectado podrá reclamar del empleador, simultáneamente con el ejercicio de la acción que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho. Cuando el empleador no hubiera observado el procedimiento establecido en el Título IV del LIBRO II, responderá en conformidad a los incisos primero y segundo precedentes. El trabajador deberá dar los avisos a que se refiere el artículo 162 en la forma y oportunidad allí señalados. Si el Tribunal rechazare el reclamo del trabajador, se entenderá que el contrato ha terminado por renuncia de éste. Si el trabajador hubiese invocado la causal de la letra b) del número 1 del artículo 160, falsamente o con el propósito de lesionar la honra de la persona demandada y el tribunal hubiese declarado su demanda carente de motivo plausible, estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause al afectado. En el evento que la causal haya sido invocada maliciosamente, además de la indemnización de los perjuicios, quedará sujeto a las otras acciones legales que procedan.

Teor integral do *Código del Trabajo* do Chile disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>> Acesso em: 27 mar. 2012.

(22) Art. 168. El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causa legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas:

a) En un treinta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación improcedente del artículo 161;

b) En un cincuenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación injustificada de las causales del artículo 159 o no se hubiere invocado ninguna causa legal para dicho término;

c) En un ochenta por ciento, si se hubiere dado término por aplicación indebida de las causales del artículo 160. Si el empleador hubiese invocado las causales señaladas en los números 1, 5 y 6 del artículo 160 y el despido fuere además declarado carente de motivo plausible por el tribunal, la indemnización establecida en los incisos primero o segundo del artículo 163, según correspondiere, se incrementará en un cien por ciento.

Na definição do *quantum* reparatório ora proposto devem ser sopesados a extensão do dano, segundo o disposto no art. 944 do Código Civil, o grau de reprovação da conduta patronal, a intencionalidade, a reiteração, a duração do contrato, a necessidade do trabalhador de arcar com honorários advocatícios⁽²³⁾ e o tempo de duração do processo.

Prudente, ainda, de ofício pelo Magistrado, a ciência imediata do Ministério Público do Trabalho para acompanhamento da instrução probatória, diante da elevada probabilidade dos fatos sobre os quais se pautam litígios envolvendo justa causa patronal atingirem interesses coletivos e difusos, sem prejuízo de comunicação à Superintendência Regional do Trabalho e Emprego para a adoção de medidas pertinentes em sede administrativa.

Assim, quando acionado o Judiciário na busca da declaração da ocorrência da justa causa patronal e da condenação ao pagamento das verbas daí derivadas, poderá o ex-empregador ser instado pelo Juiz, independente de pedido neste sentido, no próprio ato citatório, a se manifestar em 5 dias sobre as pretensões

En el caso de las denuncias de acoso sexual, el empleador que haya cumplido con su obligación en los términos que señalan el artículo 153, inciso segundo, y el Título IV del LIBRO II, no estará afecto al recargo de la indemnización a que hubiere lugar, en caso de que el despido sea declarado injusto, indebido o improcedente.

(...).

Texto também disponível em: <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>> Acesso em: 27 mar. 2012.

(23) Algumas decisões judiciais já reconhecem o direito dos demandantes à indenização por danos materiais em valor correspondente ao despendido na contratação de advogado particular para patrocínio da causa, tais como os acórdãos oriundos do TRT da 3ª Região, Turma Recursal de Juiz de Fora, nos autos do Processo n. 01385-2008-035-03-00-5-RO, tendo por relator o Desembargador Federal do Trabalho Marcelo Lamego Pertence, publicado em 21.7.2010 e TRT da 15ª Região, nos autos do Processo n. 0000819-07.2010-5.15.0110-RO, procedimento sumariíssimo, sendo relator o Desembargador Federal do Trabalho Dagoberto Nishina de Azevedo, publicado em 9.3.2012.

formuladas, demonstrando robustamente a inocorrência da conduta faltosa ou de fato com ela incompatível, trazendo aos autos toda a prova documental em seu poder.

Em seguida, será analisada a verossimilhança das alegações do autor e, caso convencido o Julgador de sua veracidade, determinará o depósito judicial das verbas pretensamente devidas (*aviso-prévio, saldo de salário, 13º salário, férias com 1/3 proporcionais e acréscimo de 40% sobre o FGTS*), bem como a comprovação do recolhimento integral do FGTS relativo a todo o contrato.

Tais montantes poderão ser disponibilizados ao empregado quando constatado seu estado de necessidade, dispensada a caução para levantamento do numerário, antes mesmo da prolação da sentença, diante do caráter alimentar das verbas, do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, bem como pela função social dos contratos e do direito à razoável duração do processo e do uso dos meios que garantam a celeridade na tramitação, aplicando-se do disposto nos arts. 1º, incisos III e IV, 5º, inciso LXXVIII, e 170, inciso III, da Constituição, arts. 113, 422 e 2.035, parágrafo único, do Código Civil, art. 765 da CLT, arts. 273, §§ 6º e 7º, e 475-O, § 2º, inciso I, do CPC e art. 4º da Lei n. 10.259/01.

Feitas tais ponderações, instam-se Advogados, Juízes e Membros do Ministério Público a reexaminar a extinção do contrato de trabalho por culpa do empregador, buscando a construção de um caminho à altura dos Direitos Fundamentais e dos Princípios Constitucionais, em especial, o da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da Função Social dos Contratos e da Propriedade, de modo a ser alcançado o reequilíbrio dos “braços da balança”.

4. Conclusões

A relação de emprego, pela própria dinâmica que lhe é inerente, não raras vezes, ostenta aspectos que fogem a uma compreensão razoável do Operador do Direito.

Neste cenário, premente a reavaliação do trato até então dispensado à ruptura contratual por culpa do empregador, a fim de evitar o agravamento do desequilíbrio naturalmente existente entre os contratantes, pela condescendência com práticas que promovam a coação do trabalhador a pedir demissão e lhe onerem injustamente, bem como desatendam a função social dos contratos e da propriedade e a boa-fé objetiva, em prejuízo de aos concorrentes, à coletividade de trabalhadores e ao Erário, podendo causar *dumping* social.

Possível e, até necessário, em vista de tal quadro, a adoção pela intérprete de uma hermenêutica “responsável”, vinculada aos fins da Constituição e à efetivação dos Direitos Fundamentais.

Assim, relevante se faz o reconhecimento do direito do empregado à percepção de uma indenização suplementar, na forma prevista no art. 404, parágrafo único, do Código Civil, assim como a intervenção do Ministério Público do Trabalho e a ciência da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego, sem prejuízo de outras medidas, inclusive de caráter antecipatório, a fim de tornar possível a busca pelo reequilíbrio dos “braços da balança”.

5. Referências bibliográficas

- AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1980.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de direito do trabalho*. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972. v. II.
- DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. A dispensa discriminatória e os direitos fundamentais do trabalhador. In: SILVA, Alessandro *et alii* (Coord.).

- Direitos humanos: essência do direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2007. p. 161-88.
- GALEANO, Eduardo. *Espelhos: uma história quase universal.* Tradução Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: LP&M, 2009.
- GENRO, Tarso Fernando. *Direito individual do trabalho.* São Paulo: LTr, 1994.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência.* São Paulo: LTr, 2009.
- HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem.* Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito.* Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de direito do trabalho: a relação de emprego.* São Paulo: LTr, 2011. v. II.
- _____. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social.* São Paulo: LTr, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio. VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, 2005. v. I.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho.* 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- <www.anamatra.org.br> Acesso em: 12 mar. 2012.
- <<http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-95516.html>> Acesso em: 27 mar. 2012.
- <<http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WBTEXT/47812/68395/S97ECU01.htm>> Acesso em: 27 mar. 2012.

Tutela legal do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador e as responsabilidades pelos danos decorrentes

Raimundo Simão de Melo^(*)

Resumo:

- ▶ Trata-se no presente trabalho da tutela legal do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador, abordando-se as responsabilidades legais pelos danos decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, os quais atingem a saúde física e mental dos trabalhadores. Aborda-se os principais aspectos controvertidos na doutrina e na jurisprudência sobre os fundamentos da responsabilidade civil por esses danos, averiguando-se se ela é objetiva ou subjetiva. Ademais, mostra-se o grande avanço que tem ocorrido em relação a esses novos temas na Justiça do Trabalho, depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, que levou o STF a reconhecer definitivamente a competência da Justiça Trabalhista para apreciar todas as questões envolvendo o meio ambiente do trabalho (prevenção e reparação) e as indenizações individuais pelos danos material, moral e estético causados aos trabalhadores, numa perspectiva de respeito à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Meio ambiente — Meio ambiente do trabalho — Acidente do trabalho — Dano — Responsabilidade.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Definição e proteção legal do meio ambiente
- ▶ 3. Responsabilidades legais pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador
- ▶ 4. Conclusões

(*) Consultor jurídico e advogado. Procurador Regional do Trabalho aposentado. Doutor e Mestre em Direito das relações sociais pela PUC/SP. Professor de Direito e de Processo do Trabalho. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Autor de livros jurídicos.

1. Introdução

De acordo com o art. 114 da Constituição Federal (*caput* e inciso VI), Súmula n. 736 do STF e decisão proferida no Conflito de Competência n. 7.204, pelo STF, a competência para julgar as pretensões relativas ao descumprimento das normas de segurança, higiene e saúde do trabalhador e as reparações por danos ao meio ambiente e à saúde do trabalhador, é agora, da Justiça do Trabalho. Em razão disso, avolumou-se o interesse pelos operadores jurídicos trabalhistas sobre os temas envolvendo o meio ambiente do trabalho, os acidentes, as reparações, as responsabilidades pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador, entre outros, destacando-se a importante questão sobre os fundamentos da responsabilização patronal pela prevenção dos riscos ambientais do trabalho e pelas respectivas pretensões reparatórias.

Por isso, no presente trabalho, será feita uma breve abordagem a respeito dessas e de outras questões, as quais passaram a aflorar diariamente nas lides coletivas e individuais perante a Justiça do Trabalho no Brasil.

2. Definição e proteção legal do meio ambiente

Meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (Lei n. 6.938/81, art. 3º, inciso I).

Essa definição da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico aberto, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma legal, o qual está em plena harmonia com a Constituição Federal de 1988 que, no *caput* do art. 225, buscou tutelar todos os aspectos do meio ambiente (natural, artificial, cultural e do trabalho), afirmando que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum

do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, dois são os objetos de tutela ambiental constantes da definição legal, acolhidos pela Carta Maior: um, *imediato* — a qualidade do meio ambiente em todos os seus aspectos — e outro, *mediato* — a saúde, segurança e bem-estar do cidadão, expresso nos conceitos *vida em todas as suas formas* (Lei n. 6.938/81, art. 3º, inciso I) e *qualidade de vida* (CF, art. 225, *caput*)⁽¹⁾.

O meio ambiente é regido por princípios, diretrizes e objetivos específicos, como decorre da Política Nacional do Meio Ambiente, sendo seu objeto maior a tutela da vida em todas as suas formas e, especialmente, a vida humana, como valor fundamental. Embora seja unitário o conceito de meio ambiente, a doutrina o tem classificado em quatro aspectos: *natural*, *artificial*, *cultural* e *do trabalho*. Portanto, o Direito Ambiental tem como objeto tutelar a vida saudável.

Já o meio ambiente do trabalho é o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade física e mental dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (sejam homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, empregados regidos pela CLT, servidores públicos, trabalhadores autônomos, empregados domésticos etc).

A definição acima é das mais abrangentes, pois não se limita a tratar do assunto apenas em relação ao trabalhador classicamente conhecido, como aquele que ostenta uma carteira de trabalho assinada. Isto é importante e está dentro do contexto maior asseguratório do meio ambiente equilibrado para todos, como

(1) In: nosso *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador — responsabilidades...* 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 14.

estabelece a Constituição (art. 225, *caput*), uma vez que a definição geral de meio ambiente abarca todo cidadão e, a de meio ambiente do trabalho, todo trabalhador que desempenha alguma atividade, remunerada ou não, homem ou mulher, celetista, autônomo ou servidor público de qualquer espécie, porque realmente todos receberam a proteção constitucional de um ambiente de trabalho adequado e seguro, necessário à sadia qualidade de vida⁽²⁾.

O meio ambiente do trabalho adequado e seguro é um dos mais importantes e fundamentais direitos do cidadão trabalhador, o qual, se desrespeitado, provoca agressão a toda sociedade, que, finalmente, comporta as suas nefastas consequências.

A Constituição Federal de 1988 priorizou e incentivou a prevenção dos riscos nos ambientes do trabalho e dos consequentes riscos de acidentes de trabalho, dizendo (art. 7º, inciso XXII) que:

É direito do trabalhador urbano e rural, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

O objetivo maior é obrigar o empregador e tomador de serviços a cumprirem as normas de segurança e higiene e prevenir, efetivamente, o meio ambiente do trabalho dos riscos para a saúde dos trabalhadores.

Nessa ótica, insere-se um novo contexto em que se prioriza a prevenção em detrimento das reparações de caráter individual, que, por mais vantajosas que sejam, jamais ressarcirão os prejuízos decorrentes dos acidentes de trabalho que, inexoravelmente, atingem os trabalhadores nos aspectos humanos, sociais e econômicos; atingem as empresas financeiramente, e o próprio Estado, que responde, finalmente, pelas mazelas sociais decorrentes.

De conformidade com as normas constitucionais atuais, a proteção do meio ambiente do trabalho está vinculada diretamente à saúde

do trabalhador enquanto pessoa humana, razão por que se trata de um direito de todos, a ser instrumentalizado pelas normas gerais que aludem à proteção dos interesses difusos e coletivos.

A afirmação do direito ambiental como ramo do direito veio sedimentar a ideia de quebra da dicotomia direito privado e direito público, porquanto esse novo ramo não pertence nem a uma nem a outra espécie de direito, mas a uma nova categoria autônoma do direito, o chamado direito difuso.

O bem ambiental, nessa visão, é o objeto do direito ambiental. Quer no aspecto material quer no imaterial, diz respeito ao valor maior do ser humano: a vida. Por isso, estabelece a Carta Maior (art. 225, *caput*) que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida do ser humano, impondo ao Poder Público e à sociedade organizada o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.

É o bem ambiental, portanto, um direito de todos e de cada um ao mesmo tempo e, uma vez violado, a agressão atinge a sociedade, do que decorre que não somente o Poder Público tem o dever de tutelar o meio ambiente, mas todos aqueles que usufruem os benefícios da atividade humana têm a obrigação de prevenir os riscos e danos ao meio ambiente, incluído o do trabalho, e de reparar os danos causados coletiva e individualmente. É a chamada responsabilidade compartilhada ou solidária.

No Direito ambiental do trabalho, o bem ambiental a ser protegido envolve a vida do trabalhador como pessoa e integrante da sociedade, devendo ser preservado por meio da implementação de adequadas condições de trabalho, higiene e medicina.

Assim, cabe ao empregador, primeiramente, a obrigação de preservar e proteger o meio ambiente laboral e, ao Estado e à sociedade, fazer valer a incolumidade desse bem. A obrigação do Estado não é somente de proteger e adequar os ambientes de trabalho para os seus

(2) *Ibidem*, p. 15.

servidores empregados ou estatutários, mas também de orientar os tomadores de serviços sobre os riscos e normas de segurança, higiene e medicina do trabalho a serem adotadas, fiscalizar as condições de trabalho e fazer uso adequado do seu poder polícia, impondo multas e interditando estabelecimentos, setores de serviço, máquinas ou equipamentos, ou embargando obras, quando presentes riscos graves e iminentes para a saúde dos trabalhadores, como determina o art. 161 da CLT. Caso o Poder Público (os órgãos de fiscalização) se omita desses deveres ou preste um serviço inadequado ou defeituoso, responde o Estado juntamente com o particular (art. 225 da Constituição Federal).

A prevenção dos riscos nos ambientes de trabalho visa precipuamente à tutela da vida e da dignidade humana dos trabalhadores. Nesse sentido, estabelece a Constituição Federal de 1988 (arts. 1º e 170), como fundamentos do Estado Democrático de Direito e da ordem econômica os *valores sociais do trabalho, a dignidade da pessoa humana e o respeito ao meio ambiente*. Desrespeitado esse bem, fixa a Carta Maior a obrigação de reparação em todos os seus aspectos administrativos, penais e civis, além dos de índole estritamente trabalhista, como previsto em outros dispositivos constitucionais e legais. Essa responsabilidade, como estabelecem os arts. 225, § 3º da Constituição e 14, § 1º da Lei n. 6.938/81 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente), é de natureza objetiva e solidária, como será examinado no decorrer deste trabalho.

Quanto ao meio ambiente no geral, o art. 225 assegura que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público (§ 1º) promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do

meio ambiente (inciso VI), sendo que as condutas e atividades consideradas lesivas a ele sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (§ 3º).

Especificamente, com relação ao meio ambiente do trabalho, estabelece o art. 7º da Lei Maior, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII).

O mais fundamental direito do homem, consagrado em todas as declarações internacionais, é o direito à vida, objeto do direito ambiental e suporte para existência e gozo dos demais direitos humanos. Esse direito, conforme assegura a nossa Constituição Federal, no art. 225, requer vida com qualidade e, para que o trabalhador tenha vida com qualidade, é necessário que se assegurem os seus pilares básicos: trabalho decente e em condições seguras e salubres.

O Brasil, em termos de legislação ambiental, é um dos países mais avançados do mundo, o que ocorre também no aspecto do meio ambiente do trabalho. Com relação a este, o arcabouço consta da Constituição Federal de 1988, das várias Constituições estaduais que seguiram a mesma linha, da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), da Consolidação das Leis do Trabalho — CLT (Capítulo V, que trata da segurança, higiene e medicina do trabalho, totalmente alterado em 1977 pela Lei n. 6.514), da Portaria n. 3.214/78, com várias Normas Regulamentadoras, das convenções coletivas de trabalho, de sentenças normativas proferidas pela Justiça do Trabalho e Convenções da OIT, além do Código Penal e de outras leis esparsas cuidando da parte criminal e dos crimes ambientais.

Não obstante a existência de todo esse arcabouço jurídico protetivo, é muito preocupante a situação brasileira em termos de proteção

ambiental no trabalho e de defesa da saúde dos trabalhadores, haja vista os altos índices de acidentes de trabalho registrados pela Previdência Social, com grandes prejuízos para a economia brasileira e para a sociedade. São mais de 700 mil acidentes de trabalho por ano, mais de 80 mil trabalhadores mutilados, mais de 2.500 mortes. No Estado de São Paulo, por exemplo, ocorre uma morte a cada 1,5 hora⁽³⁾. Os acidentes de trabalho matam mais do que a AIDS e, no mundo, mais do que as guerras, o trânsito e a violência. O custo para o Estado Brasileiro equivale a cerca de 5% do PIB, além dos gastos das empresas e dos altos custos sociais e humanos decorrentes. Quer dizer, estamos diante de uma calamidade pública e muitos não viram ou não querem ver. As causas principais são o descumprimento das normas de saúde, higiene e segurança no trabalho, a precarização das condições de trabalho, agravada pelas terceirizações, nas quais ocorrem a maioria dos acidentes e pela ineficiência da fiscalização estatal.

Considerando esses fatos, o Tribunal Superior do Trabalho lançou no ano de 2011 uma campanha de prevenção de acidentes de trabalho, que tem propiciado a discussão sobre o tema envolvendo vários parceiros públicos e privados e despertado a opinião pública para a grave questão dos acidentes de trabalho e as nefastas consequências jurídicas, humanas, sociais e econômicas decorrentes. Por conta dessa campanha, atos públicos têm sido realizados em canteiros de obras da construção civil, onde ocorrem muitos acidentes de trabalho⁽⁴⁾.

(3) Como sabido, as estatísticas oficiais não são verdadeiras, pois não levam em conta os acidentes com os trabalhadores informais (mais de 50% da força de trabalho). A maioria das doenças ocupacionais, que são tratadas como doenças comuns, uma vez que os empregadores, de maneira geral, não encaminham os trabalhadores ao INSS com CAT (Comunicação de Acidentes de Trabalho), além do que os servidores públicos estatutários, que também são trabalhadores, não constam dessas informações estatísticas.

(4) As obras de reforma e construção dos estádios que receberão os jogos da Copa do Mundo de futebol no Brasil em 2014 e as grandes obras de infraestrutura

3. Responsabilidades legais pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador

Visando à proteção dos ambientes de trabalho seguro e da saúde dos trabalhadores, o constituinte de 1988 estabeleceu responsabilidades compartilhadas entre a sociedade e o Poder Público na proteção e tutela do meio ambiente. Assim, a responsabilidade pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador é solidária de todos aqueles que fazem parte da cadeia produtiva, como ocorre nas relações de consumo.

Depois da Constituição Federal, um dos mais importantes instrumentos de tutela do meio ambiente é a Lei n. 6.938/81 (LPNMA) que, ao lado de outros dispositivos constitucionais e legais (CLT e Portaria n. 3.214/77 do MTE), forma o arcabouço de proteção ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador.

Como se vê, conta o Brasil com avançada construção legal de proteção ao meio ambiente e às pessoas, todavia, resente a doutrina de estudos mais completos, especialmente no aspecto ambiental do trabalho. Os tribunais, na maioria, ainda continuam agindo como se nada tivesse mudado. Muitos julgadores, na análise das questões de dano à saúde do trabalhador, enaltecem o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição como importante avanço, vez que eliminou a culpa grave como fundamento

atualmente em curso no país serão palco de 12 atos públicos que integram as atividades do Programa Nacional de Prevenção de Acidentes de Trabalho, criado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), em parceria com os ministérios da Saúde, da Previdência Social, do Trabalho e Emprego e a Advocacia-Geral da União. O primeiro Ato Público pelo Trabalho Seguro na Construção Civil foi realizado no início deste mês nas obras de reconstrução do estádio do Maracanã, com participação ativa dos trabalhadores. Na abertura do evento, o presidente do TST e do CSJT, ministro João Oreste Dalazen, enfatizou a preocupação da Justiça do Trabalho com o crescente número de acidentes de trabalho no país, muitos ocorridos por falta de observação às normas de segurança. O setor da construção civil é o que apresenta maior número de acidentes fatais.

da reparação, o que é verdade, mas se restringem ao aspecto exclusivo da responsabilidade subsidiária.

Mesmo com um avançado sistema jurídico de proteção ao meio ambiente e à saúde do trabalhador, o Brasil não atingiu ainda nível suficiente de conscientização capaz de prevenir e eliminar efetivamente os riscos ambientais do trabalho e à saúde do trabalhador, ostentando preocupantes índices acidentários, como visto antes. Por isso, de um lado são necessárias campanhas preventivas e educativas com a participação conjunta do Estado, das empresas e dos trabalhadores, como a lançada pelo TST. De outro, precisam ser usados adequadamente os instrumentos de tutela desse novo ramo do Direito (Direito Ambiental), porquanto as consequências advindas dos acidentes de trabalho, que são de ordem econômica, social e humana, incidem sobre as empresas, os trabalhadores e a sociedade que, finalmente, responde pelas mazelas sociais.

Enquanto a prevenção não alcança os almejados fins, é necessário aplicar o instituto da responsabilização com a finalidade não só de compensar as vítimas pelos danos sofridos, mas também com intuítos punitivo, preventivo e pedagógico. Como sabido, o capital não tem sensibilidade humana, porém, sente as consequências dos custos financeiros provenientes das indenizações que a cada dia são reconhecidas por decisões judiciais em razão de danos morais, estéticos e materiais (emergentes e por lucros cessantes e pelas chances perdidas), além das indenizações por danos morais coletivos nas ações civis públicas ajuizadas especialmente pelo Ministério Público do Trabalho e, agora, das ações de regresso ajuizadas pela Previdência Social, para se ressarcir dos gastos decorrentes dos acidentes de trabalho que tiverem como causa a culpa patronal. É dizer, a falta de adequação do meio ambiente do trabalho está ficando caro para algumas empresas.

O instituto da responsabilidade civil, em sentido geral, é a razão propulsora do Direito, sendo, por excelência, o mecanismo adequado

para obrigar todo aquele que causa dano a outrem a arcar com os prejuízos decorrentes (CF, art. 5º, V e X, e CC, arts. 186 e 927).

Quanto aos danos ambientais propriamente ditos, concluo, sem maiores dificuldades, com apoio na lei (CF, art. 225, § 3º e Lei n. 6.938/81, art. 14, § 1º), que a responsabilidade do empregador e dos tomadores de serviços é objetiva e solidária.

A Lei n. 6.938/81 — Lei da Política Nacional do Meio Ambiente — estabeleceu no art. 14, § 1º, que:

Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a *terceiros*, afetados por sua atividade. (grifados)

Essa lei foi pioneira sobre o tema, como se vê, criando a responsabilidade civil objetiva para os danos ao meio ambiente e também para os terceiros afetados, numa coerência lógica, pois se para o dano ao meio ambiente a responsabilidade é objetiva, não teria sentido se perquirir da culpa em relação às consequências para as pessoas prejudicadas por esse dano, porque em primeiro lugar, no centro das atenções, está a proteção da pessoa humana e da sua dignidade (CF, arts. 1º e 170).

A Constituição de 1988 realmente avançou sobre a proteção ambiental, dizendo no art. 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as *presentes e futuras gerações*” (grifados), preocupando-se com os danos concretos, efetivos, abstratos e futuros.

Quanto ao sistema de responsabilidade civil ambiental, o § 3º do art. 225 marcou a sua objetividade, estabelecendo que:

As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais

e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A responsabilidade civil ambiental é, pois, objetiva e se baseia na teoria do risco integral, pela qual o agente responde pelos danos decorrentes da sua atividade, independentemente de ser ela lícita ou ilícita, autorizada ou não pelos Poderes Públicos, ou seja, quem causar dano ao meio ambiente responde, sempre, objetivamente, porque o bem protegido é a vida ou a sadia qualidade de vida (CF, art. 225 e Lei n. 6.938/81, art. 3º), como reconhecem com tranquilidade a doutrina e a jurisprudência.

Se para os danos causados ao meio ambiente, nele incluído o do trabalho (CF, art. 200, inciso VII), a responsabilidade civil é objetiva, diferentemente ocorre em relação aos danos à saúde do trabalhador, imperando ainda neste particular a responsabilidade subjetiva, baseada na culpa do agente, o que vem desde as suas origens no nosso direito.

Foi o Decreto n. 7.036/1944 (art. 31) que inaugurou a responsabilidade civil do empregador nos acidentes de trabalho, mas somente para o caso de dolo. A jurisprudência, marchando adiante dos códigos legais, levou à edição, pelo STF, em 1963, da Súmula n. 229, com o seguinte teor: “A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.”

A CF de 1988, evoluindo sobre o tema, reconheceu no art. 7º que:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*: ... XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em *dolo* ou *culpa*. (grifados)

Pelo inciso XXVIII do art. 7º, a responsabilidade do patrão nos acidentes de trabalho existe em qualquer situação de culpa, mesmo a mais leve (negligência, imperícia e imprudência), embora continue, em regra, subjetiva,

como reconhece a jurisprudência dominante (Proc. TRT2, 01748-2007-482-02-00-7, AC 200810488440 4ª Turma).

Mas essa regra comporta exceções, como vêm reconhecendo a doutrina e também a jurisprudência. A base dessa flexibilização está nos fundamentos modernos da responsabilidade civil, que são a proteção da vítima (e não mais do causador do dano, como nos tempos passados), a proteção da dignidade humana (CF, art. 1º), a valorização do trabalho (CF, art. 170) e a sua finalidade exemplar, pedagógica, punitiva e preventiva.

Nessa nova ótica, visando à melhoria da condição social do trabalhador e à responsabilidade civil decorrente de acidente do trabalho, quanto ao fundamento, aplicam-se, além do inciso XXVIII do art. 7º outras disposições legais, reconhecendo-se casos de responsabilidade objetiva.

4. Conclusões

Assim, investigando sobre as repercussões dessa ampliação no tocante aos danos à saúde do trabalhador, após intenso trabalho interpretativo do inciso XXVIII e *caput* do art. 7º, de forma conjunta e sistemática com o § 3º do art. 225 da Constituição e com outros comandos normativos, conclui-se⁽⁵⁾ que:

a) à responsabilidade pelos danos causados à saúde e integridade física e psíquica do trabalhador, quanto ao fundamento, aplica-se não só o inciso XXVIII do art. 7º da Constituição, mas também o § 3º do art. 225 da mesma Lei Maior, o § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, o parágrafo único do art. 927 e os arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único do Código Civil;

b) a interpretação conjunta do *caput* do art. 7º com o seu inciso XXVIII permite a conclusão anterior, vez que são direitos dos trabalhadores, além de outros que visem à sua melhoria, seguro contra acidentes de trabalho e o pagamento de

(5) *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador – Responsabilidades*. 3. ed. São Paulo, LTR, 2008.

indenização por dolo ou culpa do empregador. Significa dizer que se trata de uma garantia mínima do trabalhador e não de um direito do empregador e, assim sendo, as normas infra-constitucionais podem regular de outra forma a questão pertinente ao fundamento da responsabilidade civil, desde que para melhorar a condição social e de vida do trabalhador, como é o caso do § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, do parágrafo único do art. 927 e dos arts. 932, 933 e parágrafo único do art. 942 do Código Civil;

c) assim, nas doenças ocupacionais e nos acidentes decorrentes dos danos ao meio ambiente, por força do que dispõem o § 3º do art. 225 da Constituição e § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/81, a responsabilidade do empregador e tomador de serviços é objetiva⁽⁶⁾;

d) nos acidentes típicos decorrentes de atividades de risco, consideradas assim aquelas atividades potencialmente perigosas, a responsabilidade do empregador e tomador de serviços é também objetiva⁽⁷⁾;

e) nos acidentes em atividades normais, provocados por condições inseguras de trabalho (descumprimento das normas-padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva), a responsabilidade do empregador e tomador de

serviços continua sendo subjetiva; na hipótese, porém, por se tratar a espécie de responsabilidade contratual, inverte-se o ônus da prova para aqueles sobre o cumprimento das obrigações legais e contratuais que lhes incumbe. Quer dizer, são eles que devem provar que tomaram os cuidados necessários para evitar o dano. Se não provarem, responderão pelas reparações atinentes ao caso concreto; se se desincumbirem de tal ônus, isentam-se do dever de reparações⁽⁸⁾;

f) nos acidentes e doenças do trabalho envolvendo servidores públicos, a responsabilidade do ente público é objetiva, por aplicação do art. 37, § 6º da Constituição Federal, uma vez que o § 3º do art. 39 não mandou aplicar aos servidores públicos o inciso XXVIII do art. 7º da mesma Carta, que prevê a responsabilidade por dolo ou culpa do empregador⁽⁹⁾;

g) por ato inseguro de culpa exclusiva do trabalhador, devidamente comprovado pelo empregador ou tomador de serviços, estes ficarão isentos do dever de reparação; havendo culpa recíproca, a indenização será proporcional à conduta de cada um (CC, art. 945);

h) pelos danos causados ao meio ambiente e à saúde do trabalhador por ato ou fato de terceiro (terceirização, quarteirização ou qualquer outro tipo de intermediação de mão de obra), responde o empregador ou tomador de serviços de forma objetiva e solidária⁽¹⁰⁾;

(6) Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado n. 38, nos seguintes termos: "RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇAS OCUPACIONAIS DECORRENTES DOS DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO. Nas doenças ocupacionais decorrentes dos danos ao meio ambiente do trabalho, a responsabilidade do empregador é objetiva. Interpretação sistemática dos arts. 7º, XXVIII, 200, VIII, 225, § 3º, da Constituição Federal e do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81."

(7) Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado n. 37, nos seguintes termos: "RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NO ACIDENTE DE TRABALHO. ATIVIDADE DE RISCO. Aplica-se o art. 927, parágrafo único, do Código Civil nos acidentes do trabalho. O art. 7º, XXVIII, da Constituição da República, não constitui óbice à aplicação desse dispositivo legal, visto que seu *caput* garante a inclusão de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores."

(8) Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado n. 41, nos seguintes termos: "RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho."

(9) Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi aprovado o Enunciado n. 40, nos seguintes termos: "RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. EMPREGADO PÚBLICO. A responsabilidade civil nos acidentes do trabalho envolvendo empregados de pessoas jurídicas de Direito Público interno é objetiva. Inteligência do art. 37, § 6º da Constituição Federal e do art. 43 do Código Civil."

(10) Na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho promovida pela ANAMATRA e TST, em novembro de 2007, foi

i) a responsabilidade do Estado é objetiva com relação aos danos por ele causados ao meio ambiente e à saúde do trabalhador; será subjetiva quando a sua omissão no exercício do poder fiscalizador e de polícia constituir concausa do dano e, por isso, for chamado a responder com o causador direto do evento danoso;

j) nos danos ao meio ambiente, conforme estabelece a lei e reconhece maciçamente a doutrina, inexistem excludentes da responsabilidade civil, pois sopesando-se os interesses do agente do dano e os da coletividade, estes de ordem pública, prevalecem os últimos, quer dizer, a responsabilidade existe independentemente de o ato ser lícito ou ilícito;

k) quanto às reparações a cargo do empregador, admitem a doutrina e a jurisprudência, como causas excludentes, a autolesão, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior. Na primeira hipótese, cabe ao empregador ou tomador de serviços comprovar o

dolo do empregado; na segunda, também cabe àqueles demonstrarem a culpa do trabalhador, e, no caso fortuito e na força maior, deve ficar patente que tais eventos foram exclusivamente os responsáveis pelo dano, inexistindo, assim, qualquer ato patronal concorrente;

l) quanto aos danos ao meio ambiente, a natureza jurídica da responsabilidade civil é dúplice: reparatória, mediante reconstituição do dano ao *statu quo ante* e sancionatória, com finalidade pedagógica voltada à prevenção dos riscos ambientais. Em relação aos danos à saúde do trabalhador, pela impossibilidade, em regra, da sua reconstituição mediante retorno ao *statu quo ante*, a reparação é substituída por indenizações de caráter salarial com relação às prestações pagas pelo seguro oficial e, civil, quanto à obrigação empresarial. Nesta última, responde o empregador ou tomador de serviços por danos materiais (danos emergentes, lucros cessantes e pelas chances perdidas), morais (coletivos e individuais) e estéticos.

aprovado o Enunciado n. 44, nos seguintes termos: "RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO. SOLIDARIEDADE. Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos arts. 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora n. 4 (Portaria n. 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego)."

Mecanismos e formas de precarização do trabalho sob a hegemonia neoliberal: um estudo do percurso brasileiro

Roseniura Santos^(*)

Resumo:

- ▶ As diversas reformas orientadas pelos princípios neoliberais pautaram-se no desprezo ao programa constitucional de proteção ao trabalho. O presente estudo pretende, precipuamente, sistematizar o percurso brasileiro do processo de precarização do trabalho, identificando seus mecanismos e formas, resgatando os aspectos históricos mais relevantes para assim contextualizar o nosso sistema justralhista de proteção nas amplas linhas das dimensões sociológica e econômica do mundo do trabalho.

Palavras-Chave:

- ▶ Precarização do trabalho — Mecanismos — Formas — Percurso brasileiro.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O trabalho sob as lâminas neoliberais: precarização como estratégia do capital
- ▶ 3. Mecanismo e formas de precarização: delimitação referencial
- ▶ 4. Precarização: o percurso brasileiro
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Mestranda em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Auditora Fiscal do Trabalho SRTE/SERGIPE. Professora de Direito do Trabalho da Faculdade Pio Décimo. Membro do Fórum Internacional de Especialistas da UNESCO-UNEVOC (International Centre for Technical and Vocational Education and Training) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito.

1. Introdução

A globalização da economia na fase atual do capitalismo rompeu com os mecanismos de proteção social. Construíram mecanismos de concorrência predatória com efeitos nefastos sobre as políticas sociais. Flexibilização e precarização são elementos essenciais para compreensão das questões sociais contemporânea.

O presente estudo pretende, precipuamente, sistematizar o percurso brasileiro do processo de precarização do trabalho, identificando seus mecanismos e formas, bem como resgatar os aspectos históricos mais relevantes da trajetória brasileira.

2. O trabalho sob as lâminas neoliberais: precarização como estratégia do capital

O fordismo enquanto modo de organização produtiva caracterizou-se pela produção e consumo de massas. A busca pela máxima produção como estratégia de extração do lucro se efetivava pela homogeneização, uniformização e padronização do trabalho.

O fordismo enquanto novo padrão de gestão do trabalho e da sociedade (ou Estado) — sintetiza as novas condições históricas, constituídas pelas mudanças tecnológicas, pelo novo modelo de industrialização caracterizado pela produção em massa, pelo consumo de massa (o que coloca a necessidade de um novo padrão de renda para garantir a ampliação do mercado), pela integração e inclusão dos trabalhadores.⁽¹⁾

O fordismo, assim contextualizado, tinha como linhas mestras a regulamentação e a rigidez. Neste contexto, a associação ao keynesismo foi natural, na medida em que, como observa Harvey:

(...) O Estado teve que assumir novos (keynesianos) papéis e construir novos poderes institucionais; o capital corporativo

teve de ajustar as velas em certos aspectos para seguir com mais suavidade a trilha da lucratividade segura; e o trabalho organizado teve de assumir novos papéis e funções relativas ao desempenho nos mercados de trabalho e nos processos de produção. O equilíbrio de poder tenso mais mesmo assim firme, que prevalecia entre o trabalho organizado, o grande capital corporativo e a nação-Estado, e que formou a base do poder da expansão do pós-guerra.⁽²⁾

A produção em escala era maximizada pelo alto grau de especialização das tarefas organizadas vertical e rigidamente. O modo de organização era, pois inflexível, exigindo atuação institucional e regulatória estáveis. O modelo fordista tendia à deterioração pela saturação inevitável do nível de consumo pelos produtos ofertados em plena escala e pelo seu caráter rígido com imanente dificuldade do sistema em responder às mudanças nas demandas do mercado.

Como observa Harvey:

Havia problemas com a rigidez dos investimentos de capital fixo de larga escala e de longo prazo em sistemas de produção em massa que impediam muita flexibilidade de planejamento e presumiam crescimento estável em mercados de consumo invariantes. Havia problemas de rigidez no mercado, na alocação e nos contratos de trabalho. [...] A rigidez dos compromissos do Estado foi se intensificando à medida que programas de assistência aumentavam sob pressão para manter a legitimidade num momento em que a rigidez na produção restringia expansões da base fiscal para gastos públicos.⁽³⁾

O toytismo surge então como alternativa de superação às dificuldades do fordismo, caracterizando-se pela flexibilidade do processo

(1) DRUCK, Maria Graça da. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo do complexo petroquímico*. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 49.

(2) HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara e Maria Stela Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006. p. 125.

(3) *Ibidem*, p. 135.

produtivo. Como observa Harvey, a acumulação flexível:

(...) é marcada por um confronto direto com a rigidez do fordismo. Ela se apoia na flexibilidade dos processos de trabalho, novos mercados de trabalho, dos produtos e padrões. Caracteriza-se pelo surgimento de setores de produção de produção inteiramente novos, novas maneiras de fornecimento de serviços financeiros, novos mercados e, sobretudo, taxas altamente intensificadas de inovação comercial, tecnológica e organizacional. A acumulação flexível envolve rápidas mudanças dos padrões de desenvolvimento desigual, tanto entre setores como entre regiões geográficas, criando, por exemplo, um vasto movimento no emprego do chamado “setor de serviços”, bem como conjuntos industriais completamente novos em regiões até então subdesenvolvidas (tais como, a Terceira Itália, Flandes, vários vales e gargantas de silício, para não falar da vasta profusão de atividades dos países recém-industrializados.⁽⁴⁾

A reestruturação para a produção flexível se sustentou em discurso e as políticas públicas e organizacionais ideologicamente na desregulamentação do mercado de trabalho e na redução dos custos do trabalho. Observa Castells:

Essas políticas foram decididas e implantadas pelos governos ao redor do mundo, e por instituições econômicas internacionais. É necessário ter uma perspectiva da economia política para entender o triunfo dos mercados sobre os governos: Os próprios governos clamaram por uma vitória, numa tendência suicida histórica. Fizeram isso para preservar/aprimorar os interesses de seus estados, dentro do contexto do surgimento de uma nova economia, e no ambiente ideológico que resultou do colapso do estatismo, da crise do previdencialismo

(4) *Ibidem*, p. 140.

e das contradições do estado desenvolvimentista.⁽⁵⁾

Como destaca Castells:

Assim as reformas objetivavam: aprofundar a lógica capitalista de busca de lucro nas relações capital/trabalho; aumentar a produtividade do trabalho e do capital, globalizar a produção, circulação e mercados, aproveitando a oportunidade das condições mais vantajosas para a realização de lucros em todos os lugares; e direcionar o apoio estatal para ganhos de produtividade e competitividade das economias nacionais, frequentemente em detrimento da proteção social e das normas de interesse público.⁽⁶⁾

O modelo toyotista caracterizou-se pela flexibilização da organização do trabalho e das estruturas institucionais, inclusive do Estado.

A flexibilização do trabalho pela organização em rede entre as empresas por diversas modalidades de contratação e subcontratação, funcionalidade da flexibilização emergente deste novo modelo tecnológico e produtivo engendrada numa construção política observada por Batista:

O Consenso de Washington não tratou tampouco de questões sociais como educação, saúde, distribuição da renda, eliminação da pobreza. Não porque as veja como questões a serem objeto de ação numa segunda etapa. As reformas sociais, tal qual as políticas seriam vistas como decorrência natural da liberalização econômica. Isto é, deverão emergir exclusivamente do livre jogo das forças da oferta e da procura num mercado inteiramente autorregulável, sem qualquer rigidez tanto no que se refere a bens quanto ao trabalho. Um mercado, enfim, cuja plena instituição constituiria o objetivo único das reformas.

(5) CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 3 vols. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 188.

(6) *Ibidem*, p. 55.

Em resumo, uma proposta saudosista, tentada sem sucesso e com consequências negativas na Europa da década de 20, de retorno ao *laissez-faire* do final do século XIX e princípio do século atual, da ordem liberal comandada pelo “padrão ouro”, que a I Guerra Mundial destruiria.⁽⁷⁾

Franco e Druck destacam:

Com a generalizada flexibilização do trabalho nos países centrais, principalmente pela via da terceirização, a nítida linha de separação entre incluídos e excluídos nestas sociedades foi-se tornando mais tênue. A desestabilização do mundo do trabalho — inicialmente dos trabalhadores industriais e, posteriormente, de todos os assalariados, e de todos os que vivem do trabalho — trouxe a redução do emprego “fordista” (trabalho com o corolário de direitos do trabalho e proteção social, característico da era de ouro ou *welfare state*) e a vulnerabilidade de massa (Castel, 1998) com o processo contínuo de fragilização dos trabalhadores estáveis e uma produção sustentada de instáveis. Trata-se de um processo multidimensional, que altera a vida dentro e fora do trabalho. Afeta as relações intergeracionais, bem como as relações dentro das empresas (*just-in-time*, gestão pelo medo, auto-aceleração, práticas participativas forçadas). Esta desestabilização e vulnerabilidade sociais trazem, por sua vez, um processo de desvalorização simbólica (da representação da inserção na estrutura social, no sistema de valores, da autoimagem etc.), como bem colocam Hirata e Pretéccille.⁽⁸⁾

A flexibilização no processo de acumulação flexível decorre da necessidade de adequar o

trabalhador às suas tarefas, mas não se limita a este aspecto. Como afirma Castel:

A flexibilidade não se reduz à necessidade de se ajustar mecanicamente a uma tarefa pontual. Mas exige que o operador esteja imediatamente disponível para adaptar-se às flutuações da demanda. Gestão em fluxo tenso, produção sob encomenda, resposta imediata aos acasos dos mercados tornaram-se os imperativos categóricos do funcionamento das empresas competitivas. Para assumi-los, a empresa pode recorrer à subcontratação (flexibilidade externa) ou treinar seu pessoal para a flexibilidade e para a polivalência a fim de lhe permitir enfrentar toda a gama das novas situações (flexibilidade interna). No primeiro caso, o cuidado de assumir as flutuações do mercado é confiado a empresas-satélites. Podem fazê-lo à custa de uma grande precariedade das condições de trabalho e de muitos riscos de desemprego. No segundo caso, a empresa se responsabiliza pela adaptação de seu pessoal às mudanças tecnológicas. Mas à custa da eliminação daqueles que não são capazes de chegar à altura dessas novas normas de excelência.⁽⁹⁾

As inseguranças do mundo do trabalho (desemprego crescente, heterogeneidade e precarização do mercado de trabalho, desigualdade e exclusão social) transmutam-se elementos exponenciais e estruturantes do capitalismo contemporâneo. Não são puros efeitos, mas elementos congênitos na medida em que organicamente asseguram a formatação do novo trabalhador e garantem a reprodução do capital.

3. Mecanismo e formas de precarização: delimitação referencial

Como instrumento de flexibilização das estruturas reais consolidadas no período fordista, emerge a precarização do trabalho, instalando-se

(7) BATISTA, Paulo Nogueira. O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. In: *Em defesa dos interesses nacionais*: desinformação e alienação do patrimônio público. São Paulo: Paz e Terra, 1994. p. 107.

(8) FRANCO, T. M. A.; DRUCK, G. Mesa redonda: o trabalho contemporâneo: precarização e saúde mental. In *Seminário Nacional de Saúde Mental e Trabalho*, São Paulo, 28 e 29 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br>> Acesso em: 9 out. 2011.

(9) CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 518-518.

uma verdadeira sociedade de risco. cujos traços fundamentais Castel enfatiza:

Foi a relação com o trabalho que mudou profundamente. Ele é daqui para frente vivido por muitos como inquietação. O medo de perder o emprego predomina, e ele deixa de ser uma referência estável e uma garantia de integração à sociedade. Mas é ainda sobre o trabalho, quer se o tenha, quer este falte, quer seja precário ou garantido, que continua a desenrolar-se, hoje em dia, o destino da grande maioria dos atores sociais. Nesse sentido, pode-se continuar a falar de centralidade do trabalho, no sentido de que ele permanece, positivo ou, muitas vezes, negativamente, no centro das preocupações da maior parte das pessoas.⁽¹⁰⁾

Analisando a transformações da questão social, Castel (1997) traz alguns aspectos inerentes ao capitalismo contemporâneo:

a) **desestabilização dos estáveis** envolve o fato de que uma parte da classe operária integrada e dos assalariados está ameaçada pois na fase atual há um bloqueio à mobilidade ascendente;

b) **instalação na precariedade**, como meio de obtenção de flexibilidade, deixa de ser algo provisório e coloca-se como dado objetivo e certo do mercado.

A precarização constitui “processo de redução ou supressão de direitos laborais decorrentes da disseminação de formas de inserção no mercado de trabalho em substituição ao trabalho assalariado e às proteções a ele associadas” (GALEAZZI e HOLZMANN: 2011, p. 259-260). E se processa mediante múltiplas dinâmicas de formas e mecanismos.

Espelhando o caráter estrutural, propõe-se aqui uma sistematização geral a partir dos seguintes parâmetros de classificação do processo de precarização a partir de:

a) **Mecanismos básicos** que promoveram o ajuste flexibilizante na estrutura de acumulação capitalista contemporânea;

(10) CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 157.

b) **Formas** de acionamentos dos mecanismos precarizantes de que se investiu a organização capitalista no estágio atual.

Franco e Druck (2009) formulam uma tipologia que tem como pano de fundo o critério dos mecanismos de precarização, identificando seis modalidades de precarização do trabalho:

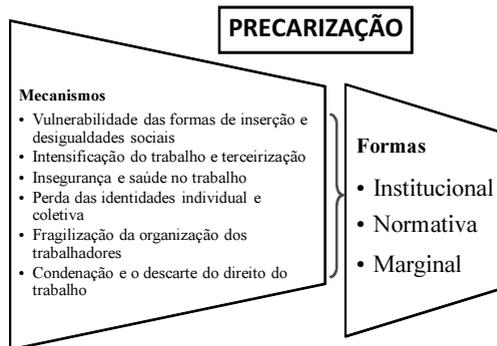
- vulnerabilidade das formas de inserção e desigualdades sociais;
- intensificação do trabalho e terceirização;
- insegurança e saúde no trabalho;
- perda das identidades individual e coletiva;
- fragilização da organização dos trabalhadores;
- condenação e o descarte do Direito do Trabalho.

A tipologia das autoras revela os mecanismos estratégicos da produção capitalista. No entanto, observa-se que cada tipo pode se efetivar, assumindo formas distintas de acionamento de tais mecanismos de precarização.

A precarização categorizada segundo a forma pode ser classificada em três modalidades:

- institucional** consistente em promoção da precarização pela intervenção em instituições ou organismos sociais;
- normativa** expressa nas interferências no plano da regulação jurídica;
- marginal** manifesta em práticas fraudulentas postas às margens da esferas institucional e normativa mediante tolerância induzida pela força do capital.

De modo sintético, a precarização pode ser categorizada conforme quadro seguinte:



4. Precarização: o percurso brasileiro

A pacto constitucional de 1988 significou avanço inegável consubstanciado na proeminência de capítulo normativo dedicado à ordem social com bases estruturantes de um Estado de Bem-Estar Social. Entretanto, a partir de 1990, tem-se sucedido reformas e redirecionamento das conquistas de 1988, especialmente, comandada por um programa neoliberal obstinado na reestruturação produtiva de acumulação flexível.

Os anos 1990 são marcados pelo discurso midiático, político e intelectual de plena defesa da reforma do Estado que fora apontado como a causa das crises econômicas e sociais. Ao mesmo tempo em que ideologicamente, a Lei Maior é tachada como causa do atraso no desenvolvimento do país.

Processaram-se paralelamente sucessivas emendas constitucionais. A reforma avança sob a regência das classes dominantes que conduz uma modernização conservadora revelando visceralmente antidemocrático, pragmático e imediatista (BEHRING: 2008).

Configura-se então um quadro de retrocesso social com aumento da pobreza e consequente

demanda por benefícios e serviços sociais. Na expressão de Soares (2000), implanta-se um Estado de Mal-Estar Social.

Nesse horizonte, a Magna Carta perdeu sua força hierárquica de regulação uma vez que diversas promessas constitucionais não foram efetivadas e outras tantas ignoradas, desconstituindo o pacto social de 1988.

Sob a ideologia neoliberal, a flexibilização da regulação de direitos sociais e reforma do Estado brasileiro são apresentados como condição necessária para a inserção competitiva no mercado internacional e meio indispensável para o desenvolvimento econômico do país.

O percurso brasileiro possui a peculiar condição acentuada por Soares (*apud* BEHRING p. 250) de que “o país foi pego a meio caminho na sua tentativa tardia de montagem de um Estado de Bem-Estar Social”.

Tal processo foi atropelado pelo avanço do ataque neoliberal cujo percurso se pretende sistematizar a partir do referencial exposto no tópico anterior.

Nas tabelas seguintes, desenha-se o percurso brasileiro, pontuando os mais relevantes aspectos históricos:

Forma	Mecanismo	Período	Conteúdo da medida precarizante
Institucional	Fragilização da organização dos Trabalhadores — Sindicatos	1990	Edição da Medida Provisória (MP) n. 215, de 30 de agosto de 1990 que, em seu art. 1º, estipulou que “Fica extinta a Contribuição Sindical, de que tratam os arts. 578 e 610 da Consolidação das Leis do Trabalho”. Referida MP não foi objeto de apreciação pelo Congresso Nacional, no prazo previsto no parágrafo único do art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal (30 dias). Por isso, o Poder Executivo reeditou MP’s: n. 236, de 28 de setembro de 1990, n. 258, de 31 de outubro de 1990, n. 275, de 30 de novembro 1990 para manter extinção. A MP n. 275 examinada pelo Congresso Nacional, foi transformada no projeto de conversão n. 58 aprovado pelo Congresso prevendo extinção progressiva da contribuição sindical (20% por ano), a partir de 1991. Em 1995, extinguir-se-ia tal contribuição, no entanto, o Presidente da República vetou o projeto aprovado.
		1995	A MP n. 1053/1995 efetiva no bojo do Plano real a desindexação dos salários, deixando os reajustes à livre negociação coletiva.

Forma	Mecanismo	Período	Conteúdo da medida precarizante
Institucional	Fragilização da organização dos Trabalhadores — Sindicatos	1995	Processo de enfraquecimento dos sindicatos líderes — Sindicatos dos Petroleiros, Bancários e Servidores Públicos. Especialmente, durante a greve de maio de 1995, os petroleiros resistiram às pressões do governo. Milhares de trabalhadores foram demitidos e ao fim foi declarada a ilegalidade com aplicação pelo TST multas milionárias. A medida teve efeito desmobilizante sobre outras categorias.
			Editada a Portaria n. 865/1995 do Ministério do Trabalho que estabelecia critérios para fiscalização de condições de trabalho constantes de convenções ou acordos coletivos de trabalho. A norma gerava freios à inspeção do trabalho, afetando a eficácia da negociação coletiva e, por consequência, prejudicava politicamente os sindicatos Revogada somente em 2004 pela Portaria n. 143/2004.
		1999	A Emenda Constitucional n. 24/1999 altera a estrutura da Justiça do Trabalho, extinguindo a representação classista em todos os níveis.
		2001	Após ataque ao movimento sindical instala-se campanha de fortalecimento da Negociação Coletiva. Encaminha-se Projeto de Lei n. 5.483, de 2001, que propunha alterar o art. 618 da CLT, determinando que: "as condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho". Na justificativa, o ministro do Trabalho Francisco Dornelles acentua que a iniciativa continua no mesmo caminho de proposições anteriores de flexibilização da lei consolidada. A tramitação será em regime de urgência constitucional. A MP n. 2.180-35/2001 introduziu o art 2º-A da LACP, limitando os efeitos da sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados a apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.
		2004	A Emenda Constitucional n. 45/2004 altera a competência da Justiça do Trabalho prevista no art. 114, retirando-se importante instrumento de pressão política dos sindicatos (o dissídio judicial). O § 2º do art. 114 a partir de então exige a concordância dos respectivos sindicatos para ajuizar dissídio coletivo em caso de recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem.
	Ingerência na atuação da Inspeção do Trabalho	1995	Editada a Portaria n. 865/1995 do Ministério do Trabalho que estabelecia critérios para fiscalização de condições de trabalho constantes de convenções ou acordos coletivos de trabalho.

Forma	Mecanismo	Período	Conteúdo da medida precarizante
Institucional	Ingerência na atuação da Inspeção do Trabalho	1995	A norma gerava freios à inspeção do trabalho, afetando a eficácia da negociação coletiva ao dispõe em seu art. 4º a ilegalidade de cláusulas pactuadas em convenção ou acordo coletivo ensejaria apenas a comunicação do fato à chefia imediata, que o submeterá à consideração da autoridade regional. No período de vigência, a fiscalização do trabalho teria que respeitar mesmo se abusivas as cláusulas fixadas em negociação coletiva. Somente revogada pela Portaria n. 143, de 5.4.2004.
		1999	Implanta-se o Programa de Transformação do MTE que visava a construção de um “Novo Perfil da Fiscalização do Trabalho”, MP n. 1.952-18/1999 promoveu a inserção do art. 627-A na CLT para dar sustentação ao programa. Com efeito, o art. 627-A da Consolidação das Leis do Trabalho passou a permitir que o Auditor-Fiscal do Trabalho promova a ação fiscal mediante a instauração de “Mesas de Entendimento”, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso firmado pelo empregador infrator sem lavratura da autuação prescrita no art. 628 da CLT e sem aplicação de multa.
		2006	A Lei Complementar n. 123/2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte declarando como direito a fiscalização orientadora. O art. 55 preceitua que a fiscalização, inclusive a trabalhista deverá ter natureza prioritariamente orientadora, quando a atividade ou situação, por sua natureza, comportar grau de risco compatível com esse procedimento. A norma impõe também observância ao critério de dupla visita para lavratura de autos de infração, ressalvadas as hipóteses apenas à infração por falta de registro de empregado ou anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização.
		2007	Precedente do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo declara a fiscalização do trabalho incompetente para reconhecer e declarar a relação de emprego não formalizada regularmente. (ACÓRDÃO N.: 20070036823/PROCESSO TRT/SP N.: 01096200601702008). A decisão impediria os fiscais de intervir em todas as situações de informalidade do trabalho. Posteriormente, foi alterada pela TST e não foi seguida por outros tribunais.
	Ataque à atuação do Ministério Público do Trabalho	1997	A partir da Constituição de 1988, O Ministério Público do Trabalho foi dotado de instrumentos de intervenção judicial em defesa dos interesses coletivos. Especialmente por meio Ação Civil Pública (ACP) regulada pela Lei n. 7.347/85 (LACP) buscou-se reparar danos causados aos bens de interesse social.

Forma	Mecanismo	Período	Conteúdo da medida precarizante
Institucional	Ataque à atuação do Ministério Público do Trabalho	1997	A efetividade da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário mediante decisões com eficácia geral e imediata em defesa do meio ambiente do trabalho e da dignidade das condições de trabalho é uma das razões das sucessivas modificações da LACP. A MP n. 1.570/1997 altera o art. 16 para limitar os efeitos da sentença civil ao âmbito da competência territorial do órgão prolator o que impediria que a sentença fosse obrigatória em todo território em que se estendesse a lesão a direitos e interesses sociais. Na ADInMC n. 1.576/DF, o Plenário do STF entendeu constitucional a nova redação do art. 16 da LACP.
		2001	A MP n. 2.180-35/2001 introduziu no art. 1º da LACP, o parágrafo único, excluindo do alcance da ACP as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.
	Ataque à atuação da Justiça do Trabalho	1999	Por causa da reivindicação dos magistrados por aumento do teto remuneratório aliado a decisões judiciais no sentido de reverter a desindexação salarial, a Justiça do Trabalho foi alvo de campanha capitaneada pelo então presidente do Senado, Antônio Carlos Magalhães (PFL-BA); em reação, juízes federais fizeram uma inédita greve em oito Estados e no Distrito Federal para protestar contra o governo e reivindicar o aumento do teto salarial. ACM chegou a propor a extinção da justiça do trabalho.
		2000	A Lei n. 9.958/2000 cria as Comissões de conciliação prévia (CCP) para conciliar os conflitos individuais do trabalho obrigatoriamente antes de ajuizar reclamação ao judiciário trabalhista.
		2004	A Emenda Constitucional n. 45/2004 altera a competência da Justiça do trabalho prevista no art. 114. Retira-se importante instrumento de pressão política dos sindicatos (o dissídio judicial). O § 2º do art. 114 afasta a competência normativa da Justiça do Trabalho, exigindo a partir de então a concordância dos respectivos sindicatos para ajuizar dissídio coletivo em caso de recusa de qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem.
	Normativa	Descarte do Direito do Trabalhador	1994
1995			Editada a Portaria n. 865/1995 do Ministério do Trabalho que estabelecia critérios para fiscalização de condições de trabalho constantes de convenções ou acordos coletivos de trabalho.

Forma	Mecanismo	Período	Conteúdo da medida precarizante
Normativa	Descarte do Direito do Trabalhador	1995	A norma gerava freios à inspeção do trabalho, afetando a eficácia da negociação coletiva ao dispor em seu art. 4º a ilegalidade de cláusulas pactuadas em convenção ou acordo coletivo que ensejaria apenas a comunicação do fato à chefia imediata, que o submeterá à consideração da autoridade regional. No período de vigência, a fiscalização do trabalho teria que respeitar, mesmo se abusivas, as cláusulas fixadas em negociação coletiva. Somente revogada pela Portaria n. 143, de 5.4.2004.
		1996	A Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996) é aprovada, regulando a arbitragem. A possibilidade de resolver conflitos trabalhistas em câmaras de arbitragem ganhou força. A Jurisprudência da Justiça do Trabalho resiste e não admite a arbitragem em conflitos individuais, mas apenas coletivos. Pelo Decreto n. 1.855, de 10.4.1996 foi promulgada a Convenção n. 158 da OIT/1982. A convenção internacional mencionada assegura proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa em harmonia com o art. 7º, I da Constituição Federal brasileira de 1988. Após primeiras decisões da Justiça do Trabalho, aplicando a norma internacional, pelo Decreto n. 2.100/1996 denunciou a assinatura da Convenção da OIT n. 158.
		1997	A Lei de Privatização (Lei n. 9.491/1997) permite e estimula a utilização nos processos de privatização.
		1998	Regulação do banco de horas pela MP n. 1.709-1/1998 que alterou a CLT, incluindo o art. 59. A mesma MP n. 1.709-1/1998 acrescentou o art. 58-A da CLT, prevendo o trabalho em regime de tempo parcial. A Lei n. 9.601/1998 flexibiliza o marco regulatório do contrato de trabalho permitindo livremente a contratação por prazo determinado mediante convenções e acordos coletivos de trabalho e em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento. A Lei n. 9.608/1998 regula o serviço voluntário, declarando no § 1º do art. 1º que o serviço voluntário não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista previdenciária ou afim. A alteração normativa sinaliza e fornece meios para a proliferação de contratação fraudulenta especialmente por intermédio de instituições não governamentais.
		1999	Editada Lei n. 9.801/1999, dispendo sobre as normas gerais para perda de cargo público por excesso de despesa.
		2000	Editada Lei n. 9.958/2000 que promoveu uma série de alterações na Consolidação das Leis do Trabalho, com a criação das Comissões de Conciliação Prévia, inserindo-se no texto consolidado os arts. 625-A a 625-H, art. 877-A, bem como alterando-se a redação do art. 876. As CCPs podem ser constituídas no âmbito da empresa, de grupos de empresariais ou de sindicatos.

Forma	Mecanismo	Período	Conteúdo da medida precarizante
Normativa	Descarte do Direito do Trabalhador	2000	Objetivou-se por intermédio das CCP's conciliar os conflitos individuais do trabalho. A submissão às CCP's é posta como obrigatória e como condição necessária para eventualmente ajuizar reclamação ao judiciário trabalhista. A MP n. 1.982-77/2000 convertida na Lei n. 10.101/2000 dispôs sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa com isenção de encargos fiscais (FGTS, INSS e imposto de renda).
		2001	A Lei n. 10.243/2001 afasta o caráter salarial e as incidências fiscais (INSS e FGTS) sobre parcelas relativas à educação, assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde, seguros de vida e de acidentes pessoais (inclusão do § 2º do art. 458 da CLT). A MP n. 2.164-41, de 2001 inclui na CLT o art. 476-A que permite a suspensão do contrato por um período de dois a cinco meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador sem qualquer encargo fiscal e trabalhista.
		2003	É proposto pelo Ministro Jaques Wagner o fim da multa indenizatória de 40% sobre o FGTS. Editada MP n. 130/2003, convertida Lei n. 10.820, de 17.12.2003 concedeu a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento dos empregados regidos pela CLT. O art. 1º declara que poderão autorizar, de forma irrevogável e irretroatável, o desconto em folha de pagamento dos valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, quando previsto nos respectivos contratos. A norma quebra todo o sistema de proteção aos salários.
		2005	Aprovada a nova Lei de Falência (Lei n. 11.101/2005) que rompeu com a a prioridade absoluta dos créditos trabalhistas em caso de falência. O pagamento com garantia de prioridade fica restrita a créditos até 60 salários mínimos. Afasta-se também a sucessão trabalhista pelo leilão judicial. A aquisição de empresas falidas passa ser sem ônus para o comprador que não mais será responsabilizado pelo débitos trabalhistas e previdenciários. Lei n. 11.196/2005 tratando de questões tributárias, estabelece no seu art. 129 manda aplicar aos prestadores de serviços intelectuais as normas aplicáveis às pessoas jurídicas. Vejamos: Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil.

Forma	Mecanismo	Período	Conteúdo da medida precarizante
Normativa	Descarte do Direito do Trabalhador		Confere-se legalidade à prática de pejetização para os profissionais liberais. Cabe observar o veto presidencial ao parágrafo único aprovado no Congresso Nacional: VETADO — Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica quando configurada relação de emprego entre o prestador de serviço e a pessoa jurídica contratante, em virtude de sentença judicial definitiva decorrente de reclamação trabalhista. O dispositivo vetado sinaliza a possibilidade de reconhecer a relação de emprego eventualmente encoberta ainda que condicionada à decisão judicial final. O veto presidencial é eloquente, indicando o objetivo de cancelar a prática da pejetização.
		2006	A Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno. A lei altera o art. 58 da CLT dando nova redação ao seu § 3º autorizando as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de acordo ou convenção coletiva, a fixarem pagamento das horas <i>in itinere</i> pelo tempo médio despendido pelo empregado, bem como eleger a forma e a natureza da remuneração.
		2007	Editada Portaria do Ministério do Trabalho n. 42, de 28 de março de 2007, autorizando a redução de intervalo intrajornada (para repouso e alimentação) mediante acordo ou convenção coletiva. Revogada somente em 2010 pela Portaria n. 1.095, de 19 de maio.
Forma		Práticas precarizantes	
Marginal		Insegurança e saúde no trabalho	
		Intensificação do trabalho e terceirização	
		Perda das identidades individual e coletiva	
		Vulnerabilidade das formas de inserção e desigualdades sociais	
		Insegurança e saúde no trabalho	

5. Considerações finais

A sistematização do percurso brasileiro do processo de precarização do trabalho revela que o mercado de trabalho regulado sofreu mutações induzidas por processos de precarização por reformas em instituições e no ordenamento jurídico e pela tolerância de práticas fraudulentas ao sistema de proteção trabalhista.

Destaca-se na trajetória brasileira uma forte concentração da fragilização das instituições de regulação do trabalho (sindicatos, fiscalização, Ministério Público e Justiça do Trabalho) como mecanismo indireto de precarização das condições de trabalho. No entanto, claramente,

a estratégia principal foi a intervenção legislativa como sinalizador e indutor do processo de institucionalização de práticas ilegais evasivas à proteção legal trabalhista. A exemplo da reiterada declaração normativa de inexistência de vínculo de emprego nas hipóteses de cooperativas de trabalho, trabalho voluntário, estágio, pejetização.

Inúmeras práticas fraudulentas são postas inicialmente sob a tutela da tolerância estatal; ganharam, pelas alterações legislativas, ar de legalidade, referendando a abertura epidêmica de estágios, cooperativas, trabalho voluntário.

Apesar disso, houve pontos de resistência por intermédio dos agentes de inspeção do trabalho, membros do Ministério Público do Trabalho e Poder Judiciário que barraram muitas das investidas neoliberais. Estas instituições conseguiram limitar a ampla chancela normativa à negociação coletiva no campo da saúde e segurança, às CCPs, à arbitragem nas relações individuais.

O retrospecto aqui delineado evidentemente não desvenda a inteireza da complexidade histórica, mas que pode contribuir para representar um conhecimento para a ação, como conclama Bourdieu:

Neste caso mais que nunca, a análise rigorosa das situações e das instituições é sem dúvida o melhor antídoto contra visões parciais e contra todos os maniqueísmos muitas das vezes associados às complacências farisaicas do pensamento “comunitarista” — que através das representações que geram e das palavras em que se expressam, são frequentemente carregados de consequências mortíferas.⁽¹¹⁾

Faz-se premente contextualizar o sistema jurídico trabalhista no amplo horizonte dos fundamentos sociológicos e econômicos contemporâneos de modo que o operador do direito não perca de vista a dimensão da realidade sobre a qual as interpretações e aplicações normativas incidirão.

6. Referências bibliográficas

ANTUNES, R. As novas formas de acumulação do de capital e as formas contemporâneas de estranhamento (alienação). In: *Caderno CRH*, Salvador, n. 37, p. 23-46, jul./dez. 2002.

_____. *Os sentidos do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.

_____. Dimensões da precarização estrutural do trabalho. In: DRUCK, G.; FRANCO, T. *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 13-22.

(11) BOURDIEU, P. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 35-36.

ARNAUD, André-Jean et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Patrice Charles, F. X. Willlaune. 1. ed. brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BATISTA, Paulo Nogueira. O consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. In: *Em defesa dos interesses nacionais: desinformação e alienação do patrimônio público*. São Paulo: Paz e Terra, 1994.

BEHRING, Elaine Rossetti. *Brasil em contra-reforma: desestruturação do Estado e perdas de direitos*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 248-280.

BOSCHETTI, Ivanete. A política de seguridade no Brasil. In: *Serviço social: direitos sociais e competências profissionais*. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009. p. 323-338.

BOURDIEU, P. *O neoliberalismo, utopia (em vias de realização) de uma exploração sem limites*. Contrafogos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 135-149.

_____. *A precariedade está em toda parte*. Contrafogos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. p. 119-127.

_____. *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1992.

_____. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. *A miséria do mundo*. Petrópolis: Vozes, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CASTEL, Robert. As transformações da questão social. IN: BÓGUS, L; YAZBEK, M. C.; BELFIORE-WANDERLEY, M. (Orgs.). *Desigualdade e a questão social*. São Paulo: EDUC, 1997. p. 161-190.

_____. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. *Las desregulaciones del trabajo in el ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010. p. 59-142.

CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura*. 3 vols. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

DUPAS, Gilberto. *Economia global e exclusão social: pobreza, emprego, Estado e o futuro do capitalismo*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

- DRUCK, Maria Graça da. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica: um estudo do Complexo petroquímico*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- DRUCK, M. G. Flexibilização e precarização do trabalho: novas formas de dominação social e política. In: *Flexibilização e precarização do trabalho: novas formas de dominação social e política*. 2005 Porto Alegre. Grupo de trabalho 19: Reestructuración Productiva, Trabajo y Dominación Social, 2005.
- _____. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? In: *CAD. CRH [on-line]*, vol. 24, p. 37-57, 2011.
- DRUCK, M. G.; BORGES, A. Flexibilidade e precarização: a desestruturação do mercado de trabalho e a nova informalidade. In: *Seminário: las nuevas formas de trabajo emergentes en América Latina en la era post-neoliberal*, 2004. Rio de Janeiro. Las nuevas formas de trabajo emergentes en América Latina en la era post-neoliberal. Buenos Aires: Clasco, 2004.
- FILGUEIRAS, L. (1997). A desestruturação do mundo do trabalho e o “mal estar” desse fim de século. *Cadernos do CEAS* (171): 9 - 29.
- FRANCO, T. M. A.; DRUCK, G. Mesa redonda: o trabalho contemporâneo: precarização e saúde mental. In: *Seminário Nacional de Saúde Mental e Trabalho*, São Paulo, 28 e 29 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.fundacentro.gov.br>> Acesso em: 9 out. 2011.
- GALEAZZI, Irene; HOLZMANN, Lorena. In: A. Cattani e L. Holzmann (Orgs.). *Dicionário de trabalho e tecnologia*. Porto Alegre: Ed. da Universidade UFRGS. p. 259-264.
- GALVÃO, Andreia. *Neoliberalismos e reforma trabalhista no Brasil*. Tese (doutorado). Orientador Armando Boito Junior. UNICAMP, 2003.
- GIDDENS, Anthony. *Em defesa da sociologia — Ensaíos, Interpretações e Tréplicas*. São Paulo: Editora UNEPS, 2001.
- GORZ, André. *Adeus ao proletariado*. Para além do socialismo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.
- GOUNET, T. Concorrência e estratégia de acumulação na indústria automobilística. In: *Fordismo e toyotismo*. São Paulo: Boitempo, 1999.
- GRANEMANN, Sara. PAC: afirmação do parasitismo do capital sobre o trabalho. *Revista Pol. Públ.*, v. 11, n. 1, p. 35-56, jan./jun. 2007.
- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução de Adail Ubirajara e Maria Stela Gonçalves. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- IVO, Anete B. L. The redefinition of the social issue and the rethoric on poverty during the 90'. In: ALBERTO; DEAN, Hartley; SIQUEIRA, Jorge (Eds.). *The poverty of the state: reconsidering the role of the state in the struggle against global poverty*. Buenos Aires: CLACSO/CROP, 2005. p. 65-90.
- MATTOSO, J. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995.
- NEVES, Marcelo. *A Constituição simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Difel, 1984.
- _____. *Capitalismo desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1985. 322 p.
- POCHMANN, Márcio. *O trabalho sob fogo cruzado: exclusão, desemprego e precarização no final do século*. São Paulo: Contexto, 2000.
- _____. *Desenvolvimento, trabalho e renda no Brasil*. São Paulo: Editora Perseu Abramo. Disponível em: <<http://www.fpabramo.org.br>> Acesso em: 30 jun. 2011.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- THÉBAUD-MONY E DRUCK. Terceirização: a erosão dos direitos dos trabalhadores na França e no Brasil. In: DRUCK, G.; FRANCO, T. (Orgs.). *A perda da razão social do trabalho: terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, Coleção Mundo do Trabalho, 2007. p. 23-58.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.
- UGARTE CATALDO, José Luís. La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo. *Gaceta Laboral*, vol. 11, n. 1, p. 23-50, abr. 2005.

O devido processo legal e o dever de motivação na despedida de empregado público

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira^(*)

Resumo:

- ▶ O art. 7º, I do Texto Constitucional, ao instituir o direito do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, não assegurou poder potestativo de denúncia contratual vazia ao empregador. Nesse trilhar, data vênua, incorreta é a inteligência da OJ n. 347, I do C. TST, permitindo a despedida de empregado público vinculado à empresa pública ou sociedade de economia mista de forma imotivada, pois tal ato, por ser administrativo, requer necessária motivação que, ignorada, ofende o devido processo legal, garantia também observada no âmbito das relações privadas.

Palavras-chave:

- ▶ Empregado público — Despedida imotivada — Poder potestativo de despedir — Devido processo legal — Dever de motivação — relação jurídica entre particulares.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Ideologia do “poder” do empregador
- ▶ 3. Ultrapassando o “poder potestativo” de despedir
- ▶ 4. Revisitando a boa-fé
- ▶ 5. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade
- ▶ 6. Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais
- ▶ 7. O dever de motivação na despedida de empregado público
- ▶ 8. O devido processo legal na despedida do empregado público. Notas conclusivas
- ▶ 9. Referências bibliográficas

(*) Juíza Auxiliar da 3ª Vara do Trabalho de Salvador. Mestranda em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professora convidada no curso de pós-graduação *lato sensu* desta instituição, assim como da Faculdade Baiana de Direito. Especialista em Direito Processual Civil e do Trabalho pela Universidade Potiguar. Integrante do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região e da Escola Associativa da AMATRA 5.

1. Introdução

Diante da concepção dominante acerca do poder potestativo de o empregador despedir o empregado sem motivação, intenta-se analisar se no direito brasileiro tal poder restou assegurado. Para tanto, longe da pretensão de esgotar o assunto, será estudada a eficácia do art. 7º, I do texto constitucional, passando pelo princípio da boa-fé, na sua ramificação do dever de informação, para posteriormente explorar o alcance do devido processo legal nas relações privadas, assim como o dever de motivação como impedimento à dispensa do empregado público vinculado às empresas estatais.

2. Ideologia do “poder” do empregador

É entendimento já há muito tempo consolidado, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o contrato de emprego confere ao empregador poderes, dentre os quais o poder disciplinar, podendo o tomador de serviços aplicar ao empregado sanções pelas faltas por este cometidas, sendo a despedida o ápice do exercício do aludido poder, deixando tal entendimento evidenciado que o contrato empregatício possui peculiaridades que não guardam simetria com qualquer outro liame⁽¹⁾.

A ideia de sujeição a um ente superior está na própria ideologia do contrato social, onde ao Estado é dado o poder de punir o cidadão, caso este transgrida as regras imperativas por aquelas criadas, de forma democrática ou não. Tal ideologia foi transplantada para o Direito do Trabalho, exatamente por se considerar que a empresa é um grande centro de poder⁽²⁾,

onde figuraria como mentor o empregador, que pode, em tese, estabelecer regras a serem observadas pelos empregados, assim como dirigir as atividades destes e até puni-los, caso as regras unilateralmente criadas não sejam cumpridas; paradigma ideológico este que tem sido ao longo do tempo seriamente criticado, embora ainda nos dias atuais permaneça dominante, mesmo com tantas modificações no modo de se trabalhar.

Desde o surgimento do “empregado”, logo no período após a primeira Revolução Industrial, aos operários das fábricas capitalistas foi imposta não só uma rígida disciplina, mas também uma política de punição fervorosa e, tendo-se em vista o afastamento dos castigos corporais advindos da época da escravidão e do feudalismo, castigavam-se os empregados com multas severas, o que, de mais a mais, também se constituía em uma reprimenda física, já que o obreiro restava privado de seu próprio sustento.

A ideologia institucional do início do século XIX é fincada no doutrinamento do empregado na fábrica, que, ao se vincular ao emprego, “ingressava para uma grande família” e, como a “empresa” seria a detentora do “poder”, todos os episódios de indisciplina não poderiam ser tolerados, pois o empregado rebelde ou letárgico⁽³⁾ não prejudicaria só a si, mas também aos outros, integrantes da “família”.

desenvolvimento alternativas ao que existe. Nesse sentido, ela reflete em si boa parte dos problemas inerentes ao sistema político e institucional que consagra como ponto de referência. Isto porque, também é uma organização que exerce poder privado sobre as pessoas. Poder social e econômico, mas também técnico-jurídico, que se realiza através do reconhecimento a um sujeito, em uma relação de débito e crédito, de poderes e faculdades negadas a outro, ou seja, poder de impor juridicamente ao outro as próprias decisões. Na empresa, configura-se uma verdadeira autoridade privada simbolizada no âmbito de organização e direção do empresário” (BAYLOS, Antonio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. Tradução Flávio Benites e Cristina Schultz, São Paulo: LTr, 1999. p. 117).

(3) Sintetizando, explica Carmo que: “A linha de montagem, criada por Henry Ford (1863-1947) na fabricação em massa de automóveis, seguiu a trilha aberta por Taylor. Essa atividade em cadeia elevou o grau de mecanização

-
- (1) “O poder, no âmbito da empresa, embora seja um fenômeno unitário, tende a se concretizar através de níveis distintos, os quais se combinam. De fato, o empregador o exerce de variadas formas, podendo-se falar nas dimensões do poder empregatício.” (PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho*. Uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009. p. 41.)
- (2) No dizer de Antonio Baylos, “a empresa é a organização econômica e social sobre a qual o sistema democrático se apoia e que impõe limites às possíveis opções de

Dissertando sobre a teoria institucionalista na *Ley de Contrato de Trabajo* de 1944 no Direito espanhol, Gil e Gil pontifica que:

Em nosso país, a teoria institucionalista sublinhou os aspectos comunitários da relação laboral, isto é, a ideia de um fim comum, para cuja consecução hão de colaborar empresários e trabalhadores, e que justifica a atribuição originária dos poderes de organização ao chefe da empresa, a fim de que esta possa alcançar aquele fim.⁽⁴⁾

A própria máquina já servia para disciplinar o empregado, pois, como os movimentos eram extremamente repetitivos, em um determinado momento, o obreiro passava a se confundir com o próprio instrumento de trabalho e todo esse ambiente era um campo fértil para a aceitação dócil da ideia segundo a qual ao empregador era dado punir ou mesmo despedir o empregado sem qualquer motivação, quando entendesse que o respectivo obreiro não estava mais contribuindo para a “grande família”; pensamento institucional este que é a base do poder potestativo de resilir o contrato de emprego por meio de denúncia vazia, sem qualquer apresentação de motivos, o que, aqui no Brasil tem se consolidado ao longo de toda a nossa história capitalista, mesmo após a chegada da Constituição Federal de 1988.

no trabalho, reduzindo ainda mais a iniciativa e a autonomia dos operários. Ao ditar a cadência do trabalho, a linha de montagem permite um grau de padronização da mão de obra que elimina o operário zeloso ou o preguiçoso, pois ambos retardariam a marcha da produção. Através da esteira transportadora o fordismo fixa o operário em seu posto, fazendo com que as peças e os componentes venham até ele” (CARMO, Paulo Sérgio do. *A ideologia do trabalho*. São Paulo: Moderna, 1993. p. 44).

- (4) Tradução livre. No original: “En nuestro país, la teoría institucionalista subrayó los aspectos comunitários de la relación laboral, esto es, la idea de un fin común, para cuya consecución han de colaborar empresarios y trabajadores, y que justifica la atribución originaria de los poderes de organización al jefe de la empresa, a fin de que ésta pueda alcanzar aquel fin.” (GIL y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003. p. 188).

Não se questiona mais profundamente também o fato de todos os empregadores, munidos de seu “poder disciplinar”, punirem seus empregados com advertências ou suspensões contratuais, ainda que sem salário; procedimentos estes sequer previstos na nossa legislação, embora extremamente repetidos, sobretudo na jurisprudência, que, inclusive, indica um *iter* a ser observado pelo tomador de serviços, para que este, em observância ao princípio da imediatidade, possa “punir” o empregado faltoso.

Outros países, a exemplo da Espanha, possuem não só um rol exaustivo de possibilidades punitivas para o empregado, mas também as possíveis faltas por este cometidas (art. 60.2 do Estatuto dos Trabalhadores), mas aqui no Brasil não há na legislação trabalhista qualquer menção à possibilidade de advertências ou suspensões disciplinares, sendo certo que a aplicação das mesmas ultrapassa as faculdades empregadoras legalmente estabelecidas, mas, ainda assim, não se questiona seriamente tal “poder” empregatício, o que denota ainda mais que normalmente não se percebe que o procedimento deriva de ideologia institucional e extremamente totalitária da empresa, não mais com lugar no Estado Democrático.

Outro paradigma dominante que não se explica constitucionalmente é o chamado “poder potestativo” de despedir o empregado sem qualquer apresentação de motivos, decorrente da mesma ideologia já indicada ao norte e herdada até os dias atuais sem maiores críticas, mesmo tendo sido inserido no art. 6º da Carta Política de 1988 o Direito ao Trabalho e a sua proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa mais adiante, no art. 7º.

3. Ultrapassando o “poder potestativo” de despedir

Muito se comenta e até se afirma doutrinária e jurisprudencialmente que o empregador detém poder potestativo de despedir o empregado sem a apresentação prévia de motivos,

mesmo diante da redação do 7º, I da Constituição Federal de 1988, que em sua literalidade dispõe: São direitos do trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Mais adiante, o indigitado Dispositivo Legal estabelece que a indenização compensatória pela despedida arbitrária será estabelecida pela Lei Complementar, que até os dias atuais, não obstante quase vinte e quatro anos após a promulgação da Constituição, ainda não foi sequer votada.

Somente a título de comparação, outros países ocidentais há muitos anos já possuem regras protegendo a relação de emprego contra as despedidas arbitrárias, a exemplo de Itália, Portugal, Alemanha e Espanha; Estados que somente permitem a despedida de empregados pelo empregador, desde que este tenha um motivo forte, social e formalmente justificável para o ato, com rígido controle prévio, o que não inibe a discussão acerca dos motivos *a posteriori*, inclusive com a possibilidade de reintegração, caso seja reconhecida a nulidade da despedida. Outros países, a exemplo da França, não possuem controle *a priori*, mas tão somente posterior, embora também seja possível em tal Estado estrangeiro a reintegração no emprego, ante a nulidade da dispensa pelo não acolhimento da justa causa, ou pela inobservância do rito⁽⁵⁾.

Aqui no Brasil, como já afirmado ao norte, embora a literalidade da primeira parte do art. 7º, I do Texto Constitucional indique o contrário, ainda persiste a ideia segundo a qual o empregador possui direito potestativo de despedir o empregado, ainda que sem motivo algum, em denúncia vazia, sem perceberem os seus defensores que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo Estado: o Democrático e Social de Direito, e que esse

(5) ROMITA, Arion Sayão. *Proscrição da despedida arbitrária*. Visão comparatista e direito brasileiro. São Paulo: LTr, 2011. *passim*.

entendimento herdado da ditadura e extremamente repetido não se coaduna mais com a Nova Ordem constitucional.

Aludido entendimento dominante não se harmoniza também com o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, inserto no art. 5º, § 1º da Carta Política de 1988 e muito menos com o fundamento do valor social do trabalho e da livre-iniciativa, presentes no art. 1º, IV do mesmo Diploma Legal.

Nunca é demais lembrar que toda a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, para assegurar a todos uma existência digna, de acordo com a justiça social, tendo como nortes a função social da propriedade e a busca do pleno emprego, como prevê o art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Discorrendo sobre o direito ao trabalho, Edilton Meireles já afirmou que o princípio-regra do direito ao trabalho (art. 6º, *caput*, da CF/88) ou ao pleno emprego “é muito mais do que uma simples declaração retórica ou programática. Dele se extrai (...) obrigações básicas, quais sejam: proteção contra o desemprego involuntário, promoção do emprego e limitação da despedida”⁽⁶⁾.

A exatidão da regra contida no art. 7º, I do Texto Constitucional de 1988 não deixa dúvida de que a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa restou totalmente assegurada, tanto que o próprio dispositivo constitucional estabelece a possibilidade de indenização, que será indicada por lei complementar posterior, o que já denota que há sim ofensa a direito em havendo despedida sem apresentação de motivos, caso contrário, tal indenização serviria para enriquecer ilicitamente o empregado, partido sempre da premissa segundo a qual somente há possibilidade de indenização, caso haja ato antijurídico (art. 927 do Código Civil).

(6) MEIRELES, Edilton. *A constituição do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 48.

Não bastasse o regramento constitucional, o Código Civil em seu art. 122 estatui que: “entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes”, donde se conclui mais uma vez que não é dado ao empregador despedir qualquer empregado sem apresentação de motivos, justamente porque não lhe é dado resolver despoticamente, ou “por puro arbítrio” todo o negócio jurídico que é o contrato de emprego.

Mesmo diante da clareza epidérmica de que não há direito potestativo à denúncia vazia, o C. Tribunal Superior do Trabalho possui entendimento diametralmente oposto, tanto que a Orientação Jurisprudencial n. 347 da SDI-1 estatui: “a despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”, posicionamento jurisprudencial que desafia o dever de boa-fé, a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o princípio do devido processo legal e a Lei que trata do processo administrativo.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar acerca da concepção e alcance do direito fundamental contra a despedida arbitrária ou sem motivação na ADI n. 1.480-3-DF, onde se discutia a inconstitucionalidade da Convenção n. 158 da OIT e restou deferida a tutela liminar, declarando-se que a aludida Convenção é norma “não autoaplicável”, exigindo, para sua aplicação no âmbito interno, a edição da lei complementar referida pelo art. 7º, I da CRFB/88. A Corte conferiu ao tratado internacional o *status* de Lei Ordinária Federal, mas compatível com o Texto Constitucional.

O Relator, Ministro Celso de Mello, em seu voto, pontificou que a Convenção n. 158 da OIT certifica “efetiva proteção de ordem jurídica e de natureza econômica e social aos trabalhadores, outorgando-lhes prerrogativas que, substancialmente, já lhes confere o ordenamento jurídico nacional”. Asseverou, também, que

“ao enunciar a garantia jurídico-social da proteção contra a despedida arbitrária do trabalhador, por iniciativa do empregador”, a Constituição Federal de 1988 “contemplou, em seu texto, verdadeira fórmula de ponderação, que institucionalizou solução de caráter transacional destinada a conciliar posições contrastantes que se formaram no seio da Assembleia Nacional Constituinte: nem se reconheceu ao empregador o poder absoluto de despedir imotivadamente e nem se atribuiu ao empregado a garantia da intangibilidade do vínculo laboral”, concluindo que “o preceito consubstanciado no art. 7º, I da Carta Política restringe o direito potestativo do empregador em tema de rescisão unilateral do contrato individual de trabalho, exigindo para efeito de legítima extinção do vínculo laboral, a ocorrência de uma *causa de justificação*”, ou seja, ao revés do que se tem habitualmente pregado, o Supremo Tribunal Federal possui decisão no sentido de não se assegurar o direito potestativo de o empregador despedir o empregado sem qualquer motivo, embora não tenha declarado a constitucionalidade da Convenção n. 158 da OIT, donde se conclui o óbvio: apesar da carência da norma a que se refere o art. 7º, I da Carta Política de 1988, o direito fundamental social de proteção contra a despedida arbitrária já está assegurado no Texto Constitucional.

O Tribunal Superior do Trabalho também já teve oportunidade de analisar em sede de dissídio coletivo⁽⁷⁾ proposto pelo Sindicato do Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o alcance do art. 7º, I da Constituição Federal de 1988. Ao analisar o famoso *leading case* da EMBRAER, o Relator, Ministro Mauricio Godinho Delgado, asseverou: “em que pese o texto constitucional mencionar que tal proteção se dará nos termos da lei complementar, está claro que a Constituição delegou ao

(7) Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo TST-RODC-309/2009-000-15-00.4, Rel. Mauricio Godinho Delgado. Decisão por maioria. Julgado em 10 de agosto de 2009.

legislador infraconstitucional apenas a eleição de sanções decorrentes da despedida arbitrária”. E finalizou: “a proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo”.

Compartilhamos integralmente da conclusão em relação à eficácia direta e imediata do direito fundamental à proteção contra a despedida arbitrária⁽⁸⁾, acreditando, inclusive, ser desnecessária a elaboração de norma infraconstitucional para indicar o montante indenizatório devido quando o empregado tem o seu contrato denunciado de forma vazia, pois ao Magistrado é dada a possibilidade de arbitramento indenizatório, como cotidianamente decide nas ações que tratam de indenização por danos morais.

4. Revisitando a boa-fé

Contrapondo-se ao paradigma clássico que via a relação obrigacional como um vínculo estático, resultante da soma do crédito e do débito, a doutrina mais moderna⁽⁹⁾ enxerga a obrigação de forma processual, orgânica ou funcional. O vínculo obrigacional “é bipolar,

por certo, mas não pode ser visto de uma perspectiva atomista e estática. Ao contrário, o conceito engloba os elementos de todas as relações obrigacionais concretas que se apresentam na prática jurídico-social”⁽¹⁰⁾, tanto que as relações obrigacionais carregam internamente deveres conexos e acessórios, dentre os quais se encontra o dever de informação, que é legítima expressão da boa-fé objetiva.

Explicando que o princípio da boa-fé cumpre uma tripla função interpretativa, integrativa e limitativa, e que todas afetam diretamente o exercício do poder de direção empresarial. Afirma Bravo Ferrer que tais peritem:

Dotar de seguridad jurídica y transparencia y de facilitar al trabajador el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos, como ocurre por ejemplo en el posible reconocimiento de un deber de motivación de las decisiones empresariales que afectan al trabajador, sobre todo las que restringen sus derechos que podría jugar un papel importante en la transparencia y no arbitrariedad en el ejercicio de los poderes empresariales, pero también en la configuración de posiciones activas del trabajador que pueden condicionar e incluso activar el ejercicio del poder de dirección integrando en la buena fe a cargo del empresario no sólo el respeto sino también la tutela y protección de los derechos del trabajador frente a inferencias o límites de otros sobre los que el empresario puede ejercer su poder de dirección.⁽¹¹⁾

Também no mesmo sentido, é a doutrina de Gil y Gil, para quem:

La información desempeña un cometido importante y autónomo en el contrato de trabajo, que concierne a la defensa del trabajador como la parte más débil del vínculo

(8) Nesse sentido, também a doutrina de Valdete Souto Severo, para quem: “O direito fundamental a uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária esvazia-se, se condicionarmos seu exercício a uma atuação legislativa desnecessária, porque terá de dizer o óbvio. Ora, mesmo sob a perspectiva da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a doutrina é unânime em reconhecer a necessidade de conformação do sistema jurídico às normas constitucionais. Logo, seria inconstitucional qualquer legislação que propusesse a ausência do dever de motivação do ato de denúncia do contrato. A lei a ser editada (...), terá necessariamente que disciplinar os motivos da despedida lícita e as consequências da perda do emprego, ou seja, explicitar o dever já contido no dispositivo constitucional.” (*O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 196.)

(9) MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. *passim*.

(10) *Ibidem*, p. 393.

(11) ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.). BRAVO FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y. *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: La Ley, 2005. p. 19.

jurídico, y que acentúa los rasgos de igualdad sobre los de predominio del empresario.⁽¹²⁾

O contrato de emprego nada mais é do que um conjunto de deveres e obrigações, contendo em si obrigações conexas, sendo o dever de informação uma evidente manifestação do princípio da boa-fé, que justifica e informa a necessidade de o empregador motivar o ato de despedida, sob pena de prática de ato antijurídico, passível de indenização, ou reintegração.

5. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade

Os direitos fundamentais são divididos classicamente em direitos de defesa e direitos a prestações e a doutrina mais ortodoxa também afirma que aqueles são autoaplicáveis, enquanto estes, normalmente, possuem eficácia programática ou dependem de lei infraconstitucional⁽¹³⁾ para o total alcance normativo, como entre nós ocorre em relação ao direito à saúde, à educação e à assistência social.

Igualmente se argumenta que os direitos de defesa não custam ao Estado e, por tal condição, são autoaplicáveis; enquanto os direitos a prestações, por serem custosos, se vinculam ao princípio da reserva do possível no seu sentido fático (existência de numerário para fazer

frente aos custos) e jurídico (previsão nas leis orçamentárias).

Rebatendo os argumentos acima transcritos, podemos afirmar que, ao revés do que se possa pensar, todos os direitos, sejam de defesa ou prestacionais, custam ao Estado. É bastante observar que, para o livre exercício dos direitos democráticos básicos por meio de eleição, o Estado despense imenso numerário, justamente para assegurar direito de defesa, assim como o faz em relação ao dispêndio com segurança, que serve ao direito à vida e à propriedade, que são direitos defensivos por excelência, ou seja, o argumento de não se destinar autoaplicabilidade aos direitos fundamentais prestacionais pelos custos que implicam, cai por terra completamente quando se percebe que há dispêndio sempre em relação à observância de todos os direitos fundamentais, sejam eles defensivos ou prestacionais. Isso porque todos, no fim, dizem respeito ao pleno exercício da liberdade fática, tendo-se que todos os direitos de defesa também o são sob a ótica positiva, sendo o oposto também verdadeiro. Assim, em nosso sentir, não há direitos de defesa apartados dos prestacionais, mas natureza preponderante em cada direito fundamental assegurado.

Nesse trilhar, já doutrinou Rafael Sastre Ibarreche, analisando o direito fundamental ao trabalho:

No existen derechos de libertad, por un lado, y derechos de igualdad, por otro: todos los derechos son de libertad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso de los económicos y sociales.⁽¹⁴⁾

Em sentido idêntico, Alexy, argumentando favoravelmente aos direitos sociais, afirmou que “a permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo, não tem valor sem uma liberdade fática (real), isto é, a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas”⁽¹⁵⁾.

(12) *Ibidem*, p. 207.

(13) “Em razão de reclamarem, de regra, uma concretização legislativa, a doutrina — especialmente a alienígena — costuma qualificar os direitos sociais prestacionais de direitos relativos, já que geralmente colocados sob uma reserva do possível, que os coloca na dependência da conjuntura socioeconômica, havendo até quem tenha falado de uma relatividade fática dos direitos sociais (...). Já os direitos de defesa, em face de sua imediata aplicabilidade e por desencadearem, desde logo, sem necessidade de uma *interpositio legislatoris*, todos os seus efeitos, costumam ser qualificados como direitos fundamentais absolutos (...). Em outras palavras, em se acolhendo esta tese, os direitos de defesa poderiam ser considerados como em princípio absolutos, e os direitos sociais, como em princípio relativos, tese esta que não resulta adequada, designadamente por sugerir um caráter absoluto que os direitos fundamentais não têm.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 290.)

(14) SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996. p. 73.

(15) ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Melheiros. 2008. p. 503.

Ao formular sua própria teoria sobre os direitos a prestações, Alexy os divide em: (i) direitos à proteção; (ii) direitos prestacionais à organização e procedimento; e (iii) direitos prestacionais em sentido estrito, onde insere os direitos sociais. Esta subdivisão toma como pressuposto o conceito amplo de direito a prestações, isto é, todo direito a uma ação positiva do Estado⁽¹⁶⁾ e, seguindo os seus passos, poderíamos afirmar que o direito do empregado em face da despedida arbitrária se classificaria entre os direitos prestacionais à proteção, sendo estes entendidos como “direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros⁽¹⁷⁾”, ou seja, um legítimo representante do direito de liberdade, segundo a classificação liberal e mais ortodoxa dos direitos fundamentais, pois seriam direitos para proteção perante atos de terceiros, que classicamente seria o Estado, mas, no âmbito privado, é o empregador, o que faz transparecer que os direitos de defesa não são tão distantes dos direitos prestacionais.

À mesma conclusão chegou Alinie da Matta Moreira, ao afirmar que alguns direitos sociais se revestem da qualidade de típicos direitos de liberdade:

Quando são examinados os direitos conferidos ao trabalhador, enunciados nos arts. 7º e 11 da Constituição Federal, resta evidente a possibilidade dos direitos sociais assumirem caráter defensivo, voltados à concretização dos direitos de liberdade e de igualdade. É o caso da limitação da jornada de trabalho, da liberdade sindical, da proteção contra a despedida arbitrária, da proteção ao salário, dentre outros.⁽¹⁸⁾

Coadunando-se também ao pensamento ora esgrimido, a doutrina de Ingo Sarlet:

(16) *Ibidem*, p. 442-450.

(17) *Ibidem*, p. 450.

(18) MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.

Convém recordar, ainda, no capítulo reservado aos direitos fundamentais sociais em nossa Constituição contempladas algumas posições jurídicas fundamentais similares (pela sua função preponderantemente defensiva e por sua estrutura jurídica) aos tradicionais direitos de liberdade, como plasticamente dão conta os exemplos do direito de livre associação sindical (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º), normas cuja aplicabilidade imediata parece incontestável, o que, por outro lado, também se aplica a diversos dos direitos dos trabalhadores elencados no art. 7º e seus respectivos incisos.⁽¹⁹⁾

Aliando o pensamento, por ser a proteção ante a despedida arbitrária típico direito de liberdade, e autoaplicável, como já se concluiu ao norte, também não se submete ao chamado princípio da reserva do possível, tão utilizado para impedir ou diminuir o alcance da efetividade dos direitos sociais à prestação.

Infelizmente, como já analisado, não é essa a conclusão da maior parte da doutrina e até a jurisprudência consolidada do C. Tribunal Superior do Trabalho, que preferem acreditar no direito potestativo de o empregador resilir o contrato de emprego sem a apresentação prévia de motivos, o que leva o empregado a não exercitar um outro direito de liberdade, que é o direito de ação perante o Poder Judiciário Trabalhista, mesmo sabendo que a sua inércia pode acarretar a prescrição de diversos direitos ignorados durante o transcorrer do contrato de emprego.

O pensamento dominante acerca do alcance do art. 7º, I do texto constitucional impede claramente o livre exercício do direito de ação do empregado e, nesse sentido, poderíamos afirmar que o empregado com vínculo de emprego ativo e sem as garantias de emprego legalmente previstas, não possui acesso ao Poder Judiciário e, assim sendo, não pode ver

(19) *Ibidem*, p. 263.

prescrever, pela sua inação, as verbas trabalhistas no curso do contrato, pois acreditar o inverso, ou seja, que há prescrição no curso do contrato de trabalho, é permitir que o empregado abra mão de direitos, em tese, irrenunciáveis e constitucionalmente previstos e, ao final de sua contratação, o empregador seja premiado pelo descumprimento da legislação. A fórmula é simples: direito potestativo do empregador despedir o empregado sem motivo, somado à prescrição no curso do contrato de trabalho, é igual ao não acionamento do Poder Judiciário pelo empregado, no curso do contrato de trabalho. Pensar assim é o mesmo que não só impedir o acesso ao Poder Judiciário pelo empregado, mas também esvaziar completamente o direito fundamental de liberdade e ao trabalho livre.

Contrariando o entendimento em voga, Jorge Luiz Souto Maior defendeu tese aprovada no CONAMAT com a seguinte ementa:

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (ART. 7º, I, CF). NÃO REGULAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE. Considerando que a prescrição não é um “prêmio” para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7º da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra do inciso XXIX do art. 7º, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego.⁽²⁰⁾

6. Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Embora muito se discuta sobre a “horizontalidade” dos direitos fundamentais, a nossa Constituição é clara e não discrimina entre a máxima eficácia dos direitos fundamentais defensivos ou prestacionais, observáveis em relação ao Estado ou entre os particulares,

(20) Disponível em: <<http://www.conamat.com.br/teses/16042010180951.doc>>. Acesso em: 2 jul. 2012.

tanto o é que o art. 5º, § 1º contempla que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A Constituição da República portuguesa é ainda mais clara ao estabelecer em seu art. 18, I, que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Doutrinariamente, se defende que há duas teorias respeitantes à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: a direta, ou imediata; e a indireta, ou mediata.

A primeira teoria foi inicialmente formulada por Günter Dürig, em 1956, e utilizada pelo famoso caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958. São do referido autor as palavras traduzidas:

Os direitos fundamentais particulares são formas de apresentação de um sistema de valores, declaratoriamente reconhecido no art. 1º, I e 2º, I, da lei fundamental, determinado à constituição, que é protegido contra perigos específicos da direção do estado por direitos fundamentais jurídico-positivos de valor diverso. Ao sistema de valores corresponde, nisso, um sistema de pretensão feito indubitável pelo art. 1º, III, dirigido contra o estado. O aqui essencial é, agora, que desse *sistema de pretensão*, precisamente para satisfazer os princípios de constituição supremos de nosso direito total, justamente faz parte também o direito de poder dispor juridicamente autonomamente sobre relações de vida individuais. Isso, porém, significa lógico-juridicamente que na direção *de terceiros*, o “efeito absoluto” dos direitos fundamentais é relativizado por um direito fundamental em favor da autonomia individual e da responsabilidade própria. O tráfego jurídico de privados uns com os outros está sujeito, por isso, justamente por causa da constituição, a direito especial (exatamente “direito privado”) — e precisamente também no direito de defesa de

ataques de privados a direitos de outros (à medida que, no fundo, o direito penal não intervém). Os meios normativos para a defesa de ataques da direção de terceiros, com cujo auxílio, na falta de normas de proteção jurídico-civis especiais, o direito privado objetivo cumpre seu *pedido de proteção*, são suas *cláusulas gerais suscetíveis de preenchimento de valores e carentes de preenchimento de valores*. O caminho pela sua aplicação salvaguarda, por um lado, a *autonomia do direito privado*, tornada necessária *lógico-jurídica e sistemático-juridicamente* depois de reconhecimento jurídico-fundamental da liberdade de disposição privada no tráfego jurídico de terceiros e salvaguarda, por outro, a *unidade do direito total*, naturalmente necessária, *na moral jurídica*.⁽²¹⁾

Segundo a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações privadas como direitos subjetivos constitucionais, mas sim como normas objetivas, ou como sistema de valores. Assim sendo, “está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e dos tribunais em segundo plano”⁽²²⁾, cabendo ao legislador “o desenvolvimento ‘concretizante’ dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas, que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares”⁽²³⁾, e ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto e diante da inércia do legislador, compete “dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado”.⁽²⁴⁾

(21) DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 35.

(22) STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 137.

(23) *Idem*.

(24) *Ibidem*, p. 138.

Segundo tal teoria, nega-se a possibilidade de aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas porque, em síntese, “esta incidência acabaria exterminando a autonomia da vontade, e desfigurando o Direito Privado, ao convertê-lo numa mera concretização do Direito Constitucional”⁽²⁵⁾.

Os defensores da teoria oposta acreditam que adotar posicionamento contrário “importaria na outorga de um poder desmesurado ao Judiciário”⁽²⁶⁾, tendo-se o grau de indeterminação que caracteriza as normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais.

Atribui-se a Hans Carl Nipperdey a tese inicial sobre a eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas, sendo suas as palavras: “não é necessário, para a validade de direitos fundamentais como normas objetivas para o direito privado, nenhum ‘meio’, nenhuns ‘lugares de invasão’, como devem ser as cláusulas gerais”, prosseguindo para concluir que: “o efeito jurídico é, ao contrário, em normativo imediato que modifica ou cria de novo normas de direito privado existentes, independente se de direito coercitivo ou dispositivo, se de cláusulas gerais ou normas jurídicas determinadas, sejam proibições, mandamentos, direitos subjetivos, leis de proteção ou fundamentos de justificação”.⁽²⁷⁾ A teoria é justificada com base no poder, pois os perigos que permeiam os direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral, como sói ocorrer na relação de emprego, onde, como se observou alhures, há concentração e poder nas mãos do empregador, sendo a contratação de emprego campo fértil para o

(25) SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 198.

(26) *Idem*.

(27) NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 62.

semear e florescer dos direitos fundamentais, tanto é assim que a nossa Constituição consagrou um capítulo inteiro (II) para tratar dos direitos fundamentais sociais na relação de emprego.

A teoria da eficácia imediata não gerou grande aceitação na Alemanha. Em Portugal, como é explícito na Carta Política, a adesão à teoria imediata é majoritária, assim como na Espanha, apesar de neste país não haver regramento constitucional expresso sobre o tema.

Entre nós, filiando-se à teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas, testificou Daniel Sarmento que “nada há no texto constitucional brasileiro que sugira a ideia de vinculação direta aos direitos fundamentais apenas dos poderes públicos”⁽²⁸⁾.

Também se filia à teoria da eficácia direta, Ingo Sarlet, ao afirmar que se a tese diametralmente oposta segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, embora se incline “hoje em prol de uma necessária vinculação direta *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais”⁽²⁹⁾. Porém, mais adiante o mesmo doutrinador pontifica que “no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópicosistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto”⁽³⁰⁾, sendo a conclusão de Steinmetz bem semelhante, para quem os melhores argumentos sobre as teorias debatidas ratificam a por ele chamada “intermediária”, sendo o problema da eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares “um problema de colisão de direitos fundamentais”, pois “a autonomia privada, princípio fundamental do direito privado, é também um bem constitucionalmente protegido e, em razão do alcance, a medida da eficácia imediata

em cada caso concreto deve resultar de uma justificada ponderação dos direitos, interesses ou bens em jogo”⁽³¹⁾.

Em decisão paradigmática, já decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 1996, sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, no Recurso Extraordinário n. 161.243-6/DF, onde foi Relator o Ministro Carlos Mário Velloso. Na lide analisada, o empregado brasileiro da Air France pretendia o reconhecimento de direitos trabalhistas assegurados no Estatuto do Pessoal da Empresa, tendo o tribunal acolhido a pretensão com fulcro no princípio da igualdade:

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. CF, 1967, ART. 153, § 1º, CF, 1988, ART. 5º, *CAPUT*. I – Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade (CF, 1967, art. 153, § 1º, CF, 1988, art. 5º, *caput*). II – A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/465.⁽³²⁾

Também aderimos à chamada teoria intermediária, por acreditarmos que o grande problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não se limita à filiação à tese da eficácia mediata ou imediata, já que a Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, § 1º assegurou o princípio da máxima eficácia dos direitos fundamentais, não discriminando

(28) *Ibidem*, p. 198.

(29) *Ibidem*, p. 382.

(30) *Ibidem*, p. 383.

(31) *Ibidem*, p. 171.

(32) *Informativo STF* n. 197.

se tal eficácia seria em desfavor do Estado ou dos particulares, ou se estes seriam vinculados de forma negativa ou positiva ao aludidos direitos. Assim, toda a problemática da dita eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações particulares é questão de colisão de interesses constitucionalmente assegurados, pois topicamente o problema será o contraponto entre dois princípios fundamentais que, no fim, garantem ou se elevam com o próprio princípio constitucional da autonomia privada⁽³³⁾.

7. O dever de motivação na despedida de empregado público

Ultrapassado o paradigma positivista e com o advento do novo modelo pós-positivista, os princípios foram elevados à condição de normas, e estas, por seu turno, também comportam outras espécies, as regras; diferenciando-se estas daqueles, que são “mandados de otimização”⁽³⁴⁾, satisfeitos em variados graus, diante do peso que possuem em cada caso concreto, enquanto as regras são sempre satisfeitas, sendo “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”⁽³⁵⁾.

O *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988 não trouxe explicitamente o princípio da motivação em seu rol, o que levou a doutrina a assegurar que o mesmo figura como princípio implícito da Administração Pública⁽³⁶⁾ — a Carta Política somente a ele se referiu

expressamente em relação às decisões administrativas do Poder Judiciário e do Ministério Público, conforme se lê nos arts. 93 e 128, § 4º —, exigindo-se que todas as entidades da Administração Pública externem os fundamentos de fato e de direito que levaram às decisões, sendo o procedimento uma “formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”⁽³⁷⁾, vinculados ou discricionários.

Baseado no entendimento em voga, o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se pela OJ n. 347 da SDI-1, no sentido de acolher o suposto direito potestativo de as empresas estatais despedirem empregados sem motivação, à exceção dos empregados públicos vinculados à Administração direta, autárquica ou fundacional e dos empregados da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; certamente, diante da interpretação do regramento contido no art. 2º da Lei n. 9.962/2000, que estabelece a obrigatoriedade de concurso público para ingresso na Entidade Pública e dispõe que o contrato de trabalho por prazo indeterminado somente será rescindido unilateralmente pela Administração Pública em caso de falta grave, conforme previsão no art. 482 da CLT; em caso de acumulação de cargos, necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da CRFB/88, e por insuficiência de desempenho, na forma estabelecida no próprio art. 3º da mencionada Lei.

Pedindo vênias para discordar, o teor da Orientação Jurisprudencial contrária não só o art. 7º, I do texto constitucional, mas também o próprio princípio da motivação, de observância obrigatória para todas as entidades da Administração Pública, dentre as quais se incluem, inclusive, as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Se com o advento da Carta Política de 1988 a necessidade de motivação não restou evidenciada

(33) “Convém destacar que um dos fatores primordiais que deve ser considerado nas questões envolvendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Em outras palavras, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.” (SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, p. 261.)

(34) ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 90.

(35) *Ibidem*, p. 91.

(36) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73.

(37) *Idem*.

explicitamente como princípio, a Lei n. 9.784/1999 esclareceu, determinando em seu art. 2º, *caput*, que o referido princípio é obrigatório para todas as entidades da Administração Pública e, mais adiante, no inciso VII, exige que as mesmas indiquem todos os pressupostos de fato e de direito que se utilizaram para decidir, elevando mais uma vez, de forma até redundante, o princípio da motivação. Não bastasse isso, a indigitada Lei, em seu art. 50, ainda estabeleceu nos incisos I e II que os atos administrativos deverão ser obrigatoriamente motivados quando afetarem direitos ou interesses, ou impuserem sanções, findando evidente que a despedida de empregado público, ainda que vinculado às empresas públicas ou sociedades de economia mista deve sempre ser precedida de motivação, sob pena de ofensa ao princípio aludido, assim como também ao próprio princípio da legalidade⁽³⁸⁾.

Nesse sentido, é também a doutrina de Ney José de Freitas, para quem os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista:

Desde que admitidos por concurso público, somente podem ser despedidos em face de interesse público, concretamente aferível, mediante motivação suficiente e adequada do ato de dispensa.⁽³⁹⁾

De mais a mais, não fosse tudo o quanto já analisado, a falta de motivação na despedida de empregado público também ofende o dever de informação, atrelado ao princípio da boa-fé objetiva, já visto no início desse trabalho e não faz o menor sentido se permitir que empregados que se submetem previamente ao crivo da aprovação em concurso público, possam

ser dispensados sem qualquer motivação, pois se há uma formalidade para admissão, em atenção ao princípio da impessoalidade, também deve ser a despedida precedida de motivo ponderoso, para que haja coerência no ato administrativo, que, nunca é demais lembrar, não pode ser fundado, ainda que indiretamente, em mero capricho do administrador da vez.

8. O devido processo legal na despedida do empregado público. Notas conclusivas

Estabelecidas as premissas anteriores, sobretudo a eficácia dos direitos e garantias fundamentais nas relações privadas, mediante a técnica da ponderação de interesses constitucionalmente assegurados, bem como a necessidade de motivação na despedida do empregado público, seja ele vinculado à entidade da Administração Pública Direta ou Indireta, é certo que o ato de despedir é sempre ato administrativo e, como tal, reveste-se da necessidade de observância do princípio da legalidade, que é “a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”⁽⁴⁰⁾. Corolário do princípio da legalidade é a certeza de que há um procedimento estatuído no art. 50, II, da Lei n. 9.784/1999, segundo o qual há necessidade de motivação de todo ato administrativo que implique imposição de sanção para os empregados públicos, ou possam interferir na esfera de interesses destes, ou seja, há um procedimento a ser observado pelo administrador público e isso tem nome: devido processo legal.

É óbvio que a conclusão é simples quando se pensa que o ato de despedida de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é ato administrativo, sendo bastante a subsunção ao art. 50 da Lei n. 9.784/1999, que trata exatamente do processo administrativo, assegurando sempre o contraditório e a legítima defesa quando da aplicação da sanção, pequenas nuanças do princípio do devido

(38) Eis o teor da Súmula n. 3 do TRT do Paraná: “Administração indireta (empresas públicas e sociedades de economia mista) subordina-se às normas de direito público (CF/88, art. 37), vinculada à motivação da dispensa de empregado público”. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/internet_base/sumulassel.do?evento=F9-Pesquisar&fwPlc=s> Acesso em 3 jul. 2012.

(39) FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & o princípio da motivação*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003. p. 156.

(40) CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: 2005. p. 12.

processo legal, tendo Marlúcia Lopes Ferro chegado à mesma conclusão:

O ato de despedida das empresas estatais deve ser motivado, por duas razões lógicas: uma, porque o mencionado ato se encontra entre as hipóteses que afetam direito ou interesse do empregado; em segundo lugar, porque, estando aquela sociedade jungida aos ditames da Lei n. 9.784/1999, obrigatoriamente, está sujeita aos seus ditames, entre os quais o de motivar os seus atos.⁽⁴¹⁾

O problema, porém, não se encerra assim tão facilmente, havendo quem pense que as empresas estatais, quando da contratação ou despedida do empregado público, encerram ato jurídico não administrativo, igualando-se aos particulares. E tal conclusão, de certo, influenciou a formação da OJ n. 347 da SDI-1 do TST que, intrinsecamente, segue o paradigma clássico segundo o qual o empregador possui direito potestativo de despedir o empregado, ainda que sem motivação e, se o empregador detém tal poder, a empresa estatal empregadora também o possui, exatamente por ser “equiparada” a legítimo empregador privado na contratação de pessoal.

Mesmo acreditando que as empresas estatais se equivalem às empresas privadas quando da contratação de pessoal, ainda assim não se poderia chegar à conclusão de que aquelas detêm direito potestativo de dispensa do empregado sem qualquer motivação. Isso porque o empregado público, além de ser protegido constitucionalmente contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, e de ter em seu favor a necessidade de observância do dever de informação (art. 5º, XIV da CRFB/88), sob pena de o ato ser contrário à boa-fé, ainda goza constitucionalmente da presunção de inocência (art. 5º, LVII da CRFB/88); garantias que também são observadas no âmbito privado.

(41) FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público*. São Paulo: LTr, 2009. p. 57.

Desfrutando o empregado de empresa estatal de presunção de inocência, não poderá jamais ser despedido sem que haja uma apresentação prévia de motivos, ou motivação, e essa necessidade constitui-se exatamente no devido processo legal.

O devido processo legal é princípio basilar de qualquer Estado Democrático de Direito e entre nós está previsto no art. 5º, LIV da CRFB/88, sendo um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais, como: “a) direito de ser ouvido; b) direito ao oferecimento e produção de provas; c) direito a uma decisão fundamentada”⁽⁴²⁾.

O questionamento acerca da observância da garantia do devido processo legal nas relações privadas não encontra mais tanta celeuma, tendo já a 2ª Turma do Supremo Tribunal assim decidido no RE n. 158.215-RS, com relatoria do Ministro Marlo Aurélio:

DEFESA — DEVIDO PROCESSO LEGAL — INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS — EXAME — LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito — o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA —

(42) ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Devido processo legal. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 136, p. 15, 1997.

EXCLUSÃO DE ASSOCIADO — CARÁTER PUNITIVO — DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.⁽⁴³⁾

No ano de 2005, a Corte voltou a debater sobre a garantia do devido processo legal nas relações privadas, desta feita, analisando a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ora resumida pelo Informativo n. 405, 10-14 de outubro de 2005:

A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores — UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição — v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD — Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolam a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido

processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Vencidos a Min. Ellen Gracie, relatora, e o Min. Carlos Velloso, que davam provimento ao recurso, por entender que a retirada de um sócio de entidade privada é solucionada a partir das regras do estatuto social e da legislação em vigor, sendo incabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa.

Da garantia do devido processo legal, brotam os princípios do contraditório e da ampla defesa e, se a nossa Corte Constitucional já pôs fim à discussão acerca da observância de tais princípios nas relações privadas, força é concluir que também na relação de emprego firmada com o Estado, ao empregado é destinado também o devido processo legal, não podendo haver despedida sem apresentação de motivos, para que possa haver, inclusive, defesa e contraditório.

9. Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Melheiros. 2008.
- BAYLOS, Antonio. *Direito do trabalho: modelo para armar*. Tradução de Flávio Benites e Cristina Schultz, São Paulo: LTr, 1999.
- CARMO, Paulo Sérgio do. *A ideologia do trabalho*. São Paulo: Moderna, 1993.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. Tradução de Luís Afonso Heck. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coord.). BRAVO FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y. *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*. Madrid: La Ley, 2005.
- FERRO, Marlúcia Lopes. *O devido processo legal na dispensa do empregado público*. São Paulo: LTr, 2009.

(43) DJ de 7.6.1996. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 3 jul. 2012.

- FREITAS, Ney José de. *Dispensa de empregado público & o princípio da motivação*. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2003.
- GIL y GIL, José Luis. *Principio de la buena fe y poderes del empresario*. Sevilla: Mergablum, 2003.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELES, Edilton. *A constituição do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. Tradução de Waldir Alves. In: HECK, Luiz Afonso (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado*. Textos clássicos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho*. Uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Devido processo legal. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 34, n. 136, p. 15, 1997.
- ROMITA, Arion Sayão. *Proscrição da despedida arbitrária*. Visão comparatista e direito brasileiro. São Paulo: LTr, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.
- SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

Culpa presumida do empregador nos infortúnios laborais

Silvio Luiz de Souza^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho de conclusão de curso pretende estudar a responsabilização civil do empregador, decorrente de acidente do trabalho, quando não provado o cumprimento das normas referentes à segurança e medicina do trabalho. Será realizada uma abordagem constitucional e infraconstitucional da proteção assegurada ao trabalhador, estudando-se os tipos de responsabilidade civil, direcionando a análise do tipo de responsabilidade civil decorrente dos acidentes de trabalho que vitimam empregados. Discorreremos sobre a eficácia das normas regulamentadoras – NR's do Ministério Trabalho e Emprego, dos deveres do empregador no tocante ao conhecimento da realidade do ambiente do trabalho e na obrigação de torná-lo hígido e a utilização do poder disciplinar para esse fim. Por fim, será tratada a prova pré-constituída e da aptidão para a produção de provas ligadas à higidez do ambiente do trabalho.

Palavras-chave:

- ▶ Acidente de trabalho — Ônus da prova — Prova pré-constituída.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Relação de emprego *stricto sensu*
- ▶ 3. Risco específico. Condição insegura de trabalho. Culpa anônima
- ▶ 4. Infortúnio
- ▶ 5. Responsabilidade
- ▶ 6. Deveres do empregador relacionados ao local do trabalho
- ▶ 7. Posição normativa das Normas Regulamentadoras — NRs
- ▶ 8. Poder disciplinar
- ▶ 9. Ônus da prova
- ▶ 10. Excludentes de responsabilização
- ▶ 11. Considerações finais
- ▶ 12. Referências bibliográficas

(*) Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Ex-Auditor Fiscal do Trabalho.

1. Introdução

Propomo-nos, nesse trabalho, a estudar a implicação, em sede de reclamação trabalhista da prova do cumprimento das normas referentes à medicina e segurança do trabalho, analisando o ônus da prova quanto à existência ou inexistência de culpa da reclamada por ação ou omissão, presentes o dano e o nexo de causalidade.

Na relação de emprego, é do empregado o ônus de comprovar que o empregador concorreu, omissiva ou comissivamente, para a ocorrência do dano ou se, ao empregador, compete ativar-se no sentido de demonstrar que atuou de modo efetivo, implementando todas as medidas possíveis, visando à higidez nas atividades sem risco específico?

Assim, referido trabalho, objetiva estudar a possibilidade de se presumir, presunção relativa, a culpa do empregador nos casos de acidentes de trabalho ocorridos em atividades sem risco específico, quando não comprovado que este se ativou na implementação das Normas Regulamentadoras — NRs —, considerando tratar-se de prova pré-constituída e a aptidão para produzi-la.

2. Relação de emprego *stricto sensu*

Nos termos do art. 3º da CLT:

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

Deste dispositivo tem-se que, para a caracterização da relação de emprego, são necessários, cumulativamente, os pressupostos da pessoalidade na prestação dos serviços, da não eventualidade dos serviços prestados, da subordinação do prestador dos serviços ao tomador e pagamento de salário.

Da interpretação sistematizada dos arts. 2º e 3º da CLT, tem-se, consoante Nascimento⁽¹⁾, a definição de relação de emprego:

(1) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva 2003. p. 447.

Como a relação jurídica de natureza contratual tendo como sujeitos o empregado e o empregador e como objeto o trabalho subordinado, continuado e assalariado.

Para Garcia⁽²⁾:

Pode se dizer que relação do trabalho é um gênero, que tem como uma de suas espécies a relação de emprego. Outras modalidades de relação de trabalho são, por exemplo, o trabalho eventual, autônomo, avulso e voluntário.

Logo, na realidade, seria mais precisa a expressão contrato de emprego, correspondendo à relação de emprego. Mesmo assim, a expressão contrato de trabalho encontra-se consagrada não só na doutrina e na jurisprudência, como na própria legislação, significando o vínculo de emprego.

Delgado⁽³⁾ traz que:

A Ciência do Direito enxerga clara distinção entre relação de trabalho e relação de emprego:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

(2) GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007. p. 99.

(3) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 285.

3. Risco específico. Condição insegura de trabalho. Culpa anônima

Gagliano e Pamplona Filho⁽⁴⁾, ao discorrerem sobre a regra prevista na parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, quando a atividade econômica pode, por si só, gerar, um risco maior de dano aos direitos do empregado, lecionam que:

Aí, sim, como uma situação supostamente excepcional, é possível, sim, responsabilizar objetivamente o empregador.

Nesse sentido, o Enunciado n. 38 da Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal:

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade, normalmente desenvolvida pelo autor do dano, causar à pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Melo⁽⁵⁾, tratando de condição insegura de trabalho, ensina que:

Insegura é a condição inerente às instalações, maquinários, equipamentos de trabalho etc. A condição insegura de trabalho é fator propício à ocorrência de acidentes com lesão para o trabalhador e pode ser de causa simples (degrau danificado de uma escada) ou de causa complexa (uma cadeira de fatores que podem causar acidente).

Oliveira⁽⁶⁾ traz:

(...) as culpas anônimas ou pouco visíveis dos desgastes do material, jornadas exaustivas e tantos outros fatores que contribuem para ao infortúnio laboral.

(4) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. 4. ed. rev., atual e reform. São Paulo: Saraiva 2006. p. 243.

(5) MELO, Raimundo Simão. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, p. 28, n. 1 de 2006.

(6) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009. p. 199.

4. Infortúnio

O acidente do trabalho, taxologicamente, se compõe das seguintes entidades mórbidas, infortúnios: o acidente-tipo e doença ocupacional, sendo espécies desta a doença profissional — também denominada de doença profissional típica, tecnopatía ou ergopatía — e a doença do trabalho, sinônimo de doença profissional atípica ou mesopatía.

A doença profissional é produzida ou desencadeada pelo exercício de trabalho peculiar a determinada atividade.

A doença do trabalho é adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, decorrem do meio ambiente do trabalho.

A Lei n. 8.213/91 traz que acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho do segurado especial⁽⁷⁾, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Citam-se os arts. 19 e 20 da Lei n. 8.013/91:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei,

(7) Caracteriza-se como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: a) produtor seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgado, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: 1. de agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do *caput* do art. 2º da Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas "a" e "b" deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:

I – doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

II – doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente.

Sobre o tema, cita-se Silva⁽⁸⁾:

O acidente do trabalho, em significação estrita, é o chamado acidente-tipo, ou seja, o que acarreta perturbação funcional — física ou mental — ou lesão corporal, ou ainda, resulta em morte ou incapacidade laborativa — temporária ou permanente, total ou parcial, sendo que, em sentido amplo e por extensão, são considerados acidentes do trabalho outros infortúnios, como a doença profissional, também referida como doença profissional típica (moléstias características de certas ocupações ou inerentes à peculiaridade da profissão e não ao trabalho), e, finalmente a doença do trabalho (moléstias profissionais atípicas, adquiridas ou desencadeadas, ou ainda, agravadas por condições especiais de trabalho).

Com base no texto legal, Lago Júnior⁽⁹⁾ ensina-nos que o:

- (8) SILVA, Cristiane Ribeiro da. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2007. p. 413.
- (9) LAGO JÚNIOR, Antonio. A responsabilidade civil decorrente do acidente de trabalho. In: LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VEIGA, Mário (Coords.). *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 53-95.

Acidente do trabalho é aquele acontecimento mórbido, relacionado diretamente com o trabalho, capaz de determinar a morte do obreiro ou a perda total ou parcial, seja por um determinado período de tempo, seja definitiva, da capacidade para o trabalho. Integram, pois, o conceito jurídico de acidente do trabalho: a) a perda ou redução da capacidade laborativa; b) o fato lesivo à saúde seja física ou mental do trabalhador; c) o nexo etiológico entre o trabalho desenvolvido e o acidente, e entre este último e a perda ou redução da capacidade laborativa.

Magano *apud* Oliveira⁽¹⁰⁾ traz que:

Acidente do trabalho é o evento verificado no exercício do trabalho que resulte lesão corporal, perturbação funcional ou doença que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

5. Responsabilidade

São fontes das obrigações os atos jurídicos os quais se classificam como negociais e não negociais e, ainda, os atos ilícitos.

Gagliano e Pamplona Filho⁽¹¹⁾ lecionam:

- Os atos jurídicos negociais (o contrato, o testamento, as declarações unilaterais de vontade);
- Atos jurídicos não negociais (o ato jurídico *stricto sensu*, os fatos materiais — como a situação fática de vizinhança etc.);
- os atos ilícitos (no que se incluem o abuso de direito e o enriquecimento ilícito).

Diniz⁽¹²⁾ vaticina:

A responsabilidade civil poderá ser:

- (10) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009. p. 41.
- (11) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Obrigações. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 41.
- (12) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 3. vol.: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. rev. e atual de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 733.

a. contratual, se provier da falta de cumprimento de obrigações contratuais ou da mora no adimplemento de qualquer relação obrigacional resultante de ato negocial;

b. extracontratual, se fundar num ato ilícito extracontratual, isto é, na violação de um dever genérico de abstenção ou de um dever jurídico geral, como os correspondentes aos direitos reais e aos direitos de personalidade. Nosso Código Civil cuida da responsabilidade contratual nos arts. 389 a 416, e regula a extracontratual nos arts. 186, 188, I e II, e 927 a 954.

Nery Junior e Andrade Nery⁽¹³⁾ posicionam-se desta forma:

Dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade civil subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) do dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa *lato sensu* (culpa — imprudência, negligência ou imperícia — ou dolo) do agente. O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC, art. 927, parágrafo único), que se funda na teoria do risco: para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência a) do dano; e b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Haverá responsabilidade civil objetiva quando a lei assim determinar (*v. g.*, CC, art. 933) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem (*v. g.*, atividades perigosas).

Presente o acidente do trabalho, observa-se a possibilidade de responsabilização em três searas distintas: a responsabilidade contratual, a previdenciária e a responsabilidade civil.

(13) NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil anotado*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva 2006. p. 248.

A primeira decorre de eventual suspensão contratual e a estabilidade, nos termos do art. 118 da Lei n. 8.213/91; a responsabilidade previdenciária diz respeito ao benefício previdenciário, atraindo a responsabilização objetiva da Autarquia Previdenciária, decorrente do seguro social, Lei n. 8.213/91, art. 121 e art. 7º, XXVIII, primeira parte, da Constituição Federal; a última, responsabilidade civil, tem amparo constitucional no art. 7º, XXVIII, parte final, dispondo que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, o seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Cita-se Gagliano e Pamplona Filho⁽¹⁴⁾, que lecionam:

Três tipos de responsabilização podem decorrer da ocorrência de acidente do trabalho.

a. A primeira é uma responsabilização contratual, com a eventual suspensão do contrato de trabalho e o reconhecimento da estabilidade acidentária prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91;

b. A segunda é o benefício previdenciário do seguro de acidente de trabalho, financiada pelo empregador, mas adimplido pelo Estado;

c. A terceira, porém, é a regra mais polêmica, tendo uma natureza puramente civil, de reparação de danos, prevista no mencionado art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal de 1988.

A responsabilidade civil tem por fundamento o dever de não lesar direito alheio — *neminem laedere* — e possui como requisitos a ação ou omissão do agente, dano certo e injusto, nexo de causalidade (etiológico) e, sendo subjetiva, a culpa *lato sensu* do agente.

Nas atividades que não demandam tal risco, há necessidade da presença do elemento culpa,

(14) GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil. Obrigações*. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 248.

que, hodiernamente, basta a presença da espécie culpa levíssima para a responsabilização do empregador nos casos de acidente do trabalho. Inteligência do art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal.

Nesse sentido, embasa-se nas lições de Dallegre Neto⁽¹⁵⁾:

Não se ignore que em relação ao tema “gradação de culpa”, temos: a) culpa grave — caracterizada pela negligência grosseira; proceder muito abaixo do habitualmente praticado; b) culpa leve — aquela evitável por pessoa normalmente diligente (homem médio); culpa levíssima — aquela evitável apenas por pessoa excepcionalmente diligente ou se tivesse sido mais diligente do que de costume.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, basta a culpa levíssima para responsabilizar o empregador pelo dano que deu causa.

Nos termos dos arts. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal e 187 do Código Civil, há adoção da responsabilização subjetiva.

Art. 7º, inciso XXVIII da Constituição Federal: seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Art. 186 do Código Civil: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Diversos dispositivos existentes no ordenamento jurídico retiraram a responsabilidade objetiva da posição de aplicabilidade excepcional, afastando-lhe o caráter residual ou de exceção, utilizando-se das palavras de Sebastião Geraldo de Oliveira⁽¹⁶⁾. Dentre os quais, citamos os arts. 21, XXIII, “c”, e 225, § 3º da

Constituição Federal tratando de danos nucleares e ao meio ambiente, a Lei n. 6.938/81 estabelecendo a política nacional do meio ambiente, o CDC e o Código Civil de 2002 que, consoante opinião de Maria Célia Bodin *apud* Oliveira⁽¹⁷⁾, traz cláusula geral, no parágrafo único do art. 927.

Destarte, nesses casos, sendo a responsabilidade objetiva, despicienda a prova da culpa.

No entanto, quando não se tratar de atividade que contenha risco específico, há relevância quanto à prova da culpa. Nesse aspecto, demonstrar-se-á, a seguir, que em se tratando de prova pré-constituída, a implementação das Normas Regulamentadoras, e graças à aptidão para produção das provas quanto a estes fatos, deveremos presumir a culpa da reclamada quando não demonstrado que se atvou com vistas a propiciar e manter a higidez no local de trabalho.

6. Deveres do empregador relacionados ao local de trabalho

O constituinte originário garantiu no art. 7º, inciso XXII o direito dos trabalhadores à redução dos riscos, inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, de modo a dar plena efetividade ao art. 1º, inciso III, colocando a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, ao art. 6º, *caput*, que trata do direito social ao trabalho, ao art. 170 dispondo que a ordem econômica está fundada no trabalho humano e ao art. 193 fixando a ordem social com base no primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social.

A CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, art. 157 c.c art. 154, preceitua, com observância em todos os locais de trabalho, que cabe às empresas cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho e instruir os empregados, mediante ordens de serviço, quanto às precauções a tomar

(15) DALLEGRE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 260.

(16) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009. p. 106.

(17) BODIN, Célia *apud* OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, *op. cit.*, p. 106.

no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais.

Ainda o art. 19, §1º da Lei n. 8.213/91 traz a responsabilidade do empregador na implementação de medidas de segurança.

A Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo Decreto n. 1.254/94⁽¹⁸⁾ sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, dispõe que:

Art. 4º

1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou *se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.* (grifo nosso)

Art. 6º

A formulação da política a que se refere o art. 4º do presente Convênio deveria precisar as funções e responsabilidades respectivas, em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, das autoridades públicas, os empregadores, os trabalhadores e outras pessoas interessadas, considerando o caráter complementar de tais responsabilidades, bem como as condições e a prática nacionais.

Art. 16

1. Deverá exigir-se dos empregadores que, na medida em que seja razoável e factível, garantam que os lugares de trabalho, a maquinaria, o equipamento e as operações e processos que estejam sob seu controle são

seguros e não envolvem risco algum para a segurança e a saúde dos trabalhadores.

Dessa Convenção internacional, tem-se a necessidade de adoção, em quaisquer ambientes de trabalho, de políticas relacionadas à segurança e saúde dos trabalhadores.

Dando efetividade à política de segurança e saúde nos locais de trabalho, são editadas as Normas Regulamentadoras pelo Ministério Trabalho e Emprego.

O item 1.1, da Norma Regulamentadora n. 1, que traz normas gerais relativas à segurança e medicina do trabalho, estabelece que:

As Normas Regulamentadoras — NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta, bem como pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT.

Já o item 1.6 da mesma, dispõe que:

Para fins de aplicação das Normas Regulamentadoras — NR, considera-se:

a) empregador, a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Equiparam-se ao empregador os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitem trabalhadores como empregados.

O item 1.7, da Norma Regulamentadora n. 1, estabelece que cabe ao empregador:

- a) cumprir e fazer cumprir as disposições legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;
- b) elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência aos empregados por comunicados, cartazes ou meios eletrônicos;
- c) informar aos trabalhadores:

I – os riscos profissionais que possam originar-se nos locais de trabalho;

(18) Disponível em: <www.trtsp.jus.br/basesjuridicas>. Consulta realizada em: 13 set. 2010.

II – os meios para prevenir e limitar tais riscos e as medidas adotadas pela empresa;

III – os resultados dos exames médicos e de exames complementares de diagnóstico aos quais os próprios trabalhadores forem submetidos;

IV – os resultados das avaliações ambientais realizadas nos locais de trabalho;

d) permitir que representantes dos trabalhadores acompanhem a fiscalização dos preceitos legais e regulamentares sobre segurança e medicina do trabalho;

e) determinar os procedimentos que devem ser adotados em caso de acidente ou doença relacionada ao trabalho.

A Norma Regulamentadora n. 09 estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais — PPRA, o qual deverá incluir as seguintes etapas:

- a) antecipação e reconhecimento dos riscos;
- b) estabelecimento de prioridades e metas de avaliação e controle;
- c) avaliação dos riscos e da exposição dos trabalhadores;
- d) implantação de medidas de controle e avaliação de sua eficácia;
- e) monitoramento da exposição aos riscos;
- f) registro e divulgação dos dados.

Nos termos do item 9.3.2:

A antecipação deverá envolver a análise de projetos de novas instalações, métodos ou processos de trabalho, ou de modificação dos já existentes, visando a identificar os riscos potenciais e introduzir medidas de proteção para sua redução ou eliminação.

Nos termos do item 9.1.5:

Consideram-se riscos ambientais os agentes físicos, químicos e biológicos existentes nos ambientes de trabalho que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador.

Especificando temas, da NR acima, que:

Consideram-se agentes físicos as diversas formas de energia a que possam estar expostos os trabalhadores, tais como: ruído, vibrações, pressões anormais, temperaturas extremas, radiações ionizantes, radiações não ionizantes, bem como o infra-som e o ultra-som.

Consideram-se agentes químicos as substâncias, compostos ou produtos que possam penetrar no organismo pela via respiratória, nas formas de poeiras, fumos, névoas, neblinas, gases ou vapores, ou que, pela natureza da atividade de exposição, possam ter contato ou ser absorvidos pelo organismo através da pele ou por ingestão.

Consideram-se agentes biológicos as bactérias, fungos, bacilos, parasitas, protozoários, vírus, entre outros.

No entanto, o PPRA não contempla todos os riscos do ambiente de trabalho, uma vez que, conforme dito, neste documento, há, apenas, a antecipação, reconhecimento, monitoramento dos riscos provocados por agentes físicos, químicos e biológicos.

Assim se faz necessário, concomitantemente, elaboração de laudo sobre as condições ergonômicas do ambiente de trabalho.

A Norma Regulamentadora n. 17 — NR-17 — sobre questões ergonômicas relacionadas ao trabalho, preceitua a identificação de parâmetros de adaptação das condições de trabalho às características psicofisiológicas dos trabalhadores, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança e desempenho eficiente, incluindo aspectos relacionados ao levantamento, transporte e descarga de materiais, ao mobiliário, aos equipamentos e às condições ambientais do posto de trabalho, e à própria organização do trabalho.

Munido dessas informações quanto ao ambiente de trabalho, tem-se, por parte de todos os empregadores, a obrigatoriedade de elaboração e

implementação do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO, conforme consta da Norma Regulamentadora n. 07 — NR-7 — cujo objetivo é a promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores estando insertos nesse programa a realização de exames médicos admissional, periódico, de retorno ao trabalho, de mudança de função e demissional.

Da Norma Regulamentadora n. 05 — NR-5 — há obrigatoriedade para as empresas com mais de vinte empregados de instituir a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes — CIPA e tratando-se de estabelecimento com menos de vinte empregados, a empresa deverá designar um funcionário, propiciando-lhe treinamento visando à prevenção de acidentes.

