

**REVISTA**  
**TRABALHISTA**  
**Direito e Processo**



# REVISTA TRABALHISTA

## Direito e Processo



---

Revista trabalhista : direito e processo. — Ano I, 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:* FORMA E CONTEÚDO EDITORA CRIATIVA

*Finalização:* FABIO GIGLIO

*Impressão:* Graphium

---

© Todos os direitos reservados

ILTR<sup>®</sup>

EDITORA LTDA.

Rua Jaguaribe, 571 – CEP 01224-003 – Fone (11) 2167-1101  
São Paulo, SP – Brasil – [www.ltr.com.br](http://www.ltr.com.br)

---

LTr 5411.4

Dezembro, 2015

**PRESIDENTE ANAMATRA**  
**GERMANO SILVEIRA DE SIQUEIRA**

**CONSELHO EDITORIAL ANAMATRA**

**ALEXANDRE TEIXEIRA DE FREITAS BASTOS CUNHA**

Doutor pela Universidad Complutense de Madri.  
Desembargador Federal do Trabalho da 1ª Região (RJ).

**CLEBER LÚCIO DE ALMEIDA**

Graduado pela Faculdade de Direito da UFMG.  
Mestre em Direito pela PUC/SP. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG.  
Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da PUC/MG.  
Juiz do Trabalho Titular da 21ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG

**PROF. AVV. FABIO PETRUCCI**

Professore a contratto presso la Libera Università degli studi di Roma LUISS per l'insegnamento del Diritto della Previdenza Complementare. Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata". Ha conseguito la specializzazione, triennale, presso la Scuola di Diritto del Lavoro dell'Università di Roma "La Sapienza". Dirigente responsabile dell'Ufficio Legale e Affari generali della Cassa Nazionale di Previdenza degli Ingegneri e Architetti italiani (Inarcassa). Avvocato. Componente di vari comitati scientifici di riviste giuridiche fra cui la "Revista de Direito Economico e Sociambiental".

**FLÁVIA MOREIRA PESSOA**

Juiza do Trabalho Titular da 4ª Vara do Trabalho de Aracaju. Presidente da Amatra 20.  
Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes.  
Doutora em Direito Público. Mestre em Direito, Estado e Cidadania. Especialista em Direito Processual.

**GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO**

Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 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**

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região/BA. Doutorando e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia/UFBA. Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Direito da Seguridade Social na Universidade do Estado da Bahia/UNEB. Coordenador Executivo da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região/EMATRA 5 (biênio 2012-2014). Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região (biênios 2005-2007, 2007-2009, 2009-2011 e 2013-2015).

### **JOSÉ APARECIDO DOS SANTOS**

Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.  
Juiz Titular da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba — 9ª Região (PR)

### **LUCIANA PAULA CONFORTI**

Juíza do Trabalho do TRT da 6ª Região, especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade Boa Viagem — FBV. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Boa Viagem — FBV/Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região — ESMATRA 6. Mestre em Estado, Constitucionalização e Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco — UFPE. Doutoranda em Direito, Estado, Constituição pela Universidade de Brasília — UnB. Integrante do grupo de pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPQ). Membro da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA. Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho. Docente e Coordenadora Adjunta da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região.

### **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. Membro da Comissão Técnico-científica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (SC) (2006-2007). Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Tubarão — 12ª Região (SC).

### **RUBENS FERNANDO CLAMER DOS SANTOS JÚNIOR**

Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região — Titular da 4ª Vara de Novo Hamburgo. Presidente da Amatra IV. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Mestre em Direito pela PUC-RS. Professor dos cursos de pós-graduação em nível de especialização da PUC-RS, UNISINOS, FEMARGS, UNIRITTER, FEEVALE, IMED e IDC. Ex-professor da Faculdade de Direito da PUC. Autor dos livros *A Eficácia dos Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e Processo do Trabalho: uma interpretação constitucional contemporânea a partir da teoria dos direitos fundamentais*.

### **SILVANA ABRAMO MARGHERITO ARIANO**

Desembargadora Federal do Trabalho da 2ª Região. Diretora de Formação e Cultura da Anamatra (gestão 2015/2017). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo — USP. Membro suplente do Conselho Nacional de Direitos Humanos. Membro do núcleo de Direitos Fundamentais da Escola Judicial do TRT2 — Ejud2. Membro da CJLP — Comunidade de Juristas de Língua Portuguesa.

# Sumário

---

<i>Abreviaturas e siglas usadas</i> .....	9
<i>Editorial</i> .....	11
<i>Regras para publicação de artigos e Acórdãos/Sentenças</i> .....	13
<b>Doutrina</b>	
Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico diante dos reflexos na saúde do trabalhador <i>José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva</i> .....	17
A renúncia à continuidade do mandato do Cipeiro significaria perda da garantia provisória no emprego? <i>Alexandre Pimenta Batista Pereira</i> .....	42
Execução efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal — A interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CNT <i>Ben-Hur Silveira Claus e Júlio César Bebber</i> .....	52
A desvinculação de conceitos previdenciários e civis como pressuposto para a efetiva reparação dos acidentes de trabalho <i>Elysa Tomazi</i> .....	77
Acidente do trabalho doméstico: repercussões jurídicas à luz da tutela constitucional introduzida com a EC n. 72/2013 <i>Fernando Maciel</i> .....	93
A dispensa de empregados nas empresas estatais <i>Guilherme Bohrer Lopes Cunha</i> .....	114
A restrição da rescisão contratual do trabalhador vítima de acidente de trabalho e/ou doença ocupacional a partir de um novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal (diálogo das fontes) <i>Rosita de Nazaré Sidrim Nassar e Francisco Milton Araújo Júnior</i> .....	127

As verbas recebidas pelos atletas profissionais de futebol e suas repercussões no contrato de trabalho <i>Felipe da Silveira Azadinho Piacenti e Victor Hugo de Almeida</i> .....	141
Programa MPT na Escola, cidadania e direitos humanos: a realidade do trabalho infantil no Estado da Paraíba <i>Raphaela Viana Sila Asfora/Autora e Robson Antão de Medeiros/Orientador</i> .....	159
Terceirização: o perverso discurso do <i>mal menor</i> <i>Valdete Souto Severo</i> .....	170
Assédio moral por metas abusivas e direito fundamental ao trabalho digno <i>Rodrigo Goldschmidt e Andressa Zanco</i> .....	189
<b>Jurisprudência</b>	
— <b>Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho</b>	
— <b>Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho</b>	
Tribunal Superior do Trabalho.....	205
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região .....	253
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região .....	271
Índice Geral .....	293

# 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



# Tempos de retração

Como é de conhecimento comum entre juízes do Trabalho, as finalidades estatutárias que guiam a atuação política da *Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho* — ANAMATRA incluem, entre outras, a de “*atuar na defesa dos interesses da sociedade, em especial pela valorização do trabalho humano, pelo respeito à cidadania e pela implementação da justiça social, pugnando pela preservação da moralidade pública, da dignidade da pessoa humana, da independência dos Poderes e dos princípios democráticos*” (art. 5º do Estatuto). Nos tempos atuais, atender razoavelmente a esses escopos tem sido tarefa de uma notável dificuldade, em especial nos domínios do Parlamento.

Que a composição das duas casas legislativas federais ostentaria um perfil conservador e patronal sem precedentes no Brasil pós-ditadura já se sabia, desde a leitura dos primeiros mapas parlamentares resultantes das eleições nacionais de 2014. Não se imaginava, porém, que a ousariam tanto. Não são poucas, com efeito, as iniciativas legislativas que, se aprovadas e implementadas na sua inteireza ideológica, seriam capazes de fazer retroceder gravemente — em um ou dois séculos — os padrões de proteção social conquistados pelos trabalhadores desde o advento da Segunda Revolução Industrial.

Duas dessas iniciativas, em particular, merecem menção.

A primeira delas é o PLC n. 30/2015, que pretende regulamentar a terceirização no Brasil. Trata-se do PL n. 4.330-C/2004, como aprovado na Câmara dos Deputados, que agora tramita no Senado da República. Pelo texto em curso (art. 3º), o critério atualmente em vigor para aferir a legalidade das terceirizações, baseado na distinção entre atividades-fim e atividades-meio, é substituído por outro, importado da Europa, baseado na ideia de “especialização” da atividade. Uma vez aprovado, os empresários brasileiros poderão terceirizar qualquer atividade, inclusive aquelas essenciais ao seu objeto social, desde que o façam por intermédio de uma “empresa especializada, que presta serviços determinados e específicos, relacionados à parcela de qualquer atividade da contratante”. Os defensores do projeto dizem que isto calará as cortes trabalhistas, porque já não haverá a margem de insegurança jurídica ditada pela dicotomia entre atividade-fim e atividade-meio. Iludem-se. O litígio apenas migrará. As cortes trabalhistas não discutirão mais se a atividade terceirizada é, para a empresa tomadora de serviços, finalística ou acessória. Discutirão se de fato ela é fornecida por uma empresa “especializada”, que detenha *know-how* diferenciado para aquela atividade (*i. e.*, se oferece mesmo “serviços técnicos especializados”), ou se é apenas um simulacro de empresa, sem qualquer especialização técnica, que existe basicamente para fornecer mão de obra comum à tomadora. Assim, p. ex., a varrição de dependências configura um “serviço técnico especializado”? E o atendimento de balcão? Tudo isto, ademais, com agravante: do novel “paradigma” — das “atividades técnicas especializadas” —, o Brasil não tem qualquer jurisprudência acumulada. Tudo poderá vir. A insegurança jurídica triplicará. Enquanto isto, não obstante sejamos membros fundadores da Organização Internacional do Trabalho (e signatários da Declaração de Filadélfia, por meio da emenda de 1948), passaremos a ver, em nosso horizonte próximo, a explícita mercancia da força de trabalho humana: empresas tomadoras já não buscarão, nos mercados locais e regionais, candidatos para suprir vagas de empregos; procurarão, ao revés, horas de trabalho que, oferecidas em “lotes”, possam ser adquiridas pelo menor preço possível.

A segunda delas é o PLC n. 18/2015 (Congresso), que converte em lei a Medida Provisória n. 680/2015 (a que instituiu o Programa de Proteção ao Emprego) e agora incorpora um “jabuti” legislativo que, à maneira do que há catorze anos se tentou fazer a partir do art. 618/CLT, agora altera o art. 611/CLT para fazer prevalecer, como princípio, o negociado sobre o legislado. Este projeto, aliás, tem caminhado a passos largos e lépidos, contra tudo e contra todos, apesar da sua patente desconformidade. Com efeito, contrabandos legislativos inseridos em textos que pouco lhes dizem respeito tanto violam os regimentos internos da Câmara e do Senado como são textualmente repelidos pelo art. 7º, II, da LC n. 95/1988 (“a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”).

Nada obstante, o PLC n. 18/2015 obteve larga aprovação na respectiva comissão mista especial, no último dia 1/10, seguindo agora para votação em plenário. Pelo preceito inserido às pressas no relatório, todas as condições de trabalho negociadas pelas categorias econômicas e profissionais passam a prevalecer sobre a lei em vigor, “desde que não contrariem ou inviabilizem direitos previstos na Constituição Federal, nas convenções da [...] OIT, ratificadas pelo Brasil, e as normas de higiene, saúde e segurança do trabalho”. Ao menos havia, no relatório original do relator (Dep. Daniel Vilela), a previsão de que, para que o negociado pudesse efetivamente prevalecer sobre o legislado, o conjunto das normas ditadas nos acordos ou convenções coletivas de trabalho, “considerado globalmente”, haveria de ser mais benéfico que o conjunto legislativo equivalente (seguindo de perto o que já previa, noutra contexto, a Lei n. 7.064/82). Mas sequer esse último laivo de proteção resistiu: na votação final, deu-se a sua exclusão por um destaque supressivo.

Com a novidade, passaria a ser possível, p. ex., negociar coletivamente as parcelas *in natura* para além das restrições do art. 458, § 3º, da CLT, remunerando-se com alimentos o equivalente a quase toda a remuneração o obreiro, respeitado o limite de trinta por cento do salário mínimo (art. 82, parágrafo único, CLT), ou talvez nem isto. Dividir o décimo terceiro salário em três, quatro ou cinco parcelas anuais, ao gosto do que deliberarem as “categorias”, independentemente de qualquer situação de crise a abater o respectivo setor econômico. Reduzir ou até mesmo eliminar as hipóteses de interrupção do contrato de trabalho previstas no art. 473 da CLT (que hoje funcionam, para os trabalhadores, como licenças remuneradas legalmente fruíveis). A lei trabalhista, enfim, sairá sumamente desprestigiada.

Ao que se vê, o Brasil está, aos poucos, pavimentando a sua estrada de volta para o século XIX. Ou para mais aquém. Freud havia dito, em “Totem e Tabu” (1913), que, em relação aos soberanos, os povos primitivos faziam-se reger por dois princípios, a um tempo contraditórios e complementares: “É preciso se proteger deles e é preciso protegê-los” (na dicção de Frazer, “[h]e must not only be guarded, he must also be guarded agaisnt”). Mas para se proteger deles era imperioso, não raro, buscar neles o socorro: “o contato do rei se transforma em remédio e prevenção para os perigos que resultam do contato do rei”...

Pois bem. O primeiro quartel deste século testemunha, no campo dos direitos sociais, o revigorar da imagética totemista. Há que proteger o cidadão dos rompantes neoliberais do Estado — quiçá a partir do seu próprio toque curador (que será, amiúde, o toque do Estado-juiz). E, ao mesmo tempo, há que proteger o Estado do seu próprio desmonte como Estado social. Resistir ao obsoleto *État gendarme*, que a História sepultou há mais de um século.

Neste nebuloso contexto, de abertas tensões e vacilante futuro, a *Revista* também oferece a sua pequena contribuição. Publicamos, no presente volume, artigos e julgados que, de modos diversos, refletem a ação concreta da Magistratura do Trabalho, na jurisdição e na academia, para a (re)descoberta de um Direito social vivo e atuante. Eis o bom combate a combater.

Boa leitura a todos!

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.

5.3.8. a Comissão Editorial poderá convidar autores a publicar artigos na Revista, sendo um a cada número do periódico, caso em que, dada a relevância do tema ou a notoriedade do seu autor, será dispensada a observância aos requisitos de que trata o item “3.1”.

## **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

---



# Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico diante dos reflexos na saúde do trabalhador

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ De longa data, é sabido que as extensas jornadas de trabalho, sem os intervalos e pausas adequados, são uma das principais causas de acidentes e, sobretudo, de adoecimentos laborais. A doutrina e a jurisprudência brasileiras têm refletido sobre essa temática, com avanços e retrocessos, já havendo uma boa aceitação em torno da imprescindibilidade da observância efetiva dos tempos mínimos de intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como a respeito de algumas pausas para categorias profissionais específicas. E já se reconheceu que a supressão desses tempos mínimos, ainda que parcial, conduz a uma punição de caráter econômico, e de natureza salarial, *ex vi* da Súmula n. 437 do E. TST. Contudo, falta uma visão sistêmica de todos os temas relacionados a essa matéria, que leve em conta, por exemplo, o *quantum* da jornada de trabalho efetivamente praticada pelo trabalhador. Nesse contexto, de se sustentar, a título exemplificativo, que, numa jornada de trabalho de mais de 11 horas, com supressão parcial do intervalo, o empregador terá de pagar duas horas extras por esse fato, e não apenas uma, como tem sido definido nos julgados levados a efeito na Justiça do Trabalho.

## Palavras-chave:

- ▶ Horas extras — Intervalos e pausas — Interpretação sistemática.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A importância dos intervalos de descanso e das pausas na jornada de trabalho
  - ▶ 2.1. A regulamentação dos intervalos e das pausas no Brasil
- ▶ 3. A condenação em horas extras pela supressão dos intervalos
  - ▶ 3.1. O risco de adoecimentos e até de morte súbita (*karoshi*) nas jornadas de mais de 11 horas diárias

---

(\*) Juiz do Trabalho e Doutor em Direito do Trabalho.

### 3.2. Os caminhos da jurisprudência para coibir as jornadas de mais de 11 horas diárias: a condenação em horas extras

- ▶ 3.2.1. Considerar inconstitucionais quaisquer regimes que estipulem jornadas de 12 horas de trabalho
  - ▶ 3.2.2. Definir que o tempo mínimo de intervalo intrajornada em jornadas de 12 horas é de 2 (duas) horas
  - ▶ 3.2.3. Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de intervalo não usufruídos
  - ▶ 3.2.4. Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de tempo de pausa não usufruídos
    - ▶ 3.2.4.1. Pausas do digitador
    - ▶ 3.2.4.2. Pausas dos trabalhadores em atividades de teleatendimento/*telemarketing*
    - ▶ 3.2.4.3. Pausas do trabalhador em frigoríficos
    - ▶ 3.2.4.4. Pausas do cortador de cana-de-açúcar
  - ▶ 3.2.5. Considerar como crime de redução à condição análoga à de escravo, a exigência habitual de jornadas de mais de 11 (onze) horas de trabalho
  - ▶ 3.2.6. Definir que há um dano existencial *in re ipsa* em jornadas habituais de mais de 11 (onze) horas de trabalho
- ▶ 4. Considerações finais
  - ▶ 5. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

Há um pensamento uniforme no sentido de que a *saúde do trabalhador* se trata de um direito humano — ou de um direito fundamental, dependendo da perspectiva de análise —, e que, portanto, deve receber a máxima proteção do sistema jurídico e de todos os atores que o colocam em marcha. Contudo, a realidade mostra o quanto referido sistema tem sido ineficiente, porque a quantidade de acidentes do trabalho e, sobretudo, de adoecimentos ocupacionais, aumenta ano após ano. Ocorre que não se tem dado a devida atenção ao estudo *sistemático* das causas desses infortúnios, tampouco à *influência das extensas jornadas de trabalho* — em seus aspectos quantitativo e qualitativo — no surgimento ou antecipação dos efeitos maléficos dos agravos à saúde do trabalhador.

De todos sabido que os acidentes no ambiente de trabalho são um *fenômeno multicausal*<sup>(1)</sup>, havendo inúmeras causas contribuindo para o “sucesso” do infortúnio. Destarte, não é possível afirmar que somente as jornadas de trabalho extensas são as responsáveis pela

(1) Por isso, se afirma que o método denominado *Árvore de Causas (ADC)*, desenvolvido na França na década de 1970, é o mais correto para a análise do problema. Este método parte da premissa da compreensão dos acidentes como *fenômenos multicausais*, constituindo um método “clínico” de investigação que “propicia a identificação da rede de fatores envolvidos na gênese do acidente”, com base no estudo das variações do desenvolvimento normal das tarefas, bem como das atividades dos sujeitos envolvidos e do ambiente físico e inclusive social no qual ocorrem as atividades de produção da empresa. PEREIRA BINDER, M. C. e MUNIZ DE ALMEIDA, I. “Acidentes do Trabalho: Acaso ou Descaso?” Em: MENDES, R. *Patologia do trabalho*. v. 1, 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2005. p. 779-786.

ocorrência de acidentes e adoecimentos no mundo do trabalho. De outra parte, não se pode afastar essa causa como *uma das mais importantes* para a ocorrência dos infortúnios laborais. E quando se fala em excesso de jornada de trabalho não se pode ter em conta apenas seu aspecto quantitativo — a quantidade de jornada praticada, subtraídos os intervalos e pausas —, mas também, em igual medida, a *vertente qualitativa* dessa jornada, que compreende três aspectos principais:

1º) *o relativo à distribuição dos horários de trabalho e às pausas durante a jornada* — porque há clara diferença para a saúde e a vida pessoal do trabalhador entre se praticar uma jornada em turno fixo ou em turnos ininterruptos de revezamento; mediante acordo de compensação para não se trabalhar aos sábados ou em regime de banco de horas com alternâncias bruscas de dias e horários de trabalho; em jornadas nas quais se respeitam os intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como as pausas necessárias, ou em jornadas em que essa observância não ocorre;

2º) *o relacionado ao tempo de trabalho efetivo* — pois quando não se considera como tempo de trabalho uma série de tempos nos quais o trabalhador permanece à disposição do empregador, como ocorre com o tempo de espera do motorista profissional, ou com o tempo de sobreaviso, isso também se reflete na saúde e na vida pessoal do trabalhador;

3º) *o aspecto pertinente à intensificação do trabalho* — que diz respeito à exigência de metas e ao aumento da produtividade, que, por sua vez, implicam em *invisível* aumento da jornada de trabalho, pois o trabalhador passa a produzir mais no mesmo *quantum* de jornada “mensurável”.

Por certo que, neste breve artigo, não há espaço para se abordar todos esses relevantes aspectos da jornada de trabalho. Daí por que minha atenção se voltará apenas para as

questões relacionadas à fruição dos intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como das pausas necessárias.

De se considerar que a doutrina e a jurisprudência brasileiras já têm pronunciado, com certa uniformidade, a imprescindibilidade da observância efetiva dos tempos mínimos de intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como de algumas pausas para categorias profissionais específicas. E já se reconheceu que a supressão do tempo mínimo de intervalo intrajornada, ainda que parcial, conduz a uma punição de caráter econômico, e de natureza salarial, *ex vi* da Súmula n. 437 do E. TST, numa interpretação teleológica da regra inculpada no § 4º do art. 71 da CLT.

Contudo, falta uma visão sistêmica de todos os temas relacionados a essa matéria, que leve em conta, por exemplo, o *quantum* da jornada de trabalho efetivamente praticada pelo trabalhador. Ora, são situações jurídicas distintas exigir-se do trabalhador jornadas de 8 horas quando a proteção especial lhe confere jornada de 6 horas — exemplo típico do bancário —, ou exigir-se do empregado jornadas de 16 horas. De modo que condenar o empregador ao pagamento de apenas uma hora extra pela supressão do intervalo intrajornada em jornadas de trabalho superiores a 11 horas é conferir tratamento igual a *situações absolutamente desiguais*. Daí que, numa jornada de trabalho de mais de 11 horas, com supressão parcial do intervalo, o empregador teria de pagar *duas horas extras* por esse fato, e não apenas uma, como tem definido a jurisprudência dos tribunais trabalhistas.

Por certo que não se torna tão simples entender a lógica dessa afirmativa sem uma compreensão sistêmica da importância dos intervalos e pausas, bem como dos avanços e retrocessos na jurisprudência, a respeito da temática em análise. É o que devo enfrentar nos tópicos seguintes.

## 2. A importância dos intervalos de descanso e das pausas na jornada de trabalho

De início, convém observar que o tempo (ou jornada) de trabalho ocupa uma *posição de centralidade* na normatização do Direito do Trabalho. É possível sustentar que o tempo de trabalho, ou mais precisamente sua *limitação* pela normativa estatal, é parte inseparável da própria *gênese* deste ramo especializado do Direito. Daí por que, ainda hoje, em pleno século XXI, *os dois temas fundamentais* desta disciplina são o salário e a limitação da jornada de trabalho, assim como o era no surgimento das primeiras normas que procuraram estabelecer limites à obtenção do lucro empresarial, inerente ao modo de produção capitalista<sup>(2)</sup>.

Francisco Trillo<sup>(3)</sup> afirma que a relação entre o tempo de trabalho e o lucro empresarial é a *quinta-essência* do processo de produção capitalista. Daí existir uma “demanda empresarial pelo maior tempo de trabalho possível”. Como se sabe, a busca pelo maior lucro possível propiciou o surgimento de jornadas extenuantes de trabalho, as quais motivaram, “através da luta do movimento obreiro, a fixação progressiva de uma regulação do tempo de trabalho que albergasse em seu código genético, entre outros e fundamentalmente, o objetivo da proteção à saúde dos trabalhadores”.

Não se pode olvidar que o trabalhador não deixa de ser pessoa quando entrega parte de seu tempo de vida ao empregador, para que seja possível a prestação dos serviços pactuados no contrato de trabalho. É dizer, o trabalhador vende sua força de trabalho, física e/ou intelectual, porém, *não perde sua condição humana*.

Daí por que a OIT<sup>(4)</sup> já advertia, no final da década de 1980, que, para assegurar-se a segurança, a saúde e o bem-estar dos trabalhadores, é essencial organizar o tempo de trabalho de modo que o trabalhador disponha de *suficientes períodos de descanso*: “pausas breves durante as horas de trabalho, pausas mais extensas para as refeições, descanso noturno ou diurno e descanso semanal”. Explicava a OIT que a *necessidade de pausas breves* no curso da jornada, ainda que não estejam prescritas em lei, é particularmente importante em tarefas que impõem um ritmo acelerado ou requerem um alto grau de atenção — como ocorre no serviço de digitação e no trabalho em frigoríficos.

A doutrina espanhola considera tanto as pausas dentro da jornada como o descanso diário ou entrejornadas como verdadeiros “direitos físicos” do trabalhador, “de tutela de seus interesses fisiológicos e psicológicos, constituindo-se em descansos interruptivos da prestação” de trabalho com o caráter recuperatório para o trabalhador, “cuja nota característica seria a de constituir intervalos de curta duração, brevíssima no suposto das pausas, os quais se distanciam dos que se poderiam considerar típicos descansos laborais, como o semanal, os feriados e as férias”. São *tempos de não trabalho*, os quais, ainda que em módulos temporais de menor duração, cumprem igualmente “a finalidade de restituir as capacidades físicas ou psíquicas do trabalhador”<sup>(5)</sup>.

Destaca-se que as tendências flexibilizadoras na regulamentação da jornada de trabalho têm tornado difícil o estabelecimento de limites absolutos à duração máxima do tempo de trabalho. De tal modo que os períodos

(2) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador*: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol. São Paulo: LTr, 2013. p. 25-26.

(3) TRILLO PÁRRAGA, F. J. *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo*: identidades y trayectorias laborales. Valladolid: Lex Nova, 2010. p. 30-31.

(4) CLERC, J.-M. *Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987. p. 130.

(5) VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. “Pausas intra-jornada y descansos inter-jornadas”. En: DE LA VILLA GIL, L. E. (Coords.). *Estudios sobre la Jornada de Trabajo*. Madrid: ACARL – Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1991. p. 256-257.

mínimos de descanso adquirem uma especial relevância nessa matéria, posto que vão se converter nos *autênticos limites da jornada laboral*, constituindo, assim, uma “*rede de segurança*” para a proteção à saúde e à segurança dos trabalhadores. Como é sabido, a finalidade mais imediata dos períodos de descanso obrigatórios é “permitir ao trabalhador a recuperação das forças empregadas na atividade produtiva, assim como fornecer-lhe o tempo necessário para o desenvolvimento de atividades sociais, familiares, religiosas, etc.”<sup>(6)</sup>.

Com efeito, desde há muito tempo a doutrina brasileira proclama que a fixação do limite mínimo de intervalo intrajornada se dá por meio de *norma de ordem pública*, imperativa, portanto, por se tratar de norma que visa resguardar a *saúde dos trabalhadores*. Desde a década de 1950, se apontava que as pausas impostas pela lei “têm por objetivo desviar a atenção do empregado do trabalho desenvolvido por várias horas, diminuir-lhe a fadiga, de permitir-lhe a refeição”<sup>(7)</sup>. É indubitável que uma pessoa não pode trabalhar continuamente, sem uma pausa para a reposição de suas energias físicas e mentais, durante uma jornada de quatro ou mais horas diárias.

Também não se pode olvidar que a pessoa necessita se alimentar para essa recomposição de energias. Há *estudos da Fisiologia* demonstrando haver limites temporais mínimos para que essa recomposição seja satisfeita. Orlando Gomes e Elson Gottschalk<sup>(8)</sup>, depois de mencionar os

estudos da Fisiologia para a fixação dos períodos de repouso, explicam que, no curso da jornada de trabalho, é necessário interrompê-la, dosando o trabalho efetivo com pausas *cientificamente* aplicadas, no interesse imediato do empregado e inclusive do empregador. De tal maneira que não se trata de um capricho da lei, a qual fixa os limites mínimos de descanso respaldada por aspectos técnicos, definidos pela *investigação científica* a respeito da matéria.

Quanto ao tempo mínimo para o intervalo entrejornadas e o descanso semanal, os fundamentos são os mesmos aplicados à necessidade de fixação de um tempo necessário ao intervalo e às pausas intrajornada, qual seja, a *prevenção contra a fadiga física e/ou mental*.

A pessoa trabalhadora tem que dispor de um tempo mínimo para outras atividades relacionadas a seu cotidiano, tendo direito fundamental ao lazer (arts. 6º e 7º, inciso IV, da CR/88), a estar com sua família, a estudar e investir em sua formação profissional ou pessoal, em suma, *direito a ter um tempo livre para si mesma*, no qual, obviamente, está compreendido o tempo de sono necessário para a recomposição de seu equilíbrio físico e mental<sup>(9)</sup>.

Não se pode esquecer que o direito ao descanso diário e/ou semanal é um *direito fundamental* para a proteção da saúde e segurança dos trabalhadores. Tanto que o primeiro está intrinsecamente interligado à limitação da jornada diária de trabalho. E o segundo, que tem uma inegável matriz religiosa muito antiga<sup>(10)</sup>, foi objeto de algumas das primeiras

(6) FITA ORTEGA, F. *Limites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 51.

(7) RUSSOMANO, Mozart Víctor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 4. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957. v. 1, p. 199. Nas páginas anteriores Russomano havia citado o jurista argentino Juan D. Pozzo, para quem o descanso entre as horas de trabalho ou entre as jornadas tende a atender o indispensável repouso para a recuperação da energia física e mental, permitindo ainda ao trabalhador a convivência com a família e o desenvolvimento de sua própria personalidade como um ser humano. *Ibidem*, p. 148-149.

(8) GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 273.

(9) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*, p. 132.

(10) Orlando Gomes e Elson Gottschalk apontam que os autores em geral remontam as origens do descanso dominical ou repouso hebdomadário à mais longínqua Antiguidade ou à Idade Média, “confrontando-o sempre com o sentimento religioso dos povos antigos, aplicado aos sábados entre os hebreus e aos domingos entre os cristãos”. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*, p. 280.

normas internacionais do trabalho, porquanto a OIT, já em 1921, por meio da Convenção n. 14, estabeleceu um descanso obrigatório de, *no mínimo*, 24 horas consecutivas a cada período de sete dias, e quando possível coincidente com os dias consagrados pela tradição ou costumes do país ou da região (art. 2 da Convenção n. 14 — Descanso Semanal na Indústria). Posteriormente, referido direito foi estendido aos trabalhadores do comércio e escritórios pela convenção respectiva (Convenção n. 106, de 1957, art. 6.1). Ademais, a Recomendação n. 103 da OIT, que complementa a Convenção n. 106, propugna por “um descanso de trinta e seis horas pelo menos por semana de trabalho, horas que, sempre que seja possível, devem constituir um período ininterrupto”<sup>(11)</sup>.

A finalidade do descanso semanal é “proporcionar ao trabalhador um tempo suficiente não só para que possa recuperar as forças empregadas na atividade produtiva, mas também para que o trabalhador possa, como ser humano, desenvolver sua vida social”. Daí resulta uma *dupla necessidade do repouso periódico*: 1ª) a necessidade fisiológica de proporcionar ao trabalhador um tempo de descanso; 2ª) a necessidade social de se lhe conceder um tempo de lazer para o desenvolvimento das atividades inerentes a sua condição humana (atividades familiares, religiosas, culturais etc.)<sup>(12)</sup>.

Maurício Godinho Delgado<sup>(13)</sup> assinala que os avanços dos estudos e pesquisas sobre a saúde e segurança do trabalhador têm demonstrado que a extensão do contato da pessoa com certas atividades ou ambientes é elemento decisivo à configuração do potencial efeito insalubre de referidos ambientes ou atividades. E que essas reflexões têm levado à noção de que a redução da jornada e da duração semanal do trabalho em certas atividades ou ambientes

constitui uma *medida profilática* importante no contexto da moderna Medicina Laboral, assumindo as normas que cuidam do tema o caráter de *normas de saúde pública*.

Mais adiante, observa este renomado autor que os períodos de descanso são lapsos temporários regulares em que o empregado pode interromper a prestação de serviços e sua disponibilidade para com o empregador, com o objetivo da recuperação e implementação de suas energias ou de sua inserção familiar, comunitária e política. Por essa razão, as normas jurídicas concernentes à jornada e aos descansos não têm fundamento apenas econômico, já que *seu fim último* é o de proteger a saúde do trabalhador. Sendo assim, as normas que estabelecem pausas intra e entrejornadas — bem como o descanso semanal —, por se tratar de *normas de ordem e saúde públicas*, não podem, em princípio, ser suplantadas pela ação privada dos indivíduos e grupos sociais, vale dizer, estão fora das margens da negociação coletiva<sup>(14)</sup>.

## **2.1. A regulamentação dos intervalos e das pausas no Brasil**

No Brasil, como é sabido, em qualquer trabalho contínuo cuja duração *exceda de seis horas*, “é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora”, conforme o art. 71, *caput*, da CLT. E o § 1º deste artigo prevê que, ainda que não excedidas as seis horas de trabalho, “será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas”.

Somente será permitida a redução do limite mínimo de uma hora para descanso ou refeição quando houver *autorização do Ministério do Trabalho e Emprego*, por seu órgão competente (atualmente, a Secretaria de Segurança e Medicina do Trabalho), sendo que referida autorização está condicionada à verificação de que o estabelecimento atende integralmente às exigências concernentes à organização dos

(11) CLERC, J. M. *Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo*, p. 131.

(12) FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*, p. 54.

(13) DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 831.

(14) *Ibidem*, p. 917-920.

refeitórios, e mais, à constatação de que os respectivos empregados não estejam “sob regime de trabalho prorrogado a horas suplementares”, conforme norma de ordem pública do § 3º do mesmo dispositivo legal.

Vale dizer: se houver prestação de horas extras *não poderá haver autorização* para a fruição de intervalo inferior a uma hora. Em contrapartida, por coerência lógica, se concedida essa autorização e a empresa passar a exigir horas extras dos trabalhadores, de se entender que foi descumprida a condição *sine qua non* para a autorização, motivo pelo qual o intervalo deveria ter sido de uma hora, conduzindo à consequência pecuniária do art. 71, § 4º, da CLT, nos moldes da Súmula n. 437 do E. TST.

Isso porque, se o empregador não cumpre sua obrigação de conceder o intervalo mínimo para descanso e refeição previsto no *caput* e no § 1º, “ficará obrigado a remunerar o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho” (§ 4º do citado art. 71 da CLT), independentemente de ter havido — ou não — extrapolação da jornada ordinária de trabalho.

Ademais, *nem sequer a negociação coletiva pode transigir* sobre estes limites mínimos de descanso durante a jornada de trabalho. A jurisprudência brasileira, ainda que a princípio e por um longo espaço de tempo tenha sido conivente com a redução do intervalo intrajornada por acordo ou convenção coletiva de trabalho, nos últimos anos se encaminhou para a construção de uma nova diretriz, no sentido de invalidar todas as cláusulas convencionais estipuladas em violação daquelas normas de caráter mínimo preconizadas pela CLT, exceto em relação aos motoristas profissionais, empregados em empresas de transporte coletivo urbano<sup>(15)</sup>.

(15) Veja-se a redação do item II da Orientação Jurisprudencial n. 342 da SDI-1 do Tribunal Superior do Trabalho, antes de sua conversão em súmula no ano de 2012:

No entanto, até mesmo esta exceção foi abandonada na jurisprudência do C. TST, com a conversão da citada orientação jurisprudencial na Súmula n. 437 daquele Tribunal. Em verdade, na redação da nova súmula, de 2012, foi suprimida a exceção relativa aos motoristas e cobradores do transporte público coletivo urbano, talvez em razão da nova Lei do Motorista Profissional (Lei n. 12.619/2012).

O que se espera é que o TST endosse a tese de não ser permitida qualquer exceção às normas de ordem pública que disciplinam os *tempos mínimos* de pausas intrajornada, diante do seu conteúdo ontológico, aqui analisado.

Outrossim, o art. 72 da CLT estabelece que nos serviços permanentes de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo — aos quais se equiparam, por jurisprudência pacífica dos tribunais, os serviços de digitação<sup>(16)</sup>) —, “a cada período de 90 (noventa) minutos de trabalho consecutivo corresponderá um repouso de 10 (dez) minutos não deduzidos da duração normal de trabalho”.

Referidas pausas de descanso ou para as refeições durante a jornada de trabalho, inclusive nos serviços nos quais não há uma fadiga

“(…)

II – Ante a natureza do serviço e em virtude das condições especiais de trabalho a que são submetidos estritamente os condutores e cobradores de veículos rodoviários, empregados em empresas de transporte público coletivo urbano, é válida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a redução do intervalo intrajornada, desde que garantida a redução da jornada para, no mínimo, sete horas diárias ou quarenta e duas semanais, não prorrogada, mantida a mesma remuneração e concedidos intervalos para descanso menores e fracionados ao final de cada viagem, não descontados da jornada.”

(16) Súmula n. 346 do Tribunal Superior do Trabalho: “DIGITADOR. INTERVALOS INTRAJORNADA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT (mantida) — Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Os digitadores, por aplicação analógica do art. 72 da CLT, equiparam-se aos trabalhadores nos serviços de mecanografia (datilografia, escrituração ou cálculo), razão pela qual têm direito a intervalos de descanso de 10 (dez) minutos a cada 90 (noventa) de trabalho consecutivo.”

muscular, porém, uma excessiva concentração ou atenção, como no atendimento ao público — como ocorre em alguns setores do comércio e nos serviços especializados —, são *imprescindíveis para se evitar a fadiga mental*, que não é raro deságua em estresse ocupacional e outros transtornos psíquicos.

Quanto ao intervalo entrejornadas, o art. 66 da CLT estabelece que “entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso”, fixando, assim, o *limite mínimo* do descanso entrejornadas. Relativamente ao chamado intervalo intersemanal, o art. 67 da CLT assegura a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de interesse público ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, ainda que apenas em parte. E a Constituição de 1988, no rol do art. 7º, positivou como *direito humano fundamental* o direito ao repouso semanal remunerado, de preferência aos domingos (inciso XV).

Por certo que há outras normas a respeito da matéria, na própria CLT ou em legislação esparsa, mas penso que as diretrizes básicas e com caráter de generalidade são estas, para os estreitos limites deste breve artigo.

### 3. A condenação em horas extras pela supressão dos intervalos

Sendo a normativa que fixa tempos mínimos de intervalos intra e entrejornadas, bem como de pausas no curso da jornada de trabalho, constituída de normas de inconcussa ordem pública, o sistema deve conter outras normas, preestabelecidas ou derivadas da jurisprudência, para punir os empregadores que não as observarem, de modo a lhes inculcar — bem como aos demais empregadores — o ânimo de observância, configurando-se, nessa linha de raciocínio, o propalado *efeito pedagógico* das condenações judiciais.

De não se olvidar que foi com esse objetivo que a jurisprudência trabalhista passou a enfrentar de modo diverso as situações

constatadas nos processos judiciais, quando se comprovava que o trabalhador não tinha usufruído integralmente seu sagrado direito ao intervalo intrajornada. Deixando de lado a conformista tese de que isso resultava em mera infração administrativa, os juízes passaram a considerar como *hora extraordinária* o tempo suprimido do intervalo mínimo de uma hora, preconizado no art. 71, *caput*, da CLT. Mas somente em 1994 o legislador deu atenção ao problema, normatizando a hipótese no § 4º do mesmo dispositivo legal, por meio da Lei n. 8.923, de 27.7.1994.

Sem embargo, como sempre, o legislador não resolveu todas as questões relacionadas à temática<sup>(17)</sup>, fazendo com que a *jurisprudência laboral* se encarregasse de definir novas “regras” de conduta. Assim é que:

1º) definiu-se que, ainda que concedido em parte o intervalo intrajornada, a finalidade da norma de proteção não teria sido atingida, motivo pelo qual seria devida uma hora extra (cheia) e não apenas o lapso de tempo faltante para completar uma hora de intervalo (OJ n. 307, de 11.8.2003);

2º) depois de idas e vindas da jurisprudência, assumiu-se a posição de que esse tempo mínimo de intervalo deve estar infenso à negociação coletiva, por se referir à norma de ordem pública (art. 7º, XXII, da CR/88), sendo nulas quaisquer cláusulas convencionais que disponham em sentido contrário, suprimindo ou reduzindo o tempo mínimo de intervalo intrajornada (OJ n. 342, de 22.6.2004);

3º) entendeu-se que, por se tratar de hora extraordinária, tanto que deve ser paga com o adicional mínimo de 50% — tal como a hora extra prevista no inciso XVI do art. 7º

(17) E nem é seu papel fazê-lo, porque a vida real é bem mais dinâmica do que a pensada no Parlamento, motivo pelo qual sempre houve e continuará havendo, sobretudo na seara trabalhista, a necessidade de suplantarem as lacunas normativas pelas outras (tantas) fontes do Direito do Trabalho, nos moldes do art. 8º e parágrafo único da CLT.

da Constituição da República Federativa do Brasil —, sua natureza jurídica somente poderia ser a de autêntica hora extraordinária, causando repercussões no cálculo de outras verbas trabalhistas (OJ n. 354, de 14.3.2008);

4º) em significativa afirmação da *finalidade pedagógica* dos institutos em análise, finalmente se entendeu que, se pactuada ou definida por lei jornada de seis horas diárias, em sendo esta ultrapassada com habitualidade, o intervalo intrajornada deveria ser de uma hora e não de apenas 15 minutos, ocasionando o pagamento de uma hora extraordinária (cheia) e reflexos, nos moldes do § 4º do art. 71 da CLT (OJ n. 380, de 14.3.2008);

5º) definiu-se que os trabalhadores rurais — como não poderia ser de outra forma, *ex vi* do *caput* do art. 7º da CR/88 — também faziam jus à remuneração dessa hora extraordinária “cheia” e seus reflexos, ainda que a supressão de seu intervalo intrajornada fosse apenas parcial, numa interpretação *sistemática* dos arts. 5º, inciso I, do Decreto n. 73.626/74 e 71 e parágrafos da CLT, a despeito de o art. 5º da Lei n. 5.889/73 não estipular a duração mínima de uma hora para o intervalo intrajornada do rurícola, que deveria observar apenas os usos e costumes da região onde o trabalho fosse prestado (OJ n. 381, de 19.4.2010).

Todas estas orientações jurisprudenciais são extremamente importantes, tanto que convertidas na *Súmula n. 437*, de 25.9.2012, a qual contempla as cinco situações jurídicas *supra*, em seus quatro itens. Eis a dicção da referida súmula:

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012

I – Após a edição da Lei n. 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo

intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração.

II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.

III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei n. 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais.

IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.

Este último item, o de n. IV da Súmula n. 437, como já afirmado, representa um significativo *avanço jurisprudencial*, porque o intervalo de 15 minutos foi destinado apenas e tão somente para as jornadas de trabalho de mais de 4 horas, mas que, *em hipótese alguma*, excedam 6 horas diárias. Essa é a lógica da *visão sistêmica* do multicitado art. 71 e seus parágrafos, em combinação com os vários dispositivos constitucionais que cuidam da saúde do trabalhador, em especial, o inciso XXII do art. 7º, como referido expressamente na OJ n. 342, de 2004, bem como no item II da Súmula n. 437 do E. TST.

Com efeito, em jornadas de trabalho *superiores* a seis horas diárias o intervalo intrajornada

deverá ser, *no mínimo*, de uma hora, “em qualquer trabalho contínuo”, como expressamente disciplinado logo no início do *caput* do art. 71 Consolidado. É dizer, em jornadas que excedem seis horas, o *tempo mínimo* de intervalo para a devida proteção à saúde do trabalhador é de uma hora.

Não obstante, esse tempo mínimo foi pensado para jornadas de *até 8 horas diárias*, ou de 8 horas e 48 minutos diários, no legítimo e autêntico acordo de compensação de horário de trabalho, tal como previsto e autorizado pela norma de ordem pública do art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República Federativa do Brasil. Quando muito, a se admitir a constitucionalidade do famigerado banco de horas, em jornadas de até 10 horas diárias, pois este é o *limite máximo de jornada de trabalho* no Brasil. Tanto que nem mesmo na disciplina do banco de horas, que flexibiliza como nunca os limites diários de jornada de trabalho, o legislador ousou desrespeitar esse limite sagrado, que já é mais extenso do que o previsto pela Convenção n. 1 da OIT, de 1919 — por isso mesmo não ratificada pelo Brasil até hoje, quase um século depois —; pelo contrário, determinou essa observância como *condição de validade* do próprio acordo (coletivo) ou convenção coletiva de trabalho que venha a instituir o banco de horas em determinada categoria profissional, nos moldes do § 2º do art. 59 da CLT (com a redação atual conferida pela MP n. 2.164-41, de 24.8.2001).

Nessa linha de raciocínio lógico e jurídico, qual deveria ser, então, o *tempo mínimo de intervalo intrajornada* em jornadas de 12 horas diárias, como ocorre diuturnamente no malsinado regime de 12 x 36 — 12 horas de trabalho por 36 de descanso —, ou, o que é pior, nos regimes de 5 x 2 — 5 dias de trabalho por 2 de descanso — e suas variantes 4 x 2, 5 x 1, 3 x 1 e tantas quantas a engenhosidade humana (para não dizer exploração capitalista) inventar? E *em jornadas de mais de 12 horas diárias*? E em jornadas absurdamente *extenuantes* — como se tivéssemos regredido ao século XIX — de

15, 16 ou mais horas de trabalho, como tem ocorrido com os motoristas profissionais e outros trabalhadores?

Penso que, por coerência, lógica, bom-senso e o mais que se queira, o intervalo intrajornada não deveria ser de apenas uma hora nessas situações jurídicas. Se em jornadas superiores a 6 (seis) horas o intervalo intrajornada deve ser de uma hora para a devida proteção à saúde do trabalhador, em jornadas de 12 horas ou mais, esse tempo mínimo de intervalo deveria ser de, *no mínimo*, duas horas. E se, numa verdadeira aventura humana — e que ainda se comprova em juízo, mesmo que esporadicamente, principalmente em casos de motoristas —, um trabalhador se ativar em jornadas de mais de 18 horas, esse *tempo mínimo* outro não poderia ser que não o de três horas de intervalo intrajornada. Por isso mesmo a Lei do Motorista Profissional fixou o tempo máximo de direção, devendo haver *pausas* (extras) durante a jornada, além do intervalo clássico de uma hora.

Em abono a essa tese, de se destacar que, segundo a OIT, ninguém deveria trabalhar habitualmente mais do que 11 (onze) horas por dia, pois este é o limite que inclusive identifica a presunção de que a morte súbita do trabalhador — normalmente por parada cardiorrespiratória ou acidente vascular cerebral — tem *relação direta* com as extenuantes jornadas praticadas. Trata-se do fenômeno denominado *karoshi*, que merece uma abordagem específica, na sequência.

### **3.1. O risco de adoecimentos e até de morte súbita (karoshi) nas jornadas de mais de 11 horas diárias**

Em profundo estudo sobre a *influência do excesso de jornada de trabalho na segurança e na saúde dos trabalhadores*, Anne Spurgeon<sup>(18)</sup>

(18) SPURGEON, A. *Working time: its impact on safety and health*. OIT y Korean Occupational Safety and Health Research Institute, Genebra, 2003.

asseverou que a preocupação central em relação à quantidade de horas trabalhadas é o desenvolvimento da fadiga e, associado a isso, do estresse ocupacional, sendo que a exposição cumulativa à fadiga e ao estresse deságua em problemas de doenças mentais e cardiovasculares. A situação é ainda mais grave quando os trabalhadores são submetidos *rotineiramente* ao regime de horas extraordinárias.

O estudo desta autora revela que os trabalhadores da indústria, no Japão, quando se ativaram em horas extras, tiveram aumentados os riscos de problemas de saúde mental. Com efeito, é impressionante a quantidade de morte súbita e de suicídios naquele país, na ocorrência do *karoshi* — morte súbita por excesso de trabalho —, sendo que houve 1.257 casos *oficiais* de suicídio relacionado ao trabalho, já em 1996. Um estudo de 203 casos de *karoshi* constatou que 2/3 deles ocorreram porque os trabalhadores se ativaram *regularmente em mais de 60 horas por semana*, em mais de 50 horas extras por mês ou mais da metade de suas férias antes dos ataques cardiovasculares fatais.

O *karoshi* se trata de um grande problema social no Japão, sendo, em verdade, resultado de um modo de gestão empresarial, o chamado modelo de gestão japonesa, vulgarizado no Ocidente com a expressão *toyotismo*, que hoje em dia está difundido em praticamente todos os países, no chamado *pós-fordismo*. Este modelo é particularizado pela busca cada vez maior de redução dos custos do trabalho, apresentando como característica no âmbito laboral a promoção da individualização das relações laborais ou, dito de outra maneira, a eliminação dos valores coletivos dos trabalhadores. Por isso, especialistas no tema têm afirmado que a *avaliação individualizada da produção* e a *exigência de qualidade total*, duas das principais características do toyotismo, provocam uma sobrecarga de trabalho que conduz a uma explosão de doenças, dentre as

quais o *burn out*, o *karoshi* e os transtornos musculoesqueléticos<sup>(19)</sup>.

Veja-se a extensão do termo *karoshi*:

O termo é compreensivo tanto das mortes ou incapacidades laborais de origem cardiovascular devidas à sobrecarga de trabalho (acidente vascular cerebral, infarto do miocárdio, insuficiência cardíaca aguda,...) como de outras mortes súbitas (por exemplo, as relacionadas com a demora no tratamento médico por causa da falta de tempo livre para consultas) e também dos suicídios atribuídos ao excesso de trabalho. Em sentido estrito, recebe o nome de *karo-jisatu* ou suicídio por excesso de trabalho [...] Em 2006 foram reconhecidas no Japão 560 indenizações por danos à saúde (213 delas foram por falecimentos) ligados à sobrecarga de trabalho, incluindo tanto as doenças vasculares cerebrais como os distúrbios mentais (incluindo a morte por suicídio). É relevante destacar que 40% dos trabalhadores afetados tinham menos de 30 anos. Dado o caráter extremamente restritivo destes reconhecimentos se tem estimado que na realidade o *karoshi* (e o *karo-jisatu*) ocasionam a morte de 10.000 trabalhadores anualmente<sup>(20)</sup> (no Japão).

(19) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*, p. 207-208.

(20) URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. "Vivir para trabajar: la excesiva jornada de trabajo como factor de riesgo laboral". *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 77, p. 36-37, dez. 2010. Disponível em: <[http://riesgoslaborales.wke.es/noticias\\_base/vivir-para-trabajar-la-excesiva-jornada-de-trabajo-como-factor-de-riesgo-laboral?commit.x=7&commit.y=1&commit=BUSCAR&locale=es&magazine\\_ids%5B%5D=13&q=vivir+para+trabajar&site=8](http://riesgoslaborales.wke.es/noticias_base/vivir-para-trabajar-la-excesiva-jornada-de-trabajo-como-factor-de-riesgo-laboral?commit.x=7&commit.y=1&commit=BUSCAR&locale=es&magazine_ids%5B%5D=13&q=vivir+para+trabajar&site=8)>. Acesso em: 4 maio 2011. O autor relata o suicídio de um jovem de 23 anos, resultado de uma depressão originada do sobretrabalho, pois o trabalhador temporário realizava jornadas de 250 horas mensais, trabalhando 11 horas diárias e, inclusive, 15 dias seguidos sem descanso. Cita, ainda, este autor a estimativa de 5.000 suicídios anuais no Japão, derivados de depressões por excesso de trabalho. *Idem*.

O jornal *Japan Press Week* noticiava, em 28.3.1998, a morte de um jovem programador de computador por causa do excesso de trabalho, pois na sentença do Tribunal Distrital de Tóquio ficou consignado que o tempo médio de trabalho anual deste jovem era superior a 3 (três) mil horas, sendo que nos três meses anteriores à sua morte ele chegou a trabalhar 300 (trezentas) horas por mês, já que estava trabalhando no desenvolvimento de um sistema de *software* para bancos. Na edição de 4.4.1998, o citado jornal relatava outro caso de um jovem que morreu de ataque cardíaco em razão do excesso de trabalho, já que nas duas semanas anteriores à sua morte trabalhou em média 16 horas e 19 minutos por dia<sup>(21)</sup>.

Não obstante, essa situação não é um “privilégio” do Japão, pois estudos das décadas de 1960 e 1970 revelaram que nos Estados Unidos as doenças cardíacas eram *frequentes* nos trabalhadores que trabalhavam mais de 60 horas por semana. Ademais, estudos verificaram que os motoristas de caminhão, que trabalhavam 11 ou 12 horas por dia, tiveram um aumento impressionante dos casos de fadiga e de problemas musculoesqueléticos, resultantes da postura prolongada em condições precárias, ao dirigir sentados em pelo menos 50% de sua jornada, além do aumento das doenças do coração. Muito importante também um estudo realizado na Alemanha, no qual se constatou, na análise de 1.200.000 acidentes do trabalho, que o risco de acidente aumentou exponencialmente depois da nona hora de trabalho, com um percentual três vezes maior nas jornadas de 16 horas de trabalho diárias. *A conclusão*, como não poderia deixar de ser, é a de que *trabalhar regularmente mais de 50 horas por semana aumenta o risco de doenças, especialmente as cardiovasculares*<sup>(22)</sup>.

Por todas essas explicações, de se definir que ninguém deveria trabalhar *habitualmente*

(21) ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006. p. 35.

(22) SPURGEON, A. *Working time: its impact on safety and health*.

mais de 11 (onze) horas por dia. Se há um risco exponencial de adoecimentos ocupacionais e inclusive de morte súbita por excesso de trabalho, nas jornadas de mais de 3.000 horas por ano, ou de mais de 270 horas por mês, ou de mais de 60 horas por semana<sup>(23)</sup>, isso significa que *jornadas habituais de 11 horas ou mais por dia não devem ser toleradas*, porque implicam em alto risco de infortúnios laborais, com terríveis consequências para o trabalhador, sua família e para toda a sociedade, que financia os custos do sistema de seguridade social. Portanto, estamos diante de um caso de *saúde pública*, que ultrapassa os contornos do direito individual à saúde do trabalhador, como se a *fundamentalidade* deste direito não fosse suficiente para despertar a atenção dos atores sociais.

### **3.2. Os caminhos da jurisprudência para coibir as jornadas de mais de 11 horas diárias: a condenação em horas extras**

Diante do exposto até esta parte, de não se olvidar que as investigações científicas, devidamente consolidadas, apontam para a necessidade de se implementar limites *efetivos* de jornada de trabalho, numa visão sistêmica da importância das pausas e dos intervalos intra e entrejornadas. E que não se pode permitir, em nome de uma flexibilização desmedida que acarreta graves danos a toda a sociedade, *jornadas extenuantes*, consideradas assim as jornadas *habituais* de onze horas ou mais de trabalho por dia.

(23) A conta é bastante simples. Considerando-se os direitos fundamentais a pelos menos 30 dias de férias anuais, ao descanso semanal e ao repouso em feriados, tem-se que um trabalhador trabalha, em média, 25 dias por mês, durante 11 meses por ano. Assim, em jornadas de 3.000 horas por ano, a jornada diária média seria de 10,90 horas. Em jornadas de 270 horas mensais, a jornada diária seria, na média, de 10,80 horas. E, por fim, em jornadas de 60 horas semanais, a jornada diária seria de 10 horas, a se considerar seis dias de trabalho, ou de 12 horas, em cinco dias de trabalho, atingindo uma média de 10,90 horas (60 : 5,5).

Sendo assim, o sistema jurídico deve proporcionar respostas adequadas a essa situação jurídica. Penso nas que seguem.

### 3.2.1. Considerar inconstitucionais quaisquer regimes que estipulem jornadas de 12 horas de trabalho

É chegada a hora de o E. TST, na linha de sua jurisprudência *progressiva* sobre a temática, cancelar a Súmula n. 444, que caminha velozmente na contramão dessa citada jurisprudência. Ora, se há um limite constitucional de oito horas diárias e de 44 horas semanais, se existe um limite legal de 10 horas de trabalho por dia e, o que é mais grave, se as jornadas extensas, sobretudo no período noturno, têm efeitos maléficis sobre a saúde do trabalhador, revela-se de clareza meridiana a *inconstitucionalidade* do regime de trabalho conhecido como 12 x 36 — doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso —, principalmente quando do labor no período noturno, ainda que precedido de autorização em negociação coletiva<sup>(24)</sup>.

Com efeito, de se notar que, em tal regime, o trabalhador cumpre jornada de 48 horas numa semana e de 36 horas na semana seguinte; a considerar-se a redução da hora noturna, cumpre jornada de 52 horas numa semana e de 39 horas na outra. Destarte, em semanas alternadas o trabalhador, no período diurno ou noturno, ultrapassará o *limite constitucional* de 44 horas semanais.

Não obstante, não se trata de simples questão aritmética a posta a exame, pois o que está em jogo, em verdade, é a *prejudicialidade do referido regime de trabalho* à saúde dos trabalhadores. De se ressaltar, o regime de 12 x 36, muito aplicado pelas empresas de prestação de serviços no âmbito da saúde, da segurança e de vigilância patrimoniais, revela-se extremamente prejudicial à saúde do trabalhador, seu

bem mais valioso, e que não está abrangido pelo princípio da disponibilidade. É dizer, a saúde se trata de *direito humano fundamental indisponível*, não podendo nenhuma norma coletiva fixar condições de trabalho que ameacem esse bem tão essencial.

Como se não bastasse, quando o trabalhador se ativa em 12 horas diariamente, principalmente no período noturno, terá sérios *danos existenciais*. Ocorre que o trabalho noturno provoca uma dessincronização entre o ciclo vigília-sono e outros ritmos biológicos, bem como entre o ciclo dia/noite e outros ciclos ambientais. Isso se deve ao fato de que o sono diurno é frequentemente mais curto e não mostra a distribuição temporal típica dos diferentes estágios de sono, produzindo o que se chama de *déficit de sono*, que é um fator de risco de acidentes e doenças ocupacionais.

E essa situação se torna *ainda mais grave* no sistema de 5 dias de trabalho de doze horas diárias por 2 dias de descanso (5 x 2) e suas variáveis: 4 x 2, 5 x 1, 3 x 1 e tantas outras. Em tais regimes, os trabalhadores ativam-se em 12 horas, por 3, 4 ou 5 dias seguidos, o que é um verdadeiro absurdo, colocando em risco sua saúde, seu bem mais precioso a ser preservado na relação contratual empregatícia. Ora, se o trabalhador se ativa em cinco jornadas de 12 horas diárias, por dois dias de descanso, ele cumpre uma *jornada de 60 horas semanais*, o que também ocorre no sistema de 4 x 2. Agora, nos sistemas de 5 x 1 ou de 3 x 1, ele trabalha em seis jornadas de 12 horas por dia, com apenas um dia de descanso, laborando, portanto, em *extenuantes 72 horas semanais* — ainda que nas semanas seguintes haja maior quantidade de folgas, em decorrência do regime. *Um verdadeiro despropósito!*

Espero, portanto, que o Tribunal Superior do Trabalho reveja seu posicionamento no sentido de considerar válido o regime de 12 x 36, se pactuado em negociação coletiva, a exemplo do que já ocorreu em relação ao intervalo intrajornada. Ora, o fundamento

(24) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*, p. 159-161. Todas as considerações que seguem foram retiradas desta obra.

jurídico para não mais se permitir a redução do referido intervalo por norma coletiva aplica-se *como luva* à situação do trabalho em jornadas extenuantes, como se dá no trabalho nos sistemas aqui analisados, inclusive no de 12 x 36.

No mínimo, de se exigir as *seguintes condições* para a validade desses sistemas de trabalho: 1<sup>a</sup>) a concessão de dois intervalos intrajornada de uma hora cada, *efetivamente usufruídos*; 2<sup>a</sup>) a *proibição de trabalho nos dias de folga*, que, por si só, já desnatura o próprio regime, que somente atende sua lógica se houver trabalho em dias alternados, não em dias contínuos; 3<sup>a</sup>) a exigência de que a norma coletiva *proíba o trabalho para outro empregador* nos dias de folga porque, do contrário, o trabalhador irá se ativar em mais de um emprego, trabalhando *diariamente* em 12 horas, sem qualquer descanso semanal, como tem ocorrido no setor da saúde.

Um dado relevante para se repensar este regime de 12 x 36 — ou pelo menos para se impor limites à sua pactuação, como aqui sugerido — é o relativo à acidentalidade. O *atendimento hospitalar*, atividade na qual se emprega largamente esse regime, tem registrado uma altíssima quantidade de acidentes do trabalho. Em 2012, houve 54.008 acidentes do trabalho nessa atividade — mais do que o dobro da segunda colocada —, sendo absurdos 49.402 acidentes típicos e 392 doenças notificados, mais 4.214 doenças presumidas pela aplicação do NTEP – Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário. Os números falam por si, bastando que a eles se dê a devida atenção.

### 3.2.2. Definir que o tempo mínimo de intervalo intrajornada em jornadas de 12 horas é de 2 (duas) horas

Visto anteriormente que o tempo mínimo de uma hora de intervalo intrajornada foi pensado para jornadas de oito ou, no máximo, dez horas diárias. Este é o *limite máximo* de jornada de trabalho em nosso país. Não se pode admitir que em regimes de 12 x 36 ou em qualquer outro, com jornadas de 11 (onze)

ou mais horas de trabalho — pelos seus efeitos deletérios já enfatizados anteriormente —, haja a concessão de apenas uma hora de intervalo, ou, o que é pior, apenas do tempo suficiente para uma rápida refeição. As peculiaridades de alguns serviços, como os de vigilância e de portaria, não podem ser ignoradas. No entanto, a *saúde do trabalhador* — a finalidade essencial da fixação dos tempos mínimos para refeição e descanso — é um bem jurídico que está *acima* de qualquer entrave de natureza econômica. Na absoluta impossibilidade de se conceder esses intervalos intrajornada (dois de uma hora cada), que se os pague na forma do art. 71, § 4<sup>o</sup>, da CLT, como se verá no próximo item.

Como já mencionado, por um raciocínio lógico-jurídico, o intervalo intrajornada não deve ser de apenas uma hora em jornadas que ultrapassem o limite razoável e proporcional de 11 (onze) horas diárias. Ora, se em jornadas de mais 6 (seis) horas o intervalo deve ser de 1 (uma) hora, para a devida proteção à saúde do trabalhador, em jornadas de 12 (doze) horas, em quaisquer dos regimes aqui analisados, o tempo mínimo de intervalo intrajornada deve ser, *no mínimo*, de 2 (duas) horas. Por óbvio, para qualquer jornada de trabalho superior a 12 horas, esse tempo mínimo deve ser, *a fortiori*, pelo menos, de duas horas. A se constatar jornadas absurdas, de mais de 16 horas, que seriam 100% (cem por cento) maiores do que as permitidas constitucionalmente, esse *tempo mínimo* deveria ser de 3 (três) horas, para os intervalos intrajornada. No mínimo, essas três horas deveriam ser consideradas para jornadas de mais de 18 horas, que seriam 3 (três) vezes maiores do que a pensada na fixação do intervalo intrajornada de uma hora, no art. 71, *caput*, da CLT.

### 3.2.3. Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de intervalo não usufruídos

Se a jurisprudência já reconheceu que, ao ultrapassar com habitualidade a jornada de

seis horas, o trabalhador tem direito a um intervalo intrajornada de uma hora — porque este é o lapso de tempo mínimo em jornadas superiores a seis horas —, motivo pelo qual, não sendo concedido esse tempo mínimo, o trabalhador tem direito ao pagamento de uma hora extra (cheia) e reflexos respectivos, numa interpretação lógica dos parágrafos do art. 71 da CLT (OJ n. 380 e Súmula n. 437, item IV), e sistemática (art. 7º, *caput* e incisos XIII, XIV, XVI e XXII da CR/88), *há de se construir uma jurisprudência* que leve em conta todos esses fatores e defina que em jornadas de 12 (doze) horas ou mais o trabalhador tem direito a *duas horas de intervalo intrajornada*<sup>(25)</sup>, e que, se não concedidas em sua integralidade, fará jus o trabalhador ao pagamento dessas duas horas extraordinárias (cheias), com os reflexos correspondentes.

Sem dúvida que essa construção jurisprudencial poderá onerar ainda mais as empresas que se valem de sistemas de trabalho com jornadas de 12 horas de trabalho. Contudo, dados os conhecidos malefícios desse tipo de jornada, o Poder Judiciário, como guardião dos direitos fundamentais e responsável pelo equilíbrio social, não deve se preocupar apenas com a viabilidade econômica das empresas, mas também — e principalmente — com a *dignidade da pessoa humana*, que sempre ocupou e deve continuar ocupando uma posição de absoluta centralidade na interpretação e aplicação das normas jurídicas.