Referida norma tem por objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador; seus membros têm como atribuição, dentre outras, a elaboração de plano de trabalho que possibilite a ação preventiva na solução de problemas de segurança e saúde no trabalho e a participação na implementação e do controle da qualidade das medidas de prevenção necessárias, bem como da avaliação das prioridades de ação nos locais de trabalho.

Há, para todos os empregadores, a obrigatoriedade de adotar os procedimentos acima e, a partir dos resultados obtidos, verificarem a necessidade de aplicação das demais Normas Regulamentadoras, que tratam de diversas especificidades do ambiente de trabalho.

Nesse sistema, que visa à higidez do ambiente laboral, a Norma Regulamentadora n. 04 — NR-4 — dispõe que as empresas privadas e públicas, os órgãos públicos da administração direta e indireta e dos poderes Legislativo e Judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT, manterão, obrigatoriamente, Serviços

Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho — SESMT, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho.

Tais serviços são dimensionados com base em dois pressupostos, a gradação do risco da atividade principal e o número total de empregados. O quadro II, anexo a essa NR, explicita sobre a composição do SESMT para cada empresa, do qual temos que, mesmo para as empresas que desenvolvam, apenas, atividades enquadradas no grau de risco 1, menor risco consoante quadro II citado, contando com mais de quinhentos empregados, há necessidade de contratação de pessoal para compor esse serviço.

A aplicação sistêmica das Normas Regulamentadoras fica explícita no item 7.2.1 da NR-7 ao dispor que:

O PCMSO é parte integrante do conjunto mais amplo de iniciativas da empresa no campo da saúde dos trabalhadores, devendo estar articulado com o disposto nas demais NRs.

As obrigações previstas nestas normas jurídicas aplicáveis a todo empregador, têm por finalidade dar maior higidez ao ambiente de trabalho e resguardar a integridade física e mental do trabalhador.

Na redação das Normas Regulamentadoras, verifica-se que existe a adaptação da aplicabilidade de seu conteúdo à realidade de cada ambiente de trabalho, pois cria obrigações adicionais quanto maior for o grau de risco da atividade e a quantidade de empregados.

Tais normas, desta forma, dão efetividade ao princípio da razoabilidade, porque têm aplicação mais ampla nas atividades com maiores riscos e quantidade de empregados. No entanto, as mesmas não se destinam, tão somente, aos locais de trabalho que contemple tais riscos durante a execução das tarefas próprias das atividades cotidianas desenvolvidas pelos empregados, mas possuem dispositivos aplicáveis a todos os ambientes de trabalho.

O E. Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região⁽¹⁹⁾, consoante ementa abaixo, entendeu que são deveres do empregador implementar, no ambiente de trabalho, as normas de segurança, equipando suas máquinas com dispositivos que impeçam acidentes involuntários:

Acidente de trabalho — Máquinas obsoletas e inseguras — Culpa presumida da empresa — É dever legal e Constitucional da empresa implementar as normas de segurança no ambiente de trabalho, inclusive equipando as suas máquinas com sistemas seguros de segurança, que até impeçam acidentes involuntários. Descuidando a empresa de trocar as máquinas antigas e obsoletas, ou de equipá-las com sistemas adequados de segurança, a sua culpa é presumida e responde por danos morais e materiais em face do acidente sofrido pelo empregado, que amputou parte de dois dedos (TRT/SP – 00051200531602003 – RO – AC. 3ª T., 20080954795 – relª Ana Maria Contrucci Brito Silva – DOE 4.11.2008).

Ensinando que a preservação da saúde do empregado deve ser mais intensa, quanto maior for o risco da atividade, Dallegrave Neto⁽²⁰⁾ diz que:

O empregador tem a obrigação de zelar pela conservação da saúde de seus empregados, sendo que quanto maior for a exposição do empregado a riscos ambientais do trabalho, maior deverá ser o cuidado e a prevenção de acidentes.

E, cita o seguinte acórdão do E. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região:

A lei incumbe o empregador de zelar pela integridade física dos seus empregados. “Nesse sentido, o art. 157 da CLT determina às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho.” Assim também dispõe o § 1º da Lei n. 8.213/91, depois de definir o acidente do

trabalho: “A Empresa é responsável pela adoção e uso das medidas de proteção coletiva e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.” O risco do negócio é sempre do empregador, assim sendo, quanto mais perigosa a operação, quanto mais exposto a risco estiver o empregado, tanto mais cuidado se exige daquele quanto à prevenção de acidentes. Nesse diapasão, evidencia-se a culpa do empregador pelo infortúnio acontecido ao empregado, quando o primeiro não se desincumbe das determinações previstas pelos dispositivos legais sobreditos e, além disso, descumpre a NR-12, item 12.2.2, do Ministério Trabalho e Emprego, ao não instalar dispositivo de segurança para o acionamento da máquina utilizada pelo empregado (TRT – 3ª R., 2ª T., rel. Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira, DJ de 18.8.2006).

Embora a didática desses ensinamentos dispense qualquer ponderação, reafirma-se que o fato das normas exigirem dos empregadores maior precaução, quanto maior for o risco na atividade, não leva à ilação que exista alguma atividade empresarial, na qual o empregador não possua qualquer responsabilidade na implementação e manutenção do ambiente do trabalho saudável.

Nessa esteira, temos Norma Regulamentadora n. 1, item, 01.7, dispondo que “Cabe ao empregador: elaborar ordens de serviços sobre segurança e saúde no trabalho” e a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho dispondo sobre a prevenção dos acidentes e dos danos à saúde que:

Se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Cláudia Salles Vilela Vianna⁽²¹⁾ tratando da obrigatoriedade, para todos os empregadores, do PCMSO e de sua elaboração, traz:

(19) *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, n. 1, p. 440, 2009.

(20) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 258-259.

(21) VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2002, p.1.231-1.232 e 1.254.

Requisitos essenciais para a admissão, demissão e mesmo manutenção do contrato de trabalho, os exames médicos têm por finalidade a verificação da capacidade funcional, ou seja, a aptidão física ou mental do empregado para o desempenho de determinada atividade ou função.

Assim, todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados estão obrigados a elaborar e implementar o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

Esse Programa deverá ter caráter de prevenção, rastreamento e diagnóstico precoce dos agravos à saúde relacionados ao trabalho, inclusive de natureza subclínica, além da constatação da existência de caso de doenças profissionais ou danos irreversíveis à saúde dos trabalhadores.

(...)

Ao empregador compete a elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia.

A Norma Regulamentadora — NR n. 09 dispõe que para as atividades para as quais, na realização do PPRA, não forem identificados riscos neste trabalho de antecipação, o PPRA limitar-se-á na antecipação e reconhecimento da inexistência de riscos e o registro e divulgação dos dados.

Manus⁽²²⁾ leciona que:

As normas legais da segurança e da medicina do trabalho, que têm aplicação a todos os empregados e empregadores, encontram-se agrupadas nos arts. 154 a 201 da CLT, além de normas esparsas posteriores e referentes à matéria e atos do Poder Executivo que visam dar cumprimento a tais determinações legais.

(22) MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 206.

Assim, a obrigação do empregador no sentido de implementar tais Normas Regulamentadoras independe do grau de risco da atividade econômica — quadro I da Norma Regulamentadora n. 4 ou que a atividade normalmente desenvolvida implique, por sua natureza, risco para os direitos de outrem — art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Aliás, durante a relação de emprego, não há falar de ausência de risco em determinada atividade sem a implementação dessas Normas Regulamentadoras, porque, após o comportamento ativo do empregador, visando à implementação de norma regulamentadoras do Ministério Trabalho e Emprego, dentre as quais citamos: elaboração do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO (NR-7), Programa de Prevenção de Riscos Ambientais — PPRA (NR-9) e CIPA ou indicação de empregado para realizar atividades da CIPA (NR-5) e ergonomia (NR-17), é que se tem o real conhecimento da existência ou não de risco em determinada atividade e o acompanhamento das mesmas.

Destarte, qualquer empregador que não assume postura ativa na implementação das Normas Regulamentadoras — NRs descumpra o comando normativo de implementação e manutenção da higidez no local de trabalho, visando à prevenção de acidentes por atos e condições inseguros no desempenho do trabalho.

7. Posição normativa das Normas Regulamentadoras — NRs

A norma consolidada confere ao Ministério do Trabalho a competência para estabelecer disposições complementares às normas de segurança e medicina do trabalho quanto à prevenção de acidentes, constante do texto consolidado, art. 200, *caput*.

Oliveira⁽²³⁾, após especificar as alterações sobre o tema na CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, traz que:

(23) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 12, p. 1.434, 2006.

Nessa última mudança adotou-se uma técnica legislativa diferente, nem sempre percebida pela doutrina. Em vez de um detalhamento mais elaborado dos preceitos nos dispositivos legais, optou-se por delegar competência normativa ao Ministério do Trabalho não só para regulamentar, mas também para complementar as normas do capítulo, como expressamente prevê o art. 200 da CLT.

Com efeito, as normas regulamentadoras taxologicamente constituem delegação normativa, também denominada como deslegatização, competência normativa secundária ou discricionariedade técnica.

Não há falar em inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da legalidade, desse dispositivo da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, uma vez que a Constituição Federal não exige que a normatização dessa matéria ocorra, tão somente, mediante lei *strito sensu*.

Nesse sentido, Oliveira⁽²⁴⁾, ensina:

O espaço de atuação do regulamento, no entanto, fica mais restrito quando a Constituição expressamente atribui à própria lei a regulamentação de determinada matéria, pelo mecanismo da reserva legal ou legalidade estrita. Em muitas ocasiões o texto da Carta Maior estabelece que “a lei criará”, “a lei disporá”, “nos limites da lei”, “na forma da lei” etc. Vejam, por exemplo, o que prevê o art. 7º, XIX: “licença-paternidade, nos termos fixados em lei.” Assim, somente norma legal e não um decreto do Executivo pode disciplinar a concessão de licença-paternidade.

Por outro lado, quando a Constituição não estabelece o princípio da legalidade estrita ou da reserva legal, o regulamento goza de maior autonomia, uma vez que está vinculado apenas à legalidade simples ou genérica. Em vez de lei disciplinar exaustivamente um tema atribui competência para o regulamento

(24) *Ibidem*, p. 1.436.

completar os comandos normativos. Com efeito, quando a Constituição estabeleceu no art. 7º, XXII “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” deixou ao Poder Executivo maior campo de atuação para regulamentar os preceitos legais.

A discricionariedade técnica é adequada às áreas de cunho eminentemente técnico, matérias de alta indagação científica, próprias do avanço da ciência e da complexidade técnica da vida hodierna.

Justen Filho, *apud* Oliveira⁽²⁵⁾, cita que:

A discricionariedade administrativa é atribuída por via legislativa, caso a caso. Isso equivale a reconhecer dentre outros poderes atribuídos constitucionalmente ao Legislativo, aquele de transferir para o Executivo a competência para editar normas complementares àquelas derivadas da fonte legislativa.

Na mesma obra, esse doutrinador, citando Clève⁽²⁶⁾, traz que:

A importância do poder regulamentar vem aumentando, ultimamente, em virtude do desenvolvimento técnico da sociedade moderna, bem como da exasperação das responsabilidades do Estado. O número de matérias a exigir cresce de modo assustador. Nas áreas de cunho absolutamente técnico (composição química dos alimentos industrializados, por exemplo) o legislador, inclusive por não dispor da formação adequada, vê-se compelido a transferir ao Executivo o encargo de completar a disciplina normativa básica contida na lei.

Dallegrave Neto *apud* Guarniere⁽²⁷⁾ adverte: Não se duvide da força normativa dessas NRs, pelo simples fato de serem portarias do

(25) *Idem*.

(26) *Ibidem*, p. 1.437.

(27) DALLEGRAVE NETO, José Affonso *apud* GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 12, p. 1.475, jan. 2007.

MTE, portanto, meros atos regulamentadores do Poder Executivo. De uma adequada exegese do sistema jurídico, verifica-se que tanto a lei (art. 200 da CLT) quanto a Constituição Federal (art. 7º, XXII) referendam as NRs do MTE, conferindo-lhes autêntica normatividade.

Delgado⁽²⁸⁾, após dizer que portarias, avisos, instruções e circulares, em princípio, não constituem fontes formais de direito, leciona:

No entanto, há possibilidade técnica de esses diplomas serem alçados ao estatuto de fonte normativa, assumindo aquelas qualidades e criando direitos e obrigações na vida trabalhista. É o que se passa quando expressamente referidos pela lei ou regulamento normativo (decreto) a que se reportam, passando a integrar o conteúdo desses diplomas. Tal hipótese não é incomum no direito do trabalho, principalmente pela ocorrência de certa superposição, em alguns segmentos — como da saúde e segurança do trabalho...

O Egrégio E. TST, OJ-SDI-1 n. 345, não se afastou dessa exegese, pois entende que as Normas Regulamentadoras decorrem de delegação legislativa, tendo plena eficácia.

Citamos:

OJ-SDI1-345 — ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. RADIAÇÃO IONIZANTE OU SUBSTÂNCIA RADIOATIVA. DEVIDO (DJ 22.6.2005)

Orientação Jurisprudencial da SBDI-1 C-75
A exposição do empregado à radiação ionizante ou à substância radioativa enseja a percepção do adicional de periculosidade, pois a regulamentação ministerial (Portarias do Ministério do Trabalho ns. 3.393, de 17.12.1987, e 518, de 7.4.2003), ao reputar perigosa a atividade, reveste-se de plena eficácia, porquanto expedida por força de delegação legislativa contida no art. 200, *caput*, e inciso VI, da CLT. No período de

12.12.2002 a 6.4.2003, enquanto vigeu a Portaria n. 496 do Ministério do Trabalho, o empregado faz jus ao adicional de insalubridade.

Acrescente-se que esta forma de produção normativa é produzida por meio de sistema tripartite, do qual participam representantes da Administração, dos Empregados e dos Empregadores.

A Portaria n. 1.127, de 2 de outubro de 2003, do Ministério Trabalho e Emprego estabelece os procedimentos para a elaboração de normas regulamentadoras relacionadas à saúde e segurança e condições gerais de trabalho, cujo art. 1º dispõe que:

A metodologia de regulamentação na área de segurança e saúde no trabalho e em questões relacionadas às condições gerais de trabalho, competência da Secretaria de Inspeção do Trabalho, terá como princípio básico a adoção do sistema Tripartite Paritário — Governo, Trabalhadores e Empregadores.

Destarte, o conteúdo das Normas Regulamentadoras, editadas pelo Ministério Trabalho e Emprego, fruto dessa competência normativa secundária, encontram-se insertas no Ordenamento Jurídico, com eficácia plena, sendo, dessa forma, de observância obrigatória para os destinatários.

As Normas Regulamentadoras integrando o conceito de fonte normativa criam direitos e obrigações, estando o destinatário da norma sujeito à responsabilização na hipótese de sua inobservância.

A Constituição Federal, prevendo como direitos dos trabalhadores a redução dos riscos, inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, traz meios de reforçar a dignidade da pessoa humana do empregado, fundamento da República.

8. Poder disciplinar

O empregador em decorrência da subordinação jurídica do empregado detém o poder diretivo permitindo-lhe dirigir a prestação pessoal de serviço do empregado, podendo

(28) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 157.

controlar as atividades do empregado e aplicar punições quando esse não se submete a determinações com vistas à consecução do objeto lícito da contratação.

Martins⁽²⁹⁾, citando o art. 2º da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, leciona que:

Compreende o poder de direção não só o de organizar suas atividades, como também de controlar e disciplinar o trabalho, de acordo com os fins do empreendimento.

(...)

3. Poder de controle

(...)

O empregador tem o direito de fiscalizar e controlar as atividades de seus empregados.

4. Poder disciplinar

(...)

Não deixa de ser, portanto, o poder disciplinar um complemento do poder de direção, do poder de o empregador determinar ordens na empresa, que, se não cumpridas, podem gerar penalidades ao empregado, que deve ater-se à disciplina e respeito a seu patrão, por estar sujeito a ordens de serviços, que devem ser cumpridas, salvo se ilegais ou imorais. Logo, o empregador pode estabelecer penalidades a seus empregados.

Dentre as modalidades de punição, temos a advertência, a suspensão e a resolução do contrato de emprego por justa causa atribuída ao empregado.

A justa causa imputada ao empregado configura-se pelo procedimento do empregado tipificado numa das hipóteses do art. 482 da CLT, que dá ensejo à ruptura do vínculo empregatício, motivadamente.

Giglio⁽³⁰⁾ conceitua a justa causa como “todo ato faltoso grave, praticado por uma das partes, que autorize a outra a rescindir o contrato, sem ônus para o denunciante”.

(29) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 191-193.

(30) GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2000. p. 12.

Destaca-se a letra “h”, que trata da indisciplina e da insubordinação, sendo aquela caracterizada pelo descumprimento de regras gerais, dirigidas a todos os empregados de forma genérica; esta, a insubordinação, como a prática intencional que representa o não cumprimento deliberado de uma ordem especial, de caráter pessoal, dada ao empregado pelo empregador.

A licitude da utilização do poder disciplinar ocorre quando presentes as seguintes circunstâncias: o caráter determinante da falta/teoria da vinculação (são os fatos, não a tipificação que determina a falta), atualidade/imediatividade (ausência de perdão tácito), proporcionalidade, *non bis in idem* (vedação de dupla punição para a mesma falta), não discriminação e gravidade da falta.

O empregador, detentor do poder diretivo, tem o direito de exigir o cumprimento das obrigações decorrentes do contrato laboral, enquanto acordo de vontade, obrigando a realização das tarefas próprias do objeto contratual.

Entretanto, tem o dever de preservar a saúde e segurança do trabalhador, tornando o ambiente de trabalho hígido, prevenindo toda e qualquer situação insegura ou potencialmente capaz de levar ao infortúnio laboral.

O empregador, cumprindo seu dever de assegurar condições seguras de trabalho, tem o poder/dever de utilizar-se dos instrumentos de punição em face do empregado que falta com o dever de colaboração na implementação dessas condições de segurança objetivadas pelo empregador, presentes nas ordens de serviços por ele elaboradas.

Diante da resistência do empregado, quanto às determinações do empregador e frustrando seu intento na efetivação de um ambiente de trabalho seguro, justificada está, observada a gravidade do ato, a aplicação de medidas punitivas ao empregado faltoso.

Outrossim, a CLT — Consolidação das Leis do Trabalho impõe ao empregado o dever de colaboração e de observância de tais

normas, art. 158, e o item 1.8.1 da Norma Regulamentadora n. 1 — NR-1 — dispõe que constitui ato faltoso a recusa injustificada do empregado; amparando, assim, o empregador, na utilização de medidas punitivas nos casos em que o empregado deixar de observar as ordens de serviço atinentes à implementação ou à manutenção da segurança no local de trabalho.

Citamos, a propósito, Carrion⁽³¹⁾:

A segurança e higiene são fatores vitais na preservação de acidentes e na defesa da saúde do empregado, evitando o sofrimento humano e o desperdício econômico lesivo às empresas e ao próprio País. Praticamente falta o empregado que não obedece às normas de segurança e higiene do trabalho, inclusive quanto ao uso de equipamentos. A lei quer que as instruções tenham sido expedidas pelo empregador, que hajam sido veiculadas por ele aos empregados; não basta, assim, a simples vigência. O ato faltoso do empregado poderá ou não constituir justa causa para rescisão do vínculo laboral, de acordo com a gravidade das circunstâncias, de sua reiteração etc., como acontece com as demais faltas, propiciando em certas hipóteses simples advertência ou suspensão.

Tal se dá em razão da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho criar a obrigação para o empregador, não a faculdade, de fazer cumprir tais normas e a NR-1, item 01.7, dispor que este deve “elaborar ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho”.

Deste modo, a inércia do empregador na aplicação das penalidades cabíveis ao empregado displicente quanto à observância das normas de segurança e medicina do trabalho, configura ofensa ao dever de implantar um ambiente de trabalho hígido e, em decorrência lógica, o descumprimento da Norma Regulamentadora — NR, norma cogente.

(31) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 172-173.

Ainda, a eliminação de atos e condições inseguros no desempenho do trabalho, com a redução dos infortúnios laborais, é do interesse da coletividade de empregados e da sociedade em geral, porque a segurança nos ambientes de trabalho maximiza a valorização social do trabalho e a dignidade da vida humana.

Repisa-se que, nessa seara, a nosso ver, o uso do poder disciplinar, com o fito de afastar a responsabilização do empregador, diante de eventual acidente, não é facultativo, pois está contemplado na obrigação, do empregador, de fazer cumprir as normas de segurança.

9. Ônus da prova

Para Oliveira⁽³²⁾, temos que:

Para atender a uma sequência lógica de apreciação, a pesquisa sobre a culpa somente deverá ser feita após a constatação do liame de causalidade. Se o acidente não teve relação com o exercício do trabalho a serviço da empresa ou se ocorreu apenas à causalidade indireta, sem qualquer participação do empregador, é dispensável indagar a respeito da culpa.

Quando a atividade desempenhada pelo empregado não for de risco, mas, ocorrendo um acidente no local de trabalho, demonstrado o dano, resta definir quem tem o ônus de provar a existência ou inexistência de culpa da reclamada por ação ou omissão quanto à implementação da higidez no ambiente de trabalho e na prevenção de atos ou condições inseguros.

Nos termos da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, art. 818: “A prova das alegações incumbe à parte que as fizer.”

O art. 333 do CPC traz a distribuição objetiva do ônus da prova, imputando ao autor a prova do fato constitutivo do direito vindicado, ao réu, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

(32) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009. p. 196.

Citamos:

O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

No processo do trabalho, essa regra civilista deve ser interpretada com comedimento, pois, do modo como a relação de trabalho se desenrola, no mais das vezes, o empregado não tem condições de se desincumbir do ônus, estando, o empregador, em melhores condições de demonstrar o modo como os fatos ocorreram.

Tal se dá à luz do princípio da aptidão para a prova, assim, o ônus poderá ser invertido, imputando-o à parte que detém maiores condições de demonstrar os fatos controvertidos.

Leciona o Ministro do E. TST Carlos Alberto Reis de Paula na obra a especificidade do ônus da prova no processo do trabalho, consoante citação de Oliveira⁽³³⁾:

A inversão do ônus da prova é uma das peculiaridades do processo trabalhista, fenômeno justificado pela instrumentalidade do direito processual, de forma genérica, e nas particularidades do processo trabalhista, de forma específica. A inversão é inspirada em altíssimos princípios de interesse social, sendo o meio para se obter o equilíbrio processual, estabelecendo igualdade de condições entre as partes. Torna-se possível a inversão do ônus da prova desde que haja incidência de alguns dos seguintes princípios: da aptidão para a prova, do *in dubio, pro operario* e da pré-constituição da prova. A disponibilidade dos meios de prova importa no dever de colaboração, como decorrência do princípio da aptidão para a prova, que é resultante de construção jurisprudencial. Como consagrado por Carnelutti, o escopo do processo não é a simples composição, mas a justa composição da lide.

(33) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de, *op. cit.*, p. 197-198.

Nesse sentido, Dallegrave Neto⁽³⁴⁾:

Assim, ao fixar o *onus probandi*, o magistrado deve se ater à regra de distribuição do art. 818 da CLT e art. 333 do CPC, sendo do Autor o encargo dos fatos constitutivos e do Réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos. Perpassando por essa regra distributiva, insta delimitar os fatos que não dependem de prova e ainda o princípio da aptidão para a produção da prova.

O Código de Defesa do Consumidor traz previsão, art. 47, que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor e o art. 6º, inciso VIII prevê a inversão do ônus da prova quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou presente o hipossuficiente.

Em julgamento quanto ao pagamento de abono salarial, o E.TST⁽³⁵⁾, por meio da SDI-1, em decisão nos autos do processo E-AIRR e RR 696937/2000, entendeu que:

Quando a concessão de abono salarial está condicionada à obtenção de lucro pela empresa, cabe a esta o ônus de provar a ocorrência ou não de resultados operacionais positivos, por possuir mais condições para isso do que o empregado.

Judiciosa decisão é expressa quanto à definição que a parte detentora de maiores condições de produção probatória, aptidão para a prova, deve trazê-la a Juízo. Ainda, referida prova, na espécie, balanços contábeis, enquadram-se como prova pré-constituída.

A Súmula n. 338, I do E. TST, referindo-se ao controle de jornada, traz a presunção relativa quanto à jornada alegada na inicial, caso o empregador, com mais de dez empregados, injustificadamente, não apresente os controles de jornada, *in verbis*:

É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada

(34) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 280-281.

(35) Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Busca> Acesso em: 27 ago. 2010. Notícia publicada em: 15 abr. 2003.

de trabalho na forma do art. 74, § 2º, da CLT. A não apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário.

Os controles de jornada, citados nesta súmula, qualificam-se como prova pré-constituída, em relação à qual o empregador detém a aptidão para produzi-la em juízo.

Tratando da segurança do ambiente do trabalho, a Constituição Federal, a CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, as Normas Regulamentadoras e a convenção da Organização Internacional do Trabalho, citadas anteriormente, trazem obrigações a serem cumpridas por todos os empregadores.

Entende-se, como dito algures, que o efetivo saber quanto à presença ou não de risco específico em determinada atividade e o acompanhamento das mesmas, visando evitar acidentes no local de trabalho, só ocorrerá, após o empregador implementar algumas normas regulamentadoras do Ministério Trabalho e Emprego e, ao colocar em prática tais medidas, por força normativa, o empregador deve documentar-se sobre os procedimentos adotados.

Citamos como exemplo de documentação produzida: a edição de ordens de serviço visando o cumprimento de normas de segurança e medicina do trabalho e quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, art. 157 da CLT — Consolidação das Leis do Trabalho e item 1.7, da Norma Regulamentadora n. 1; elaboração e implementação do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO e do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais — PPRA e implementação de ambiente de trabalho ergonômico.

Vianna⁽³⁶⁾ discorrendo sobre a elaboração e documentação do PCMSO afirma:

Obs. I: O PCMSO não é um documento que deve ser homologado ou registrado nas

Delegacias Regionais do Trabalho, devendo o mesmo ficar arquivado no estabelecimento à disposição da fiscalização.

(...)

Ao empregador compete à elaboração e efetiva implementação do PCMSO, bem como zelar pela sua eficácia.

E, tratando do PPRA, a autora supramencionada, atesta que: “O documento-base e suas alterações deverão estar disponíveis de modo a proporcionar o imediato acesso às autoridades competentes.”

Quanto à CIPA, a Norma Regulamentadora n. 5 determina que as atas de suas reuniões fiquem arquivadas na empresa à disposição da fiscalização do Ministério Trabalho e Emprego, que fiscaliza inclusive a licitude do processo eleitoral.

Diante desse arcabouço jurídico, temos que nas ações trabalhistas com pedido de indenização decorrente de acidente do trabalho o cumprimento das obrigações previstas nas Normas Regulamentadoras enquadra-se como prova pré-constituída.

Assim, o empregador deverá apresentar tais documentos nas ações trabalhistas, versando sobre acidente do trabalho, pois se trata de prova pré-constituída referente à higidez no ambiente de trabalho e na prevenção de acidentes decorrentes de atos e condições inseguros e por possuir maior aptidão para trazê-la à lide.

Para Dallegrave Neto⁽³⁷⁾:

Assim caberá ao empregador comprovar em juízo que cumpriu integralmente as normas de segurança do trabalho (CLT, NR do MTE, CCT) e o seu dever geral de cautela (prevenção e precaução).

O Enunciado n. 41 da primeira jornada de direito material e processual na Justiça do

(36) VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2002. p. 1.231-1.232 e 1.254.

(37) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 282.

Trabalho⁽³⁸⁾ dispõe que “Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho”.

Entende-se que colocar o ônus de comprovar que o réu incorreu em culpa quanto à implementação das normas vigentes relacionadas à segurança e medicina do trabalho, aplicáveis à atividade desenvolvida, configuram uma carga insuportável para o empregado.

Necessário se faz ter em mente, uma vez que nos dá a noção do quão intrincada é a matéria, que o Poder Legislativo delegou a Órgão Técnico do Poder Executivo, em virtude da nuance presentes nesta seara, em razão da extraordinária multiplicidade de aspectos eminentemente técnicos, a complementação da regulamentação das matérias atinentes à medicina e segurança no trabalho.

Não nos parece razoável impor ao empregado o ônus de possuir conhecimento sobre o tema, na profundidade necessária, para a boa defesa de seus interesses.

Assim, a produção da prova apresentaria, na maioria dos casos, dificuldade intransponível para o reclamante.

Deduzimos, pelo exposto, que a aptidão para a prova está com o empregador, tendo em vista a disponibilidade dos meios de prova quanto à postura adotada para implementar a segurança no ambiente do trabalho, observando as Normas Regulamentadoras aplicáveis à sua atividade econômica, inclusive, se for o caso, a utilização do poder disciplinar visando fazer cumprir tais normas.

Não comprovando, caso a reclamada desenvolva atividade que não demande risco específico, haverá presunção relativa da realidade dos fatos alegados pelo autor, ausência de higidez no ambiente de trabalho, fato que leva a culpa, ainda que levíssima, do réu, quanto ao acidente.

(38) Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm> Acesso em: 27 ago. 2010.

Tratando-se de presunção relativa, o empregador poderá elidi-la produzindo prova em contrário.

O autor, diante das provas produzidas pelo réu quanto à adoção dos meios exigidos para a segurança do ambiente do trabalho, poderá comprovar, notadamente, fulcrando-se no princípio da primazia da realidade, que os fatos não ocorreram consoante provas produzidas pela reclamada.

Neste aspecto, o Direito do Trabalho tem sempre como objetivo a busca da verdade real, com a preterição da verdade formal. Na doutrina assim nos direciona Sússekind⁽³⁹⁾ ao lecionar sobre o princípio vigente da primazia da realidade:

Em razão do qual a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não correspondente à realidade.

Rodriguez⁽⁴⁰⁾, tratando do significado do princípio da primazia da realidade, vaticina que:

Isto significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle.

Por fim, visando afastar a responsabilidade, poderá a reclamada, ainda, demonstrar que o infortúnio deu-se em razão de uma das excludentes de responsabilidade.

Presente o risco específico na atividade desenvolvida, a responsabilização do empregador é objetiva, consoante art. 927, parágrafo único do Código Civil.

10. Excludentes de responsabilização

Ainda que ocorra o infortúnio durante o labor e presente o dano, não haverá responsabilização do empregador nos casos em que se

(39) SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. atual. São Paulo: LTr, 2002. v. 1, p. 147.

(40) RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000. p. 352.

apresentarem as excludentes da responsabilidade.

É excludente donexo causal a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato de terceiro.

Para Oliveira⁽⁴¹⁾:

Fica caracterizada a culpa exclusiva da vítima quando a causa única do acidente do trabalho tiver sido a sua conduta, sem qualquer ligação com o descumprimento das normas legais, contratuais, convencionais, regulamentares, técnicas ou do dever geral de cautela por parte do empregador.

Dallegrave Neto⁽⁴²⁾ pontua quanto à culpa exclusiva da vítima:

Assim, caso o dano acidentário tenha sido causado exclusivamente por culpa do empregado, máxime quando a empresa observou *in totum* as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as NRs do MTE, tendo se comportado de forma prudente na prevenção do dano, nesse caso ela (empregadora) estará alijada de qualquer indenização.

Na mesma obra, este autor⁽⁴³⁾, tratando dos institutos caso fortuito e força maior, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, traz o seguinte entendimento:

Ocorre que na esfera do direito do trabalho, em face de seu conteúdo tutelar e mais social do que os contratos civilistas, o dano do empregado ocorrido no ambiente do trabalho, ainda que decorrente de força maior ou caso fortuito não exime, por completo, o empregador. Assim, ao nosso crivo, por aplicação analógica dos arts. 501 e 502, II da CLT, a indenização deverá ser fixada pela metade.

(41) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2009. p. 152.

(42) DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 278.

(43) *Ibidem*, p. 275.

11. Considerações finais

À guisa de conclusão, tem-se que o Ordenamento Jurídico traz na Constituição Federal normas que garantem o direito do empregado à redução dos riscos no cumprimento de um contrato de trabalho efetivando a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, sendo o trabalho humano suporte da ordem econômica e base do bem-estar e a justiça social.

A CLT — Consolidação das Leis do Trabalho, tratando de normas de segurança e medicina do trabalho, traz normas gerais sobre o tema, adotando a discricionariedade técnica ou delegação legislativa — Orientação Jurisprudencial n. 345 da SDI-1 do E. TST — delegou à Administração — Ministério Trabalho e Emprego — competência normativa não somente para regulamentar a produção legislativa, mas, também, complementá-la, consoante art. 200 da CLT, visando, nos termos do art. 157 do texto consolidado, a obrigação patronal de cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho, instruindo os empregados, mediante ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais, conforme Norma Regulamentadora n. 01, item 01.7.

No uso dessa delegação, o Ministério Trabalho e Emprego, de modo tripartite, do qual participam representantes da Administração Pública, dos empregados e dos empregadores, edita as Normas Regulamentadoras visando à conduta ativa do empregador no sentido de implementar as normas objetivando obter um ambiente de trabalho hígido.

Os deveres do empregador quanto a cumprimento, no local de trabalho, das normas de segurança e medicina do trabalho iniciam-se pela obrigação de cumprir referidas normas.

No entanto, não se esgota nisso, pois há o dever de se fazer cumprir tais normas, visando à higidez de qualquer ambiente do trabalho e prevenindo acidentes tanto nas atividades com risco específico, como aqueles decorrentes de

atos e condições inseguros no desempenho do trabalho.

Assim, do empregador, exige-se que implemente, em qualquer ambiente do trabalho, as exigências previstas nas Normas Regulamentadoras, por exemplo: PPRA, PCMSO, CIPA (ou designação de funcionário, para empresas com menos de vinte empregados) e a adequação ergonômica; também, que elabore ordens de serviço sobre segurança e saúde no trabalho, dando ciência destas ao empregado, quanto ao modo de prevenir acidentes no desempenho do trabalho, divulgando as obrigações e proibições na realização do trabalho e informação de que serão passíveis de punição, pelo descumprimento das ordens de serviço expedidas e, ainda, se necessário utilize do poder disciplinar, em face do empregado, como medida legal, visando à implementação do ambiente de trabalho seguro, interesse de toda coletividade de empregados e da sociedade em geral.

Em sede processual, presente o acidente, há responsabilização objetiva do empregador nas atividades que demandem risco específico — art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Ausente o risco específico, a parte reclamada deverá, por se tratar de prova pré-constituída e da aptidão para produzi-la, trazer aos autos a comprovação de todas as medidas tomadas no decorrer do vínculo empregatício, com o fito de implementar e manter a higidez no local de trabalho e prevenir atos e condições inseguros no desempenho do trabalho.

Descumprindo o empregador quaisquer dessas obrigações, presume-se a inexistência da higidez no ambiente do trabalho com culpa do empregador, salvo prova em contrário ou presentes as excludentes de responsabilização.

12. Referências bibliográficas

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Saraiva 2006.

Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <www.trtsp.jus.br/basesjuridicas> Acesso em: 13 set. 2010.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

GUARNIERI, Bruno Marcos. Meio ambiente do trabalho: prevenção dos infortúnios laborais, dignificação do trabalho e responsabilidade civil do empregador. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 12, jan. 2007.

Decisão Autos do Processo E-AIRR e RR 696937/2000. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/NO_NOTICIAS.Busca> Acesso em: 27 ago. 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 3. v.: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 23. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Enunciados da primeira jornada de direito material e processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm> Acesso em: 27 ago. 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. Responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

GIGLIO, Wagner D. *Justa causa*. São Paulo: Atlas, 2000.

LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VEIGA, Mário (Coords.). *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARANHÃO, Délio. *Instituições de Direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. Responsabilidade objetiva e inversão da prova nos acidentes de trabalho. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 1, p. 28, 2006.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NERY JUNIOR; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. Estrutura normativa da segurança e saúde do trabalhador no Brasil. In: *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 12, jan. 2006.

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, n. 1, São Paulo: Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2009.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, Cristiane Ribeiro da. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela. *Manual prático das relações trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2002.

Apontamentos sobre trabalho análogo a escravo no Brasil

Sônia A. C. Mascaro Nascimento^(*)

Resumo:

- ▶ O presente trabalho propõe-se a analisar a questão do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, traçando um panorama sobre o estágio evolutivo do combate a este tipo de prática no país. Em seguida, debruça-se sobre como o ordenamento jurídico pátrio concernente à matéria e enfoca os problemas conceituais nele existentes, considerando que um efetivo e justo sistema repressivo e punitivo apenas será conseguido com a devida conceituação do que se considera trabalho escravo nos dias atuais.

Palavras-chave:

- ▶ Trabalho escravo — Trabalho forçado — Formas degradantes de trabalho — Formas contemporâneas de escravidão — Direitos humanos — Irregularidades trabalhistas.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O combate às formas contemporâneas de escravidão
- ▶ 3. O trabalho escravo no ordenamento jurídico
- ▶ 4. O atual debate acerca do conceito
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(*) Mestre e Doutora em Direito do Trabalho pela USP. Membro do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito do Trabalho. Diretora-Geral do Núcleo Mascaro de Cursos Jurídicos. Consultora-Sócia de Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Advogados. Advogada Trabalhista. Autora dos Livros *Assédio moral*, *Flexibilização do horário de trabalho* e *Trabalho da mulher: das proibições para o direito promocional*. Autora de diversos artigos jurídicos. Colaboradora do Caderno de Empregos do Jornal *O Estado de S. Paulo*. Colaboradora do Jornal *Diário de S. Paulo*.

1. Introdução

O trabalho escravo no Brasil ainda é uma realidade, em pleno século XXI. Apesar dos esforços conjuntos do poder judiciário trabalhista, do Ministério Público do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego e da Polícia Federal, ainda assim esta prática se perpetua na economia nacional, sendo de difícil repressão.

Nesse contexto, surge a questão do conceito do trabalho escravo para o ordenamento jurídico pátrio, uma vez que este é apenas definido pelo Código Penal.

Depois de mais de dez anos de tramitação, a Proposta de Emenda Constitucional n. 438/2001, a conhecida “PEC do Trabalho Escravo”, foi aprovada na Câmara dos Deputados em 22 de maio de 2012, que prevê o confisco de propriedades rurais e urbanas onde for encontrada exploração de trabalho escravo.

No mesmo mês, forças contrárias à PEC apresentaram o Projeto de Lei n. 3.842/2012, que propõe a alteração e restrição do conceito de trabalho análogo a escravo do Código Penal. Em meio a tais debates, foi instaurada a CPI do Trabalho Escravo.

Diante de tantos debates políticos sobre o tema, importante que busquemos uma análise jurídica técnica dos aspectos concernentes ao conceito de trabalho escravo no Brasil, uma questão que sem dúvida precisa de solução, mas que deve ser tratada com o devido zelo, para que evitemos condenações injustas.

2. O combate às formas contemporâneas de escravidão

Nos últimos anos, temos assistido a uma grande evolução no combate e conscientização acerca do trabalho escravo no Brasil.

Destacamos, aqui, a brilhante atuação do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), Polícia Federal e do Ministério Público do Trabalho (MPT) na investigação de áreas com trabalho escravo e na liberação desses trabalhadores cuja dignidade humana precisa ser resgatada.

Segundo dados da OIT, de 1995 até 2005, 17.983 pessoas foram libertadas em ações dos grupos móveis de fiscalização, integrados por Auditores Fiscais do Trabalho, Procuradores do Trabalho e policiais federais. No total, foram 395 operações e 1.463 propriedades fiscalizadas⁽¹⁾.

Nesse sentido, um importante passo é o Cadastro de Empregadores que Submeteram Trabalhadores a Condições Análogas à de Escravo, criado pela Portaria do MTE n. 540, de 15 de outubro de 2004, regulamentado pela Portaria Interministerial n. 2, de 12 de maio de 2011.

Vale frisar que este cadastro tem como principal objetivo a punição exemplar desses empregadores, uma vez que a violação a direitos tão fundamentais do ser humano, como liberdade e trabalho, não pode ser mais tolerada.

Para assegurar que não haja injustiças, a inclusão do nome do infrator no cadastro apenas ocorre após decisão administrativa final relativa ao auto de infração lavrado em decorrência de ação fiscal, em que tenha havido a identificação de trabalhadores submetidos a condições análogas à de escravo.

O Cadastro, atualizado semestralmente, possui hoje 288 nomes de empresas e pessoas físicas que foram flagradas utilizando-se de mão de obra escrava⁽²⁾.

Ademais, segundo Relatório da OIT:

(...) as ações fiscais demonstram que quem escraviza no Brasil não são proprietários desinformados, escondidos em fazendas atrasadas e arcaicas. Pelo contrário, são latifundiários, muitos produzindo com alta tecnologia para o mercado consumidor interno ou para o mercado internacional. Não raro nas fazendas são identificados campos de pouso de aviões. O gado recebe tratamento de primeira, enquanto os trabalhadores vivem em condições piores do que as dos animais.⁽³⁾

(1) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho escravo no Brasil do Século XXI*. Brasília, 2006. p. 24.

(2) GOVERNO FEDERAL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Cadastro de empregadores* — Última atualização em 28.6.2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br>>.

(3) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Trabalho escravo no Brasil do Século XXI*. Brasília, 2006. p. 24.

Neste combate, fundamental também a postura do Judiciário, destacadamente o Trabalhista, que vem contribuindo para a punição dos infratores por meio de decisões em Ações Civis Públicas deferindo pedidos de danos morais coletivos, muitas vezes, “com reversão dos fundos para subsidiar trabalhos tendentes à eliminação do trabalho escravo e suas múltiplas formas”⁽⁴⁾.

3. O trabalho escravo no ordenamento jurídico

Apesar de não falar explicitamente sobre o trabalho escravo, a Constituição Federal declara em seu art. 5º, XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Dessa maneira, consagra o princípio da liberdade de escolha de profissão e assegura a liberdade de trabalho, sem mais detalhes, ou seja, silenciando sobre a definição em questão.

Soma-se a este dispositivo o art. 10, que considera princípios fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, e o art. 50, que invoca o direito à livre locomoção.

Dessa forma, podemos afirmar que trabalho escravo é um conceito indeterminado constitucionalmente, pois a Carta Magna não faz menção à sua tipificação, mas consagra o direito fundamental à liberdade.

Abaixo da Constituição, dispõe o Código Penal:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

(4) BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Trabalho escravo: uma chaga humana. In: *LTr, Revista Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 70, n. 3, p. 367-71, mar. 2006. p. 370.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Nota-se que o texto não contém uma definição geral de trabalho em condição análoga à de escravo, apresentando uma enumeração taxativa de casos ou situações configuradoras do mesmo, que não comportam ampliações pelo intérprete.

Sobre o art. 149, alterado pela Lei n. 10.803/2003, afirma Damásio E. de Jesus que “anteriormente, tratava-se de crime de forma livre, que admitia qualquer meio executório”⁽⁵⁾. Com a mudança, passou a constituir delito de forma vinculada, de modo que só integram o tipo aquelas condutas especificamente detalhadas.

Ainda assim, insuficiente para o Direito do Trabalho a definição de trabalho escravo do Código Penal, uma vez que ele limita a caracterização do que constitui a “condição análoga à de escravo”, pois termos genéricos devem ser evitados pelo legislador penal em face do princípio norteador da tipicidade legal. No entanto, esse princípio não se aplica à seara trabalhista, uma vez que esta busca zelar pela integridade do trabalhador.

Entretanto, a CLT não dedica nenhum dispositivo ao trabalho escravo, apenas estabelecendo regras do que seria o trabalho digno, como quando dispõe sobre o trabalho formal com Carteira de Trabalho e Previdência Social (art. 13), sobre o fornecimento de equipamentos de

(5) JESUS, Damásio E. de. *Código Penal comentado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 514.

segurança gratuito aos empregados (arts. 166 e 167), quando protege o trabalhador das atividades perigosas e insalubres (arts. 189 e 193) etc.

Temos menção do trabalho escravo na Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990 (redação dada pela Lei n. 10.608, de 20 de dezembro de 2002), que assegura o pagamento de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado da escravidão, dipondo seu art. 2º o dever da previdência de “prover a assistência financeira temporária ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo”. Entretanto, este dispositivo parte do pressuposto de que essa situação tenha se verificado, porém, sem tipificá-la.

De forma semelhante, os atos administrativos existentes também não permitem conhecer suficientemente o conceito de trabalho escravo ou em condições análogas de.

Na tentativa de regular a matéria, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) editou a Instrução Normativa Intersecretarial n. 1, de 24 de março de 1994, que serve de diretriz para os auditores no ato da fiscalização:

DO TRABALHO ESCRAVO (FORÇADO).
Constitui-se forte indicio de trabalho forçado a situação em que o trabalhador é reduzido à condição análoga a de escravo por meio de fraude, dívida, retenção de salários, retenção de documentos, ameaças ou violência que impliquem no cerceamento da liberdade dele ou de seus familiares, em deixar o local onde presta seus serviços, ou mesmo quando o empregador se negar a fornecer transporte para que ele se retire do local para onde foi levado, não havendo outros meios de sair em condições seguras, devido às dificuldades de ordem econômica ou física da região.

A Portaria n. 1.153, de 2003 estabelece os procedimentos da fiscalização do trabalho para a identificação e libertação de trabalhadores submetidos a regime de trabalho forçado e condição análoga à de escravo, visando à concessão do benefício do Seguro-desemprego.

Não conceitua o tipo legal, mas delinea alguns elementos necessários para sua caracterização, exigindo, em seu art. 4º, inciso II, a comprovação dos seguintes elementos: a forma de recrutamento de trabalhadores, o não pagamento de salários, o regime de servidão por dívidas, a existência de segurança armada e/ou notícias de pressões e violências por parte do empregador ou preposto, o isolamento da propriedade rural em relação a vilas, os pontos de acesso a transporte público, o não fornecimento de água potável, o não fornecimento de alojamentos adequados e as condições gerais de saúde e segurança.

Dessa forma, em esfera administrativa, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) enumera situações que configuram indícios à prática de trabalho em condição análoga à de escravo, mas não encontramos uma definição que indique o conteúdo fenomenológico da figura.

Portanto, fica claro que, antes de qualquer discussão acerca de formas de investigação, fiscalização ou punição de quem emprega trabalho escravo no país, nota-se uma deficiência conceitual no ordenamento brasileiro acerca do que considera-se trabalho escravo. É o que analisaremos a seguir.

4. O atual debate acerca do conceito

Fato é que existe notável divergência entre os dados que quantificam o número de trabalhadores em situação análoga à de escravo no Brasil. Podemos citar como exemplos os dados da Organização Nacional das Nações Unidas (ONU), da Organização Internacional do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) e da Comissão Pastoral da Terra.

Podemos afirmar que um dos motivos dessa divergência é a ocorrência de critérios totalmente heterogêneos para a definição de trabalho escravo contemporâneo, não apenas na doutrina, mas principalmente na legislação.

O debate em torno da caracterização do trabalho escravo contemporâneo é grande em

decorrência de vários motivos, dentre os quais o fato de existir uma considerável diversidade de formas de trabalho forçado, o que se soma à oposição de interesses políticos, econômicos e agrários.

Em um dos mais recentes documentos sobre trabalho escravo da OIT, seu Diretor-Geral afirma a necessidade da revisão do conceito de trabalho escravo. Em sua análise, menciona a constatação da Comissão de Peritos da OIT, ao relatar os problemas na implementação das Convenções sobre trabalho forçado, do grande rol de termos e práticas que envolvem o tema e que precisam ser melhor classificados: escravatura, práticas análogas à escravatura e outras formas ilegais de coação ao trabalho; tráfico de pessoas com o objetivo de exploração; trabalho forçado ou obrigatório imposto pela exploração; trabalho forçado ou obrigatório imposto pelo Estado, com o objetivo de produção ou serviço; privatização de prisões e do trabalho prisional; sentenças de trabalho comunitário; trabalho obrigatório como condição para obter benefícios de desemprego; e a obrigação de trabalho suplementar sob ameaça de penalizações⁽⁶⁾.

Em termos conceituais, Convenção n. 29⁽⁷⁾ da OIT define trabalho forçado como “todo trabalho ou serviço que seja exigido a qualquer pessoa, sob ameaça de qualquer penalidade, e para o qual a essa pessoa não se tenha oferecido voluntariamente”.

Em somatório, a Convenção n. 105 sobre a Abolição do Trabalho Forçado⁽⁸⁾ determina algumas formas perante as quais o trabalho nunca deverá ser imposto, dentre as quais como medida de coerção ou sanção política ou como método de disciplina de trabalho, sem alterar a definição inicial.

(6) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *O custo da coerção: Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho*. Genebra, 2009. p. 5.

(7) Adotada pela OIT em 1930; ratificada pelo Brasil em 25.4.1957.

(8) Adotada pela OIT em 1957; ratificada pelo Brasil em 1965.

Dessa forma, podemos afirmar que a definição de trabalho forçado para a OIT possui um elemento central, a contratação coercitiva, composta por dois eixos: (i) a ameaça de penalização, que inclui desde a mais grave, como lesão corporal e ameaça de morte, passando pela penalização econômica relacionada a dívidas, até ameaças sutis e psicológicas; (ii) o cumprimento involuntário do serviço, ou seja, a forma coativa como se dá o consentimento para o trabalho.

É mister frisar que na caracterização do trabalho escravo contemporâneo não se pode considerar apenas como aquele para o qual o trabalhador não tenha se voluntariado para, uma vez que existem situações em que ele é enganado por falsas promessas de condições de trabalho e salários.

Dessa maneira, é imprescindível para o conceito a noção de que o trabalhador seja coagido a permanecer prestando serviços, estando impossibilitado de se desligar, seja por meios físicos, psicológicos ou financeiros.

Ao mesmo tempo, é preciso que tenhamos cuidado com o outro extremo, ou seja, com a tipificação de formas degradantes de trabalho como trabalho escravo, o que resultaria na penalização de empregadores e sua inserção no Cadastro de Empregadores escravistas do MTE, sendo que a via punitiva seria outra, por sanções previstas na legislação trabalhista.

Nesse sentido, o Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT, relativo a Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho⁽⁹⁾, chama a atenção para o fato de que a expressão trabalho forçado deve ter um preciso significado jurídico, e não podendo ser confundido com trabalho mal remunerado, más condições de trabalho ou realizado em condições gerais de exploração.

(9) ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Relatório global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho*. Genebra, 2005. p. 5.

Podemos citar como exemplo os cortadores de cana. É inegável que o tipo de trabalho é extenuante e que expõe os trabalhadores a situações adversas, seja ergonomicamente, seja por conta das proteções não diminuírem os riscos de lesões dos facões, seja pela remuneração por produção. No entanto, não se pode falar em trabalho escravo, uma vez que esses trabalhadores não possuem todos os requisitos do conceito.

No tocante à legislação brasileira, não há, a não ser o art. 149 do Código Penal, definição de trabalho escravo ou de condição análoga à de escravo, embora existam diversas regras de combate ao referido tipo de trabalho, como já mencionado.

Ora, mostra-se ilógico prever efeitos a uma situação cuja descrição não é objetivada pela legislação trabalhista, o que é indesejável porque cada caso concreto é interpretado de acordo com as conclusões subjetivas do intérprete, administrativo ou judicial.

Ainda pior nos casos de interpretação administrativa, feita pela própria autoridade que pune, que acaba por se inverstir não apenas do poder de punir, mas do poder de dizer ela mesma, de acordo com seus conceitos, o que poderá ser punido.

Não é cabível no mundo jurídico que um jurista extraia efeitos, especialmente sancionatórios, sem uma descrição típica conceitual da qual possa partir.

O conceito, a definição ou a caracterização do que seja trabalho escravo contemporâneo está indeterminado na legislação brasileira, fato que gera intensa insegurança aos empregadores e dissenso entre doutrinadores. Não há de se afastar sua importância, pois não se pensa absolutamente sem categorias⁽¹⁰⁾.

Fato é que, atualmente, auditores fiscais do trabalho, procuradores do trabalho e magistrados não se harmonizam a respeito do conceito

(10) VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 14.

nem mesmo do nome a ser atribuído à situação que pretendem combater, falando uns em trabalho escravo, outros em trabalho em condições análogas à de escravo, outros em trabalho degradante, outros em trabalho forçado, outros em trabalho ofensivo à dignidade do trabalhador, e assim por diante.

Nessa seara, é preciso ter cautela para que não se caia na falácia de que toda relação de trabalho que resida irregularidade será considerada trabalho forçado. Tal conclusão não se coaduna com a realidade, nem com os termos da legislação trabalhista vigente. É preciso contribuir para a própria inteligência da lei — afastando, inicialmente, o obstáculo epistemológico que possa interferir na apuração do sentido da norma — fato que gera preocupação à Organização Internacional do Trabalho, como será apontado.

Portanto, conforme demonstrado, o referido conceito legal é fluído e indeterminado e, mais que isso, a ausência da definição dos seus elementos constitutivos pode levar a uma consequência indesejável, à confusão entre irregularidades trabalhistas, que devem ser punidas, e à configuração do trabalho em condições análogas à de escravo, cuja sanção está prevista em lei.

5. Considerações finais

Diante deste panorama do trabalho escravo no Brasil, é alarmante que em pleno século XXI o Brasil ainda sustente este tipo de prática, sem que se consigam formas efetivas, não apenas de punição, mas principalmente de prevenção da exploração em grau tão alto.

O trabalho forçado representa uma gravíssima violação dos direitos humanos e uma restrição à liberdade, direito fundamental, de maneira que nossa sociedade não pode mais fechar os olhos e ser conivente com prática tão perversa.

Apesar dos esforços dispensados em nível estatal, seja pelo Minsitério do Trabalho e Emprego (MTE), Polícia Federal, Ministério do Trabalho, ou pelo Poder Judiciário, a efetiva eliminação deste problema em nosso país exige

que passemos por uma etapa fundamental: a conceituação do problema.

Bem disse Kant que “pensar é conhecer por conceitos”⁽¹¹⁾. Em complemento, o jusfilósofo Giorgio Del Vecchio⁽¹²⁾ ratifica que “como, porém, não podemos raciocinar, nem sequer pensar, sem conceitos, devemos sempre continuar a esforçar-nos por compreender a realidade dentro de formas lógicas e universais”.

Dessa forma, é impreterível que doutrinadores, magistrados, autoridades e legisladores se debrucem sobre o conceito de trabalho escravo, no sentido de criar um tipo legal que abranja todas as grandes questões do trabalho forçado contemporâneo, para que o combate a esse tipo de abuso seja efetivo e mostre resultados em nosso país.

Apenas assim trataremos do tema em termos juridicamente apropriados, aí sim conseguindo uma legislação eficaz, que proteja o trabalhador e puna que perpetue essa atividade nefasta, resguardando, no entanto, os empregadores idôneos de punições desproporcionais.

6. Referências bibliográficas

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Trabalho escravo: uma chaga humana. In: *LTr, Revista Legislação*

do Trabalho, São Paulo, v. 70, n. 3, p. 367-71, mar. 2006.

GOVERNO FEDERAL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Cadastro de empregadores* — Última atualização em 28.6.2012. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br>>.

JESUS, Damásio E. de. *Código Penal comentado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Relatório global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho*. Genebra, 2005.

_____. *Trabalho escravo no Brasil do Século XXI*. Brasília, 2006.

_____. *O custo da coerção: Relatório Global no seguimento da Declaração da OIT sobre os Direitos e Princípios Fundamentais do Trabalho*. Genebra, 2009.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. São Paulo: Malheiros, 1998.

VECCHIO, Giorgio Del. *Filosofia del derecho*. 7. ed. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1960.

(11) KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1985. p. 103.

(12) VECCHIO, Giorgio Del. *Filosofia del derecho*. 7. ed. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. Barcelona: Bosch, 1960. p. 14.

A compensação de horário à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. Banco de horas. Teoria constitucional e prática empresarial

S. Tavares Pereira^(*)

Resumo:

▶ Pelo método indutivo, procedeu-se à análise de material bibliográfico, doutrinário e jurisprudencial, brasileiro e estrangeiro, sobre a categoria constitucional *compensação de horários*. No Brasil, teórica e jurisprudencialmente, está assentado só caber compensação de horários mediante o compromisso de cumprimento estrito da duração do trabalho normal no lapso máximo de um mês, enquanto a lei prevê um ano. A nova estrutura econômica mundial parece tornar necessária uma releitura do tema. A autonomia das partes, coletivamente tomadas, para dispor a respeito, tem ganhado força persistente na evolução da teoria e da normatividade constitucionais. Exemplos externos deixam entrever que essa prática de organização do trabalho impacta diretamente a competitividade da empresa. Já não se pode interpretar a lei sob paradigmas analítico-cartesianos, apenas, nem mesmo holísticos. Só uma visão sistêmica situa adequadamente os fenômenos do emprego e da livre-iniciativa e pode dar conta da necessária evolução doutrinária e jurisprudencial. A construção de uma relação otimizada do micromundo da empresa com o macromundo — o global —, pode ser alcançada pelas partes num nível de contextualização adequado para as regulações a respeito da compensação de horários. Nível, aliás, que o legislador jamais alcançará na norma *prima facie*, de natureza geral e abstrata.

Palavras-chave:

▶ Compensação de horários — Banco de horas — Trabalho normal — Serviço extraordinário.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)

(*) Mestre em Ciência Jurídica. Aluno regular dos cursos válidos para o Doctorado en Derecho Laboral da Universidad de Buenos Aires — UBA. Diretor de ensino à distância da Amatra12. Juiz do trabalho aposentado do TRT12.

- ▶ 3. Trabalho normal e serviço extraordinário
 - ▶ 3.1. Trabalho normal, jornada e horário de trabalho
 - ▶ 3.2. Serviço extraordinário
- ▶ 4. Trabalho normal e compensação de horários: banco de horas
- ▶ 5. Direito comparado: França, Itália, Canadá e Estados Unidos
- ▶ 6. Releitura dos dispositivos constitucionais a respeito: visão crítica da jurisprudência dominante no Brasil
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

Introdução

O assunto *compensação de horários* enseja imensa controvérsia doutrinária e jurisprudencial no Brasil. Isso dificulta a organização da vida das empresas e gera perplexidades, inclusive para quem se ocupa da adjudicação do Direito.

Introduzida a nova ordem constitucional, em 1988, a recepção ou não da legislação laboral, vigente sob a ordem pretérita, suscitou acalorados debates. O avanço legislativo infraconstitucional, no pós-1988⁽¹⁾, que parcela expressiva da doutrina e da jurisprudência classifica, muitas vezes, de retrocesso, somente exacerbou as polêmicas e reacendeu debates que já se haviam acalmado⁽²⁾.

Entre os desencontros interpretativos, avulta a questão da *compensação de horários*, uma categoria utilizada pelo constituinte originário brasileiro e que merece um esclarecimento. Este artigo gira em torno desse conceito e das dúvidas e dificuldades que cercam a operacionalização da compensação de horários no Brasil.

- (1) Caso, por exemplo, da permissão de compensação anual de horários, trazida pela Lei n. 9.601/98, o também chamado banco de horas.
- (2) Caso, por exemplo, da infundável polêmica sobre o “acordo” do inciso XIII do art. 7º ser individual ou coletivo. A alteração do art. 59, da CLT, para introduzir a compensação anual de horários, reacendeu a questão, antes pacificada, sobre a natureza do acordo necessário para o estabelecimento do denominado *banco de horas*, porque o legislador infraconstitucional optou pela utilização da mesma expressão constitucional — acordo ou convenção coletiva.

O tema permite dois nortes interpretativos: (i) um de interpretação/aplicação dos comandos constitucionais estritos; e (ii) outro, de promoção do complexo de valores que o constituinte tinha em mira ao redigir o art. 7º. Tais enfoques precisam ser conciliados e as interpretações do primeiro enfoque, que confrontem ou dificultem a realização dos valores do segundo, devem ser descartadas. Só assim se alcançará um direito do trabalho efetivo.

2. O trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)

O trabalho humano foi objeto precípua das preocupações do constituinte originário brasileiro de 1988.

Já no art. 1º, inciso IV, da Constituição da República Federativa do Brasil — CRFB, de 1988, o trabalho é erigido à condição de valor social⁽³⁾, ao lado da livre-iniciativa:

A República Federativa do Brasil (...) constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — *os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa* (...). (sem grifos no original)

No art. 5º, inciso XIII, é garantida a liberdade de exercício de qualquer trabalho, ofício ou

- (3) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 17 nov. 2011.

profissão, podendo a lei exigir determinadas qualificações profissionais para a preservação do interesse social. No Capítulo III do Título III, os arts. 6º a 11 dedicam-se, integralmente, à questão do trabalho, definido como direito social (art. 6º).

O art. 7º contém aquilo a que se chamou de *constitucionalização dos direitos trabalhistas*, uma longa declaração de direitos dos empregados urbanos e rurais, incluídos explicitamente os trabalhadores avulsos e empregados domésticos. Dessa declaração, para os fins aqui buscados, interessam de perto dois incisos:

XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, *facultada a compensação de horários* e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

(...)

XVI – remuneração do *serviço extraordinário* superior, no mínimo, em 50% (...) à do normal.⁽⁴⁾ (ambos sem grifo no original)

Frise-se que (1) o inciso XIII é a raiz constitucional do objeto do presente artigo; e (2) as preocupações com a regulamentação da jornada de trabalho foram uma constante na vida do Direito do Trabalho, tendo em vista a “(...) tutela da saúde, da vida moral e social do indivíduo, da economia em geral, e, ainda, da liberdade individual”⁽⁵⁾.

3. Trabalho normal e serviço extraordinário

A ideia de *Compensação de Horários* só pode ser esclarecida a partir de duas outras categorias utilizadas na redação dos incisos mencionados: trabalho normal e serviço extraordinário, com as quais se imbrica a categoria *jornada*.

O inciso XIII do art. 7º da CRFB, no início, trata do que o constituinte originário chamou

(4) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição...*, art. 7º, incisos XIII e XVI.

(5) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 299.

de *duração do trabalho*. Se se lê o inciso atentando apenas para a questão da duração do labor e seus limites diário e semanal, uma categoria básica utilizada na redação deixa de merecer a necessária consideração. Trata-se da categoria *trabalho normal*.

3.1. Trabalho normal, jornada e horário de trabalho

O constituinte originário utiliza a expressão *duração do trabalho normal*. A interpretação do inciso exige se tome *trabalho normal* considerando apenas a dimensão temporal. Tem de ser abstraída inteiramente a consideração de quaisquer outros conteúdos no conceito. Isso significa que, alterando-se a natureza do trabalho — o seu conteúdo, o que o empregado faz —, não se pode, mediante tal manobra, exigir do trabalhador, pelo salário básico estipulado contratualmente, labor em duração superior à estabelecida no inciso XIII. Trabalho normal, portanto, para o constituinte, não é aquilo que o empregado habitualmente executa, mas uma quantidade de tempo.

Pode-se definir *trabalho normal*⁽⁶⁾, para os fins de interpretação do inciso, como o lapso de tempo máximo, diário ou semanal, a que um empregado pode obrigar-se a trabalhar por um certo salário básico contratualmente acordado, ou, em outras palavras, pelo salário estabelecido no contrato, o empregador pode comprar do empregado, diária ou semanalmente, no máximo aquela quantidade de tempo de labor. Ela independe de, no lapso temporal, haver ou não a prestação de serviço, bastando que o empregado tenha de permanecer à disposição, com habitualidade. Isso tem, ainda,

(6) Na doutrina italiana, a expressão “horário normal” (*orario normale*) é utilizada para se referir à duração normal ou ordinária do trabalho (*durata ordinaria*), que é distinta do que se classifica como trabalho suplementar e como labor extraordinário (*lavoro supplementare o straordinario*) que, aliás, são categorias distintas nas práticas doutrinária, jurisprudencial e negocial italianas: suplementar é o trabalho que excede a jornada convencional, até o limite legal; extraordinário é o trabalho que excede o limite legal. GIUDICE, F. del et al. *Diritto del lavoro*. 24. ed. Napoli: Esselibri, 2007. p. 276.

o sentido de proibição de qualquer contrato de trabalho que preveja, pela paga estabelecida, qualquer que seja ela, uma duração de trabalho superior aos limites impostos constitucionalmente. Nessa acepção, retorna-se à vetusta lição de Délio Maranhão, para quem “o salário é o preço da alienação da força de trabalho e a *jornada*, a medida da força que se aliena”⁽⁷⁾ e, nesse sentido, trabalho normal é o prestado numa *jornada*. Observa-se, mais uma vez, que o conceito de jornada não está vinculado ao tempo efetivamente trabalhado mas, sim, ao tempo em que o empregado se deve pôr à disposição do empregador⁽⁸⁾.

Não se confunda, também, jornada com horário de trabalho. A jornada pode ser cumprida em diferentes horários de um dia ou de dois dias consecutivos, ou seja, começar em certa hora e terminar em outra, incluir intervalo ou não. Dois empregados podem ter a mesma jornada e horários distintos.

3.2. Serviço extraordinário

À categoria *trabalho normal* corresponde, por exclusão, a de *trabalho extraordinário*, que o constituinte denominou *serviço extraordinário*, considerando também apenas o aspecto *tempo de trabalho*. Esse labor não pode ser previsto como pago pelo salário básico. É o que estipula o inciso XVI, do art. 7º, como direito do trabalhador empregado: “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.”⁽⁹⁾

Desse inciso, e do dito acima, defluem duas consequências necessárias, uma explícita e outra implícita. Em primeiro lugar, uma hora de labor extraordinário custa mais para o empregador, obrigatoriamente, que uma hora de labor normal (50% a mais, no mínimo).

Nesse sentido, é claro o objetivo de desestímulo do labor extraordinário.

Em segundo lugar, entretanto, da pura existência da norma, deduz-se a autorização constitucional para a prestação do labor extraordinário. Esta autorização é matizada, mas não anulada, como querem alguns, pelo inciso XXII, do mesmo art. 7º, que estabelece como direito do trabalhador a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde⁽¹⁰⁾, higiene e segurança”⁽¹¹⁾. O constituinte não vê o labor extraordinário como ilícito, mas como uma prática que, quando necessária, pode ser utilizada.

Dentro dessa ótica, incumbe ao legislador infraconstitucional, atento às questões do risco do trabalho, estabelecer a regulamentação que entenda pertinente à prestação do chamado *serviço extraordinário*, mas preservando a dupla mensagem nuclear da disposição: permissão com desestímulo.

Essa visão do constituinte originário mostra-se atualíssima e em consonância com a disposição do legislador mundial, como se verá adiante.

4. Trabalho normal e compensação de horários: banco de horas

O chamado trabalho normal tem a duração máxima estipulada mediante dois parâmetros: um diário (espaço de 24 horas) e outro semanal⁽¹²⁾. Semanalmente, é trabalho extraordinário

(7) MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1985. p. 83.

(8) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 650.

(9) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição...*, art. 7º, inciso XVI.

(10) Especialmente em relação à saúde, *vide* as preocupações constitucionais expostas nos arts. 6º, *caput*, 194, *caput*, 196, 197 e 200, II, da Constituição da República Federativa do Brasil.

(11) BRASIL. Constituição (1988). *Constituição...*, art. 7º, inciso XXII.

(12) A lei italiana fixa a duração normal do trabalho apenas semanalmente, em 40 horas, segundo GIUDICE, F. del et al. *Diritto del lavoro...*, p. 276: “Il concetto di partenza nella disciplina dell’orario di lavoro è quello dell’*orario normale* di lavoro che la legge fissa su *base settimanale* e individua in *40 ore settimanali* (art. 3, D. Lgs. 66/2003)” (grifos no original). Já a lei francesa utiliza os dois parâmetros, diário (*durée quotidienne*) e semanal (*durée hebdomadaire*), como no Brasil, mas na previsão diária trabalha com um

todo aquele que exceda 44 horas. Diariamente, é trabalho extraordinário todo aquele que exceda 8 horas num intervalo de 24 horas, contado do início de uma jornada ao início da próxima. Observados os dois parâmetros, faculto o constituinte a compensação de horários e a redução da jornada⁽¹³⁾. Aliás, como realça Arnaldo Süssekind, em decorrência do princípio da lei mais favorável, toda a legislação anterior a 1988 e que fixa jornada diária ou semanal inferior aos limites constitucionais foi recepcionada⁽¹⁴⁾.

Importa observar que somente ao tratar do trabalho normal, no inciso XIII, o constituinte ocupa-se da chamada compensação, deixando claro, ainda, tratar-se de compensação *de horários*. Quando trata do serviço extraordinário, o constituinte não só não alude ao fenômeno jurídico da compensação, como também é categórico quanto à paga superior àquela do trabalho normal.

Para a jurisprudência, a interpretação gramatical, conjugada com a interpretação sistemática, levam a afirmar que só se pode falar em compensação quando há um compromisso efetivo com o cumprimento do *trabalho normal*, ao final de certo período e que compensação de horário e trabalho extraordinário são mutuamente exclusivos. Essa compensação deve ser feita mediante a alteração do horário de trabalho, ou seja, pelo que o constituinte denominou *compensação de horários*. Permite a Constituição que se alterem os horários, reduzindo horas de trabalho normal num dia para compensar horas adicionais exigidas num outro dia. O excesso de um dia deve ser trocado, necessariamente, por horas normais de outro dia,

máximo de 10 horas, e não de 8, o que espanca muitas das perplexidades que o assunto suscita por aqui. ROY, Véronique. *Droit du travail*. 12. ed. Paris: Dunod, 2008. p. 43.

- (13) Se acompanhada de redução salarial, só é permitida mediante "convenção ou acordo coletivo". BRASIL. Constituição (1988). *Constituição...*, art. 7º, inciso VI.
- (14) SÜSSEKIND, Arnaldo *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. 2 v., p. 784.

de modo que ao final do período em questão a duração do trabalho normal não seja excedida.

O conectivo "e", que liga os dois parâmetros (8 horas diárias e 44 horas semanais), exigiria a observância dos dois limites. Assim, estipulado qualquer esquema de compensação de horas, deveriam tais balizas ser respeitadas. A não observância implicaria o pagamento dos excessos com, pelo menos, 50% de acréscimo.

Mas tal exegese significaria que a abolição do labor aos sábados induziria, necessária e automaticamente, a redução da duração do trabalho semanal normal para 40 horas (5 dias de 8 horas). Desejando o empregador abolir o labor aos sábados, um anseio de todos os trabalhadores, e exigindo o cumprimento das 44 horas semanais, deveria pagar, como serviço extraordinário, todas as horas trabalhadas, além das 8 horas diárias, ou seja, 4 horas por semana.

A doutrina e a jurisprudência orientaram-se, interpretativamente, na direção de amenizar a força do conectivo "e", abrindo espaço para a avaliação da ocorrência da compensação apenas pelo limite semanal:

Os horários de trabalho declinados na inicial demonstram que a autora deveria estar submetida a uma jornada semanal de 44 horas, havendo prorrogação de alguns minutos durante a semana para compensação do sábado, já que de segunda a quinta-feira trabalharia 8h45min e às sextas, 9 horas. Ressalto que tal excesso diário não implicaria o pagamento de horas extras, já que o módulo semanal de 44 horas seria observado.⁽¹⁵⁾

A jurisprudência foi além. Permite claramente o fenômeno denominado de *compensação intersemanal*⁽¹⁶⁾, num horizonte máximo de

(15) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. 3ª T., RO 02584-2005-029-12-00-7, relª Gisele Pereira Alexandrino. Disponível em: <<http://trtapl3.trt12.gov.br/csmj/2007/RO02584-2005-029-12-00-7.rtf>> Acesso em: 5 maio 2008, p. 8.

(16) Aliás, nesse sentido, os italianos podem convencionar, pela via dos contratos coletivos, o que denominam de *orario multiperiodale*, "(...) estabelecendo que a

um mês, conforme notícia Mauricio Godinho Delgado. Os excessos de horário de uma semana podem ser compensados com a redução correspondente de horário noutra semana do mês, de modo que, findo este, a jornada máxima mensal (220 horas, incluídos os repousos), não seja excedida⁽¹⁷⁾. Mais adiante, no mesmo texto, o autor reitera tal entendimento e afirma que da interpretação lógico-sistemática da OJ n. 182 da SDI/TST, “(...) pode-se dizer que prevaleceu a tese da validade do simples acordo escrito para a pactuação do tradicional regime compensatório, em sua fórmula favorável ao trabalhador, *respeitado o mês de compensação*”⁽¹⁸⁾ (sem grifo no original). O autor manda verificar, ainda, a OJ n. 223 da SDI/TST e o Enunciado n. 85, em sua nova redação.

Esse conceito foi reafirmado e ampliado pelo legislador infraconstitucional, quando instituiu a chamada *compensação anual de horas*, vulgarmente conhecida como *banco de horas*:

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias. (Alterado pela Lei n. 9.601,

de 21.1.1998, DOU 22.1.1998 e pela MP n. 2.164-41, de 24.8.2001, DOU 27.8.2001)⁽¹⁹⁾. (sem grifo no original)

Sem resvalar para as muitas polêmicas atinentes a essa inovação legislativa, importa chamar a atenção para o final do parágrafo legal.

No que tange ao dia, ele sufraga a quebra da barreira das 8 horas diárias, na esteira do trabalho interpretativo doutrinário e jurisprudencial mencionado, sem que isso implique necessariamente a ocorrência de serviço extraordinário.

Quanto ao novo lapso anual, posto como limite para avaliação da ocorrência do fenômeno da compensação, não resta dúvida de que “horas de excesso devem ser trocadas por horas de trabalho normal”, de modo que não se ultrapasse a “soma das jornadas semanais de trabalho previstas” para o período do ano⁽²⁰⁾. Reforça-se, assim, a ideia constitucional da *compensação de horários*, ou seja, da possibilidade de ampliação das horas de labor num dia mediante a redução do horário num outro dia, alcançando-se, ao final do período, a quantidade prevista de horas de trabalho normal.

Este ponto deve ser devidamente realçado porque, para a posição assentada jurisprudencialmente, o descumprimento do acordo de compensação, neste específico detalhe — labor além do limite de jornadas normais do período — implica “invalidação do acordo”, tornando a empresa obrigada a pagar o *adicional* das

duração semanal (40 horas ou menos) não deve ser respeitada semana por semana, mas só como média de um certo período de tempo (...) findo no máximo em um ano (...).” (tradução livre) GIUDICE, F. del et al. *Diritto del lavoro*, p. 276. Os franceses também introduziram, nos últimos anos, os conceitos de ciclo (*cycle*) e modulação (*modulation*) para tratar deste assunto e utilizam o mesmo limite de período máximo — o anual — para avaliação do cumprimento da jornada. ROY, Véronique. *Droit du travail...*, p. 49-50.

(17) “(...) neste caso, a flexibilização não importa em efetivas horas extras (se considerada a duração semanal ou mensal de labor) — pelo menos até o advento do *banco de horas* da Lei n. 9.601/98 (...).” DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2004. p. 853.

(18) *Ibidem*, p. 859.

(19) CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

(20) Como já realçado em nota anterior, franceses e italianos evoluíram suas legislações, nos últimos anos, para contemplar tal mecanismo de ajuste do trabalho à flutuação das atividades da empresa. Na França, a *modulation* “(...) consiste em fazer variar a duração do trabalho sobre todo o período ou parte de um ano para fazer frente às flutuações da atividade empresarial (...) sob a condição de que não exceda a média de 35 horas por semana de trabalho e uma duração anual de 1.607 horas. As durações máximas diária e semanal devem ser respeitadas e os períodos de alta e baixa atividade devem se compensar” (tradução livre) ROY, Véronique. *Droit du travail...*, p. 50. Os italianos denominam o mecanismo de *orario multiperiodale*, como se destacou em nota anterior.

horas, todas elas, ainda que tenham sido compensadas. Não se paga a hora compensada, a chamada hora básica, mas o *adicional* é devido. Quer dizer, dentro do limite temporal tomado para avaliação da compensação (semanal ou mensal), se sobejarem horas extraordinárias a pagar, a jurisprudência tem se inclinado a mandar que a empresa *pague como extraordinárias* todas as horas laboradas além do limite de 8 horas diárias. As folgas concedidas, para fins de compensação, impedirão o pagamento do principal, quer dizer, da hora básica, mas não impedirão que a empresa seja condenada ao pagamento do acréscimo de serviço extraordinário, conforme preconiza a Constituição:

COMPENSAÇÃO SEMANAL. AJUSTE TÁCITO. POSSIBILIDADE. INOBSERVÂNCIA DO LIMITE DE HORAS SEMANAIS. INVÁLIDADE. A compensação semanal, que visa à dispensa do trabalho aos sábados mediante a prorrogação da jornada de trabalho nos demais dias úteis da semana, atende ao interesse dos trabalhadores, que passam a usufruir de um período maior de descanso em benefício do convívio familiar, e pode, por isso, ser ajustada até de forma tácita. O acordo não pode ser validado, no entanto, se os horários anotados nos registros de ponto denunciam a prestação de serviço sem a observância do limite de horário semanal legalmente estabelecido, inclusive com a prestação de trabalho de forma rotineira aos sábados.⁽²¹⁾

Aliás, é o que preceitua o inciso IV da Súmula n. 85 do Tribunal Superior do Trabalho, com a redação que vigora desde a Resolução TST n. 129/05. Após afirmar a validade do acordo individual escrito⁽²²⁾ de compensação de jornada, a Corte tem esse acordo como

(21) BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª R., 3ª T., RO 02584-2005-029-12-00-7, Relª Gisele Pereira Alexandrino. Disponível em: <<http://trtapl3.trt12.gov.br/csmj/2007/RO02584-2005-029-12-00-7.rtf>> Acesso em: 5 maio 2008, p. 1.

(22) Sobre esta questão, o TST suplantou a polêmica acerca da natureza jurídica do acordo ventilado no art. 7º, inciso XIII, da Constituição, e afirmou tratar-se de mero acordo individual, não coletivo. Mas manteve a exigência de sua forma escrita.

descharacterizado se houver a prestação de horas extras habituais:

Nesta hipótese, as horas que ultrapassarem a jornada semanal normal deverão ser pagas como horas extraordinárias e, quanto às aquelas destinadas à compensação, deverá ser pago a mais apenas o adicional por trabalho extraordinário.⁽²³⁾ Aquelas destinadas à compensação são as horas laboradas além da oitava diária, dentro do limite semanal de 44 horas.

5. Direito comparado: França, Itália, Canadá e Estados Unidos

Já se fez menção rápida, em notas de rodapé, sobre os tratamentos que Itália, França, Canadá e Estados Unidos dão ao assunto. Neste tópico, faz-se uma exposição sumária do encaminhamento da questão nesses países. Sabe-se que, em função da recente crise econômica mundial, que impactou diretamente a União Europeia, alguns países estão se mobilizando em torno das legislações trabalhistas e que, talvez, as descrições aqui feitas ganhem novos contornos até o momento da leitura deste artigo.

Essa visão é útil para fins hermenêuticos e para constatar a universalidade das preocupações com a compensação de horários.

Na *doutrina italiana*, a expressão “horário normal” (*orario normale*) é utilizada para se referir à duração normal ou ordinária do trabalho (*durata ordinaria*). Os italianos distinguem trabalho suplementar e labor extraordinário (*lavoro supplementare o straordinario*). As categorias são distintas nas práticas doutrinária, jurisprudencial e negocial italianas. Suplementar é o trabalho que excede a jornada convencional, até o limite legal. Extraordinário é o trabalho que excede o limite legal⁽²⁴⁾.

Na mesma obra, lê-se também que a lei italiana fixa a duração normal do trabalho apenas semanalmente, em 40 horas:

(23) BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 85. In: CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho...*, p. 1.318.

(24) GIUDICE, F. del et al. *Diritto del lavoro...*, p. 276.

Il concetto di partenza nella disciplina dell'orario di lavoro è quello dell'orario normale di lavoro che la legge fissa su *base settimanale* e individua in 40 ore settimanali (art. 3, D. Lgs. 66/2003). (grifos no original)

Permite a lei, igualmente, que os italianos convencionem, pela via dos contratos coletivos, o que denominam de *orario multiperiodale o articolato*.

(...) estabelecendo que a duração semanal (40 horas ou menos) não deve ser respeitada semana por semana, mas só como média de um certo período de tempo (...) findo no máximo em um ano (...).⁽²⁵⁾ (tradução livre)

Essa ideia foi adotada pelo legislador brasileiro ao instituir o banco de horas com horizonte de um ano.

Já a *lei francesa* utiliza os dois parâmetros, diário (*durée quotidienne*) e semanal (*durée hebdomadaire*), como no Brasil, mas na previsão diária trabalha com um máximo de 10 horas, e não de 8, o que espanca muitas das perplexidades que o assunto suscita por aqui⁽²⁶⁾.

Os franceses também introduziram, nos últimos anos, os conceitos de ciclo (*cycle*) e modulação (*modulation*) para tratar deste assunto. E utilizam o mesmo limite de período máximo — o anual — para avaliação do cumprimento da jornada⁽²⁷⁾. Os fundamentos dessa alteração legislativa estão na necessidade de instituir mecanismos de ajuste do trabalho à flutuação das atividades da empresa, tendo em vista a competitividade, num ambiente de ampla disputa empresarial, na União Europeia e no mundo.

Na França, a *modulation*

(...) consiste em fazer variar a duração do trabalho por todo o período ou parte de um ano para fazer frente às flutuações da atividade empresarial (...) sob a condição de que não exceda a média de 35 horas por

(25) *Idem*.

(26) ROY, Véronique. *Droit du travail...*, p. 43.

(27) *Ibidem*, p. 49-50.

semana de trabalho e uma duração anual de 1.607 horas. As durações máximas diária e semanal devem ser respeitadas e os períodos de alta e baixa atividade devem se compensar.⁽²⁸⁾ (tradução livre)

Estados Unidos e Canadá apresentam traços comuns em vários aspectos no que diz respeito à compensação de horários. O mais interessante é a resistência à admissão do sistema de compensação.

No *Canadá*, de acordo com Antree Demakos⁽²⁹⁾, a duração da jornada diária ou semanal varia com a província e com a categoria em que está envolvido o trabalhador, como também acontece nos Estados Unidos. A maioria delas estabelece uma semana de 40 horas, com um máximo de 8 horas de trabalho por dia. Acima desses limites, as horas devem ser pagas como extraordinárias com acréscimo, em regra, de 50%. Folgas compensatórias são dadas pelo trabalho em feriados. E se esses caem em final de semana, os empregados que trabalham ganham um dia adicional de folga. O autor informa, também, que:

Se um empregado é chamado a trabalhar num feriado público, normalmente o empregador deve pagar ao menos uma vez e meia o salário, ou mais, e poderia ser exigido que desse a esse empregado outro dia de folga. O autor silencia sobre eventual utilização da compensação de jornada em dias úteis, à semelhança do que ocorre no Brasil (compensação de horários).

Nos *Estados Unidos*, de acordo com Lewin G. Joel III⁽³⁰⁾, lei federal de 1938, muito emendada nas décadas posteriores, o *Fair Labor Standards Act* — FLSA, trata de salários, trabalho extraordinário, emprego de menores etc. Apesar disso, considerando-se o esquema federativo e a enorme autonomia dos Estados para

(28) *Ibidem*, p. 50.

(29) DEMAKOS, Antree et al. *Your guide to canadian Law*. 1.000 answers to your legal questions. 2. ed. Markham, Ontário: Fitzhenry and Whiteside, 2009. p. 344.

(30) JOEL III, Lewin G. *Every employee's guide to the law*. New York: Pantheon Books, 1996. p. 72-88.

legislarem materialmente, há uma diversidade expressiva nas normativas referentes à jornada e ao trabalho extraordinário. A jornada diária varia de 8 a 10 horas e a semanal de 40 a 48 horas. No Kansas, por exemplo, é de 46 horas.

Horas extraordinárias (*overtime*) devem ser pagas com ao menos 50% de acréscimo. Várias categorias de empregado não têm direito a horas extrarodinárias de acordo com o FLSA: colarinhos-brancos, vendedores de carro, agrícolas etc.⁽³¹⁾.

Em empresas privadas, em geral, não é permitida a compensação (*compensatory time*). Todo trabalho prestado além da jornada contratual — excetuadas as categorias sem direito a labor extra — deve ser pago. Em determinados empregos públicos é permitida a compensação, mas esta deve ser feita na base de 1 hora e meia de folga para cada hora trabalhada. Mesmo nesses casos, há limites impostos para a compensação, acima dos quais as horas excedentes devem ser pagas e não compensadas⁽³²⁾.

6. Releitura dos dispositivos constitucionais a respeito: visão crítica da jurisprudência dominante no Brasil

A Constituição estabelece, no inciso XIII do art. 7º, que a duração do trabalho normal não pode exceder oito horas diárias e quarenta e quatro semanais e, além disso, permite a compensação de horários mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. No inciso XVI, determina que se remunere o serviço extraordinário com acréscimo de, no mínimo, 50% em relação ao trabalho normal. Inúmeras categorias profissionais têm suas jornadas diárias e semanais reduzidas em relação ao teto constitucional. Neste estudo, trabalha-se com os limites constitucionais.

O constituinte não criou qualquer remissão entre os incisos citados. Entre eles, existe uma dependência apenas no sentido de que a categoria *serviço extraordinário* só pode ser estabelecida

a partir da categoria *trabalho normal*: aquele desenvolvido em até oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Por definição constitucional, portanto, o serviço prestado além da oitava hora diária e da quadragésima quarta hora semanal é extraordinário. A conexão dos dois incisos esgota-se aí.

A redação constitucional do inciso XIII trabalha com dois limites, em princípio contraditórios, para delimitar a duração do trabalho normal: oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. O conectivo “e” exige um esforço interpretativo e ganha sentido quando se leva em conta a faculdade outorgada às partes do contrato para estabelecerem mecanismos de compensação de horário. Não havendo compensação, a jornada diária normal está limitada a 8 horas diárias. Estabelecida a compensação de horários, abandona-se o limite diário e adota-se o limite semanal. A soma das jornadas diárias, ao final da semana, não pode exceder as 44 horas estabelecidas para a semana. Qualquer excesso será serviço extraordinário.

A jurisprudência

A jurisprudência, como se viu, interpretou o conectivo “e” como “ou” (8 horas diárias ou 44 semanais) e, além disso, estabeleceu a ideia de incompatibilidade plena entre compensação de horários e labor extraordinário, ideia esta que apresenta inconsistências teórico-práticas interessantes.

Havendo trabalho além da jornada legal, num horizonte de tempo determinado (a semana, o mês — visão majoritária — ou anual — visão da lei do banco de horas), considera-se inexistente o acordo e todas as horas trabalhadas, além da 8ª hora diária, deverão ser pagas como extraordinárias. Isso envolve um cálculo complexo, uma vez que as horas de folga concedidas para compensação não serão pagas — considera-se ocorrida a compensação — mas se impõe o pagamento do acréscimo de hora extraordinária. A complexidade do cálculo não está mencionada como fundamento para rejeitar a visão jurisprudencial.

(31) *Ibidem*, p. 81.

(32) *Ibidem*, p. 87.

Constituição, compensação e labor extraordinário

Analisando-se a CRFB, não se vê qualquer liame entre os incisos XIII — o da compensação de horários — e o XVI — o das horas extraordinárias, como já se mencionou. A interpretação mais consentânea, nos limites da determinação constitucional, é aquela que considera a jornada normal – num horizonte que a lei pode determinar – e, dentro dela, a compensação e, além desse limite, labor que deve ser pago com o acréscimo. A Constituição não vincula uma coisa e outra. Para o constituinte, pode haver a compensação de horários e, parece óbvio, ao mesmo tempo, o labor extraordinário.

Natureza jurídica da compensação

A compensação é meio de extinção de dívida, ou de parte dela, uma forma de quitação de obrigação. Estabelece o art. 368 do Código Civil que sendo devedor e credor reciprocamente credor e devedor um do outro, pode este, o devedor, legitimamente, compensar a sua dívida com o crédito que possua.

Desde que haja reciprocidade dos débitos, liquidez de dívidas fungíveis e homogêneas, que as dívidas estejam vencidas e sejam de mesma natureza — identidade de qualidade —, é possível a compensação.

A compensação poderá ser parcial ou total. O que sobejar deverá ser quitado ou cobrado por outro meio. Mas essa conta se faz por unidade, seja ela qual for (minuto por minuto, hora por hora, dia por dia), não como faz a jurisprudência brasileira no caso das horas extraordinárias decorrentes do descumprimento do acordo de compensação de horários.

Compensar não é forma de pagamento.

A interpretação jurisprudencial caminhou no sentido de ler os dispositivos dos incisos XIII e XVI, do art. 7º, como exclusivos. Ou há a compensação de horários ou há labor extraordinário. Na prática, para a jurisprudência, é como se um excluísse o outro, sendo impossível

a convivência. Ora, em primeiro lugar, por essa via e para evitar o enriquecimento sem causa, a jurisprudência teve de trilhar um caminho que fere a natureza jurídica do instituto da compensação: (1) permite a compensação de dívidas de natureza diversa – labor normal e extraordinário; e (2) pior, mistura compensação e pagamento, operando-se a extinção da dívida sobre a mesma hora pela combinação dos dois instrumentos. O empregador pode liberar-se de uma hora de labor extraordinário dando uma folga de uma hora e juntando a isso, em dinheiro, um pagamento do acréscimo. Para essas e outras inconsistências teóricas, a construção jurisprudencial não tem resposta.

Excelência da solução autônoma

Em razão de tais incongruências, é comum as entidades sindicais buscarem, com a autonomia que a Constituição lhes assegura amplamente, a harmonia necessária para conciliarem as duas realidades: o labor normal, com a compensação constitucionalmente permitida, e o labor extraordinário, constitucionalmente pago com o acréscimo devido. Tais institutos costumam ser declarados inconstitucionais pela jurisprudência, embora pareçam apresentar maior afinidade com a norma constitucional que a jurisprudência.

Num esforço de ponderação, militariam em prol das entidades, além da dúvida em torno dos incisos XIII e XVI do art. 7º — compensação e labor extraordinário —, o inciso “XXVI — reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (lembre-se de que os acordos de compensação são instituídos com a participação das entidades sindicais de empregados, obrigatoriamente!), além dos incisos VI — que permite reduzir o salário, o elemento mais sensível da relação, por convenção ou acordo coletivo e XIV — que permite estabelecer jornada superior para turnos ininterruptos de revezamento por negociação coletiva.

Há que se destacar, finalmente, a persistência dessa visão constitucional que se renovou nas disposições mais recentes sobre as negociações

coletivas e o desestímulo à intervenção judicial nos conflitos via dissídio coletivo. Há, cada vez mais, o sentimento de que a melhor solução é a autônoma, devendo-se reservar a intervenção heterônoma para os casos de impotência da primeira.

Pesam, portanto, em prol das entidades sindicais, inumeráveis dispositivos constitucionais pelos quais se deveria entender cabível a autonomia das partes, coletivamente tomadas, para dispor a respeito da compensação de horário.

A globalização

Finalmente, é válido realçar, sob o ângulo da efetividade do Direito do Trabalho, que a interpretação/aplicação dos dispositivos atinentes à compensação/labor extraordinário/labor normal, sob enfoque estrito, tende a conflitar, na atualidade, com a necessária busca da concretização dos valores que esse mesmo ramo do Direito quer realizar maximamente.

Juridicamente, parece inadequado raciocinar momentaneamente, por impulso ou em resposta a circunstâncias transitórias. No entanto, quando os sistemas sociais avançam estruturalmente para novos patamares, com rearranjo crucial de atividades e condições organizacionais, é necessário que o jurídico se mova de forma consentânea. É notório, na atualidade, o fenômeno da globalização. Por mais complexo que ele seja, pode-se dizer que um traço evidente dele, e que aqui importa, é o lançamento da empresa (a unidade produtiva) à condição de competidor mundial. O mercado da cidade, do Estado ou do País tornaram-se apenas parte do verdadeiro mercado em que atua a empresa: o mercado global.

No tópico 4, acima, fez-se rápida digressão sob as normativas de outros países acerca da questão da compensação de jornada. Mesmo rapidamente, esse exame do direito comparado torna evidente que os legisladores dos vários países dotaram seus ordenamentos de regras para dar aos entes empresariais condições de

melhor competitividade no mercado global o que, visto sob o enfoque correto, é gerar um Direito do Trabalho capaz de ser efetivo na concretização dos valores a cuja concretização está destinado. O fato de os legisladores ocuparem-se do tema, por si só, de forma quase uniforme, é sintomático.

A interpretação jurisprudencial do arcabouço normativo brasileiro acerca da matéria, portanto, parece necessitar de um arejamento e um avanço para interpretar as disposições sob um enfoque adequado, que garanta a melhor competitividade da empresa como condição da conservação e da ampliação das conquistas laborais.

7. Considerações finais

O trabalho humano foi alvo das preocupações do constituinte originário brasileiro, sob muitos aspectos. No art. 7º, incisos XIII e XVI, o constituinte ocupou-se da duração do trabalho, trazendo à tona a categoria a que denominou *compensação de horários*. Ela está disposta no inciso que trata da *duração normal* do trabalho e não no que estabelece, peremptoriamente, que todo serviço extraordinário deve ser pago com acréscimo, no mínimo, de 50% em relação ao serviço normal.

Como se demonstrou, segundo a jurisprudência dominante no Brasil, só é permitido falar em compensação de horário quando a duração normal do trabalho, em certo período, não é excedida. Ela supõe, por isso mesmo, remanejamentos de horário, naquele período, para que, ao final, computadas as horas, a duração normal seja observada estritamente.

A doutrina e a jurisprudência majoritária evoluíram para fixar o mês como o lapso temporal máximo ao final do qual o empregado não poderá alegar ter prestado serviço extraordinário se lhe foram concedidas folgas compensatórias suficientes e a soma de horas trabalhadas não excede as 220 horas previstas para o mês. Mas o Tribunal Superior do Trabalho continua a exigir a semana como lapso máximo para os fins de apuração da ocorrência ou não

do excesso de trabalho que descaracteriza a ocorrência do fenômeno da compensação de horários válida.

Desrespeitado, no período em tela, o limite da duração do trabalho dito normal (pago pelo salário contratado), todo o excesso de jornada, assim considerado o labor além da 8ª diária, será considerado serviço extraordinário, nos termos do inciso XVI do art. 7º da Constituição. Daí decorre que por tais excessos o empregado tem direito de receber o acréscimo mínimo de 50% em relação ao preço da hora normal e eventuais folgas concedidas, para fins de compensação, evitarão apenas que a empresa pague a hora básica desses excessos, não extinguindo o direito do empregado ao acréscimo.

À luz da ordem constitucional vigente, entretanto, e considerando-se as condições econômicas e sociais do mundo globalizado, no qual a competitividade da empresa depende precipuamente de suas possibilidades de adequação ao jogo de mercado, pode-se pensar numa releitura da Constituição, num movimento de interpretação renovador. Os exemplos da evolução legislativa de outros importantes países desenvolvidos, notadamente os europeus, considerados modelos no trato das questões trabalhistas, dão fundamentos para que, neste particular aspecto, se quebrem determinados dogmas, doutros tempos, para garantir empregos, mediante a concessão de uma arma adicional de competitividade às empresas.

Essa releitura encontra amparo, inclusive, no prestígio que a CRFB emprestou diretamente às negociações coletivas no inciso XXVI do art. 7º e, indiretamente, em outros incisos nos quais o constituinte permite às partes, pela via coletiva, negociar até mesmo redução salarial.

A análise do instrumento de acordo coletivo descrito neste trabalho demonstra que, autonomamente, as partes podem detalhar um regramento a respeito do assunto, específico para a realidade em que estão imersas e num

nível de detalhamento e contextualização impossível de ser alcançado pelo legislador, em norma geral e abstrata.

8. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição(1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/constituicao/nova-constiain.htm> Acesso em: 6 jan. 2012.

BRASIL. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das leis do trabalho. *Diário Oficial (da) República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Disponível em: <<http://ww81.dataprev.gov.br/slexaginas0943452.htm#T1>> Acesso em: 24 nov. 2011.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. 3ª T. RO 02584-2005-029-12-00-7. Relª Gisele Pereira Alexandrino. Disponível em: <<http://trtap13.trt12.gov.br/csmj/2007/RO02584-2005-029-12-00-7.rtf>> Acesso em: 5 nov. 2011.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DEMAKOS, Antree et al. *Your guide to canadian law*. 1.000 answers to your legal questions. 2. ed. Markham, Ontário: Fitzhenry and Whiteside, 2009.

GIUDICE, F. del et al. *Diritto del lavoro*. 24. ed. Napoli: Esselibri, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

JOEL III, Lewin G. *Every employee's guide to the Law*. New York: Pantheon Books, 1996.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 13. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1985.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. 7. ed. Florianópolis: OAB SC, 2002.

ROY, Véronique. *Droit du travail*. 12. ed. Paris: Dunod, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. 2ª v.

Direito, psicologia e comunicação: elementos fundamentais do relacionamento interpessoal do magistrado com a sociedade

Tassos Lycurgo^(*) e Lauro Ericksen^(**)

Resumo:

- ▶ O presente artigo tem por escopo a exposição da conexão entre o Direito, a Psicologia e a Comunicação. Para tanto, embasa-se teoricamente na psicologia concretista de Politzer, utilizando-se, como fundamentação subjacentemente, a sociometria de Moreno. Como objetivo específico, seu enfoque se dá nas habilidades e nas técnicas de ambientação interpessoal, conglobando, na seara jurídica, os elementos comunicativos e psicológicos anteriormente escrutinados. A metodologia empregada no artigo se atém a estabelecer os parâmetros comunicativos das vertentes psicológicas indicadas para aplicá-los ao ambiente jurídico, precipuamente nas atividades típicas e atípicas dos magistrados. Como resultados de tal análise, percebe-se que o Direito ainda tem muito a assimilar das técnicas de relacionamento interpessoal, algo a ser agregado pelos magistrados em seu exercício funcional, para o fim do perfazimento de uma atuação jurisdicional mais eficiente. Conclui que a abordagem psicológica dos ambientes interpessoais é indispensável para que haja uma melhora na adequação e na prestação jurisdicional como um todo.

Palavras-chave:

- ▶ Direito — Psicologia — Comunicação institucional — Prestação jurisdicional.

Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A comunicação e a psicologia: apontamentos introdutórios
 - ▶ 2.1. Breves apontamentos acerca da psicologia concreta de Politzer

(*) Professor da UFRN, advogado e presidente do Ministério Defesa da Fé. Pós-doutor em Sociologia (UFPB), doutor em Estudos Educacionais (UFRN). Mestre em Filosofia Analítica (Sussex University, Reino Unido), graduado em Direito (URCA) e em Filosofia (UFRN). Para maiores informações, visite a sua página acadêmica: <www.lycurgo.org>.

(**) Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mestre em Filosofia, Especialista em Direito e Processo do Trabalho (Universidade Cândido Mendes, RJ), Graduado em Direito (UFRN) e em Tecnologia de Controle Ambiental (IFRN). *E-mail*: <lauroericksen@yahoo.com.br>.

- ▶ 2.2. Contexto histórico do relacionamento interpessoal: a ambientação do Poder Judiciário na pós-modernidade
- ▶ 3. Elementos da dinâmica social: relacionamento, competência interpessoal, técnicas e habilidades correlatas
 - ▶ 3.1. Competência interpessoal: a nova tendência nas dinâmicas sociais
- ▶ 4. Considerações finais
- ▶ 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

O presente artigo tem como norte a interconexão disciplinar existente entre três grandes ramos do conhecimento: a Psicologia, a Comunicação e o Direito. Inicialmente, há de se pontuar que essa temática encontra-se não apenas disciplinada na Resolução n. 75 do Conselho Nacional de Justiça, a qual estabeleceu o conteúdo programático básico de formação humanística dos magistrados, como também foi implementada nos meandros da Justiça do Trabalho a partir da Resolução n. 1.140/06 do Tribunal Superior do Trabalho. Tal resolução estabeleceu como objetivo de análise da Escola Nacional da Magistratura do Trabalho (ENEMAT) o “estudo do relacionamento interpessoal, dos meios de comunicação social e do relacionamento do magistrado com a sociedade e a mídia”, com o escopo de favorecer ainda mais a formação de cunho psicológico de seus juízes, e que assim eles estejam mais bem preparados para enfrentar as vicissitudes de seu labor, com o relacionamento entre as partes e demais autores processuais bem como saiba se relacionar satisfatoriamente com a mídia e demais veículos da imprensa.

A premissa específica desse estudo consiste em ter em mente que o magistrado não é um ser dotado de convívio meramente isolado, ou seja, ele não dita as suas decisões e sentenças do “Alto do Monte Olimpo” (tal como faziam os deuses antropomórficos da mitologia grega antiga, com o privilégio da imortalidade), isto é, o juiz não pode atuar como dispensador de dádivas oupositor de castigos, como se

apenas o seu alvedrio fosse uma medida bastante e suficiente para solucionar qualquer contenda.

Importante perceber que a própria relação processual em que o juiz participa possui como um de seus vórtices a sua própria figura de magistrado (afinal, por ser um triângulo, teoricamente, equilátero, uma das pontas angulares não pendentes é ocupada pelo próprio juiz, que, sendo imparcial, deve decidir a lide com justiça), cabendo a ele, então, relacionar-se não apenas com as partes e seus procuradores, mas também com a sociedade como um todo, uma vez que suas decisões transcendem as partes e os interesses pessoais em litígio, para incidir, pela formação da jurisprudência, nas relações sociais e profissionais, acenando para o modo pelo qual deve se pautar a conduta dos agentes sociais.

Para que esse tema seja explorado com a devida propriedade, e com o foco detido no implemento da atividade jurisdicional do magistrado, é imperioso se destacar que o juiz deve ser um sujeito ciente das suas próprias limitações e deficiências, e assim possa contar com esse elemento de limitação e restrição durante o exercício da sua função judicante. Como se verá em tópico específico, os grandes problemas profissionais não são necessariamente problemas técnicos, mas problemas que envolvem o relacionamento entre as pessoas.

Os problemas técnicos se estudam e se resolvem. Já os problemas de relacionamento, usualmente, são problemas mais arraigados ao íntimo das pessoas, que carecem de uma solução mais complexa que uma simples colocação

técnica ou mecânica de um novo elemento sistemático. Outrossim, o que dificulta a existência de soluções, em colegiados e trabalho em equipe são os choques de “egos”, as suscetibilidades, as invejas, enfim, os problemas de ordem social a que todos estão, eventualmente, em maior ou menor grau, sujeitos.

2. A comunicação e a psicologia: apontamentos introdutórios

A comunicação e a psicologia são ramos que sempre tiveram seu estudo desenvolvido de maneira bastante próxima. Não há como negar a intersecção entre várias de suas estruturas básicas, principalmente no que concerne ao seu elemento social comum. Assim sendo, há de se dar uma maior vazão a essa interconexão essencial para que possam ser descritas as situações concretas (ou concretistas, segundo uma acepção técnica mais escorreita) entre essa ambientação de dinâmica social para com a seara jurídica propriamente dita.

2.1. Breves apontamentos acerca da psicologia concreta de Politzer

Para que se possa falar detidamente das habilidades e das técnicas de comunicação atinentes à sistemática que envolve o juiz e os demais atores processuais, é preciso que se possa delimitar em qual contexto social essa sistemática se desenvolve.

É comum que se fale atualmente em uma sociedade pós-moderna ou, como alguns preferem, sociedade hipermoderna. Esses novos conceitos são o ponto de partida para um delineamento mais claro das mudanças sociais ocorridas nos últimos tempos e servem como ponto de fulcro para que se possam desenvolver outros elementos conceituais que se refiram à atuação dos magistrados e à decorrente comunicação entre eles e os demais envolvidos no sistema processual.

Afinal, todas essas nuances possuem um elemento psicológico bem definido, haja vista que não é possível a dissociação desses processos

mentais entre os indivíduos, bem como não há como se furta ou se dispensar a análise do envolvimento entre os sujeitos, algo diretamente afeito ao estudo psicológico.

Todavia, há de se destacar que antes de adentrar propriamente nessa seara da definição da pós-modernidade, e de se poder desenvolver com maior afinco os seus institutos correlatos, há de se fazer uma breve digressão na conceituação de psicologia fornecida por Georges Politzer, filósofo e psicólogo húngaro, que ofertou uma nova base descritiva para a inserção social da psicologia.

O referido filósofo questiona os fundamentos das psicologias científicas equiparando-os aos da psicologia clássica. A sua maior crítica se foca na metodologia empregada por essas psicologias, segundo Politzer⁽¹⁾. Conforme ele, o equívoco na adoção metodológica empregada se foca na mesma sistemática de comprovação estatuída pelas ciências naturais como, por exemplo, a física. Ele qualifica esse método como sendo “o método da terceira pessoa”. Tal método consiste em se colocar como um observador neutro de um fenômeno a ser observado; logo, esse distanciamento objetivo do fato a ser presenciado é que qualifica o “cientista” como o terceiro nessa dinâmica.

Quando aplicado aos meandros da psicologia, esse método da terceira pessoa se atém a abstrações do fato psicológico. Assim sendo, de acordo com Politzer, o fato a ser perscrutado pela psicologia perde autenticidade, por não estar mais ligado ao sujeito “em primeira pessoa”, ou seja, essa desvinculação inicial do próprio sujeito com o fato psicológico que é ligado diretamente a ele mesmo, finda por conduzir a resultados falsos, sob o prisma da psicologia cientificista que ele visava objetar.

Desta feita, Politzer prega aquilo que ele próprio denomina de “psicologia concreta”.

(1) POLITZER, Georges. *Critique of the foundations of psychology: the psychology of psychoanalysis*. Trad. Maurice Apprey. Pittsburgh: Duquesne University Press, 1994. p. 29.

Segundo essa nova conceituação, os fatos psicológicos do sujeito devem ser tratados na primeira pessoa e devem se direcionar ao próprio sujeito, também na primeira pessoa. O que ele visa com tal teorização é obnubilar a necessidade de uma intermediação por intermédio de uma terceira pessoa; dito de uma maneira mais clara, o intento do filósofo em comento é fazer cessar a interferência de uma pessoa alheia ao processo psicológico em sua constituição factual. Ele assim procede, sob o domínio da ideia de que se for mantida essa intermediação de um terceiro, os fatos psicológicos correm o risco de perder a sua originalidade, e passarem a ser tratados como meros elementos instrumentais pelo próprio psicólogo que é um mero expectador nessa dinâmica analítica.

Politzer⁽²⁾ sublinha que, na psicologia clássica, a abstração aparece como “vida interior”. Assim como na psicologia da *Gestalt* (ou psicologia da forma), a abstração apresenta-se como sendo a forma (dentro da dicotomia de figura e fundo), bem como também na psicologia do behaviorismo, essa abstração se mostra como sendo o próprio comportamento do indivíduo.

A partir dessas assertivas, há de se concluir como correta a afirmação de Jean Laplanche⁽³⁾ que pontua que a psicologia concreta de Politzer vem a se fundar, de maneira inovadora, sobre dois paradigmas já estabelecidos à sua época: a *psicoanálise* e a *Gestalttheorie* (teoria das formas), de modo que, o autor húngaro em tela relega a ambas as condições de remanescentes metafísicos, reificados e tidos como despidiendos para a construção de uma nova conceituação psicológica de escopo concretista.

Segundo essa orientação, é importante destacar que Politzer tenta não apenas dar uma nova roupagem às bases psicológicas de

seu tempo. Ele passa a introjetar, metodologicamente, a observação dos fatos de cunho psicológico para o próprio sujeito envolvido nessa dinâmica. Ainda que essa abordagem, do ponto de vista filosófico, não seja uma grande novidade em termos materiais, afinal, Sócrates já enunciava desde a época da Grécia Antiga “conhece-te a ti mesmo”, do ponto de vista metodológico da psicologia, essa abordagem é, no mínimo, interessante.

Aliás, o interesse nessa nova forma de abordagem psicológica não se mantém restrito apenas à capacidade psicológica de definir quais comportamentos são adequados ou inadequados. Ele se expande para as possibilidades mais próprias que cada sujeito tem em se afirmar dentro dessa dinâmica, seja se reconhecendo como parte do processo seja como percebendo as suas possibilidades de interação com outros sujeitos, algo que, teoricamente, tende a uma infinitude de possibilidades.

Essa breve imersão na psicologia concreta de Politzer é de grande valia para que se abra o leque de possibilidades da análise psicológica a ser feita também nos meandros jurídicos. Ademais, essa percepção da realidade de inclinação concretista é bastante útil na análise das questões da pós-modernidade, isso porque, nesse ponto da História, a questão da subjetividade sofre um abalo conceitual bastante razoável, a ponto de não se ter um espedeque seguro para que se delimite até onde vão os elementos valorativos do sujeito dentro das perspectivas psicológicas outrora estatuídas.

Assim sendo, todos esses elementos se conglobam para dar azo à abertura comunicativa entre os diversos sujeitos, sendo de grande importância salientar que se não houver ao menos comentário acerca da existência dessa possibilidade concretista, como um instrumento analítico da realidade, tolhem-se todas as possibilidades de análise de comunicação entre os mais diversos sujeitos que se interligam de maneira singular dentro do universo jurídico.

(2) *Ibidem*, p. 262.

(3) LAPLANCHE, Jean. *The unconscious and the Id*. Trad. Luke Thurston e Lindsay Watson. London: Rebus Press, 1999. p. 33.

Ainda que essas conceituações pareçam ser algo obscuro em um primeiro contato, tais delineamentos serão fundamentais mais à frente quando se for traçar, por exemplo, a distinção entre Estado-Juiz e o Juiz-sujeito, diferenciação tão cara e tão elementar a qualquer operador do direito. Ademais, essas observações são fundamentais no mister de auxiliar na detecção das próprias deficiências do Poder Judiciário, haja vista que a Psicologia tem um papel a desempenhar, desnudando a alma humana e auxiliando a compreender os seus mecanismos comportamentais.

2.2. Contexto histórico do relacionamento interpessoal: a ambientação do Poder Judiciário na pós-modernidade

Nessa contextualização do relacionamento interpessoal, mais uma vez, se faz necessário resgatar (ou ao menos trazer à baila) a questão da hipermodernidade e do sujeito pós-moderno. Ainda que muito se fale acerca desses termos como algo intangível objetivamente (uma confusão geralmente operada por autores que apenas divagam de maneira pouco concisa sobre conceitos metafísicos criados apenas para obscurecer suas análises), aquele que se debruça sobre essa problemática do relacionamento interpessoal necessariamente deve se perguntar: quem é o sujeito pós-moderno?

Essa sem dúvida é uma das perguntas mais intrincadas e mais complexas que se pode fazer, principalmente quando se almeja dar um tratamento psicológico ou filosófico ao questionamento. Aliás, é até correto dizer que responder tal indagação de uma maneira totalmente peremptória é algo, no mínimo, presunçoso para qualquer estudioso dessas áreas, ou seja, deve-se sempre partir do pressuposto que qualquer definição acerca da subjetividade, mesmo que ela seja feita em termos de pós-modernidade (uma seara que é tradicionalmente tida como não muito rígida nem ao menos afeita a definições estritas), deverá ser operada com o máximo de cautela e preocupação em

não fazer com que a resposta dada seja uma totalidade perfeitamente acabada, pois, se assim o fosse, recair-se-ia na mesma problemática dogmática por aqueles que foram precedidos pela pós-modernidade.

Para essa conjecturação da pós-modernidade é importante considerar que aquilo que era moderno, apenas, ganhou velocidade, de forma urgente e intensa. As estruturas sociais, anteriormente sólidas, esvaíram-se produzindo o “império do efêmero”⁽⁴⁾. Essa efemeridade é bem colocada por Zygmunt Bauman como sendo a liquidez afeita à essa época. Em seu livro “Modernidade Líquida”, Bauman analisa cinco conceitos que organizam a vida humana: emancipação, individualidade, tempo/espaço, trabalho e comunidade. Ele traça o cenário da mudança desses conceitos na assim chamada “pós-modernidade”.

Um dos conceitos centrais na análise nessa “dessolidificação” da modernidade consiste na desvinculação da identidade a um conceito próprio e determinado. Nesse sentido, Zygmunt Bauman⁽⁵⁾ pontua que:

Quando falamos de identidade há, no fundo de nossas mentes, uma tênue imagem de harmonia, lógica, consistência: todas as coisas que parecem — para nosso desespero eterno — faltar tanto e tão abominavelmente ao fluxo de nossa experiência. A busca da identidade é a busca incessante

(4) Nesse passo, é importante destacar que “pós-modernidade” não é um termo unânime entre os pensadores contemporâneos. Esta ressalva é benfeita por Zygmunt Bauman. Esse pensador polonês coloca que uma das razões pelas quais ele passou a falar em “modernidade líquida” em vez de “pós-modernidade” é que ele ficou cansado de tentar esclarecer uma confusão semântica que não distingue sociologia pós-moderna de sociologia da pós-modernidade, entre “pós-modernismo” e “pós-modernidade”. No seu vocabulário, “pós-modernidade” significa uma sociedade (ou, caso se prefira, um tipo de condição humana), enquanto que “pós-modernismo” se refere a uma visão de mundo que pode surgir, mas não necessariamente, da condição pós-moderna.

(5) BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000. p. 82.

de deter ou tornar mais lento o fluxo, de solidificar o fluido, de dar forma ao disforme. Lutamos para negar, ou pelo menos encobrir, a terrível fluidez logo abaixo do fino envoltório da forma; tentamos desviar os olhos de vistas que eles não podem penetrar ou absorver. Mas as identidades, que não tornam o fluxo mais lento e muito menos o detêm, são mais parecidas com crostas que vez por outra endurecem sobre a lava vulcânica e que se fundem e dissolvem novamente antes de ter tempo de esfriar e fixar-se.

A partir dessa perda de um conceito concreto de identidade é que Bauman consegue destrinchar os demais elementos contidos na pós-modernidade como sempre sendo algo volúvel e que os conceitos estão sempre em constante mudança, ou seja, são conceitos líquidos, que não se solidificam nem mesmo pelo transcurso temporal.

Os exemplos para tanto são infindáveis; um dos mais proeminentes diz respeito à instituição familiar. Algo que outrora era rigidamente posto como uma instituição patriarcal, com filhos e construída dentro de um casamento legalmente ratificado pelo Estado, hoje em dia, não apresenta quase nenhuma dessas características; aliás, sua conceituação é tão fluída que não há um arquétipo próprio de sua liquidez. Disso não se depreende que não existam famílias calcadas no ideal patriarcal de outros tempos. Elas, de fato, ainda existem, todavia, há uma miríade de outras configurações familiares na sociedade hodierna que o vetusto conceito é apenas mais um dos conceitos que compõem, de maneira agregada, a liquidez da modernidade que se apresenta, ou seja, não há como se apontar uma identidade unificadora nos mais diversos conceitos encontrados dentro da sociedade atual; por mais que existam alguns elementos que se repitam circularmente dentro da apresentação de algumas instituições, eles não são suficientes para conferir identidade no sentido próprio

de solidificação às instituições da modernidade líquida proposta por Bauman. Ademais, esse é um modelo de sociedade que tende a se expandir cada vez mais, com o avanço das tecnologias e dos demais meios de comunicação que findam por conferir um caráter cada vez mais inconstante à maioria dos elementos constitutivos da sociedade, afinal, a fluidez, seja conceitual ou seja de comunicação é a tônica nessa nova forma de estruturação (ou desestruturação) social.

Essa falta de identidade é que leva o sujeito de hoje, ainda que se sinta livre para viver segundo seus desejos, sentir-se desamparado quando se trata de ser o juiz de si e de levar em conta a existência do outro⁽⁶⁾. As estruturas sociais que eram sólidas e perenes agora são apenas tidas como provisórias e sem a pujança de outrora. Nesse horizonte de eventos, há uma perda da tradição que leva à perda das verdades. Desaparecem as referências do bem e da verdade, das restrições morais e dos mitos. O provisório toma lugar do definitivo.

Vive-se em uma “Era da Incerteza”. Tal período histórico é caracterizado pelo fato de se haver uma aproximação física entre os seres humanos sem que com isso eles se considerem ser mais solitários do que nunca. Em síntese, a contemporaneidade tem sido palco para a destituição e a aniquilação dos padrões outrora vigentes. As mutações de padronização ocorridas nessa época são decorrentes da mudança no paradigma da modernidade, cujos ideais intensificaram-se e se transmutaram de tal forma que já se torna lícito denominar estes tempos de “hipermodernos”.

Em termos existenciais, esse fenômeno de incerteza social é denominado pelo filósofo alemão Martin Heidegger⁽⁷⁾ de “afastamento” (no original em alemão, *Abständigkeit*). Essa é

(6) KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002. p. 152.

(7) HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008. p. 183.

uma ação constitutiva da estrutura existencial da convivência agravada pela própria progressão dos meios tecnológicos atuais. Segundo Lauro Ericksen⁽⁸⁾, o afastamento do Dasein ocorre basicamente em sua apresentação inautêntica do impessoal (Das Man), de modo que, onticamente, se está mais próximo do ente, embora ontologicamente o inverso tenha ocorrido, ou seja, houve o distanciamento do referido ente. Outrossim, dito de uma maneira mais filosoficamente mais simples e acessível, há de se compreender que quanto mais a tecnologia aproxima as pessoas, fazendo com que fronteiras físicas sejam apenas um detalhe na comunicação entre elas, faz com que, no sentido ontológico mais próprio do termo, as pessoas se sintam cada vez mais afastadas do convívio com o outro.

Não há, assim, uma expressão autêntica de coletividade por meio de uma convivência entre as pessoas, por mais que elas se sintam cada vez mais interconectadas e mais “próximas uma das outras”. Proximidade essa que é meramente aparente e não representa uma congregação autêntica entre elas, é algo meramente fugaz e banal.

Nessa toada descritiva da pós-modernidade, há de se perguntar quais são as suas principais características e quais os seus elementos determinantes de maior expressão. Apesar de existir uma miríade de qualificações que podem indicar os contornos expressivos desse momento histórico, dois pontos devem ser tidos como sendo as suas principais características: a globalização e a igualdade.

A globalização, indubitavelmente, é o reflexo mais direto de toda a evolução técnico-científica experimentada durante os últimos anos do século XX. Ela é a maior expressão de como

(8) ERICKSEN, Lauro. *O Mitsein e as perspectivas decisórias da autenticidade segundo a analítica existencial: ponderações ontológicas para além dos limites éticos e políticos do ser-com*. 2012. 176 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Filosofia, Departamento de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012. Cap. 1.

as barreiras físicas não são mais um óbice no avanço da humanidade.

Certamente, a globalização é tema bastante complexo, que envolve nuances de diversos campos de estudo, desde as áreas técnicas da física e da engenharia, até as suas repercussões no campo social estudado pela sociologia, filosofia e pela história. Todavia, o enfoque que se deve dar no presente contexto é bastante contido e simples: a globalização é um dos elementos determinantes da pós-modernidade. Sem essa construção estrutural, os demais elementos pós-modernos ficariam carentes de um meio de propagação efetivo e dinâmico.

Assim sendo, a presente abordagem não precisa se estender em demasia nessa análise. Apenas com essa determinação de que a globalização fornece essa ideia de que há uma “aldeia global” — por mais paradoxal que seja isso, afinal, nessa teorização uma aldeia (aglomeração de povos indígenas que vivem, habitualmente, isolados) finda por se fundir na dinâmica da globalidade —, é que se consegue ter a noção de que ninguém está totalmente isolado e, nem que queira, conseguirá, totalmente, abstrair-se desse sistema solidamente interconectado.

O outro elemento característico da pós-modernidade é a sensação de igualdade fornecida. Saliente-se que não se trata de haver, substancialmente, uma igualdade plena entre as pessoas, o que há, na verdade, é apenas o sentimento, por parte da maioria, de que existe, no mínimo, um elemento igualitário entre os indivíduos que compõem a coletividade social.

Essa ideia é apreendida do ideal libertário que dissolveu a diferença entre os seres humanos. Assim, são criados comportamentos “idealizados” de conduta que servem para colocar as pessoas em “pé de igualdade”. São colocações básicas que estatuem a igualdade como um pressuposto básico atribuível a qualquer pessoa.

Desta forma, por mais que não haja uma igualdade materialmente comprovável, seja

porque essas regras básicas de conduta são descumpridas, ou até mesmo porque essas regras, de fato, não conseguem estabelecer a igualdade, sempre se tem a sensação, por mais frágil e inconsistente que seja, que existe, em algum grau, uma liberdade entre as pessoas, e que tal característica é um dos elementos primordiais para a constituição da própria pós-modernidade.

Nesse contexto, por mais que a igualdade aparente ser um valor plenamente positivo, para os questionamentos jurídicos, ela fomenta algumas problemáticas. Uma delas é levantada, ainda que de forma indireta, por Regina Steffen⁽⁹⁾. A referida autora coloca em xeque o papel representativo de cada indivíduo na sociedade; afinal, como ser o representante de uma diferença que já não existe? Ou seja, como ser o representante da Lei que interdita a completude, se ao indivíduo parece não faltar nada?

A partir desses questionamentos, exsurtem questões importantes que merecem ser pensadas com cautela. Afinal, se os ideais dogmáticos que, aparentemente, asseguravam o cumprimento dos valores éticos, os quais, na pós-modernidade, invariavelmente, afiguram-se enfraquecidos ou aniquilados, resta ao juiz reinventar-se inovando e criando novas soluções.

Outrossim, não seria esse o ativismo judicial tão discutido nos meandros jurídicos atualmente? Com certeza que sim, se não houver essa perquirição por novas possibilidades jurídicas, calcadas em elementos axiológicos, o próprio vazio existencial que domina no resto da sociedade pós-moderna asfixiará também os membros do Poder Judiciário, que não terão a capacidade necessária para dirimir os conflitos a eles postos, dada a rapidez com que esses conflitos exigirão respostas adequadas

(9) STEFFEN, Regina. *Homens que não amadurecem, mulheres que não envelhecem*. Disponível em: <http://www.acpsicanalise.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=180:homens-que-nao-amadurecem-mulheres-que-nao-envelhecem&catid=43:artigo&Itemid=72> Acesso em: 1ª nov. 2010, p. 59.

para as suas realidades sociais cada vez mais diversas e mutantes.

Outro ponto que deve ser clarificado nesta altura da exposição acerca da pós-modernidade é que existe uma diferença fundamental entre o Estado-juiz e o Sujeito-juiz. O Estado-juiz consiste na apresentação daquele ente político que representa a função monopolizada pelo estado que consiste em prover as determinações jurisdicionais. De outra banda, o Sujeito-juiz é aquele que apenas é um representante de si mesmo, de sua própria história, ele é tão pessoalmente identificado quanto qualquer sujeito o possa ser, diferentemente do Estado que, em função do princípio da impessoalidade que determina a sua gênese, não pode ser imputado diretamente a um componente pessoal físico que o apresente de modo direto e sem intermediações.

Sem essa distinção entre Estado-juiz e Sujeito-juiz, corre-se o risco de se tomar um pelo outro e, assim, incorrer em graves equívocos conceituais como, por exemplo, julgamentos preconceituosos que não são passíveis de serem atribuídos ao Estado-juiz, uma vez que a sua personificação direta é um erro grave, usualmente cometido por aqueles que não conseguiram operar essa distinção conceitual.

Destarte, ao assumir eticamente essa “divisão”, o Sujeito-juiz poderá agir atingindo ao máximo o referencial atual de “ativismo judicial” que consiste numa atitude, numa escolha de um modo específico e pró-ativo de interpretar a Constituição e as demais leis ordinárias, expandindo o seu sentido e alcance em cada caso, marcado pelo seu manejo singular, inovador e criador dentro do possível, ao invés de simplesmente julgar replicando jurisprudências ou ainda manchar seu julgamento por preconceitos.

3. Elementos da dinâmica social: relacionamento, competência interpessoal, técnicas e habilidades correlatas

Feitas tais distinções, é imperioso frisar a importância do relacionamento interpessoal

para o desenvolvimento da escuta ativa bilateral, tão em voga nos cursos de preparação para a magistratura. Esse tipo de técnica permite um contorno da expectativa social sem limites para a solução do conflito (lide sociológica), ou seja, pelo método de escuta ativa se provém um novo horizonte decisório para o magistrado sem que as possibilidades sociológicas da lide sejam encerradas em fórmulas mecânicas e engessadas de decisão, as quais não fornecem todos os elementos casuísticos indispensáveis para uma escolha ponderada e acurada por parte do magistrado na sua função de Sujeito-juiz.

A escuta ativa é um método de relacionamento interpessoal advindo da psicanálise, no qual o psicanalista escuta o sujeito sem deter nenhuma verdade sobre aquilo que ele está dizendo nem sobre o próprio sujeito que está a falar. Semelhantemente, o magistrado, ao instruir a causa, deverá escutar as partes e as testemunhas sem nenhuma verdade preconcebida, sob pena de incorrer em um julgamento eivado de erros instituídos de maneira prévia à própria colhida dos fatos constitutivos do julgamento. Isso é fundamental que se entenda: a verdade advém da investigação que se procede no processo e, portanto, não pode vir antes dela.

Metodologicamente, Robert B. Dilts⁽¹⁰⁾ aponta que a escuta ativa deve incluir a paráfrase e retroalimentação (e também a recapitulação) da compreensão daquilo que a pessoa disse. Dessa maneira, tem-se de uma forma bastante útil o reconhecimento de que se ouviu o que a pessoa disse, além de se permitir a verificação de que o mapa pessoal do interlocutor foi compreendido satisfatoriamente.

Ao se parafrasear as frases ditas pelo outro e ao se permitir que ele recapitule os momentos que considera mais importantes na narrativa, o juiz permite que o processo de escuta se dê

de uma forma dinâmica, em que a realidade sociológica é construída conjuntamente entre ele e as partes envolvidas no litígio, aproximando todos os atores processuais do fim colimado pelo próprio processo, que é, em última instância, a resolução do conflito posto.

A escuta ativa envolve concentração, escuta atenta e reconhecimento de que realmente está se ouvindo aquelas palavras ditas pelo outro; isso pode ser denotado com acenos com a cabeça, expressões de assentimento como “hum”, “sei” e outras expressões despidas de cunho julgador⁽¹¹⁾, isto é, faz-se com que a conversação flua sem que haja nenhuma resposta substancial por parte do magistrado. Por mais difícil que isso seja, o magistrado deve manter a calma e ser parcimonioso em momentos em que se sentir impelido a dar uma resposta, durante a inquirição, que tenha um conteúdo mais acintosamente dirigido para dar uma amostra substancial do que ele está concluindo do que está sendo dito. Dar uma resposta desse tipo é desaconselhável porque ao proceder dessa forma se interrompe o processo de expressão do outro, algo que conduz ao aumento das expressões e, conseqüentemente, se tem um relato menos objetivo dos fatos a serem colhidos durante a instrução.

A escuta ativa, em verdade, é apenas uma das técnicas que integram o bojo teórico de um instituto bem mais amplo denominado de relacionamento interpessoal. Esse instituto pode ser definido de maneira bem simples como sendo qualquer relação em que estão envolvidas duas ou mais pessoas.

Ainda que se tenha a ideia que manter um relacionamento interpessoal com todas as pessoas, de forma indistinta, seja algo praticamente inatingível, Barbara Virginia⁽¹²⁾ coloca que se deve tentar manter um bom fluxo nas

(10) DILTS, Robert B. *Enfrentando a audiência: recursos de programação neurolinguística para apresentações*. Trad. Heloísa de Melo Martins-Costa. São Paulo: Summus, 1997. p. 189.

(11) MANN, Rebecca B. *Comportamentos conflituosos no trabalho: como lidar com empregados-problemas e implantar a sinergia na empresa*. Trad. Maria de Fátima Marques. São Paulo: Nobel, 1995. p. 146.

(12) VIRGINIA, Barbara. *Seu comportamento: seu sucesso*. São Paulo: Edições Loyola, 1996. p. 82.

relações sociais, por meio de um nível de cordialidade satisfatório. Segundo ela, a chave para alcançar tal escopo se foca no equilíbrio dos relacionamentos. Assim, mesmo naqueles relacionamentos que não tendem a se desenvolver de maneira mais estupenda, o mais aconselhável é mantê-lo dentro dos parâmetros da normalidade para que, equilibradamente, ele seja mantido de uma maneira aceitável.

Dentro do relacionamento interpessoal, é necessário entender que há um jogo de atrações interpessoais. Essas atrações explicam a tendência que as pessoas têm em buscar certos tipos predefinidos de relacionamentos em detrimento de outros. Na atração interpessoal, como bem denota Bernstein, *et al.*⁽¹³⁾, estão envolvidas tanto características ambientais quanto características próprias dos indivíduos que desempenham, cada qual, determinados papéis nessa intrincada dinâmica social.

Um dos determinantes mais óbvios da atração interpessoal é a simples proximidade física (concebida como o elemento ambiental da atração interpessoal). Ela é importante, porque leva à familiaridade. Embora se tenha, comumente, um comportamento neutro em relação às pessoas nos primeiros contatos, há uma tendência a gostar delas na medida em que esses contatos se tornam mais frequentes. Tende-se a ficar menos apreensivo e menos desconfortável ao sentir que se conhece mais de perto essas pessoas de convívio mais próximo.

Assim sendo, Maria Helena Novaes⁽¹⁴⁾ conclui que tanto a convivência quanto a familiaridade geram a oportunidade de um conhecimento mútuo entre as pessoas, quando condicionadas a um determinado ambiente comum. Tal ambientação gera uma maior capacidade de se saber quais serão as atitudes dos outros e, com isso, se pode antecipar custos e gratificações

(13) BERNSTEIN, Douglas A. *et al.* *Psychology*. Boston: Houghton-Mifflin, 1991. p. 22.

(14) NOVAES, Maria Helena. *As gerações e suas lições de vida: aprender em tempo do viver*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 45.

para ambas as partes envolvidas no relacionamento interpessoal.

Ainda assim, existem aqueles teóricos das dinâmicas sociais que compreendem que o mero contato visual, ainda que perene, não é bastante para que haja uma prevalência da proximidade como único critério de estabelecimento das relações interpessoais. Desta feita, deve-se analisar o próprio elemento humano para se compreender como se desenvolve essa outra faceta da sistemática social de atrações.

Para uma análise mais acurada dessa sistemática, Jacob Levy Moreno⁽¹⁵⁾ criou um mapa sociométrico⁽¹⁶⁾, a partir do qual se podem estabelecer os seguintes parâmetros nas possibilidades de relacionamento interpessoal: atração, rejeição e neutralidade (termo advindo do latim — *ne uter* — que significa nem um nem outro) ou rejeição. Ao critério de escolha de relacionamentos, são atribuídos valores positivos (para a atração) e negativos (para a rejeição), de modo que para a indiferença e a neutralidade nenhum valor é concedido.

Segundo esse esquema sociométrico, o critério comum permite, a partir das explicitações das escolhas dos indivíduos, o estudo das redes aparentes e subterrâneas da sociodinâmica grupal⁽¹⁷⁾. Assim sendo, em consentâneo com os parâmetros estabelecidos, consegue-se chegar a uma rede de interações múltiplas e complexas de quem atrai quer positivamente e negativamente, bem como também se pode determinar aquelas pessoas que simplesmente não despertam nenhum interesse sobre as demais (hipóteses de neutralidade e de indiferença⁽¹⁸⁾).

(15) MORENO, Jacob Levy. *Psicodrama*. 3. ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1997. p. 306.

(16) Sociometria é o método criado pelo psiquiatra e filósofo romeno-austriaco Jacob Levy Moreno pelo qual ele se propõe estudar e medir as interações relacionais dentro de grupos a partir da adoção de critérios valorativos entre os participantes.

(17) FONSECA, José. *Psicoterapia da relação: elementos de psicodrama contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Summus, 1999. p. 243.

(18) Ainda que o referido autor não opere uma distinção ontológica entre a indiferença e a neutralidade, há

A partir do resultado obtido com essa atribuição de valores sociométricos, sabe-se quem escolhe quem, quais as escolhas congruentes e incongruentes dentro desse sistema e qual a situação (cotação) de cada indivíduo em termos de atratividade dentro do seu grupo de inserção. Caso se pretenda implementar mais ainda a análise sociométrica, mede-se a capacidade perceptiva de cada indivíduo quanto às escolhas que irá receber. Esse alcance perceptivo é feito em função de cada índice de erro-acerto do indivíduo analisado; com base nesses dados é possível traçar a sua capacidade atrativa, tanto em termos de escolha para si, quanto em termos de expectativa de escolha de sua atratividade em função das escolhas dos outros.

Os citados critérios de escolhas sociométricas são fortemente influenciados pelo outro fator elencado por Bernstein *et al.*⁽¹⁹⁾, o qual se insere no círculo de atitudes semelhantes dos indivíduos. É liçãoomezinha que as pessoas tendem a gostar mais daquelas que percebem como semelhantes a si mesmas, do que daquelas que são diferentes. Existe uma relação

de se pontuar, que sob o viés pragmático das relações sociais, de fato, existe uma diferença sutil entre esses dois conceitos. A neutralidade é o valor que realmente se aproxima mais de um não contato entre os agentes ou de uma conceituação que expressa uma não ação entre os indivíduos, ou seja, ela se determina na simples inação dos sujeitos reciprocamente considerados, a falta de capacidade de iniciativa é comum a todos que participam da sistemática. Já no caso da indiferença, há um elemento a mais que a simples não ação. Isso porque, nesse caso, ambos os sujeitos pelo menos denotam a presença de cada um deles reciprocamente considerados, todavia, há algum outro elemento, que não a simples não ação que os repele. Desta maneira, é possível se asseverar que na indiferença há um leve componente negativo a influenciar essa relação. Voltando-se para o sistema sociométrico de Moreno, não seria totalmente coerente asseverar que ela seria a atribuição de um ponto negativo (tal como a rejeição), todavia, seria bastante válido, caso se aplicasse uma definição numérica de lógica difusa, asseverar-se que a indiferença é um meio (0,5) negativo, em que não há uma rejeição expressa na relação entre os agentes, mas que há, no mínimo, um distanciamento implicitamente cultivado por eles.

(19) BERNSTEIN, Douglas A. *et al. Psychology*. Boston: Houghton-Mifflin, 1991. p. 33.

direta e forte entre a proporção de opiniões e atitudes partilhadas por duas pessoas e o quanto elas se gostam. Isto é verdade para crianças, alunos de faculdades, trabalhadores adultos e cidadãos de meia-idade, ou seja, é uma visão partilhada de forma planejada em quase todos os estratos e meios sociais. Uma das razões desse fato é que as pessoas que compartilham as mesmas opiniões confirmam ou validam a visão de mundo do outro.

A associação com pessoas semelhantes decorre da necessidade intrínseca que o ser humano tem de fazer comparações entre as suas opiniões e habilidades, ou seja, há a satisfação da necessidade de comparação social a partir do momento em que há a união de semelhantes, uma vez que o processo comparativo finda por ser simplificado e todos aqueles que não se amoldam no esquema predefinido como ideal são tidos por não semelhantes, logo, não são atrativos sob a ótica do interpessoal.

Importante denotar que na atração por semelhança também é ressaltado o aspecto reforçador da concordância. Dito de maneira mais clara: é comum que se avaliem as capacidades pessoais por meio de atitudes de cada um em comparação com as ações dos outros. Tendo essa premissa como ponto de partida, chega-se ao fenômeno da avaliação consensual, em que os indivíduos buscam e almejam encontrar concordância com quem se gostam e com quem se têm afinidade, ao passo que com as pessoas que não têm essa concordância, no mais das vezes, acaba por ocorrer uma discordância acerca das predileções e um conseqüente afastamento pessoal.

Certamente, a existência de sentimentos, positivos e negativos é que promove a atração ou o afastamento entre as pessoas, aliás, essa é a base teórica da sociometria de Moreno. No entanto, simplesmente atribuir valorações sem especificar quais as possíveis explicações para que isso aconteça é algo deveras incipiente. Por isso mesmo, convém citar na presente exposição algumas das explicações plausíveis para a ocorrência de atração interpessoal.

Além da questão da semelhança entre os indivíduos, é apontada como causa da atração interpessoal o estabelecimento da realidade social. Essa fundamentação consiste na agregação de diversas teorias de dinâmica social, como a teoria de Festinger, teoria da comunicação informal e teoria dos processos de comparação informal. Em síntese, todas essas teorias se focam em mostrar a importância de se estabelecer um consenso ou uma “realidade social”⁽²⁰⁾. Ao se trilhar os aspectos mais gerais dessas teorias depreende-se que na ausência de uma realidade objetiva (algo bastante comum na pós-modernidade) é que se busca apoio para as opiniões subjetivas como forma de se estabelecer um critério de avaliação para a construção de uma nova realidade mais adequada e modelada em estruturas meramente possíveis e não tão idealizadas.

3.1. Competência interpessoal: a nova tendência nas dinâmicas sociais

Seguindo-se essa análise do relacionamento interpessoal é que surge outro tema de grande relevância para o estudo da comunicação, a denominada competência interpessoal. Como o próprio nome já alude, esse é um ponto bastante similar ao relacionamento interpessoal, haja vista que, invariavelmente, abordará, ainda que de uma forma ligeiramente diversa, a questão da dinâmica social existente entre os indivíduos.

A competência interpessoal é uma referência existente dentro da dinâmica social que serve para que se possa desenvolver com sucesso o próprio relacionamento interpessoal. São institutos que estão indissociavelmente atrelados conceitualmente.

Antigamente, era comum existir o “gênio genioso”. Alguém que fazia coisas importantes sozinho, sem precisar da ajuda ou do auxílio de

(20) NOVAES, Maria Helena. *As gerações e suas lições de vida: aprender em tempo do viver*. São Paulo: Loyola, 2005. p. 46.

uma vasta equipe para que seus feitos fossem atingidos, esses eram os de Leonardo Da Vinci, Isaac Newton e de Santos Dumont, por exemplo. No entanto, hodiernamente esse contexto social de desenvolvimento do trabalho mudou consideravelmente. Tendo isso em mente, é correto asseverar que todo trabalho é feito em equipe, em todas as profissões.