Aliás, é uma questão de bom-senso, pois se o intervalo intrajornada de uma hora é suficiente para uma jornada de oito horas, não poderá sê-lo para jornadas de doze ou mais horas por dia, que implicam num acréscimo de, *no mínimo*, 50% (cinquenta por cento) sobre a jornada “normal” de trabalho. De modo que, por coerência e lógica, esse intervalo deveria ser de, no mínimo, uma hora e trinta minutos,

(25) Ainda que em dois intervalos de uma hora cada, o que, aliás, seria mais benéfico ao trabalhador e propiciaria um atendimento mais adequado da finalidade da norma.

em jornadas de 12 horas, ou seja, *50% maior do que o intervalo intrajornada “normal”*. Ocorre que os estudos científicos todos demonstram a insensatez de se admitir jornadas superiores a 11 (onze) horas diárias, motivo pelo qual a condenação de caráter pecuniário e pedagógico disciplinada no § 4º do art. 71 Consolidado deve levar esses aspectos em consideração. Somente assim haverá uma *visão sistêmica* dos dispositivos e institutos em análise, oferecendo-se um tratamento conforme a equidade, pois não se pode conferir tratamento igual a situações jurídicas absolutamente distintas. De se insistir: se ultrapassada a jornada de seis horas, a hora extraordinária do intervalo intrajornada deve ser de uma hora; *a fortiori*, quando ultrapassada a jornada de 11 — ou pelo menos de 12 — horas, o tempo extraordinário correspondente deve considerar o lapso de 2 (duas) horas, não de apenas uma hora.

Tanto é assim que a jurisprudência do E. TST já definiu, há muitos anos, o direito do trabalhador que não tem observado o tempo mínimo de intervalo entrejornadas de 11 (onze) horas, depois do repouso semanal de 24 horas, ao pagamento de *todas as horas* que foram subtraídas desse lapso de tempo, como horas extraordinárias. Veja-se a redação da Súmula n. 110, de 25.9.1980:

JORNADA DE TRABALHO. INTERVALO (mantida) — Res. n. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

No regime de revezamento, as horas trabalhadas em seguida ao repouso semanal de 24 horas, com prejuízo do intervalo mínimo de 11 horas consecutivas para descanso entre jornadas, devem ser remuneradas como extraordinárias, inclusive com o respectivo adicional.

O raciocínio lógico desta súmula é o de que o intervalo entrejornadas, dada sua extrema relevância, não pode ser suprimido nem mesmo no regime de turnos ininterruptos de revezamento, tampouco posterior ao descanso semanal de 24 horas contínuas, de modo que o *intervalo intersemanal* somente terá atingido

sua finalidade se o trabalhador se ausentar do trabalho por, *no mínimo*, 35 horas contínuas.

Mais recentemente, em 14.3.2008, por coerência e lógica, o E. TST definiu que *todas as horas* suprimidas do *intervalo entrejornadas* de 11 (onze) horas também deverão ser remuneradas como horas extraordinárias, aplicando-se os mesmos efeitos do § 4º do art. 71 Consolidado, *ex vi* da OJ n. 355, da SDI-1, cujo teor se transcreve:

INTERVALO INTERJORNADAS. INOBSERVÂNCIA. HORAS EXTRAS. PERÍODO PAGO COMO SOBREJORNADA. ART. 66 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO § 4º DO ART. 71 DA CLT (DJ 14.3.2008). O desrespeito ao intervalo mínimo interjornadas previsto no art. 66 da CLT acarreta, por analogia, os mesmos efeitos previstos no § 4º do art. 71 da CLT e na Súmula n. 110 do TST, devendo-se pagar a integralidade das horas que foram subtraídas do intervalo, acrescidas do respectivo adicional.

Por analogia, numa interpretação coerente e lógica de todas estas normas, inclusive as jurisprudenciais, *de se criar o direito ao pagamento da integralidade das horas necessárias à prevenção de doenças relacionadas ao trabalho*, quando suprimidas, ainda que em parte, acrescidas do adicional constitucional ou do convencional mais favorável. Se nas jornadas de 11 (onze) ou mais horas o intervalo intrajornada deveria ser de 2 (duas) horas, este é o lapso de tempo que deve ser considerado, seja para a concessão do intervalo, seja para o pagamento das horas extraordinárias correspondentes à sua inobservância.

Nem se objete que não há previsão legal para tanto, pelos seguintes motivos: 1º) a jurisprudência *já concedia* o pagamento da hora extraordinária pela supressão do intervalo intrajornada antes mesmo da Lei n. 8.923/94, que definiu a exigibilidade do direito, ao acrescentar o § 4º ao art. 71 da CLT; 2º) desde 1980 o TST, por meio da Súmula n. 110, criou o direito ao pagamento de todas as horas suprimidas do intervalo entrejornadas posterior ao repouso semanal, *não havendo, até hoje*, lei

que discipline a matéria; 3º) numa *evolução jurisprudencial* em torno da matéria, como já visto, o TST, interpretando a norma do referido § 4º, definiu que: a) é devida uma hora extra (cheia) e não apenas o lapso de tempo faltante para completar uma hora de intervalo (OJ n. 307, de 2003); b) esse tempo mínimo de intervalo não pode ser suprimido ou reduzido pela negociação coletiva (OJ n. 342, de 2004); c) trata-se de hora extraordinária, que deve ser paga com o adicional mínimo de 50%, gerando reflexos em outras verbas trabalhistas (OJ n. 354, de 2008); d) se ultrapassada com habitualidade a jornada de seis horas diárias, o intervalo deveria ser de uma hora e não de apenas 15 minutos, dando ensejo ao pagamento de uma hora extraordinária (cheia) e reflexos (OJ n. 380, de 2008).

*O que falta nesse avanço jurisprudencial?* A definição de que o intervalo intrajornada mínimo de uma hora foi previsto para jornadas “normais” — de oito ou no máximo dez horas diárias — e que, praticadas jornadas de onze ou mais horas de trabalho, ainda que em regimes de 12 horas de trabalho por dia, esse tempo mínimo deverá ser de duas horas, e não de apenas uma hora, ocasionando, quando desrespeitado, o pagamento de *duas horas extraordinárias* (cheias), com adicional mínimo de 50%, mais os reflexos correspondentes.

É preciso ousadia para se criar o direito por meio da jurisprudência. Sem embargo, essa ousadia passa a ser dever funcional quando o que está em jogo é a *proteção eficaz* a direitos fundamentais de tamanha importância, como o são os direitos do trabalhador implicados quando se fala em limites de jornada de trabalho.

3.2.4. Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de tempo de pausa não usufruídos

Idêntico raciocínio deve ser aplicado para a *não concessão das pausas* restauradoras definidas pela normativa de proteção à saúde do trabalhador, considerando-se como não

concedidas e, portanto, dando ensejo ao pagamento do lapso de tempo correspondente como hora extraordinária. Vale lembrar das seguintes hipóteses, analisadas na sequência.

### 3.2.4.1. Pausas do digitador

Nos trabalhos *repetitivos*, normalmente, os músculos se contraem mais de 30 vezes por minuto (cerca de 14.400 contrações numa jornada de oito horas diárias). Quando a força relativa da contração supera 10% da força máxima, a duração da contração e a força muscular começam a diminuir. Um nível de trabalho muito rápido como o uso do teclado do computador, pode provocar aumento da tensão intramuscular, podendo resultar em edema das fibras musculares, no surgimento de dor e na diminuição da força muscular<sup>(26)</sup>.

Os estudos fisiológicos e ergonômicos sobre o trabalho indicam que a sobrecarga muscular se traduz em fadiga, vale dizer, numa *redução da capacidade de trabalho*, e pode reduzir também a produtividade e a qualidade do trabalho. A forma mais rápida de regular a sobrecarga muscular é aumentar a *flexibilidade do horário de trabalho* em nível individual. Isso supõe estipular *um regime de pausas* que leve em conta a carga de trabalho, a necessidade e a capacidade de cada pessoa. De tal forma que o trabalho muscular *estático e repetitivo* deve ser reduzido ao mínimo possível<sup>(27)</sup>.

Como é sabido, o trabalho do digitador é *extremamente repetitivo*. Daí a *proteção especial ao digitador*, encontrada na NR-17, desde a década de 1990. Merece transcrição seu item 17.6.4, letras “c” e “d”:

c) o tempo efetivo de trabalho de entrada de dados não deve exceder o limite máximo de 5 (cinco) horas, sendo que, no período de tempo restante da jornada, o trabalhador poderá exercer outras atividades, observado

(26) SMOLANDER, Juhani y LOUHEVAARA, Veikko, Trabajo Muscular. In: *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, p. 29.31-29.32. Disponível em: <<http://www.mtas.insh/EncOIT/index.htm>>.

(27) *Idem*.

o disposto no art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, desde que não exijam movimentos repetitivos, nem esforço visual; d) nas atividades de entrada de dados deve haver, no mínimo, uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, não deduzidos da jornada normal de trabalho.

Bem por isso, nos trabalhos repetitivos *não se deve permitir*, em hipótese alguma, a *remuneração por produção*, tendo em vista que o trabalhador, nessa modalidade de remuneração, é “estimulado” a trabalhar além de suas forças físicas e psíquicas, a fim de receber algo mais do que o mero salário de subsistência. Daí que, de acordo com a letra “a” do item 17.6.4 da NR-17, o empregador não pode promover qualquer sistema de avaliação dos trabalhadores que prestam serviços nas atividades de digitação, “baseado no número individual de toques sobre o teclado, inclusive o automatizado, para efeito de remuneração e vantagens de qualquer espécie”. E a letra “b” desta mesma norma limita o número máximo de toques reais pelo digitador, que não deve ser superior a oito mil por hora trabalhada.

Diante da intensa *repetitividade* dos movimentos empreendida pelo digitador, as pausas de 10 minutos a cada 50 minutos de trabalho se faz imprescindível. No mínimo, de se aplicar a Súmula n. 346 do E. TST, segundo a qual o digitador tem direito a pausas de 10 minutos a cada 90 de trabalho consecutivo nessa atividade. E se *não concedidas essas pausas*, de se condenar o empregador ao pagamento, como tempo extra, com adicional e reflexos correspondentes, de todos os lapsos de pausas não usufruídos durante a jornada de trabalho, pelo digitador ou qualquer outro trabalhador que desempenhe trabalho análogo, que é, por sua natureza, *estático e repetitivo*.

### 3.2.4.2. Pausas dos trabalhadores em atividades de teleatendimento/telemarketing

Quanto aos operadores de teleatendimento/*telemarketing*, a preocupação com os *inúmeros problemas de saúde* a eles relacionados foi

tamanho que a Secretaria de Inspeção do Trabalho, órgão do Ministério do Trabalho e Emprego, editou a Portaria n. 9, de 30 de março de 2007, introduzindo o Anexo II na NR-17, definindo normas regulamentadoras específicas para o setor, de modo a proporcionar um máximo de conforto, segurança, saúde e desempenho eficiente a esses trabalhadores. O referido Anexo contém normas quanto ao mobiliário do posto de trabalho, aos equipamentos utilizados, às condições ambientais e à organização do trabalho, além de outras diretrizes, de modo a proporcionar boas condições ergonômicas para a prestação laboral.

Contudo, as normas mais importantes para a proteção à saúde desses trabalhadores, no contexto aqui analisado, são as seguintes:

- a) se houver prorrogação do horário normal, será obrigatório um *descanso mínimo* de 15 (quinze) minutos antes do início da prestação de horas extraordinárias, de acordo com o art. 384 da CLT (item 5.1.3.1);
- b) o tempo de trabalho efetivo em atividade de teleatendimento ou *telemarketing* é de, no máximo, 6 (seis) horas diárias, *nele incluídas as pausas*, ou seja, incluindo o tempo de pausas, a jornada não deve passar de seis horas, sendo que a remuneração deve corresponder às seis horas (item 5.3);
- c) a fruição de pausas de descanso e de intervalos para repouso e alimentação é imprescindível para a *prevenção* de sobrecarga psíquica, muscular estática de pescoço, ombros, dorso e membros superiores (item 5.4);
- d) por isso, as pausas deverão ser concedidas: 1<sup>o</sup>) fora do posto de trabalho; 2<sup>o</sup>) em 2 (dois) períodos de 10 (*dez*) minutos *contínuos*; e 3<sup>o</sup>) depois dos primeiros e antes dos últimos 60 (sessenta) minutos de trabalho em atividade de teleatendimento/*telemarketing* (item 5.4.1);
- e) a instituição dessas pausas obrigatórias não prejudica o direito ao intervalo obrigatório para repouso e alimentação previsto

no § 1<sup>o</sup> do art. 71 da CLT (item 5.4.1.1), que, no caso, deve ser de 20 (*vinte*) minutos para todos os trabalhadores que desempenhem essa atividade (item 5.4.2);

f) enfim, a participação em quaisquer modalidades de atividade física, quando adotadas pela empresa, *não é obrigatória* — porque as tais ginásticas laborais não têm se mostrado eficazes para prevenir doenças como as chamadas LER/DORT nesses trabalhadores, que necessitam muito mais de repouso do que de outra atividade durante as pausas —, motivo pelo qual a recusa do trabalhador em praticá-las não poderá ser utilizada para efeito de qualquer punição (item 5.6).

Aqui se pode reproduzir a mesma observação do tópico anterior, no sentido de que, *não concedidas as duas pausas de 10 minutos cada*, ou o intervalo intrajornada de 20 minutos, o empregador deve ser condenado ao pagamento, como hora extraordinária e seus efeitos jurídicos, de todos os lapsos não usufruídos pelo operador de teleatendimento ou *telemarketing* durante a sua jornada de trabalho.

#### 3.2.4.3. Pausas do trabalhador em frigoríficos

Como adverti em outro trabalho, ao se analisar os *grupos de atividades econômicas*, numa perspectiva mais global, observa-se que a soma de todas as atividades do grupo 10 da CNAE — indústria da produção de alimentos, que tem 31 atividades — atinge um total absurdo de 23,59 casos de doenças não notificadas por 1.000 trabalhadores, com destaque para o código 1012 — frigoríficos de suínos e aves —, no qual a taxa de enfermidade é de 3,61. Assim, *os frigoríficos* que desenvolvem sua atividade utilizando somente suínos e aves, principalmente frangos, *são as empresas que mais causam doenças ocupacionais em todo o grande setor da indústria alimentícia*. Por isso, é muito importante estudar as jornadas e as formas de sua distribuição neste ramo empresarial, no qual *não se tem concedido as*

*pausas intrajornada necessárias* ao combate do estresse laboral e à prevenção da fadiga ocasionada pela sobrecarga muscular, resultando em inúmeros casos de afastamentos para tratamento de doenças<sup>(28)</sup>.

Daí que, preocupado com o altíssimo índice de adoecimentos no ramo de frigoríficos, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Portaria MTE n. 555, de 18 de abril de 2013, editou a NR-36, sobre *Segurança e Saúde no Trabalho em Empresas de Abate e Processamento de Carnes e Derivados*.

As principais normas desta NR, no que diz respeito ao tema aqui analisado, são as que dão diretrizes à *organização temporal do trabalho* (item 36.13). Dentre elas, de se destacar que a norma do item 36.13.1 praticamente repete a do art. 253 da CLT, estipulando que “para os trabalhadores que exercem suas atividades em ambientes artificialmente frios e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de uma hora e quarenta minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período mínimo de vinte minutos de repouso”. Ademais, não somente essas pausas de 20 minutos, mas também todas as outras pausas “extras” previstas na NR-36, devem ser computadas como *tempo de trabalho efetivo* (item 36.13.4), ou seja, devem ser consideradas *dentro* da jornada de trabalho.

Portanto, basta que o ambiente de trabalho possa ser considerado artificialmente frio para que o trabalhador tenha direito a essas pausas, como já havia decidido o E. TST, por meio da *Súmula n. 438*, cujo teor é o que segue:

INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA DO EMPREGADO. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. HORAS EXTRAS. ART. 253 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA – Res. n. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012.

(28) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*, p. 234.

O empregado submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, ainda que não labore em câmara frigorífica, tem direito ao intervalo intrajornada previsto no *caput* do art. 253 da CLT.

Contudo, não bastam essas pausas de 20 minutos para a prevenção das doenças laborais nesse segmento empresarial. Por isso, amparado por precedentes jurisprudenciais — e ao mesmo tempo os reforçando —, o MTE tornou obrigatórias outras pausas, em conformidade com o item 36.13.2, segundo o qual “para os trabalhadores que desenvolvem atividades exercidas diretamente no processo produtivo, ou seja, desde a recepção até a expedição, onde são exigidas repetitividade e/ou sobrecarga muscular estática ou dinâmica do pescoço, ombros, dorso e membros superiores e inferiores, devem ser asseguradas pausas psicofisiológicas” *extras*, de acordo com o quadro que as define: a) *20 minutos de pausa* para as jornadas de até 6h20min (considerado o tempo de tolerância das jornadas de até seis horas diárias); b) *45 minutos de pausa* nas jornadas de até 7h20min, com 20min de tolerância (até 7h40min); c) *60 minutos de pausa* para as jornadas de até 9h10min (considerado o tempo de tolerância nas jornadas de até 8h48min).

No entanto, estão excluídos da contagem da jornada de trabalho os lapsos de tempo de troca de uniforme e de deslocamento até o setor de trabalho. Por outro lado, se a jornada de trabalho ultrapassar 9h10min, deve ser concedida *uma pausa “extra”* de 10 minutos depois de 8h48min de jornada, de modo que o tempo total de pausas, nessa hipótese, será de 70 minutos. Enfim, caso a jornada ultrapasse as 9h58min — o que é um despropósito nessa atividade econômica, dado o altíssimo índice de adoecimentos laborais —, devem ser concedidas *pausas de 10 minutos a cada 50 minutos trabalhados*.

Ademais, dada a intensa repetitividade dos movimentos nos serviços de processamento de

carnes e derivados, aliada à sobrecarga muscular estática e/ou dinâmica, esses períodos de pausa *não podem ser cumulados* e conferidos ao mesmo tempo. Pelo contrário, devem ser concedidos *ao longo* da jornada de trabalho. Daí a normativa estipular que os períodos unitários das pausas devem ser de no mínimo 10 minutos e no máximo de 20 minutos (item 36.13.2.5). Além disso, a distribuição dessas pausas deve ocorrer de modo a não incidir na primeira hora de trabalho, nem na primeira hora logo depois do intervalo para refeição e descanso, tampouco na última hora da jornada (item 36.13.2.6).

Não é só. Para que essas pausas possam propiciar a *recuperação psicofisiológica* dos trabalhadores, o item 36.13.5 da NR-36 preconiza que devem ser observados os seguintes requisitos:

- a) a introdução de pausas não pode ser acompanhada do aumento da cadência individual, ou seja, da *ritmicidade* das esteiras de produção;
- b) as pausas previstas no item 36.13.1 (20 minutos a cada 1h40min em ambiente artificialmente frio) devem ser obrigatoriamente usufruídas *fora dos locais de trabalho*, em ambientes que ofereçam conforto térmico e acústico, disponibilidade de bancos ou cadeiras e água potável;
- c) as pausas previstas no item 36.13.2 (as *pausas extras*, de acordo com a jornada efetivamente praticada) devem ser obrigatoriamente usufruídas *fora dos postos de trabalho*, em local com disponibilidade de bancos ou cadeiras e água potável.

Enfim, como já previsto para os operadores de teleatendimento ou *telemarketing*, a participação em quaisquer modalidades de atividade física, quando ofertada pela empresa, *não é obrigatória* e pode ser realizada em *apenas um dos intervalos* destinados às pausas (item 36.13.6). Repito: a propagada ginástica laboral não tem tido muita eficácia para a prevenção de doenças do sistema musculoesquelético

nesse setor econômico — tanto que já praticada há muitos anos e os índices de adoecimentos só aumentam —, e por isso mesmo a recusa do trabalhador em praticá-la *não é passível* de qualquer punição.

Uma vez mais, a mesma observação feita nos tópicos anteriores pode ser aqui reproduzida. Se *não concedidas* as pausas de 20 minutos a cada 1h40min de trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, do intervalo intrajornada conforme a jornada praticada (art. 71 e parágrafos da CLT) e inclusive das pausas “extras” do quadro 1 do item 36.13.2 da NR-36, o empregador deve ser condenado ao pagamento de todos os lapsos de tempo não usufruídos, como hora extraordinária e seus respectivos reflexos.

#### 3.2.4.4. Pausas do cortador de cana-de-açúcar

Como já afirmei em outro texto, de 2008<sup>(29)</sup>, o trabalho do cortador de cana é *muito fatigante*, quer pelo ambiente em que é prestado, quer pelo esforço físico empreendido, sendo que este trabalhador precisa dar cerca de mil golpes de podão para cortar uma tonelada de cana.

Há um estudo demonstrando que este laborista tem uma intensa movimentação diária em seu trabalho, concluindo que:

[...] ao final da jornada de trabalho de oito horas, (o trabalhador) terá executado de 10.000 a 12.000 movimentos do membro superior. Mas é importante lembrar que há uma movimentação simultânea da coluna vertebral, especialmente dos segmentos lombares e cervicais, bem como da articulação do ombro<sup>(30)</sup>.

(29) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano*: conteúdo essencial da dignidade humana. São Paulo: LTr, 2008. p. 149.

(30) GOMES, Jorge da Rocha; FISCHER, Frida Marina; BEDRIKOW, Bernardo. Trabalho da criança e do adolescente no corte da cana-de-açúcar. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, p. 17, 2001.

A isso, soma-se o fato de que o cortador de cana precisa executar de vinte e cinco a trinta movimentos de levantar e abaixar o membro superior por minuto (cerca de 14.400 movimentos numa jornada de oito horas diárias). Associada à intensa movimentação dos membros superiores, ainda há a transmissão mecânica do impacto da lâmina do podão no colmo da cana-de-açúcar ao braço do trabalhador<sup>(31)</sup>.

Além disso, os cortadores de cana recebem salário por produção, sendo “estimulados” a produzir cada vez mais. Por isso, eu já defendia, desde março de 2008, o fim do salário por produção nesse tipo de atividade, usando por analogia o quanto disposto na NR-17, item 17.6.4, letras “a” e “b”<sup>(32)</sup>.

Não resta dúvida, portanto, de que as *condições antiergonômicas* em que este trabalho é prestado, aliadas à *exigência de alta produtividade*, levam, necessariamente, ao surgimento das doenças osteomusculares e lombálgicas, as quais poderiam, inclusive, ser consideradas como doenças profissionais, inerentes à atividade do cortador de cana, dispensando a demonstração do nexo causal (art. 20, inciso I, da Lei n. 8.213/91)<sup>(33)</sup>.

Daí por que as *pausas para descanso* se tornam tão importantes para prevenir as doenças osteomusculares e lombálgicas nessa atividade, como se verifica da análise da seguinte ementa do C. TST, a respeito da aplicação analógica da norma do art. 72 da CLT ao trabalhador rural:

RECURSO DE REVISTA. SALÁRIO POR PRODUÇÃO. ADICIONAL DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CORTADOR DE CANA-DE-AÇÚCAR. O cortador de cana-de-açúcar, que recebe salário por produção, tem direito às horas extraordinárias, acrescidas do respectivo adicional. Aplicação da

parte final da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SBDI-1 desta Corte. Recurso de revista não conhecido.

PAUSAS PARA DESCANSO. NR-31 DO MTE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 72 DA CLT. A sobrecarga muscular, decorrente dos movimentos repetitivos resulta em fadiga e, por conseguinte, em inúmeras lesões que podem levar à incapacidade do trabalhador. Buscando minimizar os efeitos colaterais das atividades que exigem esse tipo de esforço, o legislador estabeleceu regime de pausas, conforme proteção dada ao digitador. O trabalho de corte de cana-de-açúcar, tal como o dos digitadores, é por demais repetitivo e, da mesma forma, resulta em desgaste físico e mental ao empregado rural, considerando que chega a desferir até mais de 10.000 golpes de podão diariamente, fora a intensa movimentação dos membros superiores (*Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, 2001, p.17). Sendo assim, como forma de proteção ao direito humano à saúde do trabalhador, e diante da lacuna da lei (art. 8º da CLT), impõe-se a aplicação analógica do art. 72 da CLT, que, muito embora seja destinado aos empregados que trabalham nos serviços permanentes de mecanografia, exige sobrecarga muscular estática, conforme prevê o item 31.10.9 da NR-31. Recurso de revista conhecido e desprovido. (Processo: RR – 54-58.2011.5.15.0156. Data de Julgamento: 17.4.2013, relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.4.2013.)

Fico imensamente feliz em ver o E. TST julgar nesse sentido, pois já julgava dessa maneira em Orlândia/Morro Agudo (SP) desde 2008. Aliás, em palestra proferida no XIII Congresso Brasileiro de Direito do Trabalho Rural, realizado pelo E. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, na cidade de Barretos (SP), nos dias 25 e 26 de outubro de 2007, defendi a ideia de que deveria ser coibido o ajuste de remuneração por produção nesse tipo de atividade e, até que isso efetivamente ocorresse, deveriam ser concedidas *pausas que levem em conta a carga de trabalho, a necessidade e a capacidade de cada pessoa*. Por analogia, sugeri a utilização

(31) *Ibidem*, p. 16.

(32) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*, p. 149.

(33) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 155.

da NR-17, que estabelece uma pausa de 10 minutos para cada 50 minutos trabalhados, ou, pelo menos, *do art. 72 da CLT*, segundo o qual deve haver um repouso de dez minutos para cada 1h30min trabalhados. Posteriormente, o texto respectivo foi publicado na *Revista LTr*, em 2008<sup>(34)</sup>.

Como a jurisprudência está bem definida no sentido de se aplicar, *por analogia*, a norma do art. 72 da CLT ao cortador de cana — tendo em vista que o item 31.10.9 da NR-31 não define o tempo das pausas para descanso suficientes para preservar a saúde do trabalhador rural, nas atividades que exijam sobrecarga muscular estática ou dinâmica —, penso que essas pausas devem ser, *no mínimo*, de 10 minutos a cada 1h30min trabalhados. E se não concedidas essas pausas, além do intervalo intrajornada, o empregador rural deve ser condenado ao pagamento do lapso de tempo respectivo como hora extraordinária, gerando o direito aos reflexos correspondentes.

Somente assim haverá *tratamento sistêmico* à questão dos intervalos intrajornada e entre-jornadas, bem como das pausas no curso da jornada de trabalho. É o que espero ver na jurisprudência trabalhista, capitaneada pelo E. TST.

3.2.5. Considerar como crime de redução à condição análoga à de escravo, a exigência habitual de jornadas de mais de 11 (onze) horas de trabalho

O art. 149 do Código Penal tipifica o crime de “redução à condição análoga à de escravo”, da seguinte maneira:

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 (Redação dada pela Lei n. 10.803, de 11.12.2003).

Segundo a jurisprudência pacífica do E. STF, a Justiça do Trabalho não tem competência criminal. Ainda assim, penso que a jurisprudência trabalhista pode dar um grande contributo à definição de tal crime, no que pertine à fixação de *critérios objetivos* para se aferir a “jornada exaustiva”.

Por todos os fundamentos já expostos, as jornadas de mais de 11 (onze) horas de trabalho, habituais, principalmente se não houver a concessão dos intervalos intra e entre-jornadas e das pausas obrigatórias, podem ser consideradas, sem dúvida objetiva, como *jornadas exaustivas*. Nesse caso, a expedição de ofício para a apuração de crime, ao Ministério Público, nos termos do art. 40 do CPP, pode surtir um interessante *efeito pedagógico* para que essa prática seja exterminada.

3.2.6. Definir que há um dano existencial *in re ipsa* em jornadas habituais de mais de 11 (onze) horas de trabalho

O dano existencial ainda é uma figura jurídica em construção na jurisprudência brasileira, mas a jurisprudência trabalhista já tem dado sinais de que vai desenvolvê-la a contento, especialmente no que pertine às *jornadas de trabalho exaustivas*. Esse dano se configura quando o trabalhador perde parte considerável de seu tempo de vida no trabalho, impedindo-o de ter seu sagrado *tempo livre*, pois o ser humano não vive apenas para trabalhar e descansar/repousar. Por isso mesmo, desde o século XIX, os trabalhadores empreenderam a luta pelos *três oito*: oito horas de trabalho, oito horas de descanso, oito horas de tempo livre. Márcio Túlio Viana assevera que logo em seguida à fixação da jornada de trabalho em 10 horas diárias, em 1847, os operários ingleses passaram a lutar pela jornada de oito horas, cantando o seguinte estribilho: “*Eighth hours to*

(34) SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A aplicabilidade das normas regulamentadoras nas relações de trabalho no campo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, p. 201-208, 2008.

*work; Eighth hours to play; Eighth hours to sleep; Eighth shillings a day*”<sup>(35)</sup>.

Como é sabido, o excesso de trabalho provoca inúmeros danos ao trabalhador, impossibilitando-o de promover o desenvolvimento de sua personalidade, com o estudo, o aprimoramento intelectual, a aspiração de crescimento profissional, bem como de ter uma vida familiar e social saudável, pois trabalhando em jornadas extenuantes o trabalhador *não tem tempo suficiente* para conviver com a pessoa amada, para educar seus filhos, relacionar-se com os amigos, ir a festas, clubes, passeios etc. E não pode ser olvidada a situação de falta de tempo para relações sexuais com a pessoa amada, o *dano à vida de relação* em sentido estrito, que gera um sentimento de frustração, de impotência, da mais profunda tristeza, tendo em vista ser o sexo imprescindível à harmonia conjugal e à própria saúde, como amplamente divulgado no meio científico, de modo que o dano existencial ou o dano à vida de relação é mais amplo do que o dano moral em sentido estrito, mas não impede a condenação ao pagamento de uma *indenização por dano moral*, já que todos são danos extrapatrimoniais, ou seja, de ordem pessoal<sup>(36)</sup>.

Nesse sentido, decidiu a E. 4ª Câmara do TRT-15, em acórdão cuja Relatora foi a Des. Eleonora Bordini Coca, nos autos do Proc. n. 0000144-34.2013.5.15.0047. No referido processo, restou reconhecido que o trabalhador praticava uma jornada das 6 h às 23 h, sem intervalo intrajornada. Consta do acórdão que o trabalhador sofreu danos morais ou

existenciais, decorrentes “das longas jornadas de trabalho realizadas durante todo o contrato de trabalho, prejudicando a qualidade de vida e a fruição de direito ao lazer, à instrução e à convivência familiar”, além do que se constatou a ausência de concessão de férias, durante os 12 anos de duração do contrato de emprego, como se não bastasse a redução dos intervalos intrajornada e entrejornadas. Ressaltou o acórdão que “a prestação habitual de sobrejornadas estafantes, tal como a verificada, acaba por configurar dano existencial, porquanto viola direitos fundamentais, inclusive o princípio da dignidade humana, e dificulta, se não impossibilita, o trabalhador de gerir a própria vida”. Foi dado provimento ao recurso para condenar a empresa ao pagamento de R\$ 10.000,00, a título de indenização por dano moral.

E há vários outros julgados reconhecendo dano existencial, que se me afigura um dano *in re ipsa* — presumido das circunstâncias do caso concreto —, quando se constata *jornadas extenuantes*, que nem precisam ser tão longas como a reconhecida no acórdão citado. Na linha de raciocínio aqui traçada, basta que a jornada seja de mais de 11 (onze) horas diárias, desde que praticada com *habitualidade*, mormente se praticada com desrespeito às normas de caráter mínimo que fixam os tempos de intervalos intrajornada e entrejornadas, bem como das pausas obrigatórias. Nesses casos, além da imprescindível condenação ao pagamento das horas extraordinárias correspondentes, o arbitramento de indenização por dano moral (existencial) pode ser outra boa ferramenta para que os limites de jornada, os intervalos e as pausas passem a ser *efetivamente* observados no âmbito das relações de trabalho.

Oxalá vejamos essa prática se consolidar!

#### 4. Considerações finais

Se as extensas jornadas de trabalho, sobretudo quando praticadas sem os intervalos e pausas adequados, são uma das principais causas de acidentes e adoecimentos laborais — e verdadeiramente o são —, é chegada a hora

(35) VIANA, Márcio Túlio. Adicional de horas extras. In: BARROS, Alice Monteiro de. (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997. p. 109.

(36) De se consultar, a respeito: LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O Dano no Direito do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013. Na mesma edição desta Revista: FROTA, Hidemberg Alves da. Noções Fundamentais sobre o Dano Existencial, p. 22-34; e BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti e ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. *O Dano Existencial e o Direito do Trabalho*, p. 35-54.

de a doutrina e a jurisprudência brasileiras adotarem um posicionamento uniforme sobre a matéria, considerando como horas extraordinárias todos os lapsos de intervalos (intra e entrejornadas) e pausas não concedidos pelo empregador, com a correspondente condenação ao pagamento dessas horas, adicionais e reflexos respectivos.

Não obstante, que seja considerado o *quantum* da jornada de trabalho efetivamente praticada pelo trabalhador. Não é equânime que numa jornada de trabalho de mais de 11 horas, com supressão, ainda que parcial, do intervalo, o empregador tenha de pagar apenas uma hora extra por esse fato. Assim, numa interpretação sistemática das normas constitucionais, da legislação de regência e principalmente da Súmula n. 437 do E. TST e demais orientações jurisprudenciais desta Corte, de se sustentar o pagamento de pelo menos *duas horas extras* nessas ocasiões.

Ademais, que as jornadas de mais de 11 (onze) horas de trabalho, *habituais*, mormente se não houver a concessão dos intervalos intra e entrejornadas e das pausas obrigatórias, sejam consideradas *jornadas exaustivas*, dando ensejo à expedição de ofício ao Ministério Público para a apuração de crime de redução à condição análoga à de escravo. Por fim, de se consolidar a jurisprudência incipiente no sentido de definir que há um dano existencial *in re ipsa* em jornadas habituais de mais de 11 (onze) horas de trabalho, com a condenação do empregador que se utiliza desse expediente ao pagamento de indenização por dano moral em valores proporcionais ao porte econômico da empresa.

Penso que são passos importantes para que a saúde do trabalhador seja de fato respeitada, como um direito humano fundamental que é, pelo menos na teoria.

## 5. Referências bibliográficas

ANTUNES, Ricardo. *Riqueza e miséria do trabalho no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2006.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O Dano Existencial e o Direito do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 35-54, fev. 2013.

CLERC, J.-M. *Introducción a las condiciones y el medio ambiente de trabajo*. Genebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1987.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

FITA ORTEGA, F. *Límites legales a la jornada de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções Fundamentais sobre o Dano Existencial. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 22-34, fev. 2013.

GOMES, Jorge da Rocha; FISCHER, Frida Marina; BEDRIKOW, Bernardo. Trabalho da criança e do adolescente no corte da cana-de-açúcar. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 26, n. 97-98, p. 9-27, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de Direito do Trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O Dano no Direito do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013.

PEREIRA BINDER, M. C.; MUNIZ DE ALMEIDA, I. Acidentes do Trabalho: Acaso ou Descaso? In: MENDES, R. *Patologia do trabalho*. vol. 1, 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Atheneu, 2005. p. 779-786.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. v. 1, 4. ed. rev., aum. e atual. Rio de Janeiro: José Konfino, 1957.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A saúde do trabalhador como um direito humano: conteúdo essencial da dignidade humana*. São Paulo: LTr, 2008.

\_\_\_\_\_. A aplicabilidade das normas regulamentadoras nas relações de trabalho no campo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 72, p. 201-208, 2008.

\_\_\_\_\_. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador: uma análise comparativa dos sistemas jurídicos brasileiro e espanhol*. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. *Acidente do trabalho: responsabilidade objetiva do empregador*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

SMOLANDER, Juhani; LOUHEVAARA, Veikko, Trabalho Muscular. In: *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo*, p. 29.31-29.32. Disponível em: <<http://www.mtas.insh/EncOIT/index.htm>>.

SPURGEON, A. *Working time: its impact on safety and health*. OIT y Korean Occupational Safety and Health Research Institute, Genebra, 2003.

TRILLO PÁRRAGA, F. J. *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

URRUTIKOETXEA BARRUTIA, M. Vivir para trabajar: la excesiva jornada de trabajo como factor de riesgo laboral. *Gestión Práctica de Riesgos Laborales*, n. 77, p. 34-41, dez. 2010. Disponível

em: <[http://riesgoslaborales.wke.es/noticias\\_base/vivir-para-trabajar-la-excesiva-jornada-de-trabajo-como-factor-de-riesgo-laboral?commit.x=7&commit.y=1&commit=BUSCAR&locale=es&magazine\\_ids%5B%5D=13&q=vivir+para+trabajar&site=8](http://riesgoslaborales.wke.es/noticias_base/vivir-para-trabajar-la-excesiva-jornada-de-trabajo-como-factor-de-riesgo-laboral?commit.x=7&commit.y=1&commit=BUSCAR&locale=es&magazine_ids%5B%5D=13&q=vivir+para+trabajar&site=8)>. Acesso em: 4 maio 2011.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. Pausas intra-jornada y descansos inter-jornadas. En: DE LA VILLA GIL, L. E. (Coord.). *Estudios sobre la Jornada de Trabajo*. Madri: ACARL — Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales, 1991, p. 251-286.

VIANA, Márcio Túlio. Adicional de horas extras. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). *Curso de direito do trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997.

# A renúncia à continuidade do mandato do Cipeiro significaria perda da garantia provisória no emprego?

Alexandre Pimenta Batista Pereira<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ A possibilidade de renúncia à continuidade do mandato na Comissão Interna de Prevenção de Acidentes há de ser cotejada em análise ao quadro de garantia provisória do emprego. Ao contrário do que aparentemente possa se fazer crer, a manifestação de vontade quanto à abdicação da permanência representativa não significa a perda imediata do tempo de quarentena, previsto em lei. O presente artigo busca esclarecer e separar os dois institutos jurídico-trabalhistas.

## Palavras-chave:

- ▶ Comissão Interna de Prevenção de Acidentes — Mandato — Renúncia — Garantia provisória de emprego.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Topologia e reflexões
- ▶ 3. Acheias ao princípio da irrenunciabilidade no direito laboral
- ▶ 4. Renúncia à continuidade do mandato. Uma ação baseada no preceito de autonomia da vontade
- ▶ 5. Tempo de quarentena da garantia de emprego do cipeiro: A estabilidade provisória advinda da lei

(\*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 3ª Região. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Ex-bolsista do Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (DAAD). Pesquisador Visitante na Universidade de Gießen/Alemanha (2006-2008) e no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht em Hamburgo/Alemanha (2010-2011). Ex-professor da Universidade Federal de Viçosa. Autor de inúmeros artigos publicados em periódicos jurídicos de circulação nacional. Professor do curso de Mestrado em Gestão Integrada do Território na Universidade Vale do Rio Doce (UNIVALE).

- ▶ 6. Conclusão
- ▶ 7. Referências bibliográficas

### Abstract:

- ▶ **Would the renounce to the continuity of mandate of internal committee to prevent accidents mean loss of provisional guarantee in employment?** The possibility of renounce the continuity of the mandate to an internal committee to prevent accidents is to be collated for analysis to provisional guarantee framework of employment. Contrary to what apparently may be to believe, the manifestation of will to the abdication of representative permanence does not mean the immediate loss of time in quarantine, provided by law. This article seeks to clarify and separate the two legal-labor institutions.

### Key-words:

- ▶ Internal committee to prevent accidents — Mandate — Renounce — Provisional guarantee employment.

## 1. Introdução

As reflexões do presente artigo são baseadas em um caso concreto, que este autor teve a oportunidade de sentenciar<sup>(1)</sup>. Mesmo não sendo uma situação de restrição da publicidade por segredo de justiça, tomou-se por bem omitir os nomes das partes, diante da inexistência do trânsito em julgado.

Trata-se de ação trabalhista na qual o obreiro pleiteia indenização substitutiva, decorrente do período de garantia provisória; relata que teria exercido a representação na CIPA durante o período, aproximado, de um ano na empresa. Antes do término do primeiro mandato, teria se candidatado à reeleição, enfrentando inúmeras dificuldades para conseguir lograr êxito no pleito eleitoral. Aponta que a empresa o teria transferido de seu posto original, imposto tempo diversificado (contrário a seu pleito de gozo) para a concessão de férias, além de outras situações a dificultá-lo nas eleições de mandato cipeiro.

De todo modo, mesmo com o quadro adverso, o reclamante logrou êxito na vitória de sua candidatura como representante da CIPA (Vice-Presidente), garantindo-lhe, pois, a estabilidade provisória no emprego, à luz do § 5º do art. 164 da CLT.

No entanto, destacou o reclamante que os companheiros que o apoiaram nas eleições teriam sofrido retaliações posteriores, com sucessivas dispensas no emprego. Com o escopo de evitar outras demissões, o obreiro teria desistido da continuidade no mandato, cedendo à pressão imposta. Para tanto, em reunião extraordinária na comissão, retirou-se da CIPA e declarou em cartório a renúncia ao período estável.

A defesa salientou que o documento, com reconhecimento de firma em tabelionato, seria válido, com a declaração de desligamento do cipeiro, renunciando ao cargo de Vice-Presidente, com a comunicação realizada aos demais membros da comissão em reunião extraordinária. Ademais, sustentou que não teria havido na homologação da rescisão contratual qualquer ressalva do sindicato, argumentando, ainda, que o próprio autor teria pedido a formalização da rescisão para viabilizar o saque do FGTS.

(1) Trata-se do Processo n. 0010634-91.2013.5.15.0152, proveniente da Vara do Trabalho de Hortolândia, em fase de análise do recurso da empregadora pelo Eg. TRT da 15ª Região, tendo sido sentenciado pelo autor ainda como Magistrado da 15ª Região, antes de sua transferência por permuta para a 3ª Região.

Poucos dias depois da formalização em cartório da declaração de renúncia à continuidade do mandato da CIPA, a reclamada teria dispensado o obreiro na modalidade “dispensa sem justa causa”.

A renúncia ao término do mandato implicaria perda da garantia provisória de emprego e, conseqüentemente, da indenização substitutiva? Há que se conceber validade ao ato de despojamento? A declaração notarial de renúncia à indenização seria nula? Poderia o reclamante desistir da continuidade do mandato de cipeiro e perder, por consequência, a estabilidade provisória definida em lei?

Eis algumas questões que se procurarão refletir e ponderar no presente ensaio.

## 2. Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Topologia e reflexões

A CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes) está inserida na importância do direito tutelar do trabalho, porque visa promover as condições de saúde do obreiro, atrelada à permanente preservação das condições hígidas no meio de labor.

A positivação da vedação da dispensa arbitrária do empregado eleito para o cargo de direção da CIPA encontra lastro no inciso II, *a*, do art. 10, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de sorte a vedar a dispensa sem justa causa “do empregado eleito para cargo de direção de Comissões Internas de Prevenção de Acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano depois do final de seu mandato”.

A importância temática da comissão de prevenção de acidentes transcende a mera positivação de lei ordinária e atinge o patamar de uma perspectiva de direito humano, fundamental, tendo em vista a força normativa da Constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais. A topografia do instituto supera, assim, a geografia ordinária e atinge o resguardo na *Lex Legum*.

De todo modo, o conceito estatuído no art. 163 da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei n. 6.514/77, induz a certa margem ampliativa de interpretação, na medida em que a lei não procura restringir os pressupostos de constituição da comissão, mas tão somente busca alertar para a importância da regulamentação no Ministério do Trabalho e Emprego no tocante aos requisitos de constituição da CIPA.

A este propósito, determina a CLT que “será obrigatória a constituição de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), de conformidade com instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho, nos estabelecimentos ou locais de obra nelas especificadas”.

Com efeito, a Norma Regulamentadora n. 5 do MTE, com redação aprovada pela Portaria n. 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego, esmiúça as características e os pressupostos da CIPA, fazendo referência à abrangência em todas as empresas (públicas e privadas), no que toca ao número de representantes na comissão, ao mandato dos representantes (eleitos e designados), atribuições, funcionamento, inclusive em referência ao processo eleitoral.

O conceito de dispensa arbitrária (sem justa causa) do cipeiro encontra azo no art. 165 da CLT, ao dispor que “os titulares da representação dos empregados na(s) CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

Em verdade, o item 5.8 da NR-5 do MTE não salienta a possibilidade da relativização da garantia provisória de emprego do cipeiro, à medida que não apresenta o motivo fundante da perda do período estável (como consagrado no art. 165 celetário). Ao contrário, apenas traz consigo a regra de quarentena, ao dispor sobre a vedação da dispensa arbitrária, desde o registro de sua candidatura até um ano depois do final de seu mandato.

Assim, a estabilidade do cipeiro não constitui vantagem pessoal, nem mesmo está a proporcionar uma garantia absoluta ao emprego,

nos termos da jurisprudência consolidada pela Súmula n. 339, II, do TST. Ancorado no disposto celetista, a garantia provisória de emprego ao cipeiro pode ser interrompida quando o empregador apresente uma motivação de término do vínculo laboral, fundado em fatores disciplinados pela lei, em referência à justificativa de origem disciplinar, técnica, econômica ou financeira.

A este propósito, cumpre enfatizar que, na Alemanha, a situação da dispensa é estudada em atenção ao princípio do prognóstico (*Prognoseprinzip*), como medida de cotejo ao grau de distúrbio da relação jurídica a justificar o rompimento — em consonância à impossibilidade de permanência do vínculo — e também em vista da concretização de um juízo de razoabilidade e ponderação (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*) quanto ao pressuposto e razão motivadora da dispensa, buscando, sobretudo, concretizar a viabilidade de futura ocupação ao empregado<sup>(2)</sup>.

A lei alemã de proteção à dispensa — *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG) de 1951 — segue a linha de raciocínio por, primeiro, fixar o patamar geral de proteção à dispensa, que contraria preceito de ordem pública (*Sozial ungerechtfertigte Kündigungen*) e, em seguida, determinar a especificação concreta de proteção aos representantes da empresa (*Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung und Personalvertretung*).

Por seu turno, a lei de constituição das empresas — *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG) — dispõe no § 103 a hipótese excepcional de despedida dos representantes, a exigir o consentimento do conselho de fábrica (*Betriebsrat*), podendo ser suprido, de modo excepcional e subsidiário, por autorização judicial.

### 3. Achegas ao princípio da irrenunciabilidade no direito laboral

É certo que o âmago estrutural do direito laboral está consagrado no predicado de

(2) OTTO, Hansjörg. *Arbeitsrecht*. 4. Aufl. Berlin: Gruyter Recht, 2008. p. 155.

inferioridade do obreiro na relação jurídica. O direito social fundamenta uma teia de proteção para mitigar a exploração capitalista e proteger o hipossuficiente na relação de nítido conteúdo desigual. A dicotomia capital *versus* trabalho marca a possibilidade do contexto de sujeição do mais fraco.

Nesse panorama, pode-se conceber a caracterização da luta de classes, sob a percepção de Marx e Engels, em *O Manifesto Comunista*:

“A história de todas as sociedades que existiram até nossos dias tem sido a história das lutas de classes.

Homem livre e escravo, patricio e plebeu, barão e servo, mestre de corporação e companheiro, numa palavra, opressores e oprimidos, em constante oposição, têm vivido numa guerra ininterrupta, ora franca, ora disfarçada; uma guerra que terminou sempre, ou por uma transformação revolucionária, da sociedade inteira, ou pela destruição das duas classes em luta.”<sup>(3)</sup>

Concluem, Marx e Engels, clamando para o apoio geral à revolução, como modo de superação ao cenário de exploração:

“Em resumo, os comunistas apoiam em toda parte qualquer movimento revolucionário contra o estado de coisas social e político existente.

Os comunistas não se rebaixam a dissimular suas opiniões e seus fins. Proclamam abertamente que seus objetivos só podem ser alcançados pela derrubada violenta de toda a ordem social existente.”<sup>(4)</sup>

Nesse sentido, a concepção aristotélica do predicado de justiça representa a consagração efetiva de tratamento desigual aos desiguais.

Como observado por Leite de Carvalho, o direito do trabalho parte do pressuposto da desigualdade entre os contratantes e relativiza o

(3) MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Ed. eletrônica (e-book): Ridendo Castigat Mores, 1848. p. 7.

(4) MARX; ENGELS. *O Manifesto...*, cit., p. 21.

princípio da autonomia da vontade individual, base do direito contratual civilístico. O direito do trabalho busca, em verdade, compensar a inferioridade econômica, entregando uma rede de proteção ao empregado, para assegurar direitos mínimos e indisponíveis ao obreiro. Decerto, o modo de corrigir desigualdades está atrelado a partir da concessão e entrega também de desigualdades<sup>(5)</sup>.

Nesta toada, a ordem jurídica entende por bem reduzir a margem de disposição dos direitos outorgados ao empregado, sabendo-se que é necessário impor a obediência dos preceitos mínimos trabalhistas.

No tocante à renúncia, Plá Rodriguez destaca que “a obrigatoriedade das normas jurídico-trabalhistas conduz à irrenunciabilidade de benefícios. Um dos indícios da especificidade do Direito do Trabalho perante o direito comum é que no Direito do Trabalho a exceção se tornou regra e a renúncia aparece como lesiva ao interesse que a norma quer regular”<sup>(6)</sup>.

No entanto, o mestre uruguaio procede a uma análise crítica do âmago de disposição no direito laboral. Haveria que se conceber uma completa eliminação da vontade privada, como força juridicamente relevante na elaboração normativa? Teria espaço para a liberdade nas relações trabalhistas?

Plá Rodriguez responde incisivamente a tal perspectiva, defendendo a preservação, sim, da autonomia da vontade nas relações de labor. Com veemência, elucida que: “Não há quem sustente tal absurdo. Se o Direito do Trabalho procura proteger a personalidade humana, é óbvia a impossibilidade de suprimir a livre manifestação de uma das qualidades supremas desta personalidade: sua vontade.”

O caráter imperativo das normas trabalhistas, para o festejado jurista, não seria capaz de

colocar fim à liberdade real dos contratantes. O direito do trabalho cria valores, tendo por lastro a responsabilidade social e a colaboração para o bem comum, sem excluir o campo de atuação da vontade privada.

Haveria, de certo modo, dois posicionamentos. Alguns colocariam as normas laborais como de natureza publicística, resultado da criação estatal; outros entenderiam que o direito do trabalho estaria imerso em normas simplesmente restritivas da autonomia, sem perder o condão privatístico da relação<sup>(7)</sup>.

Como quer que seja, a conjugação do âmago restrito de disposição não autoriza a pensar que a relação jurídica contratual (própria do preceito juslaboral) poderia se igualar à atuação publicista, de nítido condão heteronômico, arraigada na relação estatal. A norma juslaboral está, deveras, ancorada no patamar horizontalizado, a imperar a eficácia dos direitos humanos. Nesta seara, não haveria a verticalização da incidência dos direitos fundamentais, haja vista o plexo do horizonte contratualístico.

Plá Rodriguez, todavia, não termina aí as suas reflexões. Aponta, ao contrário, para o que chama de “problemas emergentes da irrenunciabilidade”<sup>(8)</sup> e passa a enumerar alguns pontos de análise.

O primeiro deles seria a determinação de quais normas teriam o condão de irrenunciáveis, enunciando a busca pela *ratio legis* normativa. Haveria certos índices de categorização que pudessem enunciar a tonalidade de exclusão da derrogação contratual.

O segundo questionamento passa, justamente, pela imprescindibilidade de declaração do direito positivo da norma de imperatividade. “Ou, em outras palavras: para que uma norma trabalhista seja irrenunciável, é necessária uma referência expressa do direito positivo?”<sup>(9)</sup>

(5) LEITE DE CARVALHO, Augusto César. *Direito do Trabalho: Curso e Discurso*. Aracaju: Evocati, 2011. p. 68.

(6) PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 62.

(7) PLÁ RODRIGUEZ. *Princípios...*, cit., p. 65 et seq.

(8) PLÁ RODRIGUEZ. *Princípios...*, cit., p. 70 et seq.

(9) PLÁ RODRIGUEZ. *Princípios...*, cit., p. 71 et seq.

Plá Rodriguez destaca, ainda, os chamados “inconvenientes da irrenunciabilidade”. Ter-se-ia, nesta seara, a incidência das normas irrenunciáveis, estudadas no patamar dos litígios e conflitos sociais, à luz do possível campo de derrogação normativo.

Haveria, outrossim, o chamado campo de variação da renúncia, em referência às diferenças entre os ajustes unilaterais e bilaterais: o ato abdicativo em si (a renúncia) separado da situação marcada por concessões recíprocas (a transação).

O famoso jurista problematiza, ademais, o momento abdicativo da renúncia — se antes ou no decorrer do contrato — gerando, por consequência, três situações: a nulidade total, a anulabilidade parcial ou a ineficácia relativa<sup>(10)</sup>.

A impossibilidade de disposição dos direitos sociais seria decorrência lógica, verdadeiro epicentro da proteção obreira. A irrenunciabilidade ostentaria a marca da força normativa da proteção jurídica ao hipossuficiente.

O *jus cogens* representa o caráter imperativo da norma, de modo tal que a indisponibilidade ostentaria a incidência da ausência da abdicação, essência do predicado da irrenunciabilidade.

Concluindo: a mitigação da autonomia (e do parâmetro dispositivo) não significa ausência de renúncia e possibilidade concreta do despojamento. Afinal, o obreiro permanece um sujeito capaz, livre e senhor de suas próprias decisões.

#### **4. Renúncia à continuidade do mandato. Uma ação baseada no preceito de autonomia da vontade**

Longe de uma resposta concreta quanto à incisiva margem de renúncia juslaboral e da matriz própria de fundamento ao despojar, certo é que o trabalhador, embora ocupante de uma posição de inferioridade, é sujeito de direito e, em razão disso, detentor de liberdade e poder de abdicação. A possibilidade de

renúncia e disposição revela a incidência da vontade livre do ser titular de direitos, sem a qual o trabalhador teria a situação de perene incapacidade e debilidade presumida.

Por isso, não existe presunção de vício de consentimento nos negócios jurídicos trabalhistas.

Para exemplificar, confira-se a redação da Súmula n. 342 do TST, *in verbis*:

“DESCONTOS SALARIAIS. ART. 462 DA CLT. Descontos salariais efetuados pelo empregador, com a autorização prévia e por escrito do empregado, para ser integrado em planos de assistência odontológica, médico-hospitalar, de seguro, de previdência privada, ou de entidade cooperativa, cultural ou recreativo-associativa de seus trabalhadores, em seu benefício e de seus dependentes, não afrontam o disposto no art. 462 da CLT, salvo se ficar demonstrada a existência de coação ou de outro defeito que vicie o ato jurídico.”

Nesse sentido, o trabalhador é livre para poder manifestar a sua aquiescência quanto ao desconto salarial, a partir da associação em planos médicos, odontológicos e recreativos. A posição de inferioridade do obreiro na relação jurídica não é o bastante para conferir uma presunção absoluta, *iuris et de iure*, de vício do consentimento e nem, tampouco, importar afronta direta ao disposto no art. 462 da CLT, salvo a demonstração clara de vício no negócio jurídico e, por consequência, de mácula no ato declaratório.

*Pari passu*, a desistência à continuidade do mandato do cipeiro também representa um ato livre, porque decorrente da autonomia da vontade, justificado sob os mais diversos predicados.

O ato de desistência, *in casu*, da continuidade do mandato cipeiro foi reconhecido perante a comunidade, não havendo elemento suficiente a infamar uma emanação abdicativa livre, testemunhada em reunião extraordinária dos membros regulares da comunidade cipeira.

Ademais, a redação do termo, de linguagem aparentemente rebuscada, formalizado em

(10) PLÁ RODRIGUEZ. *Princípios...*, cit., p. 80 et seq.

cartório, não é, por si, suficiente a configurar qualquer mácula à ação. O próprio Sindicato teria assistido o reclamante quanto à redação do ato abdicativo, confirmando a hipótese de legitimidade à renúncia do mandato da CIPA.

A razão que motivou o reclamante a se retirar da comissão fez-se atrelada ao fundamento de uma ação livre, com esteio no princípio da autonomia da vontade (art. 5º da Constituição da República), sem a qual ao trabalhador teria presumida uma situação de debilidade insita e perene incapacidade.

A tutela jurídica ao obreiro não lhe retira, deveras, a capacidade de se autorregular, de reger a sua vida, segundo as próprias conveniências. Conferir uma proteção concreta ao desfavorecido não equivale a conceber uma tutela constante, retirando a própria capacidade do obreiro de decidir o seu futuro.

De fato, a renúncia à continuidade do mandato à comissão de prevenção de acidentes é um ato livre, não havendo qualquer estigma ou mácula que possa nulificar a abdicção.

Bem diferente, todavia, é a garantia provisória do cipeiro.

## **5. Tempo de quarentena da garantia de emprego do cipeiro: a estabilidade provisória advinda da lei**

Decerto, não se pode confundir a renúncia à ocupação do cargo de Vice-Presidente da CIPA, por se revelar um ato livre, válido, com o tempo de quarentena imposto pela lei no tocante à permanência do emprego “*desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato*”, consoante art. 10, II, “a”, do ADCT.

Na situação em espeque, a reclamada teria justificado a ação ao fundamento de que a motivação da rescisão teria por base um pedido do próprio reclamante ao gerente para terminar a construção de sua casa, solicitando “que a empresa formalizasse a rescisão como se fosse ‘dispensa sem justa causa’, a fim de viabilizar o saque do FGTS”.

A justificativa do empregador, neste caso, não pode, todavia, *data venia*, prosperar.

Frise-se que, no TRCT em questão, constava especificadamente a causa do afastamento como “*dispensa sem justa causa*”.

De mais a mais, os requisitos para confecção ao tempo de prevalência da garantia de emprego do cipeiro (período de quarentena) são disciplinados pela lei. Impossível prevalecer, nesta situação, a imposição de uma fonte autônoma a afastar a garantia que tem por fruto um direito humano/fundamental, ligado à efetividade de proteção das normas de saúde, higiene e representação no meio ambiente laboral.

A renúncia ou transação no que tange ao tempo estável do cipeiro (quarentena) revela-se plenamente nula, em consonância à hermenêutica das Orientações Jurisprudenciais ns. 30 e 31 da Seção de Dissídios Coletivos do TST, abaixo transcritas, *in verbis*:

“ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do art. 9º, da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.”

“ESTABILIDADE DO ACIDENTADO. ACORDO HOMOLOGADO. PREVALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 118 DA LEI N. 8.213/91. Não é possível a prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes.”

Com efeito, a garantia de manutenção do emprego e do salário do empregado representante da CIPA — um ano depois do término do mandato — é imperativa, atrelada que está a

fatores puramente objetivos. A norma tem em mira a atuação livre do representante obreiro, de sorte tal que o cunho social da premissa protetora afasta o despojamento dos particulares no caso concreto.

*Pari passu*, as garantias de emprego da gestante do dirigente sindical, representam evolução marcante do direito do trabalho, porque agregam a manifestação da imperatividade das normas de proteção social. Permitir a renúncia, nestas situações, seria jogar por terra as duras conquistas de consagração do trabalho como valor social.

Vale lembrar, inclusive, que, na Alemanha, a constelação protetiva da dispensa (*Kündigungsschutz*) em razão da função desempenhada nos órgãos coletivos de representação, tanto pela cogestão (*für Funktionsträger der Mitbestimmung*) quanto a partir do desempenho do serviço em prol da coletividade (*während des Dienstes im Interesse der Allgemeinheit*), é estudada em consonância e correspondência direta à proteção da maternidade (*für Schwangere und Mütter*) e ao preceito de integração e garantia aos portadores de necessidades especiais (*für schwerbehinderte Menschen*)<sup>(11)</sup>.

A regra de proteção e vedação à dispensa está baseada não apenas em fatores de ordem subjetiva (maternidade, limitação corporal), mas também sob pressupostos de cunho objetivo, vinculados ao exercício do mandato coletivo de representação. O legislador cuida de reduzir o espaço da autonomia abdicativa, ao cunhar os pressupostos e limitações da dispensa ordinária, efetivando a garantia provisória de emprego e a conjugação da proteção à dispensa imotivada (*Kündigungsschutz*)<sup>(12)</sup>. A demissão segue o preceito da *ultima ratio*, de sorte que são ponderados fatores ligados à proporcionalidade e necessidade da medida,

aparecendo o rompimento do vínculo apenas como derradeira medida circunstancial<sup>(13)</sup>.

Nesse sentido, voltando à seara brasileira, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos obreiros ostenta o condão revelador do mínimo existencial, à luz da vedação do retrocesso social (princípio da progressividade dos direitos fundamentais, nos termos do *caput* do art. 7º da Constituição da República).

Se, de um lado, o ato de desligamento da representação cipeira representa, por si, uma ação válida, diante da manifestação de vontade do próprio reclamante, de outro, o ato abdicativo de renúncia à indenização não pode prevalecer ante a infração da norma de ordem pública, em consonância à constelação da garantia provisória de emprego do ocupante do mandato, mormente o período de quarentena legal.

Não teria qualquer valor jurídico, por representar vilipêndio às normas trabalhistas de natureza humana/fundamental, a declaração obreira de que a reclamada estaria isenta de pagar qualquer indenização da estabilidade provisória, mesmo que a manifestação fosse confeccionada em tabelião, com firma reconhecida do reclamante. Aceitar tal emanção de vontade seria uma afronta direta ao âmago estrutural, à própria natureza ontológica do Direito do Trabalho, porque representa gravíssimo menoscabo à proteção do valor social do labor, à luz dos arts. 9ª e 444 da CLT.

Mesmo registrada em cartório e tabelionato oficial, tal formalização é nula de pleno direito. O ato jurídico traria consigo o germe imanente, *in re ipsa*, de nulificação. Se assim não fosse, poder-se-ia chegar a um ambiente de validar declarações que o trabalhador despojasse do salário mínimo, do décimo terceiro, do FGTS, das férias, direitos irrenunciáveis por natureza. Seria o cenário de uma desregulamentação aviltante, a legitimar uma exploração sem limites.

(11) OTTO, Hansjörg. *Arbeitsrecht*. 4. Aufl. Berlin: Gruyter Recht, 2008. p. 146-151.

(12) OTTO. *Arbeitsrecht...*, cit., p. 146.

(13) JUNKER, Abbo. *Grundkurs Arbeitsrecht*. 8. Aufl. München: C.H.BECK, 2009, p. 206.

## 6. Conclusão

O Direito do Trabalho nasceu das próprias contradições do capitalismo, de sorte que a proteção jurídica ao inferiorizado, hipossuficiente na relação, está a merecer o norte existencial das normas juslaborais, buscando minimizar as desigualdades concretas da vida, a partir de concessões jurídicas.

Saliente-se.

Uma situação refere-se, propriamente, ao desligamento da comissão, ato, por si mesmo, válido, eis que representativo de uma manifestação de vontade livre e hígida.

Outro problema bem diferente tem em mira a garantia de labor do representante da CIPA, efetivada pelo tempo mínimo de manutenção no emprego, norma estatuída mediante um caráter de positivação constitucional, em atenção à proteção da liberdade de trabalho.

São, portanto, duas situações plenamente distintas, impassíveis de identidade.

Apenas seria possível construir o afastamento do tempo de garantia provisória do cipeiro quando o término da relação jurídica fizesse consolidado no próprio ato abdicativo obreiro — o pedido demissional — ou tendo por fim os fundamentos estatuídos na própria lei: a motivação de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira.

*In casu*, nenhuma das possíveis situações fizeram-se presentes, uma vez que a causa de término do contrato revelou-se atrelada à dispensa sem justa causa.

Neste particular, o empregador, ao ter dispensado o obreiro sem justa causa, passou por cima da garantia fundamental da estabilidade provisória do cipeiro, norma de ordem pública, de caráter fundamental, integrante dos princípios basilares constitucionais, núcleo tangente da própria ontologia do Direito do Trabalho. A dignidade humana e o valor social do trabalho (arts. 1º, III, IV, 7º, 170 e 193 da Constituição da República), são predicados atrelados à máxima de vedar a caracterização do “trabalho

como mercadoria”, postulado que encontra suas balizas no Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, a Declaração de Filadélfia, de 1944.

O ato de se retirar da CIPA é sumamente distinto do tempo de prevalência do período de quarentena (garantia provisória do emprego). Irrelevante a inexistência de ressalva do Sindicato na homologação rescisória ou o conteúdo do documento da carta de renúncia, tendo em vista a incidência do trato imperativo das normas trabalhistas (arts. 9º e 444 da CLT).

Nesse sentido, confira-se o seguinte aresto:

“ESTABILIDADE PROVISÓRIA. SUPLENTE DA CIPA. DISPENSA SEM JUSTA CAUSA. RENÚNCIA À ESTABILIDADE. NULIDADE. A Lei não admite a dispensa arbitrária dos representantes dos empregados nas CIPAs e seus respectivos suplentes, conforme se verifica do art. 165 da CLT. Sendo o empregado detentor de estabilidade provisória, o que a Lei possibilita é a sua dispensa por justa causa, ou então que ele próprio, desejando desligar-se de uma determinada empresa, peça demissão do emprego, sendo válido esse ato desde que efetuado com a assistência do respectivo Sindicato, do Ministério do Trabalho ou desta própria Justiça Especializada, nos termos do art. 500 da CLT. Sendo incontroverso nos autos que a dispensa do autor ocorreu por iniciativa da ré, sem justa causa, nulo se afigura esse ato, assim como a alegada “renúncia” à estabilidade, redigida e assinada pelo obreiro 10 dias após ter sido pré-avisado de sua dispensa.” (TRT 15ª R.; RO 1418-2006-017-15-00-8; Ac. 48812/07; Quinta Câmara; Relª Desª Ana Paula Pellegrina Lockmann; DOESP 11.10.2007; p. 107.)