O processo de interação humana está presente em toda a organização e é o que mais influencia no rumo das atividades e nos seus resultados atualmente. Este fato, porém, não foi ainda devidamente reconhecido e avaliado. Por isso mesmo, sucedem-se surpresas, frustrações, eventos inesperados que trazem desconforto, perplexidade e insegurança aos gestores. Mesmo as situações bem planejadas podem fugir ao seu controle e configurar-se, na prática, de forma bem diferente do esperado⁽²¹⁾. Por isso se afigura imperioso ter um esquema bem definido de competência interpessoal, algo que colabora de maneira grandiosa com o desenvolvimento do relacionamento interpessoal dentro das dinâmicas sociais.

Um dos conceitos mais simples, e talvez um dos mais profícuos, de competência interpessoal é fornecido por Elio Tachizawa, Victor Ferreira e Antonio Fortuna⁽²²⁾ ao enunciarem que: “competência interpessoal significa saber trabalhar eficaz e eficientemente em grupos homogêneos ou heterogêneos, de modo participativo, sinérgico, adulto e responsável.” A partir dessa breve conceituação percebe-se que ter essa forma de competência é, antes de mais nada, pautar-se por uma conduta focada na eficiência e na eficácia do trabalho, tentando-se integrar na fonte laboral com os demais grupos de atuação, de modo a obter melhorias nos resultados de

(21) MOSCOVICI, Fela. *Equipes dão certo*. Rio de Janeiro: José Olympo, 2002. p. 110.

(22) TACHIZAWA, Elio Takeshy; FERREIRA, Victor Claudio Paradela; FORTUNA, Antonio Alfredo de Mello. *Gestão com pessoas: uma abordagem aplicada às estratégias de negócios*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 204.

trabalho com essa integração na dinâmica social do grupo ou da equipe.

Por causa da premência contemporânea por formas de trabalho integradas, afigura-se imperioso, além da competência técnica (que diz respeito apenas à formação e à experiência do indivíduo), ter competência interpessoal, sendo ela um dos elementos cruciais para o bom desenvolvimento dos trabalhos em equipe. Nesse sentido, Paulo Cavalcanti da Costa Moura⁽²³⁾ até assume que a competência interpessoal é menos visível que a competência técnica propriamente dita; no entanto, há de se ter em mente que ambas são igualmente relevantes. Isso porque pela competência interpessoal aquele que ocupa um cargo de direção dentro da cadeia laboral não faz apenas as coisas próprias de seu cargo, mas as faz por meio de outras pessoas (subordinados, imediatos, colegas, enfim, todas as pessoas que compõem a sua equipe de trabalho).

Assim sendo, nesse “fazer por meio de” depende-se muito da habilidade interpessoal de gerir as situações de dinâmica social que envolvem o grupo ou a equipe, de modo que à competência interpessoal fica vinculada a capacidade do gestor se comunicar, sentir a resposta dos outros membros da equipe e até mesmo está atrelada a sua forma de exercer influência. Portanto, não há apenas uma competência puramente técnica a guiar o desenvolvimento dos trabalhos em equipe, é necessário que haja uma conexão interpessoal para que as atividades sejam desenvolvidas a contento.

Essa forma de competência explica o fato de existirem pessoas que são bastante capacitadas tecnicamente, mas que não sabem se relacionar com os outros e que findam tolhendo todo o seu potencial laboral e não são tão bem-sucedidas profissionalmente por isso, ou seja, há de se concluir que a competência técnica é um dos componentes indispensáveis para que se

logre sucesso dentro do ambiente profissional; todavia, tão importante quanto a técnica propriamente dita é a competência que envolve o elemento humano, pois a questão da interpessoalidade apresenta-se cada vez mais forte nos dias de hoje, sendo esse um dos elementos centrais para o bom desenvolvimento de trabalhos em equipe ou que demandem o envolvimento em dinâmicas sociais ou de grupos de labor.

Importante destacar que a competência interpessoal é tida como uma forma não diretiva de atuar que respeita o direito de quem está exposto a ela de aceitá-la ou não⁽²⁴⁾. Desta maneira, ela elimina a resistência e/ou submissão que naturalmente surge como reação a qualquer ato influencial ou diretivo, atuando na linha do autoconvencimento e da sugestão, ou seja, permite-se o fornecimento de opções e privilegia-se a autonomia e a responsabilidade de escolha de cada indivíduo.

Como bem aponta Chris Argyris⁽²⁵⁾, competência interpessoal é a habilidade de lidar eficazmente com relações de acordo com três critérios. O primeiro deles faz referência à necessidade de se ter uma percepção acurada da situação interpessoal, de suas variáveis relevantes e respectiva inter-relação. Como a competência interpessoal sempre está relacionada com questões de convivência, não há como se deixar de colocar como elemento principal de sua caracterização a urgência em se ter uma percepção recíproca dos elementos humanos apresentados individualmente, pelos membros da equipe de trabalho. Se não houver esse tipo de percepção e das suas variantes correspondentes, termina-se por perder o elemento de integração, tão caro a esse tipo de competência.

Nessa lida com as outras pessoas e com os problemas dessas pessoas, se afigura imprescindível

(23) MOURA, Paulo Cavalcanti da Costa. *O benefício das crises*. 2. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1995. p. 84.

(24) KRAUSZ, Rosa R. *Compartilhando o poder nas organizações*. 2. ed. São Paulo: Nobel, 2005. p. 47.

(25) ARGYRIS, Chris. *On organizational learning*. 2. ed. Malden: Blackwell, 1999. p. 292.

denotar que a competência interpessoal acaba por se inserir dentro do círculo de atribuições daquilo que se convencionou chamar de inteligência emocional⁽²⁶⁾. Durante os processos de afecção ocorridos entre aqueles que partilham o mesmo grupo social em comum, é bastante usual que uma miríade de emoções se conglobem de maneira não muito bem ordenada, de modo que esse complexo emotivo pode terminar por ser um tormento para algumas pessoas. Ter competência interpessoal nesses casos consiste em saber ter a percepção do outro, deve-se ser sensível aos valores do outro e, assim, habilmente, saber se relacionar interpessoalmente de modo a manter o bom convívio dentro do grupo, minimizando possíveis rejeições e evitando ao máximo exposições de indiferença e desapeço⁽²⁷⁾.

O segundo critério correlato à competência interpessoal levantado pelo autor americano em comento consiste na habilidade de resolver realmente os problemas, de tal modo que não haja regressões. Por certo que em todos os eventos adstritos ao relacionamento pessoal é comum que haja certos atritos e outras formas de contenda, isso é algo natural e até comum. A competência interpessoal auxilia justamente para que esse tipo de problema seja resolvido ou ao menos que sua repercussão seja minimizada, nos casos em que seja inevitável o embate.

O que importa destacar nessa consecução objetiva atribuída à competência interpessoal é que no trato dessa resolução não deve haver

regressão na situação exposta, ou seja, é importante que as competências de relacionamento sejam utilizadas para que o problema não se difunda, por exemplo, para outros setores de uma mesma instituição, de modo que conter sua expansão é um dos escopos afeitos à habilidade em comento.

O último critério concernente à competência interpessoal determina que as soluções sejam alcançadas de tal forma que as pessoas envolvidas continuem trabalhando juntas tão eficientemente, pelo menos, como quando começaram a resolver seus problemas. Esse critério mais uma vez reforça a questão da eficiência dentro dos parâmetros da competência interpessoal.

Destarte, o plexo de informações concernentes a esse tipo de competência deve sempre ter o foco na eficiência da organização e no desenvolvimento laboral. Isso deve estar sempre em evidência, pois, é comum se ter a ideia de que por se tratar de uma competência não técnica o enfoque de suas disposições não se relaciona diretamente com um elemento objetivo como a efetividade ou a eficiência dos processos laborais. Todavia, justamente por ser diretamente relacionada à dinâmica social dos trabalhos coletivos ou por equipes que essa competência consegue ser conectada de forma incisiva com a questão da efetividade. Sem essa premissa básica de implemento efetivo não há como nem sequer se pensar na competência interpessoal. Assim sendo, ela deve ser sempre pensada como um instrumento básico e bastante profícuo no desenvolvimento dessa atividade, não sendo apenas algo teórico e distante da realidade prática, e sim como um elemento pragmático bastante útil na lida diária de equipes na sua dinâmica social.

Após toda essa construção teórica acerca do relacionamento e da competência interpessoal, há de se asseverar que existem alguns modos de relacionamento que devem ser terminantemente evitados. Um exemplo desses modos é denominado de “clínica de rebanho”. Esse é um conceito advindo das ciências ligadas à

(26) ABREU, Antônio Suárez. *A arte de argumentar: gerenciando razão e emoção*. 9. ed. Cotia: Ateliê, 2006. p. 74.

(27) Essa inclinação para um bom relacionamento interpessoal é encontrada na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que institui o regimento jurídico único dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Isto porque no seu art. 117, inciso V é estabelecido que: “Ao servidor é proibido promover manifestação de apreço ou desapeço no recinto da repartição.” Ou seja, por essa normatização se estabelece um parâmetro de convivência baseado na manutenção do bom relacionamento interpessoal entre os agentes públicos.

veterinária e à zootecnia em que antes de se tratar o boi doente faz-se o cálculo de custo-benefício para saber se a carcaça vale o preço do tratamento.

Por vezes, esse mesmo raciocínio é transportado para os relacionamentos pessoais, fazendo com que os indivíduos só se relacionem segundo essa tendência de valoração aritmética de custos e de benefícios, isto é, apenas visando ou almejando algum benefício particular. Não se pode, portanto, relacionar-se dessa maneira caso se queira adquirir uma competência interpessoal.

Impende destacar que muitas vezes esse raciocínio de “clínica de rebanho” também é aplicado na seara jurídica em escala de abrangência maior. Isso ocorre, por exemplo, quando alguns juristas julgam ser desnecessária a existência de uma justiça especializada em lides trabalhistas. O argumento desses indivíduos consiste em afirmar que a justiça laboral é cara demais para se ater apenas a lides de menor importância econômica. Para eles, existem duas saídas viáveis para esse impasse: ou a competência trabalhista deveria estar atrelada à competência dos juízos federais (afinal, por disposição constitucional, a Justiça do Trabalho é um ramo especializado da Justiça Federal) ou deveria haver a transformação dessas lides em mero contencioso administrativo.

Por óbvio que ambas as sugestões são totalmente desarrazadas e despidas de qualquer lucidez jurídica. Mas essas ideias denotam a existência da mentalidade da “clínica de rebanho” em alguns juristas, que findam por sobrepor o critério econômico do custo das lides trabalhistas sobre o critério do benefício que elas trazem à sociedade (até mesmo porque eles partem da premissa errada de que há pouco benefício social na resolução de tais conflitos). É importante denotar a existência desse tipo de raciocínio para que se possa contrapor a tal forma de pensamento que é extremamente danosa para o próprio sentimento de justiça espelhado pelo Poder Judiciário.

Voltando para o ponto de correlação entre a competência interpessoal e as dinâmicas de relacionamento social, há de se referir à questão dos fatores limitantes do bom relacionamento interpessoal. Objetivamente, há de se falar que dois fatores são elencados como sendo os principais limitadores desse bom relacionamento: a questão do preconceito e a falta de sabedoria na lida pessoal.

A questão do preconceito, por ser algo patente e tão comentado atualmente, é algo que não merece um aprofundamento mais detido. Basta apenas comentar que, por ser uma pré-concepção de alguma coisa, sem que haja o detido esforço em saber algo a mais sobre aquilo, acaba por ser um elemento de repulsa ao desconhecido, ou seja, o preconceito age de maneira repulsiva parecida de como a semelhança entre as pessoas age de maneira atrativa entre elas. Aquilo que parece ser familiar atrai antes mesmo que essa ideia de familiaridade se confirme. Semelhantemente, o preconceito promove o afastamento e a repulsa entre as pessoas antes mesmo que elas tenham a convicção de que a primeira impressão que tiveram sobre determinada pessoa é realmente verdadeira, algo que limita, sobremaneira, as possibilidades de relacionamento interpessoal entre elas.

O segundo fator limitado elencado anteriormente é denominado de falta de sabedoria. Deve-se ter muito cuidado ao se tratar desse tema, isso porque quando se fala falta de sabedoria não se está a se referir à falta de conhecimento e, como se sabe, esses termos são comumente empregados como sendo equivalentes ou sinônimos dentro da história da filosofia ocidental.

Para efeitos de tratamento da falta de sabedoria como fator limitador do relacionamento interpessoal se deve assumir que o conceito de sabedoria e de conhecimento são diversos (ao contrário do que afirmaram alguns filósofos como, por exemplo, Aristóteles, para o qual ambos os conceitos são a expressão máxima

da filosofia). Tomando por base essa diferenciação conceitual entre os termos, tem-se que o conhecimento é tudo aquilo que se faz com as informações, com aquilo que é criado pelo próprio homem. Já a sabedoria consiste no conhecimento aplicado à qualidade de vida das pessoas, ou seja, possui um viés ético mais apurado, quando feita comparação com a definição de conhecimento anteriormente ofertada.

Um exemplo elucidativo dessa diferenciação entre conhecimento e experiência é dado pelo fato que o mesmo *chip* de uma grande sociedade empresária do Vale do Silício nos Estados Unidos da América utilizado para a detonação remota de minas terrestres também é usado no funcionamento de marca-passos, salvando vidas. Tem-se, nesse caso dado, o mesmo produto utilizado com duas finalidades distintas e opostas.

De maneira semelhante, pode-se pensar que todas as previsões feitas anteriormente, que dependeram apenas do conhecimento humano foram alcançadas; no entanto, aquelas que dependeram da sabedoria do homem, não lograram o mesmo êxito. Considerando esse entendimento, Joelmir Beting⁽²⁸⁾ fez uma retrospectiva histórica de quais as previsões de um homem do início do século — em 1900. Dentre elas, se destacavam a paz entre os povos, erradicação do analfabetismo, da miséria, das doenças e da fome em todo o planeta, distribuição equitativa dos frutos da prosperidade e eliminação da inflação e das discriminações internacionais de comércio. Atualmente, pode-se perceber que nenhuma dessas metas iniciais foram alcançadas, e a explicação dada pelo referido economista é que elas não o foram porque dependiam precipuamente da sabedoria, e não apenas do conhecimento técnico do homem.

Também é bastante provável que nessa época ninguém pudesse imaginar que fosse existir um sistema de comunicação tão rápido quanto a *internet* ou a telemática, ou seja,

esses dois meios de comunicação atuais são um reflexo da capacidade criativa do conhecimento humano que para criações meramente técnicas surpreende até os mais otimistas, mas, quando se trata de aplicações concretas de sua sabedoria, tende a falhar enormemente.

Outro exemplo que deve ser trazido à baila diz respeito às maiores causas de morte em todo o globo. A primeira causa de morte é a fome e, ironicamente, a segunda maior causa de morte no mundo é a obesidade. Isso é o que se costuma apontar como paradoxo da pós-modernidade, enquanto se obtém cada vez mais elementos técnicos capazes de expandir os horizontes do ser humano, problemas básicos que persistem durante anos e séculos remanescem sem uma resolução completa por pura falta de sabedoria. Em síntese, há muito conhecimento e pouca sabedoria.

Aplicando-se essas disposições de sabedoria e conhecimento ao relacionamento interpessoal, percebe-se que agir com sabedoria é o meio mais adequado para que não se restrinja as possibilidades de desenvolvimento da dinâmica social, principalmente no trabalho em grupos e equipes. Caso se empenhe em ter um desenvolvimento laboral aplicado à qualidade de vida das pessoas, o crescimento será sempre compartilhado por aqueles que detêm essa mentalidade. Atitude essa que virá a ser também um agente aniquilador do outro fator limitante, o preconceito, que tende a ser extirpado quando a mentalidade dos indivíduos se direcionar para o procedimento calcado na sabedoria.

Esses, portanto, são os fatores limitantes do relacionamento interpessoal. O bom relacionamento é crucial como base para a construção de uma boa argumentação. Por seu turno, uma boa argumentação é formada por duas habilidades básicas: convencer e persuadir.

A habilidade de convencer se traduz em um “vencer” com o outro, no campo das ideias, falando à razão, ou seja, é uma construção coletiva entre os sujeitos em que um termina

(28) BETING, Joelmir. *Na prática a teoria é outra: os fatos e as versões da economia*. São Paulo: IMPRES, 1973. p. 44.

por aceitar a “vitória argumentativa” do outro no momento em que passa a compartilhar da mesma visão apresentada pelo seu “opositor”. Assim sendo, deve-se salientar que todo o convencimento deve se dar, necessariamente, por meio de um instrumental racional, em que o outro é impelido a acreditar no que está sendo dito por argumentos calcados na razão de sua força elucidativa.

Já a habilidade de persuadir consiste em conseguir que o outro faça aquilo que se deseja, falando às emoções das pessoas. Destarte, a persuasão é uma técnica argumentativa que trabalha fortemente com as emoções envolvidas nos discursos dos indivíduos. Assim, contrariamente ao que ocorre com o convencimento, a persuasão não terá enfoque em elementos puramente racionais e, sim, nas possibilidades emotivas colocadas em jogo pelos sujeitos envolvidos na dinâmica social do relacionamento.

Nesse horizonte, não há que se colocar que haja uma prevalência de um ou de outra habilidade dentro do desenvolvimento do relacionamento interpessoal. Ambas as competências são de grande valia para que haja o comprometimento mútuo dos agentes envolvidos em fazer com que o relacionamento entre eles se solidifique e tenha boas repercussões dentro da dinâmica social na qual estão inseridos. Outrossim, tanto a emoção quanto a razão são elementos fulcrais nesse processo de adequação e equilíbrio dos grupos e das equipes de trabalho. Caso não haja a complementação e a ponderação sobre esses dois elementos, o núcleo social estará fadado a não lograr êxito.

4. Considerações finais

Derradeiramente, há de se observar que o escopo maior do presente artigo se focou, precipuamente, em uma grande conexão entre saberes inter-relacionados: a comunicação, a psicologia e o direito. Em termos de aprofundamento, percebeu-se que a aplicação de uma abordagem concretista da psicologia ajuda os

operadores do direito, principalmente os magistrados em suas atividades típicas e atípicas, a saberem lidar e compreender a realidade social a eles subjacente. Os elementos desse ramo psicológico, e também da sociometria, um importante instrumento de manejo da realidade de convivência, ajudam a dar um melhor escrutínio da dinâmica social que o próprio direito é encarregado de tutelar e normatizar.

Nesse passo, é importante levar em consideração nesse breve fechamento conclusivo que a realidade social atualmente imposta é aquilo que comumente se denomina de pós-modernismo, ou seja, um aglomerado de concepções antimetafísicas e pós-positivistas na qual o intérprete e o julgador do direito se encontram imersos. Assim, é nesse ambiente multifacetado, plural e diversificado que o direito se encontra com os elementos comunicativos da psicologia, mais especificamente com as técnicas e as habilidades adstritas ao que se conformou escrutinar de competências interpessoais. São essas técnicas e habilidades que ajudam, principalmente os magistrados, a se relacionarem, de uma maneira mais adequada e satisfatória, principalmente dentro do ambiente jurisdicional, com os mais diversos atores na complexa sistemática processual (entendida aqui em sua acepção mais ampla o possível). Desta feita, há de se observar em conclusão que tais elementos de interessoalidade são a chave para um bom desempenho funcional, o qual se coaduna, plenamente, com as novas exigências comportamentais que são esperadas de tais agentes públicos.

5. Referências bibliográficas

- ABREU. Antônio Suárez. *A arte de argumentar: gerenciando razão e emoção*. 9. ed. Cotia: Ateliê, 2006.
- ARGYRIS, Chris. *On organizational learning*. 2. ed. Malden: Blackwell, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Liquid modernity*. Cambridge: Polity Press, 2000.

- BERNSTEIN, Douglas A. *et al. Psychology*. Boston: Houghton-Mifflin, 1991.
- BETING, Joelmir. *Na prática a teoria é outra: os fatos e as versões da economia*. São Paulo: IMPRES, 1973.
- DILTS, Robert B. *Enfrentando a audiência: recursos de programação neurolinguística para apresentações*. Trad. Heloísa de Melo Martins-Costa. São Paulo: Summus, 1997.
- ERICKSEN, Lauro. *O Mitsein e as perspectivas decisórias da autenticidade segundo a analítica existencial: ponderações ontológicas para além dos limites éticos e políticos do ser-com*. 2012. 176 f. Dissertação (Mestrado) — Curso de Filosofia, Departamento de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012, Cap. 1.
- FONSECA, José. *Psicoterapia da relação: elementos de psicodrama contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Summus, 1999.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.
- KEHL, Maria Rita. *Sobre ética e psicanálise*. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.
- KRAUSZ, Rosa R. *Compartilhando o poder nas organizações*. 2. ed. São Paulo: Nobel, 2005.
- LAPLANCHE, Jean. *The unconscious and the Id*. Trad. Luke Thurston e Lindsay Watson. London: Rebus Press, 1999.
- MANN, Rebecca B. *Comportamentos Conflituosos no Trabalho: como Lidar com Empregados-Problemas e Implantar a Sinergia na Empresa*. Trad. Maria de Fátima Marques. São Paulo: Nobel, 1995.
- MORENO, Jacob Levy. *Psicodrama*. 3. ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 1997.
- MOSCOVICI, Fela. *Equipes dão certo*. Rio de Janeiro: José Olympo, 2002.
- MOURA, Paulo Cavalcanti da Costa. *O benefício das crises*. 2. ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1995.
- NOVAES, Maria Helena. *As gerações e suas lições de vida: aprender em tempo do viver*. São Paulo: Loyola, 2005.
- POLITZER, Georges. *Critique of the foundations of psychology: the psychology of psychoanalysis*. Trad. Maurice Apprey. Pittsburgh: Duquesne University Press, 1994.
- STEFFEN, Regina. *Homens que não amadurecem, mulheres que não envelhecem*. Disponível em: <http://www.acpsicanalise.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=180:homens-que-nao-amadurecem-mulheres-que-nao-envelhecem&catid=43:artigo&Itemid=72> Acesso em: 1º nov. 2010.
- TACHIZAWA, Elio Takeshy; FERREIRA, Victor Claudio Paradela; FORTUNA, Antonio Alfredo de Mello. *Gestão com pessoas: uma abordagem aplicada às estratégias de negócios*. 5. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- VIRGINIA, Barbara. *Seu comportamento: seu sucesso*. São Paulo: Edições Loyola, 1996.



Jurisprudência

**Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**



Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho

Processo: TST-RR-799-82.2010.5.03.0002

ACÓRDÃO

2ª Turma

GMJRP

“RECURSO DE REVISTA DAS RECLAMADAS – MATÉRIAS COMUNS.

1. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO INDIVIDUAL. INEXISTÊNCIA.

A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável ao microsistema de direitos coletivos, inclusive no âmbito trabalhista, não existe litispendência entre Ação Civil Pública e Ação Individual. Precedentes.

Ora, se não há falar em litispendência entre Ação Civil Pública e Ação Individual, a inexistência de coisa julgada torna-se mera decorrência lógica dessa conclusão.

Recursos de revista não conhecidos.”

2. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. ATIVIDADE-FIM DA RECLAMADA TOMADORA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 25, § 1º, DA LEI N. 8.987/95 E DO ART. 94, INCISO II, DA LEI N. 9.472/97 E APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 331, ITENS I E III, DO TST. VÍNCULO DE EMPREGO ENTRE A TOMADORA DE SERVIÇOS E O TRABALHADOR TERCEIRIZADO RECONHECIDO.

1. Discute-se nestes autos a possibilidade de terceirização das atividades de *call center* e a incidência ou não, nesses casos, do item

I da Súmula n. 331 do TST. Embora o entendimento consagrado nesta Súmula tenha sido no sentido de se admitir a licitude da terceirização de forma bem mais ampla e generalizada que a Súmula n. 256 desta Corte que antes tratava da matéria, isso não significou considerá-la lícita em todo e qualquer caso. Levando-se em conta a finalidade da terceirização, que é permitir a concentração dos esforços da empresa tomadora de serviços em suas atividades essenciais por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades, consagrou-se, no item III da citada Súmula n. 331, a autorização para a contratação de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, ou seja, *a contrario sensu*, a terceirização, continuou sendo considerada ilícita, sob pena de formação do vínculo de emprego dos trabalhadores terceirizados com o tomador dos serviços, nos termos de seu item I, toda e qualquer terceirização das atividades-fim das empresas.

2. Esse limite deve também ser observado, por identidade de motivos, nas atividades das empresas concessionárias ou permissionárias dos ramos de energia elétrica e de telecomunicações. Com efeito, a Lei n. 8.987/95, que disciplina a atuação das empresas concessionárias e permissionárias de serviço público em geral, e a Lei n. 9.472/97, que regula as telecomunicações, são normas de Direito Administrativo e, como tais, não foram promulgadas para regular matéria trabalhista, devendo a questão da licitude e dos efeitos da terceirização ser decidida exclusivamente pela Justiça do Trabalho, com base nos princípios e nas

regras que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretar e, eventualmente, aplicá-las, de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e aplicação às normas trabalhistas, que, em nosso País, disciplinam a prestação de trabalho subordinado, em especial os arts. 2º e 3º da CLT.

3. Por via de consequência, não se pode mesmo interpretar o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, de que a autorização por eles dada a empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para contratar, com terceiros, o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço tornaria lícita a terceirização de suas atividades-fim, o que, em última análise, acabaria por permitir que elas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

4. Assim, quando os órgãos fracionários dos Tribunais trabalhistas interpretam preceitos legais como os ora examinados, de forma a não produzir resultados absurdos e incompatíveis com o Direito do Trabalho e mediante a aplicação de outras normas infraconstitucionais existentes no ordenamento jurídico, não estão, em absoluto, infringindo o disposto na Súmula Vinculante n. 10, tampouco violando o art. 97 da Constituição Federal, referente à cláusula de reserva de Plenário, pois não se estará utilizando critérios constitucionais, nem mesmo de forma implícita.

5. Por outro lado, não se pode considerar que a prestação dos serviços de *call center* no âmbito das empresas de telecomunicação caracterize atividade-meio, e não atividade-fim. É que o aumento desses serviços nos últimos anos ocorreu em razão da consolidação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC), a fim de dar efetividade aos princípios

da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, norteadores do direito do consumidor. E, diante da exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial às concessionárias dos serviços de telefonia para possibilitar o necessário desenvolvimento de sua atividade. Isso, porque é por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor solicita serviços de manutenção de sua linha telefônica, nos casos de mau funcionamento, obtém informações acerca dos serviços oferecidos pela empresa e faz reclamações, dentre tantas outras demandas decorrentes do serviço público de telefonia prestado pela concessionária. Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade-fim da concessionária de serviços de telefonia.

6. Esta questão da legalidade ou ilegalidade da terceirização dos serviços de *call center* foi recentemente objeto de decisão da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-1) deste Tribunal Superior do Trabalho, em 28.6.2011, em sua composição completa, no julgamento do Processo E-RR-134640-23.2008.5.03.0010, que teve como relatora a Ministra Maria de Assis Calsing, em que, por expressiva maioria (nove votos a favor e cinco contra), entendeu-se que as empresas de telecomunicações se encontram igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n. 331, itens I e III, e que os serviços das centrais de atendimento — *call center* — se inserem nas atividades-fim da empresa de telefonia, fato esse que impossibilita o reconhecimento da legalidade dessa modalidade de terceirização. Ao assim decidir, a SBDI-1 nada mais fez do que exercer sua função precípua, legal e regimental: dirimir a divergência jurisprudencial entre as Turmas desta Corte, até então existente, sobre a matéria, consagrando a tese a ser observada dali por diante pelos órgãos fracionários deste Tribunal Superior, nos

termos e para os efeitos do art. 894, inciso II, da CLT, do art. 3º, inciso III, alínea “b”, da Lei n. 7.701/88 (ambos na redação que lhes foi dada pela Lei n. 11.496/2006), bem como do art. 71, inciso II, alínea “a”, do Regimento Interno desse Tribunal.

7. É certo que aquela decisão da SBDI-1 foi proferida antes da realização da Audiência Pública ocorrida nos dias 04 e 05 de outubro de 2011 e convocada pela Presidência desse Tribunal, nos termos do art. 35, inciso XXXVI, do seu Regimento Interno, e que implicou a oitiva de quase cinquenta especialistas e integrantes da sociedade civil, com o objetivo de obter subsídios e esclarecimentos acerca das questões fáticas, técnicas, científicas, econômicas e sociais relativas à subcontratação de mão de obra por meio de interposta pessoa. No entanto, os elementos trazidos à consideração dos Ministros do TST, naquela oportunidade, não se mostraram capazes de alterar o já citado entendimento recentemente consagrado pela SBDI-1 do TST, em sua sessão de 28.6.2011, no desempenho de seu papel legal e regimental precípuo. Com efeito, extrai-se do conjunto de manifestações aduzidas na referida Audiência Pública que a alegação, feita pelos defensores da terceirização em geral (e, inclusive, das atividades-fim empresariais), de que, por seu intermédio, é possível atingir-se maior eficiência e produtividade e a geração de mais riqueza e mais empregos, foi amplamente refutada pelos vastos dados estatísticos e sociológicos apresentados por aqueles que sustentaram, ao contrário, que a terceirização das atividades-fim é um fator de precarização do trabalho, caracterizando-se pelos baixos salários dos empregados terceirizados e pela redução indireta do salário dos empregados das empresas tomadoras, pela maior instabilidade no emprego e ausência de estímulo à maior produtividade dos trabalhadores terceirizados, pela divisão e desorganização dos integrantes da categoria

profissional que atua no âmbito das empresas tomadoras, com a consequente pulverização da representação sindical de todos os trabalhadores interessados e, por fim, pelos comprovadamente maiores riscos de acidente de trabalho.

8. Assim, diante da ilicitude da terceirização do serviço de *call center* prestado pela reclamante no âmbito da empresa de telecomunicações reclamada, deve ser reconhecida a existência, por todo o período laborado, de vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, nos exatos moldes do item I da Súmula n. 331 do TST, com a consequente procedência dos pedidos iniciais daí resultantes, como procedido pelo Tribunal Regional.

Recursos de revista não conhecidos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n. TST-RR-799-82.2010.5.03.0002, em que são Recorrentes **TELEMAR NORTE LESTE S.A. e CONTAX S.A.** e é Recorrida **ANA CAROLINA DE MELO PIRES DE OLIVEIRA**.

Adoto o relatório proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

“O egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por meio dos acórdãos de fls. 635/640 e 664/645 (numeração eletrônica), deu provimento ao recurso ordinário da reclamante para reconhecer o vínculo de emprego desta diretamente com a Telemar (tomadora dos serviços).

Inconformadas, as reclamadas interpõem recursos de revista (fls. 799/829 e 880/913 — numeração eletrônica), nos quais requerem a reforma do v. acórdão regional.

Decisão de admissibilidade às fls. 917/919 (numeração eletrônica).

Contrarrazões apresentadas às fls. 921/926. O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos presentes autos.

É o relatório.”

VOTO

Adoto, como razões de decidir, os fundamentos constantes do voto proposto pelo eminente Ministro Relator originário do feito, conforme aprovado em sessão de julgamento, nos seguintes termos:

“ANÁLISE CONJUNTA DOS RECURSOS DE REVISTA DAS RECLAMADAS

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. PRELIMINAR DE COISA JULGADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO INDIVIDUAL. INEXISTÊNCIA.

A egrégia Corte Regional assim decidiu sobre o tema:

“Argúi a 1ª reclamada a aplicação dos efeitos da coisa julgada, em decorrência da Ação Civil Pública que tramitou perante o TRT da 10ª Região, em que restou reconhecida a legalidade da terceirização das atividades finalísticas das empresas de telecomunicações, por força do art. 94 da Lei n. 9.472/97.

O art. 301 do CPC impõe ao réu alegar, antes de discutir o mérito, dentre outras ocorrências, a existência de coisa julgada (inciso VI), conceituando como tal a repetição de ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso (§ 3º), explicitando que uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (§ 2º).

No caso, não há como acolher a preliminar, em face do disposto nos arts. 16 e 21 da Lei n. 7.347/85 e 103, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido

for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

(...)

Art. 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. (Lei n. 7.357/85)

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada:

I – *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I, do parágrafo único, do art. 81;

(...)

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. (Lei n. 8.078/90)

Nesse passo, a coisa julgada que se formou na referida Ação Civil Pública não atinge os direitos individuais da reclamante, que dela não participou, sendo que na sentença proferida reconheceu-se que “a improcedência por precariedade probatória não faz coisa julgada material nem inibe ações individuais” e que “o indeferimento da tutela inibitória não impedirá que situações concretas de abuso, seja pela subcontratação integral das atividades concessionadas, seja pela subordinação direta dos empregados terceirizados à tomadora, possam ser reprimidas por nova ação civil pública ou por reclamações trabalhistas individuais ou plúrimas” (*sic*, fls. 438/439).

Por outro lado, naquela demanda o pedido era de proibição de terceirização das atividades-fim da 2ª reclamada, incluindo a de *call center*, o que não foi acolhido. Já na espécie, a pretensão é de reconhecimento do vínculo empregatício diretamente com ela. Rejeito.” (fls. 775/776)

No recurso de revista, a reclamada Telemar Norte Leste S/A afirma que o Ministério Público do Trabalho teria ajuizado contra ela ação civil pública, para que esta se abstinhasse de contratar, mediante empresa interposta, mão de obra para execução de sua atividade-fim. A referida ação teria sido julgada improcedente e considerada lícita a terceirização das atividades-fins das empresas de telecomunicações, ante a permissão legal existente na Lei Geral de Telecomunicações. Neste contexto, alega que, quanto à terceirização, haveria coisa julgada material. Indica contrariedade da Orientação Jurisprudencial n. 130 da SBDI-1 e violação dos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal; 103 e 104 do CPC; 16 da Lei n. 7.347/85; 18 da Lei n. 4.717/68 e 4º da Lei n. 7.853/89. Transcreve aresto para confronto de teses.

A reclamada CONTAX, por sua vez, traz as mesmas alegações, indicando violação do art. 16 da Lei n. 7.347/85.

Os recursos não alcançam conhecimento.

O exercício das ações coletivas, a fim de tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, não impede que os cotitulares dos interesses promovam ações individuais. Isso porque, nestas, objetiva-se a tutela de interesse pessoal quanto à obtenção de um bem divisível, enquanto o que se busca com a Ação Civil Pública é uma condenação genérica, uma utilidade processual indivisível, em favor dos empregados, em decorrência de ilegalidade praticada. Inteligência dos arts. 103, §§ 1º, 2º, e 3º, e 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa mesma linha, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que não existe litispendência entre Ação Civil Pública e Ação Individual, pois, nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Aplicável ao microsistema de direitos coletivos, inclusive no âmbito trabalhista, o art. 104 do CDC, *in verbis*:

“Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art.

81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

Transcrevo os seguintes precedentes:

“(…)”

4. LITISPENDÊNCIA. Não se reconhece a existência de litispendência entre a Ação Civil Pública e a Ação Individual, nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual as ações coletivas não induzem litispendência para as ações individuais. Recurso de revista não conhecido.” (TST-RR-47300-07.2006.5.15.0033, relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 2ª Turma, DEJT: 19.8.2011)

“(…) LITISPENDÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO INDIVIDUAL. Nos termos do art. 104 da Lei n. 8.078/90, a ação coletiva não induz litispendência para a ação individual. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. (...)” (TST-RR-105600-10.2006.5.15.0114, 6ª Turma, relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 18.2.2011.)

“LITISPENDÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO INDIVIDUAL. Entre ação civil pública e ação individual constata-se a ausência da tríplice identidade preconizada no § 2º do art. 301 do Código de Processo Civil, não havendo se falar em litispendência. Precedentes desta Corte superior. Recurso de revista de que não se conhece.” (TST-RR-156100-23.2002.5.09.0006, 1ª Turma, relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DEJT 11.2.2011.)

“(…) 4. LITISPENDÊNCIA. A ação civil pública não induz litispendência em relação à ação individual. Inteligência do art. 104 da Lei n. 8.078/90. Em consequência, não há que se falar em maltrato aos preceitos legais indicados. (...)” (TST-AIRR-225441-43.2004.5.02.0045, 3ª Turma, relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 4.2.2011.)

“(…) LITISPENDÊNCIA. A jurisprudência desta Corte posiciona-se pela não caracterização de litispendência entre ação civil pública e reclamação trabalhista individual, seja porque não há identidade de partes entre as ações, seja porque o art. 104 da Lei n. 8.078/90, aplicável subsidiariamente ao Processo do Trabalho, dispõe expressamente que as ações coletivas previstas nos incisos I e II e parágrafo único do art. 81 de referido diploma legal não induzem litispendência para as ações individuais. Decisão regional de acordo com jurisprudência do TST. Ofensa ao art. 301, V e § 2º, do CPC e divergência jurisprudencial não caracterizadas. (...)” (TST-RR-116300-49.2005.5.15.0124, 4ª Turma, relator Ministro Fernando Eizo Ono, DEJT 4.2.2011)

“(…) LITISPENDÊNCIA. Trata-se de arguição de litispendência em face de ação civil pública promovida pela Associação dos Funcionários Aposentados do Banco do Estado de São Paulo — AFABESP. A matéria foi decidida em conformidade com a primeira parte do art. 104 da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), segundo o qual — as ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais. Recurso de revista não conhecido. (...)” (TST-RR-183400-41.2006.5.15.0009, 6ª Turma, relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 3.12.2010)

“(…) LITISPENDÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AÇÃO INDIVIDUAL. O entendimento pacífico desta Corte Superior é no sentido de que não há litispendência entre ação civil pública e reclamações trabalhistas individuais, na medida em que não há identidade de partes e porque o art. 104 da Lei n. 8.078/90 estabelece que as ações coletivas, previstas no art. 81, I, II e parágrafo único, da referida lei, não induzem litispendência para as ações individuais. (...)” (TST-AIRR-181740-96.2001.5.01.0002, 7ª Turma, relator Ministro Pedro Paulo Manus, DEJT 19.11.2010.)

Ora, se não há falar em litispendência entre Ação Civil Pública e Ação Individual,

a inexistência de coisa julgada torna-se mera decorrência lógica dessa conclusão.

Incidente, pois, os termos dos arts. 896, § 4º, da CLT e da Súmula n. 333.

Não conheço.”

1.2.2. SERVIÇOS DE CALL CENTER. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. RECLAMANTE QUE TRABALHA NA ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA DE SERVIÇOS. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO.

O Tribunal Regional, por meio do acórdão de págs. 634-638 (numeração eletrônica), deu provimento ao recurso ordinário da reclamante para reformar a sentença e reconhecer a ilicitude da terceirização dos serviços, declarando o vínculo empregatício diretamente com a segunda reclamada — Telemar Norte Leste S.A. — e responsabilizando solidariamente a primeira reclamada — Contax S.A. —, com determinação da retificação da CTPS da autora e retorno dos autos à Vara de origem para análise das demais matérias.

Para tanto, o Colegiado de origem externou a seguinte fundamentação:

“Sustenta a autora na sua inicial que foi contratada pela primeira reclamada, CONTAX S/A, em 3.3.2006, para prestar serviços à segunda reclamada TELEMAR NORTE LESTE S/A, no setor de atendimento *call center*, notadamente como Operadora de Telemarketing, tudo com exclusividade e em proveito desta última.

Pelo que se depreende das defesas, as reclamadas não negam que os serviços prestados pela autora recorrente eram em benefício direto da segunda, TELEMAR, atendendo a seus clientes e ofertando os seus produtos. Ressaltamos que o atendimento a clientes para solução dos problemas relacionados aos produtos oferecidos pela segunda reclamada gira dentro do plexo de atividades imprescindíveis de uma concessionária de serviços de telefonia. De fato, como a TELEMAR

NORTE LESTE S/A explora serviços de telecomunicações, é de tudo razoável que ela mesma os proporcione no mercado, bem assim disponibilize atendimento a seus clientes, mantendo, para tanto, empregado contratado.

Pontue-se que o item II da Súmula n. 31, do c. TST, permite inferir ser possível a terceirização lícita, mas somente nas atividades que explícita, ou seja, conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade meio do tomador, contrariamente sobejando que os serviços especializados ligados à atividade-fim do tomador são insuscetíveis de terceirização lícita, donde se observa que a terceirização possui claros limites, assim como a livre-iniciativa, porquanto sempre condicionada à valorização do trabalho humano, como se depreende da norma constitucional (incisos III e IV do art. 1º e 170).

No presente caso, não se pode afastar que as atividades desempenhadas pela reclamante inseriam na atividade-fim da TELEMAR, pelo que inegável a terceirização ilícita, despiendo o fato de ordens serem passadas à reclamante por empregados da primeira reclamada, não descaracterizando, com isto, o fato da autora exercesse funções ligadas à atividade-fim da segunda reclamada.

Além da robusta prova documental, neste contexto ainda ressalta-se o depoimento da testemunha Rodrigo Teixeira Passos, fls. 115, que trabalhou diretamente com a reclamante: “trabalhou para a 1ª ré, prestando serviços para a segunda, de fev. 06 a nov. 09, inicialmente como consultor, depois supervisor e depois instrutor de treinamento, trabalhou diretamente com a reclamante por 6 ou 7 meses, a partir de fevereiro 06; realizavam o atendimento receptivo de clientes da 2ª ré, no setor de retenção; realizavam a retenção de todos os produtores da 2ª ré, além de vender esses produtos; obedeciam

a um script e no final do atendimento se referiam à 2ª reclamada; haviam empregados da 2ª ré que realizavam monitoria e davam treinamento quando surgiam novos produtos.”

E mais:

“empregados da 2ª ré verificam a qualidade de atendimento dos atendentes; muitas vezes empregados da 2ª ré se dirigiam aos atendentes para esclarecerem acerca de um novo procedimento que deveria ser adotado.”

Nada mais contundente e esclarecedor, visível a subordinação integrativa e estrutural, fato típico e ensejador do contrato de trabalho, ao contrário do que depreendido pela instância inferior, quando apreciou tal prova.

Lado outro, nem se diga que as Leis ns. 9.472/97 e 8.987/95 permitiram a terceirização, até mesmo em atividade-fim das empresas de telecomunicações, porquanto, para efeito trabalhista, a regência normativa é específica. Isso porque o reconhecimento da relação de emprego e da responsabilidade pelos serviços recebidos se encontra dentro do universo normativo trabalhista, sem se esquecer da necessária adequação da normatização infraconstitucional aos ditames da Lei Fundamental, que impõe, como princípios, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, e ainda o tratamento isonômico.

Esclareça-se que a lei retrocitada, desde que interpretada sob o enfoque do sistema jurídico, especialmente sob a ótica da Lei Fundamental, em nada contribui para a tese empresária.

Nunca é demais lembrar que o § 1º, do art. 60, da Lei n. 8.987/95 autoriza as empresas de telecomunicações terceirizar suas atividades-meios, sendo de tudo incontestado que o serviço de *call center*, exercido pela operadora de *telemarketing* é vital e essencial para o funcionamento da segunda reclamada.

Por tudo o que foi visto e examinado, dou provimento ao apelo para reformar a sentença recorrida, acolher o pedido de nulidade contratual entre as reclamadas, que teve como escopo fraudar a legislação trabalhista, para reconhecer a ilicitude da terceirização, declarando o vínculo empregatício diretamente com a segunda reclamada, TELEMAR NORTE LESTE S/A, com responsabilidade solidária da primeira, CONTAX S/A, na forma do art. 942, do CCB/2002, porque também beneficiária dos serviços prestados pela autora e co-partícipe da fraude perpetrada, devendo, como corolário, ser anotado o contrato de trabalho na CTPS da autora pela segunda reclamada, nas condições postuladas, determinando a remessa dos autos à origem para sejam decididas as demais matérias, como se entender de direito, prejudicado o exame relativo aos honorários advocatícios e das preliminares suscitadas em contra-razões pela segunda reclamada...” (págs. 636-638 — numeração eletrônica)

Opostos embargos de declaração, às págs. 643-653, pela primeira reclamada Contax S.A., a Corte *a quo* decidiu negar-lhes provimento, nos seguintes termos:

“O reconhecimento do vínculo empregatício com a tomadora dos serviços, primeira reclamada, não vulnera a Lei geral de telecomunicações (9.472/97), tendo em vista a existência de fraude na contratação, relativa a prestação de serviços em sua atividade-fim, não se constatando a ocorrência de vício sanável pela presente via, dado que no acórdão foram consignados os motivos que levaram ao convencimento do Colegiado, tendo sido atendida a imposição contida no art. 121 do CPC, como fundamentado as fls. 535/536:

‘Pontue-se que o item II da Súmula n. 31, do c. TST, permite inferir ser possível a terceirização lícita, mas somente nas atividades que explicita, ou seja, conservação e limpeza, bem

como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, contrariamente sobejando que os serviços especializados ligados à atividade-fim do tomador são insuscetíveis de terceirização lícita, donde se observa que a terceirização possui claros limites, assim como a livre-iniciativa, porquanto sempre condicionada à valorização do trabalho humano, como se depreende da norma constitucional (incisos III e IV do art. 1º e 170).’

Registre-se que a não incidência do disposto na mencionada Lei n. 9.472/97 não contraria a Súmula Vinculante n. 10 do STF, dado que reconhecida a ilicitude da terceirização em face da fraude praticada pelas réis, tendo sido, inclusive declarada a responsabilidade solidária das reclamadas pelos créditos devidos a reclamante.

Não é de olvidar que a redação do item I, da Súmula n. 331/ITST originou do julgamento do Incidente de Uniformização de Jurisprudência, ocorrido em data anterior a vigência da Súmula Vinculante n. 10, que o próprio STF reconheceu não ter sido ofendida.

No que tange a aplicação das normas coletivas firmadas entre a TELEMARE SINTTEL/MG a matéria foi remetida para julgamento do mérito pela Vara de origem, não sendo aqui abordada.” (pág. 663)

Proferida nova sentença, foram interpostos, novamente, recursos ordinários pelas reclamadas, aos quais aquela Corte negou provimento e convalidou a sentença pela qual foram deferidos à reclamante todos os benefícios garantidos aos funcionários da Telemar Norte Leste S.A., por meio de normas coletivas, em decisão enriquecida pela seguinte ementa (pág. 774):

“EMENTA: TERCEIRIZAÇÃO. Reconhecido o vínculo empregatício diretamente com a tomadora dos serviços, o deferimento de verbas próprias das normas coletivas celebradas entre ela e o sindicato dos trabalhadores constitui mera consequência.”

Na fundamentação do acórdão, o Tribunal Regional consignou o seguinte:

“3. PARCELAS DECORRENTES DO VÍNCULO RECONHECIDO

Logo, reconhecida a ilicitude da terceirização, com reconhecimento do vínculo diretamente com a 2ª reclamada, a obrigação dela de proceder à retificação da CPTS da reclamante constitui mera consequência.

No tocante ao tíquete-refeição e às cestas básicas, as normas coletivas não vinculam o seu fornecimento ao número de horas de trabalho, como se vê, por exemplo, das cláusulas 10ª e 12ª do ACT de 2009/2010 às fls. 39/41, ao passo que o juízo monocrático somente deferiu o pagamento das diferenças (fl. 572), o que implica dedução dos valores recebidos, frisando que não houve condenação ao pagamento de reflexos e que foi autorizado o desconto da participação do empregado.

Quanto às diferenças alusivas à verba PLR, determinou-se a observância dos parâmetros fixados nas normas coletivas, inexistindo prova de que não tenham sido preenchidos os requisitos estabelecidos, muito menos que não tenha havido lucro no período.

Desprovejo.”

Em razões de recurso de revista, a primeira reclamada — Contax S.A. — afirma que as atividades desenvolvidas pela reclamante em *call center* constituem serviços ligados à atividade-meio da tomadora dos serviços — Telemar Norte Leste S.A. — e que é impossível se considerar a subordinação estrutural para invalidar a terceirização levada a efeito e reconhecer o vínculo de emprego diretamente com a tomadora, sob pena de ofensa aos arts. 1º, inciso IV, 5º, inciso II, e 170 da Constituição Federal, 265 do Código Civil, 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95 e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, de contrariedade à Súmula n. 331, III, do TST e à Súmula Vinculante n. 10 do STF e de divergência com os julgados trazidos à colação.

Aduz que, em recente medida cautelar deferida pelo STF, teria sido concedida liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido no RR-6749/2007-633-09-00, no qual foi afastada a aplicação do art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, fundamentada na Súmula n. 331, item III, do TST.

Acrescenta que o Tribunal Regional não poderia ter concedido à reclamante benefícios previstos nos acordos coletivos firmados pela Telemar, uma vez que inerentes apenas aos empregados dessa, pelo que indica divergência jurisprudencial, violação dos arts. 5º, inciso XXXVI, e 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal e 511, 516 e 611 da CLT e contrariedade à Súmula n. 374 do TST.

Requer, assim, o afastamento do vínculo de emprego reconhecido com a tomadora Telemar com o julgamento pela improcedência dos demais pedidos, notadamente os benefícios dos acordos coletivos da Telemar, a retificação da CPTS e a responsabilidade solidária das reclamadas.

A segunda reclamada — Telemar Norte Leste S.A. —, por sua vez, requer a reforma do acórdão regional, sustentando ser lícita a terceirização havida entre as demandadas, seja porque ocorreu em relação à atividade-meio, seja porque, ainda que considerada a atividade terceirizada como atividade-fim, estaria, de toda forma, autorizada pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9472/97).

Assevera que a Lei Geral de Telecomunicações deve ser observada, sob pena de contrariedade à Súmula Vinculante n. 10 do STF, invocando, por conta disso, violação dos arts. 5º, inciso II, 21, inciso XI, 22, inciso IV, e 175 da Constituição Federal, 3º da LICC, 9º da CLT e 94, inciso II, e 117 da Lei n. 9.472/97, além de contrariedade à Súmula n. 331, item III e divergência jurisprudencial.

Requer, assim, a exclusão do vínculo de emprego declarado e, por conseguinte, o indeferimento dos benefícios previstos nas normas coletivas por ela firmadas e da retificação da

CTPS, indicando, para tanto, afronta aos arts. 5º, incisos II e LIV, 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal, 2º, 3º e 41 da CLT e 265 do Código Civil, contrariedade à Súmula n. 374 do TST e divergência jurisprudencial.

Observa-se do acórdão recorrido que o Tribunal Regional consignou que a reclamante foi contratada pela primeira reclamada — CONTAX, empresa interposta, para prestar serviços à segunda reclamada — TELEMAR — na atividade de *call center*, exercendo atividades que se inseriam na área fim da segunda reclamada, a qual explora o ramo de telecomunicações, alertando para a subordinação integrativa e estrutural da reclamante.

Dessa forma, concluiu pela irregularidade da terceirização e, por conseguinte, pela nulidade do contrato de prestação de serviços firmado entre as reclamadas, ao fundamento de que o referido contrato teve como objetivo fraudar a aplicação da legislação trabalhista, com a intermediação de mão de obra em atividades inerentes aos serviços de telecomunicações.

Verifica-se, portanto, que a discussão, no caso, reporta-se à possibilidade de terceirização das atividades de *call center* e à incidência da Súmula n. 331, item I, do TST.

Esse tema é um dos mais importantes casos destes últimos tempos no Tribunal Superior do Trabalho, porque se discutem, realmente, os limites da terceirização em uma atividade cada vez mais frequente e, também, controversa.

É fácil de perceber que, embora do ponto de vista econômico e estrutural as relações de produção capitalistas sejam, em sua essência, as mesmas, tanto nas relações empregatícias tradicionais quanto nas relações de trabalho terceirizado, é exclusivamente o Direito que autoriza (ou não) essa substancial modificação na natureza, no conteúdo e nos efeitos das relações jurídicas mantidas entre os trabalhadores e os tomadores de seus serviços. Repita-se: é apenas o Direito que, excepcionalmente e de modo contrário à natureza das coisas no plano econômico, autoriza o estabelecimento de

uma relação contratual diversa da relação de emprego. E é sob esse aspecto que a questão da terceirização da atividade de *call center* deve ser analisada: essa forma de contratação tem validade jurídica, à luz dos princípios protetivos do trabalho?

O processo de terceirização pode ser definido como a transferência de parte do processo produtivo da empresa principal, que busca uma reestruturação produtiva, para outra empresa que execute atividades com independência administrativa e que opere com capital próprio.

Na terceirização, há uma relação trilateral, que envolve o trabalhador, o prestador de serviços — ou empresa terceirizante — e o tomador de serviços, em contraponto à relação bilateral “clássica”, entre empregado e empregador, nos termos dos arts. 2º e 3º da CLT.

Em razão da crescente disseminação dessa nova forma de relação de trabalho e do ajuizamento de grande quantidade de ações individuais daí decorrentes, esta Corte superior, em meados dos anos 1980, editou a primeira súmula referente ao tema, a Súmula n. 256, que tinha a seguinte redação:

“Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3.1.1974, e 7.102, de 20.6.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.”

O verbete em questão, como se sabe, era muito restritivo, não admitindo a terceirização a não ser em hipóteses estritas previstas em lei, como o trabalho temporário e o trabalho de segurança bancária. Em regra, qualquer atividade de terceirização que não se enquadrasse nessas exceções implicaria, automaticamente, o estabelecimento de uma relação de emprego direta entre o tomador dos serviços e aquele empregado que havia sido trazido ao seu seio por interposta pessoa, a qual teria praticado a repudiada *marchandage*.

Esse tipo de intermediação de mão de obra, conforme preconiza o Código do Trabalho da França, consiste em “toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão de obra que cause prejuízo ao assalariado ou impeça a aplicação dos dispositivos da lei, regulamento, convenção ou acordo coletivo de trabalho” (art. L. 125-1), prevendo, ainda, a proibição de “toda operação com fim lucrativo que tenha por objeto exclusivo a prestação de mão de obra” (art. L. 125-3), exceto o trabalho temporário regulado pela Lei de 1972 e pelo art. L 141-1 do mesmo Código.

A prática em questão também é vedada pelas normas de Direito Internacional do Trabalho, conforme se extrai da Convenção n. 96 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que repudia expressamente a *marchandage* (por ela caracterizada como a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas).

É hoje praticamente consensual que a Súmula n. 331 do TST foi uma evolução necessária do entendimento original desta Corte a respeito dos limites da terceirização no Brasil, consagrado na citada Súmula n. 256 e na falta de legislação específica mais detalhada a respeito, tendo, hoje, a seguinte redação:

“CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. n. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.5.2011.

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 inexistentes 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.”

Vale mencionar que a Súmula n. 331 do TST, quando aprovada, reconheceu que o fenômeno da terceirização havia se ampliado no campo dos fatos e devia ser controlado jurisprudencialmente com outros limites mais amplos, e, em razão disso, foi muito elogiada.

Essa Súmula, porém, consagrou dois limites ou contrapesos essenciais para a admissão da extensão da terceirização a campos de atividade econômica.

O primeiro limite, e o mais importante, foi considerar que essa terceirização só seria admissível nas atividades-meio, e não nas atividades-fim da empresa tomadora dos serviços dos trabalhadores terceirizados. A terceirização somente se justificaria pela possibilidade de fornecimento de mão de obra especializada por interposta pessoa que significasse um ganho de produtividade e de qualidade técnica na prática dessas atividades de apoio ou de auxílio

à atividade essencial de cada empresa. Ao se admitir apenas a terceirização no desenvolvimento das atividades-meio das empresas, estabeleceu-se um limite que se pretendeu fosse absoluto, pela simples constatação de que, se não se limitasse a terceirização apenas às atividades-meio e se fosse esta admitida para as atividades-fim, chegar-se-ia, em seu limite lógico, à possibilidade da existência de uma empresa sem empregados, que desenvolvesse todas as suas atividades apenas por meio de trabalhadores terceirizados. Ou seja, uma empresa que produzisse determinado bem, produziria esse bem sem nenhum empregado próprio e apenas por meio de trabalhadores terceirizados. Dessa forma, seria possível, por exemplo, a existência de um estabelecimento de ensino sem professores dele empregados ou de um empreendimento hospitalar sem médicos ou enfermeiros que não fossem terceirizados.

Esse limite, então, foi colocado como limite lógico e jurídico absoluto. Não se admite terceirização de atividades-fim, a não ser em casos excepcionais, como por exemplo no trabalho temporário, em que a Lei n. 6.019/74 admite essa hipótese, mas limitada às estritas hipóteses previstas em seu art. 2º (para atendimento de necessidade transitória de substituição do pessoal regular e permanente da tomadora dos serviços ou a acréscimo extraordinário de seus serviços) e ao prazo máximo, com relação a um mesmo empregado, de três meses (excepcionalmente prorrogáveis, nos termos do art. 10 da mesma lei).

Já o segundo limite ou contrapartida foi a consagração da responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços pelos débitos trabalhistas da empresa fornecedora de mão de obra, o que não está em discussão nestes autos.

Quanto ao primeiro limite, é nesse sentido, e invocando o próprio espírito e finalidade da Súmula n. 331, que não se pode admitir a interpretação que se tem dado aos arts. 25, § 1º, da Lei n. 8.987/95 (que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços

públicos) e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 (Lei Geral das Telecomunicações), que, literalmente, dispõem ser lícita ou permissível a terceirização das chamadas atividades inerentes, conforme se extrai do seu teor abaixo transcrito, respectivamente:

“Lei n. 8.987/95:

Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido.” (grifei)

“Lei n. 9.472/97:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, a concessionária poderá, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência: I – empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infraestrutura que não lhe pertençam;

II – contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei.” (grifou-se)

A primeira questão crucial, aqui, é estabelecer qual é a melhor interpretação desses preceitos de lei.

Ao se entender que as atividades inerentes correspondem às atividades-fim, alcança-se o mesmo resultado antes apontado, de que seria possível a uma empresa de telecomunicações ou de energia elétrica terceirizar toda e qualquer atividade, chegando ao resultado final absurdo de lhe ser possível ter apenas terceirizados, ou seja, em suas atividades essenciais não houver empregados, uma interpretação jurídica que leva a um resultado lógico e juridicamente descabido, motivo por que essa interpretação literal ou gramatical, deve ser necessariamente afastada.

Nesse sentido, é aqui inteiramente aplicável o entendimento de que as normas legais em tela são de Direito Administrativo, como a Subseção I já reconheceu no caso muito semelhante das empresas de energia elétrica, em que também se discutiu o sentido do mesmo art. 25 da Lei n. 8.987/95, relatado pelo Ministro Vieira de Mello Filho, Redator Designado, tendo sido concluído que essa norma de Direito Administrativo não afasta a incidência, nem pode afastar, em casos como este, das regras de Direito do Trabalho, mais precisamente os arts. 2º e 3º da CLT, que definem as figuras de empregado e de empregador.

Transcreve-se, a ementa do julgado citado:

“RECURSO DE EMBARGOS — AÇÃO CIVIL PÚBLICA — TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM — EMPRESA DO RAMO DE ENERGIA ELÉTRICA — EXEGESE DO ART. 25 DA LEI N. 8.987/95 — INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO — VIOLAÇÃO DO ART. 896 DA CLT. A Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, ostenta natureza administrativa e, como tal, ao tratar, em seu art. 25, da contratação com terceiros de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, não autorizou a terceirização da atividade-fim

das empresas do setor elétrico. Isso porque, esse diploma administrativo não aborda matéria trabalhista, nem seus princípios, conceitos e institutos, cujo plano de eficácia é outro. A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana. Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com princípios e valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. O enunciado da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho guarda perfeita harmonia com princípios e normas constitucionais e trabalhistas e trouxe um marco teórico e jurisprudencial para o fenômeno da terceirização nas relações de trabalho no Brasil, importante para o desenvolvimento social e econômico do País, já que compatibilizou os princípios da valorização do trabalho humano e da livre concorrência e equilibrou a relação entre o capital e o trabalho. Recurso de embargos conhecido e parcialmente provido.” (E-RR - 586341-05.1999.5.18.5555, redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28.5.2009, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 16.10.2009.)

Ademais, a Lei n. 8.987/95, referente às concessionárias e permissionárias de serviço público, e a Lei n. 9.472/97, que regula as telecomunicações em geral, tratam exclusivamente, na verdade, da relação entre as empresas concessionárias ou permissionárias e as agências reguladoras e os consumidores, não tendo, em absoluto, a natureza de normas de Direito do Trabalho, nada dispondo a respeito do tema da terceirização trabalhista, cabendo precipuamente a esta Justiça Especializada a análise da compatibilidade entre essas normas infraconstitucionais de Direito Administrativo e

os princípios que norteiam o Direito do Trabalho, de forma a interpretar e, eventualmente, aplicá-las, de modo a não esvaziar de sentido prático ou a negar vigência e aplicação às normas trabalhistas, que, em nosso País, disciplinam a prestação de trabalho subordinado, terceirizado ou não.

Na esteira desse entendimento, é forçoso concluir que, por força da incidência e da aplicação de outras normas infraconstitucionais (mormente os arts. 2º, 3º e 9º da CLT), não se pode mesmo interpretar o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, de que a autorização por elas dada à empresa concessionária dos serviços de telecomunicações para contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes ao serviço significaria uma autorização para as empresas de telecomunicações terceirizarem suas atividades-fim, entendimento que, levado às suas últimas consequências, acabaria por permitir que as essas desenvolvessem sua atividade empresarial sem ter em seus quadros nenhum empregado, e sim, apenas, trabalhadores terceirizados.

É exemplar, a esse respeito, a densa e erudita fundamentação expendida pelo Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, no precedente da SBDI-1, relativo às empresas do ramo de energia elétrica, sobre a necessidade de não se interpretar o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 (igualmente aplicável às empresas de telecomunicações) como uma norma legal, que tornaria lícita a terceirização das atividades-fim daquelas concessionárias ou permissionárias, a qual que agora se passa a transcrever, por sua total pertinência a este caso:

“Postulado fundamental da Consolidação das Leis do Trabalho é a definição do contrato individual de trabalho. Dos arts. 2º e 3º da CLT emerge um espírito institucional, além de um conceito prévio e básico, que é o conceito de empregado. Foi deliberado o propósito de se reconhecer a correspondência e a equivalência entre a relação de emprego e o contrato de trabalho, para os efeitos da

legislação social, correspondência essa não prevista na escola contratualista italiana, que exige expressa pactuação. Esse elemento distintivo é fundamental. O nosso fundamento do contrato é o acordo tácito, daí porque a relação de emprego constitui ato jurídico suficiente para provocar a incidência das medidas de proteção que se contém no direito do trabalho. Este conceito firmado na Consolidação é tanto mais justo e relevante quanto o é o que se evidencia em face de contratos formalmente nulos ou substancialmente contrários à ordem pública dos preceitos da legislação de proteção ao trabalho, daí a razão de ser do art. 9º consolidado.

A legislação trabalhista protege, substancialmente, um valor: o trabalho humano, prestado em benefício de outrem, de forma não eventual, oneroso e sob subordinação jurídica, apartes à já insuficiente conceituação individualista. E o protege sob o influxo de outro princípio maior, o da dignidade da pessoa humana.

(...)

Não se poderia, assim, dizer que a norma administrativista, preocupada com valores do Direito Administrativo, viesse derogar o eixo fundamental da legislação trabalhista, que é o conceito de empregado e empregador, jungido que está ao conceito de contrato de trabalho, previsto na CLT. Seria a interdisciplinariedade às avessas, pois a norma geral administrativa estaria a rejeitar a norma especial trabalhista e seu instituto fundamental. O instituto que lhe dá feição característica e autonomia científica, pois, no conceito de empregado e empregador, vinculadas as atividades daquele às atividades essenciais e primordiais deste, teríamos uma interposta pessoa, sempre. Não teríamos mais uma relação bilateral, haja vista que para a consecução das atividades primaciais do empregador haveria sempre uma dízima periódica de empregadores, habilitando uma relação trilateral ou plurilateral, em detrimento da legislação social e seus preceitos cogentes.”
(E-RR-586341-05.1999.5.18.5555, redator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 28.5.2009, Subseção I

Especializada em Dissídios Individuais,
Data de Publicação: 16.10.2009 — grifou-se.)

Por outro lado, é preciso mencionar, de modo expresso, que é inteiramente equívocado o entendimento de que uma decisão como esta, ao conferir interpretação diversa da meramente literal ao § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e ao art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 para não admitir a legalidade desse tipo de terceirização das atividades-fim ou inerentes do serviço de telecomunicações, só por isso, vulneraria a Súmula Vinculante n. 10 do STF ou a cláusula de reserva de Plenário prevista no art. 97 da Constituição da República.

Eis o teor da Súmula Vinculante n. 10 do STF:

“VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.”

No entanto, necessário se faz frisar que a interpretação dos preceitos legais anteriormente indicados se dá em sede infraconstitucional, em que se procede ao cotejo dessas normas de Direito Administrativo com as normas de Direito do Trabalho, exatamente como fez recentemente o Supremo Tribunal Federal, quando este, ao julgar a ADC n. 16-DF, proclamou a possibilidade de se responsabilizar o ente público tomador dos serviços de empregados terceirizados quando estiver comprovado que esse agiu com culpa ao não fiscalizar o fornecedor de mão de obra terceirizada quanto ao pleno e oportuno adimplemento de suas obrigações trabalhistas, a despeito do disposto no art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93. Nesse caso, houve, também, a aplicação de outras normas infraconstitucionais, que autorizam essa responsabilização — os arts. 186 e 927 do Código Civil Brasileiro e as demais normas da Lei de Licitações, que também estabelecem a obrigação desse ente público de fiscalizar — sem que se possa concluir que o citado art. 71 tenha

sido implicitamente considerado inconstitucional ou, de qualquer modo, descumprido.

Vale ressaltar, quanto àquele julgamento, que a Corte Suprema salientou, expressamente, que a declaração de constitucionalidade do § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/93 não impede que seja ele interpretado de forma sistemática com outros dispositivos de leis e da Constituição Federal. Ou seja, entendeu o Supremo Tribunal Federal, naquela ocasião, não haver empecilho a que determinado texto legal possa ser interpretado de modo não literal para, sem ser considerado inconstitucional, não ser aplicável a certas situações fáticas ante a incidência simultânea de outras normas do ornamento jurídico — exatamente a situação que ocorre neste caso, em relação aos dispositivos em exame da Lei n. 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, e da Lei n. 9.472/97, que é a Lei Geral de Telecomunicações.

Na esteira desse entendimento, é forçoso concluir que, por aplicação de outras normas infraconstitucionais na interpretação do § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e do art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, mormente os arts. 2º, 3º e 9º da CLT, não há falar em infringência da Súmula Vinculante n. 10 do STF, tampouco em ofensa ao art. 97 da Constituição Federal, referente à cláusula de reserva de Plenário, pois não se está, aqui, utilizando critérios constitucionais, nem mesmo de forma implícita.

Por outro lado, não se pode considerar que a prestação dos serviços de *call center* no âmbito das empresas de telecomunicação caracterizem atividade-meio, e não atividade-fim. Quanto a esses serviços, de acordo com a enciclopédia digital Wikipedia, uma central de atendimento ou *call center* “é composta por estruturas físicas e de pessoal, que têm por objetivo centralizar o recebimento de ligações telefônicas, distribuindo-as automaticamente aos atendentes e possibilitando o atendimento aos usuários finais, realização de pesquisas de mercado por telefone, vendas, retenção e outros serviços por telefone, *Web, Chat* ou *e-mail*”.

O aumento desse serviço nos últimos anos ocorreu em razão da promulgação e da crescente aplicação do Código de Defesa do Consumidor, que levou as empresas a disponibilizarem os Serviços de Atendimento do Consumidor (SAC), a fim de dar efetividade aos princípios da transparência, da confiança e da boa-fé objetiva, norteadores do direito do consumidor.

E, diante da exigência legal de manutenção de uma relação direta entre fornecedor e consumidor, o serviço de *call center* tornou-se essencial nas concessionárias de serviço de telefonia para possibilitar o bom desenvolvimento de sua atividade. É por meio dessa central de atendimento telefônico que o consumidor solicita serviços de manutenção de sua linha telefônica nos casos de seu mau funcionamento, obtém informações acerca dos serviços oferecidos pela empresa e faz reclamações, dentre tantos outros requerimentos decorrentes do serviço público de telefonia prestado pela concessionária. Vale ressaltar que, muitas vezes, o reparo de determinado defeito relatado pelo consumidor é feito por intermédio do próprio atendimento por telefone ou por quaisquer outros meios de comunicação utilizados.

Não é possível, portanto, distinguir ou desvincular a atividade de *call center* da atividade-fim da concessionária de serviços de telefonia, pois a boa prestação desse serviço, assegurada no Código de Defesa de Consumidor, passa, necessariamente, pelo atendimento a seus usuários feito por meio das centrais de atendimento.