Com efeito, expirado o prazo do período estável é devida a indenização substitutiva nos termos do art. 496 da CLT, combinado com a Súmula n. 396 do TST.

Na situação particular, cabe ao reclamante a indenização pelo tempo de garantia da estabilidade provisória do emprego, tendo em vista que o ato da dispensa imotivada representou abuso de direito do poder empregatício

(art. 187 do Código Civil), por contrariar preceito constitucional de ordem pública, merecendo, assim, a respectiva indenização compensatória.

Atrelado ao princípio da reparação integral, seriam devidos ao reclamante o pagamento dos salários, a gratificação natalina, as férias com o terço constitucional e o FGTS do respectivo tempo de garantia provisória, desde a dispensa imotivada até um ano depois da data de saída da CIPA, tempo de encerramento da garantia provisória.

Em suma, a renúncia à continuidade do mandato do cipeiro não significa perda da garantia provisória. Ao contrário: o tempo de quarentena da permanência no emprego materializa, justamente, a garantia constitucional de proteção do representante obreiro quanto ao abuso das condições de labor, supostamente

adversas. Compreender as distinções dos institutos é dever do intérprete e, sobretudo, missão do aplicador na análise do caso concreto, voltado à sapiência de “dar a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*).

## 7. Referências bibliográficas

JUNKER, Abbo. *Grundkurs Arbeitsrecht*. 8. Aufl. München: C. H. BECK, 2009.

LEITE DE CARVALHO, Augusto César. *Direito do Trabalho: Curso e Discurso*. Aracaju: Evocati, 2011.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *O Manifesto Comunista*. Ed. eletrônica (*e-book*): Ridendo Castigat Mores, 1848.

OTTO, Hansjörg. *Arbeitsrecht*. 4. Aufl. Berlin: Gruyter Recht, 2008.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do Direito do Trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

# Execução efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal — A interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CNT

Ben-Hur Silveira Claus<sup>(\*\*)</sup> e Júlio César Bebber<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo estuda a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho. Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da modalidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, que se revela mais favorável ao credor do que o regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC.

## Palavras-chave:

- ▶ Fraude à execução — Execução fiscal — Execução trabalhista — Efetividade da jurisdição — Crédito trabalhista — Súmula n. 375 do STJ.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. As modalidades de fraude à execução no direito positivo
- ▶ 3. Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário
- ▶ 4. A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal

(\*) Juiz do Trabalho e Mestre em Direito.

(\*\*) Juiz do Trabalho e Doutor em Direito do Trabalho.

- ▶ 5. Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei n. 6.830/1980 e 186 do CTN
- ▶ 6. A aplicação do *sistema legal* dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT
- ▶ 7. A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula n. 375: fraude à execução fiscal x fraude à execução civil. A questão da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista
- ▶ 8. A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da Súmula STJ n. 375)
- ▶ 9. O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude absoluta à execução trabalhista: ajuizamento x citação
- ▶ 10. Conclusão
- ▶ 11. Referências bibliográficas

*As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro.*

Karl Engisch

*[...] o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas 'afins na essência'.*

Ovídio Baptista da Silva

## 1. Introdução

O Direito pressupõe a boa-fé das pessoas na vida de relação. É a boa-fé que fundamenta o princípio da responsabilidade patrimonial. De acordo com esse princípio, o patrimônio do contratante responde por suas obrigações: o patrimônio do sujeito obrigado é expropriado pelo Estado, para satisfazer coercitivamente a obrigação não adimplida espontaneamente, restabelecendo-se o equilíbrio da relação contratual e a integridade da ordem jurídica.

Esse princípio encontra expressão literal no art. 591 do CPC, preceito que estabelece que “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”. Trata-se de preceito localizado no título em que o Código de Processo Civil trata da execução

forçada das obrigações não cumpridas espontaneamente. Na Lei n. 6.830/80, o princípio da responsabilidade patrimonial tem expressão nos arts. 10 e 30.

Para coarctar condutas de má-fé do devedor, a teoria jurídica extraiu do princípio de responsabilidade patrimonial dois institutos jurídicos destinados a combater fraude patrimonial praticada pelo sujeito passivo da obrigação — a fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159) e a fraude à execução (CPC, art. 593). O fato de não haver processo contra o obrigado quando da alienação do bem revela que a fraude contra credores é ato ilícito menos grave do que o ato ilícito de fraude à execução<sup>(1)</sup>, modalidade de fraude patrimonial

(1) A fraude à execução tipifica, além de ilícito processual civil, o ilícito penal de fraude à execução capitulado no art. 179 do Código Penal. Outrossim, configura ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, art. 600, I) sancionado com a multa do art. 601 do CPC. A ordem jurídica atua contra a fraude à execução mediante a declaração de ineficácia do ato fraudulento (CPC, art. 592, V), autorizando a penhora do bem alienado em fraude como se permanecesse no patrimônio do executado. Para facilitar o combate a essa espécie de fraude patrimonial, a declaração de ineficácia da alienação é pronunciada nos próprios autos em que flagrada a fraude, de ofício. Conclusão ainda mais evidente na execução trabalhista, por força da previsão dos arts. 765 e 878, *caput*, da CLT.

na qual já há processo contra o obrigado<sup>(2)</sup> quando da alienação do bem que torna o obrigado insolvente para responder pela obrigação.

No presente artigo, estuda-se a juridicidade da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal à execução trabalhista, com vistas a promover a efetividade da jurisdição na Justiça do Trabalho (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765). Para tanto, articula-se a proposta de interpretação extensiva do art. 889 da CLT à interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional, com vistas à assimilação produtiva da modalidade de fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista, uma das diversas modalidades de fraude à execução previstas no direito positivo.

## 2. As modalidades de fraude à execução no direito positivo

Ao lado da modalidade geral de fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC, o sistema legal prevê uma modalidade específica de fraude à execução no inciso I do art. 593 do CPC e abrange as demais modalidades de fraude à execução previstas em diversas leis na genérica hipótese do inciso III do art. 593 do CPC<sup>(3)</sup> (inciso V do art. 792 do NCPC).

(2) A hipótese de fraude à execução fiscal prevista no art. 185, *caput*, do Código Tributário Nacional, constitui exceção à regra. Introduzida pela Lei Complementar n. 118, de 9.6.2005, a atual redação do art. 185, *caput*, do CTN, radicalizou a figura da fraude à execução fiscal, estabelecendo que a fraude à execução fiscal caracteriza-se quando a obrigação tributária já estiver inscrita em dívida ativa à época da alienação do bem. Na redação anterior do art. 185, *caput*, do CTN, a disciplina da fraude à execução era mais favorável ao devedor tributário: somente se caracterizava a fraude se já estivesse em curso a execução fiscal à época da alienação do bem. Exigia-se a litispendência da execução fiscal. Essa exigência foi suprimida pela Lei Complementar n. 118, de 9.6.2005.

(3) CPC: “Art. 593. Considera-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens:

- I – quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
- II – quando, ao tempo de alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
- III – nos demais casos expressos em lei.”

A fraude à execução prevista no inciso II do art. 593 do CPC tem sido considerada a modalidade geral de fraude à execução por se tratar do tipo de fraude à execução que ocorre com maior frequência. Caracteriza-se quando, ao tempo da alienação do bem, já corria demanda capaz de reduzir o demandado à insolvência.

Menos frequente é a modalidade de fraude à execução prevista no inciso I do art. 593 do CPC, que se caracteriza quando o devedor aliena determinado bem sobre o qual há ação judicial fundada em direito real. Essa modalidade de fraude à execução decorre do direito de seqüela próprio ao direito real. Nesse caso, a configuração da fraude à execução independe do estado de insolvência do devedor.

Entretanto, as modalidades de fraude à execução são mais numerosas do que normalmente se percebe, sobretudo quando se atenta para as diversas modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais. Nada obstante passem despercebidas algumas vezes, as demais modalidades de fraude à execução previstas em distintos diplomas legais foram consideradas pelo legislador na abrangente previsão do inciso III do art. 593 do CPC, preceito que faz remissão a outras modalidades de fraude à execução, assim consideradas aquelas previstas “nos demais casos expressos em lei”.

Ao legislador é dado estabelecer, para a tutela do princípio da responsabilidade patrimonial, hipóteses outras em que a conduta do devedor caracterize fraude patrimonial a ser rejeitada pelo sistema normativo, tipificando novas modalidades de fraude à execução com o objetivo último de assegurar a integridade da ordem jurídica. Entre as demais modalidades de fraude à execução tipificadas em distintos diplomas legais, a teoria jurídica tem identificado — sem prejuízo de outras modalidades dessa espécie de ato ilícito<sup>(4)</sup> — as seguintes hipóteses:

(4) Araken de Assis relaciona outras hipóteses de fraude à execução, que costumam passar despercebidas: “Além disso, atos de índole diversa, como a dação em

- a) há fraude à execução quando, na penhora de crédito, o terceiro deixa de depositar em juízo a importância por ele devida ao executado, nada obstante intimado pelo juízo para assim proceder (CPC, art. 672, §§ 2º e 3º<sup>(5)</sup>);
- b) há fraude à execução quando há registro de averbação premonitória de existência de ação à época da alienação do bem (CPC, art. 615-A, § 3º<sup>(6)</sup>);
- c) há fraude à execução quando o executado insolvente adquire bem residencial mais valioso, hipótese em que não poderá mais fazer prevalecer a alegação de impenhorabilidade de bem de família (Lei n. 8.009/1990, art. 4º, *caput* e § 1º<sup>(7)</sup>);
- d) há fraude à execução fiscal quando o crédito tributário já se encontrava regularmente inscrito como dívida ativa à época da

pagamento, a renúncia à herança, a interrupção da prescrição e, conforme caso julgado pela 3ª Câmara Cível do extinto TARS, a partilha de bens em separação consensual, igualmente representam fraude contra a execução.” (*Manual da Execução*. 14. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 303.)

- (5) CPC: “Art. 672. A penhora de crédito, representada por letra de câmbio, nota promissória, duplicata, cheque ou outros títulos, far-se-á pela apreensão do documento, esteja ou não em poder do devedor.  
(...)  
§ 2º O terceiro só se exonerará da obrigação, depositando em juízo a importância da dívida.  
§ 3º Se o terceiro negar o débito em conluio com o devedor, a quitação, que este lhe der, considerar-se-á em fraude de execução.”
- (6) CPC: “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.  
(...)  
§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (593)”.
- (7) Lei n. 8.009/90: “Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta Lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso para transferir a residência familiar, desfazendo-se ou não da moradia antiga.  
§ 1º Neste caso poderá o juiz, na respectiva ação do credor, transferir a impenhorabilidade para a moradia familiar anterior, ou anular-lhe a venda, liberando a mais valiosa para execução ou concurso, conforme a hipótese.”

alienação do bem pelo executado (CTN, art. 185, *caput*).<sup>(8)</sup>

Esse resumido inventário das modalidades de fraude à execução autoriza a conclusão de que o sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC, identificando na previsão do art. 185, *caput*, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

### 3. Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário

No debate que conduziu à edição da controvertida Súmula n. 375 do STJ<sup>(9)</sup>, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram rica controvérsia acerca da natureza jurídica da fraude à execução.

De um lado, alinhou-se a corrente tradicional de opinião, sustentando que a fraude à execução continuava a caracterizar-se de forma objetiva (*in re ipsa*), exigindo apenas:

- a) litispendência por ocasião da alienação do bem: demanda ajuizada em face do demandado à época do negócio fraudulento;
- b) alienação essa capaz de reduzir o demandado à insolvência.

Para essa corrente de opinião, não se conhece do elemento subjetivo da boa-fé do terceiro adquirente na fraude à execução, ou seja, dispensa-se a prova acerca de *consilium*

- (8) CTN: “Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.”
- (9) Súmula n. 375 do STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.” A Súmula n. 375 do STJ foi editada em 30.3.2009.

*fraudis*, requisito exigível apenas para a caracterização do ilícito civil de fraude contra credores (CC, arts. 158 e 159). No âmbito da teoria justrabalhista, essa corrente de opinião tem em Manoel Antonio Teixeira Filho um histórico representante<sup>(10)</sup>.

De outro lado, articulou-se o entendimento de que a fraude à execução somente configurar-se-ia na hipótese de estar caracterizada — ao lado dos demais elementos objetivos mencionados — a má-fé do terceiro adquirente, compreendida na ciência do terceiro adquirente quanto à existência da ação movida em face do executado-alienante; ou seja, o elemento subjetivo (má-fé do terceiro adquirente) teria passado a ser exigível para a caracterização de fraude à execução. Em outras palavras: o elemento subjetivo do *consilium fraudis* teria passado a integrar o suporte fático da fraude à execução, conforme indica o enunciado da Súmula n. 375 do STJ, *in litteris*: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.”

A jurisprudência trabalhista predominante assumiu essa posição sob inspiração da Súmula n. 375 do STJ, que passou a ser adotada por ocasião do julgamento de embargos de terceiro adquirente do bem.

Enquanto o primeiro entendimento faz resgate efetivo do compromisso da ordem jurídica com o princípio da responsabilidade patrimonial (CPC, art. 591) em detrimento da boa-fé do terceiro adquirente, o segundo entendimento tutela a boa-fé deste, privilegiando o interesse privado em detrimento do princípio da responsabilidade patrimonial.

A concepção de fraude à execução fiscal, todavia, passou praticamente incólume por tal controvérsia<sup>(11)</sup>. Isso porque a teoria jurídica

do Direito Tributário sempre identificou na *supremacia do interesse público* tutelado pelo direito fiscal o histórico fundamento segundo o qual a fraude à execução fiscal configura-se de forma objetiva (*in re ipsa*) e caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude, não abrindo ensejo à discussão acerca da conduta subjetiva do terceiro adquirente, de modo a impedir a hipótese jurídica de convalidação do negócio fraudulento pela boa-fé do terceiro adquirente. Sequer a possibilidade da respectiva hipótese jurídica é admitida na fraude à execução fiscal; num autêntico resgate da categoria dos deveres patrocinado pela verticalização do princípio de responsabilidade patrimonial, que se alicerça na boa-fé indispensável à construção de uma vida de relação fundada na honestidade dos contratantes<sup>(12)</sup>.

É da lição clássica de Aliomar Baleeiro que a fraude à execução fiscal não admite prova em contrário precisamente por se caracterizar como ato ilícito cujo vício faz constituir presunção absoluta de fraude contra o interesse tributário. Segundo o autor:

“O CTN, no art. 185, estabelece uma presunção geral, *iuris et de iure*, isto é, sem possibilidade de prova em contrário, de que é fraudulenta contra o Fisco, a alienação de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo, desde que o crédito tributário contra ele esteja regularmente inscrito (CTN, arts. 201 a 204) e em fase de execução. Mas entender-se-á que esta presunção absoluta está limitada ao caso de o sujeito passivo alienar seus bens ou rendas em tal proporção, que não lhe reste o suficiente para o total pagamento da dívida em execução.”<sup>(13)</sup>

(10) *Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 200.

(11) Em 19.11.2010, o STJ uniformiza sua jurisprudência para afirmar ser inaplicável à execução fiscal a S-375-STJ, editada em 30.3.2009. A matéria é desenvolvida no item 6 do presente estudo.

(12) A responsabilidade socioeconômica dos sujeitos funda-se na boa-fé exigida pelo art. 422 do CC de 2002, preceito que irradia saneador efeito aos contratos em geral e a toda a vida de relação.

(13) *Direito Tributário Brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 970. O autor está a comentar o art. 185 do CTN, na redação anterior à Lei Complementar n. 118, de 9.2.2005, quando se exigia estivesse já ajuizado o executivo fiscal para configurar-se a fraude à execução.

No mesmo sentido, alinha-se praticamente toda a doutrina do Direito Tributário. Depois de assinalar que o art. 185 do Código Tributário Nacional estabelece presunção de fraude à execução quando ocorre alienação de bem por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa, o tributarista Hugo de Brito Machado afirma que “tal presunção é absoluta. Uma presunção de direito contra a qual não cabe nenhuma espécie de prova”<sup>(14)</sup>. O autor volta a explicitar referido entendimento quando contextualiza o tema do interesse do terceiro adquirente de boa-fé no âmbito da fraude à execução fiscal à luz da atual redação do art. 185 do CTN<sup>(15)</sup>:

“No âmbito do Direito Privado, a lei protege o terceiro de boa-fé, estabelecendo que são anuláveis os contratos onerosos de devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante. O fato de ser devedor de um tributo com crédito tributário inscrito em dívida ativa, todavia, não pode ser considerado indicador de notória insolvência, e mesmo assim o Código Tributário Nacional considera sem validade, em face da presunção de fraude, a alienação ou oneração do bem, sem qualquer consideração para com o terceiro de boa-fé.”

Em sintonia com Aliomar Baleeiro e Hugo de Brito Machado, Zelmo Denari também identifica a presunção absoluta de fraude na fraude à execução fiscal<sup>(16)</sup> e a irrelevância da conduta subjetiva do terceiro adquirente para o reconhecimento de ineficácia do negócio fraudulento. A presunção absoluta de fraude,

segundo ele, opera de tal modo que não é facultado ao terceiro adquirente produzir prova de sua eventual boa-fé<sup>(17)</sup>. *In litteris*:

“A presunção acautelatória aqui estabelecida é *juris et de jure*, isto é, não admite prova em contrário. Irrelevante, portanto, se de boa ou má-fé o adquirente do bem ou o titular do direito real de garantia. A fraude se presume e a presunção é absoluta”<sup>(18)</sup>.

Na medida em que a fraude à execução fiscal é interpretada como hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à fraude à execução ao processo do trabalho — quem sabe se conduzido pelas mãos de Karl Engisch<sup>(19)</sup> — mediante recurso à analogia e com os olhos postos na promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Para tanto, é intuitivo ao operador do processo do trabalho dirigir especial atenção à histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal.

(14) *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. v. III. São Paulo: Atlas, 2009. p. 649.

(15) *Ibidem*, p. 677.

(16) Enquanto Aliomar Baleeiro escreveu à época da redação anterior do art. 185 do CTN, Zelmo Denari escreve sob a nova redação do art. 185 do CTN, introduzida pela Lei Complementar n. 118, de 9.2.2005. Contudo, ambos chegam à conclusão idêntica: a fraude à execução fiscal caracteriza hipótese de presunção absoluta de fraude e não admite prova em contrário.

(17) Nesse mesmo sentido, orienta-se o entendimento de Mauro Luís Rocha Lopes. Comentando o art. 185 do CTN, o autor observa que a doutrina do Direito Tributário considera absoluta a presunção de fraude, sendo dispensável a prova do “consólio fraudulento” à sua caracterização (*Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 106).

(18) *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Ives Gandra da Silva Martins (Coord.). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 496.

(19) “Toda a regra jurídica é susceptível de aplicação analógica — não só a lei em sentido estrito, mas também qualquer espécie de estatuto e ainda a norma de Direito Consuetudinário. As conclusões por analogia não têm apenas cabimento dentro do mesmo ramo do Direito, nem tão pouco dentro de cada Código, mas verificam-se também de um para outro Código e de um ramo do Direito para outro” (*Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p. 293).

#### 4. A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal

O privilégio do crédito trabalhista tem por fundamento próximo a natureza alimentar dos créditos decorrentes do trabalho<sup>(20)</sup>, enquanto que o fundamento remoto radica na dignidade humana da pessoa do trabalhador cuja prestação laboral transforma-se em riqueza apropriada pelo tomador de serviços inadimplente.

Mesmo na jurisdição fiscal, encarregada de fazer valer o privilégio legal assegurado ao crédito fiscal pelo art. 186 do CTN, o crédito trabalhista tem sido historicamente reconhecido como privilegiado em face deste, em razão da sua qualidade de crédito *necessarium vitae* (STJ, 1ª Turma, REsp n. 442.325, relator Min. Luiz Fux, DJU 25.11.2002, p. 207).

A ponderação de se tratar de um crédito necessário à subsistência do ser humano que vive do próprio trabalho integra o arcabouço axiológico sob o qual a consciência jurídica tem conformado a estrutura hierárquica normativa em que são classificadas as diversas espécies de créditos ao longo da tradição jurídica brasileira. Com efeito, o predicado de crédito *necessarium vitae* tem sido, em verdade, o principal fundamento material da opção da consciência jurídica nacional de privilegiar o crédito trabalhista na concorrência com os demais créditos previstos no sistema legal brasileiro, ratificando nessa histórica opção da teoria jurídica brasileira a primazia da dignidade da pessoa humana enquanto valor superior

que viria a ser eleito pela Constituição como fundamento da República<sup>(21)</sup>.

Nada obstante o reconhecimento doutrinário de que a relevância do crédito tributário funda-se na *supremacia do interesse público* que lhe é imanente<sup>(22)</sup>, ainda assim a consciência jurídica nacional tem posicionado — trata-se de tradição histórica — o crédito trabalhista num patamar superior àquele conferido ao crédito fiscal, sugerindo concretamente possa a supremacia do interesse público vir a ser superada em determinada situação especial, na qual a ordem jurídica identifique interesse ainda mais relevante a tutelar — no caso do privilégio do crédito trabalhista, o *interesse fundamental social* a tutelar é satisfação prioritária dos créditos decorrentes da prestação do trabalho humano. Desse interesse fundamental social, deriva a formulação conceitual que conduziria a teoria jurídica a formular a expressão *superprivilégio* para bem significar a primazia conferida pelo sistema jurídico nacional ao crédito trabalhista.

Essa tradição histórica de a ordem jurídica nacional conferir primazia ao crédito trabalhista sofreu revés significativo com o advento da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial. Entre outros preceitos representativos dessa nova orientação, o art. 83, I, da Lei n. 11.101/2005, limitou o privilégio do crédito trabalhista ao valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos na falência, classificando como quirografário o crédito trabalhista excedente desse montante. A possibilidade de limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado montante foi reservada ao legislador ordinário pela Lei Complementar

(20) CF: “Art. 100. (...)”

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte e invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.”

(21) CF: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.”

(22) Cf. Hugo de Brito Machado. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. v. III, São Paulo: Atlas, 2009. p. 660.

n. 118, também de 9.2.2005, que introduziu parágrafo único no art. 186 do CTN para conferir a prerrogativa que o legislador comum exerceria nessa mesma data mediante a edição da Lei n. 11.101/2005.

Na legislação anterior, não havia limitação do privilégio do crédito trabalhista a determinado valor (Decreto-lei n. 7.661/1945). A alteração em questão foi recebida com reservas por expressiva parte da doutrina, tendo Francisco Antonio de Oliveira registrado ser essa restrição imposta ao privilégio do crédito trabalhista pela nova Lei de Falências desejo de setores empresariais e do próprio governo sob a alegação infundada de excesso de vantagens trabalhistas<sup>(23)</sup>. Depois de identificar afronta da nova Lei de Falências e Recuperação Judicial aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da submissão da propriedade à sua função social, Mauricio Godinho Delgado<sup>(24)</sup> assevera com sua reconhecida autoridade teórica:

“A Lei n. 11.101, de 2005, ignorando a filosofia e a determinação constitucionais, confere enfática prevalência aos interesses essencialmente econômicos, em detrimento dos interesses sociais. Arrogantemente, tenta inverter a ordem jurídica do País. [...] A nova Lei de Falências, entretanto, com vigência a partir de 9.6.05, abrangendo, essencialmente, processos novos (art. 201, combinado com art. 192, Lei n. 11.101/05), manifesta direção normativa claramente antitética à tradicional do Direito brasileiro, no que tange à hierarquia de direitos e créditos cotejados no concurso falimentar.”

Em sentido contrário, André de Melo Ribeiro posiciona-se a favor da orientação adotada pela Lei n. 11.101/2005, destacando que a Convenção n. 95 da Organização Internacional do Trabalho autoriza a lei nacional

a limitar o privilégio do crédito trabalhista a determinado valor. A nova Lei de Falências e Recuperação Judicial “[...] consolida no ordenamento jurídico brasileiro — no entender do autor<sup>(25)</sup> — a orientação axiológica pela manutenção e recuperação das unidades produtivas viáveis, enquanto núcleo de um feixe de interesses sociais”. Essa orientação o autor reputa amparada nos valores eleitos pelo legislador constitucional relacionados à valorização do trabalho e da livre-iniciativa, bem como na função social da propriedade e na busca do pleno emprego. Para o jurista, o legislador definiu a recuperação da atividade econômica como o objetivo precípua:

“Tal objetivo busca preservar a empresa — enquanto atividade econômica — por reconhecê-la como núcleo de um feixe de interesses sociais, mais amplo do que aquele composto pelos interesses patrimoniais individuais dos credores (resguardado o limite do crédito privilegiado dos credores trabalhistas), da Fazenda ou do empresário.”

Na fundada crítica do tributarista João Damasceno Borges de Miranda à nova diretriz adotada pela Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei n. 11.101/2005), de privilegiar, na falência, os créditos dotados de garantia real em detrimento do crédito fiscal, o autor conclui que “jamais se poderia deferir privilégio aos credores financeiros com garantia real, pois os mesmos estão alocados no ramo do Direito Privado e devem ser tratados com as regras próprias”. A consistência da fundamentação adotada pelo autor para chegar à referida conclusão justifica — note-se que se trata de jurista do campo do direito tributário — a reprodução do argumento cuja extração sistemática implícita

(23) *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 257.

(24) *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 793-5; sem itálico no original.

(25) “O novo eixo axiológico de interpretação do fenômeno da empresa e a modulação necessária entre o direito do trabalho e o direito concursal após a Lei n. 11.101/2005.” In: *Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais*. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Orgs.). São Paulo: LTr, 2015. p. 166.

é revelada pela ponderação do privilégio do crédito trabalhista<sup>(26)</sup>:

“Pacífico o entendimento quanto à prevalência do crédito trabalhista por se tratar de crédito social com natureza alimentar e ser, reconhecidamente, a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem. D’outra banda, o crédito tributário diz respeito ao interesse público e coletivo, de interesse geral da sociedade, e, sendo assim, conforme a previsão principiológica constitucional, este tem prevalência sobre os interesses privados.”

O argumento do jurista faz evocar o acórdão do STJ anteriormente referido, porquanto à natureza alimentar do crédito trabalhista destacada por João Damasceno Borges de Miranda corresponde a identificação pretoriana — estamos a examinar jurisprudência cível — do crédito trabalhista na qualidade de crédito *necessarium vitae* (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial n. 442.325, relator Min. Luiz Fux, DJU 25.11.2002, p. 207). Além disso, o argumento do tributarista tem o mérito de colocar em destaque relevante componente hermenêutico de feição socioeconômica, ao sublinhar a circunstância de que o crédito trabalhista é consequência da exploração econômica do trabalho humano e do inadimplemento da devida contraprestação ao trabalhador — *a contraprestação pelo esforço físico posto em função da riqueza de outrem*, na feliz síntese do tributarista.

Com efeito, o crédito trabalhista tem natureza jusfundamental (CF, art. 7º) e constitui-se como expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de mais-valia. É o fato objetivo

de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilégio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho. É nesse ambiente axiológico que se contextualiza o desafio hermenêutico de compatibilizar os arts. 29 da Lei n. 6.830/1980 e 186 do CTN sob a condução do postulado da unidade do sistema jurídico.

### **5. Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei n. 6.830/1980 e 186 do CTN**

A hermenêutica jurídica é a ciência da interpretação das leis. Para cumprir o objetivo de definir o alcance dos preceitos legais, estuda os diversos métodos de interpretação da lei e as respectivas interações. O método sistemático disputa — a observação é de Luís Roberto Barroso — com o teleológico a primazia no processo interpretativo<sup>(27)</sup>. Se o método teleológico de interpretação orienta-se à finalidade da norma jurídica interpretada, o método sistemático de interpretação funda-se na ideia de que o ordenamento jurídico constitui um “sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente”<sup>(28)</sup>.

Conformando uma estrutura orgânica que pressupõe *ordem e unidade*, esse organismo jurídico unitário relaciona suas partes ao todo, de tal modo que o dispositivo legal interpretado o seja em harmonia com o contexto normativo no qual está compreendido. O postulado da unidade do ordenamento normativo enquanto sistema é conformado pela lógica da não contradição: as partes são interpretadas em harmonia com o seu conjunto, superando-se

(26) *Comentários ao Código Tributário Nacional*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coords.). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora, 2005. p. 1.319.

(27) *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 140.

(28) *Idem*.

eventuais contradições por uma interpretação preordenada a reconduzir o dispositivo interpretado à unidade do sistema e de sua autopoiética coerência interna.

O fato de o art. 29 da Lei de Executivos Fiscais estabelecer que o crédito fiscal não está sujeito a concurso de credores e não se submete à habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento<sup>(29)</sup> acabou dando ensejo a interpretações no sentido de que, nada obstante o privilégio assegurado ao crédito trabalhista sobre o crédito fiscal no art. 186 do CTN, o crédito tributário poderia ser satisfeito no juízo fiscal de forma definitiva, inclusive sem observância ao pagamento prioritário devido ao crédito trabalhista em decorrência do privilégio legal previsto na precitada regra do Código Tributário Nacional.

Humberto Theodoro Júnior relata, no particular, que, diante dos termos exageradamente amplos do art. 29 da Lei n. 6.830/80, entendeu Ricardo Mariz de Oliveira<sup>(30)</sup> que até as garantias legais de preferência dos créditos trabalhistas teriam sido preteridas pelo preceito da Lei de Executivos Fiscais, com o abandono da sistemática do próprio Código Tributário Nacional (art. 186). Contudo, o processualista mineiro desnuda o equívoco da interpretação postulada por Ricardo Mariz de Oliveira, ao esclarecer que o art. 29 da Lei de Execução Fiscal quis apenas excluir a Fazenda Pública da participação nos juízos universais como o da falência e o do concurso civil de credores. Entretanto, não entrou em linha de cogitação alterar privilégios instituídos pelas leis de direito material em vigor. Isso porque — pondera Humberto Theodoro Júnior — não seria razoável que, em questão de direito material como essa, pudesse ocorrer revogação de uma lei complementar, como é o Código Tributário Nacional, por uma simples lei ordinária<sup>(31)</sup>, como é a Lei n. 6.830/1980.

(29) A previsão do art. 187 do CTN é semelhante à previsão do art. 29 da Lei n. 6.830/1980.

(30) Dívida Ativa da Fazenda Pública. *RT Informa*, 261:5.

(31) *Lei de execução fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 179.

A interpretação postulada por Ricardo Mariz de Oliveira somente pode ser compreendida como fruto de uma concepção não sistemática do ordenamento jurídico, interpretação que incorre no equívoco de tomar isoladamente o preceito do art. 29 da LEF quando deveria considerá-lo — o método sistemático de interpretação visa a preservar a unidade do ordenamento normativo — no contexto dos demais diplomas legais correlatos, especialmente o Código Tributário Nacional, sob pena de perder de vista o fato de que esse “[...] diploma legal predica a prevalência dos créditos trabalhistas sobre os créditos fiscais”, conforme preleciona João Damasceno Borges de Miranda diante da correlata antinomia também sugerida pela primeira leitura do art. 187 do CTN<sup>(32)</sup>.

A interpretação de uma norma isolada do contexto no qual está compreendida pode conduzir o intérprete a equívoco, como geralmente acontece quando se despreza o elemento contextual na interpretação da lei. Isso ocorre porque “[...] a interpretação de uma norma — a observação é do tributarista Hugo de Brito Machado<sup>(33)</sup> — não deve ser feita fora do contexto em que se encarta, mas tendo-se em consideração outras normas com as quais se deve harmonizar”. Por vezes, identificada como a mais racional e científica, à interpretação sistemática importa a coerência interna do ordenamento jurídico, conforme revela a didática lição de Luís Roberto Barroso<sup>(34)</sup> sobre

(32) *Comentários ao Código Tributário Nacional*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coords.). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora, 2005. p. 1315.

(33) *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. v. III. São Paulo: Atlas, 2009. p. 676.

(34) *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 141-2. O autor informa que devemos a Pietro Merola Chiercia o mais amplo estudo sobre interpretação sistemática do direito constitucional, destacando que o jurista italiano atribui à interpretação sistemática uma posição de “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (*L’interpretazione sistemática della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e ss.).

a interpretação da Constituição: “Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta.”

A precisão da interpretação sistemática sustentada por Humberto Theodoro Júnior acerca do art. 29 da Lei de Executivos Fiscais pode ser aferida tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Na doutrina, essa aferição é obtida nos comentários de Anderson Soares Madeira acerca da relação de coordenação com que o art. 186 do CTN conforma a interpretação do art. 29 da Lei n. 6.830/80. Ao comentar a interpretação dada ao art. 29 da Lei n. 6.830/80 pelos tribunais, o autor observa que a “jurisprudência se quedou a entender que não poderia o fisco se sobrepor à preferência dos credores protegidos pela legislação trabalhista”.

A acertada observação de Anderson Soares Madeira decorre da supremacia da legislação complementar sobre a legislação ordinária. O autor contextualiza o dispositivo do art. 29 da LEF no âmbito do *sistema dos executivos fiscais*, identificando na supremacia do Código Tributário Nacional o consagrado critério hermenêutico que orienta a subordinar a lei ordinária (Lei n. 6.830/1980 — LEF, art. 29) à lei complementar (Lei n. 5.174/1966 — CTN, art. 186). Na harmonização dos preceitos legais em cotejo, a interpretação sistemática conduz o autor à consideração de que, “[...] sendo a Lei de Execução Fiscal lei ordinária, esta não poderia se sobrepor à lei complementar, como assim foi recepcionado pela Constituição Federal, o CTN, que em seu art. 186 prevê a ressalva de preferência da legislação do trabalho”<sup>(35)</sup>.

Na jurisprudência, o acerto da interpretação sistemática com a qual Humberto Theodoro Júnior harmoniza os arts. 29 da LEF e 186 do CTN pode ser apurado no julgamento do Recurso Especial n. 188.148-RS realizado pela Corte Especial do STJ. A síntese do julgamento da Corte Especial do STJ é a de que os créditos

fiscais não estão sujeitos à habilitação, mas se submetem à classificação, para disputa de preferência com os créditos trabalhistas. Eis a ementa do acórdão:

“PROCESSUAL — EXECUÇÃO FISCAL — MASSA FALIDA — BENS PENHORADOS — DINHEIRO OBTIDO COM A ARREMATAÇÃO — ENTREGA AO JUÍZO UNIVERSAL — CREDORES PRIVILEGIADOS. I - A decretação da falência não paralisa o processo de execução fiscal, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver, até à alienação dos bens penhorados. II - Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com créditos trabalhistas (DL n. 7.661/45, art. 126). III - Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e as forças da massa.” (STJ, Corte Especial, Recurso Especial n. 188.148-RS, relator Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 27.5.2002, p. 121 — sem grifo no original.)

As considerações da tributarista Valéria Gutjahr sobre precitado acórdão da Corte Especial do STJ revelam-se didáticas à compreensão da matéria. Tais considerações estão situadas nos comentários da autora aos arts. 186 e 187 do CTN. Observa a jurista que, na falência, o produto arrecadado com a alienação de bens deve ser entregue ao juízo falimentar, para que este faça a posterior distribuição dos respectivos valores conforme a classificação dos créditos em disputa.

Nesse julgamento da Corte Especial do STJ — prossegue Valéria Gutjahr —, consolidou-se o entendimento que reconhece a independência *da processualística* do executivo fiscal. Contudo, essa independência *procedimental* da Lei de Executivos Fiscais não assegura a *imediate satisfação do crédito tributário* quando houver credores preferenciais — e esse é o caso dos credores trabalhistas, por força do art. 186 do CTN. Vale dizer, observam-se as *normas procedimentais* da Lei de Executivos Fiscais, o que

(35) *Lei de Execuções Fiscais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 214.

significa excluir o crédito fiscal de habilitação; mas à distribuição do valor apurado aplicam-se as *normas de direito material* (CC, arts. 957, 958 e 961) que classificam os créditos em disputa e observam-se os respectivos privilégios legais (CTN, art. 186) ao estabelecer a ordem de prioridade a ser observada no pagamento dos credores concorrentes. Preleciona a jurista<sup>(36)</sup>:

“Em outras palavras, trata-se do reconhecimento do princípio de que a lei especial (Lei de Execuções Fiscais) sobrepõe-se à geral (Lei de Falências) *na aplicação do procedimento* por aquela instituído, passando-se, após, à observância das normas gerais aplicáveis ao processo falimentar e obedecendo-se, inclusive, o disposto no próprio Código Tributário Nacional (art. 186 e seu Parágrafo único).”

É de ver que a solução preconizada para a hipótese de falência do devedor também se aplica quando a disputa entre crédito fiscal e crédito trabalhista ocorre perante devedor solvente. “Haverá, então, um concurso de penhoras de natureza particular (e não um concurso universal) entre a Fazenda e o credor trabalhista, devendo aquela — na lição de Humberto Theodoro Júnior — respeitar a preferência legal deste no pagamento que se realizar com o produto do bem penhorado por ambos<sup>(37)</sup>. Também aqui o comando do art. 186 do CTN protagoniza a interpretação sistemática do ordenamento jurídico em aplicação.

Nesse particular, cumpre observar que, ao protagonismo do comando do art. 186 do CTN na regência jurídica da classificação dos créditos, a interpretação sistemática do ordenamento normativo revela confluírem tanto o art. 30 da Lei de Executivos Fiscais quanto o art. 711 do Código de Processo Civil, preceitos

que reconduzem o intérprete à diretriz superior de se fazer respeitar, na disputa entre credores, a primazia assegurada aos créditos dotados de privilégio legal pelo direito material (CC, arts. 957, 958 e 961).

Enquanto o art. 30 da LEF afirma que o devedor responde pelo pagamento da Dívida Ativa com a totalidade de seus bens, ressalvando, contudo, que a responsabilidade do devedor é apurada “*sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei*” (Lei n. 6.830/1980, art. 30, parte final), colmatando a lacuna do art. 29 da LEF que teria induzido Ricardo Mariz de Oliveira ao equívoco apontado por Humberto Theodoro Júnior<sup>(38)</sup>, o art. 711 do CPC colmata a lacuna dos arts. 612 e 613 do CPC para esclarecer que o critério cronológico da anterioridade da penhora somente define a ordem de pagamento aos credores se não houver, entre eles, credores detentores de crédito dotado de privilégio legal: “Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; *não havendo título legal à preferência*, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora.” (CPC, art. 711 — sem destaque no original.)

Se à compatibilização dos arts. 29 da LEF e 186 do CTN o método sistemático de interpretação faz prevalecer o postulado da unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua coerência interna sob a condução dirigente do comando superior do art. 186 do CTN, o desafio subsequente que a presente pesquisa propõe é responder se à execução trabalhista aplicam-se apenas os preceitos da Lei n. 6.830/1980 ou se há um *sistema* legal de executivos fiscais a aplicar à execução trabalhista por força da previsão do art. 889 da CLT.

(36) *Comentários ao Código Tributário Nacional*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coords.). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora, 2005. p. 1.337.

(37) *Lei de execução fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 180.

(38) Ver notas de rodapé n. 32 e 33.

## 6. A aplicação do sistema legal dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT

À primeira vista, pode parecer que a incidência subsidiária prevista no art. 889 da CLT estaria limitada a aplicarem-se à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de Executivos Fiscais. A interpretação literal do art. 889 da CLT poderia conduzir a essa estrita compreensão do preceito. Entretanto, mais do que aplicar à execução trabalhista apenas os dispositivos da Lei de Executivos Fiscais, a necessidade de potencializar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV) tem fomentado interpretação extensiva do comando do art. 889 da CLT, na perspectiva de se compreender que todo o sistema dos executivos fiscais seria aplicável à execução trabalhista<sup>(39)</sup>.

Se pode ser controvertida a proposta de conferir interpretação extensiva ao art. 889 da CLT, parece razoável considerar que da teoria jurídica recolhe-se o reconhecimento implícito de que os executivos fiscais constituem um sistema. Se a própria natureza sistêmica insita ao ordenamento jurídico em geral é indicativo teórico de que também os executivos fiscais

(39) Sem prejuízo da aplicação subsidiária do CPC quando mais apta a fazer realizar a efetividade da execução prometida tanto na legislação ordinária (CLT, art. 765) quanto na legislação constitucional (CF, art. 5º, XXXV). Essa assertiva não é inovadora. A jurisprudência já atua no sentido de sobrepor algumas regras processuais comuns às trabalhistas sempre que aquelas se mostrarem mais efetivas, no escopo de fazer justiça, à moda do Tribunal Constitucional da Espanha, que enunciou o dever dos juízes de promover e colaborar ativamente para a realização da efetividade da tutela jurisdicional. Esse dever, segundo a corte espanhola, é um dever jurídico-constitucional, uma vez que os juízes e tribunais têm a “obrigação de proteção eficaz do direito fundamental” (Francisco Chamorro Bernal. *La Tutela Judicial Efectiva – Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de La Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994. p. 329).

em particular podem ser compreendidos enquanto sistema, uma percepção ainda mais clara de que se estaria a tratar de um sistema de execução fiscal pode ser haurida da relação de coordenação e complementaridade existente entre os diplomas legais incidentes na matéria, como ressalta Humberto Theodoro Júnior nas sucessivas edições da obra *Lei de execução fiscal*.

Já na introdução a essa obra, o jurista mineiro adota a precaução científica de sublinhar o fato de que seus comentários à Lei n. 6.830/1980 não poderiam ser desenvolvidos sem o necessário recurso aos preceitos do Código Tributário Nacional correlatos à execução fiscal, deixando implícita a consideração de que os executivos fiscais, por conformarem-se à interpretação imposta pelo CTN, constituiriam um verdadeiro sistema. Essa implícita consideração parece decorrer da mencionada advertência com a qual o autor inaugura seus comentários<sup>(40)</sup>:

“Também, os dispositivos do Código Tributário Nacional serão colocados em confronto com o texto da nova Lei, sempre que se fizer aconselhável para a melhor interpretação das regras que comandam o processo da execução judicial da Dívida Ativa.”

O fato de a Exposição de Motivos n. 223 da Lei n. 6.830/1980 fazer remissão ao Código Tributário Nacional diversas vezes também sugere a relação de coordenação e de complementaridade com qual o CTN conforma a Lei de Executivos Fiscais, a indicar a conformação de um verdadeiro sistema de executivos fiscais, complementado pela aplicação subsidiária do CPC (Lei n. 6.830/80, art. 1º), sistema esse que encontra na sua compatibilidade com a Constituição Federal o fundamento de sua validade na ordem jurídica nacional.

No âmbito da teoria jurídica do processo do trabalho, a doutrina de Luciano Athayde Chaves

(40) *Lei de execução fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 3; sem grifo no original.

também parece sugerir a existência desse sistema de execução fiscal, na medida em que o processualista sustenta, com fundamento na interpretação sistemática do art. 186 do Código Tributário Nacional ao processo do trabalho, a aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista<sup>(41)</sup>. Em outras palavras, ao sustentar a aplicação subsidiária de providência legal não prevista na Lei n. 6.830/90 — a respectiva previsão legal consta do Código Tributário Nacional<sup>(42)</sup> — à execução trabalhista com suporte jurídico no art. 186 do CTN, o jurista parece estar a reconhecer implicitamente a existência desse *sistema* de executivos fiscais, cuja incidência subsidiária ao processo do trabalho alicerça-se no solo hermenêutico em que se conformará então a necessidade de conferir interpretação extensiva à norma do art. 889 da CLT, na perspectiva da promoção da efetividade da jurisdição trabalhista (CF, art. 5º, XXXV; CLT, art. 765).

A jurisprudência trabalhista tem reconhecido a juridicidade da aplicação da indisponibilidade de bens capitulada no art. 185-A do CTN ao processo do trabalho, autorizando o entendimento de que, mais do que apenas os preceitos da Lei n. 6.830/80, também preceitos do CTN correlatos à execução fiscal aplicam-se à execução trabalhista, o que parece corroborar a ideia de que há mesmo um *sistema de executivos fiscais* e que é todo esse sistema que ingressa no âmbito da execução trabalhista pelas portas

abertas pelo permissivo do art. 889 da CLT. A seguinte ementa é ilustrativa dessa perspectiva de interpretação extensiva:

“CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE PROSSEGUIMENTO REGULAR DA EXECUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 185-A DO CTN. A ausência de bens em nome do executado constitui justamente o pressuposto para a determinação de indisponibilidade de bens, nos termos do disposto no *caput* do novel art. 185-A do Código Tributário Nacional. Trata-se, enfim, de medida a ser tomada na hipótese de impossibilidade de prosseguimento regular da execução, servindo como garantia de que bens futuros possam ser objeto de apreensão judicial. Isto é o que, aliás, está preceituado, há muito tempo, no art. 591 do CPC, que registra que ‘o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.’ O art. 646 do mesmo Diploma de Lei respalda este entendimento, na medida em que fixa que ‘a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).’ Veja-se, com isto, que, mais que se discutir sobre a perspectiva da moralidade — dar efetividade à jurisdição conferida à parte — tem-se uma questão de interpretação literal do texto de lei, não sendo demais praticar atos expropriatórios contra quem se nega, mesmo que seja forçado, a cumprir o que lhe foi determinado por sentença. A expropriação não se traduz em ato brutal contra o devedor e, muito menos, a decretação de indisponibilidade dos seus bens futuros, já que, quanto a estes, não há, nem mesmo, a suposição de que são essenciais à sobrevivência, não fazendo parte do que é esperado pelo devedor, diariamente. Cumpre ressaltar que o Direito Processual Moderno — especialmente, o do Trabalho — admite este tipo de procedimento. O juiz tem de buscar os bens do devedor e a efetividade da justiça, que deve ser buscada.” (AP-00264-1995-038-03-00-0, rel. Milton Vasques Thibau de Almeida, 26.7.2006).

Parece razoável concluir, portanto, que os executivos fiscais constituem propriamente

(41) “Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista”. *Curso de processo do trabalho*. CHAVES, Luciano Athayde (Org.). São Paulo: LTr, 2009. p. 968.

(42) Atualmente, a medida legal de indisponibilidade de bens pode ser ordenada pelo magistrado mediante comando eletrônico por meio da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, providência que representa considerável aporte à efetividade da execução, na medida em que atinge bens imóveis registrados em nome do executado em todo o território nacional. O comando de indisponibilidade é realizado mediante informação do CNPJ/CPF do executado. Para mais informações, consultar o Provimento CNJ n. 39/2014 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) e o site: <<http://www.indisponibilidade.org.br>>.

um *sistema*<sup>(43)</sup>, conformado pela Lei de Executivos Fiscais (Lei n. 6.830/1980), pelo Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/1966), pelo CPC de aplicação subsidiária à LEF (Lei n. 6.830/1980, art. 1º) e pela Constituição Federal, essa última a conferir validade a todo o *sistema de executivos fiscais*.

Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um *sistema*, é razoável concluir então que esse sistema — e não apenas os preceitos da Lei n. 6.830/80 — se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva<sup>(44)</sup>. Essa conclusão acaba por colocar a relevante questão de saber se, na omissão da Consolidação das Leis do Trabalho sobre a matéria de fraude à execução (CLT, arts. 769 e 889), aplicar-se-ia ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN<sup>(45)</sup>.

## 7. A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula n. 375: fraude à execução fiscal x fraude à execução civil. A questão da aplicação do

(43) Francisco Antonio de Oliveira sugere essa ideia de sistema quando, ao afirmar que a indisponibilidade de bens prevista no § 1º do art. 53 da Lei n. 8.212/91 não exclui os respectivos bens da execução trabalhista, sustenta que esse preceito da Lei de Custeio da Previdência Social deve ser interpretado “[...] em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT)” (cf. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196 — sem grifo no original).

(44) De acordo com o ensinamento de Luís Roberto Barroso, a interpretação extensiva tem cabimento diante de situação em que o legislador disse menos, quando queria dizer mais. Nesse caso, a correção da imprecisão linguística do dispositivo legal ocorre então mediante a adoção de “[...] uma interpretação extensiva, com o alargamento do sentido da lei, pois este ultrapassa a expressão literal da norma (*Lex minus scripsit quam voluit*).” (cf. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 125).

(45) Observadas as adaptações necessárias. Entre elas, a distinta definição do marco temporal a partir do qual se configura a fraude à execução trabalhista. O que é objeto do item 8 do presente estudo.

## regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista

Em 30.3.2009, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 375, fixando importante diretriz acerca do instituto da fraude à execução, com o seguinte enunciado: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.”

A diretriz da Súmula n. 375 do STJ é controvertida, na medida em que tutela a posição jurídica do terceiro de boa-fé à custa da posição jurídica do credor-exequente, estimulando — involuntariamente, é certo — indireta desconstituição do princípio da responsabilidade patrimonial do executado (CPC, art. 591). Com isso, estimula o executado à prática da fraude patrimonial, em conduta de autotutela. Conforme foi observado por Manoel Antonio Teixeira Filho em análise crítica à Súmula n. 375 do STJ, “a orientação jurisprudencial cristalizada nessa Súmula estimula as velhacadas do devedor ao tornar mais difícil a configuração do ilícito processual da fraude à execução”<sup>(46)</sup>.

Deveras, consoante já foi ponderado alhures, ao executado, em face dos termos da Súmula n. 375 do STJ, certamente ocorrerá alienar seus bens antes do registro da penhora. Fará isso intuitivamente para não perder seus bens; alienará seus bens e desviará o dinheiro apurado. Como o terceiro adquirente terá êxito nos embargos de terceiro em face da aplicação da

(46) *Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 19. O autor sustenta a incompatibilidade da S-375-STJ com o processo do trabalho, ponderando ser da tradição jurídica considerar-se que a fraude à execução caracteriza-se pelos fatos objetivos da alienação do bem e da consequente insolvência do devedor, com presunção de má-fé do devedor. Na sequência, argumenta que o art. 593 do CPC não exige o registro da penhora ou má-fé do terceiro adquirente para a configuração de fraude à execução; e recusa se transferir ao credor o ônus da prova quanto à existência de má-fé do terceiro adquirente, por ser ônus probatório de difícil atendimento.

diretriz da Súmula n. 375 do STJ, o executado safar-se-á ileso, sem ter que assumir perante o terceiro adquirente a responsabilidade regressiva que decorreria da declaração de ineficácia jurídica da alienação realizada em prejuízo ao credor. A experiência ordinária fartamente revela essa conduta de autotutela dos executados em geral e não apenas dos devedores contumazes, uma vez que desviar imóveis e veículos é muito mais difícil do que desviar o dinheiro apurado com a alienação particular dos bens<sup>(47)</sup>. Não há exagero quando Manoel Antonio Teixeira Filho perscruta na Súmula STJ n. 375, estímulo à desonestidade do devedor.

Até o advento do Recurso Especial n. 1.141.990-PR, julgado pela 1ª Seção, tendo como Relator o Min. Luiz Fux, DJe 19.11.2010, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça oscilava na aplicação da Súmula n. 375 do STJ à execução fiscal.

No julgamento do referido recurso, realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia (CPC, art. 543-C)<sup>(48)</sup>, o Superior Tribunal de Justiça definiu a sua jurisprudência acerca da aplicabilidade da Súmula n. 375 do STJ na hipótese de fraude à execução, estabelecendo posicionamento distinto *conforme a modalidade de fraude à execução* caracterizada no caso concreto, a partir de distinção estabelecida entre *fraude à execução fiscal* e *fraude à execução civil*, nos seguintes termos:

- a) *inaplicabilidade* da Súmula n. 375 do STJ à execução fiscal;
- b) *aplicabilidade* da Súmula n. 375 do STJ à execução civil.

No item 5 da ementa do acórdão proferido no julgamento do referido REsp n. 1.141.990-PR,

---

(47) Ricardo Fioreze e Ben-Hur Silveira Claus. “Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício”. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, n. 366, p. 8, nota 37, jun. 2014.

(48) STJ-REsp n. 1.141.990-PR, 1ª Seção, relator Min. Luiz Fux, DJe 19.11.2010.

revelou-se a distinção de tratamento conferido à fraude à execução fiscal, na comparação com a fraude à execução civil, na diferença de qualidade do interesse jurídico tutelado em cada uma das modalidades de fraude:

“5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento de tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.”

A distinção estabelecida pelo STJ partiu da premissa de que na fraude à execução fiscal há afronta a interesse público, que justifica sujeitá-la ao *regime jurídico especial do art. 185 do CTN*<sup>(49)</sup>, sendo irrelevante, então, a boa-fé do terceiro adquirente. Daí a conclusão de ser inaplicável a Súmula STJ n. 375 à execução fiscal. Nesse caso, subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão rejeitados, prosseguindo-se a execução fiscal com o leilão do bem e o pagamento do credor tributário.

Já no caso de *fraude à execução civil*, em que a execução se sujeita ao *regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC*, o STJ considerou existente afronta a *interesse privado*, fundamento pelo qual concluiu não haver presunção absoluta de fraude, situação em que a boa-fé do terceiro adquirente descaracteriza o ilícito. Daí a conclusão de ser aplicável a Súmula STJ n. 375 à execução civil. Nesse caso, não subsistirá a penhora do bem alienado e eventuais embargos do terceiro adquirente serão acolhidos, com livramento do bem constrito.

Pode-se argumentar que a parte final da Súmula STJ n. 375 abre a possibilidade de que a penhora venha a subsistir e de que os embargos de terceiros venham a ser rejeitados

---

(49) No item 1 da ementa, o STJ começa por afirmar que a lei especial prevalece sobre a lei geral, numa referência à prevalência do *regime jurídico especial do art. 185 do CTN sobre regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC*, no que respeita à regência jurídica da fraude à execução.

caso o credor prejudicado logre comprovar que o terceiro adquirente tinha conhecimento da existência da demanda quando da aquisição do bem do executado<sup>(50)</sup>. De fato, a parte final da súmula — “[...] ou da prova da má-fé do terceiro adquirente” — opera como uma espécie de válvula de escape à restrição que a S-375-STJ impõe à esfera jurídica do credor-exequente civil. Entretanto, o ônus da prova ali atribuído ao credor-exequente é de tão difícil atendimento que, se não evoca a figura da chamada prova diabólica, remete o intérprete a perguntar-se sobre a razoabilidade da atribuição desse ônus de prova ao credor em sistema processual que reputa nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (CPC, art. 333, parágrafo único, II).

Daí a importância — no combate à fraude de execução — do resgate do instituto da hipoteca judiciária, mediante subsidiária aplicação de ofício dessa medida legal pelo juiz do trabalho na sentença<sup>(51)</sup>, orientação assumida por Manoel Antonio Teixeira Filho na 11ª edição de sua obra clássica *Execução no processo do trabalho*, a primeira edição posterior ao advento da Súmula n. 375 do STJ<sup>(52)</sup>. Conforme interpretação extensiva do instituto, a hipoteca judiciária poderá recair inclusive sobre bens móveis<sup>(53)</sup>.

(50) Na inteligência S-375-STJ, reputa-se verificada a má-fé do terceiro adquirente quando comprovado que esse tinha ciência da existência da demanda contra o executado à época da aquisição do bem.

(51) Ben-Hur Silveira Claus. Hipoteca judiciária: a (re) descoberta do instituto diante da Súmula n. 375 do STJ — Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, HS Editora, n. 41, p. 45-60, 2013.

(52) *Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 201-202: “Considerando que o nosso entendimento quanto à inaplicabilidade da Súmula n. 375, do STJ, ao processo do trabalho possa não vir a ser aceito, seria o caso de valorizar-se a hipoteca judiciária de que o trata o art. 466, do CPC.”

(53) Aline Veiga Borges e Ben-Hur Silveira Claus. Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil — A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico. In: *Suplemento Trabalhista*, São Paulo: LTr, n. 059/2014, p. 267-272.

Também de ofício, o magistrado poderá se utilizar de outras duas medidas legais correlatas que ingressam subsidiariamente no processo do trabalho pelas portas que lhes abrem os arts. 769 e 889 da CLT:

- a) fazer registrar averbação premonitória da existência de ação trabalhista contra o demandado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CPC, art. 615-A)<sup>(54)</sup>;
- b) fazer registrar ordem de indisponibilidade de bens do executado nos órgãos de registro de propriedade de bens (CTN, art. 185-A)<sup>(55)</sup>.

A orientação adotada no julgamento realizado sob o rito do regime dos recursos repetitivos representativos de controvérsia no REsp n. 1.141.990-PR uniformizou a jurisprudência do STJ na matéria, conforme exemplificam os julgamentos posteriores realizados nos seguintes processos: AgRg no REsp n. 241.691-PE, relator Min. Humberto Martins, 2ª Turma, publicado em 4.12.2012; REsp n. 1.347.022-PE, relator Min. Castro Meira, 2ª Turma, publicado em 10.4.2013; AgRg no REsp n. 289.499-DF, relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, publicado em 24.4.2013; e AgRg no REsp n. 212.974-AL, rela. Mina. Eliana Calmon, 2ª Turma, publicado em 29.11.2013. Essa orientação consolidou-se em definitivo, na medida em que o Supremo Tribunal Federal nega seguimento ao respectivo recurso extraordinário: o exame da matéria de fraude à execução implicaria análise de legislação infraconstitucional (CPC e CTN)<sup>(56)</sup>, não se

(54) Ricardo Fioreze e Ben-Hur Silveira Claus. Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, n. 366, p. 7-29, jun. 2014.

(55) Ben-Hur Silveira Claus. A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista — Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura. In: *Revista do TRT da 8ª Região*, n. 92, p. 111-118, 2014.

(56) Cf. Júlio César Bebbler. *Recursos no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 344.

configurando nessa matéria a contrariedade à Constituição que o art. 102, III, “a”, da CF, estabelece como pressuposto ao conhecimento de recurso extraordinário (STF – AI n. 712245-RS, relatora Mina. Ellen Gracie, publicado em 27.3.2010; STF – ARE n. 793809-PE, relator Min. Roberto Barroso, publicado em 5.9.2014).

Analisada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicabilidade da Súmula STJ n. 375 e a distinção estabelecida entre fraude à execução fiscal e fraude à execução civil, cumpre saber se é aplicável ao processo do trabalho o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN.

É positiva nossa resposta, tendo por fundamento a aplicação analógica<sup>(57)</sup> da orientação jurisprudencial adotada no precitado acórdão STJ–REsp n. 1.141.990-PR. Concorre, ainda, para tal aplicação analógica a inflexão da interpretação sistemática do art. 186 do CTN que se impõe ao intérprete nesse tema, submetido que está ao cânone hermenêutico da lógica da não contradição com o qual o método sistemático de interpretação — à delicadeza de sua “prioridade lógica com respeito a outros critérios interpretativos” (Pietro Merola Chiercia)<sup>(58)</sup> — se impõe à racionalidade jurídica.

A recusa a essa conclusão significaria dar ao crédito tributário tutela jurídica superior àquela assegurada ao crédito trabalhista. Com efeito, recusar essa conclusão importaria indireta — mas inequívoca — preterição do crédito

trabalhista pelo crédito tributário, em contradição lógico-sistemática à previsão do art. 186 do Código Tributário Nacional, preceito de *direito material* cujo comando acabaria por ser obliquamente violado. A preterição do crédito trabalhista pelo crédito tributário expressar-se-ia no grau inferior de tutela jurídica que então seria atribuído ao crédito trabalhista por força de seu enquadramento no regime jurídico geral de fraude à execução previsto no art. 593, II, do CPC, regime jurídico no qual a jurisprudência do STJ exclui a presunção absoluta de fraude, submetendo o credor civil à restritiva diretriz da Súmula n. 375 do STJ.

A questão faz lembrar a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira acerca de dois problemas jurídicos correlatos cuja solução o jurista constrói pela sistemática administração do mesmo preceito legal. O primeiro problema jurídico é saber se é lícito ao credor hipotecário obter a adjudicação de bem quando concorre com credor trabalhista. Na solução desse problema jurídico, é o art. 186 do CTN que o jurista invoca para fundamentar o entendimento de que não é dado ao credor hipotecário obter a adjudicação quando há disputa com credor trabalhista<sup>(59)</sup>. Ao recusar juridicidade à pretensão do credor hipotecário, Francisco Antonio de Oliveira obtempera “[...] que a tanto se opõe a preferência do crédito trabalhista (art. 186, CTN)”, explicitando sua conclusão nestes termos:

“A permissão legal (art. 1.483, parágrafo único) somente terá lugar em se cuidando de execução que não envolva créditos preferenciais (acidentário — art. 83, I, Lei n. 11.101/2005 (LF) —, trabalhista e executivos fiscais), pena de frustrar-se a execução”<sup>(60)</sup>.

O segundo problema consiste em definir o alcance da medida legal de indisponibilidade de bens prevista na Lei de Custeio da Previdência

(57) Ovídio Baptista da Silva, assíduo leitor de Karl Engisch e Arthur Kaufmann, rompe os grilhões que negam aos juristas o recurso à analogia: “Ao socorrer-nos, na exposição precedente, das lições dos grandes filósofos do Direito contemporâneo, tivemos a intenção de mostrar que, como diz Kaufmann, a analogia não deve ser utilizada apenas como um instrumento auxiliar, de que o intérprete possa lançar mão, para a eliminação das lacunas. Ao contrário, o raciocínio jurídico será sempre analógico, por isso que as hipóteses singulares nunca serão entre si idênticas, mas apenas ‘afins na essência’.” (*Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 285.)

(58) *L’interpretazione sistemática della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1978. p. 243 e ss.

(59) Em verdade, quando há disputa com credor dotado de privilégio superior ao credor hipotecário.

(60) *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 163.

Social perante o credor trabalhista. Quando afirma que os bens declarados indisponíveis pelo § 1º do art. 53 da Lei n. 8.212/91 não estão excluídos da execução trabalhista, a doutrina de Francisco Antonio de Oliveira está fundada no método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, porquanto o jurista subordina o preceito da Lei de Custeio da Previdência Social ao comando superior do art. 186 do CTN. Outrossim, alarga a interpretação sistemática à consideração do art. 100, § 1º, da Constituição Federal, trazendo à ponderação a natureza alimentícia que a própria Constituição reconhece ao crédito trabalhista.

Com efeito, caso a aplicação da norma do § 1º do art. 53 da Lei n. 8.212/91 pudesse excluir — por força de sua interpretação literal e isolada — da execução trabalhista os bens tornados indisponíveis em execução previdenciária, estaríamos então diante de contradição lógico-sistemática caracterizada pela indireta preterição do privilégio do crédito trabalhista em favor do crédito previdenciário, com subversão à ordem preferencial dos créditos estabelecida no Direito Brasileiro (CC, arts. 957, 958 e 961; CTN, art. 186).

Essa contradição lógico-sistemática instalaria uma crise no ordenamento jurídico cuja superação somente poderia ser alcançada mediante o restabelecimento da coerência interna do conjunto normativo ministrada pelo método sistemático de interpretação do ordenamento jurídico, de modo a, harmonizando as partes ao todo, restaurar a unidade do sistema jurídico mediante o resgate de sua unitária estrutura hierárquica. A didática lição do processualista paulista justifica a reprodução do argumento<sup>(61)</sup>:

“Dispõe a Lei n. 8.212, de 24.7.1991, art. 53, que, ‘na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada

concomitantemente com a citação inicial do devedor. § 1º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.’ Evidentemente, referidos preceitos deverão ser interpretados em consonância com o art. 100 da CF, o art. 29 da Lei n. 6.830/80 (LEF) e os arts. 186 e 187 do CTN, os quais informam sobre a execução trabalhista (art. 889, da CLT). Vale dizer, a ‘indisponibilidade’ de que fala o § 1º retrocitado diz respeito àqueles créditos cuja preferência não esteja acima do crédito tributário. (...) Mirando-se por outra ótica, tem-se que a ‘indisponibilidade’ de que fala a lei diz respeito ao proprietário. Os bens declarados indisponíveis pela Lei n. 8.212/91 não estão e não poderiam estar alijados da execução trabalhista. Essa não foi a *mens legislatoris* e não poderia sê-lo em face do superprivilégio e da natureza jurídica do crédito trabalhista.”

Com efeito, somente uma resposta positiva à pergunta acerca da aplicabilidade do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista pode conferir sentido à seguinte passagem do item 4 da Exposição de Motivos n. 223 da Lei n. 6.830/80, na qual o legislador dos executivos fiscais, logo depois de sublinhar o predomínio de interesse público na realização do crédito tributário, afirma que “[...] nenhum outro crédito deve ter, em sua execução judicial, preferência, garantia ou rito processual que supere os do crédito público, à exceção de alguns créditos trabalhistas” (grifamos).

À construção sistemática semelhante seria conduzido o Superior Tribunal de Justiça quando defrontado com o desafio hermenêutico de superar a aparente antinomia existente entre o art. 185-A do CTN (indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os arts. 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira). Enquanto ao credor comum se assegura a tutela jurídica da penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do

(61) *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008. p. 196.

exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do exequente (CPC, arts. 655 e 655-A), ao credor tributário não se assegurava essa tutela jurídica desde logo, exigindo-se-lhe o exaurimento de tais diligências para só depois poder chegar à penhora eletrônica de numerário. Isso nada obstante o privilégio legal que o ordenamento jurídico confere ao crédito tributário no art. 186 do CTN.

Diante da necessidade de preservar a coerência do sistema normativo, o STJ recorreu à aplicação da *Teoria do Diálogo das Fontes*, que visa a harmonizar preceitos de diplomas legais distintos, para concluir que a interpretação sistemática do art. 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei n. 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do credor fiscal, porquanto se faltaria à coerência sistemática ao dar a credor comum tutela jurídica superior àquela dada a credor privilegiado por norma de direito material (CTN, art. 186).

A reprodução da ementa do acórdão justifica-se em razão da consistência de sua fundamentação e visa a permitir ao leitor avaliar se de fato há semelhança entre a construção sistemática proposta no presente estudo e a construção sistemática adotada no referido julgamento do Superior Tribunal de Justiça. Eis a ementa do acórdão:

“A antinomia aparente entre o art. 185-A do CTN (que cuida da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida

para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo. Deveras, a *ratio essendi* do art. 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente ‘colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (arts. 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)’ (REsp 1.074.228/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, j. 7.10.2008, DJe 5.11.2008). Assim, a interpretação sistemática do art. 185-A do CTN, com os artigos 11, da Lei 6.830/80, e 655 e 655-A do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento das diligências extrajudiciais por parte do exequente.” (STJ – REsp 1184765/PA, 1ª Seção, relator Min. Luiz Fux, j. 3.12.2010.)

As razões expostas conduzem à conclusão de que relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, enquadrando-a na modalidade de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN — a interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CTN à execução trabalhista.

## **8. A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da Súmula STJ n. 375)**

O novo Código de Processo Civil tratou da fraude à execução no art. 792 e exigirá a revisão da Súmula n. 375 do STJ, uma vez que disse textualmente o que parte da doutrina adverte

há tempo: a fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência (CPC, art. 792, IV) *não se confunde* com a fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC, art. 792, III)<sup>(62)</sup>.

A fraude à execução pela alienação de bem no curso de demanda capaz de reduzir o alienante à insolvência tem como elementos caracterizadores: a) a litispêndência (demanda pendente); b) a alienação no curso da demanda; e c) a redução do alienante à insolvência. Não cogita, portanto, do *consilium fraudis*, uma vez que sanciona o intento de subtração ao Poder Jurisdicional<sup>(63)</sup>. Como dizia Amílcar de Castro, “a responsabilidade processual é sujeição inelutável ao poder do Estado (...). E por isso mesmo devem ser tratadas com maior severidade as manobras praticadas pelo devedor, para fugir daquela responsabilidade, isto é, para suprimir efetivamente, ou sabendo

que praticamente suprime, os efeitos de sua sujeição ao poder do Estado”<sup>(64)</sup>.

A fraude à execução pela alienação de bem quando tiver sido averbado, em seu registro, ato de constrição judicial (CPC, art. 792, III) tem como elementos caracterizadores: a) a litispêndência (demanda pendente); b) a constrição judicial de bem; c) a averbação da constrição judicial junto ao registro do bem; e d) a alienação no curso da demanda. Independe, portanto, da redução do alienante à insolvência, uma vez que sanciona a afronta à individualização do bem e sua separação do patrimônio pelo ato de constrição, e pressupõe o *consilium fraudis*, diante da averbação do ato de constrição no registro. Se o bem se encontra sob o império da apreensão judicial, “não pode sofrer qualquer limitação decorrente de ato voluntário do devedor e de outrem”<sup>(65)</sup>. Por isso, o ato de constrição que grava o bem o acompanha, “perseguindo-o no poder de quem quer que o detenha, mesmo que o alienante seja um devedor solvente”<sup>(66)</sup>.

(62) Da distinção entre fraude à execução prevista no inciso II do art. 593, do CPC e alienação de bem penhorado “resultam importantes consequências: se o devedor for *solvente*, a alienação de seus bens é válida e eficaz a não ser que (a) se trate de bem já penhorado ou, por qualquer outra forma, submetido a constrição judicial, e (b) que o terceiro adquirente tenha ciência – pelo registro ou por outro meio – da existência daquela constrição; mas, se o devedor for *insolvente*, a alienação será ineficaz em face da execução, independentemente de constrição judicial do bem ou da cientificação formal da litispêndência e da insolvência ao terceiro adquirente” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 8, p. 286).

(63) A fraude de execução caracteriza “ato de rebeldia à autoridade estatal exercida pelo juiz no processo”, uma vez que, “alienar bens na pendência deste e reduzir-se à insolvência significaria tornar inútil o exercício da jurisdição e impossível a imposição do poder sobre o patrimônio do devedor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 275). A alienação e a oneração (CPC, art. 593) “dos bens do devedor vêm constituir verdadeiro atentado contra o eficaz desenvolvimento da função jurisdicional já em curso, porque subtrai o objeto sobre o qual a execução deverá recair” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 108).

## 9. O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude à execução trabalhista: ajuizamento x citação

Diversamente do que ocorre no Direito Tributário atual<sup>(67)</sup>, em que a presunção absoluta de fraude à execução fiscal configura-se quando o crédito tributário já se encontrava inscrito em dívida ativa à época da alienação

(64) CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983. v. VIII, p. 84.

(65) GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 46.

(66) THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. v. II, p. 111. Os atos executórios continuam a incidir sobre o bem em razão de um vínculo que o prende “ao processo, e que preexiste à aquisição do terceiro. A propriedade deste já nasceu limitada” (GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2, p. 46).

(67) Desde o advento da Lei Complementar n. 118, de 9.6.2005.

do bem, no Direito do Trabalho, não há uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista; há, apenas, a fase judicial, que tem início com a propositura da ação reclamatória trabalhista e prossegue com a citação do reclamado e demais atos processuais.

No Direito Tributário, há um livro de lançamento da dívida ativa, registro público que permite aos interessados livre consulta para saber se o alienante é sujeito passivo de obrigação tributária pendente. A referência doutrinária é do tributarista Paulo de Barros Carvalho<sup>(68)</sup>:

“... inscrito o débito tributário pela Fazenda Pública, no livro de registro da dívida ativa, fica estabelecido o marco temporal, após o que qualquer alienação de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito devedor, será presumida como fraudulenta.”

No Direito do Trabalho, a ausência de uma fase administrativa de pré-constituição do crédito trabalhista mediante registro público acaba por conduzir o operador jurídico a cogitar de dois momentos possíveis para adotar-se como marco temporal a partir do qual há presunção de fraude na alienação do bem pelo reclamado: 1) o ajuizamento da demanda; 2) a citação do devedor.

No âmbito do processo civil, a doutrina inclina-se a identificar na citação do réu o marco temporal definidor da fraude à execução. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ponderam que, embora toda ação se considere proposta no momento em que é distribuída (art. 263 do CPC), a caracterização da fraude à execução depende da ciência do réu da existência da demanda. “Assim — argumentam Marinoni e Arenhart — a alienação ou oneração de bens é considerada em fraude à execução apenas após a citação válida (art. 219 do CPC).”<sup>(69)</sup>

No âmbito do processo do trabalho, a elaboração teórica tem se inclinado a identificar

(68) *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 558.

(69) *Curso de processo civil — Execução*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2014. v. 3, p. 267.

tal marco temporal na data do ajuizamento da demanda. Isso porque o art. 593, inciso II, do CPC, exige apenas a existência de uma ação pendente (*corria contra o devedor demanda*), não fazendo referência ao fato de que nela o réu já deva ter sido citado. Tem-se ação pendente desde o momento em que ela é ajuizada pelo autor<sup>(70)</sup> (ou exequente)<sup>(71)</sup>, nada obstante a tríplice angularização venha a ocorrer somente em momento posterior, com a citação do réu (ou executado)<sup>(72)</sup>. Portanto, se a alienação ocorreu posteriormente ao ajuizamento da ação, caracterizada estará a fraude de execução<sup>(73)</sup>. A distribuição da ação “é o quanto basta para o reconhecimento da configuração da fraude de execução, pouco importando que a própria citação do devedor e a própria penhora do bem houvessem ocorrido após a alienação, que, na linguagem desenganada da lei, foi efetuada quando já em curso demanda capaz de reduzir o executado à insolvência”<sup>(74)</sup>.

A opinião de Manoel Antonio Teixeira Filho em favor da adoção da data do ajuizamento

(70) CPC, art. 263. Considera-se proposta a ação, tanto que a petição inicial seja despachada pelo juiz, ou simplesmente distribuída, onde houver mais de uma vara. A propositura da ação, todavia, só produz, quanto ao réu, os efeitos mencionados no art. 219 depois que for validamente citado.

(71) CPC, art. 617. A propositura da execução, deferida pelo juiz, interrompe a prescrição, mas a citação do devedor deve ser feita com observância do disposto no art. 219.

(72) FRAUDE À EXECUÇÃO — Débito fiscal — Caracterização — Transferência de uso de linha telefônica objeto de penhora — Antecedência de três meses depois da propositura da execução fiscal — Fraude que se caracteriza com a propositura da ação — Irrelevância do devedor ter ou não tomado ciência da citação — Aplicação dos arts. 185 do CTN e 593 do CPC — Recurso não provido. (TJSP, Apelação Cível n. 228.959-2, rel. Des. Ricardo Brancato.)

(73) Nesse sentido: Alcides de Mendonça Lima (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. VI, p. 452); Belmiro Pedro Welter (*Fraude de Execução*. Porto Alegre: Síntese, 1997. p. 37); Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*Fraude à Execução. Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 3, p. 6); Maria Berenice Dias (*Fraude à Execução. Revista Ajuris* 50/75).

(74) Yussef Said Cahali. *Fraudes contra Credores*. São Paulo: RT, 1989. p. 464.

da demanda como marco temporal a partir do qual se presume a fraude à execução do reclamado tem por fundamento o fato de que a doutrina trabalhista não exige ato citatório para considerar interrompida a prescrição e estabelecida a prevenção, reputando suficiente, para tanto, o ajuizamento da demanda<sup>(75)</sup>. O autor argumenta que a exigência de citação poderia permitir que o devedor se beneficiasse da própria torpeza, exemplificando com situação em que o devedor, antes da citação, viesse a alienar todos os bens depois de dispensar os empregados, frustrando a execução dos respectivos créditos trabalhistas.

Diante da omissão da CLT e da LEF sobre a matéria e diante da previsão do art. 263 do CPC, parece razoável adotar a data do ajuizamento da demanda como o marco temporal a partir do qual se tem por caracterizado o ilícito de fraude à execução trabalhista.

## 10. Conclusão

O sistema legal inclui a fraude à execução fiscal entre os casos de fraude à execução capitulados no inciso III do art. 593 do CPC, identificando na previsão do art. 185, *caput*, do CTN, particular modalidade de fraude à execução inserida pelo direito positivo entre os “demais casos expressos em lei”; modalidade de fraude à execução em que a presunção de fraude é considerada absoluta.

Na medida em que a fraude à execução fiscal é considerada hipótese de presunção absoluta de fraude no Direito Tributário, a vantagem jurídica com que essa concepção de fraude à execução tutela o crédito fiscal conduz o operador do processo do trabalho a interrogar-se acerca da juridicidade da extensão dessa concepção de fraude à execução ao processo do trabalho mediante recurso à analogia, em face da promessa constitucional de jurisdição efetiva (CF, art. 5º, XXXV).

(75) *Execução no processo do trabalho*. 11 ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 204

O crédito trabalhista é expressão objetiva de inadimplemento à contraprestação devida ao trabalhador pelo tomador dos serviços, trabalho esse cuja prestação incorpora-se ao patrimônio do tomador de serviços na condição de riqueza apropriada sob a forma de mais-valia. É o fato objetivo de que essa apropriação faz-se inexorável na relação de produção capitalista que conduz a consciência jurídica a sobrevalorizar o crédito trabalhista na disputa com outras espécies de créditos, reconhecendo-lhe posição de superprivilegio indispensável à concretização do valor da dignidade da pessoa humana que vive do trabalho.

Assimilada a ideia de que os executivos fiscais constituem verdadeiramente um *sistema*, é razoável concluir então que é esse sistema — e não apenas os preceitos da Lei n. 6.830/80 — que se aplica subsidiariamente à execução trabalhista, por força da previsão do art. 889 da CLT em interpretação extensiva.

Relegar a fraude à execução trabalhista ao regime jurídico geral do art. 593, II, do CPC, enquadrando-a na modalidade de fraude à execução civil, significaria negar a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal prevista no art. 186 do CTN. Para restabelecer a primazia do crédito trabalhista sobre o crédito fiscal também no relevante tema da fraude à execução, é necessário estender à execução trabalhista o regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN mediante interpretação sistemática dos arts. 889 da CLT e 186 do CTN.

## 11. Referências bibliográficas

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 14. ed. São Paulo: RT, 2012.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Processo e ideologia — o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

- BEBBER, Júlio César. *Recursos no processo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BERNAL, Francisco Chamorro Bernal. *La Tutela Judicial Efectiva — Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución*. Barcelona: Bosch, 1994.
- BORGES, Aline Veiga; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária sobre bens não elencados no art. 1.473 do Código Civil — A efetividade da jurisdição como horizonte hermenêutico. In: *Suplemento Trabalhista*, São Paulo: LTr, n. 059/2014.
- CAHALI, Yussef Said. *Fraudes contra Credores*. São Paulo: RT, 1989.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 1983. v. VIII.
- CHAVES, Luciano Athayde (Org.). Ferramentas eletrônicas na execução trabalhista. *Curso de processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- CHIERCHIA, Pietro Merola. *L'interpretazione sistematica della Costituzione*. Padova: CEDAM, 1978.
- CLAUS, Ben-Hur Silveira. Hipoteca judiciária: a (re)descoberta do instituto diante da Súmula n. 375 do STJ — Execução efetiva e atualidade da hipoteca judiciária. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, n. 41, 2013, Porto Alegre: HS Editora.
- \_\_\_\_\_. A aplicação da medida legal de indisponibilidade de bens prevista no art. 185-A do CTN à execução trabalhista — Uma boa prática a serviço do resgate da responsabilidade patrimonial futura. In: *Revista do TRT da 8ª Região*, n. 92, 2014.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DENARI, Zelmo. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.
- DIAS, Maria Berenice. Fraude à Execução. *Revista Ajuris* 50/75.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fraude à Execução. Digesto de Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. v. 3.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FIGUEIREDO, Ricardo; CLAUS, Ben-Hur Silveira. Execução efetiva: A aplicação da averbação premonitória do art. 615-A do CPC ao processo do trabalho, de ofício. In: *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, HS Editora, n. 366, jun. 2014.
- GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. 2.
- GUTJAHR, Valéria. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coords.). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora, 2005.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. VI.
- LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. 7. ed. Niterói: Impetus, 2012.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. v. 3.
- MADEIRA, Anderson Soares. *Lei de Execuções Fiscais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil — Execução*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2014. v. 3.
- MIRANDA, João Damasceno Borges de. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. PEIXOTO, Marcelo Magalhães; LACOMBE, Rodrigo Santos Masset (Coords.). São Paulo: Magalhães Peixoto Editora, 2005.
- OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Execução na Justiça do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Dívida Ativa da Fazenda Pública. *RT Informa*, 261:5.
- RIBEIRO, André de Melo. O novo eixo axiológico de interpretação do fenômeno da empresa e a modulação necessária entre o direito do trabalho e o direito concursal após a Lei n. 11.101/2005. In: *Direito do Trabalho e Direito Empresarial sob o enfoque dos direitos fundamentais*. GARCIA, Gustavo

Filipe Barbosa; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de (Orgs.). São Paulo: LTr, 2015.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Execução no processo do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. II.

WELTER, Belmiro Pedro. *Fraude de Execução*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

ZAVASCHI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v. 8.

# A desvinculação de conceitos previdenciários e civis como pressuposto para a efetiva reparação dos acidentes de trabalho

Elysa Tomazi<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Este artigo pretende analisar até que ponto o acidente de trabalho é tratado de maneira semelhante pela legislação previdenciária e pela legislação civil, bem como as consequências das aproximações e distanciamentos de ambas as legislações no tratamento dado às reparações de um infortúnio laboral. Buscar-se-á evidenciar as particularidades da responsabilidade civil por acidentes de trabalho, aplicada no âmbito da Justiça Trabalhista, a fim de analisar a necessidade de desvinculação de conceitos previdenciários e civis para se garantir a tutela eficaz dos danos suportados pelo trabalhador acidentado.

## Palavras-chave:

- ▶ Acidentes de trabalho — Responsabilidade do empregador — Responsabilidade civil — Legislação previdenciária acidentária.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. A construção do sistema de reparação dos acidentes de trabalho
- ▶ 3. Aproximações e distanciamentos entre conceitos previdenciários e civis
- ▶ 4. A desnecessidade do conceito previdenciário de acidente de trabalho para a efetiva responsabilização civil do empregador
- ▶ 5. Considerações finais
- ▶ 6. Referências bibliográficas

---

(\*) Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho; Analista de Apoio Jurídico do Ministério Público da União.

## 1. Introdução

Quando se discutem, atualmente, temas relacionados ao acidente de trabalho, logo vêm à mente as disposições da legislação previdenciária, que estabelecem condições e parâmetros para a percepção de benefícios de amparo ao trabalhador vitimado por acidentes. Porém, no início da produção legislativa brasileira acerca da matéria, foram concebidas leis com a específica finalidade de regular a chamada infortunistica do trabalho, centrada nos efeitos e consequências de eventos traumáticos ocorridos no trabalho.

Embora já fosse possível encontrar no Código Comercial de 1850 dispositivos relacionados ao acidente de trabalho, que garantiam ao trabalhador acidentado a manutenção do salário por três meses, Costa<sup>(1)</sup> destaca que o Decreto n. 3.724, de 15 de janeiro de 1919, foi o marco inicial da legislação acidentária e “significou a emancipação da infortunistica do cordão umbilical que a mantinha de alguma forma presa ao direito comum, reforçando sua autonomia do direito trabalhista específico”.

No decorrer da evolução legislativa, até que se chegasse à atual Lei n. 8.213/1991, diversos foram os diplomas normativos que regulamentaram a matéria: Decreto n. 24.637, de 10 de julho de 1934; Decreto-lei n. 7.036, de 10 de novembro de 1944; Decreto-lei n. 293, de 28 de fevereiro de 1967; Lei n. 5.316/1967; e Lei n. 6.367/1976.

Nessa sequência de normas, um dos aspectos mais importantes diz respeito à obrigação do empregador em indenizar o acidente de trabalho: desde o Decreto n. 3.724/1919, já se estabelecia o dever de o patrão pagar uma indenização ao operário ou à sua família (art. 2º). A legislação seguinte determinou o dever de contratação de seguro contra acidentes de trabalho, em instituição privada ou mediante depósito em dinheiro em instituição bancária (art. 36), sendo que o pagamento da indenização

excluía o direito à percepção de indenização do direito comum (art. 12). Inovando esse aspecto, o Decreto-lei n. 7.036/1944 possibilitou o recebimento cumulativo da indenização devida pelo empregador por força da legislação acidentária e de outras indenizações do direito comum, quando houvesse dolo do empregador ou de prepostos (art. 31), regra que foi mantida no Decreto-lei n. 293 de 1967 (art. 11). A Lei n. 5.316/1967 e a Lei n. 6.367/1976 nada dispuseram a respeito, sendo que esse direito voltou a ser expressamente reconhecido na Constituição de 1988 que, em seu art. 7º, inciso XXVIII, dispõe que a indenização coberta pelo seguro de acidentes não exclui a indenização devida pelo empregador que incorrer em dolo ou culpa.

Outro aspecto de destaque no desenvolvimento legislativo refere-se à forma de contratação do seguro de acidente de trabalho instituída pelo Decreto n. 24.637/1934: a partir do Decreto-lei n. 7.036/1944, ele passou a ser administrado pela instituição de previdência social e, com a promulgação da Lei n. 5.316/1967, foi definitivamente instituído o monopólio estatal do seguro mediante sua incorporação ao Instituto Nacional de Previdência Social<sup>(2)</sup>. Essa disciplina permanece inalterada até a atualidade, especialmente depois da Constituição de 1988, que, no já citado art. 7º, XXVIII, estabeleceu como direito do trabalhador o “seguro contra acidentes de trabalho”, o qual é pago à previdência social na forma de contribuição social a cargo do empregador.

Nesse contexto, consolidou-se, posteriormente a 1988, um panorama que marcou profundamente a sistemática de reparações dos acidentes de trabalho, retratada nos seguintes pontos: a autonomia existente entre a indenização coberta pelo seguro de acidentes de trabalho e a indenização comum baseada

(1) COSTA, Hertz Jacinto. *Manual de acidente de trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 44.

(2) LAGO, Priscila Rocha; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. A responsabilidade civil do empregador e o Seguro de Acidentes de Trabalho – SAT. In: FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de (Coord.). *Responsabilidade civil nas relações de trabalho – Questões atuais e controversas*. São Paulo: LTR, 2011. p. 198.

na responsabilidade civil, bem como a incorporação da matéria de direito acidentário à legislação previdenciária.

É a partir da compreensão desses aspectos que o presente artigo se propõe 1) a analisar a forma com que ambos se inter-relacionam e delineiam a amplitude e as formas da responsabilidade do empregador em matéria de acidentes de trabalho, e 2) a evidenciar o papel específico do direito previdenciário e do direito civil na efetiva reparação dos danos decorrentes de infortúnios laborais.

## 2. A construção do sistema de reparação dos acidentes de trabalho

Enquanto que as primeiras leis aplicáveis ao tema de acidente de trabalho pretenderam regular, de forma específica, as obrigações resultantes dos infortúnios laborais, a partir da Lei n. 5.316/1967 a matéria relacionada ao acidente de trabalho passou a ser tratada no âmbito das leis previdenciárias, lado a lado aos dispositivos que disciplinavam os benefícios da previdência social. Essa mudança foi consequência direta e imediata da incorporação do seguro contra acidentes de trabalho ao âmbito da previdência social, num movimento em que “a infortunistica foi encampada pela Previdência Social”<sup>(3)</sup>.

O atualmente denominado Seguro de Acidente de Trabalho — SAT possui, no ordenamento constitucional vigente, *status* de direito social, na medida em que a Carta de 1988 prevê, no art. 7º, XXVIII, que é direito do trabalhador 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”.

Em que pese o nome de *seguro*, o SAT se caracteriza, em verdade, por ser um “misto de

(3) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

tributo-seguro”<sup>(4)</sup>, na medida em que é pago mediante o recolhimento de uma contribuição social a cargo da empresa. Essa contribuição está prevista no art. 201, inciso I e § 10, da Constituição Federal, e é regulamentada na Lei n. 8.212/1991 (Plano de Custeio da Previdência), a qual dispõe, no art. 22, II, que o empregador deve recolher contribuição para o financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

É, portanto, mediante o recolhimento da contribuição destinada ao SAT que a Seguridade Social tem a incumbência de cobrir os riscos decorrentes de acidentes de trabalho, na forma da concessão dos benefícios previdenciários acidentários — auxílio-doença, aposentadoria por invalidez, pensão por morte e auxílio-acidente, todos previstos na Lei n. 8.213/1991.

Em razão dessa atual mescla entre direito acidentário e previdenciário, o vigente seguro contra acidentes de trabalho, ao contrário daqueles previstos anteriormente à Lei n. 5.316/1967, já não apresenta uma função indenizatória, pois se limita a custear parcelas destinadas à manutenção do sustento do trabalhador durante a enfermidade, de forma substitutiva do salário. Conforme elucida Oliveira<sup>(5)</sup>:

O seguro de acidente de trabalho no Brasil não tem natureza jurídica, nem conteúdo de seguro propriamente dito. Apesar da denominação, só garante um benefício estrito de cunho alimentar. Sua regulamentação não contempla indenização alguma, nem determina reparação dos prejuízos sofridos; apenas concede benefícios previdenciários

(4) CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 91.

(5) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 139.

para garantir a sobrevivência da vítima e/ou seus dependentes, como ocorre com todos os demais segurados da Previdência Social.

É precisamente nesse contexto que desponta o outro aspecto de relevância na evolução legislativa, qual seja, a autonomia existente entre a indenização coberta pelo seguro de acidentes de trabalho e a indenização comum baseada na responsabilidade civil, cujas primeiras linhas foram traçadas na introdução.

Como mencionado, o direito ao pagamento de indenização de direito comum por acidente de trabalho foi inicialmente previsto no Decreto-lei n. 7.036/1944. Essa inovação legislativa, de acordo com Oliveira<sup>(6)</sup>, ensejou longas discussões entre empregadores e sindicatos, pois os primeiros consideravam que a legislação havia instituído um sistema de dupla indenização pelo mesmo fato, o que seria ilegal. Quando a questão chegou ao STF, o tribunal “não só reputou válida a cumulação do art. 31, (...) como avançou no entendimento para estabelecer o direito da vítima à reparação civil também nos casos de culpa grave do empregador”<sup>(7)</sup>. Com base nesse raciocínio, foi editada, em 1963, a Súmula n. 229 do STF, com a seguinte redação: “A indenização acidentária não exclui a de direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.” Assim, passou-se a admitir a indenização civil quando o empregador incorresse em grave negligência e omissão quanto à segurança do empregado, a ponto de contribuir para o acidente de trabalho<sup>(8)</sup>.

A promulgação do texto constitucional de 1988 trouxe novos contornos ao direito de cumular as indenizações, na medida em que previu, no já citado art. 7º, XXVII, que é direito do

trabalhador 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”. De acordo com a lição de Oliveira<sup>(9)</sup>:

O dispositivo constitucional alargou sobremaneira o campo da responsabilidade civil quando não qualificou a culpa do empregador no acidente, pelo que é imperioso concluir que todas as suas espécies ou graus geram o direito à indenização. Restou ampliado e, portanto, superado o entendimento da Súmula n. 229/STF, que só deferia a indenização ao acidentado no caso de dolo ou culpa grave.

O próprio art. 121 da Lei n. 8.213/1991 consagrou o mesmo entendimento, ao dispor que “o pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”. Dessa forma, atualmente, está pacificada na doutrina a possibilidade de cumulação entre as indenizações, conforme evidenciam as palavras de Cavalieri<sup>(10)</sup>:

Temos, assim, por força de expresse dispositivo constitucional, duas indenizações por acidente de trabalho, autônomas e cumuláveis. A acidentária, fundada no risco integral, coberta por seguro social e que deve ser exigida do INSS. Mas, se o acidente de trabalho (ou doença profissional) ocorrer por dolo ou culpa do empregador, o empregado faz jus à indenização comum ilimitada.

Esse entendimento foi construído tendo em vista a clara limitação que permeia as indenizações custeadas pela Previdência Social com o recolhimento do SAT: os benefícios previdenciários pagos ao trabalhador acidentado destinam-se apenas a compensar transitoriamente a incapacidade laboral do trabalhador. Essa

(6) OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 82.

(7) *Idem*.

(8) O silêncio das legislações posteriores não alterou o entendimento do STF, que manteve a aplicação da Súmula n. 229 nos anos seguintes (*ibidem*, p. 83).

(9) *Ibidem*, p. 84.

(10) CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 158.

é a razão, aliás, pela qual a Lei n. 8.213/1991 estabelece, em seu art. 19, que somente pode ser considerado como acidente de trabalho o evento que provoque “lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho”. Dessa forma, infere-se, com clareza, que “em infortunística, não se repara a lesão ou a doença, mas a incapacidade para o trabalho”, conforme apontam Bertagni e Monteiro<sup>(11)</sup>.

De outra parte, no campo do direito comum, precisamente em matéria de responsabilidade civil, o objetivo da indenização paga ao trabalhador é compensar os danos sofridos em decorrência do acidente de trabalho, danos esses que podem assumir formas variadas. Assim, quando se fixa a responsabilidade do empregador pelo evento danoso, cabe a ele arcar com uma indenização que, diferentemente daquela paga do INSS, destina-se a recompor, de maneira ampla, a condição anterior ao acidente, bem como eventuais consequências do acidente que se perpetuem no tempo<sup>(12)</sup>.

Esse é o entendimento de Castro e Lazzari quando lecionam que, “havendo culpa do empregador, no campo da responsabilidade civil, o indivíduo pode postular em Juízo uma reparação maior, (...) incluindo então as perdas e danos decorrentes da morte, lesão corporal ou perturbação funcional”<sup>(13)</sup>. Cairo Junior<sup>(14)</sup>,

por seu turno, expõe com clareza a limitação da indenização previdenciária, afirmando que:

A própria remuneração mensal percebida pelo trabalhador não se encontra totalmente coberta pela indenização acidentária. Isso porque os benefícios pecuniários e de prestação continuada, devidos pelo Instituto da Seguridade Social, estão limitados a um teto (...). Se, em atividade, o obreiro percebe remuneração superior ao salário-de-benefício, certamente o valor da indenização mensal devida pelo INSS será inferior ao salário percebido antes do acidente. Acrescente-se, ainda, que o acidente de trabalho, em grande parte dos casos, produz o dano moral, principalmente o estético, prejuízo esse que não é coberto pela indenização acidentária. (...) A busca de uma indenização que possa compensar o abalo aos supramencionados componentes do patrimônio ideal do trabalhador, e que inteiramente seu prejuízo financeiro, só pode ser alcançada por meio da ação judicial com base na responsabilidade de direito comum (...).

Dessa forma, a ocorrência de um acidente de trabalho abre dois caminhos ao trabalhador e duas responsabilidades ao empregador: uma vez constatado pelo órgão da previdência social que o acidente sofrido pelo trabalhador se insere no conceito estabelecido no art. 19 da Lei n. 8.213/1991, ou nas hipóteses de equiparação ao acidente de trabalho elencadas nos arts. 20 e 21, será concedido benefício previdenciário da natureza acidentária. Tal concessão, no entanto, não impede que o trabalhador recorra ao Judiciário Trabalhista para postular o reconhecimento da responsabilidade civil do empregador, com fundamento nos arts. 186 e 927 do Código Civil, podendo receber indenização pelo acidente de trabalho caso se constate o dano sofrido, o nexo de causalidade com o trabalho e a culpa do empregador (esta última nos casos em que não seja aplicada a responsabilidade civil objetiva).

(11) BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza; MONTEIRO, Antonio Lopes. *Acidentes de Trabalho e Doenças Ocupacionais: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.

(12) É por essa mesma razão que Oliveira destaca, ainda, a impossibilidade de compensação entre indenizações, na medida em que ambas derivam de fundamentos diferentes, de forma a um direito não excluir nem reduzir o outro (OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 88).

(13) CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 578.

(14) CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 71.

Ambos os caminhos estão intrinsecamente relacionados, não se podendo perder de vista o fato de que a evolução legislativa em matéria de acidente de trabalho se desenvolveu exatamente no sentido de garantir a ampla reparação dos danos suportados pelo empregado: ao incumbir a previdência social pelo pagamento de indenização acidentária, limitando, assim, a reparação à incapacidade laborativa, a Constituição — expoente das legislações — estabeleceu outra garantia ao trabalhador, que também pode buscar em juízo a responsabilização civil de seu empregador.

### 3. Aproximações e distanciamentos entre conceitos previdenciários e civis

A atual legislação que trata dos acidentes de trabalho — Lei n. 8.213/1991 —, ao mesmo tempo em que regula os Planos de Benefício da Previdência Social, traz dispositivos relacionados ao acidente de trabalho, os quais devem ser observados para fins de concessão dos benefícios previdenciários acidentários.

Ao definir o conceito de acidente de trabalho, a Lei n. 8.213/1991 prevê um amplo espectro de normas nas quais a Previdência Social deve se pautar para reconhecer a natureza acidentária da lesão do empregado. O ponto de partida dessa análise é verificar se o trabalhador sofreu, em função do trabalho exercido, uma perturbação funcional ou lesão corporal e, em seguida, constatar se essa perturbação ou lesão provocou o óbito, a perda ou a redução da capacidade laborativa do obreiro (art. 19).

O primeiro momento dessa análise diz respeito, portanto, à verificação do nexo de causalidade do acidente com o trabalho. Se for constatado que o acidente ocorreu fora do “âmbito dos deveres e das obrigações decorrentes do trabalho”<sup>(15)</sup>, o direito ao benefício

acidentário estará totalmente afastado<sup>(16)</sup>. Quanto a esse tema, é possível que surjam, na análise de um caso concreto, as questões relacionadas a acidentes que são equiparados ao acidente típico de trabalho, nos quais o nexo de causalidade também é reconhecido: são as hipóteses de acidente *in itinere* ou em viagens a serviço; o acidente provocado por terceiro ou colega do trabalho, ou causado por desabamentos e incêndios, etc.; além das doenças laborais, que recebem o mesmo tratamento do acidente de trabalho (arts. 20 e 21).

Se for superada essa primeira verificação, assegurando-se a presença do nexo causal, o segundo passo exigirá que o órgão previdenciário averigue se a lesão ou a perturbação causou o óbito do trabalhador — quando será devida a pensão por morte a seus dependentes —, ou a perda ou redução de sua capacidade laborativa — em razão das quais poderão ser pagos o auxílio-doença, o auxílio-acidente ou a aposentadoria por invalidez. O tipo de benefício a ser concedido dependerá se a incapacidade para o trabalho é total (aposentadoria por invalidez), e se, em sendo parcial, se é permanente (auxílio-acidente) ou temporária (auxílio-doença).

É possível perceber, assim, que a responsabilidade acidentária pauta-se em conceitos de nexo de causalidade e dano para que seja concedida a indenização cabível (em forma de benefícios previdenciários), conceitos que também se aplicam no âmbito da responsabilidade civil. É importante ressaltar, entretanto, que embora apresentem certa similitude, tais conceitos apresentam particularidades, a depender da área em que são aplicados.

O nexo de causalidade da legislação previdenciária possui um campo de configuração

(15) CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 571.

(16) Importa lembrar que o nexo causal também será reconhecido na ocorrência de concausas decorrentes do trabalho que tenham contribuído para o acidente (art. 21, inciso I), e na aplicação do Nexo Técnico Epidemiológico, quando o nexo será, em verdade, presumido em razão do risco da atividade (art. 21-A).

muito mais amplo do que na responsabilidade civil, na medida em que permanece incólume mesmo nos casos em que o acidente foi provocado por “ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho” (art. 21, II, “c”, Lei n. 8.213/1991), e até mesmo por “desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior” (art. 21, II, e, Lei n. 8.213/1991).

Transportando essas mesmas hipóteses legislativas para o âmbito da responsabilidade civil, o empregador somente responderia no caso de acidente causado ao trabalhador por ato do companheiro de trabalho (e em virtude do trabalho), em vista do que dispõe o art. 932 do Código Civil. Na medida em que esse artigo prevê, no inciso III, que o empregador é objetivamente responsável pelos atos causados por seus empregados, o trabalhador que foi vítima de um ato praticado pelo colega pode requerer a responsabilização de seu empregador pelo pagamento da indenização devida em razão do acidente.

Nas demais situações acima citadas — ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro e desabamentos e inundações — a lei civil, diferentemente da previdenciária, afasta a verificação do nexo causal, pois restam caracterizados o fato de terceiro e o caso fortuito ou força maior, episódios que a teoria da responsabilidade civil considera como excludentes do nexo de causalidade<sup>(17)</sup>. Assim, não se poderia reconhecer a responsabilidade civil do empregador, em virtude da quebra da cadeia causal.

De outra parte, no que toca ao dano, a diferença entre a legislação previdenciária e civil pode parecer tênue, mas é fundamental apreendê-la para que não se cometam injustiças com o trabalhador na seara da responsabilidade civil. Há que se notar, então, que, para fins

de indenização acidentária, a incapacidade para o trabalho (que poderia ser interpretada, numa análise superficial, como o requisito do dano) é pressuposto fundamental para que se reconheça, em sua integralidade, a ocorrência de acidente de trabalho na forma prevista pela Lei n. 8.213/1991. Essa exigência é típica da responsabilidade acidentária, pois esta “tem como fundamento a redução ou eliminação da capacidade laborativa e não o dano em si mesmo, qual seja, a lesão corporal ou a perturbação funcional”<sup>(18)</sup>.

Já no âmbito da responsabilidade civil, o que se busca reparar é, essencialmente, o prejuízo decorrente da lesão ou da doença, que no caso de acidentes de trabalho se exterioriza na forma de prejuízos financeiros pelo período não trabalhado (lucro cessante — art. 949 do CC), por gastos efetuados para recuperar a lesão (dano material emergente — art. 949 do CC), por perda da capacidade de permanecer no mercado de trabalho (lucro cessante — art. 950 do CC), bem como de abalos emocionais e violação da dignidade (dano moral — art. 186 do CC). Assim, em última instância, pretende-se reparar o dano em sentido amplo, desvinculado de uma eventual incapacidade para o trabalho.

A partir desse raciocínio, é imprescindível concluir que se a legislação acidentária inclui como pressuposto do acidente de trabalho a perda ou a redução da capacidade laborativa, o mesmo não ocorre em matéria de responsabilidade civil, na qual basta verificar a presença do dano (e, claro, do nexo causal e da culpa, quando exigida) para responsabilizar-se o empregador pelo acidente de trabalho. E aqui há que se notar o aspecto principal da discussão: **a incapacidade laborativa da lei previdenciária não se confunde com o dano a que se refere o art. 186 do Código Civil, podendo haver dano sem incapacidade.**

(17) CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 71.

(18) CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 64.

É plenamente possível, por exemplo, que um trabalhador em serviço sofra um pequeno corte, ou bata a cabeça levemente, sem que tais eventos impliquem o afastamento do trabalho (e, portanto, a incapacidade laborativa temporária). Mas o corte ou a batida podem trazer prejuízos financeiros para o trabalhador, como despesas com curativos ou exames para constatar se não houve lesão mais grave, e também abalos de ordem moral, a depender das circunstâncias do caso. Assim, embora na esfera previdenciária o trabalhador não tenha direito a qualquer benefício, pela ausência de perda ou redução da capacidade laborativa, no âmbito da responsabilidade civil ele pode requerer indenização do empregador para arcar com os danos suportados — mas desde que faça prova contundente e demonstre os demais requisitos para a responsabilização.

Nesse sentido, assim como há clara diferença entre nexos causal previdenciário e civil — a ponto de, no âmbito das ações de responsabilidade civil, o magistrado não reconhecer a responsabilidade do empregador quando se constata o fato de terceiro ou a força maior —, existe ainda diferença significativa entre incapacidade laboral (previdenciária) e dano (civil). Por isso, é necessário que também quanto a esse aspecto a Justiça do Trabalho reconheça que o dano exigido na responsabilidade civil não se atrela ao conceito de incapacidade de trabalho. Em suma, o mesmo rigor técnico que é exigido no campo da relação de causalidade há de ser observado na análise do dano, de forma que cada esfera (civil ou previdenciária) verifique a repercussão do acidente de trabalho de acordo com seus próprios conceitos.

Não é demais reafirmar que todo esse raciocínio é baseado na própria diferença que se visualiza entre indenização acidentária/previdenciária e civil, pois como lembram Castro e Lazzari<sup>(19)</sup>:

(19) CASTRO, Carlos Alberto Pereira. LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 578.

(...) a proteção previdenciária não é plena, pois tarifada pela Lei de Benefícios. Não cobre, por exemplo, lucros cessantes e danos emergentes. Não há imposição de reparação do *status quo ante*, aliás, de impossibilidade material facilmente constatável, pois o que se encontra em discussão não são bens materiais, mas a vida ou a integridade física e psíquica do indivíduo. Por esta razão, o constituinte de 1988 manteve a responsabilidade civil do empregador, independentemente do seguro de acidente de trabalho.

Embora essas diferenciações pareçam claras no âmbito doutrinário, na prática das ações de responsabilidade civil ainda se pode constatar certa confusão de conceitos quando se trata de acidente de trabalho, conforme se ilustrará na seguinte análise jurisprudencial.

Inicialmente, selecionou-se acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, no julgamento do Recurso Ordinário n. 0001665-05.2011.5.02.0319<sup>(20)</sup>. O caso levado à apreciação do Tribunal dizia respeito a um pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho que provocou lesão nas pernas do trabalhador. Conforme constou no laudo pericial, citado na decisão, o empregado sofreu acidente de trabalho quando foi levantar uma caixa com pisos e teve lesão traumática em suas pernas, percebendo, em virtude do ocorrido, auxílio-doença acidentário por aproximadamente cinco meses. Na data da perícia, foram observadas sequelas da lesão, que possuíam nexos causal entre as atividades desenvolvidas na empresa, e derrame articular e alterações degenerativas no menisco, que podem ter sido agravadas em razão do trauma.

Pelos elementos citados, havia evidente demonstração de que o trabalhador sofrera lesão relacionada ao trabalho, o que poderia ensejar a responsabilização da empresa pelos danos suportados. Ocorre que, embora o tribunal tenha

(20) 3ª Turma, relatora: Desembargadora Mércia Tomazinho, DJe 13.11.2013.

deixado muito claro no acórdão que o dever de indenizar depende apenas de “1) ação ou omissão culposa ou dolosa do empregador (ou agente); 2) dano experimentado pelo empregado (ou vítima); e 3) relação de causalidade verificada entre a ação ou omissão dolosa ou culposa do empregador e o dano experimentado pelo empregado (nexo causal)”, tais requisitos não foram aplicados de maneira adequada no julgamento do caso, pois foi acrescentada a exigência de mais uma condicionante: a prova da incapacidade para o trabalho.

Essa exigência ficou expressamente demonstrada quando os julgadores afirmaram que “a prova pericial, apesar de ter atestado lesões degenerativas que ‘podem ter sido exacerbadas’ em decorrência do trauma sofrido, demonstrou que não há incapacidade laborativa”. Assim, concluíram que o dano não foi demonstrado e, dessa forma, não se poderia cogitar de responsabilidade do empregador.

Percebe-se, então, que embora a prova pericial tenha deixado claro que o trabalhador sofreu um acidente que lhe trouxe lesão nas pernas (inclusive com afastamento do trabalho por cinco meses e sequelas que permanecem na atualidade), bem como agravamento das alterações de menisco, a pretensão de ressarcimento dos prováveis danos decorrentes do infortúnio laboral foi totalmente afastada sem que tivesse o tribunal ao menos analisado a presença desses danos. Os julgadores limitaram-se a afirmar que, em razão da ausência de incapacidade para o trabalho **no momento da realização da perícia**, não haveria dever de indenizar, sem se atentarem para o fato de que, à época do acidente, o trabalhador poderia, sim, ter suportado danos de ordem material e moral, passíveis de indenização.

Houve, portanto, uma confusão de conceitos, na medida em que o tribunal condicionou a existência do dano à comprovação da incapacidade laborativa, deixando de analisar se as sequelas deixadas pelo acidente e o afastamento do trabalho por longo período

poderiam justificar a ocorrência dos danos materiais e morais alegados pelo autor. Esse caso é bastante emblemático, ademais, pelo fato de que a incapacidade laborativa exigida pelo tribunal como prova do dano deveria ter sido demonstrada na época do ajuizamento da ação, ou seja, não bastava o fato de o trabalhador ter sido considerado, pelo INSS, temporariamente incapacitado para o trabalho e ter recebido auxílio-doença; era necessário comprovar que a incapacidade ainda lhe acometia quando se submetera à perícia judicial, o que carece de coerência lógica.

O caso analisado revela, então, duplo equívoco: vinculação da prova do dano à incapacidade laboral, e avaliação da incapacidade apenas no momento da realização da perícia. Em virtude desse raciocínio dos julgadores, o empregado deixou de obter qualquer tipo de reparação pelos danos que certamente foram suportados em razão do acidente, como perdas salariais, despesas médicas e abalo à integridade moral. É evidente que a indenização dependeria, também, da demonstração da culpa do empregador, mas essa etapa de análise sequer foi atingida pela decisão.

Outro caso bastante exemplificativo foi julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, no Recurso Ordinário 0001281-85.2010.5.14.0402<sup>(21)</sup>, no qual o empregado alegava que sofrera um acidente de trabalho enquanto carregava um roupeiro nas costas, vindo a sofrer uma queda que provocou o rompimento de um nervo do braço. Antes de analisar o caso concreto, o Tribunal fez uma análise sobre os pressupostos da responsabilidade civil e a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva em caso de atividade de risco, acrescentando que a atividade exercida pelo autor não se enquadrava nessa definição. Para analisar a ocorrência do acidente, os julgadores valeram-se da prova pericial, que atestou que o empregado possuía uma cicatriz

(21) 2ª Turma, Relatora: Desembargadora Socorro Miranda, DJe 16.12.2011.

no ombro direito, mas sem atrofia muscular ou deformidade, apenas quadro de dor que não restringia a mobilidade do membro.

Com base nesses elementos, os julgadores afirmaram que, de acordo com o art. 19 da Lei n. 8.213/1991, “*para que o acidente seja considerado do trabalho, é fundamental que dele decorra a perda ou redução, mesmo que temporária, da capacidade para o trabalho*”, elemento que não teria sido demonstrado no caso concreto. Assim, o recurso do autor não foi provido.

Percebe-se, nesse processo, o mesmo equívoco visualizado no caso anterior: total afastamento da ocorrência de danos materiais e morais em virtude de a prova pericial não ter constatado a incapacidade para o trabalho na data do ajuizamento da ação. Conforme já destacado, se a perícia afirmou que o empregado encontra-se capacitado para o trabalho a despeito da lesão sofrida anteriormente, esse elemento não exime o tribunal de analisar os requisitos que efetivamente são necessários para a responsabilização civil do empregador. Dessa forma, caberia, antes de tudo, avaliar se o acidente alegado pelo autor efetivamente ocorreu; se este episódio — ou seja, a queda com lesão no braço — teve relação de causalidade com o trabalho; se o empregador incidiu em culpa para a ocorrência do acidente; e, então, se o acidente trouxe algum tipo de dano ao empregado, seja de ordem material ou moral.

Pelos elementos que constam do acórdão analisado, não se menciona que o empregado tenha ficado afastado do trabalho ou recebido algum tipo de benefício previdenciário, o que afastaria, em tese, a ocorrência de danos materiais na modalidade de lucros cessantes, pois o autor não deixou de trabalhar e receber seu salário. Ainda assim, caso houvesse prova de despesas médicas relacionadas ao acidente, caberia a indenização pelos danos materiais emergentes, bem como pelo dano moral, a depender do posicionamento dos julgadores quanto ao tema.

Dessa forma, a conclusão dada ao caso pelo Tribunal, que claramente se ateve ao conceito de acidente de trabalho previsto na legislação previdenciária, não demonstrou a melhor interpretação dos pressupostos da responsabilidade civil. É importante destacar que essa interpretação não levaria, necessariamente, ao provimento do recurso do autor, pois seria plenamente possível que o Tribunal concluísse pela ausência de alguns dos elementos da responsabilidade civil. O que se pretende salientar é que, tanto no caso de provimento quanto de desprovimento, a fundamentação correta deveria pautar-se na análise estrita dos elementos que ensejam a responsabilidade civil, entre os quais, como já destacado, não se encontra, indispensavelmente, a incapacidade para o trabalho.

Na mesma linha do caso narrado, pode-se mencionar o Recurso Ordinário 01477.2008.007.23.00-7<sup>(22)</sup>, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Na situação, o empregado buscava o pagamento de indenização por danos morais e materiais, em decorrência de doença do trabalho. Conforme o laudo pericial elaborado, o trabalhador apresentou lombalgia, que embora apresentasse origem degenerativa, teve seu surgimento precipitado em razão das atividades laborais executadas, que exigiam esforços moderados e intensos. Em razão da doença, houve incapacidade parcial temporária para o trabalho, sendo que, no momento da perícia, o trabalhador já havia recuperado a capacidade laborativa. O Tribunal recorreu ao art. 20 da Lei n. 8.213/1991 (que trata das doenças laborais) para afirmar que a verificação da doença relacionada ao trabalho depende da produção de incapacidade para o trabalho. Assim, ao concluírem pelo desprovimento do recurso do autor, os julgadores consignaram que “o perito técnico foi claro ao consignar que o Autor não apresenta, atualmente, perda ou redução da sua capacidade laboral e

(22) 1ª Turma, Relator: Desembargador Tarcísio Valente, DJe 29.7.2010.

*tampouco danos de quaisquer espécies*”, estando ausentes os requisitos da responsabilidade civil.

Assim como nos demais casos relatados, esse acórdão demonstra — dessa vez com relação à doença do trabalho — que houve a utilização do conceito previdenciário de doença para análise da responsabilidade civil, procedimento que, conforme demonstrado até o momento, não se mostra adequado em face das particularidades de cada espécie indenizatória (acidentária ou civil).

Na situação apreciada pelo Tribunal, a perícia foi clara quanto ao nexo de causalidade entre a doença e o trabalho (na modalidade concausal), e até mesmo atestou o fato de que o trabalhador ficou temporariamente incapacitado para o trabalho em razão da doença. O que ocorreu, no entanto, foi exatamente a mesma situação do primeiro caso exposto (do TRT-2): exigiu-se que a incapacidade fosse constatada no momento da perícia, pouco importando se, em momento anterior e em razão da doença, o trabalhador tivesse manifestado incapacidade temporária para o trabalho. Por essa mesma razão, afastou-se de plano a responsabilidade civil do empregador, sem que tivesse havido a análise de possíveis danos suportados pelo trabalhador, nem mesmo da culpa do empregador.

Todos os casos apresentados revelam, portanto, que o dano, em sede de responsabilidade civil, foi confundido com a incapacidade para o trabalho prevista na lei previdenciária, sem que houvesse a elaboração da seguinte pergunta: **mesmo sem incapacidade para o trabalho, o empregado que sofreu um acidente ou uma doença comprovadamente relacionada ao trabalho pode ter sofrido dano material ou moral em razão desse evento?** Esse questionamento se torna ainda mais imperativo quando houve incapacidade para o trabalho apenas em momento anterior à realização da perícia judicial.

Esse raciocínio é importantíssimo para que se possa avaliar, de maneira efetiva, a

responsabilidade civil do empregador, em consonância com os pressupostos elencados nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Há que se destacar que o presente trabalho *não defende a ideia de que o trabalhador sempre deva receber indenização civil quando não constatada a incapacidade para o trabalho, mas apenas que o deferimento ou indeferimento dessa pretensão indenizatória seja fundamentado na teoria da responsabilidade civil, na qual o dano não se confunde, necessariamente, com a incapacidade para o trabalho.*

#### **4. A desnecessidade do conceito previdenciário de acidente de trabalho para a efetiva responsabilização civil do empregador**

Com base no raciocínio exposto até o momento, pretendeu-se demonstrar que a ocorrência de um acidente de trabalho pode repercutir tanto na área previdenciária quanto no direito civil, e que, embora haja evidente proximidade entre ambas as esferas, cada qual possui finalidades e conceitos distintos. No âmbito previdenciário, a concessão de benefícios acidentários com valores predefinidos, arcados por contribuição previdenciária paga pelo empregador (Seguro de Acidentes de Trabalho), destina-se a compensar a morte, a perda ou redução da capacidade para o trabalho, tendo em vista que nessas situações o trabalhador é impedido de prover sua subsistência. Na esfera cível, a responsabilização do empregador pelo acidente implicará no dever de indenizar todos os danos suportados pelo trabalhador acidentado, quando presentes os requisitos da responsabilidade civil.

Essas distinções básicas implicam que se reconheça que, enquanto a incapacidade laboral é pressuposto dos benefícios previdenciários, o dano é requisito da responsabilidade civil, não havendo necessária coincidência entre esses conceitos. Nesse aspecto, é importante observar que a maioria dos acidentes ocorridos no ambiente de trabalho acarreta o afastamento

do trabalhador por mais de quinze dias e a consequente percepção de auxílio-doença acidentário, fazendo com que se reconheça, nos termos do art. 19 da Lei n. 8.213/1991, a ocorrência de acidente de trabalho. No entanto, pode haver casos, ainda que menos corriqueiros, em que a lesão sofrida não exige o afastamento das atividades laborais por prazo superior a quinze dias, podendo implicar até mesmo apenas uma ida ao pronto-socorro para curativo. O mesmo pode ser dito quanto às doenças do trabalho, que se manifestam aos poucos e não necessariamente terão ensejado a concessão de auxílio-doença.

É especialmente diante dessas situações não usuais que se deve ter pleno domínio dos pressupostos que ensejam a responsabilidade civil, bem como de suas diferenças em relação à esfera previdenciária, para que a incapacidade laboral não seja tratada como requisito de responsabilização e, assim, se acabe por afastar o direito do trabalhador de receber a indenização civil devida pelo empregador.

Dessa forma, em qualquer ação ajuizada na Justiça do Trabalho para discutir a responsabilidade civil do empregador em matéria de acidentes de trabalho, a análise do caso deve pautar-se nos requisitos estabelecidos nos arts. 186 e 927 do Código Civil. Uma vez reconhecido que o trabalhador sofreu um acidente ou doença que guarda relação de causalidade com o trabalho, e verificada a culpa do empregador, há que se analisar se o evento lesivo trouxe algum tipo de dano ao trabalhador, que pode ser patrimonial ou extrapatrimonial.

Somente depois de concluído todo esse raciocínio — e afirmada a responsabilidade do empregador pelo acidente — é que pode haver espaço para a discussão quanto à **incapacidade laborativa, que surge não como pressuposto de responsabilização, mas critério de arbitramento da indenização.**

Nesse sentido, os arts. 949 e 950 do Código Civil estabelecem requisitos claros para a indenização, dispondo que, em caso de lesão ou

ofensa à saúde, o responsável deverá indenizar todas as despesas com o tratamento, bem como lucros cessantes até o fim da convalescença e outros prejuízos que o ofendido tiver suportado. Se a lesão provocar incapacidade total ou parcial para o trabalho, a indenização também deverá abranger pensão proporcional à perda de capacidade.

Com base nesses dispositivos legais, percebe-se, claramente, que qualquer acidente de trabalho que causar algum tipo de lesão ou ofensa à saúde do trabalhador deverá ser indenizado pelo empregador que tiver incorrido em culpa. No que toca ao ressarcimento dos danos materiais, a presença ou não da incapacidade para o trabalho somente servirá para aferir se o trabalhador lesado possui direito à indenização na modalidade de pensão mensal, devida em razão da diminuição da capacidade laboral (espécie de lucro cessante). Também no caso de danos morais, a verificação do efetivo abalo aos direitos de personalidade não se vincula à ocorrência de incapacidade para o trabalho, bastando ao julgador convencer-se de que, no caso concreto, a lesão traduziu abalo à integridade do trabalhador, sendo que a incapacidade pode surgir como fundamento para a fixação do *quantum* indenizatório num patamar maior.

A esse respeito, cabe destacar o esclarecimento de Mongoni<sup>(23)</sup>, segundo a qual:

Caso o acidente de trabalho seja de menor gravidade, não gerando a incapacidade laboral ou só acarretando afastamento deste por período inferior a quinze dias (art. 60, § 3º, da Lei n. 8.213, de 1991), não será devida indenização por lucros cessantes, já que o ofendido continuará a perceber regularmente a sua remuneração. Contudo,

(23) MONGONI, Juliana Leal Dias. O dano no acidente de trabalho — modalidades e dever de indenizar quando do infortúnio não decorrer o evento morte. In: FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de (Coord.). *Responsabilidade Civil nas relações de trabalho — Questões atuais e controvertidas*. São Paulo: LTr, 2011. p. 124.

cabe observar que eventuais despesas com tratamento até a convalescença deverão ser indenizadas, independentemente de o lesado estar ou não afastado do serviço, a título de danos emergentes decorrentes do infortúnio laboral. De acordo com o art. 949 do Código Civil, tais despesas deverão ser integralmente ressarcidas, além de outros prejuízos comprovadamente derivados do incidente. Note-se, por fim, que mesmo quando o acidente não gera afastamento, poderão ser devidos, também, danos morais e/ou estéticos.

Em relação à jurisprudência, também é possível destacar algumas decisões que fizeram uma adequada análise do caso, a exemplo do seguinte precedente do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, no qual a ausência de incapacidade apenas afastou o direito ao pagamento de pensão mensal:

**DOENÇA OCACIONADA OU AGRAVADA PELO TRABALHO. INEXISTÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA. DEVER DE INDENIZAÇÃO APENAS PELOS DANOS MORAIS.** A omissão do empregador, consistente em não propiciar condições adequadas de trabalho, ocasionando doença ou agravando os sintomas de doença da qual o empregado já era portador, é situação que acarreta danos extrapatrimoniais, pois o trabalhador sofre inegáveis danos físicos e psíquicos. **Outra coisa bem diversa é apurar se a doença (ou seu agravamento) ocasionaram incapacidade laborativa (total ou parcial, permanente ou temporária).** Tal constatação, se positiva, gera o direito à indenização por danos materiais (na forma de pensão mensal ou cota única); caso contrário, inexistindo a incapacidade, não se justifica tal indenização, restringindo-se esta aos danos morais. Recurso ordinário do reclamante conhecido e desprovido.<sup>(24)</sup>

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, a seguinte decisão também é explicativa quanto ao tema:

(24) Processo n. 00853-2009-068-09-00-3, 3ª Turma, relator: Altino Pedrozo dos Santos, Publicado no DEJT em 6.3.2012. Grifou-se.

**INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PERDA DA CAPACIDADE PARA O OFÍCIO OU PROFISSÃO. PENSÃO MENSAL.** O art. 949 do Código Civil prevê que, no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofendido deve ser indenizado até o fim da convalescença. Se da ofensa resultar perda ou redução da capacidade da vítima de exercer o seu ofício ou profissão, o empregador tem a obrigação de ressarcir os danos materiais mediante indenização deferida na forma de pensão ou paga de uma só vez, segundo o art. 950 do Código Civil. (...) Logo, constatada a perda ou a redução da capacidade para o ofício ou profissão que a vítima exercia antes do acidente de trabalho ou do desenvolvimento de doença ocupacional é devida a pensão mensal integral ou parcial, a depender do grau de perda da capacidade laboral, em valor correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou. Na hipótese, o Tribunal Regional consignou que as sequelas irreversíveis sofridas pelo autor ocasionaram a incapacidade total para o exercício de sua profissão. Contudo, em razão da existência de culpa concorrente pelo evento danoso, manteve o valor da pensão mensal fixada (80% do salário mensal percebido). Decisão do Tribunal Regional que deu a exata sub-sunção dos fatos aos comandos insertos nos arts. 945 e 950 do Código Civil. Agravo de instrumento a que se nega provimento.<sup>(25)</sup>

De acordo com o raciocínio desenvolvido, tem-se que no âmbito da responsabilidade civil a simples prova da ocorrência de alguma lesão suportada pelo empregado em virtude do seu trabalho (nexo causal) já é suficiente para demonstrar o que se entende por acidente de trabalho. Depois da comprovação do acidente, a responsabilidade civil do empregador não será automática, sendo imprescindível, também, a verificação da culpa e dos danos suportados pelo trabalhador. Diferentemente, na seara previdenciária, o conceito de acidente de trabalho já é integrado por todos

(25) Recurso de Revista n. 79600-82.2008.5.07.0030, Data de Julgamento: 19.11.2014, relator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 19.12.2014. Grifou-se.

os elementos que ensejarão o pagamento da indenização (benefícios acidentários); assim, se a perícia constatar o preenchimento de todos os requisitos do acidente de trabalho estabelecidos na Lei n. 8.213/1991, o benefício será invariavelmente devido.

Isso significa que o judiciário trabalhista, ao apreciar as ações de responsabilidade civil por acidente de trabalho, não necessita recorrer aos conceitos estabelecidos na Lei n. 8.213/1991, bastando que se atenha à teoria geral da responsabilidade civil, que determina o dever de indenizar daquele que, por ato ilícito, causou dano a outrem. Deve-se aplicar a seguinte definição de responsabilidade por acidentes de trabalho, conforme elucida Cairo Junior<sup>(26)</sup>:

Incorrerá em responsabilidade o empregador quando a sua ação ou omissão culposa<sup>(27)</sup> (mais especificamente, o não cumprimento das obrigações contratuais ou legais relativas às medidas preventivas de segurança, higiene, e medicina do trabalho) ensejar a efetivação do dano como consequência do acidente de trabalho, gerando prejuízo material e moral ao patrimônio do empregado, devendo indenizá-lo com o equivalente de forma reparatória ou compensatória, restabelecendo o equilíbrio abalado pelo infortúnio.

Assim, se o trabalhador comprovar que foi vítima de uma lesão relacionada ao trabalho, terá direito à indenização se também ficar demonstrada a culpa do empregador (na responsabilidade subjetiva) e a ocorrência de algum dano (material ou moral). A utilização inadvertida do conceito previdenciário pode acarretar, como visto, na tutela incompleta dos direitos do trabalhador acidentado, o que não se coaduna com os princípios do direito do trabalho, em especial da proteção.

(26) CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 92.

(27) No caso de responsabilidade objetiva, para os que defendem sua aplicação em matéria de acidentes de trabalho, o requisito da culpa não é exigido.

Com isso, não se quer desprestigiar a importância da legislação previdenciária para o direito do trabalho e, conseqüentemente, para a responsabilidade civil, pois é certo que essas áreas estão intrinsecamente relacionadas. Apenas se quer enfatizar que o acidente de trabalho possui repercussões diversas e, por essa razão, deve ser analisado de acordo com os preceitos de cada área do direito quando se trata de fixar as indenizações cabíveis (previdenciárias ou civis).

Dessa forma, quando o trabalhador pleiteia em juízo a responsabilização civil do empregador pela ocorrência de acidente de trabalho, buscando um direito que lhe é garantido constitucionalmente, a plena efetivação desse direito requer do julgador tanto um olhar atento às funções da responsabilidade civil quanto o domínio dos conceitos que a regem. Somente assim é possível compreender a necessidade de desvinculação prática entre conceitos civis e previdenciários, cuja consequência é o fortalecimento da tutela do trabalhador em sua dignidade.

## 5. Considerações finais

A atenção às diferenças existentes entre a legislação previdenciária e a civil pode não parecer importante, se considerarmos que a maioria dos acidentes de trabalho apreciados pela Justiça envolve incapacidade para o trabalho, ainda que parcial e temporária — nessas situações, a utilização do conceito do direito previdenciário não traria maiores problemas, à primeira vista. Ocorre que, segundo destacado no último item, caso o juiz do trabalho não analise o acidente sob a ótica da responsabilidade civil, e acabe por buscar conceitos aplicáveis ao âmbito previdenciário, corre o risco de limitar o direito do trabalhador à indenização civil. Esse risco ficou muito claro nas análises jurisprudenciais, nas quais os magistrados negaram o pedido do trabalhador apenas pelo fato de que, à época do processo e da prova pericial, não foi demonstrada incapacidade para o trabalho (embora em momento anterior

ela tenha ocorrido), sem ao menos analisar se o obreiro foi vítima de alguma conduta ilícita por parte do empregador, e se suportou algum tipo de dano de ordem material ou moral.

O mesmo risco pode ocorrer nas situações em que o empregado, em razão da pequena gravidade do acidente sofrido em trabalho, sequer se afasta dele, não demonstrando incapacidade. Nesses casos, mesmo sem a incapacidade (que certamente lhe impedirá de receber benefícios previdenciários), nada impede que haja dano indenizável, caso o trabalhador demonstre, além do nexo causal e da culpa do empregador, o pagamento de despesas médicas e farmacêuticas, por exemplo. O deslinde do caso dependerá das provas levadas aos autos e da adequada interpretação e aplicação dos requisitos da responsabilidade civil.

Dessa forma, conquanto em muitos casos a aplicação do conceito previdenciário de conceito de trabalho — que tem como requisito fundamental a incapacidade para o trabalho — possa servir também ao fim de responsabilidade civil do empregador, há casos especiais em que a ausência de incapacidade não ensejará, necessariamente, a improcedência do pedido de indenização, desde que aplicada corretamente a teoria da responsabilidade civil. Isso significa que somente se garantirá a adequada tutela de todos os casos de acidente de trabalho caso a Justiça Trabalhista esteja atenta a esse fato, dando aplicabilidade à responsabilidade civil por acidente de trabalho de maneira desvinculada da forma como a Previdência Social trata desse tema.