Esta questão da legalidade ou ilegalidade da terceirização dos serviços de *call center* foi objeto de exame pela SBDI, em sua composição completa, no Processo E-RR-134640-23.2008.5.03.0010 (ainda pendente de publicação), a qual, após intenso e aprofundado debate e por expressiva maioria (nove votos a favor e cinco contra), entendeu-se que as empresas de telecomunicações se encontram igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n. 331, itens I e III, deste Tribunal e

que os serviços das centrais de atendimento — *call center* — se inserem na atividade-fim da empresa de telefonia, fato esse que, por si só, impossibilita o reconhecimento da licitude dessa modalidade de terceirização.

Transcreve-se, aqui, a ementa do precedente citado:

“RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. CALL CENTER. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N. 9.427/1997. A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n. 8.987/1995 e 94, II, da Lei n. 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades-fins. Dessarte, as referidas empresas encontram-se igualmente sujeitas às diretrizes insertas na Súmula n. 331, I e III, deste Tribunal Superior, que somente considera lícita a terceirização no caso de trabalho temporário, serviços de vigilância, conservação e limpeza e outros especializados, ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistentes a pessoalidade e a subordinação direta. Recurso de Embargos conhecido e provido.” (Processo E-RR 134640-23.2008.5.03.0010; julgado em 28/06/2011; relatora Ministra Maria de Assis Calsing, ainda pendente de publicação.)

Ao assim decidir, a SBDI-1 nada mais fez do que exercer sua função precípua, legal e regimental: dirimir a divergência jurisprudencial entre as Turmas desta Corte, até então existente, sobre o alcance do entendimento consagrado na Súmula n. 331, itens I e III, do TST em relação aos serviços de *call center* prestados no âmbito das empresas de telecomunicações, em cotejo com o § 1º do art. 25 da Lei n. 8.987/95 e com o art. 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97, proclamando a tese predominante a ser observada dali por diante pelos órgãos fracionários deste Tribunal Superior, nos termos e para os efeitos do art. 894, inciso II, da CLT, do art. 3º, inciso III, alínea “b”, da Lei n. 7.701/88

(ambos na redação que lhes foi dada pela Lei n. 11.496/2006), bem como do art. 71, inciso II, alínea “a”, do Regimento Interno desse Tribunal.

É certo que aquela decisão da SBDI-1 foi proferida antes da realização da Audiência Pública, democrática e louvavelmente convocada pelo Presidente desta Corte, Ministro João Oreste Dalazen, e ocorrida nos dias 04 e 05 de outubro de 2011, que consistiu na oitiva de cinquenta especialistas e integrantes da sociedade civil, com o objetivo de obter subsídios, e, nos termos do art. 35, inciso XXXVI, do Regimento Interno deste Tribunal, esclarecimentos acerca das questões fáticas, técnicas, científicas, econômicas e sociais relativas à subcontratação de mão de obra por meio de interposta pessoa.

No entanto, considera-se que os elementos trazidos ao conhecimento dos Ministros do TST, naquela oportunidade, não foram suficientes para alterar o já citado entendimento recentemente consagrado pela SBDI-1 do TST, em sua sessão de 28.6.2011, cujo papel regimental precípua é a uniformização do entendimento jurisprudencial das Turmas desta Corte Superior.

Com efeito, extrai-se dos argumentos mencionados na Audiência Pública que aqueles que defendem a terceirização se baseiam em duas teses principais: a legalidade e a conveniência da terceirização das atividades-fim das empresas tomadoras de serviços e a sua legitimidade, ante a possibilidade de se atingir maior eficiência e produtividade, gerando-se, conseqüentemente, mais riqueza e mais empregos.

Ambas as premissas foram desconstruídas pelos vastos dados estatísticos e sociológicos apresentados por aqueles que entendem que a terceirização da atividade-fim é, necessariamente, um fator de precarização do trabalho.

O professor Dr. Anselmo Luiz dos Santos, do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho do Instituto de Economia da

UNICAMP, foi claro ao afirmar que não há estímulo à produtividade na terceirização, mas sim o contrário, já que a redução do custo do trabalho decorreria, inevitavelmente, da diminuição da proteção legal dos direitos materiais dos trabalhadores terceirizados, e não da elevação do investimento e da inovação tecnológica, tendo sustentado, ainda, que o sucesso competitivo de uma empresa depende mais do ambiente econômico do que da redução do custo do fator trabalho.

Na mesma linha, Clemente Ganz Lucio, Diretor Técnico do DIEESE, defendeu, textualmente, que a produtividade espúria decorrente da adoção do processo de terceirização se dá uma única vez, enquanto a produtividade sistêmica (que considera a eficiência de toda a produção, e não apenas de determinada fase, e depende dos diversos e interdependentes fatores e variáveis que definem e estruturam o processo produtivo) gera processo real de renda e emprego. Destacou, ainda, a dificuldade de enquadramento da atividade da empresa prestadora de serviço a um determinado setor econômico, e, conseqüentemente, de enquadramento sindical do empregado terceirizado, tendo indicado, como forma de enfrentamento do problema, que o enquadramento sindical do trabalhador terceirizado seja o mesmo do empregado da empresa tomadora.

Por outro lado, o Prof. Sávio Machado Cavalcante, representante do Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações — SINTTEL/PI, referiu-se a pesquisas em que se demonstrou a diminuição na contratação direta de empregados e o aumento vertiginoso do número de terceirizações entre os anos de 1994 e 2007 na área de telecomunicações, chegando-se a situações em que, em alguns Estados da federação, somente 25% dos trabalhadores do setor passaram a ser contratados diretamente como seus empregados, pelas empresas concessionárias.

Especificamente quanto aos trabalhadores da área de *call center*, o citado palestrante demonstrou que, dos 400 mil empregados envolvidos

nessa atividade em 2011, somente 203 mil eram empregados diretos das empresas de telecomunicações, sendo os demais terceirizados (o que serve para demonstrar, por outro lado, que a mesma função nessas empresas tem sido desempenhada, simultaneamente, e na mesma empresa tomadora, por seus próprios empregados e por trabalhadores terceirizados).

Diante desses dados, esse professor foi categórico ao afirmar que a terceirização, na realidade, não trouxe nenhuma melhoria na qualidade e no funcionamento dos serviços de telecomunicações. Ao contrário, o número de reclamações dos usuários teve uma enorme elevação, e a insatisfação com os serviços prestados também cresceu exponencialmente.

O professor Sávio destacou, ainda, a pulverização da ação do sindicato profissional e seu consequente enfraquecimento, bem como a diminuição de forma global dos salários pagos no setor, já que os baixos salários pagos aos empregados terceirizados acabaram “contaminando” os salários dos trabalhadores diretos, que também foram reduzidos, não obstante sua maior qualificação.

Vale também relatar, por oportuno, o depoimento do Dr. Anselmo Ernesto Ruosso, representante da Federação Única dos Petroleiros. Utilizando-se, igualmente, de dados estatísticos, o palestrante informou que, em 2010, a Petrobras tinha apenas 61 mil empregados efetivos próprios e mais de 320 mil empregados contratados por meio de empresa interposta, havendo destacado, ainda, ter sido a terceirização a responsável pela ocorrência dos grandes acidentes ocorridos nas plataformas da Petrobras nos últimos anos e a atual interdição de cinco plataformas no norte do Rio de Janeiro, por suas péssimas condições de segurança.

Ressaltou, ainda, que os empregados terceirizados trabalham por anos na mesma unidade da Petrobras, e que a rotatividade não é do trabalhador, mas das empresas intermediadoras de mão de obra, as quais denominou de “gatas”.

Essa rotatividade geraria uma falta de garantia de empregos, pois os empregados terceirizados têm sido reiteradamente coagidos a renunciar o direito às verbas rescisórias que receberiam da empresa anterior, em decorrência de suas dispensas imotivadas, para que pudessem ser contratados pela empresa que assumiria a atividade.

Ao tratar da especialização técnica, o Dr. Anselmo Ruosso expôs que 98% dos contratos de contratação de empresa terceirizada pela Petrobras são feitos pelo menor preço e que apenas 2% são aqueles em que há, efetivamente, necessidade específica de trabalho especializado. Afirmou, ainda, que a Petrobras detém o conhecimento referente à exploração de petróleo, inclusive reconhecido internacionalmente, sendo a terceirização, na sua forma pura, raramente aplicável à atividade essencial da Petrobras.

Quanto às mortes por acidente de trabalho, esse último palestrante demonstrou, por meio de dados apurados desde 1995, que 80% dos empregados que vieram a óbito em decorrência do serviço prestado na Petrobras são terceirizados.

Por fim, o Sr. Flávio Rodrigues, Presidente do Sindicato dos Telefônicos do Rio Grande do Sul — SINTTEL/RS, relatou a ausência de verdadeira independência administrativa das empresas intermediadoras de mão de obra no setor de telecomunicações, já que as operadoras e tomadoras dos serviços dos trabalhadores terceirizados passaram a intervir na sua gestão, tendo controle sobre as contratações, os recolhimentos das parcelas salariais e de tributos, a dispensa dos terceirizados que, de alguma forma, impossibilitam o atingimento de metas, o que, a seu ver, demonstraria que, na prática, a efetiva gestão direta dos trabalhadores terceirizados pelas tomadoras de seus serviços.

Diante desse conjunto de informações, esclarecedor e elucidativo, trazido ao conhecimento de todos na Audiência Pública em que se discutiu a terceirização de mão de obra,

é forçoso concluir ser necessário manter a vedação de terceirização das atividades-fim das empresas, ante a flagrante demonstração de que essa forma de relação trabalhista fere os princípios basilares do Direito do Trabalho.

Aliás, cumpre ressaltar que, conforme noticiado em 27.10.2011, no sítio eletrônico deste Tribunal Superior do Trabalho (<http://ext02.tst.gov.br/pls/no01/NO_NOTICIAS_NOVO.Exibe_Noticia?p_cod_area_noticia=ASCS&p_cod_noticia=13077>), já depois da mencionada Audiência Pública, as Primeira, Terceira e Sexta Turmas do TST continuaram a adotar, no julgamento de vários processos, o já citado entendimento majoritário da SBDI-1 desta Corte, no sentido da ilicitude da terceirização da atividade de *call center* (RR 659-85.2010.5.03.0022, Terceira Turma, rel. Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 26.10.2011, por unanimidade; AIRR-1075-92.2010.5.03.0009, Terceira Turma, relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, julgado em 26.10.2011, por unanimidade; AIRR-1691-64.2010.5.03.0010, Sexta Turma, relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, julgado em 26.10.2011, por maioria; RR-1141-27.2010.5.03.0024, Sexta Turma, relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, julgado em 26.10.2011, por unanimidade); da impossibilidade de terceirização da atividade de eletricitista no setor de energia elétrica (AIRR-33900-98.2009.5.21.0017, Primeira Turma, relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, julgado em 26.10.2011, por unanimidade) e da atividade de reparador e instalador de linhas telefônicas (RR-5400-88.2006.5.01.0015, Sexta Turma, relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, julgado em 26.10.2011, por unanimidade).

Destaca-se, aqui, o fundamento adotado pelo Ministro Alberto Bresciani quanto à ilicitude da terceirização da atividade de *call center* no primeiro dos precedentes citados, de que:

“A atividade de atendimento telefônico prestado aos consumidores está ligada à atividade fim da Oi, sendo vedada a terceirização,

sob pena de se permitir que a empresa do ramo de telecomunicações funcione sem a presença de empregados, mas apenas de prestadores de serviços.”

Nessa mesma linha, o Ministro Augusto César de Carvalho, no precedente anteriormente indicado, em que atuou como Relator, afirmou que, “embora não se pretenda que o direito do trabalho engesse ou paralise a atividade econômica, cabe-lhe por certo estabelecer parâmetros que viabilizam a progressão da economia sem aviltamento da dignidade humana”, acrescentando que “não há dúvida de que as concessionárias de telefonia relacionam-se com os usuários desses serviços por meio dos operadores de *call center*, inexistindo modo mais evidente de conformação ao conceito de atividade-fim que aquele no qual o trabalho se realiza na relação entre fornecedor e cliente”.

Já o Ministro Mauricio Godinho Delgado, por fim, enfrentando a questão da ilicitude da terceirização dos serviços prestados pelo reparador e instalador de linhas telefônicas, registrou que admitir terceirização dos serviços essenciais da empresa concessionária de telefonia “significaria um desajuste em face dos clássicos objetivos tutelares e redistributivos que sempre caracterizaram o Direito do Trabalho ao longo de sua história”.

Permanece íntegro, portanto, um claro limite para a intermediação do trabalho subordinado, com vistas a impedir a precarização e a mercantilização do labor humano e a possibilitar sua valorização e o aumento de sua produtividade: levando-se em conta a finalidade da terceirização, que é permitir a concentração dos esforços da empresa tomadora de serviços em suas atividades essenciais, por meio da contratação da prestação de serviços especializados por terceiros nas suas demais atividades, continua vedada toda e qualquer terceirização das atividades-fim das empresas, critério já adotado por esta Corte superior, nos itens I e III da Súmula n. 331 deste Tribunal, e que também deve ser observado nas atividades das

empresas concessionárias ou permissionárias dos ramos de energia elétrica e de telecomunicações.

Citam-se, ainda, os seguintes precedentes desta Corte no sentido da ilicitude da terceirização da atividade de *call center* no âmbito das concessionárias de telefonia:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA CLARO S.A. — RITO SUMARÍSSIMO — VÍNCULO EMPREGATÍCIO — ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. Extrai-se da decisão recorrida que as atividades desempenhadas pela obreira estão inseridas no contexto empresarial da Claro S.A., não se vislumbrando o exercício de serviços verdadeiramente especializados, ligados à atividade-meio da tomadora, e sim de tarefas inerentes à própria atividade-fim da empresa. Os serviços contratados pela tomadora, por meio de empresa interposta, abrangem a prestação de serviços de ‘*call center*’, cujas operações estão inseridas na atividade-fim desta, motivo pelo qual não se pode ter como lícita a terceirização havida. A decisão do Tribunal Regional coaduna-se com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula n. 331, I, do TST. Incidem à hipótese o art. 896, § 4º, da CLT e a Súmula n. 333 do TST. Agravo de instrumento desprovido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA A & C CENTRO DE CONTATOS S.A. — RITO SUMARÍSSIMO — VÍNCULO EMPREGATÍCIO — ILICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO. A decisão regional, que se coaduna com jurisprudência desta Corte, *in casu*, a Súmula n. 331, I, não comporta reexame por via de recurso de revista, a teor do que dispõe o art. 896, § 4º, da CLT. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR-1058-44.2010.5.03.0110, relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1ª Turma, DEJT de 16.3.2012.)

“RECURSOS DE REVISTA. EMPRESA DE TELEFONIA — TOMADORA DOS SERVIÇOS. FUNÇÃO DE *CALL CENTER*. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. “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).” Inteligência do item I da Súmula n. 331 do TST. Óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula n. 333 do TST. Recursos de revista não conhecidos.” (RR-160500-21.2008.5.03.0044, relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT 30.4.2010.)

“RECURSO DE REVISTA. “*CALL CENTER*”. TERCEIRIZAÇÃO. ILICITUDE. VÍNCULO DE EMPREGO. I. O Tribunal Regional deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pela Reclamante, para declarar ilícita a terceirização operada pelas Reclamadas, declarar o vínculo empregatício com a Recorrente e condenar solidariamente as Reclamadas ao adimplemento dos créditos trabalhistas da Autora. Entendeu que “as atividades desempenhadas pela autora inserem-se na atividade-fim da empresa tomadora, pois, para explorar a atividade de telefonia móvel, essa última está obrigada a colocar à disposição dos usuários serviços de atendimentos (*call center/contact center*)”. II. Com relação ao argumento da Recorrente no sentido de que as empresas de telecomunicações estão autorizadas por lei a terceirizar serviços relacionados à sua atividade-fim, observa-se que tanto o art. 94, II, da Lei n. 9.472/1997, quanto o art. 25 da Lei n. 8.987/95, enunciam genericamente ser permitido à concessionária, observadas as condições e limites estabelecidos pela ANATEL, “contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados”. Não há no acórdão recorrido nenhum registro de que a Anatel tenha autorizado a segunda Reclamada (TIM) a contratar empresa prestadora de serviços para executar tarefas e atribuições típicas de sua atividade-fim, nem de que a contratação da empresa interposta tenha observado as condições e limites estabelecidos pela referida agência reguladora. Assim, o genérico e vago texto dos arts. 94 da Lei n. 9.472/1997 e 25 da Lei n. 8.987/95 não pode ser interpretado como autorização para a irrestrita terceirização.

Ausente tal normatização, há de prevalecer a construção jurisprudencial consagrada na Súmula n. 331, I, desta Corte, no sentido de não se admitir a contratação de trabalhadores por interposta pessoa para a execução de serviços ligados à atividade-fim do tomador. III. A decisão regional foi proferida em conformidade com o entendimento desta Quarta Turma, no sentido de que é ilícita a terceirização operada com o fim de contratar empregados para prestação de serviços em *Call Center* em favor de empresas de telecomunicações, por tais funções configurarem atividade-fim da tomadora. IV. A decisão regional foi proferida em conformidade com o entendimento consagrado na Súmula n. 331, I, do TST, o que inviabiliza o conhecimento do recurso de revista por divergência jurisprudencial, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula n. 333 deste Tribunal. V. Recurso de revista de que não se conhece.” (RR-92100-84.2008.5.03.0001, relator Ministro Fernando Eizo Ono, 4ª Turma, DEJT 8.6.2012.)

“RECURSO DE REVISTA – CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES – *CALL CENTER* – ATIVIDADE-FIM – TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA – EXEGESE DO ART. 94, INCISO II, DA LEI N. 9.472/1997 – INCIDÊNCIA DO ITEM I DA SÚMULA N. 331 DO TST. I – É sabido não haver lei regulamentando a terceirização de serviços, qualificada como instrumento de natureza econômica, engendrado pelas empresas com o declarado objetivo de minimizar custos operacionais, notadamente os custos decorrentes da contratação de mão de obra. II – Exatamente por conta desse vazio legislativo é que esta Corte fora chamada a traçar critérios que pudessem nortear a utilização dessa nova ferramenta, tendo por norte as suas implicações sociais na seara do direito do trabalho, com vistas à preservação da valorização do trabalho humano e à busca do pleno emprego, conforme preconizado no caput e no inciso VIII do art. 170 da Constituição. III – Daí a razão de ter sido editada a Súmula n. 331 do TST cujo item I consagra a regra da ilegalidade da contratação de trabalhadores

por empresa interposta, com as exceções ali elencadas, referentes à Lei n. 6.019/74, ao art. 37, inciso II, da Constituição e à Lei n. 7.112/83, tudo coroado com a admissibilidade da terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviço. IV – Vê-se dessa construção jurisprudencial que, afora aquelas exceções, a licitude da intermediação de serviços acha-se jungida à comprovação de esses não se inserirem na atividade-fim e sim na atividade-meio da empresa tomadora. V – Com essa diretriz, observa-se do inciso II do art. 94 da Lei n. 9.427 não haver disposição expressa regulamentando a admissibilidade de terceirização de serviços integrantes da atividade-fim das empresas de telecomunicações, não se prestando a tanto a ilação que se tem extraído da suposta permissão ali contida de contratar ‘com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados’. VI – É que além de a norma em pauta se distinguir por sua extremada ambiguidade, tal ilação deduzida de mera interpretação gramatical do dispositivo legal não se sustenta a partir da interpretação sistemática em consonância com a norma imperativa do caput e do inciso VIII do art. 170 da Constituição, visto que a pretensa licitude de intermediação de serviço em área fim das empresas de telecomunicações, sem prévia definição em lei, culminaria na desvalorização ou precarização do trabalho humano e no comprometimento da busca do pleno emprego, assim entendida a inserção do trabalhador na empresa para a qual efetivamente prestara serviços. VII – Fixado pelo Regional que a recorrida exercia a função de atendente de *call center*, em que a finalidade precípua é a de dirimir dúvidas e prestar informações aos usuários dos serviços de telecomunicações, sobressai a evidência de se tratar de atividade-fim da empresa de telefonia. VIII – Essa conclusão mais se agiganta com a obrigatoriedade, assinalada no art. 3º, inciso IV, da Lei n. 9.472/1997, de o usuário de serviços de telecomunicações ter direito ‘à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços’,

circunstância reiterada pela Lei n. 8.078/1990, regulamentada pelo Decreto n. 6.523/2008. IX – Desse modo reforça-se a convicção de a decisão do Regional, ao reconhecer o vínculo empregatício diretamente com a Vivo, achar-se, ao fim e ao cabo, em consonância com a primeira parte do item I da Súmula n. 331 do TST, revelando-se, por isso mesmo, impertinente a inexistência de subordinação e pessoalidade do trabalho então executado. X – Recurso conhecido e desprovido. (...)” (RR-127900-21.2006.5.05.0024, relator Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, 4ª Turma, DEJT 11.3.2011)

“(...) RECURSO DE REVISTA DAS RECLAMADAS — CONTAX S.A. E TELEMAR NORTE LESTE S.A. — TEMAS EM COMUM. ANÁLISE CONJUNTA. EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES. SERVIÇO DE *CALL CENTER*. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. ATIVIDADE-FIM. LEI N. 9.472/1997. DECISÃO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DA SÚMULA N. 331, I, DO TST. A interpretação sistemática dos arts. 25 da Lei n. 8.987/1995 e 94, II, da Lei n. 9.472/1997 com os princípios constitucionais que norteiam o Direito do Trabalho não autoriza concluir que o legislador ordinário conferiu às empresas de telecomunicações a possibilidade de terceirização ampla e irrestrita, inclusive quanto às suas atividades-fins. Ademais, esta Corte tem firmado o entendimento de que o vínculo de emprego do empregado que trabalha em serviço de central de atendimento (*‘CALL CENTER’*), junto à empresa de telefonia, faz-se diretamente com a concessionária, por representar fraude na relação de trabalho, já que se trata de atividade-fim, sendo ilícita a terceirização. Tendo o Regional verificado a existência de terceirização de atividade fim da tomadora de serviços, nos termos do disposto no item I da Súmula n. 331/TST, não se conhece do Recurso de Revista, pela aplicação do art. 896, § 4º, da CLT. Precedentes. Não conhecidos. VANTAGENS. RECONHECIMENTO. NORMA COLETIVA. EMPREGADOS DA TOMADORA. PREVISÃO. Na hipótese vertente, não se impõe vantagens previstas em normas

coletivas pertinentes à Telemar Norte Leste S.A. sobre contrato de trabalho entre reclamante e Contax S.A. As diferenças salariais, objeto da condenação em foco, decorrem do reconhecimento de vínculo diretamente com Telemar Norte Leste S/A e, por consequência, a incidência das normas coletivas atinentes ao real empregador da reclamante. Incólumes os dispositivos de lei e da Constituição Federal indicados. Não conhecidos. (...)” (RR-353-49.2010.5.03.0012 relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, DEJT 18.5.2012.)

“AGRAVOS DE INSTRUMENTO DAS RECLAMADAS TELEMAR NORTE LESTE E CONTAX. MATÉRIAS COMUNS. RECURSOS DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. *‘CALL CENTER’* — ATIVIDADE-FIM — TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. CTPS — ANOTAÇÃO. INSTRUMENTO NORMATIVO — VANTAGENS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA — COISA JULGADA. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. Segundo a Súmula n. 331, I/TST, a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo com o tomador dos serviços, salvo nos casos elencados nos incisos I (trabalho temporário) e III (conservação e limpeza, vigilância, atividades-meio do tomador) da referida súmula (desde que não havendo pessoalidade e subordinação direta nos casos do inciso III, acrescente-se). Nesse quadro, a terceirização de atividade-fim — exceto quanto ao trabalho temporário — é vedada pela ordem jurídica, conforme interpretação assentada pela jurisprudência (Súmula n. 331, III), independentemente do segmento econômico empresarial e da área de especialidade profissional do obreiro. Locação de mão de obra em atividade-fim é medida excepcional e transitória, somente possível nos restritos casos de trabalho temporário, sob pena de leitura interpretativa em desconformidade com preceitos e regras constitucionais decisivas, como a dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, além da subordinação da propriedade à sua

função socioambiental. Configurada a irregularidade do contrato de fornecimento de mão de obra, determina a ordem jurídica que se considere desfeito o vínculo laboral com o empregador aparente (entidade terceirizante), formando-se o vínculo trabalhista do obreiro diretamente com o tomador de serviços (empregador oculto ou dissimulado). Enfatize-se que o TST realizou na primeira semana de outubro de 2011 audiência pública sobre o tema, em que se evidenciou o risco social de se franquear a terceirização sem peias, quer em face das perdas econômicas para os trabalhadores terceirizados, quer em face da exacerbação dos malefícios à saúde e segurança no ambiente laborativo, em contraponto às regras e princípios insculpidos na ordem jurídica legal e constitucional. Assim, 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. Agravos de instrumento desprovidos.” (AIRR-889-39.2010.5.03.0019, relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 6ª Turma, DEJT de 9.12.2011.)

Assim, evidenciado que o serviço de *call center* se enquadra na atividade-fim das empresas de telecomunicações e que a sua terceirização, por via de consequência, é inteiramente ilícita, deve ser reconhecido o vínculo de emprego do trabalhador ilicitamente terceirizado com a concessionária de serviços de telefonia tomadora de seus serviços, nos exatos moldes do item I da Súmula n. 331 do TST, com a consequente procedência dos pedidos iniciais daí resultantes, como procedido pelo Tribunal Regional.

Dessa forma, não se divisa ofensa aos arts. 1º, inciso IV, 97 e 170 da Constituição Federal, 2º, 3º e 9º da CLT, 265 do Código Civil, 60, § 1º, e 94, inciso II, da Lei n. 9.472/97 e 25 da Lei n. 8.987/95, tampouco contrariedade à Súmula n. 331, III, do TST e à Súmula Vinculante n. 10 do STF, muito menos divergência jurisprudencial com os arestos servíveis trazidos à

colação, por injunção da Súmula n. 333 do TST e do art. 896, § 4º, da CLT.

Por outro lado, reconhecida, *in casu*, a existência de vínculo de emprego diretamente com a concessionária de serviços de telefonia, Telemar, nos exatos moldes do item I da Súmula n. 331 do TST, não se pode concluir que o Tribunal de origem, ao deferir as vantagens previstas nos acordos coletivos firmados entre a Telemar e o SINTTEL, violou os arts. 7º, inciso XXVI, e 8º, inciso III, da Constituição Federal e 511 e 611 da CLT ou contrariou a Súmula n. 374 do TST.

Por sua vez, a invocação genérica de violação do art. 5º, incisos II, XXXVI e LIV, da Constituição Federal de 1988, em regra, como ocorre neste caso, não é suficiente para autorizar o conhecimento deste recurso com base na previsão da alínea “c” do art. 896 da CLT, na medida em que, para sua constatação, seria necessário concluir, previamente, ter ocorrido ofensa a preceito infraconstitucional.

Verifica-se, por fim, que o Tribunal de origem não dirimiu a controvérsia sob o enfoque dos arts. 21, inciso XI, 22, inciso IV, e 175 da Constituição Federal, 41 e 516 da CLT, 3º da LICC e 117 da Lei n. 9.472/97, nem foi instado a fazê-lo mediante os embargos de declaração opostos pela reclamada Contax S.A., carecendo, portanto, do indispensável questionamento, nos termos dos itens I e II da Súmula n. 297 desta Corte.

Do exposto, não conheço dos recursos de revista.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer dos recursos de revista no tocante ao tema “Preliminar de Coisa Julgada. Ação Civil Pública e Ação Individual. Inexistência”. Por maioria, não conhecer dos recursos de revista quanto ao tema “Serviços de Call Center. Empresas de Telecomunicações. Reclamante que Trabalha na Atividade-fim da Tomadora de Serviços.

Terceirização Ilícita. Vínculo de Emprego Reconhecido”. Vencido o Exmo. Sr. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, relator. Com ressalva de entendimento do Exmo. Sr. Ministro Renato de Lacerda Paiva.

Brasília, 30 de maio de 2012.

Firmado por assinatura digital (Lei n. 11.419/2006)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA

Redator Designado

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região

Processo: RO 0000714-78.2010.5.01.0026

(Recurso Ordinário)

Acórdão 2ª Turma

RECURSO ORDINÁRIO. DANO MORAL. SUBUTILIZAÇÃO DO EMPREGADO. MOTIVAÇÃO PERSECUTÓRIA COMPROVADA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Restou demonstrado que as atividades desenvolvidas pelo autor, embora não encontrassem qualquer vedação legal ou contratual, estavam muito aquém de sua formação e experiência profissional. Registre-se que esse fato por si só não teria o condão de levar ao deferimento do pedido autoral, de indenização por assédio moral, contudo, a hipótese dos autos está caracterizada por diversos outros elementos que acarretam a procedência do pleito do reclamante, especialmente ante a marcante atuação sindical do autor. Desse modo comprovada a conduta discriminatória e persecutória da reclamada em relação ao autor, o que por certo causou-lhe profundo constrangimento, com repercussão na vida privada e na intimidade do empregado, caracterizadores do dano moral. O contexto delineado constitui fator de forte estresse para o empregado, capaz de lhe provocar dor íntima, na medida em que a alteração nas condições de trabalho do autor não se afiguram razoáveis e justificáveis em face da condição do autor. Ao contrário, evidencia-se como um rebaixamento de funções, facilmente identificável pela rotina e condições de trabalho a que o reclamante foi submetido. Assim, mostra-se reprovável a conduta do réu, que submeteu o autor às condições comprovadas nos autos,

causando-lhe evidente constrangimento, humilhação, dor e sofrimento, pela força decorrente do poder diretivo patronal indevida e ilegalmente utilizado, como consequência direta do abusivo comportamento patronal, que ultrapassa o mero aborrecimento da vida cotidiana.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de **Recurso Ordinário** em que são partes: ANTONIO GERSON FERREIRA DE CARVALHO, como recorrente e COMPANHIA DISTRIBUÍDORA DE GÁS DO RIO DE JANEIRO — CEG, como recorrida.

Adoto, na forma regimental, o relatório da Exma. Desembargadora Relatora, *in verbis*:

“Recorre o Reclamante, inconformado com a r. Sentença proferida pelo MM. Juiz Marcelo Segal, da 26ª Vara do Trabalho do Rio de Janeiro, que julgou improcedentes os pedidos (fls.273/281).

Os embargos de declaração opostos pelo autor, a fls. 285/286, foram rejeitados pela decisão de fls. 289.

O presente recurso ordinário teve a subida denegada, por ser deserto, conforme decisão de fls. 292, que foi reformada pela decisão proferida no agravo de instrumento de fls. 330/330-verso.

Pretendendo a reforma do julgado, o reclamante sustenta que trabalhou para a reclamada, de 17 de maio de 1972 até 24 de março de 2008, tendo sido promovido por merecimento, em diversas ocasiões durante os primeiros 30 anos de trabalho, além de exercer diversos cargos na estrutura organizacional da empresa. Aduz que no ano de 1999, foi cedido pela reclamada, para

trabalhar no governo estadual, tendo sido nomeado para o cargo de superintendente de Gás da Secretaria de Estado de Energia da Indústria Naval e do Petróleo. Em 2003, exerceu o cargo de assessor, na mesma Secretaria e que, como ativista sindical, teve atuação intensa na defesa dos interesses dos empregados da reclamada.

Alega que o fim da cessão se deu em 2005, por determinação da empresa, quando começou o assédio moral, pois retornou ao local de trabalho, para exercer funções incompatíveis com seu cargo e profissão, ficando mesmo sem exercer qualquer atividade em seu ambiente de trabalho. Argumenta que a humilhação se caracteriza pela degradação deliberada das condições de trabalho, salientando que no seu caso específico, ficou até isolado no almoxarifado da empresa, tendo acesso restrito à internet, ao contrário de outros colegas engenheiros, que eram tratados com dignidade pela empresa. O recorrente afirma que sofria constrangimentos de forma reiterada, com “agressões pontuais” por parte da empregadora, que sistematicamente, tentava excluí-lo de cursos e treinamentos, bem como de festas de fim de ano e confraternizações. Salienta que foi admitido como engenheiro mecânico, em 1975 e que o Juízo de origem apresentou entendimento equivocado, quando entendeu que após seu retorno à empresa, o reclamante passou a exercer cargo de técnico especialista de vendas industriais. Assim, pleiteia a condenação da reclamada no pagamento de indenização por dano moral.

Contrarrazões a fls. 332/341, arguindo preliminar de não conhecimento do recurso, por deserto.

Deixou-se de dar vista ao Ministério Público do Trabalho, por não se configurar hipótese em que se repute de interesse público a justificar sua intervenção, conforme explicitado pelo Exmo. Procurador-Chefe e Coordenador da COINTER da Procuradoria

Regional do Trabalho/1ª Região, no Anexo ao Ofício PRT/1ª Região n. 171/06-GAB, de 5.5.2006”

É o relatório.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos recursais, conheço os recursos.

2. MÉRITO

DA INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL

Postula o autor indenização por assédio moral sob as seguintes alegações:

(i) de que permaneceu cedido ao Estado do Rio de Janeiro entre 1999 e 2005, tendo sido determinado o seu retorno pela reclamada. Aponta que “o objetivo almejado pelo empregador não era reter e aproveitar em seus quadros sua qualificação profissional como experiente trabalhador tantas vezes promovido por mérito e profundo conhecedor da empresa e do setor de gás brasileiro, mas sim promover seu retorno para afastá-lo de sua especialização, para humilhá-lo e retaliá-lo” (fl. 13);

(ii) de que a atitude da reclamada, de humilhá-lo, consistiria em uma forma de retaliação ante a sua participação no Sindicato dos Engenheiros;

(iii) de que após o retorno do reclamante aos quadros da reclamada passou a ser discriminado, sem exercer atividades compatíveis com seu cargo e profissão, chegando mesmo a ficar sem que lhe oferecessem trabalho;

(iv) de que a reclamada adotou medidas com o fim de prejudicar e segregar o reclamante, tais como: indicando-o para figurar no Tribunal do Júri, transferindo-o de localidade, não o inscrevendo em cursos oferecidos aos empregados, não lhe distribuindo brindes entregues a todos os empregados, como presentes de dia dos pais, páscoa e agenda anual da empresa.

A reclamada, em sua contestação, aponta que o retorno do empregado aos quadros da ré não decorreu de perseguição, mas que *“Após a privatização, todos os cedidos foram requisitados, visto ser injustificado uma empresa privada permanecer pagando os salários a empregados que estão a serviço da Administração Pública”* (fl. 182).

Alega, ainda, que não houve qualquer ato de humilhação quanto às funções exercidas pelo reclamante, esclarecendo que diante da intensa atuação sindical do reclamante *“é descabido imaginar que, após o seu retorno, ele retomaria funções de confiança da direção da empresa”* (fl. 179), apontando, ainda que *“o cargo ocupado pelo reclamante quando do seu retorno, era compatível com a sua formação profissional e capacitação técnica. Permanecia lotado no setor de almoxarifado em sala com ar condicionado, telefone e computador, com as mesmas limitações impostas aos demais empregados”* (fl. 183).

Aduz, por fim, que não indicou o reclamante para o Tribunal do Júri, tampouco houve discriminação quanto à participação em cursos e recebimento de brindes, esclarecendo que *“caso tenha ocorrido um ou outro evento em que o autor não tenha sido relacionado entre os beneficiários, de certo a situação foi remediada sem qualquer prejuízo para o autor”* (fl. 184).

A r. sentença indeferiu o pedido ao argumento de que não restou comprovada, nos autos, qualquer perseguição direcionada ao reclamante, destacando que *“não obstante a brilhante carreira que construiu, com aprimoramento acadêmico e exercício de diversos cargos de confiança, o retorno não obrigaria a empresa a realocá-lo em cargo gerencial ou de comando diferenciado, devendo, isso sim, respeitar minimamente o cargo para o qual foi contratado. E isso, ao que tudo indica, aconteceu”* (fl. 278).

Data venia, assiste razão ao autor.

Registre-se, inicialmente, que a alegação relativa à indicação da empregadora para que

o autor integrasse o Tribunal do Júri, bem como as afirmações referentes à segregação na participação de cursos e recebimento de brindes não restou comprovada.

O reclamante, às fls. 66/91, junta documentos que demonstram que em alguns cursos o seu nome foi omitido na formação das turmas. Trata-se de cópias de *e-mails* direcionados ao próprio autor, bem como questionamentos por ele realizados ao setor de pessoal quanto à omissão do seu nome, questionamentos esses que foram prontamente respondidos e esclarecidos, não restando demonstrada a intenção de segregar o autor. Registre-se que os *e-mails* contendo as listas de funcionários que participariam dos cursos foram enviados diretamente ao autor, não sendo crível que essa seria postura da reclamada caso a omissão do reclamante nas listas tivesse a intenção de segregá-lo.

A ocorrência, ou não, do assédio moral, portanto, cinge-se aos seguintes aspectos: (i) pedido de retorno do autor aos quadros da reclamada; e (ii) funções por ele desempenhadas após o retorno.

Quanto ao pedido de retorno do autor aos quadros da ré, formulado pela reclamada ao Estado do Rio de Janeiro, órgão para o qual o autor foi cedido em 1999, não se verifica qualquer irregularidade no ato em si. No documento de fl. 62 a reclamada afirma que *“neste momento a CEG, empresa privada que presta essenciais serviços à população de nosso estado, não pode mais prescindir da qualidade profissional do referido empregado, e do integral cumprimento de sua jornada de trabalho, ficando, assim, impossibilitada a continuidade de sua cessão”*.

O preposto da reclamada afirmou que *“quando privatizada, a CEG tinha 42 pessoas cedidas ao Estado e, após tal ocorrência, pediu o retorno de todos, pois não estava mais vinculada ao Estado, inclusive o autor”* (fl. 272).

Nesse sentido, o MM. Juízo *a quo* destacou que *“A decisão política de fazer retornar os empregados cedidos precisa ser respeitada, na*

medida em que a ré era a empregadora. Solicitar o retorno de seus empregados não pode ser considerado perseguição, sob pena de subversão aos mais comezinhos princípios e características do empregador, que sabidamente possui o jus variandi, traduzido nos poderes de comandar (hierárquico) e punir (disciplinar)” (fl. 277).

Não há dúvidas de que a reclamada detinha o direito de postular o retorno do autor aos quadros da ré, cumprindo analisar, apenas, se o pedido de término da cessão do reclamante teve alguma motivação que extrapola o regular exercício do *jus variandi*. Isso porque, restou comprovado nos autos que o autor desempenhou intensa atividade sindical, ocasionando embates com a reclamada, conforme confessado na própria contestação, *in verbis*:

“É fato ainda, que o reclamante, durante todo o período em que esteve cedido ao governo do Estado do Rio de Janeiro, foi membro da diretoria do seu Sindicato de classe no período de abril de 2001 a março de 2007, sendo certo que, até dezembro de 2004, dedicou-se exclusivamente a essa atividade.

(...)

Com efeito, a plena atividade sindical do reclamante o colocou em legítima oposição à empresa.” (fl. 179)

A controvérsia, portanto, está em saber se em razão de tais embates a reclamada promoveu atitudes de discriminação em relação ao autor, delegando-lhe funções incompatíveis ou aquém de sua especialização.

Nesse aspecto, *data venia* do entendimento do MM. Juízo *a quo*, a prova oral socorre ao autor. Cumpre destacar, portanto, as afirmações das testemunhas arroladas pelo reclamante:

“que a percepção do depoente era de que a atuação do autor junto ao sindicato gerava desconforto à ré.” (fl. 269)

“que o depoente era o responsável técnico pelo setor de almoxarifado e controle de estoque de material; que o autor era seu subordinado; que não foi dito ao depoente o que o autor

deveria fazer; que, fisicamente, o autor ficou numa sala que foi criada dentro do almoxarifado; que o autor ficava segregado; (...) que o autor não tinha atividade, e sim tarefas que eram feitas por técnicos, inapropriadas em razão da formação do autor; (...) que o autor fazia a verificação visual, de aquecedores para saber se eles estavam aptos a retornar ao estoque ou não; que nem sempre havia serviço e, quando não havia, o depoente não sabe o que o autor fazia; que viu o autor sem tarefas; (...) que o autor fazia o serviço que era feito pelo terceirizado.” (fl. 270)

“que o depoente não sabia exatamente qual a atividade o autor deveria exercer; que, normalmente, recebe tal orientação; que tentou ajustar o conhecimento do autor ao setor; (...) que, num primeiro momento, até conseguir estrutura (o recebimento foi repentino), que demorou um mês, o autor ficou sem atividade; que a atividade não é de engenheiro; que, além do autor, somente o depoente e o gerente eram engenheiros.” (fl. 270)

Quanto às funções desempenhadas pelo reclamante o preposto da reclamada alega desconhecimento em diversos aspectos, conforme se verifica: *“que no retorno, o autor foi locado na área de material; que não sabe a área na qual o autor estava lotado antes da cessão; que a ré tinha terceirizado esse setor e muitos outros; que, após, o autor foi para Niterói, porque a ré estava expandindo suas atividades para lá; que não sabe as atribuições do autor lá; que, após, o autor retornou para São Cristóvão, não sabendo informar as funções.”* (fl. 272)

Assim, restou demonstrado pela prova dos autos, que:

(i) a postura sindical do autor não agradava à reclamada. Registre-se que o acompanhamento da atuação sindical do empregado, pela ré, restou comprovado pelo documento juntado pela própria reclamada à fl. 182 dos autos principais, que consiste em um relatório de todas as atividades desenvolvidas pelo autor, destacando-se o seguinte registro

“Parece estar articulando novo processo judicial através do SENGE-RJ, questionando as condições do encerramento da intervenção no Gasius, inclusive o valor da confissão da dívida”;

(ii) que após o retorno do autor este ficou lotado no almoxarifado, realizando atividades que poderiam ser desempenhadas, inclusive, por trabalhadores terceirizados, conforme declarou o próprio preposto;

(iii) que a atividade do autor no almoxarifado consistia em verificar aquecedores, avaliando se poderiam retornar ao estoque;

(iv) que em muitos momentos o reclamante permaneceu sem funções, não lhe sendo delegadas quaisquer atribuições específicas, tampouco atribuições compatíveis com a sua formação.

Desse modo verifica-se que as atividades desenvolvidas pelo autor, embora não encontrassem qualquer vedação legal ou contratual, estavam muito aquém de sua formação e experiência profissional.

Registre-se que esse fato por si só não teria o condão de levar ao deferimento do pedido autoral, de indenização por assédio moral, contudo, a hipótese dos autos está caracterizada por diversos outros elementos que acarretam a procedência do pleito do reclamante.

Isso porque não se afigura razoável que a reclamada solicitasse o retorno do autor ao Governo do Estado do Rio de Janeiro, alegando que *“não pode mais prescindir da qualidade profissional do referido empregado, e do integral cumprimento de sua jornada de trabalho, ficando, assim, impossibilitada a continuidade de sua cessão”* (fl. 62) para depois lotá-lo no setor de almoxarifado, conferindo aquecedores e avaliando se tais equipamentos poderiam ou não retornar ao estoque. Destaque-se, outrossim, que à época em que foi solicitado o retorno do autor este desempenhava as funções de *“Assessor da Secretaria de Estado de Energia, da Indústria Naval e do Petróleo”* (fl. 65).

Igualmente não razoável mostra-se o pagamento de um salário de aproximadamente sete mil reais (conforme TRCT de fl. 41) para um empregado que, por muitas vezes, permanecia sem desempenhar qualquer atividade no âmbito da ré. Releva notar, ainda, que as atividades desenvolvidas pelo autor eram tão desimportantes que o preposto da reclamada não sabia sequer indicá-las.

Não se pode olvidar, ainda, que a formação profissional do reclamante, *“um dos únicos especialistas em gás do Brasil, tendo feito curso de Aperfeiçoamento Profissional em Redes de Distribuição de Gás, na Companhia Gaz de France, em Nantes, Paris, e se pós-graduado em Políticas Públicas na UFRJ”* (fl. 12), também demonstra a subutilização do autor, ante as tarefas que a ele foram designadas.

Destaque-se que todo esse conjunto ganha relevo pela marcante atuação sindical do autor, especialmente pelo monitoramento de tal atuação por parte da reclamada, nos termos do documento de fl. 182.

Assim, ante todo o conjunto probatório, revela-se comprovada a conduta discriminatória e persecutória da reclamada em relação ao autor, o que por certo causou-lhe profundo constrangimento, com repercussão na vida privada e na intimidade do empregado, caracterizadores do dano moral.

O contexto delineado constitui fator de forte estresse para o empregado, capaz de lhe provocar dor íntima, na medida em que a alteração nas condições de trabalho do autor não se afiguram razoáveis e justificáveis em face da condição do autor. Ao contrário, evidencia-se como um rebaixamento de funções, facilmente identificável pela rotina e condições de trabalho a que o reclamante foi submetido.

É reprovável a conduta do réu, que submeteu o autor às condições comprovadas nos autos, causando-lhe evidente constrangimento, humilhação, dor e sofrimento, pela força decorrente do poder diretivo patronal indevida e ilegalmente utilizadas, como consequência direta do abusivo comportamento patronal,

que ultrapassa o mero aborrecimento da vida cotidiana.

Embora seja o dano moral aquele que atinge os direitos da personalidade, sem valor econômico, caracterizando-se, na relação de emprego, por abusos cometidos pelo empregador com repercussão na vida privada e na intimidade do empregado ofendido, a condenação a indenizá-lo tem, além do intuito compensatório ao ofendido, o caráter pedagógico e preventivo.

A indenização material tem por escopo o restabelecimento do *status quo ante*. No entanto, em se tratando de danos morais entende-se que a reposição da condição anterior é inviável. Assim, o valor da indenização deve buscar duas finalidades precípua: compensar a vítima, trazendo-lhe alguma compensação capaz de reduzir ou amenizar sua dor e impor medida pedagógica ao ofensor, visando à sua conscientização.

Registre-se que o assédio moral consiste na violência psicológica a que é submetido o trabalhador por seu empregador, chefe ou mesmo por um colega de trabalho. Consubstancia-se em atitudes que ferem a autoestima do empregado, inclusive através de métodos que resultem em sobrecarregá-lo de tarefas inúteis, sonegar-lhe informações ou não lhe dar trabalho, deixando-o na inação. O efeito de tal conduta abusiva da reclamada é indenização por dano moral.

Para fixar a extensão do dano deve-se levar em conta duas finalidades: punir o infrator e compensar a vítima, em valor razoável, o suficiente para que se reprima a atitude lesiva, sem que se trate de valor inócuo ou que propicie o enriquecimento sem causa. Para tanto, devem ser levados em conta o porte da reclamada e sua conduta (ânimo de ofender), o salário do empregado, a gravidade e a repercussão do dano, o tempo de contrato de trabalho e o caráter pedagógico da pena infligida ao responsável, diretrizes extraídas do art. 84 da Lei n. 4.117/62 e do art. 53 da Lei n. 5.250/67. Tais parâmetros são indicados por Maurício Godinho Delgado (in Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São

Paulo: LTr, 2003. p. 617), a fim de que se faça um juízo de equidade.

Assim, considerando o porte da empresa envolvida, o salário do autor (R\$ 6.914,13) e o tempo de duração do contrato de trabalho (cerca de trinta e seis anos), tem-se como razoável o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para tanto, não sendo tão alto a ensejar o enriquecimento ilícito, nem tão módico a ponto de esvaziar o escopo do instituto.

Dou provimento parcial ao recurso do autor para deferir a indenização por danos morais, em decorrência do assédio moral, fixando-a em R\$ 100.000,00 (cem mil reais), divergindo da Exma. Desembargadora relatora.

ISTO POSTO,

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em conclusão de julgamento, **por unanimidade**, conhecer do recurso e, no mérito, **por maioria**, dar parcial provimento ao recurso do autor para deferir a indenização por danos morais, em decorrência do assédio moral, fixando-a em R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Juros moratórios, previstos na Lei n. 8.177/91 a partir do ajuizamento da ação e a incidência de correção monetária a partir do acórdão. Custas de R\$ 2.000,00 pela reclamada, calculados sobre o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) arbitrados à condenação. Quanto à natureza da parcela constante da condenação (art. 832, § 3º, da CLT), é de natureza indenizatória, sem incidência de IRPF e sem incidência de contribuição previdenciária (INSS), divergindo da relatora, Desembargadora Aurora de Oliveira Coentro, que improvia o recurso (voto proferido em sessão anterior). A juíza Patricia Pellegrini Baptista da Silva não participou do julgamento, eis que iniciado em sessão anterior. Redigirá o acórdão o Juiz Paulo Marcelo de Miranda Serrano, primeiro voto divergente.

Rio de Janeiro, 08 de junho de 2011.

Juiz do Trabalho Convocado Paulo Marcelo de Miranda Serrano, Redator Designado

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região

- **ACÓRDÃO: EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA INCURÁVEL E DEGENERATIVA — LÚPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO (LES). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA. NULIDADE DO ATO DEMISSIONAL. REINTEGRAÇÃO.** Ao dispensar o empregado portador de doença grave e incurável, não observando as normas de proteção (arts. 60 e 62 da Lei n. 8.213/91 e art. 168 da CLT), comete o empregador despedida abusiva e contrária ao ordenamento jurídico (Preâmbulo da Constituição; arts. 3º, I, IV; 5º, III, *fine*; 6º; 170, VII e VII, da CF), ensejando a nulidade do ato demissional e consequente reintegração ao emprego. Ainda que não esteja a despedida vedada diretamente pelo art. 118 da Lei n. 8.213/91, pois afastado o nexa causal entre a lesão e o trabalho, a despedida, na situação delineada nos autos, implica um exercício abusivo de uma faculdade (art. 187 do CC) que, à primeira vista, seria legalmente admitida. Isso porque o ordenamento jurídico pátrio repudia toda e qualquer forma de discriminação. A despedida discriminatória é vedada pela Lei n. 9.029/95, que proíbe, no seu art. 1º, a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses, de proteção do menor previstas no inciso XXXII do art. 7º da CF. Muito embora a Lei n. 9.029/95 não contemple a garantia de emprego no caso de o empregado estar acometido de doença, a melhor interpretação que reflete a busca pela eficácia e pela efetividade dos valores mais elementares da pessoa humana do trabalhador, em sua dignidade, é a de que o texto legal apresenta um rol exemplificativo, abrangendo situações concretas de infundado tratamento discriminatório, como é o caso de dispensa de portador de doença grave, incurável e degenerativa (LÚPUS) que necessita de tratamento constante. A gravidade da doença acometida é tão relevante que já merece preocupação do legislador que, por intermédio de Projeto de Lei n. 293/09, já aprovado no Senado, inclui o Lúpus entre as moléstias que dispensam o prazo de carência para solicitação do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez. Recurso improvido.

Processo: TRT RO 0000295-17.2011.5.22.0001.
(1ª Turma)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário, n. TRT-RO-0000295-17.2011.5.22.0001, em que é recorrente

HOSPITAL SÃO MARCOS e recorrida TÂNIA MARIA DE PAIVA DIAS.

Trata-se de recurso ordinário interposto em face da sentença (seq. 105) que, considerando abusiva a despedida, por ser a autora portadora de doença grave — LÚPUS ERITEMATOSO

SISTÊMICO (LES), determina a reintegração da mesma ao emprego, com pagamento dos salários vencidos entre o período da demissão e a data da reintegração e os devidos reflexos, bem como os salários vincendos. Condena, ainda, no pagamento de horas extras, à base de 1 (uma) hora por turno de revezamento e devidos reflexos pela supressão do intervalo intrajornada e o pagamento de indenização por danos morais, na base de R\$ 11.240,00 e de danos materiais, estes relativos aos valores gastos com médicos, exames e medicamentos, e tudo o mais relacionado ao tratamento da doença que acomete a recorrida e manifestações daí decorrentes.

Embargos declaratórios julgados improcedentes e, considerados proleatórios, foi aplicada a multa de 1% do valor da condenação ao recorrente (seq. 115).

Em suas razões (seq. 117), pretende o recorrente a reforma da sentença, de sorte que seja desonerado da obrigação de reintegrar a obreira, ao argumento, em síntese, de que a recorrida não possui doença ocupacional e nem percebeu o auxílio-doença acidentário, não tendo, por conseguinte, nenhuma garantia de emprego, nos termos do art. 118 da Lei n. 8.213/91. Sucessivamente, requer seja esclarecido o termo final para a garantia de emprego, por se tratar de doença incurável, pois a ausência de delimitação da garantia poderá lhe causar impactos financeiros de monta. Em sendo mantida a condenação, postula a dedução dos valores pagos no ato da rescisão.

Prosseguindo, insurge-se contra a condenação no pagamento do dano moral e do dano material, ao argumento de que não praticou qualquer ato ilícito. Requer, ainda, a exclusão da condenação no pagamento do intervalo intrajornada (horas extras), alegando que ele foi realizado conforme previsto em norma coletiva. Por fim, busca se desonerar do pagamento da multa de 1% sobre o valor da condenação, alegando que os embargos não foram proleatórios.

Contrarrazões ofertadas (seq. 126), levantando, inicialmente a preliminar de não conhecimento do recurso por estar o apelo em consonância com o ordenamento legal e com a jurisprudência dominante (art. 557 do CPC). No mérito, pugna pela manutenção da sentença.

Relatados.

VOTO

1. CONHECIMENTO

Levanta a recorrida a preliminar de não conhecimento do recurso, ao argumento de que a decisão de primeira instância está em consonância com o ordenamento legal e com a jurisprudência dominante (art. 557 do CPC), sendo o caso de negar seguimento ao recurso em decisão monocrática do Relator.

Não é a hipótese. A própria sentença consigna a circunstância de o ordenamento jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego no caso de o empregado está acometido de doença grave, não impedindo, entretanto, de o julgador aplicar à situação os princípios gerais de Direito, a analogia, os costumes e os princípios constitucionais para solucionar a lide (p. 471), valendo-se da prerrogativa do art. 8º da CLT.

Assim, de plano, numa análise preliminar, não há como aferir se a decisão está ou não em consonância com o ordenamento jurídico e com a jurisprudência dominante, não sendo a hipótese de aplicação do art. 557 do CPC, mesmo porque a questão é complexa e comporta cognição exauriente para a solução. Rejeita-se a preliminar.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade (p. 77, p. 540/541, p. 548), conhece-se do recurso.

2. MÉRITO DO RECURSO

— EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA INCURÁVEL E DEGENERATIVA (LÚPUS ERITEMATOSO SISTÊMICO — LES). DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E

ARBITRÁRIA. NULIDADE DO ATO DEMISSSIONAL. REINTEGRAÇÃO

O cerne da questão consiste em definir se foi abusiva a despedida da empregada, portadora de doença grave, de sorte a fazer jus à reintegração concedida, considerando-se o direito potestativo do empregador de proceder a denúncia vazia do contrato de trabalho.

É incontestável que a recorrida, por ocasião da demissão, estava acometida de Lúpus Eritematoso Sistêmico e de Tenossivite no punho direito, além de ser portadora de Hipotireoidismo (p. 356 e p. 406/411). Também incontestável que o laudo pericial não detecta causa ocupacional da Tenossivite, pois as funções não exigiam tarefas contínuas e repetitivas, assim como não indica que o Lúpus e o Hipotireoidismo sejam doenças relacionadas com a prestação dos serviços (p. 356/357). Por outro lado, o exame demissional indicaria que a autora estaria apta para o desempenho de suas funções (p. 383).

À primeira vista, a questão parece de fácil desfecho, tendendo a respaldar a tese da empresa, no sentido de que a ruptura do contrato de trabalho foi legal, consubstanciada no seu direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho, não sendo devida a reintegração concedida, visto que não demonstrada doença ocupacional/trabalho a ensejar a garantia provisória de emprego, nos termos do art. 118 da Lei n. 8.213/91, além de o exame demissional supostamente indicar a aptidão para o exercício das funções (art. 168 da CLT). Porém, a situação merece melhor aprofundamento e reflexão, nos termos do livre convencimento motivado (art. 131 do CPC), considerando-se os fatos e circunstâncias constantes dos autos que devem ser pormenorizadamente analisados pelo juízo, notadamente a gravidade de uma das doenças que acomete a obreira, ou seja, o LÚPUS.

A testemunha do empregador, na condição de médico do trabalho, que teria sido o responsável pelo exame demissional, informa

que o Lúpus é uma doença incurável e degenerativa que, em grau avançado compromete, a mobilidade dos membros. Esclarece, ainda, que o desenvolvimento da doença pode ter fatores genéticos e ambientais, tais como a exposição à luz ultra-violeta e alguns medicamentos (p. 410).

Por sua vez, o perito esclarece que o Lúpus se trata de uma doença autoimune do tecido conjuntivo, de causa desconhecida, que pode afetar qualquer parte do corpo, acreditando-se que seja necessário o envolvimento simultâneo de fatores genéticos e hormonais estimulados por fatores ambientais (como luz do sol) para o desencadeamento da doença. Esclarece, ainda, que distúrbios psicológicos, como ansiedade, depressão, psicose, mielopatia, convulsão, neuropatias e doenças cerebrovasculares podem estar associadas ao agravamento da doença (p. 355).

No caso da recorrida, o perito foi categórico em afirmar que há, sem sombra de dúvidas, o agravante psicossomático do trauma normalmente desencadeado no processo demissional, pois a sensação de perda do emprego numa paciente já fragilizada pelas doenças metabólicas e osteomusculares das quais é portadora dificultam evidentemente a recuperação, pois todas elas, por si, já apresentam este componente (p. 356).

Em depoimento pessoal, a recorrida alega que por ocasião da demissão não tinha consciência das doenças que lhe acometiam, embora sentisse dores no punho direito e que também não saberia ser portadora de LÚPUS, porém, durante o processo do exame demissional, teriam sido realizados 4 (quatro) exames de sangue, cujos resultados apontariam que suas plaquetas estariam baixas, tendo o médico especialista/reumatologista, da própria empresa, solicitado vários exames que deveriam ser feitos fora do hospital em que presta serviços, tendo o empregador se recusado a fazer os exames prescritos (p. 407/408).

Os atestados médicos (p. 26/28) corroboram a versão autoral de que, de fato, foram

solicitados diversos exames pelo médico especialista, já que os exames de sangue apontavam a baixa nas plaquetas, necessitando o especialista de outros exames para elaboração de parecer a fim de avaliar a aptidão laboral quanto ao exercício da função (p. 27), de sorte que o recorrente pudesse proceder à demissão em curso.

Alega, ainda, a obreira que, inexplicavelmente, no quinto exame, realizado no hospital recorrente, haveria indicação de plaquetas em patamar normal, tendo este último exame sido utilizado para a demissão. Posteriormente à demissão, alega que consultou um endocrinologista, que acompanharia o seu tratamento de Hipotireoidismo, e aquele lhe teria informado que, no seu quadro clínico, as plaquetas não poderiam chegar ao patamar normal, pois já estaria acometida de LÚPUS desde então (p. 407/408).

Do depoimento do médico do trabalho, testemunha do recorrente, e responsável pelo exame demissional, extrai-se a conclusão de que, de fato, a obreira, por ocasião da demissão, encontrava-se acometida de LÚPUS (p. 410). Por outro lado, o relato do médico do trabalho corrobora as alegações da autora, pois confirma que no exame de sangue foi constatada a baixa das plaquetas, tendo a recorrida sido, inicialmente, encaminhada a um hematologista que, posteriormente, a encaminhou a um reumatologista, constatando-se o acometimento da doença que já estava na condição crônica (p. 410).

Não resta dúvida de que o médico da empresa também relata que a doença, por ocasião da demissão, não estaria afetando a capacidade laborativa, porém a afirmação não pode ser levada em conta, não só pelo próprio relato inicial a indicar a gravidade da situação, como, ainda, pela circunstância de os demais exames solicitados não terem sido realizados pelo recorrente. Ora, se especialista diverso, do próprio hospital recorrente, solicitou exames complementares para elaboração de parecer sobre a avaliação da aptidão laboral (art. 168

da CLT), caberia ao recorrente fazê-lo, não havendo demonstração do mister, aplicando-se ao caso a diretriz do art. 129 do CC, segundo o qual se reputa verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento for maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer.

Além disso, constata-se que, mesmo após a ordem de reintegração, a autora ainda não se encontra em condições de trabalhar, tanto é verdade que a Previdência concedeu-lhe auxílio-doença (p. 440/444), circunstância a reforçar a conclusão da incapacidade laboral por ocasião da demissão, mesmo porque para viabilizar a dispensa foram realizados cinco exames de sangue que diagnosticaram baixa de plaquetas, sinal indicativo da manifestação hematológica do quadro clínico da doença acometida (LÚPUS).

É claro que formalmente o exame demissional está presente nos autos (p. 383), porém o seu conteúdo não se coaduna com as demais provas dos autos e não reflete o real estado de saúde da recorrida, sendo inválido para o fim a que se destina (art. 9º da CLT), ou seja, amparar a demissão, pois, de fato, a autora apresentava moléstia naquela ocasião, como confirma o próprio médico da empresa que realizou a avaliação (p. 410), e, nas circunstâncias, não poderia ser dispensada. Isso porque somente o empregado que goza de saúde pode ser dispensado sem justa causa (art. 168 da CLT, c/c o art. 196 da CF). Apresentando moléstia, especialmente doença crônica e incurável, não pode ser dispensado, devendo ser encaminhado para perícia médica junto à previdência social (art. 60, § 4º, da Lei n. 8.213/91), tratamento ou mesmo reabilitação profissional (art. 62 da Lei n. 8.213/91), não tendo o recorrente cuidado em assim proceder, tendo simplesmente dispensado a obreira.

Ao dispensar o empregado portador de doença grave e incurável, não observando as normas de proteção (arts. 60 e 62 da Lei n. 8.213/91 e

art. 168 da CLT), comete o empregador despedida abusiva e contrária ao ordenamento jurídico (Preâmbulo da Constituição; arts. 3º, I, IV; 5º, III, fine; 6º; 170, VII e VII, da CF). Ainda que não esteja a despedida vedada diretamente pelo art. 118 da Lei n. 8.213/91, pois afastado o nexo causal entre a lesão e o trabalho, a despedida, na situação delineada, implica um exercício abusivo de uma faculdade (art. 187 do CC) que, à primeira vista, seria legalmente admitida.

A circunstância de o ordenamento jurídico pátrio não contemplar, especificamente, a garantia provisória no emprego no caso de o empregado estar acometido de doença grave, não impede, entretanto, de o julgador aplicar à situação os princípios gerais de Direito, da analogia, dos costumes e dos princípios constitucionais para solucionar a lide (p. 471), valendo-se da prerrogativa do art. 8º da CLT, como procedeu a sentença.

O ordenamento jurídico pátrio repudia toda e qualquer forma de discriminação. Além disso, a despedida discriminatória é vedada pela Lei n. 9.029/95, que proíbe, no seu art. 1º, a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas, neste caso, as hipóteses, de proteção do menor previstas no inciso XXXII do art. 7º da CF.

Muito embora a Lei n. 9.029/95 não contemple a garantia de emprego no caso de o empregado estar acometido de doença, a melhor interpretação que reflete a busca pela eficácia e pela efetividade dos valores mais elementares da pessoa humana do trabalhador, em sua dignidade, é a de que o texto legal apresenta um rol exemplificativo, abrangendo situações concretas de infundado tratamento discriminatório, como é o caso de doença grave, incurável e degenerativa (Lúpus) que necessita de tratamento constante. A gravidade da doença acometida é tão relevante que já merece preocupação do

legislador que, por intermédio de Projeto de Lei n. 293/09, já aprovado no Senado, inclui o Lúpus entre as moléstias que dispensam o prazo de carência para solicitação do auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez.

De mais a mais, a doutrina destaca que, muito embora a doença do trabalhador não conste em textos legais sobre discriminação do trabalho, a situação é frequente no cotidiano forense, expressando-se, sobretudo, no afã em despedir o obreiro no momento em que a doença não é incapacitante e, assim, não se opera a suspensão do contrato de trabalho (WANDELLI, Leonardo Vieira. *Despedida abusiva: o direito (do trabalho) em busca de uma nova racionalidade*. São Paulo: LTr, p. 393-394).

Por outro lado, a jurisprudência vem afirmando a ineficácia da despedida sem justo motivo de empregado acometido de doença, quando verificado o caráter discriminatório ligado à doença do empregado, a despeito da inexistência de qualquer texto legal referindo a doença como fato suspeito. Nesse sentido, os seguintes precedentes do TST:

RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. DISPENSA ARBITRÁRIA. TRABALHADOR PORTADOR DE ESQUIZOFRENIA. 1. O Sistema jurídico pátrio consagra a despedida sem justa causa como direito potestativo do empregador, o qual, todavia, não é absoluto, encontrando limites, dentre outros, no princípio da não discriminação, assento constitucional. A motivação discriminatória na *voluntas* que precede a dispensa implica a ilicitude desta, pelo abuso que traduz, a viciar o ato, eivando-o de nulidade. 2. A proteção do empregado contra a discriminação, independe de qual seja sua causa, emana dos pilares insculpidos na Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente os arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, *caput* e XLI, e 7º, XXX (...). 4. O exercício do direito potestativo de denúncia vazia do contrato de trabalho sofre limites, igualmente, pelo princípio da proteção da relação de emprego

contra a despedida arbitrária, erigido no art. 7º, I, da Constituição — embora ainda não regulamentado, mas dotado de eficácia normativa — e pelo princípio da função social da propriedade, conforme art. 170, III, da Lei Maior. (...). 6. Nesse quadro, e à luz do art. 8º, *caput*, da CLT, justifica-se hermenêutica ampliativa da Lei n. 9.029/95, cujo conteúdo pretende concretizar o preceito constitucional da não discriminação no tocante ao estabelecimento e continuidade do pacto laboral (...). (Processo: RR-10500-32.2008.5.04.0101. Data de Julgamento: 29.6.2011. Redatora Ministra: Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 5.8.2011.)

(...) NULIDADE DO ATO DEMISSIO-NAL. EMPREGADO ACOMETIDO DE DOENÇA GRAVE — NEOPLASIA NODULAR EPITELIOIDE. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA E ARBITRÁRIA. 1. Não se reconhece ofensa aos arts. 7º, I, da Constituição da República e 10, II, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias em face de decisão por meio da qual se determinou a reintegração no emprego de portador de doença grave — neoplasia nodular epitelioide, porquanto tais normas não outorgam permissão ao empregador para proceder à dispensa discriminatória e arbitrária de empregador portador de doença grave. Ao contrário, o legislador constituinte assegurou a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária. A dispensa imotivada de empregado portador de doença grave autoriza presumir, em tese, seu caráter discriminatório e arbitrário, incumbindo ao empregador produzir provas da existência de outros motivos lícitos para a prática do ato, o que não ocorreu no caso em exame. 2. A circunstância de o sistema jurídico pátrio não contemplar a garantia provisória no emprego em tais hipóteses não impede o julgador de valer-se da prerrogativa consagrada no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho para aplicar à espécie os princípios gerais do Direito, notadamente os princípios constitucionais assecuratórios do direito à vida, ao trabalho, à dignidade da pessoa humana e

à não discriminação, insculpidos nos arts. 1º, III e IV, 3º, IV, 5º, cabeça e XLI, 170 e 193 da Constituição da República, além da previsão contida nos arts. 5º, *caput* e 7º, I, da Lei Magna, que vedam a despedida arbitrária. 3. Entendimento consentâneo com a normativa internacional, especialmente a Convenção n. 111, de 1958, sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (ratificada pelo Brasil em 26.11.1965 e promulgada mediante o Decreto n. 62.150, de 19.1.1968). 4. Frise-se, ademais, que a jurisprudência predominante no âmbito deste Tribunal Superior respalda tal entendimento, ao presumir arbitrária e discriminatória a demissão de empregado portador de moléstia grave (HIV/AIDS). 5. Recurso de revista de que não se conhece. (...) (Processo: RR-119500-97.2002.5.09.0007. Data de Julgamento: 3.8.2011, relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23.3.2012.)

Na hipótese, a recorrida foi dispensada sem justa causa, sendo portadora de doença degenerativa e incurável, com conhecimento do empregador, o que autoriza, no exame do conjunto dos elementos fáticos da causa, a conclusão de prática discriminatória suficiente para invalidar o ato de dispensa, por incidência da regra jurídica contida no art. 1º da Lei n. 9.029/95 e demais dispositivos legais e constitucionais citados que vedam a discriminação, ensejando-se a reintegração no emprego, conforme determinado em sentença.

Sobre a garantia de emprego, nas circunstâncias do caso concreto, não há como delimitar o termo final da estabilidade, como pretende o recorrente. Isso porque, conforme já referido, apresentando o empregado moléstia, especialmente doença crônica e incurável, não pode ser dispensado, devendo ser encaminhado para perícia médica junto à previdência social (art. 60, § 4º, da Lei n. 8.213/91), tratamento ou mesmo reabilitação profissional (art. 62 da Lei n. 8.213/91) e, se for o caso, aposentado por invalidez (Lei n. 8.213/91). Além disso, no curso do tratamento da doença, o contrato de trabalho permanece suspenso (art. 476 da

CLT), sendo inconsistente a alegação de prejuízos financeiros de monta na subsistência da rein-tegração sem um limite previamente fixado.