Conforme já destacado ao longo do trabalho, o objetivo desse estudo não é negar a importância da disciplina previdenciária acerca dos infortúnios laborais, nem relegá-la a uma posição inferior; pelo contrário, busca-se enfatizar que os preceitos da Lei n. 8.213/1991 aplicam-se irrestritamente apenas em matéria de concessão de benefícios previdenciários acidentários, de forma que, quando transportados à área da responsabilidade civil sem

qualquer cautela, podem restringir o direito à indenização fundada na responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho.

Destarte, se o legislador da Constituição de 1988 elencou como direito do trabalhador a possibilidade de demandar em juízo a responsabilidade civil do empregador por acidente de trabalho, de forma autônoma à garantia de reparação acidentária a cargo da Previdência Social, também hão de ser aplicados autonomamente os pressupostos de cada indenização, para que não se corra o risco de uma prestação jurisdicional insuficiente para aquele a quem o Direito do Trabalho devota especial atenção.

## 6. Referências bibliográficas

BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza; MONTEIRO, Antonio Lopes. *Acidentes de Trabalho e Doenças Ocupacionais*: conceito, processos de conhecimento e de execução e suas questões polêmicas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente de trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Hertz Jacinto. *Manual de acidente de trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. III.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 4.

LAGO, Priscila Rocha; MEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. A responsabilidade civil do empregador e o Seguro de Acidentes de Trabalho — SAT. In: FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de (Coord.). *Responsabilidade civil nas relações de trabalho — Questões atuais e controvertidas*. São Paulo: LTr, 2011. p. 193-207.

MONGONI, Juliana Leal Dias. O dano no acidente de trabalho — modalidades e dever de indenizar quando do infortúnio não decorrer o evento morte. In: FREITAS JUNIOR, Antonio Rodrigues de (Coord.). *Responsabilidade Civil nas relações de trabalho — Questões atuais e controvertidas*. São Paulo: LTr, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2014.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

# Acidente do trabalho doméstico: repercussões jurídicas à luz da tutela constitucional introduzida com a EC n. 72/2013

Fernando Maciel<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente artigo objetiva desenvolver uma análise acerca de uma das principais repercussões jurídicas advindas com a Emenda Constitucional n. 72/2013, qual seja, a possibilidade de um empregado doméstico passar a figurar na condição de vítima de um típico acidente do trabalho. Além disso, serão objetos de estudo os reflexos que tal inovação normativa em matéria de infortunistica laboral acarretará, notadamente, nas esferas trabalhista e previdenciária.

## Palavras-chave:

- ▶ Empregado doméstico — Acidente do trabalho — Emenda Constitucional n. 72/2013 — Saúde e segurança no trabalho — Benefícios acidentários — Estabilidade no emprego.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Tutela constitucional do empregado doméstico antes da EC n. 72/2013
- ▶ 3. Tutela constitucional do empregado doméstico depois da EC n. 72/2013
- ▶ 4. Nova disciplina normativa infraconstitucional dos empregados domésticos (Lei Complementar n. 150/2015)
  - ▶ 4.1. Repercussões previdenciárias em matéria de infortunistica laboral
  - ▶ 4.2. Repercussões trabalhistas em matéria de infortunistica laboral
  - ▶ 4.3. Repercussões tributárias em matéria de infortunistica laboral
  - ▶ 4.4. Repercussões administrativas em matéria de infortunistica laboral
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

(\*) Procurador Federal em Brasília/DF, Mestre em Prevenção e Proteção de Riscos Laborais pela Universidade de Alcalá de Henares (Espanha), Especialista em Direito de Estado pela

Universidade Federal do Rio Grande do Sul — UFRGS, autor do livro "Ações Regressivas Acidentárias" pela LTr Editora, primeira obra monográfica no Brasil sobre a matéria.

## 1. Introdução

Por ocasião da 100ª Conferência Internacional do Trabalho — CTI, realizada em junho de 2011 na cidade de Genebra (Suíça), a Organização Internacional do Trabalho — OIT aprovou a Convenção n. 189 intitulada “Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos”, juntamente com a Recomendação n. 201 que apresentou idêntico título<sup>(1)</sup>.

A escolha dessa temática resultou da constatação, em âmbito mundial, de que os trabalhadores domésticos estariam sendo vítimas frequentes de violação dos direitos fundamentais do trabalho, notadamente pela ausência de uma proteção adequada nas legislações nacionais que disciplinam a matéria. Tal circunstância motivou a OIT a colocar em pauta a discussão de medidas tendentes a promover a alteração desse indesejável cenário, visando, assim, contribuir para o estabelecimento de condições decentes de labor para essa categoria de trabalhadores.

Para a OIT, a expressão “trabalho decente” sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerados fundamentais, para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

Em que pesem a amplitude e relevância das questões abordadas no âmbito das referidas Convenção n. 189 e Recomendação n. 201 da OIT, no presente artigo, pretendemos nos restringir a uma temática bastante específica,

(1) No âmbito da OIT, as convenções são tratados internacionais juridicamente vinculantes que estabelecem os princípios básicos que os países devem aplicar ao ratificá-las. As recomendações, por sua vez, servem como diretrizes complementares não vinculantes, fornecendo orientações mais detalhadas sobre como proceder para avançar na implementação dos direitos e princípios enunciados nas convenções.

consubstanciada na tutela jurídica destinada aos trabalhadores domésticos em matéria de saúde e segurança no trabalho, as quais se encontram disciplinadas nos arts. 13 e 14 da Convenção, bem como no item 19 da Recomendação, *in verbis*:

Convenção OIT n. 189:

### Art. 13

Todo trabalhador doméstico tem direito a um ambiente de trabalho seguro e saudável. Todo Membro, em conformidade com a legislação e a prática nacionais, deverá adotar medidas eficazes, com devida atenção às características específicas do trabalho doméstico, a fim de assegurar a segurança e saúde no trabalho dos trabalhadores domésticos.

As medidas referidas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas progressivamente, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, assim como com as organizações representativas dos trabalhadores domésticos e com as organizações representativas dos empregadores dos trabalhadores domésticos, quando tais organizações existam.

### Art. 14

1. Todo Membro deverá adotar as medidas apropriadas, com a devida atenção às características específicas do trabalho doméstico e atuando em conformidade com a legislação e a prática nacionais, para assegurar que os trabalhadores domésticos se beneficiem de condições não menos favoráveis que aquelas aplicadas aos trabalhadores em geral, com relação à proteção da seguridade social, inclusive no que diz respeito à maternidade.

2. As medidas referidas no parágrafo anterior poderão ser aplicadas progressivamente, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e trabalhadores, assim como com as organizações representativas dos trabalhadores domésticos e com as organizações representativas dos empregadores dos trabalhadores domésticos, quando tais organizações existam.

Recomendação OIT n. 201:

19. Os Membros, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores

e de trabalhadores, assim como com organizações representativas dos trabalhadores domésticos e com organizações representativas dos empregadores dos trabalhadores domésticos, quando tais organizações existam, deveriam adotar medidas com a finalidade de, por exemplo:

(a) proteger os trabalhadores domésticos, eliminando ou reduzindo ao mínimo, na medida do que é razoavelmente factível, os perigos e riscos relacionados com o trabalho, com vistas a prevenir acidentes, enfermidades e mortes e promover a segurança e saúde no trabalho nos domicílios que constituam locais de trabalho;

(b) estabelecer um sistema de inspeção suficiente e apropriado, em conformidade com o disposto no art. 17 da Convenção, e sanções adequadas em caso de infração da legislação do trabalho em matéria de segurança e saúde no trabalho;

(c) instaurar procedimentos para a coleta e publicação de estatísticas sobre enfermidades e acidentes profissionais relativos ao trabalho doméstico, assim como outras estatísticas que se considerem úteis para a prevenção dos riscos e acidentes no contexto da segurança e saúde no trabalho;

(d) prestar assistência em matéria de segurança e saúde no trabalho, inclusive sobre aspectos ergonômicos e equipamentos de proteção; e

(e) desenvolver programas de formação e difundir orientações sobre os requisitos em matéria de segurança e saúde no trabalho que sejam específicas para o trabalho doméstico.

A restrição temática ora desenvolvida se justifica pois, conforme estudo desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — IPEA<sup>(2)</sup>, no ano de 2011, as especificidades do trabalho doméstico no Brasil apontam para um grande contingente de pessoas para as quais não estão garantidas todas as garantias

(2) *Saúde e segurança no trabalho no Brasil: aspectos institucionais, sistemas de informação e indicadores*. CHAGAS, Ana Maria de Resende; SALIM, Celso Amorim; SERVO, Luciana Mendes Santos (Orgs.). Brasília: Ipea, 2011. p. 125-126.

trabalhistas e todos os direitos previdenciários, destacando-se, neste último aspecto, a ausência de cobertura para os acidentes de trabalho.

Além disso, referida categoria de trabalhadores sofre com as dificuldades relacionadas a uma efetiva fiscalização no âmbito dos domicílios e, embora formem agrupamentos bastante heterogêneos, na média, têm poucos anos de escolaridade formal e não têm muita informação sobre os diversos fatores de risco relacionados ao exercício de sua atividade.

Com efeito, apesar de a Convenção OIT n. 189 já se encontrar em vigor desde setembro de 2013<sup>(3)</sup>, o Brasil ainda não procedeu à ratificação do seu texto mediante o formal procedimento de incorporação dos tratados internacionais, de modo que ainda não se encontra vigente no território nacional.

Não obstante isso, alterações introduzidas na Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional n. 72/2013 sinalizam a preocupação do governo brasileiro em aprimorar a tutela jurídica dos trabalhadores domésticos, de modo especial no que se refere à proteção de sua saúde e integridade física em seu ambiente de trabalho, o que passaremos a analisar nos tópicos que seguem.

## 2. Tutela constitucional do empregado doméstico antes da EC n. 72/2013

Até o advento da Emenda Constitucional n. 72/2013, promulgada em 2 de abril de 2013, vigorava a antiga redação do parágrafo único do art. 7º da CF/1988, o qual preconizava que:

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

(3) De acordo com os procedimentos da OIT, a Convenção n. 189 entrou em vigor 12 (doze) meses depois de sua ratificação por dois países-membros. O primeiro país a proceder à ratificação foi o Uruguai, o que repercutiu positivamente na América Latina, ensejando idêntica medida por parte da Argentina, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guiana, Nicarágua e Paraguai. Até o início de 2015, também, já haviam ratificado a convenção os seguintes países: África do Sul, Alemanha, Filipinas, Finlândia, Ilhas Maurício, Irlanda, Itália e Suíça.

(...)

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI, e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Com efeito, a partir desse dispositivo poderíamos concluir que, aos empregados domésticos, eram assegurados os seguintes direitos: salário mínimo (IV); irredutibilidade do salário (VI); décimo terceiro salário (VIII); repouso semanal remunerado (XV); férias anuais (XVII); licença à gestante (XVIII); licença-paternidade (XIX); aviso-prévio (XXI); aposentadoria (XXIV); e integração à Previdência Social.

A partir desse panorama constitucional, a Lei n. 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social — LBPS) assegurava aos domésticos o direito à seguinte cobertura previdenciária: aposentadoria por invalidez (B32); aposentadoria por idade (B41); aposentadoria por tempo de contribuição (B42); auxílio-doença (B31); e salário-maternidade (B80).

Por exclusão, os empregados domésticos NÃO possuíam direito aos benefícios de natureza acidentária, quais sejam: auxílio-doença por acidente do trabalho (B91); auxílio-acidente por acidente do trabalho (B94); aposentadoria por invalidez por acidente do trabalho (B92); bem como a aposentadoria especial (B46), a qual é concedida precocemente por levar em consideração o labor em condições prejudiciais à saúde e integridade física dos trabalhadores.

De acordo com as normas jurídicas vigentes à época, na hipótese de algum empregado doméstico sofrer alguma lesão à sua saúde e/ou integridade física no desempenho de suas atividades, a qual acarretasse a incapacidade laboral e a necessidade da respectiva tutela estatal por meio de algum benefício previdenciário, o enquadramento seria feito na modalidade de “acidente de qualquer natureza, conforme definição contida no art. 30, parágrafo único,

do Decreto n. 3.048/1999<sup>(4)</sup> (Regulamento da Previdência Social — RPS), ensejando, assim, uma prestação social de natureza previdenciária comum (e não tipicamente acidentária).

A doutrina de Zéu Palmeira Sobrinho<sup>(5)</sup> corrobora essa restrição vigente no ordenamento pátrio em matéria de tutela previdenciária destinada aos empregados domésticos, preconizando que:

“O doméstico não faz jus ao auxílio-doença acidentário (código 91) ainda que o seu afastamento tenha sido relacionado a acidente no local de trabalho. Cabe-lhe, porém, postular ao órgão previdenciário o auxílio-doença no código 31.”

A seguir julgados do Tribunal Superior do Trabalho — TST e do Superior Tribunal de Justiça — STJ que evidenciam a restrição da tutela previdenciária que vigorava para os empregados domésticos até o advento da EC n. 72/2013:

RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EMPREGADO DOMÉSTICO. REQUERIMENTO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. A tese do julgado é no sentido de que é indevida a indenização, tendo em vista que não ficou provado o alegado dano moral ou material, na medida em que, a despeito da ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias, este fato não foi o motivo para o indeferimento do benefício previdenciário, uma vez que, **por se tratar de empregada doméstica, não faz jus ao auxílio-acidente**. Ressaltou que, de todo modo, posteriormente, a autora recebeu o benefício previdenciário, como ela própria confessou. Diante desse contexto probatório,

(4) Art. 30. (...) Parágrafo único. Entende-se como acidente de qualquer natureza ou causa aquele de origem traumática e por exposição a agentes exógenos (físicos, químicos e biológicos), que acarrete lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, a perda, ou a redução permanente ou temporária da capacidade laborativa.

(5) *Acidente do Trabalho: críticas e tendências*. São Paulo: LTr, 2012. p. 336.

os arestos colacionados se revelam inespecíficos, nos termos das Súmulas ns. 23 e 296 do c. TST. Recurso de revista não conhecido. (RR – 1202-25.2011.5.09.0010, TST, 6ª Turma, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 6.6.2014.) (negritos nossos)

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE JULGADO IMPROCEDENTE PELO TRIBUNAL DE ORIGEM POR AUSÊNCIA DE LESÃO E INCAPACIDADE LABORAL. BENEFÍCIO INDEVIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **Para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1º da Lei n. 8.213/91), tenha redução na sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza. (...)** (AgRg no AREsp 246.719/SP, STJ, 1ª Turma, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20.8.2014.) (negritos nossos)

Oportuno registrar que essa restrição no que se refere aos destinatários dos benefícios de natureza acidentária decorria do fato de que a legislação previdenciária vigente à época, mais especificamente a redação do art. 19 da Lei n. 8.213/91<sup>(6)</sup>, apresentava um conceito restrito de acidente de trabalho, o qual somente poderia vitimar determinadas categorias de segurados, quais sejam: os empregados (exceto os domésticos), os trabalhadores avulsos e os segurados especiais.

Dessa forma, os empregados domésticos estavam impedidos de, tecnicamente, serem vítimas de infortúnios laborais, circunstância que lhes impedia de perceber benefícios previdenciários de caráter acidentário. Acerca dessa peculiaridade, oportuno fazermos remissão ao

(6) Art. 19. Acidente de 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, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

entendimento da doutrina especializada na matéria, conforme lição de Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>(7)</sup>, *in verbis*:

Costumeiramente, consideramos acidente do trabalho qualquer dano pessoal sofrido por alguém durante a prestação de serviços em benefício de outrem ou mesmo em proveito próprio. Todavia, essa denominação corrente, apesar de estar consagrada pelo uso, nem sempre é correta, visto que não é todo acidente ocorrido no ambiente de trabalho que pode ser enquadrado, tecnicamente, como acidente do trabalho.

**Do ponto de vista jurídico, o “acidente do trabalho” tem limites bem delimitados na legislação.** Estabelece o art. 19 da Lei n. 8.213/1991: (...)

Como se verifica, **somente se enquadra no conceito legal acima transcrito o acidente sofrido por aqueles segurados relacionados pela legislação** da infortúnica e que tenha nexos causal direto ou indireto com o exercício do trabalho. **Conseqüentemente, não são considerados acidente do trabalho, em termos legais, os acidentes sofridos no trabalho pelo empregado doméstico, pelo trabalhador autônomo, pelo cooperado, pelo estagiário, pelo sócio ou qualquer prestador de serviço sem vínculo de natureza empregatícia.** (negritos nossos)

Além disso, outra relevante consequência que derivava do conceito restrito de acidente do trabalho consistia na impossibilidade de os empregados domésticos serem destinatários da estabilidade provisória no emprego preconizada no art. 118 da Lei n. 8.213/1991<sup>(8)</sup>, o qual condiciona essa garantia à prévia percepção do respectivo auxílio-doença acidentário que decorra de um infortúnio laboral. Acerca dessa

(7) *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 400-401.

(8) Art. 118. O segurado que sofreu acidente de trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

matéria, nesse sentido é a doutrina de Zéu Palmeira Sobrinho<sup>(9)</sup>:

O art. 118 da Lei n. 8.213/1991 garante a estabilidade ao empregado a contar da cessação do benefício previdenciário, mas o doméstico não goza da aludida garantia instituída no referido dispositivo legal. É que, segundo a Lei de Benefícios, o doméstico não participa da fonte de custeio relacionada às prestações decorrentes de acidente do trabalho, razão pela qual o mesmo não estaria abrangido pelo conceito esculpido no art. 19 do Plano de Benefícios da Previdência Social.

Inexistindo o direito à estabilidade acidentária, por consequência, o empregado doméstico também não fazia jus à reintegração ao emprego na hipótese de ser dispensado depois do retorno ao serviço, nem tão pouco a indenização substitutiva correspondente ao período de garantia no emprego.

A impossibilidade de os empregados domésticos serem destinatários da estabilidade acidentária, reintegração no emprego e indenização substitutiva do período estável, possuía amparo na jurisprudência do TST acerca da matéria, conforme precedentes que seguem:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO DOMÉSTICO. ESTABILIDADE PROVISÓRIA DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRABALHO E/OU DOENÇA OCUPACIONAL. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. DECISÃO DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DO RECURSO DE REVISTA. MANUTENÇÃO.

Em se tratando de empregado doméstico, a Constituição Federal elenca, no parágrafo único de seu art. 7º, quais direitos se lhes aplicam, não estando incluído no referido rol a garantia da estabilidade provisória decorrente de acidente de trabalho. A este trabalhador, em caso de infortúnio físico, aplica-se a licença previdenciária por auxílio-doença, mas não o auxílio-acidente.

(9) *Op. cit.*, p. 336.

A legislação acidentária não estendeu à categoria nem o auxílio-acidente, nem a estabilidade do art. 118 da Lei n. 8.213/1991. (...) (AIRR 3481300-23.2008.5.09.0029, 3ª Turma, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, DEJT 14.9.2012.)

(...) EMPREGADO DOMÉSTICO. ACIDENTE DE TRABALHO. GARANTIA NO EMPREGO. Ao empregado doméstico que sofre acidente de trabalho é garantido o afastamento por auxílio-doença, com o fim de que no período de restabelecimento a previdência social arque com o benefício correlato até a alta previdenciária. Não existe a figura do auxílio-acidente do trabalho a garantir a estabilidade dessa categoria profissional, por inexistir previsão legal específica, afastando-se, portanto, a garantia no emprego àqueles que sofrem acidente de trabalho. Não se pode conferir interpretação ampliativa do art. 118 da Lei n. 8.213/91, face à peculiaridade da atividade doméstica, sendo, por isso, indevida a indenização substitutiva correspondente ao período da garantia de emprego. Recurso de revista conhecido e provido. (...) (RR 2224300-47.2004.5.09.0016, 6ª Turma, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 16.4.2010.)

A reiteração desse entendimento jurisprudencial que condiciona a estabilidade no emprego à prévia percepção do auxílio-doença acidentário culminou com a edição da Súmula de n. 368 do TST, a qual apresenta a seguinte redação:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI N. 8.213/1991.

I – É constitucional o art. 118 da Lei n. 8.213/1991 que assegura o direito à estabilidade provisória por período de 12 meses após a cessação do auxílio-doença ao empregado acidentado.

II – São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego.

III – O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/91. (negritos nossos)

Merece registro que o referido entendimento vinha repercutindo na jurisprudência dos Tribunais Regionais do Trabalho — TRTs, bem como nos órgãos da Justiça Estadual por ocasião do julgamento das ações acidentárias que os empregados domésticos vinham promovendo em face do Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, conforme precedentes que seguem:

ACIDENTE DE TRABALHO — ESTABILIDADE — EMPREGADA DOMÉSTICA — FALTA DE PREVISÃO LEGAL. A estabilidade provisória prevista no art. 118 da Lei 8.213/91 não se estende aos empregados domésticos por falta de previsão legal, razão pela qual não tem garantia de emprego decorrente de acidente de trabalho. (RO 0000992-24.2013.5.08.0012, TRT-8, rel<sup>a</sup>. Des<sup>a</sup> Fed. Rosita de Nazare Sidrim Nassar, DJe 11.4.2014.) (negritos nossos)

ACIDENTE DO TRABALHO “*IN ITINERE*” — DAMA DE COMPANHIA — EMPREGADA DOMÉSTICA — INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO JURÍDICO DE DIREITO MATERIAL DE NATUREZA ACIDENTÁRIA — AMPARO INFORTUNÍSTICO INDEVIDO. À luz do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, constata-se que não foi concedido ao empregado doméstico o direito à proteção do seguro de acidente de trabalho previsto expressamente no inciso XXVIII do referido artigo. Assim, inexistente qualquer vínculo jurídico de direito material de natureza acidentária entre o empregado doméstico e o INSS, sendo indevido o amparo infortunistico pleiteado. Recurso desprovido. (Ap 0014979-85.2012.8.26.0053, TJSP, 16ª CDPúb, rel. João Negrini Filho, DJe 26.5.2014) (negritos nossos)

Em face disso, não obstante a saúde e a integridade física dos empregados domésticos pudesse estar sujeita a inúmeros agravos ocorridos por ocasião do labor prestado aos empregadores no âmbito de suas residências, tais eventos infortunisticos não eram considerados

como típicos acidentes do trabalho, mas, sim, por exclusão, meros “acidentes NO trabalho” ou então “acidentes domésticos”, totalmente desprovidos da tutela jurídica estatal destinada às demais categorias de trabalhadores.

Tal diferenciação encontra suporte na doutrina de Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>(10)</sup>:

Em síntese, o empregado doméstico e o prestador de serviços sem vínculo de emprego apesar de sofrer acidente “no” trabalho, não são vítimas, do ponto de vista técnico, de acidente “do” trabalho. O evento é considerado acidente apenas em termos genéricos, sendo que na legislação previdenciária enquadra-se no conceito de acidente de qualquer natureza ou causa.

### 3. Tutela constitucional do empregado doméstico depois da EC n. 72/2013

A tutela constitucional dos empregados domésticos sofreu significativa ampliação com o advento da EC n. 72/2013, a qual alterou a redação do parágrafo único do art. 7º da CF/88, objetivando estabelecer uma igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Eis a atual redação do art. 7º, parágrafo único, da CF/88:

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

(...)

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

(10) *Op. cit.*, p. 402.

A primeira conclusão que podemos extrair da análise desse dispositivo é que, ao ampliar a tutela constitucional dos empregados domésticos, o legislador constituinte derivado promoveu uma distinção entre preceitos de duas naturezas distintas. Enquanto que a relação de direitos prevista na primeira parte do parágrafo único possui eficácia plena, porquanto passível de produzir efeitos imediatos, a segunda parte da norma prevê um rol de direitos que, para serem efetivados, necessitam de complementação por norma infraconstitucional, daí sua eficácia limitada.

Eis a relação de direitos que a EC n. 72/2013 assegurou aos empregados domésticos com eficácia plena (imediate):

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

(...)

X – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

(...)

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 cinquenta por cento à do normal;

(...)

XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

(...)

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

(...)

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

(...)

XXXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Ao seu turno, eis a relação de direitos que a EC n. 72/2013 assegurou aos empregados domésticos com eficácia limitada, os quais, para serem efetivados, necessitam do estabelecimento de condições a serem previstas em legislação infraconstitucional:

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III – fundo de garantia do tempo de serviço;

(...)

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

(...)

XII – salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

(...)

XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

(...)

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.

A partir dessa relação de direitos que foram estendidos aos empregados domésticos, dois deles apresentam repercussão jurídica no que se refere à tutela da infortunística laboral, quais sejam, os incisos XXII e XXVIII.

Enquanto o inciso XXII assegura aos empregados domésticos a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, o inciso XXVIII atribui ao empregador doméstico o dever de custear a alíquota adicional de contribuição social destinada ao Seguro de Acidentes do

Trabalho — SAT (art. 22, II, Lei n. 8.212/91), obrigação tributária cujo cumprimento não afasta sua responsabilidade civil para os casos em que incorrer em dolo ou culpa.

Com efeito, a conjugação desses dispositivos (XXII e XXVIII) serve como ponto de partida para a inserção dos empregados domésticos no rol de segurados abrangidos pelas prestações sociais de natureza acidentária e garantias legais correlatas, circunstância essa que se apresenta como uma das repercussões jurídicas mais relevantes da EC n. 72/2013, pois muito mais do que uma mera extensão de um direito de natureza pecuniária, representa uma medida voltada à tutela da saúde e da integridade física dos empregados domésticos, agora também expressamente destinatários das normas de saúde e segurança no trabalho.

Chamamos a atenção para a condição de destinatários expressos das normas protetivas pois, segundo parte da doutrina e jurisprudência trabalhista, mesmo antes da EC n. 72/2013 os empregados domésticos já seriam alcançados por tais preceitos normativos em matéria de saúde e segurança no trabalho. Defendendo esse entendimento podemos citar as lições de Zéu Palmeira Sobrinho<sup>(11)</sup>, *in verbis*:

Parte da jurisprudência entende que, por não serem aplicáveis os mencionados incisos ao doméstico [incisos XXII e XXVIII do art. 7º da CF/88], a saúde deste não teria sido amplamente tutelada pelo texto constitucional. Tal posição resulta da influência de uma interpretação meramente literal que considera o ambiente do lar ou residência como o espaço do não trabalho. Essa visão conservadora no máximo concebe a topografia do lar como um território de descanso e de demarcação especial mais intensa da vida íntima e privada, de sorte que o trabalho adquire apenas papel secundário.

O enfoque sobre o ambiente de trabalho doméstico há de ser concebido sob a perspectiva constitucional de progressão social. A rigor, o mesmo texto da Carta Magna que

contém os dispositivos do art. 7º alberga também a saúde como direito de todos (art. 196), bem como chancela o dever de o Estado prover e executar políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de quaisquer agravos à integridade física do trabalhador. (...)

Dito de outro modo: a proteção à saúde e à segurança do trabalho doméstico está assegurada pelas pilastras fundantes do ordenamento jurídico, haja vista que a dignidade humana e o valor social do trabalho são por si suficientes para justificar o dever do Estado e da sociedade em proteger a saúde de todos os cidadãos trabalhadores sem discriminação.

No que tange à aplicabilidade do direito preconizado no inciso XXII do art. 7º da CF/88, qual seja, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, o art. 155, I, da CLT<sup>(12)</sup>, atribui ao Ministério do Trabalho e Emprego — MTE o estabelecimento de tais preceitos, o que se materializa pelas Normas Regulamentadoras — NRs, originariamente veiculadas por meio da Portaria n. 3.214/78, nos termos do art. 200 da CLT<sup>(13)</sup>.

Em que pese o MTE já tenha expedido 36 NRs dispondo sobre questões de saúde e segurança no trabalho, devemos partir da premissa de que tais normas foram concebidas para disciplinar condições ambientais de labor verificadas no âmbito de um vínculo empregatício estabelecido entre trabalhadores e empresas, conforme podemos extrair do item 1.1 da NR-1, a qual estabelece disposições gerais acerca da matéria, *in verbis*:

**1.1 As Normas Regulamentadoras — NR, relativas à segurança e medicina do trabalho, são de observância obrigatória pelas**

- (12) Art. 155. Incumbe ao órgão de âmbito nacional competente em matéria de segurança e medicina do trabalho: I – estabelecer, nos limites de sua competência, normas sobre a aplicação dos preceitos deste capítulo, especialmente os referidos no art. 200.
- (13) Art. 200. Cabe ao Ministério do Trabalho estabelecer disposições complementares às normas de que trata este capítulo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade ou setor de trabalho, especialmente sobre: (...)

(11) *Op. cit.*, p. 335.

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.** (negritos nossos)

Tal circunstância evidencia a impossibilidade de sua imediata e irrestrita aplicação às relações jurídicas estabelecidas no âmbito de um contrato de trabalho doméstico, ante as inúmeras peculiaridades que derivam do labor desenvolvido no âmbito residencial, de modo que em nosso entender, ou o MTE deverá criar norma(s) específica(s) para disciplinar a matéria, ou então promover alterações nas já existentes.

A disciplina específica das normas de saúde e segurança destinadas aos trabalhadores domésticos contribuirá para esclarecer inúmeras dúvidas que hoje ainda restam sem respostas, como, a obrigatoriedade ou não do fornecimento dos Equipamentos de Proteção Individual — EPIs tratados na NR-6<sup>(14)</sup>; a (des)necessidade de o empregado doméstico ser submetido a exames de saúde admissional<sup>(15)</sup>, periódico e demissional, conforme NR-7; a (des)necessidade de o empregador doméstico contratar um profissional habilitado para a elaboração de um Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO disciplinado na NR-7<sup>(16)</sup> ou então do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais — PPRA previsto na NR-9<sup>(17)</sup>, etc.

(14) Como o fornecimento de luvas de PVC para evitar o contato com produtos químicos ao lavar louça; botas de borracha para evitar escorregões ou choques, etc.

(15) No que se refere à rotina admissional de um empregado doméstico, o art. 2º, III, da Lei n. 5.859/72, preconizava que para admissão ao emprego deverá o empregado apresentar atestado de saúde, a critério do empregador. Porém, referida Lei foi revogada pela Lei Complementar n. 150/2015.

(16) 7.1.1. Esta Norma Regulamentadora - NR estabelece a obrigatoriedade de elaboração e implementação, por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional — PCMSO, com o objetivo de promoção e preservação da saúde do conjunto dos seus trabalhadores.

(17) 9.1.1. Esta Norma Regulamentadora — NR estabelece a obrigatoriedade da elaboração e implementação,

Registra-se que, apesar de ainda não haver uma disciplina específica em matéria de normas de saúde e segurança do trabalho destinada aos empregados domésticos, no site do MTE, já podemos encontrar algumas orientações destinadas aos empregadores, como a Cartilha do Trabalho Doméstico<sup>(18)</sup>, a qual apresenta as seguintes considerações acerca da matéria:

**Trabalho em altura** — A limpeza da face externa de janelas e fachadas de edifícios pode expor o(a) trabalhador(a) doméstico(a) ao risco de queda de altura. A tarefa somente deve ser executada de forma totalmente segura.

**Levantamento e transporte de cargas** — O(a) empregador(a) não deve exigir do(a) trabalhador(a) doméstico(a) o levantamento ou transporte manual de carga, cujo peso seja capaz de comprometer sua saúde ou sua segurança.

**Riscos ambientais** — As atividades domésticas expõem os(as) trabalhadores(as) a diversos agentes físicos, químicos e biológicos que podem prejudicar a sua saúde. Dentre os principais agentes, destacam-se os micro-organismos presentes nas instalações sanitárias e no lixo, produtos de limpeza, umidade e calor.

O(a) empregador(a) é responsável pela adoção de medidas de proteção, como a redução do tempo de exposição, e deve disponibilizar equipamentos (calçados e luvas impermeáveis) para reduzir o contato do(a) trabalhador(a) com os agentes ambientais. Nas atividades de higienização, o(a) empregador(a) deve cuidar para que o(a) trabalhador(a) utilize apenas produtos

por parte de todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados, do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais — PPRA, visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho, tendo em consideração a proteção do meio ambiente e dos recursos naturais.

(18) Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/trab\\_domestico/trab\\_domestico\\_cartilha.asp](http://www3.mte.gov.br/trab_domestico/trab_domestico_cartilha.asp)>. Acesso em: 12 jun. 2015.

químicos destinados ao uso doméstico. É importante ler e cumprir as recomendações contidas nos rótulos.

**Riscos de acidentes** — Os(as) trabalhadores(as) domésticos(as) também estão sujeitos a diversos tipos de acidentes, como: queimaduras, quedas, cortes e choques elétricos. Para a redução dos riscos, o(a) empregador(a) deve adotar uma série de medidas de proteção, tais como:

- exigir ritmo de trabalho compatível com a natureza da atividade e a capacidade do(a) trabalhador(a);
- fornecer material de trabalho adequado à tarefa a ser executada e em boas condições de uso;
- orientar permanentemente o(a) empregado(a) sobre a tarefa e seus riscos;
- manter instalações elétricas e de gás em boas condições de uso;
- proibir trabalho em altura com risco de queda.

**Acompanhamento médico** — É aconselhável que o(a) empregado(a) doméstico(a), assim como os demais trabalhadores(as), sejam submetidos a acompanhamento médico periódico, com o objetivo de prevenção e diagnóstico precoce de danos à saúde relacionados ao trabalho.

Já no que se refere ao fundamento normativo do custeio das prestações acidentárias, qual seja, o inciso XXVIII do art. 7º da CF/88, tal dispositivo se insere no rol dos preceitos de eficácia limitada, sendo imprescindível a edição de uma norma infraconstitucional que viesse a disciplinar tal matéria, a fim de que a cobertura previdenciário-acidentária pudesse ser estendida aos empregados domésticos, circunstância que doravante passaremos a analisar.

#### **4. Nova disciplina normativa infraconstitucional dos empregados domésticos (Lei Complementar n. 150/2015)**

No intuito de viabilizar a concretização dos direitos constitucionais assegurados aos empregados domésticos por força da EC n. 72/2013, o Congresso Nacional editou a Lei

Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015, a qual dispôs sobre o contrato de trabalho doméstico e estabeleceu a sua nova disciplina jurídica, notadamente nas esferas previdenciária, trabalhista, tributária e administrativa.

#### **4.1. Repercussões previdenciárias em matéria de infortúnica laboral**

A seguir, passaremos a analisar as principais alterações que a LC n. 150/2015, mais especificamente em seu art. 37, introduziu na Lei n. 8.213/91 em matéria de repercussões previdenciárias decorrentes dos infortúnios laborais sofridos pelos empregados domésticos.

A primeira alteração deu nova redação ao art. 18, § 1º, da LBPS, o qual passou a prever expressamente que os empregados domésticos estariam incluídos no rol de destinatários do benefício de auxílio-acidente, *in verbis*:

Art. 18 (...)

§ 1º Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, II, VI e VII do art. 11<sup>(19)</sup> desta Lei. (negritos nossos)

A segunda alteração foi no art. 19, o qual ampliou o conceito legal de acidente do trabalho, de modo a também abranger os eventos infortunisticos sofridos pelos empregados domésticos, *in verbis*:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou de **empregador doméstico** ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (negritos nossos)

Com efeito, tal alteração representou uma paradigmática inovação normativa no ordenamento jurídico pátrio, pois passou a permitir

(19) Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...) II – como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos; (...)

que os empregados domésticos também figurassem na condição de vítimas de típicos acidentes do trabalho, instituto jurídico que, até o advento da LC n. 150/2015, possuía aplicabilidade restrita às demais categorias de segurados.

A principal consequência dessa ampliação do conceito de acidente do trabalho foi permitir que os empregados domésticos também tenham acesso ao rol de benefícios previdenciários implementados nos casos de infortúnios laborais, servindo de fato gerador para a percepção do direito à estabilidade acidentária no emprego, conforme iremos analisar em tópico específico a seguir.

A terceira inovação atingiu o art. 21-A, permitindo a incidência do Nexo Técnico Epidemiológico — NTEP às relações de trabalho doméstico, *in verbis*:

Art. 21-A. A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexo técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do **emprego doméstico** e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.  
(...)

§ 2º A empresa ou o **empregador doméstico** poderão requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso, com efeito suspensivo, da empresa, do empregador doméstico ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social. (negritos nossos)

O NTEP é uma metodologia que objetiva identificar quais os agravos à saúde do trabalhador estão relacionados com a prática de uma determinada atividade econômica, aplicável quando houver significativa estatística da associação entre o código da Classificação Internacional de Doenças — CID, e o da Classificação Nacional de Atividade Econômica — CNAE.

Pelo NTEP, quando um trabalhador sofrer um agravo relacionado à sua atividade

profissional, ficará qualificado o acidente de trabalho. Nos casos em que houver relação estatística entre a doença ou lesão e o setor de atividade econômica do trabalhador, o nexo epidemiológico determinará automaticamente que se trata de benefício acidentário e não de benefício previdenciário normal.

Com a adoção dessa metodologia, é o empregador quem deverá provar que as doenças e os acidentes de trabalho não foram causados pela atividade desenvolvida pelo trabalhador, ou seja, o ônus da prova passa a ser do empregador e não mais do empregado. Isso representa grande inovação, pois até a entrada em vigor do NTEP, ao sofrer um agravo em sua saúde, os trabalhadores eram os responsáveis por comprovar que os danos haviam sido causados pela atividade então desempenhada.

Importante consignar que a inexistência de NTEP não afasta, por si só, o nexo entre o trabalho e o agravo. Em tal hipótese, a perícia médica do INSS procederá à caracterização técnica do acidente do trabalho, o que deverá ser feito fundamentadamente, sendo obrigatórios o registro e a análise do relatório do médico assistente, além dos exames complementares que eventualmente o acompanhem.

No entanto, para que haja a incidência do NTEP, é imprescindível a prévia disposição no Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/1999), o qual deverá elencar a relação de atividades e respectivas entidades mórbidas motivadoras da incapacidade do empregado doméstico, de acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID).

A alteração ocorrida no § 2º do art. 22 passou a permitir ao empregador doméstico o direito de impugnar a aplicação do NTEP. Trata-se de contestação dirigida à perícia médica do INSS, a qual deverá ser formalizada no prazo de 15 (quinze) dias.

Verificando a possibilidade de afastamento do NTEP ao caso concreto, o INSS intimará o segurado para que apresente suas contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias da ciência do requerimento.

Da decisão proferida pelo INSS, caberá recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social — CRPS, o qual terá efeito suspensivo e poderá ser interposto tanto pelo empregador quanto pelo segurado (art. 21-A, LBPS). No caso de recurso a ser interposto por aquele (empregador), este (segurado) somente será conhecido quando for antecedido da contestação.

A quarta alteração incidiu sobre o art. 22 da Lei n. 8.213/1991, atribuindo ao empregador doméstico o dever de comunicar à Previdência Social a ocorrência dos acidentes do trabalho sofrido por seus empregados, ou seja, doravante, os empregadores domésticos também são obrigados a emitir a respectiva Comunicação de Acidente do Trabalho — CAT, o que deve ser feito até o primeiro dia útil seguinte ao de sua ocorrência ou, então, nos casos de acidentes fatais em que resulta a morte do trabalhador, essa comunicação deve ser imediata.

Registra-se que o descumprimento desse dever de comunicação constitui infração administrativa punível com multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social. Além disso, os sindicatos e entidades representativas de classe poderão acompanhar a cobrança, pela Previdência Social, das multas previstas para o descumprimento desta obrigatoriedade.

Eis a novel redação do art. 22 da Lei n. 8.213/1991:

**Art. 22. A empresa ou o empregador doméstico deverão comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social. (negritos nossos)**

Uma outra relevante consequência que resulta dessa nova disciplina normativa assegurada

aos empregados domésticos por força da EC n. 72/2013 c/c LC n. 150/2015 consiste na possibilidade de os empregadores domésticos serem demandados em sede de ações regressivas acidentárias promovidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social — INSS.

Conforme tive a oportunidade de externar por ocasião da obra monográfica que escrevi sobre a matéria, a ação regressiva acidentária pode ser conceituada como “o meio processual utilizado pelo INSS para obter o ressarcimento das despesas com as prestações sociais implementadas em face dos acidentes do trabalho, ocorridos por culpa dos empregadores que descumprem as normas de saúde e segurança do trabalho”<sup>(20)</sup>.

O fundamento normativo de validade dessa pretensão ressarcitória se encontra no art. 120 da Lei n. 8.213/1991, o qual preconiza que:

“Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.”

Referido dispositivo não faz qualquer restrição quanto à categoria de segurados que venha a ser vítima de acidente do trabalho em virtude do descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho. Outrossim, inexistente qualquer delimitação quanto aos sujeitos passivos dessa ação, havendo genérica referência à expressão “responsáveis”, o que pode implicar no processamento de pessoas jurídicas (empresas) ou físicas, circunstância que abrange os empregadores domésticos.

Com efeito, ocorrido um acidente do trabalho com um empregado doméstico, na hipótese de restar comprovado que tal infortúnio se verificou por inobservância de determinada norma de saúde e segurança cujo dever era imputável ao empregador doméstico, por exemplo o não fornecimento de um Equipamento de

(20) MACIEL, Fernando. *Ações Regressivas Acidentárias*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 15.

Proteção Individual — EPI (luva, etc.), tal circunstância pode servir de fundamento para a propositura de uma ação regressiva acidentária pelo INSS, a fim de obter o ressarcimento da despesa previdenciária que venha a suportar em virtude do ato ilícito praticado pelo referido empregador doméstico.

Por fim, no que se refere ao benefício de aposentadoria especial, apesar de na prática ser possível vislumbrar situações em que um empregado doméstico poderia fazer jus a essa aposentação precoce, por exemplo, na hipótese de manter contato com produtos químicos para o desempenho das atividades de limpeza de banheiros, etc., entendemos que mesmo com as inovações introduzidas pela EC n. 72/2013 e pela LC n. 150/2015, tal espécie de benefício ainda não pode ser concedida aos empregados domésticos.

Isso porque, em observância ao princípio constitucional da contrapartida preconizado no art. 195, § 5º, da CF/88<sup>(21)</sup>, toda e qualquer criação, majoração ou extensão de benefício previdenciário, deve vir acompanhada da indicação da prévia e integral fonte de custeio, o que não foi feito pelo legislador pátrio ao promover a nova disciplina jurídica dos empregados domésticos.

Registra-se que a atual previsão de custeio da aposentadoria especial se encontra positivada no § 6º do art. 57 da Lei n. 8.213/91, o qual dispõe que o referido benefício será financiado com os recursos provenientes do SAT, cujas alíquotas serão acrescidas de 12 (doze), 9 (nove) ou 6 (seis) pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, respectivamente.

Com efeito, se a intenção fosse efetivamente contemplar os empregados domésticos com o

(21) Art. 195. (...) § 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

benefício de aposentadoria especial, por certo que a LC n. 150/2015 também teria procedido a alteração do referido dispositivo legal, inserindo a expressão “ou do empregador doméstico” depois da referência “a serviço da empresa” que destacamos anteriormente.

#### 4.2. Repercussões trabalhistas em matéria de infortunistica laboral

Outra alteração promovida pelo art. 37 da Lei Complementar n. 150/2015 foi inserir o empregado doméstico no rol de segurados que, em gozo de auxílio-doença, tem seu contrato de trabalho suspenso, porquanto considerado como licenciado. Eis a novel redação do art. 63 da Lei n. 8.213/1991:

Art. 63. O segurado empregado, **inclusive o doméstico**, em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa e pelo **empregador doméstico** como licenciado. (negritos nossos)

A interrupção e a suspensão são hipóteses de cessação provisória dos efeitos do contrato do trabalho, as quais podem decorrer de um acidente do trabalho. A interrupção consiste na cessação provisória e parcial dos efeitos do contrato de trabalho. Diz-se parcial, pois, apesar de o empregado não prestar o seu trabalho, o empregador deverá pagar o salário relativo ao período da interrupção, o qual será computado como tempo de serviço e, por consequência, acarretará no dever de recolhimento previdenciário.

A suspensão, por sua vez, consiste na cessação provisória e total dos principais efeitos do contrato de trabalho. Durante o período de suspensão, o empregado não prestará suas atividades, bem como o empregador não pagará salário. Por consequência, o tempo transcorrido não será computado como de efetivo exercício, inexistindo a obrigação do recolhimento previdenciário.

Mauricio Godinho Delgado<sup>(22)</sup> destaca que, na suspensão contratual, apesar de haver a

(22) *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 971.

sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho, o vínculo empregatício permanece hígido, conforme podemos extrair de sua doutrina:

A suspensão contratual é a sustação temporária dos principais efeitos do contrato de trabalho no tocante às partes, em virtude de um fato juridicamente relevante, sem ruptura, contudo, do vínculo contratual formado. É a sustação ampliada e recíproca dos efeitos contratuais, preservado, porém, o vínculo entre as partes.

Nos termos do art. 60 da Lei n. 8.213/1991, o segurado empregado fará jus ao auxílio-doença a contar do 16º (décimo sexto) dia do afastamento da atividade, ou seja, nos primeiros quinze dias o contrato será interrompido e, a partir de então, sobrevirá sua suspensão. Já no caso dos empregados domésticos (e também das demais modalidades de segurados), o auxílio-doença será devido a contar da data do início da incapacidade, circunstância que suspenderá o vínculo contratual mantido com seu empregador doméstico.

No entanto, sobrevivendo a cessação do benefício previdenciário, o contrato de trabalho do empregado doméstico voltará a produzir seus efeitos, hipótese em que, nos casos em que o afastamento se deu em virtude da ocorrência de um acidente do trabalho ou doença ocupacional, nascerá para este trabalhador o direito a estabilidade provisória no emprego prevista no art. 118 da Lei n. 8.213/1991.

Eis aqui outra inovação paradigmática no que tange à tutela jurídica destinada aos empregados domésticos, a qual lhe garante o emprego pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses posterior à cessação do benefício acidentário, bem como, reflexamente, lhe assegura o direito à reintegração no emprego nos casos de despedida injusta, bem como a indenização substitutiva do período estável, direitos trabalhistas que, até então, não lhe eram extensíveis conforme jurisprudência do TST acerca da matéria.

Oportuno registrar que, até o advento dessa nova disciplina normativa imputável aos vínculos de emprego doméstico, os danos sofridos pelos trabalhadores em virtude de “acidentes NO trabalho” eram passíveis de reparação, via ações indenizatórias, porém, em tais hipóteses, o fundamento utilizado era o instituto da responsabilidade civil genericamente considerado, conforme podemos extrair da lição de Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>(23)</sup>:

Se ocorrer acidente de qualquer natureza, tanto com o empregado doméstico quanto com o simples prestador de serviços sem vínculo de emprego, a vítima pode ter direito à indenização por responsabilidade civil, se estiverem presentes os pressupostos do dano, nexos causal e culpa do empregador ou tomador dos serviços.

O direito de qualquer lesado à reparação dos danos está consagrado de modo amplo no ordenamento jurídico nacional, em especial no Código Civil. Assim, não há fundamento legal ou lógico para afastá-lo nos danos oriundos dos acidentes ocorridos com os trabalhadores domésticos ou sem vínculo de emprego, a não ser que haja alguma das excludentes da responsabilidade, tais como a culpa exclusiva da vítima (ou fato da vítima), o caso fortuito ou força maior e o fato de terceiro.

Também nesse sentido é a lição de Zeu Palmeira Sobrinho<sup>(24)</sup>, conforme extraímos do trecho doutrinário elaborado antes da vigência das inovações normativas introduzidas com a EC n. 72/2013 e com a LC n. 150/2015, *in verbis*:

O doméstico acidentado no trabalho faz jus ao benefício de auxílio-doença, mas tal prestação não tem índole acidentária, razão pela qual o mencionado trabalhador é considerado carecedor de ação de acidente de trabalho, o que não exclui o seu direito de exigibilidade na seara da responsabilidade civil. (...)

O fato de o doméstico não ser contemplado por liame específico que resulte em proteção previdenciária de natureza acidentária laboral

(23) *Op. cit.*, p. 403-4.

(24) *Op. cit.*, p. 341-2.

não impede que o empregador seja responsabilizado nos casos em que restar evidente a sua culpa ou, ainda, nas situações que independentemente de culpa não restar comprovado o fato exclusivo da vítima ou a força maior. Nesta última hipótese, exemplifique-se com o acidente em que o empregado doméstico é atacado pelo cão do seu empregador. Nos termos do art. 936 do CCB, incidirá na hipótese a responsabilidade objetiva, de modo que incumbirá à vítima apenas provar o dano.

A partir de agora, nos casos de descumprimento das normas de saúde e segurança do trabalho, os empregados domésticos poderão promover ações indenizatórias por danos materiais/morais em face de seus empregadores com fundamento nessa específica causa de pedir, circunstância que, nos termos do preconizado no disposto no art. 114, VI, da CF/88 (com a redação dada pela EC n. 45/2004), bem como na Súmula n. 736 do STF<sup>(25)</sup>, o julgamento competirá à Justiça do Trabalho.

Por fim, merece referência o fato de que o simples recolhimento do SAT por parte do empregador doméstico, bem como a respectiva concessão de algum benefício acidentário pela Previdência Social, não afasta o dever daquele de responder pelos danos que sua conduta venha a causar ao seu empregado doméstico. É o que podemos concluir a partir da interpretação da parte final do art. 7º, XXVIII, da CF/1988<sup>(26)</sup>, juntamente com o art. 121 da Lei n. 8.213/1991<sup>(27)</sup>.

No entanto, se depois do advento da EC n. 72/2013 e da LC n. 150/2015, inexistir controvérsia acerca do direito à estabilidade no em-

prego e seus consectários, como reintegração no caso de despedida injusta e a indenização estabilizatória, uma dúvida que poderá persistir reside na amplitude dos efeitos da suspensão do contrato durante o período de percepção do benefício previdenciário.

Em que pese uma definição doutrinária da suspensão do contrato de trabalho aponte para a cessação provisória e TOTAL dos efeitos deste vínculo jurídico mantido entre empregador e empregado, a interpretação jurisprudencial que os Tribunais trabalhistas vêm dando acerca da matéria apresenta contornos mais restritos, de modo que o efeito suspensivo abrangeria tão somente as obrigações principais do contrato de trabalho, consubstanciada no dever do empregado de prestar suas atividades, bem como no respectivo dever do empregador de efetuar o pagamento do salário.

Com efeito, não obstante a suspensão do contrato de trabalho, demais deveres acessórios ou secundários permaneceriam perfeitamente hígidos durante o período de afastamento do empregado em virtude da percepção de benefício previdenciário. A título de exemplo de dever acessoriamente assumido pelos empregadores, podemos citar o fornecimento de plano de saúde ou de assistência médica.

Acerca dessa matéria, o TST possui entendimento jurisprudencial pacífico, consubstanciado em sua Súmula de n. 440, a qual reconhece a subsistência do direito do empregado a plano de saúde mesmo durante o período de suspensão contratual relativo ao gozo de algum benefício previdenciário, seja ele um auxílio-doença ou até mesmo uma aposentadoria por invalidez. Eis a literalidade do referido precedente sumular:

**AUXÍLIO-DOENÇA ACIDENTÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. RECONHECIMENTO DO DIREITO À MANUTENÇÃO DE PLANO DE SAÚDE OU DE ASSISTÊNCIA MÉDICA.** Assegura-se o direito à manutenção de plano de saúde ou de assistência médica oferecido

(25) Súmula n. 736/STF: Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores

(26) Art. 7º (...) XXVIII – (...) sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

(27) Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

pela empresa ao empregado, não obstante suspenso o contrato de trabalho em virtude de auxílio-doença acidentário ou de aposentadoria por invalidez.

Merece referência o fato de que, enquanto o auxílio-doença, via de regra, apresenta um prazo de duração mais curto, a aposentadoria por invalidez pode se prolongar por expressivo lapso de tempo, o que não retira o caráter provisório dessa prestação social.

Conforme expressa previsão contida no art. 475 da CLT:

“O empregado que for aposentado por invalidez terá suspenso o seu contrato de trabalho durante o prazo fixado pelas leis de previdência social para a efetivação do benefício.”

Ocorre que o art. 42 da Lei n. 8.213/1991<sup>(28)</sup> não estipula um prazo final para a percepção desse benefício, o qual deve ser mantido enquanto o segurado continuar incapacitado e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a sua subsistência.

Discorrendo acerca da ausência de delimitação temporal e a provisoriedade da aposentadoria por invalidez, Sergio Pinto Martins<sup>(29)</sup> preconiza que:

“não há na lei previdenciária prazo de duração para a efetivação da aposentadoria por invalidez (...) a aposentadoria por invalidez, de modo geral, é provisória. Ela só será definitiva quando o médico assim entender, pois o segurado não é mais suscetível de recuperação. Passados cinco anos da concessão da aposentadoria por invalidez, não importa que ela venha a ser definitiva, pois o trabalhador pode se recuperar.”

A ausência de delimitação de um prazo máximo de suspensão do contrato de trabalho em virtude da superveniente concessão

de aposentadoria por invalidez encontra amparo na Súmula n. 160 do TST, a qual dispõe que: “Cancelada a aposentadoria por invalidez, mesmo após cinco anos, o trabalhador terá direito de retornar ao emprego, facultado, porém, ao empregador, indenizá-lo na forma da lei.”

Dessa forma, estabelecidas essas premissas, resta evidente que sobrevindo a aposentadoria por invalidez de um empregado, o seu contrato de trabalho será suspenso por prazo indefinido e sem limitação de tempo, sendo que durante esse período suspensivo o empregador continuará obrigado a adimplir os deveres de natureza acessória a que se comprometeu contratualmente, como o custeio do plano de saúde.

Por certo que, no âmbito de uma relação contratual de natureza doméstica, a qual serve de objeto ao presente estudo, não é muito comum o empregador disponibilizar um plano de saúde ao(s) seu(s) empregado(s). Porém, o raciocínio até aqui desenvolvido nos serve de reflexão para uma eventual aplicação analógica a casos similares de fornecimento de outros benefícios que, via de regra, são comumente disponibilizados a essa categoria de profissionais, como a moradia no local de trabalho, o famoso “quarto de empregada”.

Nos casos em que o direito à moradia, o qual possui assento constitucional no art. 6º da CF/88, também estiver assegurado no contrato de trabalho firmado entre um empregador e um empregado doméstico, em virtude da nova tutela estatal conferida a esses trabalhadores a partir da EC n. 72/2013 e da LC n. 150/2015, em tese, será perfeitamente cabível a manutenção desse benefício durante o prazo de suspensão contratual decorrente de algum benefício previdenciário, o que, em se tratando de uma aposentadoria por invalidez, poderá perdurar por prazo indefinido de tempo.

A título de reforço argumentativo, transcrevemos o seguinte precedente jurisprudencial do TST que corrobora esse entendimento:

(28) Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

(29) *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 330.

RECURSO DE REVISTA. MORADIA. CONTRATO DE CESSÃO DE IMÓVEL. MANUTENÇÃO DURANTE A VIGÊNCIA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO — AUXÍLIO-DOENÇA. PREVISÃO NORMATIVA QUE ESTABELECE A DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL EM CASO DE SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. INVALIDADE. **O afastamento do reclamante em razão da percepção de benefício previdenciário, no caso, o auxílio-doença, determina a suspensão de seu contrato de trabalho.** Com o contrato suspenso, as obrigações principais das partes não são exigíveis, já que, no período, não há trabalho, nem remuneração. No entanto, **os regramentos compatíveis com essa suspensão continuam a gerar efeitos, o que impõe direitos e obrigações recíprocos a empregado e empregador, a exemplo do direito à moradia (art. 6º da CF), que, no caso, tem origem no contrato de emprego vigente, e não na prestação de serviços, devendo ser mantido durante a percepção do benefício previdenciário.** Nesse sentido, a ordem de desocupação do imóvel acarreta a violação direta aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e dos valores sociais do trabalho (art. 1º, IV, da CF), preceitos cuja obediência não se altera com a suspensão contratual. Por consequência, a manutenção do benefício de moradia, mesmo ante a existência de cláusula normativa que estabelece a desocupação do imóvel pelo empregado afastado do emprego, por suspensão ou interrupção do contrato, não viola o disposto nos arts. 7º, XXVI, e 8º, III, da CF, pois o direito à prevalência das negociações coletivas não pode implicar o desrespeito às garantias mínimas do trabalhador. Recurso de revista não conhecido (...). (RR 788-33.2011.5.08.0114, 6ª Turma, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 19.4.2013.) (negritos nossos)

Eis aqui uma relevante repercussão trabalhista que a novel tutela normativa (EC n. 72/2013 c/c LC n. 150/2015) introduziu nos contratos de emprego domésticos em matéria de infortunistica laboral, a qual certamente passará a ser objeto de estudo e definições

de seus contornos por parte da doutrina e da jurisprudência pátrias.

#### **4.3. Repercussões tributárias em matéria de infortunistica laboral**

Tais inovações legislativas consubstanciam evidente ampliação da tutela trabalhista e previdenciária destinada aos empregados domésticos. No que tange a esta última (tutela previdenciária), até então essa categoria de segurados não era contemplada com o rol de benefícios de natureza acidentária implementados nos casos de infortúnios laborais.

Com efeito, em observância ao princípio da prévia fonte de custeio que já tivemos a oportunidade de analisar anteriormente (art. 195, § 5º, da CF/1988), coube ao legislador infraconstitucional a indicação dos recursos que iriam financiar essa ampliação da cobertura previdenciária.

Nesse sentido, materializando a obrigação tributária imposta aos empregadores domésticos por força do art. 7º, XXVIII, da CF/1988, o art. 34, III, da Lei Complementar n. 150/2015, instituiu a alíquota de 0,8% a título de contribuição social destinada ao custeio do SAT.

O recolhimento da alíquota SAT deverá ser efetuado juntamente com as demais contribuições sociais devidas pelos empregadores domésticos, o que nos termos do art. 31 e seguintes da Lei Complementar n. 150/2015 deverá ser operacionalizado mediante o regime unificado de pagamento de tributos, de contribuições e dos demais encargos do empregador doméstico, denominado de “Simples Doméstico”.

Oportuno registrar que o SAT somente passará a ser devido pelos empregadores domésticos a partir do momento que o governo regulamentar o “Simples Doméstico”, o que, nos termos do art. 31 da Lei Complementar n. 150/2015, deverá ocorrer no prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar da vigência dessa norma, ou seja, o prazo para tal regulamentação se expira em outubro de 2015.

#### 4.4. Repercussões administrativas em matéria de infortunistica laboral

Ao prever a aplicabilidade das normas de saúde e segurança aos contratos de trabalho doméstico, as inovações normativas introduzidas com a EC n. 72/2013 e com a LC n. 150/2015 atribuíram aos empregadores domésticos a condição de sujeitos passivos do poder de polícia estatal, consubstanciado na atuação fiscalizatória exercida pelo Ministério do Trabalho e Emprego — MTE.

Isso porque seria verdadeira “letra morta” a norma que criasse direitos destinados aos trabalhadores domésticos se não viesse acompanhada de mecanismos de fiscalização do seu efetivo cumprimento por parte dos empregadores, circunstância que se verifica em total consonância com os princípios e diretrizes estabelecidos pela OIT no art. 17 de sua Convenção n. 189, bem como no item 24 da Recomendação n. 201, conforme verificamos a partir da literalidade desses dispositivos:

##### Art. 17 da Convenção OIT n. 189

Todo Membro deverá estabelecer mecanismos de queixa e meios eficazes e acessíveis para assegurar o cumprimento da legislação nacional relativa à proteção dos trabalhadores domésticos. Todo Membro deverá formular e colocar em prática medidas relativas à inspeção do trabalho, à aplicação de normas e sanções, com a devida atenção às características específicas do trabalho doméstico, em conformidade com a legislação nacional.

À medida que seja compatível com a legislação nacional, tais medidas deverão especificar as condições sob as quais se poderá autorizar o acesso ao domicílio, com o devido respeito à privacidade.

##### Item 24 da Recomendação OIT n. 201

Na medida em que seja compatível com a legislação e a prática nacionais relativas ao respeito à privacidade, os Membros poderão considerar as condições sob as quais os inspetores do trabalho ou outros funcionários encarregados de velar pelo cumprimento das disposições aplicáveis ao trabalho doméstico

deveriam ser autorizados a ter acesso aos locais em que se realiza o trabalho.

Por certo que o êxito dessa atividade fiscalizatória, que passará a ser exercida pelo MTE, pressupõe levar em consideração as peculiaridades do trabalho desenvolvido no âmbito das residências familiares, devendo adotar uma postura prioritariamente pedagógica que oriente empregador e empregado doméstico acerca dessas novas diretrizes normativas em matéria de saúde e segurança no trabalho, para somente num segundo momento, depois de alcançado nível adequado de conscientização acerca desses novos direitos, possa ser adotada a postura punitiva em decorrência do descumprimento dos mesmos.

Corroborando esse entendimento merece referência a lição de Zéu Palmeira Sobrinho<sup>(30)</sup>:

O maior desafio consiste em se estabelecer um sistema de inspeção adequado que leve em conta as peculiaridades do labor doméstico, que preserve a relatividade do princípio da privacidade da família e também do trabalhador. Qualquer que seja a participação dos profissionais da fiscalização trabalhista, estes necessitarão adotar um sistema de visitas que resulte numa aproximação razoável ao meio ambiente de trabalho para que se possa exercer um eficaz *munus* pedagógico.

Tão relevante quanto à fiscalização será o nível de conscientização que deve perpassar as práticas consentidas na relação de trabalho doméstico. Para isso, se torna extremamente urgente a adoção de programas de formação e orientação, tanto para o empregado quanto para o empregador doméstico, e o maior envolvimento dos organismos de saúde pública com a preservação do meio ambiente do trabalho doméstico. Contará ainda a campanha aberta e pública de conscientização da população sobre os direitos do trabalhador doméstico.

Ao que tudo indica a legislação pátria editada acerca dessa matéria objetivou prestigiar

(30) *Op. cit.*, p. 334.

tais premissas. Isso porque, ao disciplinar a forma como deverá ser materializada a fiscalização por parte dos Auditores Fiscais do Trabalho do MTE no âmbito das residências dos empregadores domésticos, o art. 44 da LC n. 150/2015 acrescentou o art. 11-A na Lei n. 10.593/2002<sup>(31)</sup>, dispondo que a verificação dependerá de agendamentos e de entendimentos prévios entre a fiscalização e o empregador.

A necessidade de prévio agendamento para a implementação do procedimento fiscalizatório decorre da observância ao caráter inviolável da residência familiar, direito fundamental expressamente assegurado aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil pelo art. 5º, XI, da CF/88<sup>(32)</sup>.

Registra-se que, durante a inspeção, o Auditor Fiscal do Trabalho deverá fazer-se acompanhar pelo empregador ou então alguém de sua família por ele designado.

Outrossim, a fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora, sendo regra a necessidade de dupla visita para a lavratura do auto de infração, salvo nas hipóteses em que for constatada a ausência de anotação da Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS, alguma fraude, resistência ou embaraço à fiscalização ou, então, nos casos de reincidência de alguma irregularidade já constatada.

## 5. Conclusão

O objetivo do presente estudo foi desenvolver uma análise inicial acerca das principais repercussões jurídicas que advirão com a nova tutela normativa que a EC n. 72/2013, regulamentada pela LC n. 150/2015, destinou aos

(31) Dispõe sobre a reestruturação da Carreira Auditoria do Tesouro Nacional, que passa a denominar-se Carreira Auditoria da Receita Federal – ARF, e sobre a organização da Carreira Auditoria Fiscal da Previdência Social e da Carreira Auditoria Fiscal do Trabalho, e dá outras providências.

(32) Art. 5º (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...)

empregados domésticos em matéria de saúde e segurança no trabalho.

Considerando que a *mens legis* das referidas normas foi assegurar a igualdade de direitos entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais, além de proceder a alguns ajustes na legislação previdenciária que outorgavam um tratamento menos favorecido aos empregados domésticos, uma das principais e mais relevantes repercussões jurídicas foi a ampliação da cobertura acidentária desses segurados, inovação essa que passa a tutelar de forma mais adequada um expressivo número de trabalhadores brasileiros.

Tais inovações normativas vêm em boa hora, indo ao total encontro das diretrizes estabelecidas pela OIT em matéria de “trabalho doméstico decente”, conforme positivado em sua Convenção n. 189 e Recomendação n. 201, cuja formal adesão pelo governo brasileiro mostra-se uma urgente necessidade.

Caminhamos para um ordenamento jurídico mais igualitário para todos os trabalhadores brasileiros, sem distinção de categoria profissional, o que, aliás, vai ao encontro do princípio constitucional básico que é a igualdade de direitos, sem qualquer forma de discriminação ou, por que não dizer, segregação social.

## 6. Referências bibliográficas

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 72, de 2 de abril de 2013. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional, Lei Complementar n. 150/2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis n. 8.212, de 24 de julho de 1991, n. 8.213, de 24 de julho de 1991, e n. 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII

do art. 12 da Lei n. 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências.

CHAGAS, Ana Maria de Resende; SALIM, Celso Amorim; SERVO, Luciana Mendes Santos (Orgs.). *Saúde e segurança no trabalho no Brasil: aspectos institucionais, sistemas de informação e indicadores*. Brasília: Ipea, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MACIEL, Fernando. *Ações Regressivas Acidentárias*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

SOBRINHO, Zéu Palmeira. *Acidente do Trabalho: crítica e tendências*. São Paulo: LTr, 2012.

# A dispensa de empregados nas empresas estatais

---

Guilherme Bohrer Lopes Cunha<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Analisam-se as questões relevantes envolvendo as espécies de dispensa de empregados nas empresas estatais. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise da evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores, Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho. Na segunda parte, são estudados os autores de direito administrativo e do trabalho que abordaram esse tema. A terceira parte, por fim, dedica-se a apresentar uma proposta de sistematização baseada em critérios subjetivos e objetivos, bem como a necessidade de regulamentação por normativo interno diante da omissão legislativa.

## Palavras-chave:

- ▶ Empresas estatais — Empregados públicos — Dispensa — Ato administrativo — Motivação.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Evolução jurisprudencial: da dispensa imotivada à necessidade de motivação para as prestadoras de serviço público (STF) e para as todas as empresas estatais (TST)
- ▶ 3. Posição doutrinária: necessidade de motivação independe da natureza da empresa estatal
- ▶ 4. Proposta de sistematização: critérios subjetivos e objetivos previstos em regulamento
- ▶ 5. Conclusão
- ▶ 6. Referências bibliográficas

---

(\*) Gerente Executivo da Corregedoria da Casa da Moeda do Brasil – CMB. Advogado Público. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ.

## 1. Introdução

O objeto deste trabalho é analisar as hipóteses em que os empregados das empresas estatais podem ser dispensados, com ou sem justa causa, bem como a necessidade de haver motivação para legitimar o ato de dispensa e a previsão de regulamentação específica.

Primeiramente, será exposta a evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores que são competentes para julgar esse tipo de demanda, Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho, e aplicar a legislação correlata, Constituição Federal e Consolidação das Leis do Trabalho. No início, as decisões consideravam que a motivação não representava um requisito necessário para a demissão desses empregados, enquanto que atualmente essa posição passa a ser excepcionada expressamente para as empresas prestadoras de serviço público, de acordo com a jurisprudência, apesar de que há a possibilidade desse posicionamento também ser aplicado às empresas que exercem atividade econômica.

Em segundo lugar, serão abordados os principais autores que se dedicaram ao tema. Vê-se que a doutrina majoritária defende a necessidade de motivação para o ato de dispensa independente da natureza do ramo em que atue a empresa estatal, atividade econômica ou prestação de serviço público, devendo ser oportunizado aos empregados o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Diante da inexistência de uma lei que discipline o assunto, este trabalho propõe a criação de normativos internos pelas próprias empresas estatais, com o intuito de evitar decisões arbitrárias que venham a ser anuladas em sede judicial. Assim, as rescisões contratuais por justa causa ou sem justa causa devem ser motivadas, sendo garantido o direito à prévia defesa por parte do empregado antes da dispensa ser efetuada.

## 2. Evolução jurisprudencial: da dispensa imotivada à necessidade de motivação para as prestadoras

### de serviço público (STF) e para as todas as empresas estatais (TST)

O inciso II do art. 37 da Constituição Federal (CF) dispõe que as admissões de empregados públicos nas empresas estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, apenas poderão ocorrer mediante a prévia aprovação em concurso público, todavia, nada foi dito no texto constitucional a respeito das formas de dispensa, o que fez com que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, com base no inciso II do § 1º do art. 173, considerasse plenamente aplicáveis as regras previstas na legislação trabalhista, isto é, os seus contratos de trabalho podem ser rescindidos de maneira imotivada.

Esse posicionamento que abarcava todas as empresas estatais prevaleceu até recentemente no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme pode ser visto nas ementas abaixo transcritas:

CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. I – Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que os empregados admitidos por concurso público em empresa pública ou sociedade de economia mista podem ser dispensados sem motivação, porquanto aplicável a essas entidades o art. 7º, I, da Constituição. II – Agravo regimental improvido. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 648453. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. 20 de novembro de 2007.)

DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA — A empresa estatal, seja qual for o seu tipo, dedicada à exploração de atividade econômica, está regida pelas normas trabalhistas das empresas privadas, por força do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Assim, dada a sua natureza jurídica, pode rescindir, sem justa causa, contratos de empregados seus, avaliando apenas a conveniência e a oportunidade, porque o ato será discricionário, não

exigindo necessariamente que seja formalizada a motivação. Ressalte-se que, no terreno específico da administração pública direta, indireta e fundacional, a Constituição não acresceu nenhuma outra obrigação, salvo a investidura (art. 37, II) por meio de concurso público de provas e títulos. Não cogitou a Lei Magna em momento algum acrescentar a obrigação de exigir motivação da dispensa. Recurso conhecido e desprovido. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 632808.14.2000.5.07.5555. Relator Ministro Ronaldo José Lopes Leal. Primeira Turma. 4 de abril de 2001.)

A Subseção I da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-I) do TST, inclusive, editou a Orientação Jurisprudencial (OJ) n. 247, em 20 de junho de 2001, que possuía originalmente o seguinte teor: “Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade.” E, na mesma data, o TST alterou o Enunciado n. 390 de sua Súmula para fazer constar que “ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”.

Nos últimos anos, algumas empresas estatais conseguiram junto ao STF obter prerrogativas inerentes à Fazenda Pública, não usufruídas pelas sociedades empresárias privadas, tais como a imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, “a”, da CF), a impenhorabilidade de seus bens e o pagamento de suas dívidas mediante regime de precatórios (art. 100 da CF). Para isso, adotou-se a classificação doutrinária que as diferencia entre exploradoras de atividade econômica e prestadores de serviço público. As primeiras, por atuarem em áreas que competem aos particulares, mas que por razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo são assumidas pelo Estado, de acordo com o art. 173 da CF, não fariam jus a essas benesses; enquanto que as segundas, por operarem em esferas peculiares

ao Estado, sim<sup>(1)</sup>. Esse último grupo abarcaria a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), a Casa da Moeda do Brasil (CMB), dentre outras:

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE.

1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação cível originária julgada procedente. (Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 765. Relator Ministro Menezes Direito. Tribunal Pleno. 13 de maio de 2009.)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ART. 12 DO DECRETO-LEI N. 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do art. 12 do Decreto-lei n. 509/69 e não incidência da restrição contida no art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das

(1) DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 515-517; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 101-108; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 174-175; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 360-361.

empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no art. 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 220906. Relator Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. 16 de novembro de 2000.)

IMUNIDADE RECÍPROCA — INFRAERO — PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Tribunal reafirmou o entendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária — INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 797034. Relator Ministro Marco Aurélio. 21 de maio de 2013.)

CASA DA MOEDA DO BRASIL (CMB) — EMPRESA GOVERNAMENTAL DELEGATÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS — EMISSÃO DE PAPEL-MOEDA, CUNHAGEM DE MOEDA METÁLICA, FABRICAÇÃO DE FICHAS TELEFÔNICAS E IMPRESSÃO DE SELOS POSTAIS — REGIME CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO (CF, ART. 21, VII) — OUTORGA DE DELEGAÇÃO À CMB, MEDIANTE LEI, QUE NÃO DESCARACTERIZA A ESTATALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO, NOTADAMENTE QUANDO CONSTITUCIONALMENTE MONOPOLIZADO PELA PESSOA POLÍTICA (A UNIÃO FEDERAL, NO CASO) QUE É DELE TITULAR — A DELEGAÇÃO DA EXECUÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MEDIANTE OUTORGA LEGAL, NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO, INCLUSIVE O DE DIREITO TRIBUTÁRIO, QUE INCIDE SOBRE REFERIDA ATIVIDADE — CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, “A”) — O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO — IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA CASA DA MOEDA DO BRASIL, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO QUE, A ELA OUTORGADO MEDIANTE DELEGAÇÃO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL — DOCTRINA (REGINA HELENA COSTA, “*INTER ALIOS*”) — PRECEDENTES — RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 610517. Relator Ministro Celso de Mello. 03 de junho de 2014.)

Tendo em vista que a ECT foi a empresa estatal pioneira em obter junto ao STF tratamento similar ao da Fazenda Pública, o TST resolveu alterar a OJ n. 247 da SBDI-1, por meio da Resolução n. 143/2007, publicada em 13 de novembro de 2007, dividindo-a em dois incisos, de maneira que os seus empregados apenas devem ser demitidos de maneira motivada:

Orientação Jurisprudencial n. 247, da Subseção I da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-I) – (alterada – Res. n. 143/2007) – DJ 13.11.2007

Orientação Jurisprudencial n. 247 da SDI-I do TST.

I – 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.

II – A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Em uma determinada reclamação trabalhista, depois da ECT recorrer extraordinariamente de decisão do TST baseada nessa OJ (Recurso Extraordinário n. 589.998/PI), o STF, em julgamento de 20 de março de 2013, não apenas referendou essa posição como também resolveu ampliar para todas as empresas estatais que sejam exclusiva ou preponderantemente prestadoras de serviço público<sup>(2)</sup>. Assim, apesar de reconhecer a inaplicabilidade da estabilidade prevista no art. 41 da CF<sup>(3)</sup> aos empregados públicos, passou a ser exigida a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho para essas estatais, por não serem alcançadas pelas disposições do art. 173, § 1º, da CF, visando resguardar os seus empregados de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir<sup>(4)</sup>.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS — ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I – Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC n. 19/1998. Precedentes. II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser

motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 589.998/PI. Relator Ministro Ricardo Lewandowski Tribunal Pleno. 20 de março de 2013.)

Em seu relatório, o Ministro Ricardo Lewandowski esclareceu que o objetivo dessa decisão é “coibir a ocorrência de abusos, a perpetração de arbitrariedades ou a concessão de privilégios por parte do empregador público, garantindo-se aos servidores em particular e aos administrados em geral um maior controle dos critérios de demissão” e, com base no princípio da razoabilidade, impor aos agentes do Estado “o dever de agir com ponderação, decidir com justiça e, sobretudo, atuar com racionalidade”, pois o dever de motivar o ato administrativo de demissão “está ligado à própria ideia de Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade de todas as decisões administrativas tem como pressuposto a possibilidade de que seus destinatários as compreendam e o de que possam, caso queiram, contestá-las”<sup>(5)</sup>.

- (2) De maneira espirituosa, o Ministro Marco Aurélio afirmou durante o julgamento “que ela (a ECT) veio buscar lã e vai sair tosquiada”.
- (3) Os servidores públicos são estáveis depois de três anos de efetivo exercício, apenas podendo perder o cargo “em virtude de sentença judicial transitada em julgado”, “mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa” ou “mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa”.
- (4) Cabe ser dito que essa decisão ainda não transitou em julgado, já que a ECT opôs embargos declaratórios e os autos foram conclusos ao Relator em 17 de outubro de 2014.

- (5) O STF já havia anulado demissão de empregado público por ter sido comprovado que o ato se deu por perseguição política no início da década de 90 do século passado: CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. NULIDADE DE ATO DE DESPEDIDA DE EMPREGADOS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA, POR RAZÕES DE ORDEM POLÍTICO-PARTIDÁRIA. VIOLAÇÃO DO ART. 153, PARÁGRAFOS 1º, 5º, 6º E 8º, DA CF/69. Decisão incensurável, por haver-se configurado flagrante violação ao princípio da liberdade de convicção política, constitucionalmente consagrado, ao qual estão especialmente adstritos os entes da Administração Pública. Recurso não conhecido. (Recurso Extraordinário n. 130.206/PR. Relator Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. 17 de setembro de 1991.)

Os ministros do STF, de acordo com os debates registrados no acórdão, tiveram o cuidado em distinguir a motivação da justa causa trabalhista, já que nem todas as demissões motivadas correspondem às situações previstas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de maneira que, por exemplo, podem ocorrer dispensas de empregados por razões de interesse público, em decorrência de uma crise econômica ou para observar as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000).

Além disso, para o STF, a necessidade de motivação não pode gerar a conclusão de que os empregados das empresas estatais somente serão demitidos depois de um processo administrativo disciplinar, nos moldes previstos para os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, de acordo com o art. 41, § 1º, inciso II, da CF e o Título V da Lei n. 8.112/1990, sendo necessário, em verdade, apenas um procedimento formal que sirva para registrar os fundamentos e as justificativas para a dispensa<sup>(6)</sup>.

Desde a publicação desse *leading case*, o TST passou a entender que estaria superada a segunda parte da OJ n. 247 da SBDI-1, decidindo pela reintegração no emprego daqueles que tenham sido dispensados imotivadamente por empresas estatais federais, estaduais, distritais e municipais.

RECURSO DE REVISTA. EMPRESA PÚBLICA. MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. O campo da despedida das empresas públicas e das sociedades de economia mista não é irrestritamente livre, sendo imprescindível que haja motivação justa, sob pena do ato encerrar arbitrariedade. Ora, se nos moldes preconizados pelo *caput* do art. 37 da Carta

(6) Entretanto, quando a própria empresa estatal tiver elaborado um normativo interno que trate do processo disciplinar será obrigada a adotá-lo para fundamentar a punição, conforme o Enunciado n. 77 da Súmula do TST: "Punição de Empregado — Inquérito ou Sindicância Internos — Norma Regulamentar. Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa, por norma regulamentar."

Magna, a Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sujeita-se aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, exigindo a investidura em cargo ou emprego público apenas mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (inciso II do art. 37/CF), excetuando-se os cargos em comissão, evidente que tal tratamento deve estar presente também no ato da dispensa, sob pena de se fazer — letra morta — do Texto Constitucional, que visou a moralização das contratações e dispensas no setor. E, ao contrário do entendimento estampado através do acórdão regional, o Constituinte visou assegurar não apenas direitos de estatutários, mas também de empregados celetistas como a reclamante, pelo que competia à reclamada, antes de dispensar a empregada, proceder à devida motivação do ato. Imprescindível, portanto, que haja motivação justa, sob pena do ato encerrar arbitrariedade, que resulta nulo, acarretando, portanto, ao empregado a reintegração no emprego, com os demais direitos daí defluentes. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou no dia 20 de março de 2013 o recurso extraordinário 589.998 e decidiu que é obrigatória a motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho de empregados de empresas estatais. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 815-29.2012.5.03.0014. Relator Desembargador Convocado Valdir Florindo. 7ª Turma. 26 de junho de 2013.)

RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. REINTEGRAÇÃO FUNDAMENTADA NA FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO DE DISPENSA. DECISÃO DO STF. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 589.998-Piauí, em 20.3.2013, relator Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela necessidade de motivação do ato de dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, em atenção aos

princípios da impessoalidade e da isonomia. Logo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal afasta a aplicação da Orientação Jurisprudencial n. 247 da SBDI-1. Recurso de revista de que não se conhece. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 1281-03.2012.5.01.0071. Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda. 6ª Turma. 19 de novembro de 2014.)

Entretanto, a discriminação efetuada pelo STF, no sentido de que a necessidade de motivação para a dispensa de empregados apenas deve abranger as empresas estatais prestadoras de serviço público, parece não ser seguida nesses estritos termos pelo TST, já que seus acórdãos enfocam os argumentos do ingresso mediante concurso público e da observância dos princípios de direito público, chegando, inclusive, a adotar esse entendimento para a Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), empresa considerada pelo STF como destinada à exploração econômica e, por isso, não atingida pelas prerrogativas aplicáveis à Fazenda Pública.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO). IMÓVEL UTILIZADO PARA SEDIAR CONDUTOS DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO, COMBUSTÍVEIS OU DERIVADOS. OPERAÇÃO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRAS. MONOPÓLIO DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão que considerou tributável propriedade imóvel utilizada pela Petrobras para a instalação e operação de condutos de transporte de seus produtos. Alegada imunidade tributária recíproca, na medida em que a empresa-agravante desempenha atividade sujeita a monopólio. 2. É irrelevante para definição da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca a circunstância de a atividade desempenhada estar ou não sujeita a monopólio estatal. O alcance da salvaguarda constitucional pressupõe o exame (i) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (ii) do risco à concorrência e à livre-iniciativa e (iii) de

riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica. 3. A imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobras, pois: 3.1. Trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário; 3.2. A Petrobras visa a distribuição de lucros, e, portanto, tem capacidade contributiva para participar do apoio econômico aos entes federados; 3.3. A tributação de atividade econômica lucrativa não implica risco ao pacto federativo. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 285-716/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. 3 de março de 2010.)

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. MOTIVO DA DISPENSA DESCONSTITUÍDO EM JUÍZO. O eg. STF no julgamento do RE-589.998/PI decidiu que é necessária a motivação do ato de rescisão do contrato de trabalho do servidor empregado de empresas estatais e sociedades de economia mista, tanto da União quanto dos estados, municípios e do Distrito Federal, contratado após prévia aprovação em concurso público. Ou seja, consagrou a tese segundo a qual, o mesmo rigor exigido do empregado para o ingresso na Administração Pública deve ocorrer quando de seu egresso, em razão dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade, a que está adstrita. E, embora a Administração Pública indireta usufrua de regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o art. 173, §1º, II, da Carta Magna, inclusive no que diz respeito às obrigações trabalhistas, após a decisão do STF há necessidade de motivação do ato demissional. Isso porque, a liberdade de que gozam as empresas públicas, em razão do interesse público, não é absoluta, encontrando limites na própria Constituição Federal. Após a decisão do e. STF, é necessária a motivação do ato demissional do empregado público concursado, sob pena de revelar-se ilegal e abusiva, em

razão do interesse público subjacente. No caso dos autos, o fundamento utilizado pela reclamada para dispensar o reclamante fora desconstituído em juízo, o que torna o ato imotivado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista com Agravo n. 259400-82.2004.5.01.0481. Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. 21 de maio de 2014.)<sup>(7)</sup>

Quando restar comprovada a motivação do desligamento, por outro lado, o TST não acolhe a reclamação do trabalhador dispensado, como no caso transcrito abaixo em que o contexto probatório permitiu constatar que a empresa estatal reclamada fundamentou a dispensa pelo fato de a empregada reclamante ter-se recusado a ocupar outra vaga.

RECURSO DE REVISTA. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA. CONCURSADO. DISPENSA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. Recurso fundamentado em violação do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988 e contrariedade à Súmula 390 do TST e à Orientação Jurisprudencial n. 247 da e. SBDI. O e. TRT da 4ª Região considerou nula a dispensa do empregado ao fundamento de que, -Ainda que haja controvérsia acerca da necessidade de motivação dos atos discricionários, deve-se

(7) A PETROBRAS apresentou embargos de declaração para atacar essa decisão, sendo um dos argumentos para o recurso “que o entendimento do STF quanto à necessidade de motivação está adstrita às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, a teor da RE 589.998/PI e da ADI 1642, o que não é o caso da embargante, exploradora de atividade econômica”. O relator do acórdão, por sua vez, limitou-se a afirmar a “necessidade de motivação da dispensa do servidor empregado de sociedade de economia mista, que tenha ingressado em seus quadros por concurso público, caso dos autos, sob pena de revelar-se não somente ilegal, mas também abusiva, em razão do interesse público subjacente”, decidindo pela inexistência de contradição a ser sanada. (Embargos de Declaração em Recurso de Revista com Agravo n. 259400-82.2004.5.01.0481. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. 6 de agosto de 2014.) De maneira que a decisão embargada, salvo melhor juízo, não restou devidamente esclarecida no que tange à distinção entre exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público.

observar o seguinte: tendo sido atribuído motivo ao ato de dispensa, o referido desligamento estará submetido à legalidade e real existência do motivo indicado, sob pena de nulidade do ato e retorno ao *status quo ante*, em conformidade com a teoria dos motivos determinantes. No caso dos autos, o contexto probatório do caso vertente permitiu constatar que a ré fundamentou a dispensa obreira pelo fato dela ter-se recusado a ir para outra vaga (doc. fl. 59). Nos termos da Súmula n. 390, II, do TST e da Orientação Jurisprudencial n. 247 da e. SBDI-1, ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não era garantida a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal de 1988, sendo possível até mesmo a sua dispensa imotivada. Não haveria, portanto, que se falar em nulidade da dispensa nem em reintegração, tendo em vista que a empresa poderia, por ato unilateral, até mesmo dispensar o empregado imotivadamente. Entretanto, o excelso STF, ao julgar em composição plenária o recurso extraordinário n. RE-589.998/PI, deu-lhe provimento parcial para reconhecer a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição Federal e exigir-se *[sic]* a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho, vencidos parcialmente os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O Relator reajustou parcialmente seu voto. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem do advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos — ECT que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão (grifos não constantes do original) — acórdão publicado no DJe de 12/9/2013. Nesse contexto, inviável a aplicação da Súmula n. 390, II, do TST e da Orientação Jurisprudencial n. 247 da e. SBDI-1, *ex vi* da Súmula n. 401 do excelso STF. No entanto, *in casu*, conforme foi declinado no v. acórdão recorrido, há registro nos autos da motivação da dispensa, qual seja, recusa de ir para outra vaga (doc. fl. 59). Por conseguinte, a tese recorrida encontra-se em consonância com o julgamento em composição plenária do recurso extraordinário n. RE-589.998/PI, razão pela qual, indenem os arts. 7º, XXX, 37 e

41 da Constituição da República. Recurso de revista não conhecido, no tópico. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n. 865-83.2011.5.03.0113, 3ª Turma, 30 de outubro de 2013.)

Assim, verifica-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não mais considera que os empregados públicos das empresas estatais que prestam serviço público possam ser demitidos de maneira imotivada, desde o julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário n. 589.998/PI, em razão da exigência da realização de concurso para o ingresso nessas entidades, bem como pela influência dos princípios de direito público, com o intuito de evitar arbitrariedades. Sendo certo que o TST, mesmo que de uma forma não explicitamente fundamentada, ampliou esse entendimento para também abarcar as que exercem atividade econômica.

### **3. Posição doutrinária: necessidade de motivação independente da natureza da empresa estatal**

A doutrina brasileira que trata do assunto geralmente não entra no mérito do tipo de atividade exercida pela estatal como fez o STF por meio do RE n. 589.998/PI, somente concluindo pela necessidade de que sejam observados os princípios de direito público para a dispensa, afastando parcialmente as regras celetistas, em razão de a CF exigir a realização de concurso público para a admissão de empregados públicos, tal como aparentemente se posiciona o TST. Nesse sentido, por todos, cabe ser transcrita a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>(8)</sup>:

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se

(8) MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 205.

admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

(...)

Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Nos casos em que a empresa deva adotar uma política de contenção de despesas na área de pessoal ou que, por qualquer razão, convenha promover uma redução do quadro, deverão ser previamente anunciados os critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes, para que se possa aferir se o desligamento de tais ou quais empregados obedeceu a critérios impessoais, como tem de ser<sup>(9)</sup>.

Por outro lado, da mesma forma que o STF decidiu recentemente, alguns autores advogavam ser necessário identificar o tipo de atividade desempenhada pelas empresas estatais, de maneira que a ausência de motivação fulminaria de nulidade a demissão de empregados quando a empresa estatal fosse prestadora de serviço público, enquanto que na hipótese de exercer atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa privada, a dispensa imotivada poderia ocorrer se necessária aos imperativos da sobrevivência concorrencial<sup>(10)</sup>.

(9) O Ministro Ayres Britto, durante o julgamento do RE n. 589.998, sintetizou o pensamento de Celso de Mello da seguinte forma: "Então, quem não é livre para admitir não é livre para demitir."

(10) SALIM, Adib Pereira Netto. A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras

O ato de dispensa de empregados públicos configura ato administrativo, pois praticado por quem faz as vezes do Estado<sup>(11)</sup>, devendo ser motivado, em face dos princípios constitucionais que regem o exercício da função administrativa. O Estado empregador submete-se ao regime trabalhista, contudo, sofre também o influxo de princípios e regras de direito público, formando um regime híbrido. A própria CF revoga parcialmente a legislação trabalhista ao dispor que a contratação deve ser precedida de concurso público (art. 37, II) e estender aos empregados públicos a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções (art. 37, XVII). Assim, o Estado não possui o mesmo poder potestativo do empregador privado, já que se trata de relação jurídica que adquire o timbre da publicização, compelindo-o a motivar o ato de dispensa<sup>(12)</sup>.

Na seara dos contratos trabalhistas firmados por empresas privadas, Mauricio Godinho Delgado critica o fato de o direito brasileiro não ter incorporado, “como regra geral, a necessidade de motivação consistente para a rescisão unilateral por ato do empregador, exigindo causas jurídicas relevantes para seu exercício”, advogando, com isso, o “fim da

dispensa meramente arbitrária no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial”. A dispensa do empregado deve se basear em motivo relevante, seja disciplinar, “como ocorre com a dispensa por justa causa, tipificada na CLT, e enquadrada como resolução contratual”, seja em “técnico, econômico ou financeiro, segundo a Consolidação, casos em que a dispensa se enquadra como rescisão do contrato de trabalho (rescisão motivada, é claro)”<sup>(13)</sup>. Essas propostas apresentadas pelo insigne autor podem, por óbvio, ser aplicadas às relações celetistas das empresas estatais.

O fato da impossibilidade de os empregados públicos serem demitidos de maneira imotivada não se confunde com a estabilidade dos servidores públicos, como decidido pelo STF, pois a motivação do ato de dispensa simplesmente representa indicar os pressupostos de fato e de direito, sem necessariamente, apontar-se causas caracterizadoras de falta grave. Pode-se motivar o ato de dispensa com base em fundamentos jurídicos válidos alicerçados em pressupostos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, os quais caracterizariam ruptura contratual sem justa causa. Logo, não há relação entre motivação e estabilidade, mas sim o resguardo da Administração Pública contra o arbítrio<sup>(14)</sup>, pois “com a motivação da dispensa, o administrador aponta as razões de interesse público que justificaram o ato, além de livra-se de eventual acusação de perseguição ou arbitrariedade”<sup>(15)</sup>.

---

de atividades econômicas em regime de monopólio. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, Ribeirão Preto, v. 9, n. 103, p. 28, nov. 2006; OLIVA, José Roberto Dantas. Empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos: necessidade de motivação para despedir seus empregados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n.36, p. 109-134, p. 123, jan./jun. 2010.

- (11) FERRO, Marlúcia Lopes. *O Devido Processo Legal na Dispensa do Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2009. p. 80; FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 115; SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, p. 51-68, abr./jun. 2011, especialmente p. 59.
- (12) FREITAS, Ney José de. *Op. cit.*, p. 114-133; BEMQUERER, Marcos. *O Regime Jurídico das Empresas Estatais após a Emenda Constitucional n. 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 144-147.

(13) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 1203-1206.

(14) PORTO NETO, José Mário. Considerações acerca do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 119-128, jul./set. 2012, especialmente p. 127; BEMQUERER, Marcos, *op. cit.*, p. 148.

(15) LIMA FILHO, Claudio Dias. Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 140, jan./mar. 2010.

Com isso, aponta-se que não se está a afirmar ser obrigatória a realização de processo administrativo semelhante ao previsto na Lei n. 8.112/90 para a dispensa em todos os casos<sup>(16)</sup>, apenas que sejam assegurados ao empregado a ampla defesa e o contraditório, cabendo ao administrador decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico diante da omissão legislativa na disciplina da dispensa de empregados públicos<sup>(17)</sup>.

#### **4. Proposta de sistematização: critérios subjetivos e objetivos previstos em regulamento**

Esse estado de insegurança descrito acima existe, dentre outros motivos, pela ausência de definição legal de um regime jurídico para as empresas estatais. A União deveria ter editado uma lei de abrangência nacional, prevista no art. 173, § 1º, da CF, para estabelecer o Estatuto da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista aplicável às exploradoras de atividade econômica, bem como uma lei federal para regular as prestadoras de serviço público no âmbito da Administração Pública Federal<sup>(18)</sup>. Com uma normatização infraconstitucional, pelo menos na esfera federal, ter-se-ia a base para disciplinar as hipóteses e os procedimentos para se efetivar a dispensa do empregado público.

Enquanto as citadas leis não são editadas, com base na doutrina acima listada e na recente tendência da jurisprudência trabalhista, recomenda-se que a necessidade de motivação para o devido ato de dispensa do empregado público seja observada pelas empresas estatais. Assim, com o intuito de evitar decisões arbitrárias, as rescisões contratuais devem ser motivadas a partir de fatores disciplinares, caracterizando a justa causa (critérios subjetivos), ou fatores técnicos, econômicos ou financeiros, quando se dará sem justa causa

(critérios objetivos), sendo garantido o direito à prévia defesa por parte do empregado antes da dispensa ser efetuada. Além disso, em nome da segurança jurídica, é prudente que cada pessoa jurídica institua normativo interno para regular os procedimentos que serão adotados.

No caso de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, hipóteses que se encontram previstas no art. 482 da CLT, temos uma demissão motivada por critérios subjetivos, por se tratar de faltas graves cometidas pelo trabalhador, isto é, a motivação da demissão se encontra em uma infração disciplinar cometida. Nessas situações, o direito de defesa do empregado público deverá ser amplo e irrestrito, garantindo-lhe todos os meios de prova legítimos (documental, testemunhal, pericial etc.) e apresentação de uma defesa escrita para atacar as suspeitas de irregularidade que lhe tenham sido imputadas, cabendo a uma autoridade previamente determinada o julgamento dos fatos apurados ao final<sup>(19)</sup>, ao passo que, na demissão motivada sem justa causa, a arbitrariedade não se consumará quando ocorrer por expressos critérios objetivos, não imputáveis a fatos cometidos por determinado empregado, mas baseados em fatores técnicos, econômicos ou financeiros, tais como a necessidade de redução dos quadros de pessoal ou a supressão de determinado setor da empresa cuja atividade não mais interessa ao seu objetivo empresarial. O direito de defesa

(16) OLIVA, José Roberto Dantas, *op. cit.*, p. 121-122.

(17) SILVEIRA, Verena Sapucaia da, *op. cit.*, p. 60-62.

(18) BEMQUERER, Marcos, *op. cit.*, 2012, p. 177-184.

(19) Apesar de a ordem jurídica exigir a imediatividade da punição, isto é, “que a aplicação de penas trabalhistas se faça tão logo se tenha conhecimento da falta cometida”, (...) “esse prazo pode ampliar-se ou reduzir-se em função da existência (ou não) de algum procedimento administrativo prévio à efetiva consumação da punição. Se houver instalação de comissão de sindicância para apuração dos fatos envoltos à irregularidade detectada, por exemplo, obviamente que disso resulta um alargamento do prazo para consumação da penalidade, já que o próprio conhecimento pleno do fato, sua autoria, culpa ou dolo incidentes, tudo irá concretizar-se apenas depois dos resultados da sindicância efetivada.” (DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 704).

aqui terá uma natureza restrita em comparação à hipótese de justa causa, podendo limitar-se a oportunizar ao empregado que apresente uma manifestação escrita para impugnar a motivação de sua dispensa, por meio da qual apontaria que foi equivocadamente incluído no rol daqueles que serão demitidos, sendo certo que a norma interna da empresa deve estipular que será apreciada antes da efetivação da dispensa.

Assim, cabe à legislação, desde leis nacionais e federais até regulamentos internos, estabelecer as hipóteses de dispensa motivada dos empregados públicos e os procedimentos cabíveis para a realização desse ato, sendo necessário distinguir se a motivação se baseará em critérios subjetivos ou objetivos para definir a forma como ocorrerá a apresentação de defesa.

## 5. Conclusão

Como pôde ser observado, a jurisprudência dos Tribunais Superiores adota atualmente a posição expressa de que os empregados públicos das empresas estatais que prestam serviço público não podem ser demitidos de maneira imotivada, em razão da exigência da realização de concurso para o ingresso nessas entidades e pela influência dos princípios de direito público. Todavia, há decisões que, mesmo que de uma forma não explicitamente fundamentada, ampliam esse entendimento para também abarcar as que exercem atividade econômica, gerando uma situação de insegurança jurídica diante da inexistência de legislação para disciplinar o assunto.

A doutrina majoritária, por outro lado, aponta a necessidade de motivação independente da natureza da atividade exercida pela empresa estatal, por se tratar de ato administrativo, bem como que sejam assegurados ao empregado a ampla defesa e o contraditório antes da efetivação da dispensa.

Dessa forma, diante da omissão legislativa e com o intuito de estabelecer um regramento

claro para evitar arbitrariedades, cabe às próprias empresas estatais se adequarem aos rumos da jurisprudência, já antevistos pela doutrina, estabelecendo em normativos internos as hipóteses de dispensa motivada de seus empregados públicos e os procedimentos cabíveis para a realização desse ato, sendo necessário distinguir se a motivação se baseará em critérios subjetivos, enquadráveis como rescisão do contrato de trabalho por justa causa, ou objetivos, dispensa sem justa causa baseada em fatores técnicos, econômicos ou financeiros.

## 6. Referências bibliográficas

BEMQUERER, Marcos. *O Regime Jurídico das Empresas Estatais após a Emenda Constitucional n. 19/1998*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRO, Marlúcia Lopes. *O Devido Processo Legal na Dispensa do Empregado Público*. São Paulo: LTr, 2009.

FREITAS, Ney José de. *Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação*. Curitiba: Juruá, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIMA FILHO, Claudio Dias. Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado. *Revista Trabalhista Direito e Processo*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, jan./mar. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVA, José Roberto Dantas. Empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos: necessidade de motivação para despedir seus empregados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 36, p. 109-134, jan./jun. 2010.

PORTO NETO, José Mário. Considerações acerca do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 119-128, jul./set. 2012

SALIM, Adib Pereira Netto. A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos

ou exploradoras de atividades econômicas em regime de monopólio. *Revista Nacional de Direito do Trabalho*, Ribeirão Preto, v. 9, n. 103, nov. 2006.

SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, p. 51-68, abr./jun. 2011.

# A restrição da rescisão contratual do trabalhador vítima de acidente de trabalho e/ou doença ocupacional a partir de um novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal (diálogo das fontes)

Rosita de Nazaré Sidrim Nassar<sup>(\*)</sup> e Francisco Milton Araújo Júnior<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O presente trabalho analisa a fragilidade do contrato de trabalho das vítimas de acidentes laborais com sequelas limitadoras da capacidade profissional e, nessa perspectiva, propõem-se a construir uma base interpretativa constitucional consubstanciada na Teoria do Diálogo das Fontes que possibilite fixar parâmetros que restrinjam a rescisão contratual dos trabalhadores com sequelas acidentárias.

## Palavras-chave:

- ▶ Acidente de trabalho — Saúde e segurança no trabalho — Meio ambiente do trabalho — Interpretação constitucional.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Considerações iniciais
- ▶ 2. Acidentado de trabalho: dimensões da “chaga social”
- ▶ 3. Acidente do trabalho e o novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal (diálogo das fontes)
- ▶ 4. Conclusões
- ▶ 5. Referências bibliográficas

(\*) Professora da Universidade Federal do Pará – UFPA. Mestre pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro PUC/RJ. Doutora pela Universidade de São Paulo – USP. Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.

(\*\*) Juiz Federal do Trabalho – Titular da 5ª Vara do Trabalho de Macapá/AP. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Especialista em Higiene Ocupacional pela Universidade de São Paulo – USP. Professor das disciplinas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Faculdade SEAMA/AP e colaborador da Escola Judicial do TRT DA 8ª Região – EJUD8.

“Se você pensa que tudo o que faz é certo, lembre que o SENHOR julga as suas intenções. Faça o que é direito e justo, pois isso agrada mais a Deus do que lhe oferecer sacrifícios.”

(Provérbios, Capítulo 21, v. 2-3)

## 1. Considerações iniciais

As dolorosas notícias de ocorrência de acidentes<sup>(1)</sup> no ambiente de trabalho encontram-se cada vez mais presentes na sociedade contemporânea e afligem todas as nações do globo.

Notícias como soterramento de 89 (oitenta e nove) mineiros no dia 30 de março de 2013, na China<sup>(2)</sup>, ou da morte do alemão Moritz Erhardt no dia 15 de agosto de 2013, estagiário de 21 anos do Bank of America-Merril Lynch, em Londres, que, de acordo com o jornal britânico “The Independent”, estava praticamente sem dormir há três dias conectado nas atividades profissionais<sup>(3)</sup>, ou mesmo a morte de Marcleudo de Melo Ferreira, de 22 anos, natural de Limoeiro do Norte, no Ceará, no dia 14 de dezembro de 2013, que caiu de uma altura de 35 (trinta e cinco) metros quando trabalhava na montagem da cobertura do estádio que sediou a Copa do Mundo, em Manaus<sup>(4)</sup>, integram o cotidiano da mídia nacional e internacional, demonstrando a realidade nefasta das precárias condições de labor a que são submetidos os trabalhadores.

O trabalho, como meio de materialização de conquistas pessoais, tem se tornado motivo de dor, sofrimento e desestruturação familiar, seja

por provocar sequelas de ordem física e/ou psicológica no trabalhador, seja por propiciar a ocorrência do próprio óbito do trabalhador.

Nessa dramática realidade, aflora a busca de mecanismos para tornar o *habitat* laboral mais hígido, seguro e saudável, como forma de assegurar a concretude da garantia constitucional da dignidade humana.

Em reação à legítima busca da gestão humanizada do empreendimento econômico, vozes pragmáticas representando o capital estabelecem o contraponto a partir do discurso de que o acidente do trabalho é fruto do acaso ou do descuido do próprio trabalhador, e que a solução deve ser pelo viés da reparação pecuniária da vítima.

Nessa perspectiva, pode-se destacar a entrevista do secretário da Copa em Manaus, Miguel Capobianco, à BBC de Londres, na qual é categórico em afirmar que a “preguiça” dos trabalhadores é a causa dos acidentes de trabalho ocorridos na Arena construída em Manaus.

Nas palavras do próprio Miguel Capobianco: “Usar o equipamento de segurança às vezes é chato e nem todos gostam de estar usando. O operário às vezes abre mão por preguiça, então ele relaxa ... infelizmente, os dois acidentes aconteceram por uma questão básica de não cuidado do trabalhador no uso correto do equipamento.”<sup>(5)</sup>

Ainda que, por delimitação temática, não se aprofunde na análise das causas dos acidentes de trabalho, cabe destacar que o prognóstico limitado da ocorrência do acidente de trabalho como decorrente de ato isolado do trabalhador encontra-se suplantado pela compreensão da multiplicidade de elementos desencadeadores de acidentes a que se encontra exposto o trabalhador<sup>(6)</sup>.

(1) No presente estudo, será utilizada expressão acidente de trabalho em sentido lato, de modo a abranger as formas de acidente típico como também as doenças ocupacionais, consoante preceituam os arts. 19 e 20, da Lei n. 8.213/91.

(2) Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/asia/china-chance-de-sobrevivencia-de-83-mineiros-soterrados-e-minima,7f9ff8587a2bd310VgnCLD2000000dc6eb0aRCRD.html>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(3) Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/08/1329403-estagiario-de-banco-morre-apos-trabalhar-tres-dias-seguidos.shtml>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(4) Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2013/12/operario-morre-ao-despencar-em-obrara-arena-da-amazonia.html>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(5) Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/01/140124\\_estadio\\_manaus\\_rm.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/01/140124_estadio_manaus_rm.shtml)> Acesso em: 3 fev. 2014.

(6) Para aprofundamento sobre o assunto, vide em PEREIRA BINDER, M. C.; MUNIZ DE ALMEIDA, I. Acidentes do

Sobre a perspectiva da solução reducionista da reparação pecuniária do acidente de trabalho, Tom Dwyer explicita a ótica do capital ao comentar que “na área da indenização, a vida humana, os braços e as pernas são reduzidos a quantias calculadas que têm como referência as tabelas legalmente padronizadas ou determinadas pelo segurador. Cálculos atuariais induzem muitos empregadores a considerar os acidentes e sua indenização como parte normal do negócio”<sup>(7)</sup>.

Observa-se que a frieza do capital em reconhecer as consequências do acidente de trabalho como mero componente que integra os custos do empreendimento econômico deve ser suplantada pela busca de instrumentos jurídicos adequados que assegurem a efetividade dos princípios estruturantes da ordem econômica no Brasil, em especial da otimização da valorização do trabalho humano e função social da propriedade, conforme estabelece o art. 170, da Constituição Federal.

Dessa forma, objetivando prevenir a ocorrência de acidentes de trabalho, deve-se priorizar a implementação dos mecanismos de segurança no trabalho pelo empreendimento econômico, mecanismos estes que perpassam pelas fases de antecipação, identificação, avaliação e controle dos riscos ocupacionais<sup>(8)</sup>.

Em caso da ocorrência do acidente de trabalho que resulte em limitação da capacidade laborativa, deve-se buscar a implementação de garantias constitucionais que possam assegurar ao obreiro o direito ao “primado do trabalho”, estabelecido no art. 193, da Constituição Federal.

---

Trabalho: Acaso ou Descaso? In: MENDES, René. (Org.). *Patologia do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2005. p. 779-786. v. I.

(7) DWYER, Tom. *Vida e morte no trabalho: acidente do trabalho e a produção social do erro*. Campinas: Unicamp, 2006. p. 60.

(8) Para aprofundamento sobre o assunto, vide em ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença Ocupacional e Acidente de Trabalho*. Análise Multidisciplinar. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 29-35.

Concentrando-se nesse último aspecto, Elisabete Cestari comenta que o trabalhador acidentado com limitação da capacidade laborativa sofre dupla exclusão, ou seja, “a primeira é econômica, uma vez que o indivíduo perde a sua condição de trabalhador produtivo e ganha a denominação de ‘segunda classe’. E a segunda é a social, pois o trabalhador deixa de ser um sujeito autônomo, torna-se inválido, dependente e vítima de preconceitos”<sup>(9)</sup>.

O trabalho, como afirmação social do cidadão perante o próprio indivíduo, a sua família e a comunidade em geral, passa também a agregar sentimentos de inutilidade e desprezo para os trabalhadores acidentados com limitação na capacidade laborativa em face da frágil manutenção do trabalho, haja vista que a análise isolada das normas jurídicas e, por conseguinte, desarraigadas da principiologia constitucional, apenas reconhece a garantia de emprego para esses trabalhadores por 12 (doze) meses (art. 118, da Lei n. 8.213/91), de modo que, depois desse período de estabilidade acidentária, teoricamente a empresa poderia livremente rescindir o contrato de trabalho.

Registra-se que o art. 93, da Lei n. 8.213/91, reconhece a esse trabalhador acidentado, quando enquadrado como reabilitado ou pessoa portadora de deficiência, garantia de emprego nas empresas com mais de 100 (cem), desde que inserido no percentual de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) do número de empregados.

Findada a estabilidade acidentária de 12 (doze) meses e não sendo o trabalhador beneficiário da garantia de emprego fixada pelo art. 93, da Lei n. 8.213/91, seja porque a empresa possui menos de 100 (cem), seja porque o trabalhador não se enquadra como reabilitado ou pessoa portadora de deficiência, seja porque a empresa contratou outro trabalhador

---

(9) CESTARI, Elisabete; CARLOTTO, Mary Sandra. Reabilitação profissional: o que pensa o trabalhador sobre sua reinserção. *Revista de Estudos e Pesquisa em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 95, 2012.

reabilitado ou portador de deficiência para integrar a cota legal do mencionado dispositivo legal, teoricamente, repetimos, com base na análise isolada das normas jurídicas e, por conseguinte, desarraigada da principiologia constitucional, poderá a empresa livremente rescindir o contrato de trabalho.

A realidade do “descarte” do trabalhador acidentado pela empresa é algo comum e, de acordo com Helcio Davi de Freitas, ocorre mediante uma ação sincronizada do órgão previdenciário e do empregador, haja vista que o INSS “apressa o retorno do trabalhador às suas atividades laborais, muitas vezes sem que haja uma recuperação total, e o empregador, percebendo a fragilidade do trabalhador, o despede logo ao final do período de estabilidade, a fim de ‘evitar maiores complicações’, ou até mesmo antes, confiando na desinformação do empregado”<sup>(10)</sup>.

Nesse ponto, a partir da compreensão da fragilização do pacto laboral dos trabalhadores acidentados com limitação na capacidade laborativa e da necessidade do resgate da garantia constitucional de que “a ordem social tem como base o primado do trabalho” (art. 193, da Constituição Federal), propõem-se no presente artigo a construção de uma base interpretativa constitucional consubstanciada na Teoria do Diálogo das Fontes que possibilite fixar parâmetros que restrinjam a rescisão contratual dos trabalhadores com sequelas acidentárias.

## 2. Acidentado de trabalho: dimensões da “chaga social”

Os dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstram que cerca de 2,34 milhões de acidentes de trabalho com vítimas fatais ocorrem por ano em todo o mundo, o que equivale a uma média diária de 5.500 mortes e representa um gasto de 4% do Produto

(10) FREITAS, Helcio David de. *A Estabilidade Acidentária e a Súmula n. 378 do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/pagina\\_geral.do?secao=31&pagina=Revista\\_57\\_n\\_2\\_2006](http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_57_n_2_2006)> Acesso em: 3 fev. 2014.

Interno Bruto (PIB) mundial ou cerca de 2,8 trilhões de dólares<sup>(11)</sup>.

A análise das repercussões do acidente de trabalho na sociedade brasileira pode ser iniciada a partir dos dados estatísticos do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) que demonstram que o Brasil figura entre os recordistas mundiais em acidentes laborais, estando na quarta colocação mundial em número de acidentes fatais de trabalho, com média de uma morte a cada 3,5 horas de jornada de trabalho e com gastos de cerca de R\$14 bilhões por ano com acidentes de trabalho<sup>(12)</sup>.

Cabe destacar que as estatísticas do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) não refletem a quantidade real de acidentes e das doenças laborais ocorridas no país, haja vista que apenas consideram as comunicações regulares ao órgão previdenciário que afetaram trabalhadores com Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) devidamente anotada, de modo que, de acordo com Caio Zinet<sup>(13)</sup>, em razão das subnotificações, os dados oficiais de acidente de trabalho tendem a ser 30% (trinta por cento) inferiores ao real quantitativo de acidentes.

Analisando propriamente os dados do Ministério da Previdência e Assistência Social, verifica-se que no ano de 2006<sup>(14)</sup> foram concedidos 2.454.719 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta e quatro mil e setecentos e dezenove)

(11) Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/oiptede-acao-mundial-urgente-para-combater-doencas-relacionadas-com-o-trabalho>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(12) Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/defesa-e-seguranca/2013/04/acoes-marcam-o-dia-mundial-da-seguranca-e-saude-no-trabalho>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(13) ZINET, Caio. *Condições pioram, acidentes aumentam*: número de acidentes de trabalho aumenta na última década, preocupa sindicatos e organismos internacionais, que culpam a forma de produção. Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/artigoaaaf5fe5b423f847831c33897ce50c3a.pdf>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(14) Disponível em: <[http://www1.previdencia.gov.br/aeps2006/15\\_01\\_20\\_01.asp](http://www1.previdencia.gov.br/aeps2006/15_01_20_01.asp)> Acesso em: 3 fev. 2014.

benefícios previdenciários e no ano de 2012<sup>(15)</sup> foram concedidos 4.957.681 (quatro milhões, novecentos e cinquenta e sete mil e seiscentos e oitenta e um), o que corresponde a um aumento de 99,81% em 06 (seis) anos.

As estatísticas do Ministério da Previdência e Assistência Social de 2006 a 2012 demonstram que as ocorrências dos acidentes laborais continuam crescendo no país, com a elevação, por exemplo, de 200.199 (duzentos mil, cento e noventa e nove) benefícios de pensão por morte em 2006 para 399.295 (trezentos e noventa e nove mil, duzentos e noventa e cinco) em 2012 e de 118.006 (cento e dezoito mil e seis) benefícios de aposentadoria por invalidez em 2006 para 182.818 (cento e oitenta e dois mil, oitocentos e dezoito) em 2012, o que corresponde a um aumento, respectivamente, de 99,12% na concessão de benefícios de pensão por morte e de 54,18% na concessão de benefícios de aposentadoria por invalidez no ano de 2012.

Os números, ainda que alarmantes, demonstram uma realidade fria e objetiva que talvez não permita transparecer a dor e o sofrimento que afligem milhares de pessoas, como a de um trabalhador acidentado, de 20 anos, que teve queimaduras generalizadas por todo o corpo e perdeu um braço na altura do ombro, que relata, com suas próprias palavras, a dramática realidade: “Fiz outra cirurgia (a terceira) para enxerto, fiquei três dias internado; aí passei por outra perícia média. Aí o médico perguntou que se eu quisesse aposentar arrumava os papéis para mim, aí o médico que amputou disse que eu não precisava aposentar que a firma ia ficar comigo. Eu não queria aposentar. Se eu desse produção para a firma em algum serviço que ela me arranjasse... Aí eu tô esperando.”<sup>(16)</sup>

(15) Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/aeaps-2012-anuario-estatistico-da-previdencia-social-2012/aeaps-2012-secao-i-beneficios/aeaps-2012-secao-i-beneficios-subsecao-a/aeaps-2012-secao-i-beneficios-subsecao-a-beneficios-concedidos-tabelas/>> Acesso em: 3 fev. 2014.

(16) COHN, Amélia et alii. *Acidentes do trabalho. Uma forma de violência*. São Paulo: Brasiliense, 1985. p. 56.

Observa-se que a narração do jovem trabalhador acidentado vai além da descrição das terríveis marcas físicas e psicológicas do malfado processo produtivo, pois, muito mais do que o lamento pelas sequelas do acidente, esse trabalhador, como as demais vítimas de graves acidentes laborais, manifesta o seu desejo de viver com esperança e dignidade mediante o desempenho do seu trabalho ou, em outras palavras, o trabalhador, com o corpo mutilado, permanece com a esperança de que a sua dignidade, enquanto cidadão e trabalhador, não seja ceifada.

A situação de fragilidade social do trabalhador vítima de acidente de trabalho se exacerba quando a situação de debilidade da capacidade laborativa passa a ser a causa indutora da restrição das oportunidades de trabalho, de modo que os longos períodos de desemprego passam a desencadear no trabalhador cada vez mais os sentimentos de inutilidade e fracasso.

Amélia Cohn comenta que “a condição de acidentado não é somente a de força de trabalho sucateada, mas a de cidadão sucateado... o traço comum a todos os trabalhadores que sofreram um acidente do trabalho com lesões graves ou que foram acometidos por uma doença que os transformam em força de trabalho temporariamente desativada é o da perda da individualidade e do controle do seu destino”<sup>(17)</sup>.

Nesse cenário, verifica-se que o trabalhador com seqüela do acidente enfrenta diferentes interfaces de um mesmo problema, ou seja, a incapacidade decorrente do acidente de trabalho traz afetações de ordem física e psíquica, inclusive com possível dependência medicamentosa, como também restringe o mercado de trabalho, afetando financeiramente a vida do trabalhador e de seus familiares, provocando, por conseguinte, uma reorganização na estrutura familiar, seja pelo ingresso precoce de filhos menores no mercado de trabalho, seja pelo

(17) *Op. cit.*, p. 53 e 118.

retorno ao mercado de trabalho de genitores idosos, seja pelo aprofundamento da crise financeira da família, que passa a conviver com profundo estado de miserabilidade.

Observa-se que o resgate da dignidade do trabalhador acidentado perpassa pela efetivação do direito ao trabalho, conforme preceitua o ordenamento constitucional, ou seja, rejeitando-se a figura da incapacidade e/ou inutilidade do trabalhador acidentado, deve-se considerá-lo como trabalhador produtivo com habilidade diferenciada.

Elisabete Cestari comenta que, nessa perspectiva, deve-se buscar uma nova identidade profissional para o trabalhador com restrição da sua capacidade de trabalho em razão do acidente, haja vista que “o trabalhador sente necessidade de reconstruir a própria identidade, vulnerada pela impossibilidade de realização das atividades que realizava anteriormente e pelo fato de não saber mais, exatamente, quais são seus limites e suas possibilidades. A reconstrução da identidade implica na busca de um novo sentido para a sua vida, seja através da readaptação à atividade laborativa, quando a lesão causar incapacidade apenas parcial para o trabalho, seja na busca de uma nova forma de trabalho possível, diante da incapacidade total para realização da atividade realizada antes do agravo”<sup>(18)</sup>.

Na dignificação do trabalhador acidentado, portanto, torna-se essencial a implementação de mecanismos normativos que, alicerçados na valorização do trabalho humano e função social da propriedade (art. 170, da Constituição Federal), possibilitem o efetivo exercício do direito ao trabalho, seja mediante a readaptação em face da perda parcial da capacidade laborativa, seja com o desenvolvimento de novas habilidades do trabalhador acidentado em razão da perda total da capacidade laborativa para a atividade anteriormente exercida, sendo de fundamental importância para cumprimento

(18) *Op. cit.*, p. 108.

desses objetivos a restrição da dissolução do pacto laboral desses trabalhadores com sequelas acidentárias.

### **3. Acidente de trabalho e o novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal (diálogo das fontes)**

A realidade fática de exclusão social dos trabalhadores acidentados que, nas palavras de Edvânia Ângela de Souza Lourenço, “expõe pessoas como ‘desprezíveis’ do ponto de vista da concorrência do mercado de trabalho”<sup>(19)</sup>, impulsiona a busca de um novo cenário interpretativo que possibilite a utilização do instrumental normativo vigente para efetivo exercício do direito ao trabalho por meio da restrição da ruptura pacto laboral.

Esse caminhar interpretativo de busca pela prevalência da dignidade do trabalhador na gestão do pacto laboral quando da análise do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, inicia-se pela ação que Eros Roberto Grau denomina de “desnudar a norma”, ou seja, “a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, invólucra no enunciado (texto ou disposição); o intérprete a desnuda... ao interpretar os textos normativos, o intérprete toma como objeto de compreensão também a realidade em cujo contexto dá-se a interpretação, no momento histórico em que ela se dá... por isso a norma se encontra em potência, apenas parcialmente contida no invólucro do texto”<sup>(20)</sup>.

A análise do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, demonstra que a ordem constitucional estabelece a proteção da relação de emprego e da respectiva vedação contra a dispensa arbitrária

(19) LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza; BERTANI, Íris Fenner Bertani. Saúde do trabalhador no SUS: desafios e perspectivas frente à precarização do trabalho. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 32, p. 126, jan./jun. 2007.

(20) GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 82-84.

ou sem justa causa, prevendo a regulação por lei complementar.

Neste primeiro aspecto, cabe destacar, com muita clareza, que a especificação pelo texto constitucional “nos termos de lei complementar” não desnatura e/ou esvazia o pressuposto da garantia constitucional do reconhecimento da proteção da relação de emprego e da respectiva vedação contra a dispensa arbitrária, porém remete ao intérprete a buscar das potencialidades da norma, de modo que, ao desnudá-la, retire do seu invólucro suas potencialidades, aplicando-a em consonância com as necessidades sociais como forma de se garantir a máxima efetividade do direito ao trabalho que é consagrado pela Carta Republicana de 1988 como direito fundamental (arts. 6º e 7º).

A necessidade social, portanto, impulsiona a busca da solução jurídica pelo intérprete do ordenamento, inclusive Eros Roberto Grau comenta que essa situação possibilita que “uma norma social se transforme em jurídica. Isso ocorre quando a massa das consciências individuais em determinada sociedade, admite que a reação social contra sua violação pode — e, portanto, deve — ser socialmente organizada... a norma jurídica não é um comando imposto por uma vontade superior a uma vontade subordinada, mas um produto cultural, disciplina que assegura a permanência do grupo social”<sup>(21)</sup>.

Na busca pela efetividade da norma, observa-se que Ana Paula de Barcellos, ao tratar dos princípios fundamentais e da vedação do retrocesso, estabelece “dois efeitos gerais pretendidos por tais princípios: (i) a aplicação imediata e/ou efetividade dos direitos fundamentais; e (ii) a progressiva ampliação de tais direitos fundamentais”<sup>(22)</sup>, sendo que, nessa última hipótese (item ii), complementa Ana

Paula de Barcellos, “esse propósito fica muito claro tanto no art. 5º, § 2º, como no *caput* do art. 7º”<sup>(23)</sup>.

Seguindo essa sistemática estabelecida por Ana Paula de Barcellos, constata-se que o pilar constitucional da proteção da relação de emprego e da respectiva vedação contra a dispensa arbitrária, como direito fundamental, deve ser progressivamente aplicado por meio de mecanismos interpretativos que possibilitem a retirada do invólucro limitador e, em consonância com os anseios sociais, proporcionem a aplicação imediata e efetiva dos direitos fundamentais.

Não resta dúvida de que esse desafio da progressiva aplicação do direito fundamental ao trabalho, em especial no caso do obreiro com sequela acidentária, na qual se centraliza a presente análise, tende a ser cada vez mais objeto de demandas judiciais para construção de caminho interpretativo que o torne efetivo e eficaz, pois, como comenta Luís Roberto Barroso, “é forçoso concluir que muitos direitos deixaram de se tornar efetivos por omissão dos titulares ou de seus advogados; a estes terá faltado, ao menos em certos casos, alguma dose de ousadia para submeter à tutela jurisdicional fundadas diretamente no texto constitucional”<sup>(24)</sup>.

A ousadia de levar ao Poder Judiciário a aplicabilidade do direito fundamental mesmo em face da não edição da lei complementar pode ser verificada, por exemplo, no caso das aposentadorias especiais dos servidores públicos (art. 40, § 4º, da Constituição Federal) e, no caso da não edição de lei especial, pode ser verificada no exercício do direito de greve pelos servidores públicos.

No caso das aposentadorias especiais dos servidores públicos (art. 40, § 4º, da Constituição Federal), o Supremo Tribunal Federal

(21) GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80-81.

(22) BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 84.

(23) *Op. cit.*, p. 84.

(24) BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 140.

(STF), no mandado de injunção impetrado contra o Presidente da República por servidor federal do Ministério da Saúde, como forma de dar eficácia ao direito fundamental do trabalhador à aposentadoria, reconheceu o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço em razão do labor insalubre mediante a utilização dos parâmetros do regime geral de previdência (Lei n. 8.213/91 — art. 57), haja vista que o art. 40, § 4º, da Constituição Federal, que trata especificamente da matéria atinente à contagem de tempo para aposentadoria de atividades exercidas em condições especiais, exige a regulamentação em lei complementar que ainda não foi editada<sup>(25)</sup>.

Nessa mesma linha de entendimento, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no dia 02.08.2010, à unanimidade, concedeu a ordem, reconhecendo aos servidores públicos a contagem diferenciada do tempo de serviço em razão do labor insalubre mediante a utilização dos parâmetros do regime geral de previdência (Lei n. 8.213/91 — art. 57), nos termos do voto do relator Ministro Marco Aurélio, nos MI ns. 835/DF, 885/DF, 923/DF, 957/DF, 975/DF, 991/DF, 1.083/DF, 1.128/DF, 1.152/DF, 1.182/DF, 1.270/DF, 1.440/DF, 1.660/DF, 1.681/DF, 1.682/DF, 1.700/DF, 1.747/DF, 1.797/DF, 1.800/DF, e 1.835/DF<sup>(26)</sup>.

Com relação ao exercício do direito de greve por servidor público, o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou três mandados de injunção impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo — SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa — SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do

Pará — SINJEP, em que se pretendia que fosse garantido aos seus associados o exercício do direito de greve previsto no art. 37, VII, da Constituição Federal, de modo que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria, conheceu dos mandados de injunção e acolheu a aplicação, no que couber, da Lei n. 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada (MI n. 670/ES, relator originário Ministro Maurício Corrêa, relator para o acórdão Ministro Gilmar Mendes, em 25.10.2007; MI n. 708/DF, relator Ministro Gilmar Mendes, em 25.10.2007; MI n. 712/PA, relator Ministro Eros Grau, 25.10.2007)<sup>(27)</sup>.

No caso específico do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, que estabelece a proteção da relação de emprego e da respectiva vedação contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, prevendo a regulação por lei complementar, observa-se que ainda não houve apreciação em sede mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Analisando a temática da proteção da relação de emprego, verifica-se que, no solo constitucional, tem-se por consagrado o direito fundamental ao trabalho, a proteção da relação de emprego e da vedação contra a dispensa arbitrária, porém, para estendermos a aplicabilidade conjunta desses direitos fundamentais ao trabalhador com seqüela de acidente laboral, em consonância com os anseios e as necessidades sociais, torna-se necessário estabelecer um *link* entre as fontes do direito, como a CLT e as normas internacionais, por meio dos valores constitucionais, de modo que as fontes passam a dialogar como forma de buscar a aplicação da justiça e da equidade, conforme preceitua Erik Jayme, na obra “*Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*”<sup>(28)</sup>, que idealizou a Teoria do Diálogo das Fontes.

(25) Mandado de Injunção n. 998. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Data de Julgamento: 15.4.2009.

(26) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>> Acesso em: 10 fev. 2014.

(27) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>> Acesso em: 10 jan. 2014.

(28) JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye.

A Teoria do Diálogo das Fontes, desenvolvida na Alemanha pelo professor Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, foi trazida para o Brasil pela professora Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que coordenou a obra coletiva “Diálogo das Fontes — Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro”, publicada pela Editora Revista dos Tribunais no ano de 2012.

Sobre a Teoria do Diálogo das Fontes, Claudia Lima Marques comenta que “a bela expressão do mestre de Heidelberg é semiótica e autoexplicativa: *di-a-logos*, duas ‘lógicas’, duas ‘leis’ a seguir e a coordenar um só encontro no ‘a’, uma ‘coerência’ necessariamente ‘a restaurar’ os valores deste sistema, desta ‘nova’ ordem das fontes, em que uma não mais ‘re-vo-ga’ a outra (o que seria um mono-logo, pois só uma lei ‘fala’), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial pela luz dos direitos humanos”<sup>(29)</sup>.

Na perspectiva da aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes no novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, deve-se buscar, no ordenamento pátrio e internacional, o liame entre as normas que asseguram o exercício do direito ao trabalho, bem como das normas de saúde e segurança no trabalho, estabelecendo um vínculo interpretativo a partir dos valores constitucionais.

Analisando a ordem constitucional, verifica-se que a Carta Republicana de 1988, ao fixar as garantias fundamentais, estabelece como princípios estruturantes a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), os valores sociais do trabalho (art. 1º, inciso IV) e a promoção da igualdade de oportunidades (art. 3º, inciso IV).

Haye; Nijhoff, 1995. Fonte: <[http://nijhoffonline.nl/book?id=er251\\_er251\\_009-267](http://nijhoffonline.nl/book?id=er251_er251_009-267)> Acesso em: 10 fev. 2014.

(29) MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.). *Diálogo das Fontes — Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 26-27.

Sobre a dignidade humana, Mauricio Godinho Delgado ressalta que “alçou o princípio da pessoa humana, na qualidade de princípio próprio, ao núcleo do sistema constitucional do país e ao núcleo do sistema jurídico, político e social. Passa a dignidade a ser, portanto, princípio (logo, comando jurídico regente e instigador). Mas, não só: é princípio fundamental de todo o sistema jurídico (...) A dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, fim, objetivo de toda a ordem econômica”<sup>(30)</sup>.

No mesmo sentido, Ana Paula de Barcellos afirma que “a partir da Constituição de 1988, é certo que a dignidade da pessoa humana tornou-se o princípio fundante da ordem jurídica e a finalidade principal do Estado, com todas as consequências hermenêuticas que esse *status* jurídico confere ao princípio”<sup>(31)</sup>.

Observa-se que a elevação da dignidade humana ao patamar máximo do ordenamento fundamental proporcionou a limitação dos atos praticados pelo Estado ou por terceiros que atente contra a dignidade do ser humano (dimensão negativa), sendo lícito desconstituir qualquer tipo de ato praticado pelo Poder Público ou por particulares que acarrete a degradação do ser humano, ou seja, a redução do homem à condição de mero objeto.

Verifica-se também que a Constituição Federal estabeleceu como pilares estruturantes o valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV) e a promoção da igualdade de oportunidades (art. 3º, inciso IV), de modo que esses valores devem conduzir e orientar as relações socioeconômicas como forma de assegurar “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”, consoante estabelece o preâmbulo da Carta Magna.

(30) DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. In: SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 76-77.

(31) *Op. cit.*, p. 279.

Sobre o valor do trabalho, Ana Claudia Redcker ressalta que “ter como base o primado do trabalho significa colocar o trabalho acima de qualquer outro fator econômico, por se entender que nele o homem se realiza com dignidade. Este princípio se traduz no reconhecimento de que o trabalho constitui o fator econômico de maior relevo, entendendo-se até, por vezes, que é o único originário”<sup>(32)</sup>.

Gomes Canotilho também comenta que “a Constituição erigiu o trabalho, o emprego, os direitos dos trabalhadores e a intervenção democrática dos trabalhadores em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia econômica social”<sup>(33)</sup>.