Ademais, ao tempo em que é resguardado ao empregador o pleno exercício do poder de direção de sua empresa e, assim, na formação de seu corpo de empregados, atribui-se a ele o dever de tutela daqueles que estão sob seu jugo, em respeito ao papel essencial que desempenham para o sucesso da atividade e reconhecimento enquanto parte mais fraca da relação.

Não é por menos que a lei confere ao empregador a obrigação de manter o vínculo, ainda que em caráter suspensivo, do trabalhador acometido de doença pelo período em que se encontra sob a tutela direta do Estado, percebendo benefício previdenciário, independentemente de a enfermidade ser equiparada a acidente de trabalho (CLT, arts. 475 e 476). A partir do momento em que recebe a alta previdenciária, o obreiro tem direito a reavivar seu vínculo, seja por analogia à norma do § 1º do art. 475, que prevê expressamente o direito à função ocupada quando cancelada a aposentadoria por invalidez, seja porque, caso contrário, estaria destituída de sentido a figura da suspensão contratual. Correlativamente impõe-se ao empregador o dever de acolher o empregado recuperado. Nega-se provimento.

Autoriza-se, entretanto, a dedução dos valores pagos a título de parcelas rescisórias (p. 121), já que o ato demissional foi considerado nulo, tendo a obreira sido reintegrada. Sobre a dedução dos valores do seguro-desemprego, falta interesse de agir do recorrente, pois apenas liberou as guias do seguro, cabendo ao órgão próprio, se for o caso, pleitear o ressarcimento.

— INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESPEDIDA ARBITRÁRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA DEGENERATIVA E INCURÁVEL

Insurge-se o recorrente contra a condenação no pagamento de danos moral e material, ao argumento de que não praticou qualquer ato ilícito.

A conduta ilícita é inconteste, configurada na despedida arbitrária, não havendo dúvida acerca do abalo emocional e psicológico de uma profissional acometida de doença grave que vem a perder o emprego justamente no momento em que mais necessitava dele em razão do seu estado de saúde.

Ademais, o perito foi categórico em afirmar que há, sem sombra de dúvidas, o agravante psicossomático do trauma normalmente desencadeado no processo demissional, pois a sensação de perda do emprego numa paciente já fragilizada pelas doenças metabólicas e osteomusculares das quais é portadora dificultam evidentemente a recuperação, pois todas elas, por si, já apresentam este componente (p. 356).

No caso, o dano moral é evidenciado pela simples ocorrência do ato ofensor, no caso, a despedida arbitrária de portador de doença grave. Logo, provada a ocorrência do evento danoso, presume-se a dor moral que decorre da própria natureza humana. É devida, portanto, a indenização por dano moral, que tem a finalidade de compensar ou diminuir o sofrimento da recorrida pela despedida discriminatória, no valor de 10 vezes o seu salário, no importe de R\$ 11.240,00, já que não houve impugnação do montante arbitrado.

Sobre o dano material, restou incontroverso que, diante da dispensa arbitrária, a recorrida teve que arcar com as despesas do tratamento de saúde (p. 30) e ficou desprovida do sistema da Previdência Social, uma vez que o hospital se recusou a viabilizar os exames solicitados pelo reumatologista.

Nessas circunstâncias, correta a sentença ao condenar o recorrente pelos danos materiais daí advindos.

— INTERVALO INTRAJORNADA. REGIME 12 X 36

O recorrente pretende a exclusão da condenação no pagamento do intervalo intrajornada (horas extras), alegando que ele foi realizado

conforme previsto em norma coletiva, além de estar autorizado por agente de inspeção do trabalho para reduzir o intervalo intrajornada para 30 minutos, visto que possuiria instalações adequadas para a realização das refeições dos funcionários. Sucessivamente, requer a limitação do pagamento a 30 minutos diários.

Há discussão acerca da legalidade da jornada de 12 x 36, pois a CLT não prevê a possibilidade de trabalho contínuo por 12 horas, exceto por força maior. A jurisprudência predominante, entretanto, tem aceitado essa compensação de horários, com o fundamento de que o empregado submetido a essa jornada possui um período maior de descanso, já que terá 36 horas para repouso. O TST tem verbete jurisprudencial acatando o regime 12 x 36, consubstanciado na OJ 388 da SDI-1. Portanto, já se reconhece validade a esta modalidade de jornada, porquanto existe intervalo para compensação e diante ainda da autodeterminação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF).

Sendo válida a jornada de 12 x 36 h, entende a jurisprudência majoritária que a adoção daquele regime não afasta o direito do empregado ao descanso para repouso e alimentação. Isso porque o descanso constitui medida de higiene, saúde e segurança no trabalho, infenso, inclusive, à negociação coletiva, salvo a possibilidade de flexibilização do intervalo intrajornada dos cobradores e dos condutores de veículos urbanos, pelas peculiaridades das atividades desenvolvidas (OJ n. 342, II).

No caso concreto, a jornada de 12 x 36 está amparada por negociação coletiva (p. 127/133), sendo válida, não regulando o instrumento coletivo eventual supressão ou redução do intervalo intrajornada, mesmo porque a supressão ou redução, pela corrente majoritária, seria inválida.

Dadas as circunstâncias, compete aferir se, de fato, havia supressão ou redução de intervalo intrajornada e, em havendo, se seria possível amparar a pretensão de desoneração de pagamento, considerando-se a jornada de 12 x 36. Em depoimento, a autora nada diz a respeito

do intervalo intrajornada, assim como sua testemunha (p. 406/407). Por sua vez, a testemunha da empresa informa que, no regime de 12 x 36, a despeito da inexistência de intervalo, havia liberação para lanches rápidos (p. 412).

Por outro lado, há exceção prevista em lei (art. 73, § 3º, da CLT) para reduzir o intervalo, sendo necessários 3 (três) requisitos, ou seja, que o estabelecimento atenda integralmente às exigências acerca de refeitórios, que os empregados não estejam prestando horas extraordinárias e que exista prévia autorização do Ministério do Trabalho e Emprego (Superintendência Regional do Trabalho).

Por intermédio da Portaria n. 1.095/2010, o MTE regulamentou a redução do intervalo prevista no art. 71, § 3º, da CLT. De acordo com essa portaria, além dos requisitos anteriormente apontados, há necessidade de negociação coletiva que especifique o período de intervalo intrajornada, que não pode ser inferior a 30 minutos. A autorização do Superintendente Regional do Trabalho terá duração máxima de dois anos. E, por fim, fica vedada a supressão, diluição ou indenização do intervalo intrajornada.

Na hipótese, a negociação coletiva prevê a jornada diferenciada (12 x 36 h) (p. 127/133), havendo, ainda, autorização do Ministério do Trabalho para a redução do horário para repouso ou refeição dos empregados, até o limite de 30 minutos, de acordo com o art. 71 da CLT, já que as instalações físicas da cozinha e do refeitório atendem satisfatoriamente aos requisitos de higiene, limpeza e iluminação (p. 487/488).

Por outro lado, o documento de p. 543/545, a despeito de ter sido juntado somente em fase recursal, deve ser conhecido, por se tratar de norma de ordem pública (segurança e medicina do trabalho). Este se refere a arquivamento de inquérito civil do MPT, dando conta da ausência de comprovação do descumprimento de intervalo intrajornada pelo hospital. É certo, no entanto, que a testemunha da empresa relata a inexistência do intervalo, na jornada de 12

x 36, porém relata a existência de liberação para lanches (p. 412), levando-se à conclusão que havia, de fato, concessão de intervalo, ainda que reduzido, para o descanso, conforme autorizado pelo MTE.

A adoção de regime diferenciado de jornada (12 x 36) não afasta, por si, o direito do empregado ao descanso para repouso e alimentação, já que o descanso constitui medida de higiene, saúde e segurança no trabalho, com evidentes reflexos na redução das doenças e dos acidentes de trabalho, notadamente quando o empregado, no caso da autora, labora em ambiente insalubre, cujas tarefas exigem apuro e vigilância constante, pois eventual conduta errada para lavagem e/ou esterilização de materiais cirúrgicos poderá acarretar sérias consequências à saúde dos pacientes do hospital.

Esse é o entendimento predominante na jurisprudência, exemplificado no seguinte precedente:

RECURSO DE REVISTA — INTERVALO INTRAJORNADA — JORNADA 12 X 36 — VIGILANTE. É obrigatória a concessão do intervalo intrajornada de uma hora para repouso e alimentação para aqueles trabalhadores cuja jornada seja superior a seis horas, o que alcança inclusive os empregados que trabalham em jornada de 12 x 36, conforme iterativa jurisprudência da Subseção 1 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista não conhecido. (RR-327500-75.2004.5.12.0031, relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 5.5.2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 14.5.2010.)

No caso concreto, entretanto, resta provada a existência de situação excepcional para redução do intervalo, já que o estabelecimento atende às exigências acerca de refeitórios e existe prévia autorização do Ministério do Trabalho e Emprego (Superintendência Regional do Trabalho) para a redução do descanso, sendo que, pelo depoimento testemunhal, conclui-se que havia descanso, ainda que suprimido, para a refeição (p. 412).

Assim, exclui-se da condenação as horas extras decorrentes da supressão/redução do intervalo intrajornada.

— EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NATUREZA PROTETATÓRIA NÃO CONFIGURADA. MULTA INDEVIDA. EXCLUSÃO

Pretende o recorrente se desonerar do pagamento da multa de 1% aplicada sobre o valor da condenação, alegando que os embargos não foram prolatórios.

De fato, não se verifica o intuito meramente protetatório na oposição dos embargos de declaração, uma vez que o recorrente pretendia apenas esclarecer omissão referente às deduções das parcelas rescisórias, tendo em vista a nulidade do ato demissional proclamado, omissão quanto ao termo final da reintegração, dentre outros esclarecimentos (p. 475/485), estando as hipóteses contempladas no recurso utilizado, tendo apenas se valido do meio próprio para esclarecer a decisão.

Assim, deve ser excluída da condenação a multa de 1% aplicada com base no art. 538, parágrafo único, do CPC.

ISTO POSTO

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário, rejeitar a preliminar de não conhecimento, suscitada em contrarrazões e, no mérito, dar-lhe parcial provimento para excluir da condenação as horas extras decorrentes da supressão/redução do intervalo intrajornada e a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, autorizando-se a dedução dos valores pagos a título de parcelas rescisórias. Arbitra-se a condenação em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

Teresina, 7 de maio de 2012.

Desembargador ARNALDO BOSON PAES,
(Relator)



Sentença



1ª Vara do Trabalho de Criciúma-SC

RITO ORDINÁRIO

PROCESSO: 02200-2009-003-12-00-7

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO ajuizou Ação Civil Pública, com pedido liminar de antecipação dos efeitos da tutela, em face de EDSON DO NASCIMENTO, ANTONIO CARLOS ALVES, SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE EXTRAÇÃO DO CARVÃO DE RIO MAINA, SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DO CARVÃO DE FORQUILHINHA e contra a CARBONÍFERA CRICIÚMA S/A., partes qualificadas, e sob os fundamentos da inicial, formulou os pedidos das fls. 37/40. Atribuiu à causa o valor de R\$ 750.000,00.

Em síntese, o Ministério Público alega que pelo ofício expedido pelo Juízo da 4ª Vara do Trabalho deste Município, em 14 de janeiro de 2008, instruído com cópias de termos de audiência e sentença extraídos dos autos do processo 3407-2007-005-12-00-6, foi noticiada a prática de atos violadores da liberdade de organização e representação sindical, especificamente no que se refere ao financiamento de campanhas políticas de dirigentes sindicais pela empresa Carbonífera Criciúma, fatos que ensejaram a instauração do Inquérito Civil 00196.2008.12.002/5-37, em cuja base procedimental corroboraram-se os fatos declarados em juízo, bem como foi possível comprovar outras violações ao direito fundamental de organização e representação coletiva obreira, mediante práticas de atos antissindicais. Em decorrência, e por afrontar ao princípio da unicidade sindical, prevista no art. 8º, inciso II, da Constituição Federal, requer o MPT a

dissolução do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, e a suspensão parcial das atividades do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Forquilha, a decretação de perda do mandato do presidente e da convocação de assembleia geral extraordinária para deliberação sobre a realização de novas eleições no segundo sindicato, a inelegibilidade dos requeridos Edson do Nascimento e Antônio Carlos Alves para o exercício de mandato sindical, cargo deliberativo ou outra função de representação profissional, a condenação da Carbonífera Criciúma no pagamento do piso salarial e diferenças salariais decorrentes, retroativas ao dia 1º de janeiro de 2009, e a condenação dos requeridos ao pagamento de indenização por danos morais coletivos.

Em sede de tutela antecipada, requer ainda o Ministério Público seja determinado ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, que se abstenha de praticar qualquer ato de representação da categoria profissional dos mineiros que prestam serviços na base territorial do Município de Forquilha com fundamento do princípio da unidade sindical e no seu desvio de finalidade; que a entidade sindical proceda a convocação de assembleia dos associados para que tomem ciência dos fatos articulados na presente ação; que seja suspenso, até o trânsito em julgado ou eleição de outro dirigente sindical, o exercício das competências atribuídas ao seu atual Diretor Presidente, Sr. Edson do Nascimento. Da mesma forma, requer em relação ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Forquilha, acrescentando pedido no sentido de que seja determinado aos

requeridos Edson do Nascimento e Antônio Carlos Alves, que se abstenham de participar em processos eleitorais no âmbito sindical até o trânsito em julgado da decisão, e que a Carbonífera Criciúma abstenha-se de praticar atos de ingerência e restrição da liberdade sindical da categoria profissional, tudo sob pena de pagamento de multa.

Juntou documentos.

Mediante a decisão de fl. 250, foi indeferido pelo Juízo o pedido de antecipação de tutela, com determinação à Secretaria, para que o feito fosse incluído em pauta.

Na audiência inicial, foram apresentadas as defesas dos requeridos, renovando, o Ministério Público do Trabalho, os pedidos de antecipação dos efeitos da tutela, na forma consignada na ata de fls. 264/265.

Na contestação conjunta do requerido Edson do Nascimento e do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão de Rio Maina, juntada às fls. 272/291, com documentos, alegam que são falaciosas as alegações iniciais de que o sindicato não vem atuando na busca de interesses da categoria profissional. No entanto, admitem que o Sindicato de Rio Maina, criado em 1962, é o único sindicato distrital do Brasil, e que sua representação, *pode ser até considerada ilegítima em razão da perda da sua base territorial atualmente, mas suas lutas, vitórias e conquistas não podem ser esquecidas e apagadas por qualquer um*. Informam ainda, à fl. 276, que *não há dentro da cidade de Criciúma nenhuma empresa com atividade de mineração (apenas seus escritórios administrativos)* e, mais adiante, à fl. 283, concordam que com a estruturação do Sindicato de Forquilha, o Sindicato de Rio Maina perdeu sua motivação, tanto que *é uma tendência natural, a sua dissolução que, data venia, pode ser contemplado com o pleito exordial*. Alegam ainda, que apesar do 1º requerido jamais ter negado recebimento de doações da Carbonífera para suas campanhas políticas, impugnam as afirmações de que tais vantagens

recebidas são ilícitas. No mais, contestam e impugnam as pretensões formuladas na inicial, requerendo ao final, que seja julgada totalmente improcedente a presente ação.

Por sua vez, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão de Forquilha e o requerido Antônio Carlos Alves, apresentaram a contestação de fls. 331/344, acompanhada de documentos, onde informam que até o ano de 1989 os mineiros com atividades em empresas localizadas no então Distrito de Forquilha eram representados pelo Sindicato dos Mineiros de Rio Maina, sediado em Criciúma, mas, devido a questões de ordem constitucional, houve a necessidade de criação de um sindicato que abrangesse a base territorial no então criado Município de Forquilha. Assim, ainda em 1989, o Sr. Olívio de Mello, pessoa estranha à categoria dos mineiros, criou o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração de Carvão de Forquilha, e que no ano de 2000, por iniciativa dos próprios trabalhadores, finalmente foi regularizada a situação jurídica do sindicato, quando foi eleito pelo voto direto, para o cargo de presidente, o requerido Antônio Carlos Alves. No mais, impugnam os fatos alegados na inicial e, ao final, também requerem a improcedência da ação.

Já a Carbonífera Criciúma S/A., apresentou a contestação de fls. 363/382, também com documentos, mediante a qual alega que o Representante do Ministério Público do Trabalho usa do processo de forma maquiavelicamente arquitetada com o intuito eminentemente politiquero e fim explícito de causar dano à imagem do 1º requerido. No entanto, também concorda que o Sindicato dos Trabalhadores da Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina vem perdendo, aos poucos, sua função institucional (fl. 365). E no item 51 da sua contestação, repete exatamente parte do texto da defesa do referido sindicato, quando na fl. 283 daquela contestação, fala que, a princípio, *não se pode deixar de reiterar que o Sindicato*

do Rio Maina, de fato, acaba por perder sua motivação no momento em que estruturado o Sindicato de Forquilha. Assim é que, essa é uma tendência natural, a sua dissolução, o que, 'data venia', pode ser contemplado com o pleito exordial. Alega ainda, que não há nos autos prova de práticas antissindicais, e que os sindicatos são árduos defensores dos direitos da categoria profissional que representam, razões pelas quais pugna pela improcedência da ação.

Mediante a decisão de fls. 472/473, novamente o pedido de antecipação da tutela restou indeferido pelo Juízo.

Com a petição de fl. 475, são acostados mais documentos aos autos pela Carbonífera Criciúma S/A., e com a petição de fl. 604, pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão de Forquilha, conforme autorizado em audiência e consignado na ata de fls. 264/265.

Às fls. 632/644 é juntada a manifestação do Ministério Público do Trabalho sobre as respostas dos requeridos e sobre os documentos juntados aos autos, sustentando ausência de interesse processual da empresa Carbonífera Criciúma para contestar pedidos formulados contra os sindicatos e seus dirigentes, bem como a ausência de interesse das entidades sindicais para contestar o pedido de equiparação salarial formulado em face da referida empresa. Requer, ainda, seja declarada lícita e legítima a prova documental juntada com a inicial, indeferindo-se o pedido de desentranhamento formulado pelo polo passivo, e que seja reconhecida a confissão, face a inexistência de impugnação específica, em relação ao recebimento de dinheiro da Carbonífera Criciúma pelos sindicatos, sob a rubrica de mensalidade sindical, em valores muito superiores aos efetivamente devidos a esse título e que não foram lançados na contabilidade oficial de tais entidades.

Por meio da petição de fls. 649/659, os requerentes ratificaram os termos das respectivas peças de defesa e pugnaram pela intimação do

Representante do Ministério Público do Trabalho para que explique, de forma objetiva, a forma como obteve os documentos de fls. 105, 107 e 146 dos autos (com ordem de qual autoridade judicial o praticou), sob pena de ser declarada a sua obtenção por meio ilícito e, conseqüentemente, o seu desentranhamento dos autos.

Depois de devidamente intimado, o Ministério Público se manifestou às fls. 663/667.

Na audiência de prosseguimento (fls. 668/672), foram colhidos os depoimentos pessoais dos requeridos Edson do Nascimento e Antônio Carlos Alves, tendo sido dispensados os depoimentos das demais partes, na forma consignada ao final da ata.

Com a decisão de fls. 673/675, foi indeferido pelo Juízo o requerimento de desentranhamento dos documentos de fls. 105, 107 e 146 dos autos. Por outro lado, foi revisto em parte posicionamento anterior, com o deferimento parcial do pedido de antecipação de tutela, com a determinação de que fosse convocada assembleia geral extraordinária pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, para que fosse dada ciência da presente demanda à categoria profissional, a quem caberia deliberar acerca da conveniência ou não da dissolução da entidade sindical, na forma prevista no art. 59 do seu estatuto, sob pena de transferir a análise da questão ao arbitramento judicial.

Às fls. 687/698, o sindicato profissional comprova a realização da assembleia determinada pelo Juízo.

Na terceira audiência realizada (fls. 706/709), foram colhidos os depoimentos de duas testemunhas arroladas pelo Ministério Público do Trabalho, que ainda reiterou o pedido de fl. 700 dos autos.

Às fls. 712/719 são juntadas as razões finais do Ministério Público, às fls. 723/727, dos requeridos Edson do Nascimento e do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão de Rio Maina, às fls. 741/753, do Sindicato

dos Trabalhadores na Indústria do Carvão de Forquilha e do requerido Antônio Carlos Alves e, finalmente, às fls. 756/761, da Carbonífera Criciúma S/A.

Sem mais provas, foi encerrada a instrução processual, na forma consignada na ata de fl. 765.

Mediante a petição de fl. 766, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Carvão de Forquilha arguiu incidente de falso testemunho, razão pela qual foi determinada a reabertura da instrução processual através do despacho de fl. 767, e ainda, para que o Sindicato do Rio Maina informasse o resultado da negociação coletiva ocorrida na data-base, em complemento ao requerido na letra “F” da decisão de fls. 673/675.

À fl. 768, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina informa que, com a consolidação da situação jurídica e diretiva do Sindicato de Forquilha, *as negociações que culminaram na entabulação do acordo coletivo de trabalho de 2011 entre a categoria profissional e a empresa carbonífera foram realizadas ante à assistência daquele sindicato*. Já o Ministério Público do Trabalho, afirma na manifestação de fl. 771 que não há nenhuma afirmação falsa ou negativa da verdade no depoimento da testemunha inquirida.

Finalmente, intimado por força do despacho de fl. 772, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Forquilha apresentou cópia do acordo coletivo de trabalho de fls. 775/783, sobre o qual o Representante do MPT se manifestou à fl. 786.

Em nova audiência (fl. 787), foi encerrada definitivamente a instrução processual, com alegações finais do 2º e 5º requeridos.

Propostas conciliatórias, rejeitadas.

Feito o relatório, passo a decidir.

1. Prefacial de ausência de interesse processual

Ao se manifestar sobre a resposta dos requeridos, o Ministério Público do Trabalho

invoca prefacial de ausência de interesse processual da Carbonífera Criciúma para contestar os pedidos formulados contra os sindicatos e seus dirigentes, e ainda, a ausência de interesse do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração de Rio Maina e de seu presidente, para contestar o pedido de equiparação salarial formulado em face da referida empresa, requerendo em decorrência, a desconsideração das defesas, no particular.

A preliminar suscitada confunde-se, em verdade, com a ilegitimidade de parte, cujo escopo diz respeito à possibilidade jurídica de figurar como parte na demanda, o que parece ser o fundamento jurídico invocado pela inicial.

O interesse processual previsto no art. 3º do CPC, diz respeito à condição da ação relativamente ao sujeito de defesa. Ora, se a Carbonífera Criciúma tem um mínimo interesse em indeferimento do pedido principal, presente está o interesse processual. Neste sentido, Cândido Dinamarco assevera que *“A simples propositura da demanda pelo autor e consequente pendência do processo já são, ordinariamente, razão mais que suficiente para que ele se utilize da contestação com o objetivo de evitar a sentença de mérito desfavorável”* (em *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, p. 310).

Embora cause estranheza a medida oposta pela referida empresa, tanto que ela, com raras exceções, não faz outra coisa senão defender as entidades sindicais e os seus respectivos presidentes (o que também ocorre com as defesas destes em relação à carbonífera), inclusive com transcrições literais de grande parte das peças uma das outras, embora diversos sejam seus procuradores (fls. 326, 344 e 382), rejeita-se o requerido pelo MPT, pois as questões levantadas dizem respeito ao mérito da demanda, e com ele serão apreciadas.

2. Litude da prova documental

Sob o argumento de que foram conseguidos por meio ilícito pelo MPT, em violação ao sigilo bancário e contábil, alegam os requeridos ser

inválida a prova documental juntada às fls. 105, 107 e 146, devendo por isso ser desentranhada dos autos.

Ao final da decisão de fls. 673/675, o Juízo indeferiu o requerimento de desentranhamento de tais documentos, já que foram emitidos pela própria empresa requerida e dizem respeito aos fatos discutidos nos autos.

Os documentos das fls. 105 e 107 são cópias de dois recibos emitidos pela Carbonífera Criciúma em favor do Sindicato dos Trabalhadores Indústrias de Extração do Carvão de Rio Maina, **para quitação da mensalidade sindical do mês de fevereiro de 2006**, documentos contábeis que por expressa determinação do art. 551 da CLT estão sujeitos à fiscalização e ao controle exercido por órgãos da União.

Art. 551. Todas as operações de ordem financeira e patrimonial serão evidenciadas pelos registros contábeis das entidades sindicais, executados sob a responsabilidade de contabilista legalmente habilitado, em conformidade com o plano de contas e as instruções baixadas pelo Ministério do Trabalho. (Redação dada pela Lei n. 6.386, de 9.12.1976) § 1º A escrituração contábil a que se refere este artigo será baseada em documentos de receita e despesa, que ficarão arquivados nos serviços de contabilidade, à disposição dos órgãos responsáveis pelo acompanhamento administrativo e da fiscalização financeira da própria entidade, ou do controle que poderá ser exercido pelos órgãos da União, em face da legislação específica. (Redação dada pela Lei n. 6.386, de 9.12.1976 — grifei)

Conforme lembrado pelo MPT às fls. 633/634, tais documentos contábeis não estão imantados pelo sigilo fiscal ou pelo sigilo bancário, pois possuem finalidade de fazer prova de que os descontos salariais efetuados no contracheque de cada um dos trabalhadores sindicalizados estão sendo repassados ao sindicato da categoria profissional correspondente. Ademais, ainda como salientado pelo MPT no verso da fl. 634, **os requeridos sequer impugnam o conteúdo dos recibos de fls. 105 e**

107, tampouco as assinaturas das pessoas que os firmaram.

E segundo a testemunha Julio Cesar Zavadil (fl. 706), cópias de tais recibos também estavam em poder de um empregado de confiança da própria empresa que os emitiu, que solicitou, fossem encaminhados ao Ministério Público do Trabalho.

Já o documento de fl. 146 é cópia de um cheque emitido pela Carbonífera Criciúma — no valor de R\$ 78.500,00 — em favor de um dos requeridos — ANTONIO CARLOS ALVES — que foi sacado por ele em março de 2006 na boca do caixa do BRADESCO conforme confessou no seu depoimento pessoal, à fl. 672 dos autos.

A cópia deste cheque foi enviada ao Ministério Público do Trabalho por iniciativa exclusiva do banco sacado ao responder à intimação de fl. 425, mediante a qual o órgão ministerial pretendia exclusivamente ser informado acerca do nome, CPF ou CNPJ do favorecido pelo pagamento indicado no recibo da fl. 107, já em seu poder, como referido acima e na manifestação de fl. 635. Não é atribuível ao MPT, portanto, a prática de ato ilícito na obtenção da prova.

Ademais, os documentos em questão apenas fazem registro de transações específicas realizadas entre as partes, e chegaram nas mãos do MPT sem que fossem acessados dados, contas, extratos ou saldos bancários ao ponto de ser atingido o sigilo bancário.

Por fim, tendo sido afirmado pelos requeridos a prática de ato de coação de empregado da empresa em questão por parte do órgão do Ministério Público para conseguir os documentos das fls. 159 e seguintes (Livro Doação da ONG Terra Verde), cumpria a eles a prova das suas alegações a teor do art. 333, II do CPC, prova essa que não foi produzida nos autos. Tais documentos, ademais, não estão protegidos por qualquer tipo de sigilo legal e foram fornecidos espontaneamente pela ONG Terra

Verde ao MPT, como referido na fl. 637, fato incontroverso.

Sobre a licitude da prova, convém transcrever lúcida ementa de acórdão da lavra do Exmo. Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, que analisando caso análogo em processo-crime, aponta para a legalidade da prova quando o agente público, no exercício de suas competências, conta com o consentimento do particular que, em circunstância contrária, estaria tendo seu direito individual violado.

HC 79512 / RJ — RIO DE JANEIRO *HABEAS CORPUS* Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 16/12/1999 Órgão Julgador: Tribunal Pleno Publicação DJ 16.5.2003 PP-00092 VOL-02110-02 PP-00308 Parte(s) PACTE. AVELINO FERNANDES RIVERA, PEDRO GONZALES MENDES, JOSÉ RAMIRO GANDARA FERNANDEZ, ESTRELLA JOSEFA RODRIGUES SANCHEZ, ÁLVARO PEREIRA DA COSTA, GERARDO MORGAGE SENRA, FAUSTINO PUERTAS VIDAL, JUAN CARLOS RODRIGUES RODRIGUEZ, GEORGE TAVARES E OUTROS, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMENTA: Prova: alegação de ilicitude da obtida mediante apreensão de documentos por agentes fiscais, em escritórios de empresa — compreendidos no alcance da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio — e de contaminação das provas daquela derivadas: tese substancialmente correta, prejudicada no caso, entretanto, pela ausência de qualquer prova de resistência dos acusados ou de seus prepostos ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa ou sequer de protesto imediato contra a diligência. 1. Conforme o art. 5º, XI, da Constituição — afora as exceções nele taxativamente previstas (“em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro”) só a “determinação judicial” autoriza, e durante o dia, a entrada de alguém — autoridade ou não — no domicílio de outrem, sem o consentimento do morador. 1.1. Em consequência, o poder fiscalizador da administração tributária perdeu, em favor do reforço da garantia constitucional

do domicílio, a prerrogativa da autoexecutoriedade. 1.2. Daí não se extrai, de logo, a inconstitucionalidade superveniente ou a revogação dos preceitos infraconstitucionais de regimes precedentes que autorizam a agentes fiscais de tributos a proceder à busca domiciliar e à apreensão de papéis; essa legislação, contudo, que, sob a Carta precedente, continha em si a autorização à entrada forçada no domicílio do contribuinte, reduz-se, sob a Constituição vigente, a uma simples norma de competência para, uma vez no interior da dependência domiciliar, efetivar as diligências legalmente permitidas: o ingresso, porém, sempre que necessário vencer a oposição do morador, passou a depender de autorização judicial prévia. 1.3. Mas é um dado elementar da incidência da garantia constitucional do domicílio o não consentimento do morador ao questionado ingresso de terceiro: malgrado a ausência da autorização judicial, só a entrada invito domini a ofende, seja o dissenso presumido, tácito ou expresso, seja a penetração ou a indevida permanência, clandestina, astuciosa ou franca. 1.4. Não supre ausência de prova da falta de autorização ao ingresso dos fiscais nas dependências da empresa o apelo à presunção de a tolerância à entrada ou à permanência dos agentes do Fisco ser fruto do metus publicae potestatis, ao menos nas circunstâncias do caso, em que não se trata das famigeradas “batidas” policiais no domicílio de indefesos favelados, nem sequer se demonstra a existência de protesto imediato. (...)

Pelo exposto, são consideradas lícitas todas as provas produzidas pelo Ministério Público, até porque não foram impugnados os conteúdos dos documentos questionados.

3. Multa por descumprimento de decisão liminar

Às fls. 699/700 o MPT tece considerações acerca do descumprimento pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, da determinação do Juízo, integrante da decisão das fls. 673/675, de convocação de assembleia geral extraordinária e

informação nos autos acerca da data aprazada para a realização da solenidade, com antecedência mínima de cinco dias, sob pena de multa.

Aduz que além de não ter sido observado esse prazo, o sindicato acionado, visando dificultar ao máximo a fiscalização ministerial sobre os atos e deliberações da assembleia, optou pela “estratégia” de comunicar nos autos a data da assembleia no prazo pretensamente derradeiro, tanto que foi intimado pela Secretaria do Juízo acerca da realização da solenidade com antecedência de menos de 48 h, o que teria impossibilitado a atuação fiscalizatória do *parquet* porque *à míngua de tempo, não foi possível adotar as providências administrativas necessárias ao deslocamento do órgão ministerial, notadamente no que se refere aos recursos materiais e humanos.*

Todavia, cumpre referir que o objetivo da aplicação da multa não era apenas a informação, mas também e com muito mais razão, o cumprimento da medida de convocação da assembleia para que fosse oportunizada à categoria a correção de possível irregularidade de representação sindical, sem a intervenção estatal.

No caso, o objetivo foi alcançado em parte, pois como visto às fls. 688 e 693/698, a assembleia foi devidamente convocada e realizada. De outra parte, embora se admita a exiguidade do tempo indicada pelo MPT, a fiscalização a que se refere na sua manifestação não era necessária nem obrigatória e, ainda que o fosse, a alegação de impossibilidade de deslocamento de recursos humanos e materiais, com a *deviada venia*, não se sustenta ante o fato de que a inicial foi firmada por nada menos do que oito procuradores, sendo razoável admitir que ao menos um poderia, se fosse do interesse ministerial, se fazer presente à assembleia.

Mesmo assim, tem razão o Ministério Público do Trabalho quando fala que o sindicato deveria ter promovido a juntada dos documentos de fls. 687/689 até o dia 5.4.2010, ou seja,

com antecedência mínima de cinco dias da data designada para realização da assembleia geral dos associados.

Portanto, se a assembleia foi designada para o dia 10.4.2010 como informado pelo próprio sindicato na petição de fl. 687, em atenção ao comando da alínea “d” da decisão de fls. 673/675, deveria ter juntado aos autos a cópia do edital de sua convocação e de comprovante de sua publicação até o dia 05/04/2010, sob pena de pagamento da multa então fixada, de R\$ 50.000,00.

Por tais razões, **condeno o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina a pagar a multa estipulada na decisão de fls. 673/675, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), reversível ao ALBERGUE SÃO JOSÉ, entidade de caráter assistencial vinculada ao Município de Criciúma.**

4. Sobre a dissolução do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina

Requer o MPT a decretação da dissolução do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Carvão do Rio Maina em razão de estar em franca colisão com o comando constitucional do art. 8º, inciso II, da Constituição Federal, tendo em vista que a sua base territorial limita-se a um distrito do Município de Criciúma, ou seja, ao Distrito do Rio Maina.

Portanto, a questão de fundo nos autos diz com a inconstitucionalidade da representação sindical promovida pela entidade em epígrafe, **haja vista sua atuação, exclusivamente, em base territorial inferior a um Município.** Mas, antes de adentrar ao mérito das denúncias do Ministério Público do Trabalho, necessário tecer algumas considerações sobre o sistema sindical vigente no Brasil.

A estrutura sindical no Brasil foi criada em um contexto Ditatorial, e a autonomia sindical, estabeleceu suas bases jurídicas através de instituições absolutamente vinculadas ao Estado.

A ideia de liberdade sindical, fundamento do Direito Coletivo do Trabalho, embora evoluída, jamais atingiu no nosso país os patamares estabelecidos pela OIT na Convenção n. 98, ratificada pelo Brasil. O resultado (ou a razão) disto é um sistema que ainda encontra-se atrelado a limites legais, e a liberdade de atuação e representatividade das categorias ainda se limita aos anseios de poucos, por estrita determinação constitucional (art. 8º da CF), segundo Mauricio Godinho Delgado, em *Curso de direito do trabalho* (LTr, 9. ed., p. 1.240), a Carta Magna “somente fez aprofundar a crise de legitimidade e força do sistema sindical brasileiro”.

Paralelamente ao contexto fático apontado, denúncias de práticas antissindicais ainda são comuns e chegam às pincas no Poder Judiciário, demonstrando que há muito a evoluir. Há a subversão de um sistema que destina-se à ampliação de garantias, mas a livre negociação e a atuação de representatividade encontra-se limitada, na medida em que normas autônomas em verdade se trata de imposições unilaterais de uma minoria, muitas vezes desinteressada (sem levantar números relativos à corrupção, troca de favores políticos, lavagem de dinheiro, e tantas outras práticas criminosas que encontraram na seara sindical um porto seguro de atuação infinita).

O resultado desse sistema é um esgotamento da moeda de negociação sem implementação de esforços, por ambas as partes. A ausência de credibilidade de sindicatos acarreta verdadeiro açoitemento de direitos e estagnação de setores que, sem representatividade, se tornam meros coadjuvantes de um sistema de ampla evolução econômica, não determinado pelo sistema de heterocomposição estabelecido.

A conclusão que se chega é que sem a intervenção e limitação do Estado a situação seria ainda pior, pois ainda faltam valores e assimilação do que afinal representa o sistema sindical e seus verdadeiros objetivos: a criação de normas autônomas por meio da livre negociação coletiva, sem limites de enquadramento

territoriais, procedimentais, institucionais... No entanto, este ideal, definitivamente, está longe de ser atingido no Brasil.

Diante disso, até lá, a solução é conviver e solucionar os conflitos normativos e buscar a melhor aplicação do regime jurídico que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece. As categorias — profissional e econômica — ainda serão determinadas pelos órgãos ministeriais, e a abrangência delas, expressamente delimitada pela base territorial mínima, de um município.

Feitas estas considerações iniciais, cumpre lembrar, como salientado pelo Juízo na decisão proferida às fls. 673/675, que o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina foi criado em 28.3.1962, quando o ordenamento constitucional não previa expressamente a unicidade territorial e, por isso mesmo, a base mínima de representação a um município.

Na época de sua fundação vigia apenas o art. 517 da CLT, dispondo que *os sindicatos poderão ser distritais, municipais, intermunicipais, estaduais e interestaduais*. Assim, com base na regra então vigente, foi criado o sindicato requerido, com representação sindical nos distritos, à época, de Forquilha e do Rio Mania, ambos pertencentes ao município de Criciúma.

Cabe salientar que essa norma celetista vigorava ao tempo dos ordenamentos constitucionais de 1946, 1967 e 1969, que silenciavam acerca da base territorial mínima de representação sindical, sendo nesse sentido, aliás, as declarações dos representantes dos sindicatos requeridos, transcritas no Termo de Audiência juntado à fl. 187. Conforme informado ao Ministério Público do Trabalho na audiência então realizada:

(...) o sindicato de Rio Maina foi constituído no ano de 1962, sendo que àquela época o ordenamento jurídico admitia base sindical correspondente a um distrito; **que Rio Maina não é município**; que a base territorial do

sindicato de Rio Maina em face do exposto corresponde a extensão territorial de Rio Maina; que atualmente na base territorial do sindicato de Rio Maina existem apenas atividades de aproveitamento de rejeitos exploradas pelas Carboníferas Belluno e Catarinense; **que os trabalhadores filiados aos sindicato do Rio Maina pertencem a empresa Carbonífera Criciúma com sede no município de Forquilha; que o Diretor Presidente do Sindicato do Rio Maina é o Edson, o qual tem contrato de trabalho com a Carbonífera Criciúma; (grifei).**

Todavia, a Constituição Federal de 1988, escrita pelo Poder Constituinte, *que faz a Constituição e não se prende a limites formais* (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. Malheiros, p. 125), passou a reger as relações sindicais, mais especificamente no que concerne à criação, filiação e definição da base territorial dos sindicatos, e por meio do seu art. 8º, vedou expressamente a existência de mais de uma entidade sindical, representativa de categoria profissional na mesma base territorial, que não pode ser inferior à área de um Município.

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

(...)

II – é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (...)

Trata-se, assim, de princípio integrado politicamente ao ordenamento jurídico pátrio que visou, como ressaltou Arnaldo Süssekind em *Instituições de direito do trabalho* (v. II, p. 1.143, LTr, 2005), *evitar o fracionamento dos sindicatos e o conseqüente enfraquecimento das respectivas representações, numa época em que a falta de espírito sindical dificultava a formação de organismos sindicais e a filiação de trabalhadores aos mesmos. Afinal, esse espírito resulta das*

concentrações operárias, que dependem do desenvolvimento industrial.

E hoje, em que pese o contexto histórico seja outro, não se verifica situação diversa, evidenciando-se no País um espírito sindical ainda pouco desenvolvido e particularmente fracionado e fragilizado que, se admitido fora dos limites constitucionais, seria utilizado (como de fato é ainda dentro desses limites) como meio de enfraquecimento do poder de pressão da categoria profissional na busca de melhorias nas condições de trabalho.

O STF vem, ao longo do tempo, confirmando a validade e prevalência dessa norma, prestigiando a unicidade sindical, o que se comprova pelos arestos transcritos:

RE n. 154.250 AgR/SP – SÃO PAULO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 15.5.2007 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJe-032 DIVULG 6.6.2007 PUBLIC 8.6.2007 DJ 8.6.2007 PP-00035 EMENT VOL-02279-04 PP-00756 Parte(s) AGTE.(S): SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE ENERGIA ELÉTRICA DE CAMPINAS ADV.(A/S): NILSON ROBERTO LUCILIO E OUTRO(A/S) AGDO.(A/S): SINDICATO DOS EMPREGADOS NA GERAÇÃO TRANSMISSÃO E DISTRIBUIÇÃO DE ELETRICIDADE DO MUNICÍPIO DE BAURU ADV.(A/S): CELSO EVANGELISTA E OUTRO(A/S) EMENTA: I. Sindicato: unicidade e desmembramento. 1. O princípio da unicidade sindical (CF, art. 8º, II, da Constituição) não garante por si só ao sindicato a intangibilidade de sua base territorial: ao contrário, a jurisprudência do STF está consolidada no sentido da legitimidade constitucional do desmembramento territorial de um sindicato para constituir outro, por deliberação dos partícipes da fundação deste, desde que o território de ambos não se reduza a área inferior à de um município (v.g., MS 21.080, Rezek, DJ 1º.10.93; RE n. 191.231, Pertence, DJ 6.8.99; RE n. 153.534; Velloso, DJ 11.6.99; AgRgRE n. 207.910, Mauricio, DJ 4.12.98; RE n.

207.780, Galvão, DJ 17.10.97; RE n. 180.222, Galvão, DJ 29.8.00). (...)

RMS 24069/DF – DISTRITO FEDERAL RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 22/03/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação DJ 24-06-2005 PP-00045 EMENT VOL-02197-01 PP-00107 LEXSTF v. 27, n. 320, 2005, p. 140-150. Parte(s) RECTE.: SINDICATO DOS ESTABELECIMENTOS DE ENSINO NO ESTADO DE SÃO PAULO – SIESP ADVDOS.: JOSÉ GERARDO GROSSI RECD: UNIÃO LIT. PAS.: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ESCOLAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – SEMEEI ADV.(A/S): RICARDO ADOLPHO BORGES DE ALBUQUERQUE E OUTRO LIT. PAS.: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ENSINO FUNDAMENTAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO — SEMEF ADV.(A/S): RICARDO ADOLPHO BORGES DE ALBUQUERQUE E OUTRO LIT.PAS: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ENSINO MÉDIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO — SEMEM LIT. PAS.: SINDICATO DAS ENTIDADES MANTENEDORAS DE ENSINO TÉCNICO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO — SEMET ADV.(A/S): RICARDO ADOLPHO BORGES DE ALBUQUERQUE E OUTRO UNICIDADE SINDICAL MITIGADA — CATEGORIA — SEGMENTOS AGRUPADOS — DESMEMBRAMENTO — VIABILIDADE — ARTS. 5º, INCISO XVII, 8º, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 570, PARÁGRAFO ÚNICO, E 571 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO - RECEPÇÃO. A liberdade de associação, observada, relativamente às entidades sindicais, a base territorial mínima — a área de um município —, é predicado do Estado Democrático de Direito. Recepção da Consolidação das Leis do Trabalho pela Carta da República de 1988, no que viabilizados o agrupamento de atividades profissionais e a dissociação, visando a formar sindicato específico. (grifos nossos)

Desta forma, com a promulgação da atual Constituição Federal, em 5.10.1988, a representatividade do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina ficou prejudicada, por afronta direta ao atual texto constitucional, considerada a ausência de reconhecimento de efeitos *ex nunc* à norma não recepcionada, qual seja, o art. 517 da CLT, que permitia a existência de sindicatos em âmbito distrital.

AI 406025 AgR / RJ – RIO DE JANEIRO AG. REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 18.12.2006 Órgão Julgador: Primeira Turma EMENTA: IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO – IPTU. ALÍQUOTA PROGRESSIVA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA E TAXA DE COLETA DE LIXO E LIMPEZA PÚBLICA. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. EFEITOS EX NUNC. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Não há que se falar na concessão de efeitos *ex nunc* à norma não recepcionada pela Constituição da República.

A situação ficou ainda mais evidente a partir de 1989, com a emancipação do Distrito de Forquilha e com a criação — na base territorial daquele novo município — do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão de Forquilha, como se observa do estatuto juntado às fls. 109/137, havendo, portanto, desmembramento das entidades, fato reconhecido judicialmente somente no ano de 2000, mediante ação declaratória movida perante o Juízo Cível, como informado às fl. 05 e 284 dos autos, e ainda, reconhecido pelo próprio Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Carvão de Rio Maina na assembleia geral extraordinária realizada em 10.4.2010, conforme se lê na ata de fls. 693/696, ora transcrita:

(...) que em 1998/1989 o distrito de Forquilha foi levado à condição de município. Foi então fundado lá o Sindicato dos Mineiros de Forquilha sobre a base do Sindicato de Rio Maina. O Sindicato de Rio

Maina discutiu a base até o Superior Tribunal de Justiça quando houve o reconhecimento da validade dos dois sindicatos. Isto aconteceu em 1999/2000. Após, alguns funcionários reuniram-se e procuraram a justiça para poder se filiar ao sindicato de Forquilha eis que o mesmo não estava ativo e regular. Após este fato iniciou-se outra batalha judicial até o ano de 2009, quando foi julgado pelo Tribunal de Justiça em Florianópolis reconhecendo a atual diretoria. Não houve recurso neste processo pelos pseudo dirigentes. **Também em 2009 a questão da contribuição sindical que se arrastava desde o ano de 2004/2005 foi resolvida em favor de Forquilha sem qualquer recurso. Hoje existem os Sindicatos de Rio Maina e o Sindicato de Forquilha. (grifei)**

Assim, com a municipalização do antigo distrito e reconhecimento da legitimidade do novo sindicato para a representação da categoria naquele município, a base territorial do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina ficou restrita a apenas um distrito do município de Criciúma, no caso, ao Distrito de Rio Maina, sem falar na existência de outra entidade representativa dos interesses da categoria profissional dos mineiros no município de Criciúma, fato incontroverso nos autos.

Por outro lado, a prova dos autos informa que o Sindicato de Rio Maina representa tão somente os empregados da Carbonífera Criciúma, que tem sede e atividade no município de Forquilha conforme esclarecido pelos representantes do próprio sindicato, perante o Ministério Público do Trabalho (fl. 187):

(...) que atualmente na base territorial do sindicato de Rio Maina existem apenas atividades de aproveitamento de rejeitos exploradas pelas Carboníferas Belluno e Catarinense; que os trabalhadores filiados ao sindicato do Rio Maina pertencem a empresa Carbonífera Criciúma com sede no município de Forquilha. (grifei)

Foi, aliás, o que também admitiu em Juízo o sindicato, quando na defesa apresentada à fl. 283, reconhece expressamente que a tendência natural é a sua dissolução:

A princípio não se pode deixar de reiterar que o Sindicato de Rio Maina, de fato, acaba por perder sua motivação no momento em que estruturado o Sindicato de Forquilha. Assim é que, essa é uma tendência natural, a sua dissolução, o que, “data venia”, pode ser contemplado com o pleito exordial.

Portanto, não há sombra de dúvida de que a existência dessa entidade sindical afronta diretamente o princípio consagrado no art. 8º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988. Ou seja, há mais de 20 anos!!!

Assim, com base no inciso XIX do art. 5º da Constituição em vigor, **antecipo os efeitos da tutela postulada pelo Ministério Público do Trabalho, para declarar e determinar a suspensão das atividades do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina a partir de 6.4.2013 (seis dias do mês de abril do ano de dois mil e treze), data do término do mandato da atual Diretoria Administrativa do sindicato, eleita aos 7.4.2009, conforme informado na ata de fls. 266/269, sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao dia, reversível ao FAT.**

E ainda, com base nos mesmos dispositivos constitucionais, **decreta-se a dissolução do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, embora para tanto — para sua dissolução definitiva — deverá se aguardar o trânsito em julgado da presente decisão por força do art. 5º, XIX, da Constituição Federal.**

Mesmo assim, **a partir de 6 de abril de 2013, deverão ser suspensas todas e quaisquer atividades do sindicato, por força da antecipação dos efeitos da tutela, autorizada pelo art. 273 do CPC.**

Na hipótese de ser confirmada, ao final, a dissolução completa do sindicato, e após quitadas eventuais dívidas da entidade, o patrimônio remanescente deverá ser destinado ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Forquilha em atenção ao disposto no art. 59 do seu estatuto (fl. 74) e tendo em vista o fato de que o Sindicato de Rio Maina representa exclusivamente os empregados da Carbonífera Criciúma, com sede e atividades no município de Forquilha, fato incontroverso.

A postergação da suspensão das atividades do sindicato para 6.4.2013 se impõe pelos serviços assistenciais que vêm sendo prestados aos seus filiados, como informado na ata de fls. 693/696. Assim, além de tais serviços não serem suprimidos abruptamente por determinação do Juízo, se estará permitindo a transferência gradativa desses encargos ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Carvão de Forquilha que, a partir de então, deverá representar de modo pleno os mineiros que hoje são apenas assistidos, e não representados, pelo sindicato em vias de dissolução.

Por outro lado, se não for fixada uma data-limite para a suspensão das atividades da entidade sindical, certamente seus dirigentes — quase vitalícios — se valerão dos intermináveis recursos previstos no nosso sistema processual para protelar o cumprimento da ordem judicial, intenção que, diga-se de passagem, já foi manifestada na assembleia realizada em 1º.4.2010 e convocada por expressa determinação deste Juízo (fls. 693/696) para que fosse dada ciência aos associados sobre a existência da presente ação e para que deliberassem acerca da conveniência ou não da dissolução da entidade sindical, sob pena de transferir a análise da questão ao arbitramento judicial.

Conforme se verifica ao final daquela ata, foi deliberado, por votação unânime, pela manutenção do Sindicato dos Mineiros de Rio Maina, tendo sido reforçado em assembleia *que a direção do sindicato vai até a última*

instância para garantir a existência e validade do Sindicato de Rio Maina, apesar de perante o Juízo — em contestação — terem reconhecido que a tendência natural é a sua dissolução.

Até porque sua principal razão de existir — representar a categoria profissional — há muito foi abandonada pelo próprio sindicato, pois segundo informado à fl. 768 dos autos, com a consolidação da situação jurídica e diretiva do Sindicato dos Trabalhadores de Forquilha, *as negociações que culminaram na entabulação do acordo coletivo de trabalho de 2011 entre a empresa carbonífera foram realizadas ante a assistência daquele sindicato.*

Aliás, e para arrematar, foi reconhecido expressamente pelo Sindicato de Rio Maina, ao final da referida petição, que o Sindicato dos Trabalhadores de Forquilha está “legitimado” para informar as cláusulas constantes do instrumento coletivo de trabalho firmado em 2011 com a Carbonífera Criciúma S/A., que foi juntado por aquele sindicato às fls. 775/783. Ou seja, o sindicato nem se deu ao trabalho de juntar aos autos uma cópia do acordo coletivo de trabalho de 2011, que foi firmada por quem realmente está “legitimado” para representar os trabalhadores.

Como se observa pelos termos do referido Acordo Coletivo de Trabalho, as categorias representadas pelo instrumento normativo são a dos trabalhadores vinculados à indústria da EXTRAÇÃO DE CARVÃO da base territorial e de representação do SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DA EXTRAÇÃO DO CARVÃO DE FORQUILHINHA e a empresa CARBONÍFERA CRICIÚMA S/A., ambos com sede e atividades, no município de Forquilha.

Portanto, o próprio Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina admitiu, expressamente, que não representa a categoria profissional dos mineiros, tendo aberto mão das prerrogativas previstas no art. 513 da CLT e no art. 8º da

CF, tanto que a CONTRIBUIÇÃO CONFEDERATIVA estipulada na cláusula 40 do ACT, recolhida pela empresa em maio de 2011, foi repassada integralmente ao Sindicato de Forquilha.

A situação chega a ser surreal, pois todos os associados do Sindicato de Rio Maina, com base territorial limitada a um único distrito do município de Criciúma, são empregados da Carbonífera Criciúma que, por sua vez, mantém suas atividades no município de Forquilha e firmou Acordo Coletivo de Trabalho com o Sindicato daquele município, para quem a empresa recolheu a contribuição confederativa dos seus empregados que, por sua vez, por estarem filiados ao Sindicato de Rio Maina, deixaram de receber o ABONO SINDICAL ANUAL estipulado na cláusula 4ª do ACT, já que para tanto, deveriam estar filiados ao sindicato profissional de Forquilha, que recebeu a contribuição confederativa destes trabalhadores.

Ou seja, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina já vem abstendo-se, espontaneamente, da prática dos atos de representação da categoria profissional dos mineiros que prestam serviços na base territorial do Município de Forquilha, *especialmente no que se refere à assinatura de convenções coletivas, acordos coletivos e outras deliberações decorrentes do exercício da autonomia coletiva privada*, na forma requerida na alínea “a” do item 3.1.1 da inicial.

Mesmo assim, por cautela, é **acolhido o referido pedido, em sede antecipatória, para determinar que o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina abstenha-se de praticar qualquer destes atos, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por norma coletiva firmada após a publicação desta decisão, valores que serão revertidos ao FAT.**

5. Da alegada prática de atos antissindicais

Requer o Ministério Público do Trabalho que os dirigentes das duas entidades sindicais

requeridas sejam afastados das respectivas diretorias e declarados inelegíveis ao exercício de mandato sindical, sob a alegação de haver manipulação, controle e intervenção nas organizações sindicais acionadas por parte da empresa Carbonífera Criciúma, mediante cooptação de seus dirigentes e concessão de vantagens ilícitas. Ainda em decorrência, requer a condenação dos requerentes ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, além de diferenças salariais devidas aos mineiros.

Segundo o MPT, por meio de pagamentos de dívidas sem origem real e doações não contabilizadas — diretas ou por meio de pessoa jurídica interposta — a sindicatos e sindicalistas, a Carbonífera Criciúma vem interferindo na atividade sindical vinculando tais doações à prática de atos de direcionamento das negociações coletivas, consubstanciadas em acordos coletivos de trabalho prejudiciais aos interesses salariais da categoria profissional dos mineiros.

Conforme a inicial, em 14 de janeiro de 2008 foi expedido pelo Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Criciúma o Ofício n. 121/08 (fl. 44), noticiando a prática de atos violadores da liberdade de organização e representação sindical, especificamente no que se refere ao financiamento de campanhas políticas de dirigentes sindicais pela empresa Carbonífera Criciúma.

Ao depor perante o Juízo da 4ª Vara do Trabalho, nos autos da reclamação 3407-2007-055-12-00-6, o autor da ação, Sr. Cristóvão Stairk, que também era dirigente sindical na época, declarou que:

(...) prestava serviço para o réu (presidente do Sindicato dos Mineiros de Rio Maina) tais como colocação de placas, pedido de votos etc.; que, em face de trabalho social, o autor levava pacientes em Porto Alegre e Florianópolis; (...) que o veículo em que (o autor) viajava era de propriedade da Carbonífera Criciúma. (fl. 47)

O réu daquela ação, Sr. Edson do Nascimento, que também figura no polo passivo

da presente demanda, além de ser o presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, ao depor naquele Juízo, confirmou que são fornecidos ao sindicato veículos da Carbonífera Criciúma para transporte de mineiros e familiares para centros médicos maiores, ao declarar que:

(...) existe um convênio entre o Sindicato e a Carbonífera Criciúma, onde esta fornece transporte para os mineiros e familiares para centros médicos maiores como Florianópolis e etc.; que existe uma parceria entre o Sindicato e a Carbonífera que resultam em bons acordos coletivos para a categoria.

Já a testemunha João de Oliveira (fl. 48), informou que o autor daquela ação prestava serviços de cabo eleitoral para o Sr. Edson do Nascimento quando ele ainda trabalhava para a Carbonífera Criciúma. E a testemunha José Crispim, disse que:

(...) existe uma convivência muito íntima entre o sindicato e a Carbonífera Criciúma; que por exemplo, ingressou em 1997/1998 nas terceirizações da Carbonífera Criciúma, e não existia nenhum protesto do sindicato quanto à terceirização de mais da metade do corpo de empregados da empresa (...) a situação se estendeu até o ano de 2005; que o autor colocou placas na residência do depoente, referente à campanha do réu; que a carbonífera autorizou a saída do autor durante o expediente de trabalho para que este colocasse placas a favor da campanha política do réu. (grifei)

No particular, cumpre referir que foram inúmeras as ações individuais ajuizadas por ex-empregados da Carbonífera Criciúma com pedido de declaração da terceirização fraudulenta e reconhecimento de vínculo de emprego diretamente com a empresa, muitas delas apreciadas por este juiz, **prática que acabou sendo revista posteriormente pela Carbonífera, certamente por força das condenações judiciais e não pela atuação do sindicato profissional, apesar da prática visar reduzir**

direitos trabalhistas dos mineiros, fato constatado em inúmeros processos, que podem ser acessados nas quatro varas do trabalho de Criciúma.

A título de exemplo, transcreve-se a seguir parte da sentença proferida no processo 3904-2009-003-12-00-7, ajuizado por Edson dos Santos Roldão contra a Carbonífera Criciúma S/A.:

4. Vínculo de emprego

O autor argumenta ter prestado serviços para a ré de forma ininterrupta e na condição de empregado, de 16.6.1989 a 4.1.2010, mas, a despeito dessa realidade, somente teve anotado em sua CTPS contratos de trabalho nos períodos de 16.6.1989 a 16.6.1997 e de 1º.7.2005 a 4.1.2010, quando foi despedido pela ré conforme se verifica pelo TRCT de fl. 112.

*Alega que durante o período trabalhado a ré praticou uma série de irregularidades, sempre com o objetivo de fraudar a lei e sonegar direitos trabalhistas, pois na sua CTPS consta anotação de contrato de trabalho com a empresa **Alberto Uggioni & Cia. Ltda. ME** de 2.1.1998 a 22.1.2000, de quem jamais foi empregado, depois com a empresa **Atair E. Tournier & Cia. Ltda. ME**, de 7.2.2000 a 20.11.2002, de quem também não foi empregado, sendo inclusive incluído, a partir de 1º.2.2002, no quadro social desta empresa, que mais tarde passou a ser denominada **Sufian E. Yusef Manutenção Ltda. ME**.*

Em decorrência e por incidência do disposto no art. 9º da CLT, requer que seja reconhecida a existência de vínculo de emprego durante todo o período trabalhado para a empresa reclamada.

Com razão, pois as provas denunciam a prática fraudulenta noticiada na inicial, já constatada inclusive pelo Juízo em outros processos em tramitação nesta Justiça especializada, como por exemplo, no de número 954/2005.

(...)

A ré não nega em momento algum que em todos esses períodos (e mesmo nos seus interregnos, conforme alegado na inicial) o autor lhe prestou serviços. Ao contrário, em contestação (fls. 66/7), limitou-se a discutir a regularidade da terceirização e a dizer que não estão presentes os pressupostos da relação de emprego, e que não é crível que o autor, valendo-se de torpeza, depois de longos anos de prestação de serviços através de empresa terceirizada, venha a tumultuar a relação processual.

No entanto, os documentos das fls. 302/322 — Mandados de Procedimento Fiscal e Relatório de Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos expedidos pela Previdência Social — informam que foram constituídas nada menos do que 44 microempresas para prestar serviços para a ré, todas com sede no mesmo endereço, incluindo às empresas com as quais o autor estava vinculado enquanto não teve contrato de trabalho formalizado pela própria carbonífera demanda.

Conforme Relatório de Notificação Fiscal: [...] esta fiscalização entendeu que ocorreu SIMULAÇÃO na constituição das prestadoras acima mencionadas e, conseqüentemente, do contrato de prestação de serviço celebrado entre estas e a CARBONÍFERA CRICIÚMA S.A., com a finalidade de se elidir do total das contribuições destinadas a Seguridade Social, já que as empresas criadas eram, inicialmente, optantes pelo Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, o que dispensaria da contribuição patronal. Posteriormente, ao perceberem que as prestadoras de serviço como cessão de mão de obra não podiam optar pelo SIMPLES, foram os empregados, nelas registrados, “demitidos” e passaram a fazer parte da sociedade das mesmas como SÓCIOS-GERENTES, o que lhes permitia continuar se elidindo, com a redução do percentual devido, e as formas utilizadas, como

abaixo veremos, de pagamento feito a estes “sócios”. (fl. 307)

(...)

Com o registro nos órgãos competentes, as empresas contratadas adquiriram personalidade jurídica própria de sociedade comercial, gerando efeitos, quais sejam: patrimônio próprio, nome próprio, domicílio próprio e nacionalidade. Entretanto, as empresas prestadoras de serviços em apreço, muito embora tenham sido registradas de maneira legal, não possuem patrimônio, visto que o estabelecimento, instalações, equipamentos, veículos e todos os recursos materiais são de propriedade da notificada. Até seus endereços constantes do contrato e ficha cadastral são fictícios, pois procuradas por esta fiscalização, não foram as empresas, neles encontradas. (fl. 308). [grifei]

Os endereços constantes do contrato e ficha cadastral são os mesmos para todas as empresas RODOVIA JOSEFINA LODETTI VASSOLER S/N, VILA FRANCA ou OURO NEGRO, FORQUILINHA SC, que fica próximo ao acesso que leva às minas onde é extraído o carvão, e onde estas empresas prestam serviço.

Para a assinatura dos Mandados de Procedimento Fiscal — MPF — e Termo de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, não conseguimos contatar diretamente com os que constavam como responsáveis pelas empresas prestadoras e isto só foi feito através da CARBONÍFERA CRICIÚMA S.A.

Parte das assinaturas foram colhidas no local de trabalho, mas dadas certas dificuldades em assim o fazer, o restante das assinaturas foram feitas na agência do INSS desta cidade, e para tanto, os “sócios” das prestadoras só foram liberados com autorização da CARBONÍFERA CRICIÚMA S.A., em grupos escolhidos e transportados pela mesma, em horários e dias diferentes.

Quando da assinatura, perguntado aos que dão nome as empresas e por elas assinam, nenhum soube o endereço de sua empresa,

dando, alguns, o endereço da CARBONÍFERA CRICIÚMA.

As empresas em apreço prestam serviço exclusivamente para a notificada.

*Salienta-se que estas foram apenas algumas das constatações do procedimento fiscalizatório, sendo digna de referência a que evidência — no início da fl. 309 — que **todas as atividades de superfície da CARBONÍFERA CRICIÚMA S/A. são exercidas pelos empregados “registrados” nas supostas prestadoras.***

Também foi possível verificar que o “ingresso” ou “retirada” nas sociedades geralmente obedeciam às contratações e despedidas dos trabalhadores, o que também acontecia com a criação e dissolução das sociedades. E os “sócios” não se conheciam entre si e sequer lembravam da razão social das empresas terceirizadas (fl. 310).

A fraude também foi demonstrada pelas atas de audiência de fls. 448/477, trazidas aos autos a título de prova emprestada (fl. 447), em cujos processos foi demonstrado, como por exemplo pela testemunha DOUGLAS INACIA RODRIGUES (fl. 449), que apesar de ter começado a trabalhar como terceirizado para a empresa JOSÉ UGGIONE, por cerca de quatro anos e, após passou a trabalhar como autônomo por dois ou três anos, e depois foi registrado pela ré, sempre trabalhou no mesmo local.

E a testemunha JOSÉ ROMÁRIO GARCIA PEREIRA, ao ser indagado sobre as diferenças entre terceirizado e empregado, disse que a única é em relação ao salário, que na primeira é maior; faziam as mesmas atividades e no mesmo setor de como de fichado (...) que a documentação para constituição da empresa terceirizada foi feita pela primeira ré (...) quem delimitava os sócios era a primeira ré. (fls. 453/4)

No mesmo sentido, os depoimentos das testemunhas JOÃO DE OLIVEIRA (fl. 454), VALDIR GAVA (fl. 455), CLÉCIO GROSS

(fl. 455) e MARCO ANTONIO FRANCISCO (fl. 456).

Em suma, TODAS as contratações realizadas mediante as empresas interpostas, inclusive a do autor, foram fraudulentas e tiveram como fim o mascaramento das relações de emprego e, conseqüentemente, a sonegação de direitos trabalhistas e créditos tributários.

*Assim, com base no art. 9º da CLT declaro nulas as contratações efetuadas através da intermediação da supostas empresas terceirizadas, **e declaro a existência de contrato de emprego único entre o autor e a empresa Carbonífera Criciúma S/A. no período de 16.6.1989 a 4.1.2010.***

Feito este parêntese sobre a terceirização fraudulenta de grande parte da mão de obra da carbonífera, não coibida e nem denunciada em momento algum pelos Sindicatos dos Trabalhadores que se apresentam como representantes dos mineiros, e retornando aos fatos discutidos nestes autos, percebe-se que a Carbonífera Criciúma, de forma bastante generosa, colaborava com as campanhas eleitorais do presidente do Sindicato dos Trabalhadores de Rio Maina mediante a liberação de empregados para atuar como cabo eleitoral, além de financiar o transporte de trabalhadores a centros médicos, mas em nome do sindicato dirigido pelo Sr. Edson do Nascimento.

E no procedimento investigatório instaurado pelo MPT em função do Ofício expedido pelo Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Criciúma, de número 00196.2008.12.002/5-37, é informado ter sido apurado que a Carbonífera também promovia doações às campanhas eleitorais do presidente do Sindicato de Rio Maina, além de prestar auxílio financeiro ao presidente do Sindicato de Forquilha e a outros sindicalistas das respectivas diretorias, por meio de uma pessoa jurídica interposta (ONG Terra Verde).

Informa, ainda, que em 15.2.2008 recebeu denúncia anônima (fl. 57) dando conta, em outras palavras, de que desde o ano de 2005 a

categoria profissional representada pelos sindicatos de Rio Maina e de Forquilha vinha sendo prejudicada pelas negociações (acordos coletivos) levadas a cabo pelas duas entidades sindicais, uma vez que seus dirigentes negociavam, sistematicamente, níveis de reajustes salariais inferiores aos obtidos pelos demais sindicatos profissionais da região carbonífera. Segundo a denúncia, as negociações eram aprovadas pelos mineiros por meio de ameaças de representantes da empresa, presentes nas reuniões.

Portanto, segundo o MPT, a estrutura sindical corrupta e ilegítima dos sindicatos requeridos jamais teria idoneidade moral e jurídica para promover o interesse coletivo da categoria obreira no conflito social inerente ao binômio capital/trabalho, porquanto profundamente comprometida com os interesses patronais. E a prova disso, segundo o autor da ação, encontra-se estampada na negociação coletiva de 2009, bem como nas negociações coletivas dos anos anteriores, **que resultaram uma perda salarial de 6,25% aos mineiros por eles representados**, em comparação aos demais trabalhadores da categoria da região.

Realmente, os documentos dos autos indicam que, em 2008, os mineiros da região obtiveram um reajuste linear de 7,26% (fl. 205), enquanto que os representados pelos sindicatos de Rio Maina e de Forquilha, apenas 6% (fl. 239). A situação, todavia, dada a diferença de apenas 1,26%, não levaria sozinha a essa conclusão se não fosse constatado que a renúncia salarial não foi ocorrência exclusiva do ano de 2008.

Ao contrário, a prova dos autos dá conta de que desde 2004, pelo menos, os sindicatos requeridos vêm firmando acordos coletivos de trabalho com reajustes salariais significativamente inferiores aos obtidos pelas demais entidades sindicais em negociações coletivas, sem contar que o piso salarial, é o menor da categoria. Cumpre referir ainda, **que, desde o ano de 2000, tais entidades, presididas pelas**

mesmas pessoas, têm acordado em conjunto as mesmas cláusulas.

No quadro abaixo, é possível visualizar os índices de reajustes salariais negociados pelos demais sindicatos, em comparação com os índices acertados pelos sindicatos requeridos com a Carbonífera Criciúma:

Ano	Reajustes previstos em Convenções Coletivas firmadas por outros sindicatos (fl. 205)	Reajustes previstos em Acordos Coletivos firmados pelos Sindicatos de Rio Maina e de Forquilha
2004	12,00%	10,38% (fl. 207)
2005	8,50%	6,13% (fl. 215)
2006	5,05%	5,05% (fl. 223)
2007	4,00%	3,00% (fl. 231)
2008	7,26%	6,00% (fl. 239)
2009	9,00%	6,48% (fl. 184)

Cabe salientar que, em 2009, **os dois sindicatos requeridos aceitaram reajuste anual de apenas 6,48%, apesar da categoria econômica ter ofertado reajuste de 7% na sede da SUECESC, onde todos os entes sindicais, inclusive o Sindicato de Rio Maina, receberam a oferta de reajuste de 7% por parte da categoria econômica, como informado no Termo de Audiência juntado à fl. 173.**

Observe-se: **houve oferta pela categoria econômica de reajuste superior ao que foi acertado pelos Sindicatos de Rio Maina e de Forquilha com a Carbonífera Criciúma.** Não se pode, com isto, crer que a autonomia das vontades coletivas direcionou esta negociação.