Ainda, na ótica da integração do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV) e da promoção da igualdade de oportunidades (art. 3º, inciso IV), verifica-se que a relação jurídica do contrato de trabalho envolve partes economicamente desiguais, ou seja, envolve o capital e o trabalhador, porém, observando a escala da vulnerabilidade diante do capital, verifica-se que o trabalhador com sequela acidentária possui vulnerabilidade agravada, o que restringe ainda mais suas possibilidades de pactuação laboral, de modo que, nessas situações, o valor social do trabalho apenas tende a se materializar com a adoção de ações de promoção da igualdade de oportunidades que beneficiem diretamente esses trabalhadores com sequelas acidentárias.

Esse olhar constitucional que estabelece proteção especial ao trabalhador com sequela acidentária em razão do agravamento da vulnerabilidade pode ser comparado, *mutatis*

*mutantis*, à proteção diferenciada atribuída, de acordo com as peculiaridades, a alguns consumidores específicos, conforme estabelece o ministro Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin no Acórdão do REsp n. 586.316/MG/STJ:

“Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.” (grifo nosso)

De acordo com Claudia Lima Marques, a inserção das garantias constitucionais nas relações sociais “trata-se de um diálogo entre valores constitucionais, de proteção de sujeitos vulneráveis nas relações privadas, a levar a uma verdadeira eficácia horizontal de direitos fundamentais (*Drittwirkung*), humanizando ou constitucionalizando o direito privado”<sup>(34)</sup>.

Estando estabelecida a estrutura principiológica constitucional, passa-se a analisar, no ordenamento pátrio e internacional, as normas que asseguram o exercício do direito ao trabalho, bem como das normas de saúde e segurança no trabalho.

O direito ao trabalho, que é consagrado no texto constitucional (arts. 6º, 7º e 193), foi reconhecido no art. 23, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948 (Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas), que estabelece: “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.” (inciso I)

Ante o exercício do direito ao trabalho e a respectiva proteção contra o desemprego, consonante estabelece o ordenamento constitucional brasileiro e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, contrapõem-se o capital econômico que, alicerçado na retórica da meritocracia e da livre-iniciativa, suscita

(32) REDECKER, Ana Claudia. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores Científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Coordenadores Editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 2105.

(33) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003. p. 347.

(34) *Op. cit.*, p. 26-27.

maior liberdade para gerir o empreendimento econômico-financeiro, inclusive para poder livremente rescindir de forma unilateral o contrato de trabalho quando entender necessário, pois, consoante José Dari Krein, “os negócios se organizam, buscando viabilizar a produção com baixos custos em locais sem tradição sindical, sem proteção social e com uma condição de vida muito rebaixada, o que permite ao capital pagar salários muito baixos e oferecer precárias condições de trabalho”<sup>(35)</sup>.

Antonio Baylos Grau e Joaquín Pérez Rey comentam que “a dispensa pretende situar-se no marco de uma conduta puramente econômica, a privação dos meios de renda de uma pessoa para isolar esse referente de sua repercussão em termos sociais e de acesso à participação democrática em termos de direitos. A segurança do trabalhador diante do trabalho, contraposto às noções de flexibilidade e adaptabilidade do trabalho prestado em regime de alienação e dependência, mede-se em termos da renda econômica que é colocada à disposição do trabalhador. A consideração monetária do ato de dispensar é que guia as chamadas ‘trajetórias de emprego’. Mas, desta forma, ignora-se, conscientemente, que este ato coloca em crise os modelos culturais e sociais que regem uma forma de vida em sociedade, e o próprio elemento histórico e moral que contém todo processo de determinação do valor da força de trabalho global. A dispensa, como ato irruptivo, expulsa o trabalhador a um espaço desertizado — o não trabalho — em que se estabelece o pesadelo do sem-trabalho, ou seja, da propriedade como regra de vida, com repercussões nos vínculos afetivos, familiares e sociais”<sup>(36)</sup>.

Observa-se que esse contexto de fragilidade do trabalhador diante do capital torna-se ainda

---

(35) KREIN, José Dari. O capitalismo contemporâneo e a saúde do trabalho. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, p. 194, jul./dez. 2013.

(36) GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. *A dispensa ou a violência do poder privado*. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009. p. 43.

mais enfático quando o obreiro possui seqüela acidentária, haja vista que nesta situação o trabalhador, dentro da sistemática economicista, não é considerado nem mesmo como excedente de mão de obra, pois o empreendimento econômico não objetiva aproveitá-lo e sim excluí-lo do mercado de trabalho por não se adequar à normalidade do sistema produtivo que pressupõe maiores lucros na uniformidade da produção e menores investimentos na adequação do meio de produção às características pessoais do trabalhador.

Os valores que envolvem e fundamentam a rescisão do contrato de trabalho, portanto, devem ser efetivamente definidos e reconhecidos pelos valores sociais, pois, do contrário, consoante estabelecem Antonio Baylos Grau e Joaquín Pérez Rey, a dispensa do empregado se manifestará como “o leviatã do poder econômico que produz um poder privado, uma relação de dominação que supõe a aplicação da força com vistas aos resultados pré-ordenados na organização técnica da produção”<sup>(37)</sup>.

Neste sentido, partindo do reconhecimento pelo ordenamento constitucional do valor social do trabalho (art. 1º, inciso I) e da função social da propriedade (art. 5º, inciso XXIII), bem como pela função social do contrato consagrada pela norma civil (art. 421), constata-se que a dissolução do pacto laboral, em especial do trabalhador com seqüela decorrente de acidente laboral, constitui-se em prática de abuso de direito quando praticado de forma arbitrária ou sem justo motivo legitimado pelo interesse social.

Sobre as normas de saúde e segurança no trabalho, verifica-se que a Constituição Federal preceitua, dentre os direitos mínimos do trabalhador, a “redução dos riscos inerentes ao trabalho” (art. 7º, inciso XXII), cabendo ao Poder Público e à coletividade (trabalhadores, empregadores e a sociedade em geral) defender o ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado (art. 225).

---

(37) *Op. cit.*, p. 44.

No plano infraconstitucional, a legislação estabelece expressamente o dever do empregador de “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” (art. 157, inciso I, da CLT), de modo que o empreendimento econômico, mesmo objetivando a acumulação de capital, possui o dever de manter o ambiente de trabalho hígido e seguro.

O dever do empregador de desenvolver uma gestão humanizada com a implementação do meio ambiente do trabalho ecologicamente equilibrado, dentro dos parâmetros mínimos de saúde e segurança, proporciona também a fixação de responsabilidades em caso de ocorrência de acidente de trabalho, haja vista que o empregador assume a totalidade dos “riscos da atividade econômica”, a teor do art. 2º, da CLT.

Registra-se que, na ocorrência do acidente de trabalho, a responsabilidade do empregador vai além da reparação pecuniária da vítima, na medida em que a mera indenização não possui o condão de reparar a violação da dignidade do trabalhador.

No plano das normas internacionais, verifica-se que a Convenção n. 155, da OIT, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores, que foi devidamente ratificada pelo Brasil (Decreto n. 1.254/94), estabelece vários pontos importantes, dentre os quais, destacam-se 2 (dois) aspectos:

- 1 – o art. 20 estabelece a cooperação entre os empregadores e os trabalhadores nas ações de saúde e segurança do trabalho, de modo que trabalhadores e empregadores assumem responsabilidades conjuntas para manutenção do ambiente de trabalho saudável e seguro, na qual se pode inclusive considerar nessa cooperação conjunta a ação de resgate da dignidade do trabalhador acidentado com a sua reinserção na atividade profissional;
- 2 – o art. 21 fixa que as medidas de segurança e higiene do trabalho não devem implicar em ônus financeiro para o trabalhador, de modo que o empregador deve arcar com o

custo de todas as medidas coletivas e individuais de saúde e segurança no trabalho, na qual se pode considerar que esse custo, de forma ampla, engloba inclusive a reinserção dos trabalhadores acidentados na atividade profissional.

Observa-se que o liame das normas celetistas (arts. 2º e 157, inciso I, da CLT) e da Convenção n. 155 (art. 20 e 21) da OIT em comento possibilita o reconhecimento da restrição da rescisão do pacto laboral do trabalhador com sequela acidentária a partir da fixação de critérios.

Ainda, navegando pelo texto celetista, mais especificamente pelo “Capítulo V – Da Segurança e da Medicina do Trabalho”, observa-se que o legislador, ao reconhecer a importância da manutenção do meio ambiente do trabalho hígido, saudável e seguro, estabeleceu a restrição de dispensa dos trabalhadores envolvidos na defesa do meio ambiente de trabalho, ou seja, fixou que “os trabalhadores da representação dos empregados na CIPA não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro” (art. 165, da CLT).

Observa-se que a aplicação analógica dos requisitos de rescisão do contrato de trabalho fixados no art. 165, da CLT, aos trabalhadores com sequela acidentária não apenas se coaduna com os princípios constitucionais fundamentais, como também é coerente com a integração das normas celetistas e da Convenção n. 155, da OIT, na medida em que atende à fixação da responsabilidade do empregador de assumir a totalidade dos riscos da atividade econômica, inclusive de manutenção do ambiente de trabalho hígido e seguro (arts. 2º e 157, inciso I, da CLT), como também assegura a cooperação entre os empregadores e os trabalhadores nas ações de saúde e segurança do trabalho, de modo que o empregador assume a totalidade do custo das medidas coletivas e individuais de saúde, inclusive com o resgate da dignidade do

trabalhador acidentado mediante a sua reinserção na atividade profissional (arts. 20 e 21, da Convenção n. 155, da OIT).

Assim, alicerçando a interpretação nos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV) e da promoção da igualdade de oportunidades (art. 3º, inciso IV), bem como estabelecendo o diálogo das fontes, ou seja, o diálogo entre a legislação celetista (arts. 2º e 157, inciso I, da CLT) e a Convenção n. 155 (arts. 20 e 21), adota-se novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, para restringir a rescisão do pacto laboral do trabalhador com sequela acidentária aos casos em que se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, em razão da utilização analógica dos termos do art. 165, da CLT.

#### 4. Conclusões

No transcorrer do estudo, todas as conclusões fixadas nesse trabalho já se encontram enunciadas nos tópicos anteriores.

Nesse sentido, passa-se a reunir as seguintes conclusões:

1 – a situação de fragilidade social do trabalhador vítima de acidente de trabalho se exacerba quando a situação de debilidade da capacidade laborativa passa a ser a causa indutora da restrição das oportunidades de trabalho, de modo que os longos períodos de desemprego passam a desencadear no trabalhador cada vez mais os sentimentos de inutilidade e fracasso;

2 – na escala da vulnerabilidade ante o capital, verifica-se que o trabalhador com sequela acidentária possui vulnerabilidade agravada, o que restringe ainda mais suas possibilidades de pactuação laboral, de modo que, nessas situações, o valor social do trabalho apenas tende a se materializar com a adoção de ações de promoção da igualdade de oportunidades que beneficiem diretamente esses trabalhadores com sequelas acidentárias;

3 – na ocorrência do acidente de trabalho, a responsabilidade do empregador vai além da reparação pecuniária da vítima, na medida em que a mera indenização não possui o condão de reparar a violação da dignidade do trabalhador;

4 – alicerçando a interpretação nos princípios constitucionais estruturantes da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), do valor social do trabalho (art. 1º, inciso IV) e da promoção da igualdade de oportunidades (art. 3º, inciso IV), bem como estabelecendo o diálogo das fontes, ou seja, o diálogo entre a legislação celetista (arts. 2º e 157, inciso I, da CLT) e a Convenção n. 155 (arts. 20 e 21), adota-se novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal, para restringir a rescisão do pacto laboral do trabalhador com sequela acidentária aos casos em que se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, em razão da utilização analógica dos termos do art. 165, da CLT.

#### 5. Referências bibliográficas

ARAÚJO JUNIOR, Francisco Milton. *Doença ocupacional e acidente de trabalho. Análise Multidisciplinar*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas — limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BÍBLIA SAGRADA. Traduzida em português por João Ferreira de Almeida. São Paulo: King's Cross Publicações, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

CESTARI, Elisabete; CARLOTTO, Mary Sandra. Reabilitação profissional: o que pensa o trabalhador sobre sua reinserção. *Revista de Estudos e Pesquisa em Psicologia*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, 2012.

COHN, Amélia et alii. *Acidentes do trabalho. Uma forma de violência*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

- DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos Fundamentais na relação de trabalho. In: SILVA, Alesando; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; SEMER, Marcelo (Orgs.). *Direitos humanos: essência do Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- DWYER, Tom. *Vida e morte no trabalho: acidente do trabalho e a produção social do erro*. Campinas: Unicamp, 2006.
- FREITAS, Helcio David de. *A estabilidade acidentária e a Súmula n. 378 do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.trt9.jus.br/internet\\_base/pagina\\_geral.do?secao=31&pagina=Revista\\_57\\_n\\_2\\_2006](http://www.trt9.jus.br/internet_base/pagina_geral.do?secao=31&pagina=Revista_57_n_2_2006)> Acesso em: 3 fev. 2014.
- GRAU, Antonio Baylos; REY, Joaquín Pérez. *A dispensa ou a violência do poder privado*. Tradução de Luciana Caplan. São Paulo: LTr, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internationale privé postmoderne*. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye. Haye: Nijhoff, 1995. Disponível em: <[http://nijhoffonline.nl/book?id=er251\\_er251\\_009-267](http://nijhoffonline.nl/book?id=er251_er251_009-267)> Acesso em: 10 fev. 2014.
- KREIN, José Dari. O capitalismo contemporâneo e a saúde do trabalho. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 38, jul./dez., 2013.
- LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza; BERTANI, Íris Fenner Bertani. Saúde do trabalhador no SUS: desafios e perspectivas frente à precarização do trabalho. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 32, jan./jun. 2007.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Diálogo das fontes — do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.
- NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A garantia do mínimo existencial — trabalho digno e sustentável: o caso dos maquinistas. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 77, n. 5, maio 2013.
- PEREIRA BINDER, M. C.; MUNIZ DE ALMEIDA, I. In: MENDES, René (Org.). *Acidentes do trabalho: acaso ou descaso? Patologia do Trabalho*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2005. v. I.
- REDECKER, Ana Claudia. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores Científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Coordenadores Editoriais: Francisco Bilac Pinto Filho, Otávio Luiz Rodrigues Junior. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- ZINET, Caio. *Condições pioram, acidentes aumentam: número de acidentes de trabalho aumenta na última década, preocupa sindicatos e organismos internacionais, que culpam a forma de produção*. Disponível em: <<https://www.sinait.org.br/arquivos/artigos/artigoaaaf5fe5b423f847831c33897ce50c3a.pdf>> Acesso em: 3 fev. 2014.

# As verbas recebidas pelos atletas profissionais de futebol e suas repercussões no contrato de trabalho

Felipe da Silveira Azadinho Piacenti<sup>(\*)</sup> e Victor Hugo de Almeida<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Pouca atenção tem recebido o Direito Desportivo Trabalhista no Brasil, sendo escassa a quantidade de produções sobre o tema, sobretudo depois da Lei n. 12.395/11, como a modificação da natureza jurídica do direito de imagem e de arena e a substituição da cláusula penal pelas cláusulas indenizatória e compensatória desportiva. O presente estudo, de natureza exploratória e quantitativa, teve como objetivo definir as principais verbas específicas recebidas pelo atleta profissional de futebol (direitos de imagem e arena, as luvas e os bichos), examinar como tais institutos repercutem no contrato de trabalho do atleta profissional de futebol e como são utilizados no plano concreto. O método aplicado foi o levantamento bibliográfico. Quanto aos resultados, apurou-se que as verbas abordadas repercutem no contrato especial de trabalho desportivo, especialmente em casos de rescisão antecipada, transferência e empréstimo de jogadores. Concluiu-se que apenas algumas delas possuem natureza salarial e que há entidades esportivas que se utilizam dessas verbas de maneira fraudulenta, principalmente no que tange aos direitos de imagem e de arena.

## Palavras-chave:

- ▶ Direito Desportivo do Trabalho — Verbas trabalhistas — Atletas profissionais — Futebol — Contrato de trabalho.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. Breve histórico do Direito Desportivo do Trabalho
- ▶ 3. Contrato de trabalho do atleta profissional de futebol
  - ▶ 3.1. Vínculo empregatício e vínculo desportivo

(\*) Advogado trabalhista. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Fundação Armando Alvares Penteado – FAAP, Campus de Ribeirão Preto.

(\*\*) Professor de Direito na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Campus de Franca (SP).

Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco (USP). Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Seção Brasileira da *Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*.

- ▶ 4. As verbas pagas aos atletas profissionais
  - ▶ 4.1. Direito de imagem
  - ▶ 4.2. Direito de arena
  - ▶ 4.3. Luvas
  - ▶ 4.4. Bicho
- ▶ 5. Repercussões das verbas recebidas pelos atletas no caso de rescisão indireta do contrato especial de trabalho desportivo
- ▶ 6. Repercussões das verbas pagas aos atletas no caso de cessão temporária do atleta profissional
- ▶ 7. Repercussões das verbas recebidas pelos atletas em caso de execução das cláusulas indenizatória e compensatória desportiva
- ▶ 8. Utilização fraudulenta dos institutos remuneratórios
- ▶ 9. Considerações finais
- ▶ 10. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

O Brasil é um país naturalmente esportista. Não são raras as ocasiões em que os brasileiros param diante dos aparelhos de televisão, rádio ou computadores para acompanhar um evento esportivo. Dentre tantos esportes praticados e adorados pelos brasileiros, não há dúvida de que o futebol se destaca. Haverá sempre alguém comentando sobre um jogo, um lance, um atleta ou manifestando sua opinião para a contratação de jogadores, como se bastasse simplesmente ajustar uma “módica” quantia salarial.

Daí surgiu a primeira motivação para este presente estudo: a paixão do brasileiro pelo esporte, em especial, o futebol. Todavia, apenas tal fundamento não seria o bastante para tornar relevante o tema para o mundo jurídico.

No âmbito do Direito Desportivo do Trabalho, ao qual coube disciplinar as verbas recebidas pelo atleta profissional de futebol, ainda é singular a quantidade de obras doutrinárias e artigos tratando sobre o assunto, principalmente depois da recente alteração da “Lei Pelé” pela Lei n. 12.395/11, cuja legislação acarretou importantes modificações ao tema.

São tantos os nomes relacionados ao contexto em exame — direito de imagem, de arena, luvas, bichos — que acabam por confundir não apenas leigos, mas também operadores do Direito. Esclarecer o que é cada uma destas parcelas e como repercutem especificamente no contrato de trabalho especial dos atletas profissionais de futebol é o objetivo deste estudo, visando não apenas ao melhor entendimento do tema, mas também para que, aprimorando o conhecimento sobre tal assunto, o esporte possa ser mais bem organizado no Brasil e passe à margem da utilização fraudulenta de alguns dos institutos.

Trata-se de uma pesquisa exploratória e qualitativa, que buscou definir os institutos do direito de imagem, direito de arena, luvas e bichos, e esclarecer quais as suas repercussões no contrato de trabalho do atleta profissional de futebol. Diante disso, adotou-se o método de levantamento bibliográfico, visando à familiarização com o assunto e a reunião de dados acerca dos referidos institutos, por meio da consulta de materiais já publicados (doutrinas, artigos, sítios eletrônicos, jornais/revistas, legislação e jurisprudência); adotou-se, ainda, o método de caso, oportuno quando se procura investigar um determinado fenômeno em uma

situação concreta e específica, permitindo discutir problemas potenciais ou efetivos<sup>(1)</sup>. Os dados foram analisados à luz do método dedutivo. Desta forma, passa-se ao estudo.

## 2. Breve histórico do Direito Desportivo do Trabalho

O Direito Brasileiro positivou a primeira legislação de caráter desportivo décadas depois de os tripulantes do navio Crimeia disputarem a primeira partida de futebol no Brasil, em 1878, na Rua Paissandu no Rio de Janeiro. Antes de existir qualquer lei a respeito do tema, o futebol já era praticado no país. Charles Miller, brasileiro, filho de ingleses, jogou futebol durante o período em que estudou na Inglaterra, de onde trouxe, em 1884, ao retornar para sua terra natal, duas bolas, uniformes, chuteiras, bomba e agulha para encher bola. No dia 15 de abril do ano seguinte, promoveu uma partida entre um grupo de ingleses, formando-se dois times: *The Team Gaz* e *The São Paulo Railway*<sup>(2)</sup>.

A profissionalização do futebol ocorreu apenas em 1933, na cidade do Rio de Janeiro (antigo Distrito Federal), pela Liga Carioca de Futebol, sem qualquer regulamentação legal, inexistindo interferência por parte do governo brasileiro nas atividades esportivas desenvolvidas no país<sup>(3)</sup>. O Decreto-lei n. 526, de 1º de junho de 1938 foi responsável pela regulamentação desportiva no país, ao criar o Conselho Nacional de Cultura (CND) como órgão de coordenação de todas as atividades culturais no país, dentre elas, a educação física (ginástica e esportes)<sup>(4)</sup>.

Pelo Decreto-lei n. 1.056/39, foi instituída a Comissão Nacional de Desporto, com a promessa da realização detalhada de um estudo do problema desportivo nacional e apresentar um plano geral de sua regulamentação<sup>(5)</sup>. A primeira legislação desportiva brasileira de fato surgiu em 1941, com a entrada em vigor do Decreto-lei n. 3.199/41, visando ao controle pelo Estado das atividades desportivas, diante da necessidade política de vigiar associações desportivas e inibir atividades contrárias à segurança interna e externa<sup>(6)</sup>.

Com o correr dos anos, a legislação sobre o tema sofreu modificações no Brasil. O CND, por meio da Deliberação n. 48, de 30 de agosto de 1945, editou o Código Brasileiro de Futebol e, ainda, o Superior Tribunal de Justiça Desportiva (STJD), os Tribunais de Justiça Desportiva e as Juntas Disciplinares Desportivas. Ainda sob a vigência do Decreto-lei n. 3.199/41, a profissão de atleta de futebol foi regulamentada pelo Decreto n. 51.008, de 20 de julho de 1961, que, além disto, estabeleceu condições para a prática de competições desportivas e deu direitos trabalhistas para os atletas, tais como, horários em que as partidas poderiam ser realizadas, intervalo mínimo entre um jogo e outro e férias entre 18 de dezembro e 7 de janeiro. O Decreto n. 53.820/64 dispôs sobre o vínculo desportivo, popularmente conhecido como “passe”, que posteriormente também foi tratado pela Deliberação n. 9/67 do CND<sup>(7)</sup>; e a Lei n. 5.939, de 19 de novembro de 1973, que garantiu ao atleta profissional de futebol o benefício da previdência social<sup>(8)</sup>.

A Lei n. 6.251/75, posteriormente revogada pela Lei n. 8.672/93, foi a segunda lei a regulamentar o Direito Desportivo no Brasil, tratando-se apenas de uma nova roupagem dada ao Decreto n. 3.199. Já a Lei n. 6.354/76,

(1) FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2009.

(2) MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol*. São Paulo: Atlas, 2011.

(3) VIANA, Ricardo dos Santos. *Do direito desportivo e a modernização das relações jurídico-desportivas*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2006.

(4) MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiro, 1995.

(5) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: livro das profissões regulamentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 4.

(6) MELO FILHO, Álvaro, *op. cit.*

(7) *Ibidem*.

(8) MARTINS, Sergio Pinto, *op. cit.*

conhecida como “Lei do Passe”, foi posteriormente revogada pela Lei n. 12.395/11, que tratou principalmente dos direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol.

A Lei n. 8.672/93, regulamentada pelo Decreto n. 981, de 11 de novembro de 1993, nomeada como “Lei Zico” em homenagem a Arthur Antunes Coimbra, o Zico, Secretário Nacional de Esporte da época, também determinou regras gerais sobre o desporto, passando a ser a principal lei sobre o tema<sup>(9)</sup>.

A Lei n. 9.615/98, batizada como “Lei Pelé” em homenagem ao notável jogador que, à época, ocupava o cargo de Ministro Extraordinário dos Esportes, sucedeu a Lei Zico e, embora alterada pelos Decretos ns. 3.659/2000, 4.201/2002 e recentemente pela Lei n. 12.395/2011, ainda se encontra em vigor. É um regramento amplo, que abarca tanto os órgãos organizadores, gestores, jurídicos, como as entidades de prática desportiva e os atletas, conferindo-lhes direitos e deveres. Ainda, durante a vigência da Lei Pelé, em 23 de dezembro de 2003, com fundamento no inciso VI do art. 11 da Lei n. 9.615, o Conselho Nacional de Esportes editou a Resolução n. 1, denominada como Código Brasileiro de Justiça Desportiva (CBJD)<sup>(10)</sup>. Ainda se relacionam ao desporto a Lei n. 11.345/06, que criou a Timemania, e a Lei n. 11.438/06, que estabeleceu incentivos para fomentar as atividades desportivas.

No plano constitucional, a Carta Maior de 1967 foi a primeira Constituição brasileira a citar o desporto (art. XVII, al. “q”). Porém, foi a Constituição Federal de 1988 que abordou especificamente o tema, elevando o desporto à condição de assunto de interesse constitucional, cujo dispositivo foi apelidado de “cláusula pétrea do desporto”.

### 3. Contrato de trabalho do atleta profissional de futebol

Assim como qualquer empregado, o atleta profissional de futebol exerce suas atividades

(9) MARTINS, Sergio Pinto, *op. cit.*

(10) MARTINS, Sergio Pinto, *op. cit.*

sob a égide de um contrato de trabalho. Depois da entrada em vigor da Lei Pelé, o legislador passou a denominar o documento que formaliza o vínculo entre clube e atleta de contrato especial de trabalho desportivo<sup>(11)</sup>.

O contrato do atleta profissional de futebol continha dois requisitos: a remuneração e a cláusula penal. Contudo, com a atualização da Lei Pelé pela Lei n. 12.395/2011, a cláusula penal desapareceu do ordenamento jurídico, dando lugar a dois outros institutos desportivos: a cláusula indenizatória desportiva e a compensatória desportiva.

Por ser considerado especial, o contrato de trabalho desportivo possui algumas peculiaridades em relação aos ajustes contratuais celebrados pelos trabalhadores em geral. Explica Homero Batista Mateus da Silva que o contrato de trabalho do atleta profissional de futebol exige forma escrita, sem prejuízo aos direitos do atleta caso o pacto não cumpra tal exigência legal<sup>(12)</sup>. Ralph Cândia esclarece que a ausência de registro, a falsa existência ou a evidente inexistência da associação não colocam o jogador ao desabrigo dos direitos a eles conferidos pela legislação desportiva<sup>(13)</sup>.

Outra peculiar característica do contrato do atleta profissional é a obrigatoriedade da fixação de termo final, fazendo dele uma espécie de contrato por prazo determinado, cujo instituto é definido pelo art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O prazo-limite de duração do contrato de trabalho do atleta profissional é diferente do previsto para trabalhadores em geral, em decorrência da especialidade da profissão e das consequências econômicas, como a valorização ou desvalorização do atleta conforme o seu desempenho

(11) SÁ FILHO, Fábio Menezes. Alterações na legislação laboral desportiva: incidência na prática futebolística, *Revista de Direito do Trabalho*, ano 37, vol. 144, out./dez. 2011.

(12) SILVA, Homero Batista Mateus da, *op. cit.*

(13) CÂNDIA, Ralph. *Comentários aos contratos trabalhistas especiais: doutrina, jurisprudência, legislação*. São Paulo: LTr, 1987.

nas competições das quais participa. A Lei n. 6.354/76 determinava um prazo de três meses a dois anos para o contrato do atleta profissional, porém, a Lei n. 9.515/98 alterou o limite de tempo do pacto ao afastar a aplicabilidade do art. 445 da CLT, convalidando o prazo máximo de contrato por cinco anos. De acordo com Antônio Sergio Figueiredo Santos, “Os dirigentes, ficaram atônitos com o fim da ‘lei do passe’. Era importante que o contrato garantisse a permanência do atleta no clube por um período bem mais longo que aquele de apenas dois anos”<sup>(14)</sup>.

A fixação de prazo determinado é tão marcante neste tipo de contrato que, para Fábio Menezes Sá Filho, por vedação expressa do art. 30, parágrafo único, da Lei de Desportos, “Jamais um contrato especial de trabalho desportivo de um atleta após mais de uma renovação, vigorará por prazo indeterminado, consoante a aplicação do art. 451 da CLT”<sup>(15)</sup>.

Como é característica de qualquer contrato de trabalho por tempo determinado, o contrato especial de trabalho desportivo extingue-se naturalmente sem que ocorra despedida ou demissão. Findo o prazo, ele se encerra, não se fazendo necessário o aviso-prévio<sup>(16)</sup>, exceto quando estiver prevista em contrato a cláusula assecuratória do direito recíproco de rescisão antecipada. Ainda, poderá o pacto se encerrar antes do prazo estipulado, sendo as hipóteses mais comuns a rescisão indireta e a execução das cláusulas indenizatória e compensatória desportiva, conforme será mais bem analisado adiante.

### 3.1. Vínculo empregatício e vínculo desportivo

Por exercer uma atividade tão particular, o atleta profissional de futebol possui características próprias que, por vezes, confundem o grande

público, pois nessa profissão existem dois vínculos entre o empregado e o empregador: o empregatício e o desportivo. Primeiramente, é necessário entender que o vínculo empregatício ou trabalhista, como explica Rafael Teixeira Ramos, constitui-se com o ajuste válido de contrato de trabalho desportivo, em conformidade com as exigências legais descritas na Lei Pelé (nova redação do art. 28, *caput*, da Lei Pelé; todos os dispositivos da antiga Lei n. 6.354/76 foram revogados pelo art. 19, II da nova Lei n. 12.395/11)<sup>(17)</sup>. Assim, surge o vínculo empregatício com a existência de um contrato de trabalho válido, como ocorre em qualquer outro contexto laboral.

Quanto ao vínculo desportivo, o art. 28, § 5º, da Lei Pelé, o condiciona ao registro do contrato de trabalho desportivo na entidade de administração do desporto, tendo natureza acessória ao respectivo vínculo empregatício.

Explica Rafael Teixeira Ramos que a Lei n. 12.395/11 trouxe uma importante modificação quanto à constituição do vínculo desportivo do atleta profissional de futebol, ao extinguir a exigência de registro nas Delegacias Regionais de Trabalho das entidades nacionais de administração do desporto como requisito de validade para condição de jogo, implementando-se o vínculo desportivo apenas com o registro na Delegacia Regional do Trabalho da federação local (art. 28, § 5º; art. 34, I, da Lei n. 12.395/11).

Por ser acessório, o vínculo desportivo se extingue com a dissolução do vínculo empregatício, ao contrário do passe, que permanecia ligando o atleta à entidade de prática desportiva mesmo depois do encerramento do vínculo trabalhista entre as partes.

## 4. As verbas pagas aos atletas profissionais

Apesar de a profissão de atleta de futebol ser tida como algo fácil e repleta de glórias

(14) SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo. *Prática desportiva: Lei Pelé com alterações da Lei n. 9.981, de 14.7.2000*. Belo Horizonte: Inédita, 2001. p. 33.

(15) SÁ FILHO, Fábio Menezes, *op. cit.* p. 302.

(16) GONÇALVES, Emílio. *Contrato de trabalho: aspectos gerais e especiais de sua problemática*. São Paulo: Atlas, 1978.

(17) RAMOS, Rafael Teixeira. A nova cláusula indenizatória desportiva e cláusula compensatória desportiva do contrato de trabalho dos atletas. *Revista LTr: Legislação do trabalho*, São Paulo, ano 75, n. 12, dez. 2011.

e louros, a realidade da maioria dos atletas não é essa, sendo fundamental o estudo para a proteção destes trabalhadores. Isso porque, segundo Antônio Sérgio Figueiredo, existem no Brasil “cerca de vinte mil atletas profissionais de futebol, dos quais, aproximadamente, cinquenta podem ser considerados milionários na atividade”; em média, mil atletas sobrevivem do futebol percebendo médios e bons salários; e o restante, cerca de dezenove mil atletas profissionais, recebem baixos salários e trabalham com emprego garantido apenas quatro meses por ano, sobrevivendo o restante do período no subemprego<sup>(18)</sup>.

Diante dessa realidade e da necessidade de melhor compreender a especialidade do contrato de trabalho desportivo, este estudo se propõe a examinar a natureza jurídica dos direitos de imagem e de arena, das luvas e dos bichos; a analisar se a forma como são pagas tais verbas influencia na definição de sua natureza jurídica; e a verificar consensos e dissensos na lei, na jurisprudência e na doutrina sobre essas verbas.

#### 4.1. Direito de imagem

A palavra “imagem” surgiu do verbete latino *imago* e deve ser entendida como qualquer forma capaz de reproduzir a figura humana, desde os desenhos rupestres antigos às mais modernas tecnologias. É um meio de exteriorização da personalidade humana e primeiro aspecto que identifica a pessoa, antes mesmo do que o nome próprio<sup>(19)</sup>.

Quanto ao direito de imagem, elucida Antônio Sérgio Figueiredo Santos tratar-se de “um direito exclusivo e pessoal privativo de todo cidadão em expor publicamente a sua própria imagem, amparado pelo art. 5º, X e XXVIII, *a*, da Constituição Federal”, podendo ser cedido

para ser utilizado por terceiros, mediante autorização, como é o caso do atleta profissional de futebol perante o clube<sup>(20)</sup>.

A personalidade está intimamente ligada à pessoa, haja vista que expressa a capacidade para adquirir direitos e deveres. Tal aptidão é dada a todo ser humano, embora a história denuncie já ter existido um entendimento diverso. No Direito Romano, por exemplo, o escravo não tinha a faculdade de titularizar direitos, pois era tratado como coisa e ocupava a situação de objeto e não de sujeito de direito. No Brasil, mesmo durante a adoção do regime de escravidão, todo ser humano tinha personalidade, apesar de os escravos negros não serem equiparados ao homem livre. Atualmente, o direito brasileiro reconhece universalmente os atributos de personalidade, nos termos expressos no art. 1º do Código Civil vigente.

Pois bem, os direitos de personalidade assumem um relevo tão importante que receberam *status* de garantias fundamentais na Constituição Federal em vigor. Para Flávio Tartuce, enquanto os “direitos fundamentais são diretrizes gerais, garantias de todo povo — como sociedade — em se ver livre do poder excessivo do Estado”, os direitos da personalidade devem ser entendidos como “frutos da captação desses valores fundamentais regulados no interior da disciplina civilística”<sup>(21)</sup>.

A doutrina acredita que a legislação deve ser interpretada de forma sistemática, integrando os dispositivos da melhor e mais justa maneira possível. Por isso, afirma Nelson Nery Junior que a correta aplicação dos direitos fundamentais previstos no art. 5º da Constituição Federal é elemento indispensável à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, da Constituição Federal, que tem como finalidade impedir a coisificação do ser humano nos procedimentos estatais. Daí a necessidade de análise conjunta e

(18) SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo, *op. cit.*, p. 51.

(19) VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. Natureza jurídica do direito de arena e do direito de imagem. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano XXVIII, n. 1.391, 5 set. 2011.

(20) SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo, *op. cit.*, p. 51.

(21) TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 1: Lei de introdução e parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 151.

sistemática do art. 1º, III, e art. 5º da Constituição Federal, porque ambos se completam<sup>(22)</sup>.

O direito à própria imagem encampa o rol dos direitos da personalidade, que são, em suma, “intransmissíveis, irrenunciáveis, extra-patrimoniais e vitalícios, comuns da própria existência da pessoa e cuja norma jurídica permite sua defesa contra qualquer ameaça”<sup>(23)</sup>. Todavia, o que se vê diuturnamente é utilização da imagem de celebridades, atletas e artistas como forma de promover a venda de produtos, a divulgação de marcas e a transmissão de confiabilidade a certos eventos mediante uma remuneração ajustada entre o proprietário da imagem e a quem interessa utilizá-la<sup>(24)</sup>. Assim, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa, uma vez que poderão ser objeto de contrato como o de concessão ou licença para uso de imagem ou marca.

Trazendo o direito à proteção e à cessão do uso da imagem para a área em estudo, em meados de 1972, desportistas, principalmente profissionais de futebol, passaram a buscar o Poder Judiciário para cobrar indenização pelo uso de sua imagem contra empresas que utilizavam suas imagens em anúncios publicitários sem a devida autorização. À guisa de exemplo, pode-se citar os casos de Jair Ventura Filho — o Jairzinho — *versus* Mercarias Nacionais, ou *versus* Siemens do Brasil (RF 250:269); Carlos Alberto Torres *versus* TV Globo e Mercarias Nacionais (RT 464:226)<sup>(25)</sup>.

Na seara trabalhista, existia certa controvérsia sobre a natureza jurídica da cessão do uso de imagem pelo atleta ao seu clube/empregador. Sávio Domingos Zainaghi, por

exemplo, entendia ser de natureza salarial; já Álvaro Mello Filho defendia tal instituto ter natureza civil, afastando-se a parcela do salário do atleta<sup>(26)</sup>.

Sávio Domingos Zainaghi argumentava que a cessão do uso da imagem do jogador à entidade de prática desportiva só existe graças à profissão de atleta e em virtude da atividade profissional o empregado terá sua imagem “trabalhada” e ligada à venda de produtos, possuindo assim natureza salarial. Álvaro Mello Filho defendia que o contrato de cessão de imagem pode ser autônomo, paralelo e inconfundível com o contrato especial de trabalho desportivo; ainda, diz ser a imagem um direito de personalidade cedido pelo atleta não havendo contraprestação laboral por parte do profissional ao ceder sua imagem ao empregador. Continuava a segunda corrente dizendo que salário é contraprestação ao trabalho, não se confundindo dessa forma com o uso da cessão de imagem do atleta<sup>(27)</sup>. A doutrina e a jurisprudência majoritárias tendiam a adotar o entendimento de que o direito de cessão da imagem é de natureza civil, afastando repercussões salariais sobre o mesmo.

Sobre o tema, destaca-se o entendimento de Mauro Schiavi sobre a possibilidade de convivência entre o contrato de cessão de imagem e o contrato de trabalho do atleta profissional, desde que haja destinação específica e real — como é o caso da venda de camisas do time, figurinhas, comerciais, etc. — e desde que praticados em valores razoáveis e não para mascarar o pagamento de salários<sup>(28)</sup>.

Carlos Aidar diferencia o contrato especial de trabalho do contrato de cessão de uso da imagem da seguinte forma: (a) quanto ao objeto genérico — o objeto do contrato de

(22) NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

(23) TARTUCE, Flávio, *op. cit.*, p. 155.

(24) DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

(25) DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

(26) SCHIAVI, Mauro. Aspectos controvertidos do direito de imagem e direito de arena do atleta profissional de futebol. *LTr: Suplemento trabalhista*, São Paulo, 083/07, ano 43, 2007.

(27) SCHIAVI, Mauro, *op. cit.*

(28) *Idem*.

trabalho é a força de trabalho e do contrato de cessão de uso de imagem, é a utilização da imagem; (b) quanto ao fundamento constitucional — contrato de trabalho (art. 5º, XIII, CF) e contrato de cessão do uso de imagem (art. 5º, V, X e XXVIII, CF); (c) quanto ao registro de entidade de administração desportiva — o contrato de trabalho deve ser registrado na Confederação e o contrato de cessão de uso de imagem não carece de registro; (d) quanto à disciplina jurídica — o contrato de trabalho é disciplinado pelo Direito do Trabalho e o contrato de cessão do uso de imagem, pelo Direito Civil; (e) quanto ao bem protegido — no contrato de trabalho se protege o Direito do Trabalho e a dignidade humana e no contrato de cessão do uso de imagem, o Direito à Imagem, como direito personalíssimo; e (f) quanto ao objeto de proteção do contrato — o contrato de trabalho versa sobre condições de trabalho, remuneração, duração e obrigações disciplinares e o contrato de cessão do uso de imagem versa sobre limites e consequências da utilização da imagem do atleta<sup>(29)</sup>.

A Lei n. 12.395/11, ao alterar a Lei Pelé, praticamente pôs fim à discussão ao incluir no texto legal o art. 87-A, que permitiu a cessão ou exploração do direito ao uso da imagem pelo próprio atleta, mediante ajuste contratual de natureza civil e com previsão de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo.

Ressalta-se, porém, que apesar da possibilidade de convívio entre o contrato trabalhista e o civil, tal pacto de cessão de imagem, por vezes, é utilizado de modo fraudulento, com intuito de retirar direitos trabalhistas do atleta, cabendo ao órgão julgador analisar o caso concreto para determinar se o contrato realmente tem natureza civil ou visa apenas fraudar a natureza trabalhista das verbas, devendo assim ser incorporado ao salário do desportista<sup>(30)</sup>.

(29) AIDAR, Carlos Miguel Castex. *Curso de direito desportivo sistêmico*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

(30) SÁ FILHO, Fábio Menezes, *op. cit.*

As possibilidades de fraudes serão vistas mais adiante.

Para a legalidade do contrato de cessão do uso da imagem, devem ser observados os seguintes critérios de fixação e valoração do contrato de licença de uso de imagem: grau de atividade do atleta, pecúnia e fixação prévia de limites e valores vinculados aos contratos de licença de uso de imagem<sup>(31)</sup>. Em alguns casos, atletas e entidades desportivas compactuam com a criação de pessoas jurídicas pertencentes aos jogadores para desvirtuar o caráter salarial do pagamento feito indevidamente a título de cessão do uso da imagem ou direito de imagem para tentar afastar a integração de tal verba aos salários do empregado<sup>(32)</sup>.

Para a análise da legalidade do contrato de cessão do uso da imagem, deve-se também adotar dados específicos de cada caso que levem em conta a fama do clube e do jogador, o quanto a imagem do atleta é explorada e se ele se destaca em relação aos demais. Pode-se, ainda, na hipótese de ajuizamento de reclamação trabalhista, adotar critério de distribuição do ônus da prova, como o das diárias de viagens (valor não superior a 50% do salário) defendidas por Mauricio Godinho Delgado<sup>(33)</sup>.

#### 4.2. Direito de arena

Outra verba recebida por alguns atletas profissionais de futebol é o direito de arena, muitas vezes, confundido com o direito de imagem. O direito de arena sofreu importantes modificações com as alterações da Lei Pelé depois da vigência da Lei n. 12.395/11.

Segundo Antônio Chaves, “arena é palavra latina, significando areia, lugar coberto de areia, por extensão, anfiteatro, local em que

(31) CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. O direito de arena e imagem para os jogadores de futebol e demais atletas após a Lei n. 12.395, de 16 de março de 2011. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano XXVIII, n. 1.375, 16 maio 2011.

(32) SCHIAVI, Mauro, *op. cit.*

(33) DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

lutavam os gladiadores entre si ou enfrentando feras. Hoje, dentre outras acepções, é o local de contenda<sup>(34)</sup>. Homero Batista Mateus da Silva explica que a expressão direito de arena é relacionada à ideia de que os jogadores, além de empregados das equipes, mediante ingressos pagos pelo público e direitos de transmissão adquiridos pelas emissoras de televisão, exibem-se como gladiadores modernos em grandes espaços públicos<sup>(35)</sup>.

O direito de arena surgiu no Brasil pela Lei n. 5.988/73, que regula os direitos autorais. Especificamente, no Direito Desportivo, o direito de arena surgiu com a Lei n. 8.672/93, a Lei Zico, e decorre da participação do atleta profissional nos lucros obtidos pela entidade esportiva pela venda da transmissão ou retransmissão dos jogos em que atua, como titular ou reserva<sup>(36)</sup>. Pode-se dizer, então, que o direito de arena é uma contraprestação recebida pelo atleta profissional pela exposição comercial da sua voz e imagem durante uma partida de futebol, conforme assegura o art. 5º, XXVIII, “a”, da CF.

A doutrina moderna entende que o direito de arena configura-se como espécie de direito de personalidade, afastando-a dos direitos autorais, sendo uma dilatação do direito à cessão do uso da própria imagem, garantido constitucionalmente aos atletas profissionais de futebol, basquete, vôlei e demais desportistas, porquanto não há distinção legal quanto à modalidade desportiva praticada<sup>(37)</sup>. Daí decorre a principal diferenciação entre o direito de imagem e o direito de arena. Este se refere à utilização da imagem do atleta durante a partida de futebol, já aquele se origina do uso da figura do jogador fora da arena, enquanto ele não está disputando os jogos<sup>(38)</sup>.

(34) CHAVES, Antônio. *Direito de arena (transmissão, via rádio e TV dos grandes espetáculos esportivos, carnavalescos, etc.)*. Campinas: Julex Livros, 1988. p. 15.

(35) SILVA, Homero Batista Mateus da, *op. cit.*

(36) CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de, *op. cit.*

(37) MELO FILHO, Álvaro de, *op. cit.*

(38) VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da, *op. cit.*

A Lei n. 12.395/11 alterou substancialmente a Lei Pelé, principalmente no tocante ao direito de arena. Algumas das principais modificações foram a sua natureza jurídica, quais sejam, o repasse dos respectivos valores, que passou a ser feito pelo sindicato da categoria, e o percentual da receita proveniente da exploração dos direitos desportivos audiovisuais repassados aos atletas.

A lógica do direito de arena é clara: a entidade de prática desportiva negocia o direito de transmissão de imagem do jogo com a emissora de televisão, contudo, deve repassar ao atleta profissional parte dos valores auferidos com essa negociação, já que a imagem do profissional também é explorada<sup>(39)</sup>. Em que pese o que diz o § 1º do art. 42, que determina o repasse aos atletas por intermédio do sindicato da categoria, na hipótese de a entidade sindical não repassar corretamente a verba aos atletas, seja o direito de arena considerado remuneratório ou não, “o empregador é responsável por eventual inadimplemento, com ação de regresso em face da emissora de televisão ou da entidade sindical profissional”<sup>(40)</sup>.

O direito de arena não se amplia ao árbitro de futebol, já que são os atletas os protagonistas do espetáculo. Por tal motivo, o art. 42 da Lei Pelé cita apenas o atleta, os sindicatos dos atletas e as entidades de prática desportiva. Pode-se perceber, inclusive, que os treinadores também estão afastados do rateio determinado por lei. Diferente é a interpretação dada aos atletas que ficam no banco de reservas, os quais fazem jus ao recebimento do direito de arena por serem também participantes do espetáculo, diante da transmissão de sua imagem ao entrarem em campo e pela possibilidade de serem advertidos ou expulsos pelo árbitro, sem que sequer tenham sido utilizados pelo treinador, entre outros motivos<sup>(41)</sup>.

(39) BARACAT, Eduardo Milléo. *A retribuição do direito de arena do atleta profissional*. LTr: Suplemento trabalhista 041/05, São Paulo, a. 41, 2005.

(40) *Ibidem*, p. 167.

(41) VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da, *op. cit.*

Tal verba deve ser paga apenas no que se refere às transmissões televisivas dos jogos, pois está relacionada à transmissão da imagem do espetáculo e, conseqüentemente, do atleta. Por isso, não há que se falar em pagamento de direito de arena em jogos que apenas foram transmitidos pelo rádio ou tenham sido registrados por fotografias jornalísticas, por se tratar de meros “flagrantes” da partida<sup>(42)</sup>, segundo se observa no art. 42, § 2º, da Lei Pelé.

Como preceitua o § 2º do art. 42 da Lei n. 9.615/98, alterado pela Lei n. 12.395/11, o direito de arena não incide sobre os flagrantes da partida, sendo estes considerados os feitos no limite temporal do inciso II do artigo e parágrafo supramencionado, ou seja, em uma partida de 90 minutos, são considerados flagrantes 2 minutos e 42 segundos de transmissão e podem ser utilizados sem a necessidade de pagamento do direito de arena.

Uma importante alteração trazida pela Lei n. 12.395/11 foi a redação do § 1 do art. 42 da Lei Pelé, que reduziu de 20 para 5% o total da exploração de direitos, passando a atribuir a responsabilidade do sindicato ao repasse destas verbas<sup>(43)</sup>.

A base de cálculo do direito de arena é o valor final definido pela entidade de prática desportiva e a emissora de televisão pela transmissão dos espetáculos<sup>(44)</sup>.

Assim, como no direito de imagem, a verba em exame tinha a sua natureza jurídica controvertida pela doutrina. Alguns entendiam se tratar de natureza salarial, equiparando-a às gorjetas; outros entendiam pela sua semelhança com a participação nos lucros e resultados, no entanto, sem natureza salarial; e ainda havia quem entendia se tratar de uma contraprestação de natureza civil<sup>(45)</sup>.

A alteração do § 1º do art. 42 da Lei n. 9.615/98 pela Lei n. 12.395/11 pacificou a

discussão, definindo-a como contraprestação de natureza civil. Contudo, apesar da alteração da Lei Pelé ter modificado a natureza jurídica do direito de imagem e do direito de arena, a competência para julgar casos referentes a essas verbas continua sendo da Justiça do Trabalho, isto porque continuam sendo fruto da relação de trabalho, conforme determina o art. 114, da Constituição Federal. A maioria dos pedidos relacionados ao direito de imagem e de arena na Justiça do Trabalho versa sobre sua integração ao salário do empregado.

Pelo exposto, atualmente se entende que o direito de arena não possui natureza salarial por determinação expressa da Lei Pelé. O caráter civil das verbas retira o seu poder de integração ao salário e não reflete no pagamento de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, décimo terceiro salário, férias e contribuições previdenciárias.

### 4.3. Luvas

A legislação em vigor não define o instituto, porém, o art. 12 da revogada Lei n. 6.354/76 o definia como o valor pago pelo empregador ao atleta pela assinatura do contrato, na forma convencionada pelas partes. As luvas são valores de livre negociação, em dinheiro ou em bens, recebidos pelo atleta no ato da assinatura do contrato com o clube.

Ao contrário dos direitos de imagem e de arena, as luvas não são contraprestações pagas em virtude da imagem do atleta, mas têm o seu valor fixado conforme a eficiência do profissional nos outros clubes nos quais já atuou antes da nova contratação<sup>(46)</sup>. Servem para atrair o atleta para determinado clube, um chamariz inicial quase irresistível.

Vólia Bomfim Cassar explica que há controvérsia na doutrina quanto à natureza jurídica das luvas, pois uma corrente entende pela natureza indenizatória do instituto e outra as

(42) SILVA, Homero Batista Mateus da, *op. cit.*

(43) CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de, *op. cit.*

(44) BARACAT, Eduardo Milléo, *op. cit.*

(45) SCHIAVI, Mauro, *op. cit.*

(46) BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

entende como contraprestação pelo trabalho prestado<sup>(47)</sup>.

Para os juristas que defendem a natureza salarial das luvas, a expressão “demais verbas inclusas no contrato de trabalho” contida no art. 31, §1º, da Lei Pelé, atrai as luvas. Segundo Antônio Figueiredo dos Santos, “o legislador generalizou a natureza das mencionadas verbas em razão da peculiaridade da profissão que gera ganhos de diversas origens, como as luvas”<sup>(48)</sup>.

As luvas são pagas diretamente ao atleta como adicional ou complemento da remuneração prevista para o período em que vigorar o contrato especial de trabalho; normalmente, são pagas de uma só vez, nada impedindo a quitação de forma fracionada, reforçando ainda mais a natureza salarial pela confusão com o salário do atleta empregado<sup>(49)</sup>.

Para aqueles que sustentam a tese de que as luvas não possuem natureza jurídica de salário, o pagamento dessa verba é realizado costumeiramente de forma instantânea, sem que haja repetição durante o contrato de trabalho<sup>(50)</sup>. Argumentam que não há sequer contraprestação por serviços prestados, pois estes ainda nem se iniciaram, alegando se tratar de um prêmio ocasional, destinado a uma oportunidade, à assinatura do contrato e à chegada à nova agremiação<sup>(51)</sup>.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) firmou o entendimento de que as luvas possuem natureza salarial, embora ainda haja dissenso. De fato, parece razoável que as luvas tenham natureza salarial apenas quando pagas habitualmente durante a vigência do contrato especial de trabalho do atleta profissional de futebol, pois podem assim servir como meio

de fraudar a legislação trabalhista, devendo, nesta hipótese, ser aplicado pelo Juiz do Trabalho o art. 9º da CLT. Não se deve afastar o entendimento de que, caso sejam pagas apenas no momento da assinatura do contrato, servem como uma indenização (por exemplo, pela necessidade de mudança de cidade ou desgaste emocional pela troca de clube). Em que pesem tais argumentos e o entendimento em cristalização do TST, a corrente majoritária ainda é no sentido de as luvas possuem natureza salarial.

#### 4.4. Bicho

Relata a história que a nomenclatura “bicho” decorreu das primeiras apostas em resultados de jogos de futebol e era relacionada ao popular “jogo do bicho”<sup>(52)</sup>. Como o futebol era um esporte amador, os atletas justificavam o dinheiro que recebiam como fruto de apostas no jogo do bicho.

A doutrina o define como prêmio dado pelo empregador aos atletas, como o faz Gustavo Filipe Barbosa Garcia: “A parcela conhecida como “bicho”, paga aos atletas profissionais em razão de vitórias ou empates, é uma modalidade especial de prêmio, com natureza salarial quando devida de forma habitual”<sup>(53)</sup>. Para Mauricio Godinho Delgado, “consistem em parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador e vinculada à conduta individual do obreiro ou coletiva dos trabalhadores da empresa”<sup>(54)</sup>.

Os bichos terão natureza salarial, caso sejam habituais. A doutrina vem entendendo que prêmios mensais pagos pelos empregadores nada mais são do que formas de camuflar uma prestação de salário, apenas com nome diferente<sup>(55)</sup>. É o que explica Homero Batista

(47) CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012.

(48) SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo, *op. cit.*, p. 41.

(49) SILVA, Homero Batista Mateus da, *op. cit.*

(50) *Idem*.

(51) *Idem*.

(52) BARROS, Alice Monteiro de, *op. cit.*

(53) GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 377.

(54) DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 771.

(55) SILVA, Homero Batista Mateus da, *op. cit.*

Mateus da Silva ao esclarecer que quanto mais esperados e repetitivos, tanto mais se aproximam da natureza salarial, ao contrário dos prêmios realmente ocasionais que deixam de ser pagos se a meta não for alcançada, que se afastam da natureza salarial diante da incerteza do seu recebimento<sup>(56)</sup>.

Destarte, caso os bichos sejam pagos apenas pela conquista de títulos, classificação para competição continental ou manutenção em determinada divisão, a doutrina entende que a sua natureza é de prêmio não tendo caráter salarial. No entanto, se para cada vitória da equipe são pagos bichos ou se todo mês algum jogo é considerado importante o bastante para que tal verba seja paga, evidente a natureza salarial dessa verba.

## 5. Repercussões das verbas recebidas pelos atletas no caso de rescisão indireta do contrato especial de trabalho desportivo

A primeira hipótese de repercussão das verbas a ser observada é a rescisão indireta, figura comum da seara trabalhista. O contrato de trabalho é sinalagmático e, caso um de seus sujeitos, ou ambos, por ação ou omissão, contrarie os deveres impostos pelo pacto acordado ou pelas regras de conduta da legislação trabalhista, abre-se a oportunidade para que a parte contrária coloque fim ao contrato de trabalho por justa causa<sup>(57)</sup>.

Para Homero Batista Mateus da Silva, a rescisão indireta ocorre quando, de tanto abusar, o empregador desperta em seu subordinado a vontade de não mais lhe prestar serviços, pois apesar de ser a forma de lhe gerar o sustento, não lhe garante dignidade<sup>(58)</sup>.

(56) SILVA, Homero Batista Mateus da, *op. cit.*

(57) NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

(58) SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 6.

Destaca-se que a tipicidade, assim como na justa causa do obreiro, é um requisito para a dispensa forçada. Significa dizer que a conduta do empregador deve estar arrolada em uma das hipóteses previstas nas alíneas do art. 483 da CLT, sendo a mais comum na relação atleta profissional de futebol e entidade de prática desportiva, a prevista na alínea “d”, o não cumprimento por parte do empregador com as obrigações do contrato.

A má administração dos clubes brasileiros é a explicação para o motivo de a alínea “d” do art. 483, da CLT, ser a principal causa de rescisões indiretas no Brasil. Isto porque os cofres das agremiações estão, normalmente, vazios ou comprometidos, o que acarreta o atraso no pagamento dos salários dos atletas. E, conforme explica Mauricio Godinho Delgado, “a mora salarial reiterada, ainda que não atingido prazo igual ou superior a três meses, é fator de rescisão indireta, em face da severidade da falta do empregador”<sup>(59)</sup>.

Quanto ao regramento específico, o art. 31 da Lei Pelé determina que o atleta poderá rescindir o seu contrato de trabalho caso a entidade de prática desportiva esteja com os seus salários atrasados, no todo ou em parte, por período igual ou superior a três meses, excetuando o abono de férias, o décimo terceiro salário, as gratificações, os prêmios, o Fundo de Garantia, as contribuições previdenciárias e demais verbas inclusas no contrato de trabalho.

Entende-se que às demais verbas no contrato de trabalho citadas no § 1º do art. 31 podem ser incluídas as luvas e, quando habituais, os bichos, pelo entendimento majoritário de terem natureza jurídica de salário. Há dúvida quanto aos direitos de imagem e de arena, pois, como visto, a Lei n. 12.395/11 definiu a natureza jurídica de ambas como sendo civil; além da possibilidade de ajuste do direito de imagem em contrato à parte ao de trabalho.

José Augusto Rodrigues Pinto, apesar de restringir a possibilidade de ruptura do contrato

(59) DELGADO, Mauricio Godinho, *op. cit.*, p. 1.245.

por justa causa do empregador com base no art. 487, “d”, da CLT, também entende que outras obrigações podem ensejar o exercício desse direito, como as condições do local da prestação e o respeito à qualificação profissional do empregado<sup>(60)</sup>.

Por meio da análise sistemática da legislação específica, da legislação trabalhista e da doutrina, conclui-se que o atraso no pagamento dos direitos de imagem e de arena por, pelo menos, três meses, caracteriza justa causa do empregador, facultando ao atleta romper o contrato especial de trabalho pela intenção da rescisão indireta, que deverá ser posteriormente reconhecida pela Justiça do Trabalho.

## **6. Repercussões das verbas pagas aos atletas no caso de cessão temporária do atleta profissional**

Outra peculiaridade intrínseca à profissão do atleta de futebol é a possibilidade do empréstimo do jogador de uma entidade de prática desportiva (cedente) a outra (cessionária), também chamada de cessão temporária. A transitoriedade e a reversibilidade são características desse instituto desportivo<sup>(61)</sup>.

Com base no § 4º do art. 28 da Lei n. 9.615/98, explica Antônio Sérgio Figueiredo Santos que o contrato de empréstimo não afasta o dever da manutenção da relação laborativa do atleta com o clube cedente, conservando o empregado todos os direitos assegurados, inclusive encargos sociais, sem interrupção ou suspensão contratual<sup>(62)</sup>.

Se uma das mais importantes medidas de proteção do salário contra o abuso do empregador é a garantia da irredutibilidade salarial (art. 7º, VI, CF), apesar de alguns jogadores receberem quantias mensais muito acima da média nacional, seu valor deve ser mantido enquanto o contrato vigorar. Não prospera

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

(61) SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo, *op. cit.*

(62) *Idem*.

alegar a isenção do clube cedente do pagamento de eventual diferença salarial entre o contrato de trabalho firmado pelo atleta com clube cedente e o pacto ajustado pelo jogador e o clube cessionário, pois, caso a lei pretendesse excluir essa obrigação, mencionaria expressamente, como fez com os arts. 479 e 480 da CLT, que tiveram sua aplicação excluída pela lei específica (art. 28, § 10).

Caso houvesse determinação expressa livrando o clube cedente da responsabilidade pela manutenção do valor do salário de seu atleta emprestado, todos os contratos de cessão temporária deveriam manter o valor salarial recebido pelo atleta no clube cedente, dificultando a utilização do instituto do empréstimo do profissional. Se assim não fosse, o hipotético dispositivo e a cessão temporária seriam inconstitucionais, por afrontarem o art. 7º, VI, da CF.

É bom ter em mente que “somente o *núcleo salarial* se caracteriza como *alimentar* do empregado e, portanto, *irredutível*. Quer isso dizer que as demais parcelas podem surgir e desaparecer no universo da retribuição do trabalho, de acordo com as circunstâncias das prestações que as determinarem”<sup>(63)</sup>.

Percebe-se, então, que o valor referente às verbas que devem ser mantidas são as de natureza jurídica salarial, tais como as luvas, podendo ser cessado o pagamento do montante contratado pela cessão do uso da imagem do atleta, ou seja, o direito de imagem, caso o ajuste tenha sido celebrado sem intenção de fraudar a legislação trabalhista.

## **7. Repercussões das verbas recebidas pelos atletas em caso de execução das cláusulas indenizatória e compensatória desportiva**

Os contratos com data final previamente fixada são exceções no ordenamento juslaboral brasileiro e por si só apresentam algumas especificidades. É o caso do contrato especial de

(63) PINTO, José Augusto Rodrigues Pinto, *op. cit.*, p. 334.

trabalho do atleta profissional de futebol, que sempre será por tempo determinado.

Apesar de a relação de emprego ter uma data final determinada em contrato, é possível que seja rompida antecipadamente, tanto pelo empregador como pelo empregado, cabendo àquele que decidir pôr fim ao ajuste sem justa causa indenizar a outra parte, conforme preveem os arts. 479 e 480 da CLT. Contudo, o art. 28, § 10, da Lei Pelé, incluído pela Lei n. 12.395/11, exclui a aplicabilidade dos arts. 479 e 480, da CLT. Antes da vigência da Lei Pelé, os atletas permaneciam vinculados aos seus clubes mesmo depois do encerramento do seu contrato, isto porque vigia no Brasil até 2001 o sistema do passe.

Um caso marcante ocorreu na Europa nos anos 1990, levando à abolição do sistema no Velho Continente. Um atleta belga, Jean-Marc Bosman, baseou-se nas regras sobre a livre circulação dos trabalhadores na Comunidade Europeia para, por meio de um processo judicial, alcançar a liberdade para se transferir de um clube europeu a outro sem que fosse necessário o pagamento do passe. Esse fato tornou-se conhecido como Caso Bosman, ou Lei de Bosman, e inspirou os brasileiros a extinguir o instituto no país<sup>(64)</sup>.

Extinto o passe, a legislação desportiva-trabalhista criou a cláusula penal para proteger os clubes. Regulada pelo art. 28 da Lei Pelé, a cláusula penal permitiu a manutenção dos ganhos pelos clubes com a negociação de jogadores por meio de multas contratuais.

Durante a vigência da cláusula penal, houve fervorosa batalha entre os estudiosos do tema sobre a quem tal cláusula seria aplicável. A doutrina e a jurisprudência dividiam-se entre os defensores da unilateralidade da cláusula penal, com base no argumento de que tal dispositivo fora criado com o intuito de proteger os clubes de uma eventual evasão de seus jogadores em busca de contratos com valores mais

vultuosos; e os que entendiam ser a cláusula penal bilateral, aplicável tanto para os clubes como para os atletas, devendo a multa recair sobre quem desse causa ao fim antecipado do contrato de trabalho<sup>(65)</sup>. Apesar da controvérsia, o TST pendia para a corrente favorável à unilateralidade da cláusula penal.

Quanto ao cálculo, previa o art. 28, § 3º, da Lei Pelé, que o valor da cláusula penal poderia ser livremente estabelecido pelos contratantes, fixando o teto de até cem vezes o montante da remuneração anual pactuada, incluindo-se as luvas e os bichos pagos com habitualidade. O § 4º previa uma redução progressiva a cada ano de contrato cumprido; dez por cento depois do primeiro ano, vinte por cento depois do segundo ano, quarenta por cento depois do terceiro ano e oitenta por cento depois do quarto ano.

A Lei n. 12.395/11 pôs fim à cláusula penal, encerrando a discussão acerca de sua uni ou bilateralidade; instituiu as cláusulas indenizatória e desportiva (art. 28, I, da Lei n. 9.615/98) em substituição à popular cláusula penal e a compensatória desportiva (art. 28, II, da Lei n. 9.615/98) em substituição à multa rescisória (art. 31 da antiga redação da Lei Pelé).

A legislação é expressa ao determinar que a cláusula indenizatória desportiva é devida exclusivamente ao clube quando o atleta se transfere para outra entidade de prática desportiva, durante a vigência do contrato, ou retorne às atividades profissionais em outra agremiação no prazo de até trinta meses contados do momento em que se desvinculou do clube de origem (art. 28, I, da Lei Pelé).

Já a cláusula compensatória, pela literalidade da lei, deve ser paga pela entidade de prática desportiva ao atleta quando o contrato for rescindido antecipadamente em virtude de atraso no pagamento de salários, em caso de rescisão indireta ou em decorrência de dispensa imotivada do atleta (art. 28, II, da Lei Pelé).