Acerca de tais evidências — **de negociações coletivas prejudiciais aos mineiros** — os requeridos sustentam em defesa, em síntese, que a negociação coletiva celebrada com reajuste inferior em 2009 teve como condicionantes a crise econômica, a situação delicada pela qual passava a Carbonífera em virtude da baixa qualidade da camada de carvão explorada e a redução da quota comprada pela Tractebel, o que gerava menor receita, além do compromisso

verbal de manutenção de empregos assumido por “imposição sindical”.

Aduziram ainda, que em virtude da atuação cinquentenária do Sindicato de Rio Maina, as “conquistas” da classe compensam os reajustes inferiores, como, por exemplo, convênios médicos, abono anual superior aos das demais entidades sindicais e o recebimento de um litro diário de leite. Por fim, asseveraram que o reajuste de 9% obtido pelas demais entidades sindicais serviu apenas para promover despedidas em massa nas carboníferas, o que não teria ocorrido na Carbonífera Criciúma, e **que a realização de assembleias na sede da empresa, visava apenas facilitar o comparecimento dos membros da categoria.**

Os argumentos da defesa, contudo, não se sustentam.

É inegável que o mundo passou por uma crise de grandes proporções a partir do final de 2008 e seus desdobramentos ainda hoje são sentidos. Aliás, tal crise, iniciada naquele momento, parece apenas piorar em muitos países. No Brasil, todavia, seus efeitos não foram sentidos com intensidade à época, ante as medidas governamentais de expansão do crédito e às renúncias fiscais. Para se ter uma ideia, no ano de 2009, ápice da crise, o PIB brasileiro encolheu apenas 0,2% enquanto o dos EUA, 2,4%, Japão, 5% e UE 4,2%. Não podemos esquecer que, no ano anterior, em 2008, o crescimento brasileiro havia sido de robustos 5% e, em 2007, ainda maior, de 5,4%.

Tais dados indicam, ao menos de forma indiciária, que a situação econômica do país não foi significativamente abalada, embora se reconheça que, no setor carbonífero, foram efetivadas no ano de 2009, de forma circunstancial, algumas demissões. Prova disso são as cópias das notícias encartadas nos autos, o que decorreu da decisão da termoeletrica Tractebel de baixar seus níveis de consumo em função dos reservatórios das hidroelétricas estarem cheios, o que fez com que a matriz energética do país ficasse mais voltada para esse setor (fl. 296).

No entanto, se de um lado ocorreu redução da quota consumida, de outro, houve reajuste de 12% no preço do carvão vendido conforme informou o MPT (fl. 642/verso) e confirmou a testemunha Genoir José dos Santos (fl. 707), índice que levou em consideração o custo da mão de obra (e o aumento salarial de 9% obtido pelas demais entidades sindicais), fato que sepulta definitivamente, qualquer argumento de que a Carbonífera Criciúma estava passando por dificuldades decorrentes da “crise econômica”.

Não bastasse isso, também não há como admitir que ocorreram “problemas” com as vendas (leia-se, diminuição de minério vendido com conseqüente redução de receitas e dificuldades econômicas) ocasionados pela má qualidade do carvão prospectado no período.

O plano de lavra para o ano de 2009 (fls. 432/454) dá conta de que naquele ano a produção total prevista seria aumentada em relação ao ano anterior, em 2,74% (fl. 435), ainda que a jazida em exploração contivesse baixo teor de carvão contido (fl. 435), o que se daria mediante *uma produção ROM equivalente a 1.978.920,00 toneladas suficientes para compensar a queda no teor de carvão contido* (fl. 437).

Compulsando tais elementos, é possível inferir que, ao contrário do que é afirmado em defesa, o ano de 2009 foi favorável ao setor carbonífero, e à própria empresa requerida, que além de aumentar sua produção, ainda obteve aumento no valor da tonelada do minério vendido, informação que contraria o argumento de que passava por dificuldades financeiras que impunham a diminuição do número de postos de trabalho, somente aplacada pela “imposição sindical” ou “parceria” que previa reajustes salariais inferiores em troca de hipotética estabilidade no emprego.

Ademais, se o “fator dominante das discussões” com a empresa visava a “manutenção de postos de trabalho”, como referido em defesa na fl. 280 dos autos, **como se explica o silêncio do sindicato profissional em anos anteriores**

enquanto grande parte da força de trabalho estava sendo terceirizada de forma fraudulenta pela Carbonífera Criciúma, só contida com a forte intervenção judicial?

Por outro lado, a necessidade de diminuição dos postos de trabalho é desmistificada pelo PLANEJAMENTO DE LAVRA ANUAL da própria Carbonífera Criciúma (fls. 436/438), para o ano de 2009, onde informa que:

O efetivo lotado nas áreas administrativa e operacional da CCSA vem evoluindo ao longo dos últimos anos, tendo registrado um total de 832 colaboradores em 2007, elevando-se este montante para 991 em 2008, número este que deverá alcançar 1000 colaboradores ao longo de todo o ano de 2009.

Portanto, a alegação de que havia um “acordo” entre os sindicatos e a empresa para manutenção de empregos durante o ano de 2009 em função da “crise” no setor, não se sustenta se a própria empresa falava que era necessário aumentar o montante de colaboradores. Ademais, os dados oficiais do CAGED (fl. 645) apontam que, no ano de 2009, a Carbonífera Criciúma, de janeiro a agosto, reduziu seu quadro em 23 empregados e, ao fazermos a análise apenas nos últimos três meses da pesquisa, houve redução de 59 postos de trabalho. Isso aponta para o fato de que as admissões e demissões no período obedeceram tão somente à conveniência do empregador.

Por fim, as propaladas “conquistas” promovidas pelos sindicatos requeridos, que justificariam o dissenso entre as negociações salariais conseguidas pelos demais sindicatos, também foram estendidas aos demais mineiros, como por exemplo, a percepção de um litro de leite por dia.

Ou seja, os argumentos justificadores das negociações prejudiciais aos trabalhadores que representam não se revestem de substancialidade. Segundo o Presidente da Federação da Categoria Profissional, Sr. Genoir José dos Santos (fl. 707), que participa da negociação coletiva da categoria profissional na região de Criciúma há mais de 10 anos:

(...) a regra de conduta é que anteriormente à data-base a federação unifica as propostas de cada ente sindical de 1º grau em uma só; normalmente os sindicatos profissionais de Criciúma, Lauro Muller, Urussanga e Siderópolis permanecem unidos perante as negociações, sendo que o sindicato do distrito de Rio Maina e de Forquilha abandonam as negociações. (grifei)

Coincidência ou não, na edição do *Jornal da Manhã* do dia de 16.2.2011, na matéria intitulada “*Mineiros realizarão assembleia para avaliar proposta e organizar greve*”, é noticiado que os sindicatos requeridos (de Rio Maina e Forquilha) não participaram, também no ano de 2011, dos movimentos relacionados à reestruturação salarial da categoria.

Naquele periódico se lê:

Ao contrário dos trabalhadores na indústria cerâmica, os mineiros estão um pouco distantes de uma negociação para evitar a greve. Até a tarde de ontem, apenas a Cooperminas apresentou proposta de 10% para os trabalhadores, valor abaixo do solicitado. Fora isso, as Carboníferas Metropolitana, Belluno, Siderópolis, Gabriella Mineração, Comin Mineradora, Minasgel, ainda não manifestaram proposta para negociação.

Hoje todos os sindicatos realizarão assembleia nas cidades de Lauro Muller, Urussanga, Criciúma e Siderópolis, porém, apenas em Criciúma haverá estudo de valores. Todos os outros organizarão a greve que está prevista para iniciar segunda-feira (...). (fonte: www.jmnet.com.br).

Ainda segundo a inicial, a estrutura de manipulação, controle e intervenção nas organizações sindicais acionadas passa pela cooptação de seus dirigentes mediante concessão de vantagens ilícitas, por meio de doações e pagamentos fictícios, inclusive para campanhas políticas do requerido EDSON DO NASCIMENTO, sendo salientado que a Carbonífera Criciúma S.A. foi a maior doadora financeira das suas campanhas eleitorais para o cargo de

vereador do município de Criciúma, nos anos de 2004 e 2008, apesar de ao depor perante o Juízo da 4ª Vara do Trabalho de Criciúma, na condição de réu na reclamatória trabalhista 3407/2007, o ora requerido ter dito que a Carbonífera não patrocina suas campanhas políticas (fl. 46).

No entanto, conforme alegado em defesa, apesar do fato chamar a atenção, a simples doação financeira não traduz, por si só, ilegalidade, pois além de não serem proibidas, foram registradas no TRE.

Mas, além das doações em questão, ele também recebeu na campanha, a título gratuito, assim como a entidade sindical por ele dirigida, valores monetários da ONG Terra Verde (amostragem das fls. 161 e 166/168) que, por sua vez, foi declarada uma organização de Utilidade Pública por lei de iniciativa do próprio (vereador) EDSON DO NASCIMENTO (fls. 170/171). Aliado a isto, **é fato incontroverso que os valores doados pela ONG ao sindicato não foram contabilizados**, em que pese o comando do art. 551 da CLT.

Cumpre lembrar que a condição de “entidade de utilidade pública” oferece benefícios de isenção fiscal consoante art. 61 da Lei Orgânica do Município de Criciúma, *in verbis*:

Art. 61. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Município:

(...)

VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos e das entidades reconhecidas de utilidade pública e sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; (grifei)

Não bastasse isso, no mês de fevereiro de 2006, a Carbonífera Criciúma fez um aporte financeiro ao Sindicato dos Trabalhadores de

Rio Maina no valor total de R\$ 99.087,00 (noventa e nove mil e oitenta e sete centavos), em duas parcelas de R\$ 20.587,00 e R\$ 78.500,00, para quitação das mensalidades do mês de fevereiro de 2006, como informam os recibos de fls. 105 e 107 dos autos. Chama atenção a referência do segundo recibo, nestes termos: *PROVENIENTE DO PAGAMENTO DA SUBVENÇÃO DE 2.268 MENSALIDADES NO MÊS DE FEVEREIRO/06, QUE DOU QUITAÇÃO.*

Porém, como apurado pelo MPT, na época, a entidade sindical contava com apenas 757 associados, não havendo explicação nos autos, nem em defesa, para o número de 2.268 mensalidades referidas no recibo, tampouco para a ausência, na contabilidade sindical, do registro de tais valores (fl. 139).

Ao depor perante este juízo, na qualidade de um dos requeridos, o atual presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração de Carvão de Forquilha, Sr. ANTONI CARLOS ALVES, esclareceu que na época em que ocupava o cargo de diretor financeiro do Sindicato dos Trabalhadores de Rio Maina (fls. 671/672), sacou (em dinheiro) *um cheque no valor de R\$ 78.500,00, que foi destinado para prestação da assistência social aos trabalhadores. Confessou ainda, que recebeu doações da ONG Terra Verde, em seu nome pessoal, mas na verdade essas importâncias são destinadas para assistência social aos trabalhadores da categoria que representa.* (grifei)

Assim, argumentam os requeridos que as doações tinham como único objetivo a promoção de ações sociais por parte da Carbonífera, sindicatos e seus dirigentes. Na defesa conjunta do Sindicato dos Trabalhadores de Rio Maina e do seu presidente, é dito que:

O sindicato através de seus representantes solicita e vem sendo positiva sua atuação, recursos à empresa para o auxílio de alguma necessidade de seus associados e/ou familiares.

No caso específico, os valores foram utilizados para reforma/construção de casas, tratamento de saúde de crianças e compra de equipamento especial de utilização ortopédica. (fls. 278/279 — grifei)

No mesmo sentido, vai a defesa do Sindicato dos Trabalhadores de Forquilha, quando tenta explicar no item 2.14 da contestação (fl. 339) a destinação do valor de R\$ 78.500,00, sacado em março de 2006 pelo então tesoureiro do Sindicato de Rio Maina e atual presidente de Forquilha, Sr. Antônio Carlos Alves:

2.14. Explica-se: nos últimos tempos têm-se notícias de diversos incêndios em casas de colaboradores ou de familiares dos mesmos. A empresa, através dos sindicatos, ajuda o colaborador ou seu parente. Diversos são os casos de parentes de funcionários da 5ª ré que apresentam graves problemas de saúde e a empresa, sempre visando a satisfação do seu colaborador, auxilia no deslocamento e até no custeio de tratamento adequado, sempre através do sindicato. (...)

2.15. Em suma, a emissão do cheque, cuja cópia foi obtida por meio ilícito, se deu para fomentar ações sociais praticadas pela empresa 5ª ré através dos sindicatos réus, repita-se, dado a proximidade com os trabalhadores e, portanto, ninguém melhor para saber das suas necessidades, consoante faz prova a documentação ora anexada neste particular. (grifei)

Ou seja, há reconhecimento expresso dos requeridos que o valor de R\$ 78.500,00, do recibo de fl. 107, sacado no banco pelo então tesoureiro do Sindicato de Rio Maina e agora, presidente do Sindicato de Forquilha, não foi repassado pela Carbonífera Criciúma para quitação de 2.268 mensalidades de associados do mês de fevereiro de 2006, constituindo fraude a destinação lançada naquele documento.

Já em sua defesa, juntada às fls. 363/382, a Carbonífera Criciúma alega que o representante do Ministério Público parte da equivocada

premissa de que não pode haver bom relacionamento entre patrões e representantes dos empregados, e que não há na lei eleitoral vedação às doações de campanha. Por outro lado, procura enaltecer a “função social” da empresa, ao falar que:

13. A 5ª ré, de fato, utiliza-se dos sindicatos réus para atender os anseios sociais que uma empresa também deve cumprir. Aliás, não é demasiado lembrar, e isso deve ser do conhecimento da autoridade ministerial, a importante função social que as empresas devem exercer seja junto aos seus colaboradores, sejam perante a comunidade que cerca seu empreendimento.

14. A ‘função social’ da empresa deve incluir a criação de riquezas e de oportunidades de emprego, qualificação e diversidade da força de trabalho, estímulo ao desenvolvimento científico por intermédio de tecnologia, e melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais e assistenciais e de defesa do meio ambiente.

15. Inclui-se neste princípio a contratação preferencial de recursos (trabalho e insumos) oferecidos pela própria comunidade. De modo que os Réus NÃO pensam como os teóricos do início do século XX, onde o homem era valorizado por aquilo que ele fazia, por aquilo que produzia, pelo retorno econômico que a força do seu trabalho proporcionava ao seu empregador, onde o homem constituía-se, pois, em apenas um dos componentes de um sistema maior que, devidamente administrado segundo os princípios da época, deveria produzir os resultados econômicos esperados e que, em decorrência de sua atuação, era periodicamente premiado com salário e punido, se necessário fosse, com advertência, suspensão e demissão. (grifos da defesa)

No entanto, teórico é exatamente o discurso da defesa, pois o que fala na contestação não condiz com a realidade encontrada por este juiz ao se defrontar com inúmeras ações trabalhistas ajuizadas por ex-empregados contra a carbonífera que, por longo período, tentou fraudar

direitos trabalhistas e a própria União — conforme verificado, por exemplo, no processo 3904/2009 — por meio de terceirizações fraudulentas.

E enquanto fala em melhoria da qualidade de vida por meio de ações educativas, culturais e assistenciais, e de defesa do meio ambiente, também foi constatado pelo Juízo que negava o mais sagrado direito aos seus trabalhadores, de repor suas energias com as merecidas férias, fato verificado nos processos 1416/10, 894/08, 1740/10, 1140/10, 4048/07, 3040/07, 2950/08, 2300/09, 1030/10. Isso sabendo a empresa que o ambiente de trabalho dos mineiros é altamente insalubre e prejudicial à saúde, tanto que os mineiros são aposentados com apenas 15 anos de serviços.

Aliás, essa prática irregular, altamente nociva à saúde dos seus trabalhadores, adotada durante anos no interior das minas da Carbonífera Criciúma, também somente foi sustada mediante a intervenção do Poder Judiciário, através da decisão proferida nos autos da reclamação trabalhista n. 1416/2010 e que resultou na assinatura de um Termo de Ajuste de Conduta com o Ministério Público do Trabalho. Pela importância da questão, passo a transcrever parte do teor daquela sentença:

3. Férias com 1/3

O autor pretende receber em dobro as férias do contrato, sob o argumento de que não foram concedidas na época oportuna, o que é impugnado em contestação.

Segundo a ré, o autor age de má-fé ao postular férias do período que esteve afastado do trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário, ou seja, de 7.3.2000 a 16.1.2008, cabendo, desta forma, reprimenda exemplar (art. 16 e ss. do CPC). Já em relação aos demais períodos de férias a que ele tinha direito, alega que foram pagas e gozadas normalmente pelo autor, tendo sido convertido 1/3 (10 dias) em abono pecuniário, de acordo com o art. 143 da CLT.

Conforme se verifica dos documentos das fls. 110/142 e como foi expressamente confessado pelo autor à fl. 250/verso, gozou benefício previdenciário por acidente do trabalho de março de 2000 a março de 2001, e de julho de 2001 a 15 de janeiro de 2008.

Assim, durante o período de afastamento com recebimento de benefício previdenciário, tem razão a ré, pois o trabalhador não tem direito a férias ante o disposto no art. 133, IV, da CLT.

Todavia, com a alta previdenciária — ocorrida em 15.1.2008 — teve início a contagem de novo período aquisitivo de férias. Considerando que foi despedido em 24.3.2010, completou dois períodos aquisitivos de férias, e mais 02/12 proporcionais. E apesar da ré ter afirmado em contestação que estas férias foram pagas e gozadas normalmente pelo autor, não foi isso que falaram as testemunhas.

VALMIR BORGES afirmou que perdeu a conta das vezes que ficou trabalhando nas férias, o que acontece com quase todos os mineiros da ré, inclusive com o autor; que nessas ocasiões, registravam o ponto num cartão paralelo; (...) que o cartão paralelo fica num outro corredor, próximo ao relógio eletrônico; que o horário das férias trabalhadas era registrado num relógio ponto antigo, enquanto que a jornada normal era registrada pelo ponto eletrônico. (grifei – fl. 275)

DONIZETE MARTINS NAZARIO disse que não lembra exatamente quantas vezes trabalhou nas férias, mas acredita que foi quatro ou cinco vezes, quando registrava num cartão paralelo de papel, num relógio ponto; (...) que esse procedimento é comum na ré. (grifei – fl. 276)

No mesmo sentido foram os depoimentos colhidos pela Juíza MAGDA ELIETE FERNANDES no processo 894/2008, cuja ata foi trazida aos autos pelas partes para ser aproveitada como prova emprestada (fl. 275). Na audiência de instrução realizada naqueles

autos em 14.10.2008, a testemunha ATAÍDE JOSÉ GONÇALVES declarou que nos últimos cinco anos do contrato, **em três oportunidades pegou férias trabalhando**, o que também foi confirmado por LUIZ CARLOS CABRAL, ao declarar que **era muito difícil parar e por isso pegava férias trabalhando**. (fl. 278)

E ainda, no processo 1733/10, na audiência realizada no dia 28.9.2010 pela Juíza DANIELLE BERTANCHINI MONTELEONE (fl. 280), a testemunha RONIVALDO MOACIR MATIAS também disse que **não gozava férias regularmente, e que isso acontecia com todos os funcionários**.

Da mesma forma no processo 1140/10, cuja audiência, realizada em 7.7.2010, foi conduzida pela Juíza FERNANDA GUEDES PINTO C. WOODHEAD, com cópia da ata juntada às fls. 282/283, onde as testemunhas convidadas pelo autor daquela ação informaram que **os empregados batiam o cartão “paralelo” no período de férias, ou seja, continuavam trabalhando**.

Já a única testemunha trazida pela ré para ser inquirida naquele processo, Sr. MARCELO BARCHINSKI DA ROSA, que trabalha na empresa há 10 anos na função de encarregado do setor de drenagem, disse inicialmente que todos os empregados gozam as suas férias dentro do prazo legal e que não sabia da existência de cartão paralelo. Mas, ao ser arguido **incidente de falso testemunho** pela procuradora do autor daquela ação, em razão de ter prestado depoimento em outro processo (3138/2009 – 4ª Vara), no qual afirmou ter utilizado cartão paralelo, **a testemunha convidada pela empresa se retratou e confirmou que em duas oportunidades não gozou suas férias na época própria e utilizou cartão paralelo**. Ou seja, a testemunha arrolada pela própria ré confirmou a irregularidade.

Pelo exposto, declaro nulos os documentos das fls. 85 e 165 (art. 9º, da CLT) e condeno

a ré a pagar a dobra, e tão somente da dobra, das férias do período aquisitivo de 16.1.2008 a 15.1.2009, acrescidas de 1/3. Já as demais foram indenizadas quando da rescisão do contrato, como se observa pelo TRCT de fl. 72, o que apenas reforça a veracidade dos depoimentos testemunhais, ou seja, que a empresa não costuma conceder regularmente as férias, para gozo.

Diante da prática adotada na empresa e relatada pelas diversas testemunhas inquiridas pelos juízes deste Foro Trabalhista, **cabe agora perguntar quem merece, realmente, a “reprimenda exemplar”, requerida expressamente pela ré em sua contestação**. Evidentemente, não é o trabalhador, como quer a empresa.

A propósito. Para que não se tenha dúvidas sobre a prática reiterada das irregularidades noticiadas pelas testemunhas acima mencionadas, este Juízo se deu ao trabalho de verificar em outros processos com tramitação neste foro, se isso também foi constatado por mais juízes (além dos já citados) com atuação nas Varas do Trabalho de Criciúma, e se isso vem se repetindo há tempos.

Assim, do exame de algumas atas de audiências disponíveis na internet (as cópias das atas e respectivas sentenças, estão sendo juntadas em anexo pelo Juízo), merecem destaques os seguintes processos, onde os juízes que conduziram as audiências de instrução constataram os mesmos fatos:

Processo 4048/2007, com audiência realizada em 4.3.2008 pelo juiz ERNO BLUME, onde a testemunha VILMAR PAULO MICHELS relatou que **no período em que deveriam estar de férias registravam o horário de trabalho em cartão ponto paralelo, ou seja, num outro cartão**.

Processo 3040/2007, com audiência realizada pelo Juiz CARLOS ALBERTO BEGALLES em 27.10.2008, quando foi inquirida a testemunha LUIZ CARLOS CABRAL, que trabalhou para a ré de 2000 a 2007, na função de bombeiro, e

disse que não gozava férias e batia cartão paralelo.

Processo 2950/2008, onde as partes, na audiência designada para o dia 20/05/2009 pela Juíza MAGDA ELIETE FERNANDES, as próprias partes, de comum acordo, apresentaram cópia da ata do processo 894/08 — já analisada anteriormente — para que os depoimentos colhidos naquela ação fossem utilizados como prova emprestada.

Processo 2300/2009, com audiência no dia 19.1.2010, conduzida pelo Juiz SILVIO ROGÉRIO SCHNEIDER, onde a testemunha EDSON DOS SANTOS ROLDÃO disse que nunca gozou férias, e ao que sabe o autor também não.

Processo 1030/2010, com audiência presidida pelo Juiz ELTON ANTONIO DE SALLES FILHO, onde as testemunhas VALDECIR COLOMBO e LEANDRO DOS SANTOS MARTINS disseram que não usufruíram férias.

Portanto, não resta dúvida de que o procedimento da empresa demandada, adotado há muito tempo, merece “reprimenda exemplar” do Poder Judiciário por infringir o CAPÍTULO IV da CLT, ainda mais se forem lembradas as condições em que são prestados os serviços em minas de subsolo, que justamente por isso, levaram o legislador a estabelecer algumas normas especiais de tutela do trabalho na SEÇÃO X do TÍTULO III da CLT, entre as quais, destaca-se a redução da carga horária (art. 293).

As infrações que vêm sendo cometidas reiteradamente pela empresa implicam em grave lesão à ordem jurídica e aos direitos sociais dos trabalhadores, devendo ser dada notícia destes fatos à DELEGACIA REGIONAL DO TRABALHO e ao MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, para que seja fiscalizado se a prática ainda vem sendo mantida nos dias de hoje, e para que seja verificada sobre a necessidade de ser ajuizada AÇÃO CIVIL PÚBLICA para que a empresa seja compelida

a cumprir a legislação trabalhista, com a imposição de severas multas em caso de reincidência em tais infrações, pois a atitude noticiada constitui abuso de direito, passível de ser indenizada, por força do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Ademais, por força do art. 299 da CLT, quando nos trabalhos de subsolo ocorrerem acontecimentos que possam comprometer a vida ou a saúde dos empregados, tais fatos devem ser levados imediatamente ao conhecimento do Ministério do Trabalho. No caso, não se espera, evidentemente, que essa iniciativa venha da empresa, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário suprir sua omissão, assim como do sindicato profissional, que parece não ter se dado conta da gravidade dos fatos constatados.

Afinal, se aos mineiros é concedida aposentadoria especial ao serem completados 15 anos de trabalho no subsolo (art. 57 da Lei n. 8.213/91), em função das condições adversas em que são prestadas tais atividades, no mínimo se espera do empregador que suas férias sejam concedidas regularmente, já que este direito encontra-se garantido inclusive na Constituição Federal (art. 7º, XVII) e não pode ser suprimido em hipótese alguma, justamente por constituir medida de saúde e segurança do trabalho.

Ora, se aos empregados do subsolo é obrigatória uma pausa de 15 min para repouso a cada 3 h consecutivas de trabalho (art. 298 da CLT), e se o trabalho nestas condições somente é permitido a homens, com idade entre 21 e 50 anos (art. 301), fica evidente que estamos tratando de condições especiais de trabalho.

E ao assim proceder — não conceder regularmente as férias aos seus empregados — a empresa está contribuindo para que os trabalhadores adquiram a doença profissional que tanto aflige esta categoria profissional (pneumoconiose), e o mais grave, para a ocorrência de acidentes de trabalho no

interior da mina, já que são justamente as férias (e os períodos de descansos) que permitem ao trabalhador repor sua energia, para voltar a prestar trabalho.

Abre-se um parêntese para salientar que a pneumoconiose é uma doença irreversível decorrente da inalação de poeiras orgânicas e inorgânicas em suspensão no ambiente de trabalho — no caso dos autos, decorrente da atividade de mineração — que produz manifestações clínicas, radiológicas e da função pulmonar.

Nas palavras do Juiz do Trabalho Francisco Rossal de Araújo (in Cadernos da AMATRA IV – 14º Caderno de Estudos sobre Processo do Trabalho, p. 9):

O ordenamento jurídico responde na proteção de forma ampla a todos os indivíduos, procurando garantir a sobrevivência dentro de patamares mínimos de razoabilidade e equilíbrio. A condição do trabalhador, dentro das condições específicas da prestação de trabalho, enseja um tratamento jurídico especial, mais detalhado do que a proteção jurídica a qualquer cidadão. Dito de outro modo, proteger a vida, a saúde e a dignidade são ideais perseguidos de um modo geral para toda a cidadania, mas com um matiz especial quando no tocante ao trabalho. Isso ocorre em função das condições de risco em que se encontram determinadas atividades laborais. Por essa razão, o tema da saúde do trabalhador foi elevado ao nível constitucional, tanto no que diz respeito às proteções aos riscos inerentes ao trabalho quanto no que tange à seguridade social e às indenizações decorrentes de acidentes de trabalho e doenças profissionais. (grifei)

A questão ora analisada também serve para fazer uma autocrítica do próprio Poder Judiciário que, ultimamente, parece estar mais preocupado com números e esquece que os dados estatísticos que armazena em seus arquivos devem ser analisados também qualitativamente, e não apenas quantitativamente.

Não basta resolver processos. É necessário resolver as situações que geram esses processos. Ou seja, não basta apenas resolver conflitos, sendo necessário também criar mecanismos de correção de procedimentos irregulares, que atingem os direitos da própria sociedade, e não apenas de um indivíduo, particularmente considerado.

Infelizmente, o sistema processual em vigor privilegia as ações individuais, que ao serem julgadas, resolvem apenas o conflito em particular, com a imposição de uma indenização para o autor da ação, deixando de resolver o principal, ou seja, a própria situação de conflito, pois em situações como a verificada nestes autos, o ato ilícito é praticado contra toda a categoria dos mineiros, e não apenas contra a pessoa que ajuizou a presente demanda.

Aliás, foi esta justamente a tônica do VII SOMPÓSIO DO TRT da 12ª REGIÃO, realizado entre os dias 18 e 19 de outubro passado, que teve como tema, MEIO AMBIENTE DE TRABALHO: AÇÕES E RESPONSABILIDADES.

No Simpósio, o palestrante Marcos Neves Fava (Juiz do Trabalho do TRT da 2ª Região), foi enfático ao defender que o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho devem buscar, além da reparação do dano individual, a correção dos procedimentos irregulares que se repetem, com a utilização de mecanismos de penalização, com a adoção de medidas preventivas destinadas a eliminar o risco à saúde e à integridade física do trabalhador.

Portanto, enquanto que em contestação a Carbonífera Criciúma fala na “função social da empresa” e que está preocupada na defesa do meio ambiente e que “os Réus NÃO pensam como os teóricos do início do século XX”, não concedia gozo de férias aos seus empregados, APESAR DE SABER QUE TRABALHAM EM AMBIENTE ALTAMENTE INSALUBRE, conforme visto no processo 1416/2010, entre tantos outros.

Não era exatamente isso — ausência dos mais elementares direitos trabalhistas — que acontecia no início do século XX, quando os trabalhadores tiveram que lutar para conquistar os direitos sociais, hoje protegidos pelo Direito do Trabalho? Se já naquela época os trabalhadores se organizavam em sindicatos para defender os direitos sociais, entre os quais, o gozo de férias anuais remuneradas (art. 7º, XVII, da CF), onde estavam os sindicatos requeridos durante todos esses anos? Aliás, antes de se preocuparem com o “tratamento” da saúde dos mineiros e seus familiares, como alegam em defesa, deveriam se preocupar em prevenir as causas que prejudicam a saúde deles.

Já em contestação (fl. 286), o Sindicato de Rio Maina, após falar na maneira desastrosa — segundo seu entendimento — que os documentos anexados à inicial (fls. 104 e 106) foram obtidos pelo MPT, aduz que as declarações de fls. 300/307, fazem *prova clara e incontroversa*, de que tais valores foram utilizados para colaborar com pessoas de poucos recursos e que necessitavam de socorro imediato.

Enquanto que os próprios requeridos confessam que os recibos fotocopiados nas fls. 105 e 107 não foram emitidos para quitação de mensalidades sindicais, apesar de constar expressamente essa destinação nos recibos, pretendem fazer crer que a simples juntada de declarações de terceiros fazem prova — e incontroversa — de que tais recursos foram utilizados para colaborar com pessoas de poucos recursos.

Ora, tais documentos não se prestam ao que se destinam, já que são meras declarações, que sequer foram prestadas em juízo. E se a destinação de tais recursos tinha esse nobre objetivo, por que não foi contabilizada com esta destinação? E ainda, por que foi necessário sacar o expressivo valor de R\$ 78.500,00, na “boca do caixa”, em espécie? E onde estão as notas fiscais da aquisição dos materiais de construção referidos nas declarações — unilaterais — de fls. 301, 302, 303 e 307?

A versão dos requeridos faz lembrar um triste episódio da política brasileira, que ficou conhecido com a alcunha de “OPERAÇÃO URUGUAI”, mediante o qual um então presidente da República, que acabou deposto, tentou explicar a origem de parte dos seus recursos financeiros, não declarados ao fisco.

Enquanto isso, ao depor perante este Juízo (fls. 669/670), o presidente do Sindicato dos Trabalhadores de Rio Maina, Sr. EDSON DO NASCIMENTO, declarou:

(...) que os mineiros costumam pedir ajuda ao depoente [Edson] para comprar remédios, além de outros auxílios, e após fazer um relatório desses pedidos costuma ir até o escritório da Carbonífera para reivindicar ao chefe de pessoal ajuda para esse pessoal, sendo que nesse caso apenas assina o recibo que sai em seu nome e a empresa passa o auxílio diretamente para essas pessoas; que todos os dias têm pessoas reivindicando alguma ajuda; que os responsáveis pela carbonífera pegam recibos desse auxílio das pessoas favorecidas; que o Cléssio, que é empregado da mineradora, disse que precisa desses recibos para prestação de contas; que esses recibos são assinados pelos próprios beneficiários do auxílio recebido. (grifei)

Note-se quão falacioso é o argumento da defesa da Carbonífera Criciúma ao assim se manifestar na sua contestação sobre a acusação do MPT (fls. 367/368), de locupletamento dos dirigentes sindicais:

18. A criatividade da peça acusatória não descansa. O DD Representante do Ministério Público acusa os Réus de criar artifícios para promover o enriquecimento sem causa dos dirigentes sindicais. Uma vez mais ressalta a leviandade da acusação. A 5ª ré, como é público e notório, pratica uma enormidade de ações sociais.

19. Nem todas essas ações, por não ser a 5ª ré uma entidade filantrópica, são convenientes aparecer no portfólio de compromissos.

Por esse motivo, e pelo contato mais próximo dos dirigentes sindicais com os trabalhadores, muitas dessas ações são intermediadas pelo sindicato e pagas pela 5ª Ré. (grifei)

Diante de tais alegações, indaga-se se estaria a Carbonífera admitindo que o “sindicato” realiza benesses em favor dos sindicalizados de outras entidades, sob a alcunha de filantropia, em verdadeiro desvirtuamento de fontes de custeio e confessa não emitir recibos sobre transações efetuadas, por considerar isso inconveniente. Nenhuma das duas hipóteses se mostra razoável partindo-se de um Sindicato, considerando que os interesses que devem sempre prevalecer são de seus representados, nos termos do art. 8º da Constituição Federal, e não, meras conveniências.

Ainda que admitisse a possibilidade de prevalência de conveniência sobre os interesses cuja classe representatividade realiza (a verdadeira subversão do sistema de representatividade sindical), a julgar pelos argumentos das partes e depoimentos dos sindicalistas ouvidos pelo Juízo, os fatos teriam ocorrido na forma da cena jocosamente retratada pelo Ministério Público, à fl. 717:

Tem-se então o *iter* da “*operação assistencialista*” construída pelo litisconsórcio passivo: primeiro, “o pessoal do sindicato” faz uma avaliação do custo do material e um relatório, beneficiando inclusive trabalhadores que não pertencem à categoria; depois, apresenta a conta para a Carbonífera; a seguir a Carbonífera, ávida por praticar a assistência social, emite pagamento, direto do seu caixa ou por meio do caixa da ONG Terra Verde, em favor do sindicalista “intermediário”; este vai ao banco e saca a quantia na boca do caixa; segue-se que, de posse de um saco de dinheiro, o altruísta diretor sindical entrega a bolada para os trabalhadores necessitados, inclusive aqueles que não são pertencentes à categoria; colhem-se recibos ora firmados pelo sindicalista ora pelos beneficiários; e, por fim, registra

a operação na contabilidade do sindicato, na conta das mensalidades sindicais.

Mas, como estamos no mundo da realidade, a interpretação dos fatos deve ser dada de forma menos idealista e caricata, voltemos aos autos.

As provas evidenciam a prática de atos antissindicais consubstanciadas de alto caráter de conveniência particular, seja em aspectos de violação do sistema contributivo, seja na outorga de mandato, seja na troca de favores entre parceiros políticos, todos em detrimento da representação de classe, verdadeiro escopo de todo o sistema sindical. **Sem os elementos básicos de representatividade, sem a força e voz da categoria representada, não estamos, definitivamente, diante de uma entidade que possa denominar-se SINDICATO.**

Os fatos mencionados resultaram em acordos coletivos de trabalho prejudiciais à categoria dos mineiros, mediante direcionamento das negociações pelos dirigentes sindicais que, por sua vez, eram beneficiados com valores travestidos de doações não contabilizadas, que saíam diretamente do caixa da empresa Carbonífera Criciúma ou do caixa da ONG Terra Verde.

Nesta conjuntura, se tornou interessante aos requeridos manter em atividade o Sindicato de Rio Maina, tanto que o Sindicato de Forquilha jamais adotou medida no sentido de contestar a sua existência, apesar de ter um número bem menor de associados (apenas 200, contra quase 1000 no outro). Pelo contrário, como se observa pela matéria abaixo transcrita:

MP acusa ONG de conter greve e salário de mineiros

17 de novembro de 2009

Entidade, que bancou campanha de vereador, recebeu R\$ 625 mil de ministério, mas não conseguiu comprovar gastos.

Enquanto a CPI das ONGs patina há mais de dois anos no Senado, entidades são usadas por patrões para remunerar sindicalistas,

patrocinar eleições e conter greves e aumentos de salários de categorias profissionais. É o caso, segundo o Ministério Público do Trabalho, da ONG Terra Verde, de Criciúma, no sul de Santa Catarina, principal polo produtor de carvão mineral do país.

Criada pela Carbonífera Criciúma, a maior produtora do minério na região, a ONG deveria atuar em projetos ambientais para recuperação de áreas degradadas pela exploração do carvão. De acordo com a denúncia, a entidade transferiu mais de R\$ 27 mil, entre maio e fevereiro de 2007, para dois sindicatos que representam os mineiros que trabalham na empresa.

Ainda segundo a acusação, desse total, R\$ 10.700,00 foram repassados ao presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, Edson Nascimento, e mais R\$ 1.800,00 ao presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Forquilha, Antônio Carlos Alves. O restante do dinheiro acabou nos cofres do Sindicato de Rio Maina.

Para atuar na área ambiental, a Terra Verde recebeu, entre 2002 e 2007, R\$ 625.060,83 do Ministério de Ciência e Tecnologia (MCT). O convênio foi estabelecido pela rubrica “Fomento a Projetos Institucionais para Pesquisa no Setor de Energia Elétrica” (CT-Energ).

De acordo com as informações do Sistema Integrado de Administração Financeira (Siafi), deste total, apenas R\$ 247.282,59 foram aprovados pelo MCT. Em agosto deste ano, a pasta decretou a inadimplência do convênio, pois a ONG não conseguiu comprovar como gastou R\$ 161.969,78. Outros R\$ 216.717,59 ainda estão sem análise no MCT.

A entidade é administrada pelo filho de um dos sócios da empresa, Gustavo Gazolla, e teve seu título de utilidade pública municipal proposto por Edson Nascimento, conhecido

como Edinho do Sindicato, também vereador de Criciúma e atual presidente da Câmara de Vereadores do município.

Toma lá, dá cá

A denúncia faz parte de uma ação civil pública proposta ainda em julho deste ano pelo Ministério Público do Trabalho, e tramita na 1ª Vara de Trabalho de Criciúma. A ação, à qual o Congresso em Foco teve acesso, também narra como a Carbonífera Criciúma bancou as campanhas eleitorais de Edinho do Sindicato, em 2004 e 2008.

Em 2004, segundo a denúncia, a empresa repassou R\$ 30 mil dos R\$ 37 mil arrecadados pelo sindicalista durante sua campanha. Já em 2008, a carbonífera, que também é a empregadora do presidente do sindicato, repassou R\$ 53.192,00 na forma de patrocínio político para o presidente da Câmara de Vereadores.

“O ‘toma lá, dá cá’ praticado pela ‘dobradinha’ Edinho do Sindicato e ONG Terra Verde/Carbonífera Criciúma caracteriza a vergastada prática política do clientelismo e do exercício da legislatura em prol de interesse particular”, resume o procurador do Trabalho Luciano Lima Leivas, autor da ação.

Além das contribuições de campanha e do dinheiro repassado pela ONG, Antônio Carlos Alves recebeu mais R\$ 99.087,00 da Carbonífera Criciúma, segundo a denúncia. O dinheiro seria referente ao pagamento de mensalidade sindical do mês fevereiro de 2006.

Apesar de o dinheiro ter sido sacado por Alves, o recibo foi dado pelo sindicato comandado por Edson Nascimento, do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina. Embora tivesse 757 mineiros associados na época, o sindicato declarava oficialmente representar 2.286 trabalhadores.

“À evidência, o repasse de um quantitativo de mensalidades superior em mais de 300% do número real de trabalhadores filiados aos

dois sindicatos obreiros conjuntamente considerados demonstra de forma unívoca o enriquecimento ilícito da representação obreira e a interferência indevida da empresa no financiamento das organizações sindicais e/ou de seus dirigentes”, afirma o autor da ação no texto da denúncia.

Menor piso da região

Na ação, o procurador do Trabalho pede a dissolução do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina e o afastamento de Edson Nascimento e Antônio Carlos Alves das funções sindicais. Luciano Leivas também quer a condenação, por danos morais coletivos, no valor de R\$ 762 mil. O valor corresponde ao total da renúncia salarial patrocinada pelos sindicalistas na negociação coletiva 2009.

Só neste ano, morreram três mineiros em acidentes de trabalho na Carbonífera Criciúma. A jornada de trabalho é regulada por um termo de ajuste de conduta com o Ministério Público do Trabalho. Pelo acordo, as atividades dos trabalhadores no subsolo não podem ultrapassar 6 horas diárias, contabilizando, no máximo, 36 horas semanais. Mas, até o final do ano passado, a jornada chegava a 10 horas, segundo o Ministério Público do Trabalho. O piso dos mineiros contratados pela empresa é de R\$ 1.054,00 – o menor do setor na região.

O Congresso em Foco tentou contato com o MCT desde o último dia 25 de outubro por meio da assessoria de imprensa da pasta. Até o fechamento desta edição, o ministério não havia retornado o pedido de informações do site sobre o convênio realizado com a ONG Terra Verde.

O site também procurou os dois sindicalistas denunciados pelo MPT e a Carbonífera Criciúma. Nenhum deles retornou o pedido de esclarecimentos feitos pela reportagem. Matéria do Congresso em Foco. (grifei)

Equipe Fenatracoop

<<http://www.sintrascoopa.com.br/?p=11463>>

Constatado, portanto, a prática de atos antissindicais e que as doações foram realizadas com desvio de finalidade, passo a analisar os demais pedidos da inicial.

5.1. Inelegibilidade e perda de mandatos

O Ministério Público do Trabalho postula a decretação da perda do mandato dos presidentes dos sindicatos requeridos, além da decretação da inelegibilidade/impedimento à candidatura para assunção de cargo de dirigente sindical, pelo período de oito anos, por meio da aplicação analógica do art. 12, II da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) e o previsto nos respectivos estatutos sociais.

Diante dos fatos analisados, e considerando a decisão liminar concedida anteriormente, limitando a existência do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão do Rio Maina até o final do mandato da atual diretoria (até 6.4.2013), antecipo os efeitos da tutela pretendida pelo Ministério Público do Trabalho para suspender o exercício das competências atribuídas ao atual presidente do Sindicato, Sr. EDSON DO NASCIMENTO, e para que se abstenha de participar, até o trânsito em julgado desta decisão, de processos eleitorais no âmbito dos dois sindicatos acionados, na qualidade de candidato para o exercício de mandatos de cargos de direção sindical previstos nos respectivos estatutos, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), incidente sobre cada ato praticado em desacordo com a presente determinação.

E ainda, nomeio o Sr. AGENOR DAUFENBACH JUNIOR, com endereço na rua Rui Barbosa, 149, salas 405/406, nesta cidade de Criciúma, para atuar na função de liquidante do SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE EXTRAÇÃO DE RIO MAINA, o qual deverá ser intimado para tanto pela Secretaria do Juízo, para que diga,

em 30 dias, se aceita o encargo, bem como para apresentar sua proposta de honorários pelos serviços a serem prestados.

Caberá ao liquidante fazer um inventário de todos os bens do sindicato, bem como a contabilidade da entidade, até a sua dissolução, e ainda, acompanhar os trabalhos para seu patrimônio seja transferido ao Sindicato de Forquilha, na forma determinada anteriormente.

A nomeação do referido profissional deve-se ao fato de ser do conhecimento do Juízo que ele vem atuando na função de liquidante e administrador judicial de várias empresas, estando, portanto, plenamente apto para exercer o mister ora designado.

E a partir da publicação desta sentença, **deverá ser dada ciência antecipada ao liquidante ora nomeado e ao Ministério Público do Trabalho, de toda e qualquer assembleia do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, com antecedência de 15 dias, as quais não poderão ser realizadas nas dependências da Carbonífera Criciúma, em hipótese alguma, tudo sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por assembleia realizada sem observar as determinações acima.**

Caberá ao liquidante e ao Ministério Público informar ao Juízo caso venham a ter seus trabalhos de fiscalização dificultados pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Carvão de Rio Maina, e inclusive, sobre a necessidade de ser dado conhecimento aos associados do sindicato do inteiro teor da presente decisão, para esclarecimentos dos fatos, até para que não sejam divulgadas informações desconhecidas aos maiores interessados com o resultado desta ação: os mineiros.

Ademais, não será aceito o discurso demagógico de que o Poder Judiciário está prejudicando os trabalhadores com a presente decisão. Antes pelo contrário, além de ser dado um prazo, mais do que razoável, para que os serviços —

meramente assistenciais — sejam assumidos pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Carvão de Forquilha, os trabalhadores da mesma base territorial deixarão de sustentar, com suas contribuições sindicais, duas entidades, quando bastaria apenas uma.

E ainda, antecipo em parte os efeitos da tutela pretendida pelo MPT para **suspender o exercício das competências atribuídas ao atual presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Forquilha, Sr. ANTÔNIO CARLOS ALVES, e para que se abstenha de participar, até o trânsito em julgado desta decisão, de processos eleitorais no âmbito dos dois sindicatos acionados, na qualidade de candidato para o exercício de mandatos de cargos de direção sindical previstos nos respectivos estatutos, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), incidente sobre cada ato praticado em desacordo com a presente determinação.**

Por fim, registro que no impedimento dos presidentes dos sindicatos acionados, ora declarado, compete ao Diretor Vice-Presidente substituí-los, na forma prevista nos arts. 35, II, e 37, II, dos respectivos estatutos sociais (fls. 69 e 119).

5.2. Equiparação salarial

Sob a alegação de que houve caracterização de discriminação remuneratória fundada em critério territorial, levado a efeito pela prática habitual de ser firmado entre os sindicatos acionados e a empresa Carbonífera Criciúma acordos coletivos de trabalho para excluir a aplicação do piso fixado na convenção coletiva, substituindo-o por outro piso de valor econômico inferior, aplicável aos trabalhadores da base territorial de Forquilha, requer o Ministério Público do Trabalho a condenação da empresa requerida no pagamento do piso salarial de R\$ 1.054,86 e do índice de 9% para os salários superiores ao piso, retroativos ao dia 1º de janeiro de 2009, para todos os trabalhadores, compensados os pagamentos já efetuados

mediante aplicação do índice de 6,48%, ao fundamento dos arts. 5º, *caput*, primeira parte, 7º, inciso XXX, ambos da Constituição de República e do art. 461, *caput* da CLT.

A equiparação salarial prevista no art. 461 da CLT, dá conta de estabelecer liame de igualdade entre os trabalhadores, através de alguns requisitos, como territorialidade e identidade de função.

No caso dos autos, não se pode negar o fato de que a categoria profissional foi prejudicada pelas negociações coletivas, com uma perda salarial evidente no ano de 2009, assim como em todos os anos anteriores, ao menos a partir de 2004, como foi apontado anteriormente.

Em 2009, a única cláusula negociada pelos sindicatos requeridos (e obviamente, pelos seus representantes máximos, comprometidos com os interesses empresariais), foi justamente aquela que estabeleceu o piso salarial em R\$ 1.004,53 (o menor da categoria na região) e o reajuste de 6,48% (também o menor dos mineiros da região).

Mas, com base no art. 461 da CLT, não há de falar em equiparação salarial, dado não ser possível, de acordo com a literalidade da norma, equiparar salários de quem presta serviços em localidades diversas, sendo o conceito de localidade estabelecido pelo inciso X da Súmula n. 6 do TST:

6. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. ART. 461 DA CLT.

(...)

X – O conceito de “mesma localidade” de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana. (ex-OJ da SBDI-1 n. 252 — inserida em 13.3.2002.)

No caso dos autos, o próprio MPT informa na inicial, na nota de rodapé da fl. 28 dos autos, que a lei complementar estadual que criou a Região Metropolitana Carbonífera foi extinta em 2007. Além disso, para ser determinada a

equiparação, devem ser atendidos outros requisitos, previstos no art. 461 da CLT, não observados na hipótese.

Por outro lado, em face do princípio da autodeterminação coletiva, segundo o qual as categorias — profissional e econômica — têm autonomia para deliberar no plano coletivo das relações de trabalho, sem, no entanto, suprimir ou reduzir, direitos mínimos contemplados em lei. Portanto, não cabe ao Poder Judiciário determinar que a Carbonífera Criciúma pague aos seus empregados o valor do piso salarial alcançado pelos demais sindicatos profissionais da região, já que a vontade coletiva vincula as vontades individuais, em ambos os polos da relação de emprego, como nos ensina Carmen Camino, em *Direito individual do trabalho* (LTr, 4. ed., p. 106).

Mas, considerando o afirmado pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, na petição de fl. 768, de que com a consolidação da situação jurídica e diretiva do Sindicato de Forquinhinha, “as negociações que culminaram na entabulação do acordo coletivo de trabalho de 2011 entre a categoria profissional e a empresa foram realizadas ante a assistência daquele sindicato”, o ABONO SINDICAL ANUAL estipulado na cláusula 4ª do Acordo Coletivo de Trabalho juntado às fls. 775/783 também deverá ser concedido pela Carbonífera Criciúma aos empregados filiados ao Sindicato de Rio Maina.

Portanto, se os empregados da Carbonífera Criciúma vêm sendo “representados” pelos dois sindicatos, o ABONO SINDICAL ANUAL estipulado no acordo coletivo firmado por apenas um dos sindicatos deverá ser estendido para os empregados filiados a ambos os sindicatos, pois conforme previsto no § 2º da cláusula 4ª, o trabalhador “terá direito ao abono anual previsto nesta cláusula se for filiado ao Sindicato Profissional e, para isso, deverá apresentar à empresa a prova documental da sindicalização”.

Ademais, embora não seja possível verificar nos autos, acredita-se que a empresa já tenha

até estendido este abono aos empregados que também estejam filiados ao Sindicato de Rio Maina, pois se assim não tiver procedido, fica mais difícil entender a existência deste sindicato, ainda mais se for lembrado que o Sindicato de Forquilha tem apenas em torno de 200 filiados, e o de Rio Maina, aproximadamente 1.000, praticamente todos eles, empregados da Carbonífera Criciúma.

Ou seja, se esse abono ainda não foi pago indistintamente aos filiados de ambos os sindicatos, além das entidades sindicais estarem negociando piso salarial inferior aos demais mineiros, **restará evidenciado que a existência de ambos serve para discriminar trabalhadores dentro da mesma empresa**, o que não pode ser permitido pelo Poder Judiciário.

E caso a empresa já tenha pago o abono para todos os empregados, isso servirá, por outro lado, para demonstrar, mais uma vez, que o Sindicato de Rio Maina não tem mais razão de existir, por absoluta falta de representatividade.

Assim, **condeno a empresa Carbonífera Criciúma a pagar a todos os seus empregados admitidos até 31/12/2010 e que em 2011 estavam filiados ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão de Rio Maina, o ABONO SINDICAL ANUAL estipulado na cláusula 4ª do ACT de fls. 775/783, no valor de R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), que não integra o salário, conforme previsto no § 1º da referida norma coletiva, sendo admitida a compensação dos valores pagos a esse título, desde que comprovado nos autos.**

5.3. Dano moral coletivo

Sob a alegação de que os sindicalistas acionados traíram a confiança dos trabalhadores representados, requer que sejam condenados, juntamente com a empresa Carbonífera Criciúma, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo no importe de R\$ 750.000,00. Segundo o MPT, não há que se

responsabilizar os sindicatos acionados pelos danos morais coletivos, pois todos os ilícitos e ilegalidades apuradas foram decorrência direta da ação fraudulenta de seus presidentes em conluio com a empresa Carbonífera, que desvirtuaram as funções e atribuições sindicais para buscar proveito próprio e/ou da empresa acionada.

Caio Mário da Silva Pereira define dano moral como *ofensa a direitos de natureza extrapatrimonial, ofensas aos direitos integrantes da personalidade do indivíduo, como também ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada um, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade* (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 88).

E Maria Helena Diniz o define como *a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo* (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro — Responsabilidade civil*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 7, p. 84).

Trata-se o dano moral, portanto, consoante as definições expostas, do dano sem reflexos patrimoniais, desvinculado de qualquer prejuízo pecuniário e que viola valores relacionados aos direitos da personalidade, tendo a doutrina mais moderna dado contornos mais amplos para não restringi-lo apenas ao preço da dor, aos danos do Mundo Interior.

Com efeito, consoante essa doutrina, o dano moral é mais amplo que as ofensas do mundo interior. Abrange todo dano à pessoa, seja no aspecto interior (honra, intimidade, privacidade), bem como o aspecto exterior (imagem, boa fama, estética), mas que não tenha natureza econômica, e que abale a dignidade da pessoa, configurando-se independentemente dos seus efeitos, passíveis de demonstração. Assim, basta que ocorra a violação a um direito da personalidade para que o dano moral esteja configurado.

Como afirma Sérgio Cavallieri Filho, *o dano moral está insito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e*

de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras de experiência comum (Sérgio Cavalieri Filho, *apud* Sebastião Geraldo de Oliveira. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 2. ed., p. 191).

E o dano moral pode atingir a pessoa na sua esfera individual, mas também um grupo determinável ou indeterminado de pessoas que sofrem os efeitos do dano derivado de uma mesma origem, resultado de uma injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, uma violação antijurídica e injustificável de um determinado círculo de valores coletivos.

E se ele atinge a coletividade, também deve admitir reparação, visando a prevenção da eclosão de danos individuais e garantir a proteção da moral coletiva e a sociedade, prestigiando a coletivização em detrimento do individualismo oriundo do ultrapassado modelo do estado liberal.

O direito brasileiro, afora a interpretação constitucional, prevê a reparação do dano moral coletivo no art. 6º, VI da Lei n. 8.078/90, segundo o qual, são direitos básicos do consumidor, além da efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais individuais, os coletivos e difusos. E o art. 81 do mesmo código define o que são interesses transindividuais, do qual o interesse coletivo é uma das suas espécies:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam

titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Os direitos coletivos são, assim, transindividuais e indivisíveis, mas seus titulares são grupo, classe ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Xisto Tiago de Medeiros, em obra sobre o tema, exemplifica, dentre outras, as seguintes hipóteses de incidência do dano moral coletivo na esfera trabalhista: *exploração de crianças e adolescentes no trabalho; submissão de grupos de trabalhadores a condições degradantes, a serviço forçado, em condições análogas à de escravo, ou mediante regime de servidão por dívidas; descumprimento de normas trabalhistas básicas de segurança e saúde e prática de fraudes contra grupos ou categorias de trabalhadores*. (MEDEIROS, Xisto Tiago de. *Dano moral coletivo*. São Paulo: LTr, 2004. p. 155).

No caso em exame, a última hipótese se mostra configurada, mediante a assinatura de acordos coletivos de trabalho desfavoráveis aos trabalhadores, mediante a ingerência direta da empresa nas atividades sindicais, fatos que configuram ofensa aos direitos coletivos conceituados no inciso II do art. 81 da Lei 8.078/90, aplicável subsidiariamente ao Direito do Trabalho consoante art. 8º, parágrafo único, da CLT, e dão ensejo à **condenação dos presidentes dos sindicatos requeridos e da empresa Carbonífera Criciúma, de forma solidária, conforme preceitua o art. 942 do CC, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor equivalente a R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), na forma requerida pelo MPT, reversíveis ao FAT.**

5.4. Obrigação de não fazer

O Ministério Público do Trabalho pretende a condenação da empresa Carbonífera Criciúma na obrigação de se abster de praticar atos de ingerência e restrição da liberdade sindical da categoria profissional, notadamente no que se refere ao repasse de recursos financeiros indevidos às organizações sindicais profissionais ou aos seus dirigentes, diretamente ou por pessoa interposta, abstando-se, ainda de proceder ao financiamento de interesses políticos de dirigentes sindicais da categoria profissional contraposta, sob pena de multa equivalente a cem vezes o valor do financiamento indevidamente pago.

Sem razão, pois as doações em si não consubstanciam ilegalidade, desde que efetuadas na forma da lei e destinadas aos fins efetivamente declarados. Ademais, a ilicitude de tais atos necessariamente deve ser analisada caso a caso, quando e se praticadas.

Para tanto, **oficie-se, desde logo, ao Ministério Público Federal**, dando conta do teor desta decisão e das irregularidades apontadas, em especial, a constatação de doações fraudulentas e com desvio de finalidade, inclusive de entidade — ONG Terra Verde — que recebe recursos financeiros da União

PELO EXPOSTO, afastado a prefacial de falta de interesse processual, e no mérito, julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos formulados pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO na Ação Civil Pública movida em face de EDSON DO NASCIMENTO, ANTÔNIO CARLOS ALVES, SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE EXTRAÇÃO DO CARVÃO DE RIO MAINA, SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DO CARVÃO DE FORQUILINA e CARBONÍFERA CRICIÚMA para:

a) antecipar os efeitos da tutela para determinar que o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina abstenha-se de praticar qualquer ato de representação da categoria profissional

dos mineiros que prestam serviços na base territorial do Município de Forquilha, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por norma coletiva firmada após a publicação desta decisão, valores que serão revertidos ao FAT;

b) antecipar os efeitos da tutela pretendida pelo MPT, para declarar que deverão ser suspensas as atividades do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina a partir de 6.4.2013 (aos seis dias do mês de abril do ano de dois mil e treze), sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao dia, reversível ao FAT;

c) antecipar os efeitos da tutela para suspender o exercício das competências atribuídas ao atual presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, Sr. EDSON DO NASCIMENTO, e para que se abstenha de participar, até o trânsito em julgado desta decisão, de processos eleitorais no âmbito dos dois sindicatos acionados, na qualidade de candidato para o exercício de mandatos de cargos de direção sindical previstos nos respectivos estatutos, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), incidente sobre cada ato praticado em desacordo com a presente determinação, reversível ao FAT.

d) determinar que, a partir da publicação desta sentença, deverá ser dado ciência antecipada ao liquidante ora nomeado e ao Ministério Público do Trabalho, de toda e qualquer assembleia do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina, com antecedência de 15 dias, as quais não poderão ser realizadas nas dependências da Carbonífera Criciúma, em hipótese alguma, tudo sob pena de pagamento de multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por assembleia realizada sem observar as determinações acima;

e) antecipar os efeitos da tutela para suspender o exercício das competências atribuídas ao atual presidente do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Forquilha, Sr. ANTÔNIO CARLOS ALVES, e para que se abstenha de participar, até o trânsito em julgado desta decisão, de processos eleitorais no âmbito dos dois sindicatos acionados, na qualidade de candidato para o exercício de mandatos de cargos de direção sindical previstos nos respectivos estatutos, sob pena de pagamento de multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), incidente sobre cada ato praticado em desacordo com a presente determinação, reversível ao FAT;

f) para decretar a dissolução definitiva do Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina e, para determinar que, após o trânsito em julgado da presente decisão e quitadas eventuais dívidas da entidade, o patrimônio remanescente seja destinado ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria do Carvão de Forquilha;

g) nomear o Sr. AGENOR DAUFENBACH JUNIOR, com endereço na rua Rui Barbosa, 149, salas 405/406, nesta cidade de Criciúma, para atuar na função de liquidante do SINDICATO DOS TRABALHADORES NA INDÚSTRIA DE EXTRAÇÃO DE RIO MAINA, o qual deverá ser intimado para tanto pela Secretaria do Juízo, de imediato, para que diga, em 30 dias, se aceita o encargo, bem como para apresentar sua proposta de honorários pelos serviços a serem prestados;

h) condenar o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Extração do Carvão de Rio Maina a pagar a multa estipulada na decisão de fls. 673/675, no valor de R\$

50.000,00 (cinquenta mil reais), reversível ao Albergue São José, entidade assistencial vinculada ao Município de Criciúma;

i) condenar a empresa Carbonífera Criciúma S/A. a pagar a todos os seus empregados admitidos até 31/12/2010 e que em 2011 estavam filiados ao Sindicato dos Trabalhadores na Indústria da Extração do Carvão de Rio Maina, o ABONO SINDICAL ANUAL estipulado na cláusula 4ª do ACT de fls. 775/783, no valor de R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), admitida a compensação dos valores pagos a esse título, desde que comprovado nos autos;

j) condenar, de forma solidária, os presidentes dos dois sindicatos requeridos e a empresa Carbonífera Criciúma, ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, no valor equivalente a R\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil reais), reversível ao FAT.

Aos valores da condenação, a serem apurados em liquidação de sentença com base nos critérios da fundamentação, deverão ser acrescidos correção monetária e juros legais, calculados a partir da publicação da presente sentença, sobre os quais não incidem contribuições previdenciárias e fiscais ante a natureza das verbas deferidas. Custas de R\$ 30.000,00, calculadas sobre o valor arbitrado provisoriamente à condenação, de R\$ 1.500.000,00, pelos requeridos. Cumpra-se. Publique-se. Intimem-se as partes e o liquidante nomeado (alínea “g”), devendo ainda a Secretaria do Juízo juntar cópia das sentenças proferidas nos processos 3904/2009 e 1416/2010. E ainda, oficie-se ao Ministério Público Federal, com cópia da presente decisão, para conhecimento dos fatos e providências que achar necessário.

JOSÉ CARLOS KÜLZER,

Juiz do Trabalho



Índice Geral



Doutrina

O bem de família e a execução de créditos trabalhistas: algumas nótulas em derredor da impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/1990. 1. Introdução. 2. Fundamentos constitucionais do bem de família. Direito à moradia. 3. O privilégio dos créditos trabalhistas e a fundamentalidade do direito à contraprestação salarial. 4. Os créditos trabalhistas no texto da Lei n. 8.009/90. 5. A ponderação feita pelo legislador e o princípio da deferência. 6. A (in)constitucionalidade da inclusão da execução de créditos trabalhistas no texto legal. 7. Conclusões. 8. Referências bibliográficas 17

Fluência de juros de mora em caso de atraso no pagamento do salário. 1. Introdução. 2. Obrigação de pagar salário como obrigação positiva e líquida. 3. Pagamento do salário e mora salarial. 4. Juros de mora como efeito do atraso no pagamento de salário e sua aplicação de pleno direito. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas 32

Desafios para a proteção da privacidade de empregados e empregadores em face da internet, redes sociais e novas tecnologias da informação. 1. Introdução. 2. Informática. 2.1. Computador, informações e dados. 2.2. Rede de computadores, internet e ciberespaço. 2.3. Aplicativos e ferramentas das novas tecnologias. 3. Privacidade. 3.1. Origem. 3.2. Conceito e alcance. 3.3. Teorias. 3.4. Previsão normativa. 3.5. Incidência nas relações de trabalho. 4. A invasão da privacidade na relação de emprego por meio eletrônico. 4.1. Seleção ao emprego por meio de perfis e dados pessoais ou sensíveis. 4.2. Revista pessoal eletrônica intrusiva. 4.3. Vigilância eletrônica do empregado. 4.4. Assédio moral e sexual na era digital. 4.5. Divulgação e circulação de mensagens, dados e e-mails pessoais em redes. 4.6. Transmissão

de dados falsos, discriminação, agressão e ofensas no ciberespaço. 4.7. Acesso de *hackers* pela *web*. 4.8. Dispensa decorrente da exposição no mundo virtual. 4.9. Lista eletrônica de empregados indesejáveis. 5. Desafios à proteção material de dados pessoais e sensíveis. 5.1. Princípios. 5.2. Direito de acesso. 5.3. Direito à retificação. 5.4. Direito de vinculação à finalidade. 5.5. Direito ao esquecimento. 5.6. Direito ao cancelamento. 5.7. Proibição de armazenamento de dados sensíveis. 5.8. Reparação moral e material. 6. Alguns outros desafios. 6.1. Competência e conexão. 6.2. Localização da hospedagem e da origem da informação ou mensagem. 6.3. Satisfação do direito *in natura*. 6.4. Responsabilidade civil. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas 43

Do efeito repristinatório da Convenção n. 158 da OIT: uma nova perspectiva. 1. Introdução. 2. Considerações sobre a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. 3. A harmonização normativa dos tratados internacionais. 3.1. O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, tratados internacionais e breves considerações sobre sua incidência no ordenamento jurídico pátrio. 3.2. Dos tratados internacionais diante do sistema jurídico brasileiro. 3.3. Da compatibilidade normativa dos tratados internacionais de direitos humanos à luz do ordenamento constitucional brasileiro. 3.4. Da contemporânea posição do Supremo Tribunal Federal sobre a temática. 4. Do efeito repristinatório da Convenção n. 158 da OIT como consequência da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas 66

A nova disciplina da jornada de trabalho do motorista profissional. 1. Introdução. 2. Âmbito subjetivo de aplicação. 3. Aplicação da lei no tempo. 4. Jornada de trabalho do motorista profissional. 5.

Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	80	1. Introdução. 2. Ideologia do “poder” do empregador. 3. Ultrapassando o “poder potestativo” de despedir. 4. Revisitando a boa-fé. 5. A proteção contra a despedida arbitrária como direito de liberdade. 6. Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. 7. O dever de motivação na despedida de empregado público. 8. O devido processo legal na despedida do empregado público. Notas conclusivas. 9. Referências bibliográficas	136
A desconexão do trabalho sob a ótica das horas extraordinárias habituais: o direito ao lazer como corolário ao princípio da dignidade humana. 1. Introdução. 1.1. Direito ao lazer: um novo olhar. 2. Primazia da Constituição e efetividade do direito ao lazer. 3. O instituto das horas extraordinárias e sua função no ordenamento jurídico brasileiro. 4. O poder diretivo do empregador perante as horas extras habituais. 5. A responsabilidade civil trabalhista: o abuso de direito. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas	86	Culpa presumida do empregador nos infortúnios laborais. 1. Introdução. 2. Relação de emprego <i>stricto sensu</i> . 3. Risco específico. Condição insegura de trabalho. Culpa anônima. 4. Infortúnio. 5. Responsabilidade. 6. Deveres do empregador relacionados ao local do trabalho. 7. Posição normativa das Normas Regulamentadoras — NRs. 8. Poder disciplinar. 9. Ônus da prova. 10. Excludentes de responsabilização. 11. Considerações finais. 12. Referências bibliográficas	152
Crítica à extinção do vínculo de emprego por culpa patronal: pela busca do reequilíbrio dos braços da balança. 1. Introdução. 2. Relação de emprego. Função social dos contratos. Causas terminativas. Efeitos patrimoniais. 3. Ruptura do contrato por culpa patronal. Normas jurídicas. Indenização suplementar. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas	102	Apontamentos sobre trabalho análogo a escravo no Brasil. 1. Introdução. 2. O combate às formas contemporâneas de escravidão. 3. O trabalho escravo no ordenamento jurídico. 4. O atual debate acerca do conceito. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas	173
Tutela legal do meio ambiente do trabalho e da saúde do trabalhador e as responsabilidades pelos danos decorrentes. 1. Introdução. 2. Definição e proteção legal do meio ambiente. 3. Responsabilidades legais pelos danos ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador. 4. Conclusões	113	A compensação de horário à luz da Constituição da República Federativa do Brasil. Banco de horas. Teoria constitucional e prática empresarial. 1. Introdução. 2. O trabalho na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). 3. Trabalho normal e serviço extraordinário. 3.1. Trabalho normal, jornada e horário de trabalho. 3.2. Serviço extraordinário. 4. Trabalho normal e compensação de horários: banco de horas. 5. Direito comparado: França, Itália, Canadá e Estados Unidos. 6. Releitura dos dispositivos constitucionais a respeito: visão crítica da jurisprudência	
Mecanismos e formas de precarização do trabalho sob a hegemonia neoliberal: um estudo do percurso brasileiro. 1. Introdução. 2. O trabalho sob as lâminas neoliberais: precarização como estratégia do capital. 3. Mecanismo e formas de precarização: delimitação referencial. 4. Precarização: o percurso brasileiro. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas ..	122		
O devido processo legal e o dever de motivação na despedida de empregado público.			

dominante no Brasil. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas 180

Direito, psicologia e comunicação: elementos fundamentais do relacionamento interpessoal do magistrado com a sociedade. 1. Introdução. 2. A comunicação e a psicologia: apontamentos introdutórios. 2.1. Breves apontamentos acerca da psicologia concreta de Politzer. 2.2. Contexto histórico do relacionamento interpessoal: a ambientação do Poder Judiciário na pós-modernidade. 3. Elementos da dinâmica social: relacionamento, competência interpessoal, técnicas e habilidades correlatas. 3.1. Competência interpessoal: a nova tendência nas dinâmicas sociais.

4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas 192

Jurisprudência

Acórdão do Superior Tribunal do Trabalho

Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho

Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho 213

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região 237

Acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região 243

Sentença

1ª Vara do Trabalho de Criciúma – SC..... 255