(65) CAMPOS, Hadma Christina Murta. O atleta profissional e bilateralidade da cláusula penal. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, ano 46, n. 19, p. 73-77, 2010.

(64) ZAINAGHI, Domingos Sávio, *op. cit.*

Contudo, a atual redação do § 1º do art. 28 da Lei Pelé limita o valor da cláusula indenizatória desportiva em duas mil vezes o valor médio do salário contratual, caso a transferência ocorra para clube do Brasil; na hipótese de a transferência ser para o exterior, seu valor é ilimitado. Já a cláusula compensatória desportiva tem como limite mínimo o valor total dos salários mensais a que teria direito o profissional até o término natural do pacto trabalhista; e, como montante máximo, quatrocentas vezes o valor do salário mensal no momento da rescisão. Além do salário propriamente dito, acrescenta-se ao valor-base para cálculo da multa a média dos valores pagos a título de luvas e as demais verbas, em caso de fraude à legislação ou de pagamento dos bichos com habitualidade.

Por fim, outra importante inovação trazida pela Lei n. 12.395/11, influenciada desde 2001 pelo Regulamento do Estatuto e Transferência de Jogadores da FIFA<sup>(66)</sup>, foi a responsabilização solidária pelo pagamento da cláusula indenizatória desportiva do atleta e do clube para o qual o jogador está se transferindo, nos termos da nova redação do § 2º do art. 28 da Lei n. 9.615/98.

## 8. Utilização fraudulenta dos institutos remuneratórios

A Consolidação das Leis do Trabalho tem em seu art. 9º disposição expressa que protege os trabalhadores, considerando nulos de pleno direito os atos praticados com a finalidade de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação do regramento consolidado.

Muito se fala sobre as tentativas de as entidades de prática desportiva se utilizarem de alguns institutos com o objetivo de reduzir gastos, em detrimento dos direitos trabalhistas de seus atletas, mormente em relação aos direitos de arena e de imagem. Alguns casos serão examinados para contextualizar o fenômeno em questão.

Quanto ao direito de imagem, o Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.

TST-AIRR-800-86.2009.5.01.0025 pode ser considerado um caso emblemático de má utilização desse instituto desportivo. Durante a instrução processual, apurou-se que os sujeitos pactuaram dois contratos de trabalho e dois contratos de cessão de uso de imagem consecutivos. De acordo com o processo, no segundo contrato, estipulou-se inicialmente o montante de R\$ 35.000,00; de julho a dezembro de 2005, R\$ 45.000,00; e a partir do mês de janeiro de 2006, R\$ 50.000,00. O período de vigência do segundo contrato de exploração do direito à imagem coincidiu com o período do segundo contrato de trabalho. Além disso, os dois contratos foram assinados no mesmo dia, prevendo salário de R\$ 20.000,00.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região deu provimento ao Recurso Ordinário interposto pelo reclamante, justificando que o labor do empregado e o respectivo pagamento da contraprestação pactuada foram exclusivamente voltados à atividade de jogar futebol, inexistindo qualquer outra diferente desta. Aduziu que o reclamado, por meio de manobra fraudulenta, camuflou a situação jurídica com o propósito de desvirtuar a natureza jurídica dos valores referentes a verdadeiro salário, para sonegar encargos sociais e tributários incidentes sobre tais quantias. Assim, o Tribunal Superior do Trabalho declarou a “manobra” nula de pleno direito, com fundamento no art. 9º da CLT, e ainda negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo reclamado para destrancar Recurso de Revista, sob o pálio de que o direito de imagem terá natureza civil apenas se não objetivar fraudar a legislação trabalhista. Para o Tribunal, restou evidente no Acórdão Regional o intuito fraudulento na celebração de contrato de licença de uso de imagem, razão pela qual deveria ser mantida a natureza salarial da parcela recebida pelo atleta a título de direito de imagem.

A legalidade do contrato do uso de imagem deve ser analisada com a observação de alguns fatores: a) a reputação do atleta; b) a real utilização da imagem do jogador em campanhas

(66) RAMOS, Rafael Teixeira, *op. cit.*

promocionais ou venda de uniformes; e c) a proporcionalidade entre salário e imagem. No caso analisado, comprovou-se que o atleta recebia mais pela cessão do uso de sua imagem do que pelo salário e, ainda, utilizou-se de sua empresa para firmar o pacto de cessão do uso de sua imagem, prática habitual em casos de fraude à legislação.

Quanto ao direito de arena, antes da alteração da Lei Pelé pela Lei n. 12.395/11, que reduziu o percentual do direito de arena de 20% para 5% do montante recebido pelas entidades de prática desportiva pela negociação das transmissões de seus jogos, alguns clubes tentavam fraudar os direitos dos atletas a esta contraprestação por meio de acordos pactuados com os jogadores, reduzindo este percentual. É o caso do Recurso de Revista TST-RR-57800-35.2009.5.04.0001, em que o clube reclamado buscou a manutenção da redução do percentual de 20% para 5% do direito de arena firmado em acordo judicial. Decidiu o TST que o percentual de 20% poderia ser majorado por meio de convenção, porém, jamais reduzido, razão pela qual reformou o acórdão regional, que havia considerado válido o acordo judicial em que se reduziu 20% para 5% o percentual, violando o art. 42, § 1º, da Lei n. 9.615/1998 (na redação anterior à entrada em vigor da Lei n. 12.395/2011).

A alteração da Lei Pelé reduziu em 15% os valores referentes ao direito de arena pagos aos atletas, tornando, atualmente, desnecessária a prática adotada pelos clubes de burlar a legislação, pois, afinal, o legislador já se encarregou de reduzir os direitos dos trabalhadores.

## 9. Considerações finais

Pouca atenção tem recebido o Direito Desportivo Trabalhista no Brasil, sendo escassa a quantidade de produções sobre o tema, sobretudo depois da Lei n. 12.395/11. Por isso, buscou o presente estudo definir os institutos do direito de imagem, direito de arena, luvas e bichos, bem como verificar se tais verbas

repercutem de alguma forma no contrato especial de trabalho desportivo, como forma de provocar reflexões sobre o Direito Desportivo Trabalhista na atualidade, sobretudo em relação a atletas de clubes menos expressivos.

Apurou-se que o contrato especial de trabalho desportivo possui algumas peculiaridades, como a obrigatoriedade de ser celebrado por tempo determinado e a presença das cláusulas indenizatória e compensatória, que substituíram a cláusula penal utilizada anteriormente como mecanismo de segurança para o clube depois do fim do passe.

Quanto às verbas recebidas pelos atletas profissionais de futebol, concluiu-se que o direito de imagem e o direito de arena, depois das alterações trazidas pela Lei n. 12.395/11, possuem natureza jurídica civil, sendo afastada a sua repercussão nas demais verbas trabalhistas. O direito de imagem, inclusive, pode ser pactuado em contrato aparte, pois diz respeito à utilização da imagem do atleta e não, especificamente, aos seus serviços prestados. Contudo, o reiterado atraso em seu pagamento pode dar causa à rescisão indireta do contrato especial de trabalho desportivo.

A jurisprudência, mesmo depois da Lei n. 12.395/11, entende que o direito de imagem possui natureza salarial quando celebrado com o intuito de fraudar a legislação trabalhista, situações em que se aplica o art. 9º da CLT. As entidades de prática desportiva tentam burlar a legislação trabalhista e previdenciária assinando contratos de cessão do uso da imagem com empresas criadas pelos atletas ou, simplesmente, alterando indevidamente a nomenclatura de parte do salário do profissional para “direito de imagem”.

Concluiu-se, todavia, que ainda não há um critério definido em lei para se determinar quando o direito de imagem é utilizado para fraudar a legislação trabalhista, adotando-se, atualmente, os critérios da real exploração da imagem do jogador em campanhas publicitárias, da fama do atleta e do clube, entre outras.

Apurou-se, também, que, antes das alterações trazidas pela Lei n. 12.395/11, as entidades de prática desportiva, por meio de acordos individuais ou coletivos, reduziam o percentual referente ao direito de arena destinado aos atletas, de 20% para 5%. Essa manobra passou a ser afastada pelos Tribunais Trabalhistas, pois entendiam que os 20% definidos em lei se tratava de um patamar mínimo de repasse. Todavia, os legisladores se encarregaram de diminuir o montante a ser repassado aos atletas a título de direito de arena, de 20% para 5%, reduzindo os direitos dos atletas e tornando esta prática desnecessária.

No que se refere às luvas como pagamento para atrair atleta para determinado clube, apesar de entendermos pela sua natureza salarial apenas se forem pagas mês a mês (e não se depositada em uma única parcela), constatou-se que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem possuir natureza salarial mesmo se pagas apenas no momento da celebração do contrato de trabalho, ou seja, em uma única parcela. Essa posição é tão forte nos Tribunais Trabalhistas do Brasil que passou a ser adotada, analogamente, em casos de outros profissionais, como de bancários.

No tocante aos bichos como verbas pagas pela conquista de objetivos (títulos, classificação, vitórias ou empates), verificou-se que a habitualidade de seu pagamento influencia na definição de sua natureza jurídica. Se forem pagos poucas vezes ao ano, apenas em caso de conquista de títulos, classificações ou metas específicas, possuem natureza de prêmio. Em contrapartida, se forem pagos frequentemente, por vitórias ou empates em cada partida, passam a ter natureza de salário, refletindo nas demais verbas trabalhistas.

Sobre a repercussão das verbas no contrato de trabalho, o limite do valor da cláusula indenizatória é baseado no salário do atleta, incluindo-se as luvas, os bichos habituais e o direito de imagem, caso utilizado de maneira a fraudar as obrigações trabalhistas.

Observou-se, ainda, que o atraso no pagamento das verbas salariais, e até mesmo, do direito de imagem, gera rescisão indireta do contrato especial de trabalho desportivo, conforme prevê o art. 31 da Lei Pelé. Notou-se, também, que, para ser preservado o valor do salário do atleta nos casos de cessão temporária ou empréstimo, os clubes cedentes costumam pagar parte dos salários dos jogadores, permitindo aos cessionários pagarem quantias menores do que o valor recebido pelo atleta no seu clube de origem.

As situações evidenciadas neste estudo demonstram que ainda há muito que se evoluir no estudo e na efetivação do Direito Desportivo do Trabalho, cuja seara merece maior atenção, sobretudo no que diz respeito a atletas vinculados a clubes menores, pois tais profissionais, apesar da predominância, não vivem os louros e glórias dos grandes ídolos do futebol brasileiro, passando por inúmeras dificuldades e, até mesmo, se sujeitando a subempregos. Portanto, cabe ao Direito do Trabalho garantir a todos os atletas um trabalho digno por meio de uma política de promoção dos direitos humanos fundamentais, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

## 10. Referências bibliográficas

AIDAR, Carlos Miguel Castex *et al.* *Direito Desportivo*. Campinas: Editora Jurídica Mizuno, 2000. p. 576.

BARACAT, Eduardo Milléo. A retribuição do direito de arena do atleta profissional. *LTr: Suplemento trabalhista*, São Paulo, 041/05, ano 41, p. 163-167, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012.

CAMARGO, Guilherme Pessoa Franco de. O direito de arena e imagem para os jogadores de futebol e demais atletas após a Lei n. 12.395, de 16 de março de 2011. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano XXVIII, n. 1.375, p. 10-12, 16 maio 2011.

CAMPOS, Hadma Christina Murta. O atleta profissional e bilateralidade da cláusula penal. *LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, ano 46, n. 19, p. 73-77, 2010.

- CÂNDIA, Ralph. *Comentários aos contratos trabalhistas especiais*: doutrina, jurisprudência, legislação. São Paulo: LTr, 1987. p. 367.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 6. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2012.
- CHAVES, Antônio. *Direito de arena (transmissão, via rádio e TV dos grandes espetáculos esportivos, carnavalescos, etc.)*. Campinas: Julex Livros, 1988. p. 141.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 622.
- DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 155.
- FONSECA, Maria Hemília. *Curso de metodologia na elaboração de trabalhos acadêmicos*. Rio de Janeiro: Ciência Moderna, 2009. p. 102.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 377.
- GONÇALVES, Emílio. *Contrato de trabalho: aspectos gerais e especiais de sua problemática*. São Paulo: Atlas, 1978. p. 206.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 160.
- MELO FILHO, Álvaro. *O desporto na ordem jurídico-constitucional brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 247.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*, 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.469.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 1.534.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007. p. 967.
- RAMOS, Rafael Teixeira. A nova cláusula indenizatória desportiva e cláusula compensatória desportiva do contrato de trabalho dos atletas. *Revista LTr: Legislação do trabalho*, São Paulo, ano 75, n. 12, p. 1.497-1.504, dez. 2011.
- SÁ FILHO, Fábio Menezes. Alterações na legislação laboral desportiva: incidência na prática futebolística. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 37, v. 144, p. 203-307, out./dez. 2011.
- SANTOS, Antônio Sérgio Figueiredo. *Prática desportiva: Lei Pelé com alterações da Lei n. 9.981, de 14.7.2000*. Belo Horizonte: Inédita, 2001. p. 223.
- SCHIAVI, Mauro. Aspectos controvertidos do direito de imagem e direito de arena do atleta profissional de futebol. *LTr: Suplemento trabalhista*, São Paulo, 083/07, ano 43, p. 347-350, 2007.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: livro das profissões regulamentadas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 4, p. 344.
- \_\_\_\_\_. *Curso de direito do trabalho aplicado: contrato de trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. v. 6, p. 440.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 1: Lei de introdução e parte geral. 4. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 495.
- VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. Natureza jurídica do direito de arena e do direito de imagem. *Jornal Trabalhista Consulex*, Brasília, ano XXVIII, n. 1.391, p. 4-7, 5 set. 2011.
- VIANA, Ricardo dos Santos. *Do direito desportivo e a modernização das relações jurídico-desportivas*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2006.
- ZAINAGHI, Domingos Sávio. Rescisão do contrato de trabalho de atleta de futebol. Unilateralidade da cláusula penal. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, RT, ano 35, p. 373-379, jul./set. 2009.

# Programa MPT na Escola, cidadania e direitos humanos: a realidade do trabalho infantil no Estado da Paraíba

Raphaela Viana Sila Asfora/Autora(\*) e Robson Antão de Medeiros/Orientador(\*\*)

## Resumo:

► **Introdução:** A presente pesquisa consiste na investigação científica do planejamento estratégico do Programa MPT na Escola, sendo este uma iniciativa do Ministério Público do Trabalho (MPT) e da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região no Estado da Paraíba. Presente em vários municípios paraibanos, vem a conscientizar a sociedade em geral acerca dos direitos da criança e do adolescente em pleno século XXI e há, portanto, o seguinte questionamento: no âmbito do Ministério Público do Trabalho (MPT), quais as principais ações do Programa MPT na Escola e os principais dados acerca da realidade do trabalho infantil no Estado da Paraíba? **Objetivos:** analisar as iniciativas de cidadania, proteção e defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, em relação ao trabalho infantil e apontar as ações estratégicas do Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba, mediante um mapeamento dos principais municípios paraibanos que possuem os altos índices do trabalho infantil. **Metodologia:** pesquisa bibliográfica, ao consultar livros

(\*) Administradora de Empresas, Jornalista. *Official Member of Rotary International*, Evanston, USA (Brazil, District 4.500). Doutoranda em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Córdoba (UNC/400 Años de Tradición). Conciliadora Federal com atuação profissional no Tribunal Regional Federal da 5ª Região/Justiça Federal na Paraíba/9ª Vara do Juizado Especial Federal/Subseção Judiciária de Campina Grande/PB (2014/2015). Destaque Profissional na Revista Argumento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (edição n. 09/2015). Graduada/Bacharelado em Direito pelo CESED/Facisa. Graduada/Bacharelado em Comunicação Social (Jornalismo) e Graduada em Administração, ambos pela Universidade Estadual da Paraíba/UEPB. Pós-graduada em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo CESED/Facisa/IBCCRIM. Aprovada em 1º lugar no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais/CEDHESC pela Escola da Magistratura do Estado da Paraíba — ESMA/PB, Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba/TJPB e Universidade Federal da Paraíba/UFPB (2014/2015), com experiência internacional em vários países do Continente Europeu: Portugal, França, Suíça, Itália e Espanha.

(\*\*) Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor do programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas — UFPB. Pós-doutorado (PhD) em Direito pela Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra — Portugal (2006). Doutorado em Ciências da Saúde, pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2002/2005). Mestrado em Ciências Jurídicas (Conceito CAPES 5) pela Universidade Federal da Paraíba (1998/2002). Especialização em Bioética, pela Universidade Federal de Lavras — Minas Gerais (2010). Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, pela Universidade Federal da Paraíba (1991). Coordenador do Curso de Direito Santa Rita da UFPB (2009-2012). Vice-diretor do Centro de Ciências Jurídicas — UFPB no período 2013-2016. Avaliador de Instituições de Educação Superior e de Cursos de Graduação, junto ao MEC. Experiência no Ensino, Pesquisa e Extensão, na área de Direito e Saúde Coletiva, com ênfase nos seguintes temas: Biotecnologia, Biodireito, Direitos Humanos, Direito Civil, Direito de Família, Direito Trabalhista, Direito Administrativo, Direito da Comunicação.

e artigos científicos sobre este tema, além da pesquisa de campo realizada na Sede do MPT em Campina Grande/PB. **Análise dos Resultados:** neste contexto, há o relato da participação do Ministério Público do Trabalho (MPT) com as ações da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região, que passam a conscientizar a população paraibana acerca dos casos de trabalho infantil existentes em pelo menos dezenove municípios da Paraíba e os meios cabíveis para punição e erradicação desta atividade ilegal. **Conclusões:** a intervenção do Ministério Público do Trabalho (MPT), pelo Programa MPT na Escola, ao proporcionar novas oportunidades de aprendizagem, conscientização e inclusão social de crianças e adolescentes, com respeito ao Princípio da Dignidade Humana.

### Palavras-chave:

- ▶ Programa MPT na Escola — Cidadania e Direitos Humanos — Trabalho Infantil — Estado da Paraíba.

### Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução
- ▶ 2. O Programa MPT na Escola
- ▶ 3. O Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba
- ▶ 4. Principais ações do Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba
- ▶ 5. Marco histórico do conceito de cidadania
- ▶ 6. O conceito atual de cidadania no Brasil
- ▶ 7. Cidadania, os direitos civis e os direitos sociais da infância e juventude
- ▶ 8. A realidade do trabalho infantil no Estado da Paraíba
- ▶ 9. Considerações finais
- ▶ 10. Referências bibliográficas

## 1. Introdução

No Brasil, é possível afirmar que há um crescente desenvolvimento de políticas públicas voltadas à cidadania, inclusão social e à proteção dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Como exemplo desta realidade, há o destaque para as atividades desempenhadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em diversos estados brasileiros, sobretudo pelo Projeto MPT na Escola, também presente no Estado da Paraíba.

De acordo com dados recentes da Procuradoria Regional do Trabalho da 13ª Região (PRT13), foram identificados cerca de oito mil crianças e adolescentes em regime de trabalho irregular na região de Campina Grande/PB,

realidade também presente em João Pessoa, Patos, Sousa Cajazeiras, Pombal e demais cidades paraibanas que necessitam erradicar os altos índices de trabalho infantil.

O objeto de estudo da presente pesquisa consiste na investigação científica das diversas ações de planejamento estratégico do “Projeto MPT na Escola: De Mãos Dadas Contra o Trabalho Infantil”, também existente no Estado da Paraíba, como uma iniciativa de parceria com as Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, além dos demais órgãos e entidades do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente. Pelo Projeto MPT na Escola, há um conjunto de ações de pesquisa, extensão, conscientização e sensibilização do

poder público municipal, estadual, federal, comunidade acadêmica, escolar e da sociedade em geral acerca dos direitos da criança e do adolescente em pleno século XXI, com o foco na erradicação do trabalho infantil e na proteção ao trabalhador adolescente.

O Projeto MPT na Escola foi elaborado com base no Programa de Educação contra a Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (PETECA), executado pela Procuradoria Regional do Trabalho no Ceará, desde outubro de 2008. O mesmo possui a participação de 130 municípios, 2 mil escolas, 15 mil professores e 400 mil alunos, no contexto do Estado da Paraíba, de acordo com o levantamento feito pela Assessoria de Gestão Estratégica do Ministério Público do Trabalho.

O Projeto MPT na Escola conta com a adesão das 24 Procuradorias Regionais do Trabalho, que atende as 27 Unidades da Federação. Os dados foram apresentados no dia 2 de abril de 2014 em Brasília, por ocasião da Reunião Nacional da COORDINFÂNCIA (Coordenadoria Nacional de Combate à Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente).

No atual contexto social, político e econômico do Estado da Paraíba, há o aumento das ocorrências do trabalho infantil em vários municípios paraibanos. Diante desta realidade, há a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) na erradicação do trabalho infantil, onde a cada ano, vem buscar a implementação de várias ações que possam aperfeiçoar as políticas públicas de educação, pelo Programa MPT na Escola em suas perspectivas atuais no Estado da Paraíba, que consiste na defesa da ordem jurídica, do regime democrático dos direitos fundamentais à proteção da criança e do adolescente, visando à tutela coletiva dos direitos humanos de crianças e adolescentes, mediante a intervenção judicial e social por meio de campanhas educativas, na realização de audiências públicas e a efetiva atuação dos membros do MPT, sobretudo pelo Programa MPT na Escola.

## 2. O Programa MPT na Escola

O Projeto MPT na Escola tem a sua gênese na Região Nordeste, uma vez elaborado com base no Programa de Educação contra a Exploração do Trabalho da Criança e do Adolescente (PETECA), assim executado pela Procuradoria Regional do Trabalho no Ceará, desde o mês de outubro de 2008, buscando respeitar também os preceitos da Carta das Nações Unidas que, em seu preâmbulo, declara:

O reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo, formulada no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, viu-se repetida tanto no preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, quanto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Vários outros instrumentos enfatizaram que violações específicas dos direitos humanos, como a discriminação pode comprometer a paz e ameaçar a segurança internacional. (JANUSZ SYMONIDES, 2003, p. 24.)

O art. 55 da Carta das Nações Unidas acrescenta o ideal de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias para as relações pacíficas entre os Estados, onde as Nações Unidas devem promover as condições para o progresso e o desenvolvimento econômico e social e, ao mesmo tempo, o respeito universal e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, essencialmente por meio da educação de demais políticas públicas de inclusão social, que possam favorecer as crianças e os adolescentes brasileiros, ideologia também presente no desenvolvimento das atividades do Programa MPT na Escola.

## 3. O Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba

Em 2015, Ministério Público do Trabalho (MPT), pelo Programa MPT na Escola, vem erradicar o trabalho infantil no Estado da Paraíba, também com o apoio dos meios de comunicação de massa, a exemplo dos jornais impressos, revistas especializadas, televisão,

rádio, publicidade e também os recursos audiovisuais *on-line*, para a conscientização da população sobre a realização do trabalho ilegal por parte de crianças e adolescentes em vários municípios paraibanos:

O trabalho infantil ainda é realidade na Paraíba. É o que revelam os dados do Sistema de Informações sobre Focos de Trabalho Infantil (SITI) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que identificou 506 focos da atividade ilegal no Estado nos últimos oito anos (2006-2014). Somente em João Pessoa, foram sessenta e dois registros desse tipo no mesmo período. O Ministério Público do Trabalho (MPT) tem realizado ações com o objetivo de coibir a exploração da mão de obra infantil, principalmente na grande João Pessoa, a exemplo do que ocorreu durante os meses de dezembro de 2014 e janeiro de 2015, quando realizou uma campanha, ao perceber que há um incremento do trabalho infantil nas praias e feiras livres na época de férias escolares, por isso, há o foco na conscientização dos pais e, em paralelo, reuniões com os municípios da Grande João Pessoa para criar tarefas, oficinas de teatro e esporte para manter a criança em atividade. (Jornal da Paraíba, Paraíba tem mais de 500 focos de Trabalho Infantil. In: *Caderno Cidades*. Terça-feira, 17 de fevereiro de 2015.)

Conforme o SITI, o ano de maior incidência do trabalho infantil na capital foi em 2012, quando houve a identificação de quarenta e sete focos de trabalho infantil. O último registro, realizado em 2014, ocorreu no mês de agosto, quando vinte e sete crianças foram encontradas realizando serviços coletivos, sociais, pessoais, entre outros, em ruas e logradouros públicos, exercendo atividades de comércio ambulante, guardadores de carros, guardas mirins e guias turísticos.

#### **4. Principais ações do Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba**

As principais ações do Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba são de iniciativa

do Ministério Público do Trabalho (MPT), que diretamente ou por intermédio das Delegacias Regionais do Trabalho, DPCA (Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente) ou, por meio de outros órgãos competentes, tem a missão de fiscalizar os estabelecimentos mencionados no art. 2º da Lei n. 11.577/2007 e para aqueles que não cumprirem a determinação legal arcarão com as medidas judiciais tomadas pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) em todo território nacional. (Fonte: Recomendações do MPT ao cumprimento da Lei n. 11.577/2007.)

No ano de 2015, é possível verificar que, nos principais municípios paraibanos, persistem os altos índices de ocorrência do trabalho ilegal de crianças e jovens. Sob a perspectiva cultural, é possível afirmar que no Brasil há a presença das relações de dominação de grupos que promovem o trabalho infanto-juvenil, onde, cada vez mais, é preciso haver uma estrutura e a prática constante das iniciativas do Poder Público para combater o trabalho infantil de crianças e adolescentes, objetivando o avanço de ações que possam levar à cidadania e à inclusão social no Estado da Paraíba

O art. 127 da Constituição Federal de 1988 vem a reiterar a dignidade humana de crianças e adolescentes, assim no contexto social, político e econômico do Estado da Paraíba. É preciso haver a plena atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) no combate ao trabalho infantil, enquanto instituição protetiva essencial à função jurisdicional do Estado para a ampla defesa da ordem jurídica, de regime democrático e em prol dos interesses sociais e individuais da parcela populacional de crianças e adolescentes.

No âmbito dos direitos humanos, econômicos, sociais e culturais, é cada vez mais importante a compreensão do conceito de cidadania, a qual é essencial no estudo acerca do Programa MPT na Escola existente no Estado da Paraíba. Nos dias atuais, é imprescindível a implementação constante das ações voltadas

à inclusão social de crianças e adolescentes que estão vulneráveis à realidade do trabalho infantil. O Ministério Público do Trabalho (MPT) vem colaborar com este ideal, mediante suas iniciativas para erradicação do trabalho infantil no Estado da Paraíba, com destaque para o Programa MPT na Escola.

## 5. Marco histórico do conceito de cidadania

Historicamente, o termo cidadania deriva do latim *civitas* (cidade), assim devidamente vinculado ao exercício dos chamados direitos políticos, sem os quais o cidadão não pode ter voz ativa nos destinos e negócios do Estado. Em tese, deve haver a participação de cada cidadão no governo e na administração pública de um determinado Estado. Neste contexto, é possível mencionar a ideia construída ao longo do tempo, ao afirmar que a cidadania serve a um Estado atribuído àqueles que são membros do pleno direito de uma determinada sociedade.

A cidadania pode então ser definida como uma espécie de estatuto, baseado numa determinada lei e no princípio da igualdade, pelo qual as pessoas devem uma obediência ao Estado e a sua devida proteção pela sociedade. Trata-se de uma qualidade e um direito do cidadão, que importa na submissão a uma autoridade e às leis vigentes, ao haver um exercício livre de certos direitos.

Portanto, ser cidadão significa fazer parte da *polis* ou seja, participar da vida pública de alguma cidade. Ao participar desta vida pública, ao longo de várias décadas, há a atribuição do termo cidadania, que sempre vem apresentar a ideia de uma luta de classes. De um lado, a classe dominante e, do outro, uma parcela dos trabalhadores.

Na opinião de SORTO (2011, p. 103), há a afirmação de Kant no que se refere aos cidadãos que são membros do Estado, ao contemplar os seguintes atributos jurídicos: a liberdade legal, de não obedecer à outra lei, a igualdade e a independência civil. A cidadania, para Kant,

assim como também para a civilização grega, também é excludente, há, nesta realidade, uma cidadania reservada para poucos.

Destaque para a chamada cidadania universal ou cosmopolita e o dever de hospitalidade entre os Estados, pelo o que percebe um novo tipo de vínculo por parte do indivíduo, assim inserido na ordem jurídica mundial, que não se reduz àquela do Estado Nacional:

Trata-se de uma meta a resgatar, teoricamente, a estreita relação, articulação entre a cidadania, hegemonia e a luta de classes, desmistificando uma parte relevante do pensamento social, ao reconhecer o aumento dos direitos humanos e a ampliação da cidadania em escala planetária, sem se debruçar com o mesmo empenho nas condições sociais que mediatizam a concretude da vida humana. (ABREU, 2008, p. 218.)

Há muito tempo, a humanidade tem como desafio manter uma ordem jurídica internacional, que possa transformar seus cidadãos em cidadãos do mundo, ao exigir a criação de uma ordem político-jurídica universal, garantidora da justiça, positivada pelo direito cosmopolítico. Entretanto, há na história mundial das civilizações, uma referência à cidadania grega, que era efetivamente excludente, uma vez que os pensadores gregos eram os que de fato possuíam o *status* de cidadãos devidamente habilitados a participar das decisões políticas do Estado:

A este conflito, se entrelaçará a um outro, que com a base social semelhante, dará origem à polêmica entre a excelência por nascimento e a excelência adquirida, entre as virtudes inatas e as virtudes aprendidas, seja entre a natureza ou a educação. A partir deste conflito, aparecerá o desprezo dos conservadores por qualquer ascensão das classes populares através da aprendizagem. (MANACORDA, 1989, p. 46.)

Nos primórdios da civilização ocidental não apenas na Grécia, mas em diversos Estados, quem deveria ter o acesso à educação eram

os membros da elite, os pensadores da aristocracia ou os militares, assim devidamente orientados para uma vida de prosperidade e a regulamentar os princípios da educação, principalmente realizada de forma discriminatória: mulheres, crianças, estrangeiros e escravos não deveriam ter o acesso à educação. Esta classe dominante, assim detentora dos meios de produção econômica e ao estar no controle dos aspectos da política, vem acentuar esta cultura de desigualdades, sobretudo nas manifestações próprias de cada nação: os costumes, o idioma, a religião, o comércio, o transporte e as relações de trabalho e sobretudo na forma de como lidar com os problemas sociais, em especial os assuntos voltados à parcela infantojuvenil de uma determinada sociedade.

Na apresentação de uma teoria crítica e contemporânea acerca da cidadania, assim direcionada ao processo de produção do capital, há um resgate dos preceitos da Teoria Social de Karl Marx, que vem recuperar a premissa basilar de um estatuto jurídico para a promoção de uma igualdade entre os cidadãos, em face de uma realidade de desigualdade e apropriação privada dos meios de produção econômica. Também as interferências de um modo de produção capitalista, cada vez mais internacionalizado, apresentam-se como questões fundamentais para a compreensão da fragmentação e dos crescentes problemas que as classes trabalhadoras estavam a enfrentar, sobretudo a realização das relações trabalhistas ilícitas e degradantes, como é o caso do trabalho infantil.

Portanto, há a relevância do conjunto de direitos próprios da cidadania, ou seja, os direitos civis, direitos políticos e os direitos sociais, também presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, denominada pelo político brasileiro Ulisses Guimarães como a “Constituição Cidadã”, da mesma forma que há o destaque para a Lei n. 9.394/1966 (Lei Darcy Ribeiro), que vem a buscar os efeitos da aplicabilidade prática

das Diretrizes e Bases da Educação Nacional, nos moldes de como a cidadania é realizada no Brasil.

Todavia, estes preceitos constitucionais estão devidamente inseridos na Seção I do Capítulo III dedicado à Educação, com foco no pleno exercício dos direitos fundamentais e a cidadania, a partir do momento em que a educação vem instruir o indivíduo, sobretudo ao assegurar os seus direitos e deveres em relação à vida social. Deve haver então o pleno acesso ao desenvolvimento e a posterior qualificação para o trabalho, conforme expõe o art. 205 da CF/88.

A premissa básica será sempre a igualdade de condições no acesso à educação, os meios de permanecer na escola, a valorização dos professores e a garantia da manutenção da qualidade do ensino e das instalações das escolas, que vem somar os elementos que enunciam os deveres estatais, essencialmente ao oferecer à população um ensino fundamental obrigatório e gratuito, a progressiva universalização deste ensino gratuito, o pronto atendimento das creches e pré-escola destinadas às crianças de 0 a 7 (zero a sete anos) de idade, conforme os arts. 206 e 208 da CF/88.

O acesso à educação em todos os Estados brasileiros, conforme a Constituição de 1988, deve ocorrer nos níveis elevados de ensino, pesquisa e criação artística, de acordo com a capacidade de cada um, o atendimento ao ensino fundamental deve ser organizado mediante a realização de programas suplementares em relação ao material didático regular, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Importante informar também que, de acordo com o Capítulo III, Seção I, da Constituição Federal de 1988, deve haver a participação da União, Estados, Distrito Federal (DF) e Municípios, principalmente no que diz respeito à arrecadação e da distribuição dos recursos aos sistemas de ensino, como também a atuação da iniciativa privada em promover a educação voltada às crianças e aos jovens, ao evitar todo

e qualquer risco da prática do trabalho infantil, amplamente combatida pelas convenções internacionais, a exemplo da Convenção sobre os Direitos da Criança:

O tratado internacional mais ratificado em toda história do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, atualmente com 193 Estados-Partes. A Convenção sobre os Direitos da Criança completou 20 anos de existência em 2009 e é o documento mais abrangente de todos os tratados de direitos humanos e instrumentos legais em favor da promoção e da proteção dos direitos da criança. A Convenção foi a primeira a reconhecer explicitamente que a criança é ator social e sujeito ativo dos seus próprios direitos, além de ser pioneira em articular de forma holística e integral os direitos que são relevantes para a criança — econômicos, sociais, culturais civis e políticos. A Convenção adotou a doutrina da proteção integral da criança, ao demonstrar que a garantia de direitos exige interdisciplinaridade e não pode se dar de forma restrita. (PIOVESAN, 2012, p. 18.)

Por meio desta Convenção, veio fortalecer a proteção da criança contra a exploração econômica e contra a realização de qualquer trabalho que possa ser perigoso ou venha a interferir em sua educação, ou que seja nocivo para sua saúde ou para o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. Os Estados-partes, por sua vez, devem adotar medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais para assegurar o cumprimento da Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, apresentado pela OIT em 1998, que vem assegurar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

## 6. O conceito atual de cidadania no Brasil

O atual conceito de cidadania no Brasil vem demonstrar o desenvolvimento de um longo processo histórico, que busca acompanhar todas as mudanças na sociedade e vem sendo

aperfeiçoado ao longo das gerações. Para tanto, é preciso assegurar as garantias juridicamente postas e concretas possibilidades de construção das diferentes características para a formação política das nações.

Hoje em dia, falar a respeito de cidadania, também é possível perceber a exclusão de grande parcela da população no acesso à educação, seja no âmbito global, regional ou local. Desde a limitação no exercício dos direitos políticos fundamentais, principalmente no Brasil, que também está diante das desigualdades sociais e das diferenças regionais, ao identificar as seguintes irregularidades nas relações de trabalho: os altos índices do trabalho infantil, a miséria nas grandes cidades, o crescente número das famílias que moram nas ruas, a marginalização de crianças e adolescentes, o desemprego, a violência e demais aspectos que nos levam a refletir qual seria o real conceito de cidadania no Brasil:

As crianças abandonadas nas ruas, as crianças tragadas pela delinquência, o trabalho infantil, a prostituição infantil forçada, o tráfico de crianças para a venda de órgãos, as crianças envolvidas em conflitos armados, as crianças refugiadas, deslocadas e apátridas, são os aspectos do cotidiano da tragédia contemporânea de um mundo aparentemente sem futuro. (...) Todo meio social deve, assim estar atento à condição humana e o meio social que se descuida de suas crianças não tem futuro. (TRINDADE, A. A. Cançado. *Opinião Consultiva*, n. 17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a respeito da condição jurídica e os Direitos Humanos da Criança, 2012, p. 2-5.)

Todos estes fatores dizem respeito a um longo processo histórico e que acompanha todas as mudanças na sociedade. Pela solidariedade, esta realidade vem sendo modificada aos poucos, ao transformar a forma de pensar e de agir das novas gerações. Principalmente, ao assegurar que garantias juridicamente postas e as concretas possibilidades da construção das

diferentes características de formação política das nações.

## **7. A cidadania, os direitos civis e os direitos sociais da infância e juventude**

No que diz respeito aos direitos humanos, a cidadania corresponde à liberdade, participação e a igualdade para todos. É necessário que possa haver o desenvolvimento de um parâmetro para o julgamento da qualidade da cidadania em cada país, sob a perspectiva de cada novo momento histórico, a partir dos direitos civis, políticos e sociais. Um cidadão pleno seria o detentor de tais direitos (civis, políticos e sociais) e os cidadãos incompletos seriam os detentores de apenas alguns destes direitos e os não cidadãos, aqueles que não viessem a se beneficiar de nenhum dos direitos. Primeiramente, a base de todos eles são os direitos civis, os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei.

Tais direitos vêm garantir o modo de ir e vir, a liberdade de escolha de um determinado trabalho, a manifestação de pensamento, a organização em movimentos sociais, o direito de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com a legislação vigente. Para tanto, são os direitos que garantem uma justiça independente, célere e ao alcance de todos. Vem assegurar que todas relações sejam civilizadas e a plena garantia de que a sociedade civil venha surgir do sistema capitalista:

É possível haver direitos civis sem direitos políticos. Estes se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. Seu exercício é limitado a parcela da população e consiste na capacidade de fazer demonstrações políticas, de organizar partidos, de votar, de ser votado. Em geral, quando se fala de direitos políticos, é do direito do voto que se está falando. Se pode haver direitos civis sem direitos políticos, o contrário não é viável. Sem os direitos civis, sobretudo a liberdade

de opinião e organização, os direitos políticos, sobretudo o voto, podem existir formalmente mas ficam esvaziados de conteúdo e servem antes para justificar governos do que para representar cidadãos. Os direitos políticos têm como instituição principal os partidos e um parlamento livre e representativo. São eles que conferem legitimidade à organização política da sociedade. Sua essência é a ideia de autogoverno. (CARVALHO, 2002, p. 12.)

Finalmente, há os direitos sociais, que juntamente com os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade e a participação na riqueza coletiva. Dizem respeito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde e à aposentadoria. A sua vigência depende da existência também da existência dos direitos civis e posteriormente fazem a diferença mediante os direitos políticos.

Os direitos sociais, civis e políticos devem garantir e permitir a organização política de uma sociedade, possa ser devidamente organizada para a redução das desigualdades sociais. Todavia, possuem também como características principais a busca pelo bem-estar dos cidadãos e a prática da justiça social voltada às crianças e aos adolescentes, assim vulneráveis às situações de trabalho ilegal.

Neste contexto há, sobretudo, uma referência direta aos ideais da OIT, sobretudo em relação à Convenção de n. 182 acerca das Piores Formas de Trabalho Infantil, assim como a Recomendação n. 190, que versa sobre a implementação dos dispositivos desta referida convenção, que foi criada como um instrumento complementar à Convenção sobre os Direitos da Criança, a lidar exclusivamente com as formas mais degradantes das relações de trabalho, como é o caso o trabalho infantil.

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos também assegura os direitos fundamentais das crianças, sobretudo a Convenção Americana de Direitos Humanos,

o Pacto de San José da Costa Rica, existente desde 1969, em seu art. 19, ao tratar sobre os direitos das crianças e ao destacar que todas elas possuem o direito às medidas de proteção dos menores, como garantias constitucionais:

O art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal proíbe o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos. Proíbe, ademais, qualquer trabalho a pessoas menores de dezesseis anos, exceto nas hipóteses de aprendizagem praticada com finalidade eminentemente educativa (educação profissional) e somente a partir de catorze anos. Logo, a criança não pode trabalhar, sob quaisquer circunstâncias (sequer como aprendiz). A aprendizagem é regida, na CLT, entre os arts. 424 a 433. (FELICIANO, 2010, p. 76.)

Sobre os direitos da infância e juventude, nos países em que a cidadania se desenvolveu com mais rapidez, principalmente na Inglaterra, a educação infantil foi prontamente introduzida e aperfeiçoada, ao permitir o pleno acesso a este direito e a reforçar a ideia de que uma população educada tem sido sempre um dos principais obstáculos à construção da cidadania civil e política em nível mundial.

## **8. A realidade do trabalho infantil no Estado da Paraíba**

No que diz respeito à relação entre o direito e a escola no exercício da cidadania, é preciso destacar as condições precárias de sobrevivência, que vêm ocasionar a exclusão de milhões de crianças e adolescentes da escola, levando em conta as regiões de norte a sul do país, que permanecem com dificuldades em manter uma educação de qualidade para suas crianças e adolescentes.

Na tentativa de um progressivo aumento dos níveis de igualdade social por meio da base escolar e o futuro exercício dos direitos políticos dos cidadãos no combate ao traba-

lho infantil, fica expresso a proibição da mão de obra de crianças em qualquer situação e o empregador não deve se sentir tentado a burlar esta norma, existente pela fiscalização trabalhista ou ainda pela intervenção e atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT), juntamente com os órgãos do Poder Judiciário:

Celebra-se ainda hoje o avanço social representado pela fixação da idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho aos dezesseis anos, desde a Emenda Constitucional n. 20 de 1998, que ratificou patamares inferiores da redação original da Constituição Federal de 1988. (...) A idade de cinco anos, por mais chocante que possa parecer, marca o início da inserção desse indivíduo nas estatísticas da maioria das metodologias, inclusive aquelas vinculadas à OIT. É claro que o trabalho é proibido nesta faixa etária, mas se ele existe deve ser documentado. Para as crianças de 05 a 12 anos, o serviço de estatística e monitoramento do trabalho infantil da OIT ( SIMPOC, na sigla inglesa de *Statistical Information and Monitoring Program on Child Labour*), uma hora de trabalho semanal já o bastante para a inserção dos dados, não exigindo que o infante tenha cumprido a carga dos operários adultos. Essa estratégia se faz necessária, a fim de evitar que os governantes maliciosos expurquem dos relatórios a atividade exercida por essas crianças, sob o singelo argumento de que não atuaram em tempo parcial ou em tempo integral. Para os adolescentes de 12 a 14 anos, a OIT considera a existência de trabalho quando verificada a duração de até catorze horas por semana, de atividade laboral em ambiente perigoso, por sua natureza ou circunstância, também considerada como ingresso no mercado de trabalho e constará da estatística das crianças trabalhadoras. (PIOVESAN, 2012, p. 108-110.)

Portanto, perante esta realidade, a educação vem cumprir o seu papel, ao dar uma ênfase no vínculo existente entre o direito e a cidadania, sempre repensada sob o aspecto do ingresso

das crianças e adolescentes à escola e a sua posterior preparação ao ingresso na sociedade civilizada, ao buscar o aumento dos níveis de igualdade social pela educação escolar. Hoje em dia, crianças e jovens são alvos do trabalho ilegal no Estado da Paraíba. Esta situação é ainda mais complexa, uma vez que não se trata de casos esporádicos que privilegiam uma faixa etária em detrimento de outras. O que se constata é que camadas populacionais inteiras são excluídas por um sistema político econômico adverso, que nem sempre as crianças e os adolescentes têm acesso de fato a todos os direitos e deveres inerentes à vida em comunidade, em se tratando de alimentação, educação, saúde e demais aspectos da dignidade humana.

Sob o ponto de vista de Oliveira (2002, p. 32), no âmbito do trabalho infantil, são as crianças que mais sofrem, primeiro, por não terem condições de se autodefender, sendo vítimas fáceis da mão de obra ilegal, além de fazerem parte de uma realidade de desnutrição e demais doenças, que resultam em elevados índices de mortalidade infantil. Há várias décadas, milhares de crianças são exploradas em sua força de trabalho, ficando distantes dos bancos escolares e, muitas vezes, tornando-se adultos inabilitados para os requisitos de mão de obra especializada no atual cenário social e econômico brasileiro.

## 9. Considerações finais

O Programa MPT na Escola vem expressar o que na prática é possível chamarmos de cidadania, inclusão social e respeito aos direitos humanos de crianças e adolescentes. No Estado da Paraíba, as atividades de investigação acerca do trabalho infantil podem ser realizadas principalmente pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), em parceria com o Ministério Público Estadual, Polícia Civil, Polícia Federal, além das Curadorias de Infância e Juventude.

Para o Ministério Público do Trabalho (MPT), pelo Programa MPT na Escola, é preciso permanecer à frente desta missão, avaliando as possibilidades de êxito e também os desafios de ações contínuas em favor da infância e da

juventude, necessárias para o progresso da humanidade e a valorização da dignidade humana de crianças e adolescentes.

Entretanto, a realidade do trabalho ilegal de crianças e adolescentes é muito próxima a todos os cidadãos paraibanos. Sempre causando impacto quando há alguma notícia de um acontecimento polêmico e atual, é necessário haver ações direcionadas à conscientização e aprendizagem em sala de aula, com o compromisso dos educadores em agregar valor à vida de muitas crianças e jovens da rede pública municipal e estadual de ensino, por meio de atividades educativas com propostas de conscientização e combate ao trabalho infantil.

No tocante ao aspecto das garantias constitucionais, cidadania e direitos humanos, também é importante afirmar que nas constituições anteriores não houve uma preocupação em estabelecer de fato os princípios fundamentais dos direitos da criança, como já havia em quase todos os Estados Democráticos de Direito, realidade modificada com o advento da Constituição de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pela Proteção Integral.

Finalmente, é preciso haver uma implementação no planejamento educacional por parte do Poder Público, direcionado à defesa da infância e da juventude no Brasil, essencialmente no contexto do trabalho infantil no Estado da Paraíba. A principal bandeira do Ministério Público do Trabalho (MPT) nos dias atuais é o Programa MPT na Escola, ao proporcionar novas perspectivas para o futuro e ao buscar melhores condições de desenvolvimento físico, mental, moral e educacional às crianças e adolescentes do Estado da Paraíba, para que possam ter acesso à igualdade de oportunidades e à uma vida digna em se tratando do direito à educação, ao esporte, a arte, à cidadania, a dignidade humana e à cidadania em todo o território nacional.

## 10. Referências bibliográficas

ABREU, Haroldo. *Para Além dos Direitos: Cidadania e Hegemonia no Mundo Moderno*. UFRJ, 2008.

- ADAMS, Thelmo. Contribuição da Escola na Luta pela Cidadania. In: *Educação e Classes Populares*. Porto Alegre: Ed. Mediação, 1996.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Violência Sexual contra a Criança e ao Adolescente no Marco da Precarização das Relações de Trabalho. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, AMATRA XV – São Paulo, LTr, n. 3, ano 2010.
- JORNAL DA PARAÍBA. Paraíba tem mais de 500 focos de Trabalho Infantil. In: *Caderno Cidades*, Terça-feira, 17 de fevereiro de 2015.
- MANACORDA, Mário Alichiero. *História da Educação — Da Antiguidade aos Nossos Dias*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1989.
- OLIVEIRA, Gastão Barreto de. *Aspectos Sociológicos do Direito do Menor*. João Pessoa: Textoarte Editora, 2002.
- PIOVESAN, Flávia; DE LUCA, Gabriela. *Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região*, AMATRA XV – São Paulo, LTr, n. 5, ano 2012.
- Portal do Ministério Público do Trabalho (MPT). Disponível em: <<http://portal.mpt.gov.br>>. Acesso em: 10 abr. 2015.
- SIMONIDES, Janousz. *Direitos Humanos: Novas Dimensões e Desafios*. Brasília: UNESCO, SEDH, 2003.
- SORTO, Fredys Orlando. O Projeto Jurídico de Cidadania Universal: Reflexões à Luz do Direito de Liberdade. *Anuário Hispano Luso-Americano de Derecho Internacional*, Madrid, vol. 20, p. 103-126, ene./dic. 2011.

# Terceirização: o perverso discurso do *mal menor*

Valdete Souto Severo<sup>(\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ Este artigo trabalha o tema da terceirização e de sua discussão a partir do PL n. 4.330, sob a perspectiva do quadro político atual e das circunstâncias históricas e atuais das relações de trabalho no Brasil. A partir da reflexão acerca do perverso discurso do mal menor, pelo qual regulamentar a terceirização seria a única saída para um caminho sem volta, propõe-se a rediscussão dos efeitos perversos da terceirização, seja em atividade-meio ou em atividade-fim. A proposta final é de combate a qualquer forma de terceirização, como condição de possibilidade de realização, ainda que parcial, do projeto social contido na Constituição de 1988.

## Palavras-chave:

- ▶ Terceirização — Atividade-fim — Atividade-meio — Direito do Trabalho — Constituição.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Introdução: compreendendo a terceirização e a atualidade da discussão acerca da necessidade ou não de regulamentá-la
- ▶ 2. A perversidade do discurso do capital, quando se arvora defensor dos direitos dos trabalhadores terceirizados
- ▶ 3. A realidade da terceirização
  - ▶ 3.1. Terceirização e trabalho infantil
  - ▶ 3.2. Terceirização e escravidão
  - ▶ 3.3. Terceirização e morte
  - ▶ 3.4. Outros efeitos da terceirização
- ▶ 4. A regulamentação da terceirização: o que muda com o PLC n. 30/2015?

(\*) Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Especialista em Processo Civil pela UNISINOS. Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNISC, Máster em Direito do Trabalho, Direito Sindical e Previdência Social, pela Universidade Europeia de Roma — UER (Itália). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade da República do

Uruguai (UDELAR). Mestre em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica — PUC do RS. Doutoranda em Direito do Trabalho pela USP/SP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital (USP) e RENAPEDTS — Rede Nacional de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho e Previdência Social. Diretora e Pesquisadora da FEMARGS — Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS.

- ▶ 5. As perspectivas para o futuro
- ▶ 6. Para concluir
- ▶ 7. Referências bibliográficas

## 1. Introdução: compreendendo a terceirização e a atualidade da discussão acerca da necessidade ou não de regulamentá-la

O tema da terceirização retornou ao cenário político, quando a atual composição da Câmara dos Deputados — a mais conservadora desde 1964, segundo o DIAP<sup>(1)</sup> — desarquivou projeto proposto pelo Deputado Sandro Mabel em 2004, que “regulamenta” e amplia as hipóteses de terceirização nas relações de trabalho. O projeto, em realidade, tramitou em 2011 e 2013 e apenas não foi aprovado em razão da forte reação de setores organizados da sociedade, como a magistratura do trabalho e o Movimento de Humanos Direitos<sup>(2)</sup>.

Segundo o DIEESE, existiam cerca de **12,7 milhões de trabalhadores** terceirizados em 2010<sup>(3)</sup>, número que certamente já aumentou e que seguramente não contempla as crianças e adolescentes que também trabalham informalmente como terceirizados ou mesmo os trabalhadores que, em tal condição, estão sujeitos à situação de escravidão. São números modestos, portanto.

A terceirização não é algo novo. Ao contrário do que nos dizem, Marx já referia-se à prática comum de introdução de “atravessadores” na

relação entre capital e trabalho, denunciando a precarização e a maximização da exploração do trabalho, que provoca. Atualmente, a terceirização é definida como uma técnica empresarial que promove o “enxugamento” da empresa, mediante o repasse de parte das atividades. Segundo o senso comum, trata-se de um caminho sem volta. Na realidade, porém, a terceirização é uma máscara. O vínculo de trabalho segue sendo exatamente o mesmo. As fórmulas (tomador dos serviços; empresa cliente; prestadora; terceirizados) não conseguem alterar essa realidade: a empresa prestadora (melhor seria dizer empresa locadora) não passa de uma “intrusa na relação de emprego, mera intermediária da mão de obra, enquanto a suposta “tomadora” é o verdadeiro empregador, que aparece “mascarado de ‘empresa cliente’”<sup>(4)</sup>.

O metabolismo da sociedade capitalista consiste na produção — circulação — produção de mercadorias, num círculo perene, cujo objetivo central é a acumulação. O volume da acumulação do capital, sua possibilidade de reprodução e expansão, está diretamente relacionado ao grau de exploração da força de trabalho e à força produtiva do trabalho, ou seja, à reunião dos trabalhadores para que, somando esforços, produzam mais e melhor do que fariam individualmente. Em outras palavras, o trabalho coletivo torna-se importante para potencializar a acumulação de capital justamente porque se trata de um conjunto de forças de trabalho exploradas pelo mesmo capital, que lucra mais com a conjunção dessas forças individuais dos trabalhadores, do que

(1) Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar. Informação disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>. Acesso em: 26 maio 2015.

(2) Uma campanha lançada em 2013 contou inclusive com a edição de vídeos em que atores globais esclarecem os efeitos da terceirização e declamam ao seu combate. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/index.php/tv-anamatra/reportagens-debates-e-entrevista/todos-contra-a-terceirizacao-video-3>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

(3) Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>.

(4) MACHADO FILHO, Sebastião. *Marchandage*. A degradação do Direito do Trabalho e o retrocesso ao trabalho escravo no Brasil pelas chamadas “empresas prestadoras de serviço”. *Revista de Informação Legislativa*, ano. 20, n. 79, Brasília, jul./set. 1983.

se explorasse cada um deles, individualmente. Pois bem, o fenômeno da terceirização não elimina o trabalho coletivo.

A força produtiva social continua sendo explorada de forma conjunta, embora pulverizada em vários ambientes, sob contornos jurídicos diversos. A terceirização corresponde, portanto, a uma forma complexa de cooperação, que reorganiza o trabalho coletivo, sem mudar-lhe as características<sup>(5)</sup>. Dentro do processo de trabalho, sequer se sustenta a divisão em atividade-fim ou atividade-meio, que o projeto de lei discute, na medida em que é justamente a congregação de todas as atividades necessárias à consecução do empreendimento que o torna não apenas viável, mas lucrativo. Tanto a limpeza e a conservação, quanto a vigilância, a montagem, a sistematização tecnológica: todas as tarefas que se fazem necessárias à realização de um produto ou serviço formam a empresa.

Marx observou, já em meados do século XIX, que ao estabelecer um local para o trabalho já foi possível pensar a interposição de sujeitos, ora para lucrar com o capitalista, ora para ser explorado com o trabalhador. O **fracionamento das atividades, especialmente com a introdução das máquinas no ambiente de trabalho**, facilitou a exploração da força de trabalho mais barata (feminina e infantil), a ampliação da quantidade produzida em detrimento da qualidade e a alteração da própria configuração da exploração capitalista. O **trabalho domiciliar “se converteu no departamento externo da fábrica, da manufatura ou da grande loja”**<sup>(6)</sup>.

(5) ALVES, Giovanni. Terceirização e acumulação flexível do capital: notas teórico-críticas sobre as mutações orgânicas da produção capitalista. *Revista Estud. sociol., Araraquara*, v.16, n. 31, p. 409-420, 2011.

(6) Segundo Marx, o capital não controla apenas os trabalhadores que “concentra espacialmente em grandes massas e comanda diretamente”. Além disso, movimenta também, “por fios invisíveis, um outro exército: o dos trabalhadores domiciliares, espalhados pelas grandes cidades e pelo campo”. MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 533-534.

Em outra obra, concluída em 1866, Marx já se referia à transferência da função despótica de supervisão direta e contínua dos trabalhadores para “uma espécie particular de assalariados”:

Do mesmo modo que o exército necessita de oficiais militares, uma massa de trabalhadores que coopera sob o comando do mesmo capital necessita de oficiais (dirigentes, gerentes) e suboficiais (...) que exerçam o comando durante o processo de trabalho em nome do capital (...) O capitalista não é capitalista por ser diretor da indústria; ao contrário, ele se torna chefe da indústria por ser capitalista.<sup>(7)</sup>

É claro que hoje o quadro não é exatamente o mesmo, pois a história se repete num movimento contínuo de recuos e evoluções, sem jamais se repetir integralmente. Hoje, a presença de atravessadores na exploração da força de trabalho é bem mais complexa. Em Brasília, num estudo de campo recente que fizemos em nome do grupo de pesquisa Trabalho e Capital, da USP, pudemos entrevistar pessoas que trabalham há muitos anos no Ministério da Justiça, no STF ou no TST, como terceirizados. Já “passaram” por várias prestadoras de serviços. Essas pessoas estão há anos sem tirar férias, porque quando muda a empresa prestadora, “zera” o contrato. A remuneração volta a ser a inicial e o tempo de serviço volta a ser contado do início. O resultado desse trabalho está no vídeo “Terceirizado, um trabalhador brasileiro”, disponível na internet<sup>(8)</sup>.

O fato é que a prática da locação de força de trabalho foi coibida, tanto em nível mundial quanto no Brasil, em razão dos efeitos perversos que gera, não apenas para o trabalhador, mas para a própria comunidade<sup>(9)</sup>.

(7) MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 407-408.

(8) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=iu5Xhu82fzc>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

(9) O art. L 125-1 do Código do Trabalho francês, por exemplo, estabelece que: “Toda operação com fim lucrativo de fornecimento de mão de obra que tiver

A volta do atravessador na relação entre capital e trabalho no Brasil é identificada com Decreto n. 200, de 1967, que estabelece a “descentralização” como princípio, a ser executado da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões<sup>(10)</sup>. Portanto, já na década de 1960 verificou-se o repasse de atividades para terceiros, afetando de forma especial alguns setores que, não por acaso, constituíam-se como categorias profissionais organizadas, como é o caso dos servidores públicos e dos bancários.

O Poder Judiciário Trabalhista resistiu a essas involuções. Em 1986, o TST consolidou jurisprudência acolhendo apenas de forma excepcional a terceirização, nas hipóteses expressamente previstas em lei (Enunciado n. 256). Em 1993, porém, esse entendimento foi alterado, permitindo a terceirização sem qualquer autorização legal, em atividades de conservação e limpeza e nos serviços especializados ligados à atividade-meio<sup>(11)</sup>.

---

por efeito causar um prejuízo ao trabalhador afetado ou frustrar a aplicação das disposições da lei, do regulamento ou da convenção ou acordo coletivo de trabalho é proibida.”

- (10) Outros dois exemplos de leis que permitem essa intermediação são as Leis ns. 6.019 de 1974, que dispõe sobre trabalho temporário, e 7.102/83, que trata da função de vigilante. Fora essas autorizações específicas e — é importante que se registre — anteriores à Constituição de 1988, editadas em pleno regime militar, não há outras formas de intermediação autorizadas pelo ordenamento jurídico.
- (11) Essa alteração jurisprudencial, em grande medida responsável pelo momento que vivemos hoje, ocorreu porque em abril de 1993, depois de receber denúncia do sindicato dos trabalhadores bancários, de terceirização não abrangida pelas hipóteses legais, o MPT instaurou inquérito contra o Banco do Brasil. As partes assinaram Termo de Compromisso, que não foi cumprido. Houve, então, um pedido formal do Subprocurador-Geral Ives Gandra Filho, aos Ministros do TST, de “revisão” do Enunciado n. 256, que culminou na edição da Súmula n. 331, em dezembro de 1993. BIAVASCHI, Magda. DROPPA, Alisson. A história da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho: A Alteração na forma de compreender a terceirização. Texto baseado nos resultados apresentados no Relatório Científico Final da Pesquisa “A Terceirização e a Justiça do Trabalho”, financiada pela Fundação de Amparo a Pesquisa do

A súmula admitiu a “quebra” da espinha dorsal do Direito do Trabalho, na medida em que regulou a interposição de terceiro numa relação social que é claramente formada por duas partes: o capital e o trabalho. Desse momento em diante, os metalúrgicos, os professores, os vendedores, os motoristas, os instaladores, os comerciários, e tantas outras categorias profissionais organizadas, foram sendo predatoriamente desarticuladas, perderam direitos e identidade de classe.

A distinção arbitrária, criada pela Súmula n. 331 do TST, entre atividade-meio e atividade-fim, além de não ter amparo no ordenamento jurídico, mal esconde os seguintes fatos: a) a terceirização já invadiu as chamadas “atividades-fim”, havendo decisões que cancelam a contratação de terceirizado para prestar serviços de motorista em empresa de transporte, professor em escola, vendedor em loja, apenas para citar alguns exemplos; b) a terceirização na atividade-meio é igualmente nociva e precarizante, pois os efeitos individuais e sociais desse repasse de força de trabalho em nada se alteram, numa e noutra modalidade de terceirização; c) seguir considerando o critério ilegal da Súmula n. 331, quando diferencia atividade-meio e atividade-fim, implica cancelar a intermediação de força de trabalho e todos os seus efeitos deletérios, justamente para os trabalhadores que mais sofrem com esse processo de precarização, notadamente os empregados em serviço de limpeza e conservação, *telemarketing* e segurança.

A partir de então, estava iniciado o movimento que culmina hoje na tentativa de regulamentação e ampliação dessa forma de intermediação de força de trabalho. O que precisamos perceber é que o desarquivamento do projeto de lei sobre a terceirização não aparece como algo isolado no cenário político. Ao contrário, é acompanhado de decisões recentemente proferidas pelo STF, ampliando as possibilidades

---

Estado de São Paulo — FAPESP. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/918/669>> Acesso em: 1º mar. 2015.

de atravessamento da força de trabalho, como a ADI n. 1923<sup>(12)</sup>, ou sobrestando o andamento de demandas que discutem terceirização na atividade-fim, como na liminar proferida no ARE n. 791.932<sup>(13)</sup>.

O próprio governo federal, embora eleito em razão da promessa de garantir as conquistas históricas dos trabalhadores, apresenta como um de seus primeiros atos a edição de duas medidas provisórias (664 e 665) que retiram direitos trabalhistas.

O Congresso, por sua vez, revela sua ânsia neoliberal, aprovando projetos como o PL n.

---

(12) A ação foi proposta em 1998 e apenas agora julgada, reconhecendo a possibilidade de transpasse, pelo administrador, de serviços públicos ao setor privado. A atuação do Estado na saúde, na educação, na cultura, no desporto e lazer, na ciência e tecnologia e no meio ambiente pode, segundo o STF, se realizar mediante uma gestão compartilhada com o setor privado, mediante a formalização de “instrumentos de colaboração público/privada”, pelos quais se reserva a participação do Estado como entidade de “fomento”, não apenas com transferência de recursos financeiros, mas também pela cessão de bens públicos e até de servidores públicos. Esses convênios serão firmados com ONGs, alçadas ao *status* de Organizações Sociais, por meio de deliberação do próprio ente público. Pelo artifício jurídico legitimado pela decisão do Supremo, permitiu-se, enfim, a terceirização da atividade-fim no setor público, mediante a “terceirização” da própria administração, indo bem além (e sem limites) das hipóteses já previstas no art. 175 da Constituição (concessão e permissão de serviços públicos). Assim, um ente público poderá, por exemplo, transferir para uma Organização Social de cunho privado, uma atividade escolar ou de saúde.

(13) A existência de uma ação com repercussão geral junto ao STF (ARE n. 791932) e a determinação, pelo Ministro Luiz Fux, de “sobrestamento de todas as causas que apresentem questão idêntica à que será resolvida com foros de repercussão geral no presente caso” revela um processo dialético, repleto de contradições, em que o Poder Judiciário ora atua como guardião da Constituição, ora como instrumento de poder político-econômico. Todas essas lides envolvendo relações de trabalho de milhões de brasileiros que já foram gravemente afetados por outra decisão do STF, em que reconheceu a constitucionalidade do art. 71 da Lei de licitações, para o efeito de determinar que a responsabilidade da administração pública, quando terceiriza, se restringe aos casos em que há prova da culpa. Há também em tramitação no STF o ARE n. 713.211, que discute o conceito de atividade-fim.

3.842/2012 que altera o conceito de trabalho em condição análoga à de escravo (retirando as expressões “jornadas exaustivas” e “condições degradantes de trabalho”) e a PEC n. 171/1993 que propõe a redução da maioria penal para dezesseis anos<sup>(14)</sup>.

A tramitação do PL n. 4.330 na Câmara dos Deputados foi feita em regime de urgência e a portas fechadas. A primeira votação teve como resultado 324 votos a favor e apenas 137 contrários ao projeto. Em segunda votação, a Câmara aprovou uma emenda aglutinativa alterando alguns pontos do projeto, por 230 votos a favor e 203 contra. Encaminhado ao Senado, o projeto (agora PLC n. 30/2015) passa pela análise das comissões.

É preciso compreender, portanto, que a ineficácia do combate ao PL n. 4.330, hoje PLC n. 30/2015, se dá por duas razões principais: porque os mais de doze milhões de terceirizados continuarão em sua condição de precariedade e total invisibilidade, se a situação continuar sendo regulada pela Súmula n. 331 do TST, como ocorre atualmente; e porque os três poderes de Estado estão afinados, dançando a mesma música, cuja melodia é ditada pelo capital internacional<sup>(15)</sup>.

---

(14) A PEC n. 171 é de 1993. Mais um projeto desengavetado pela Câmara dos Deputados, em razão da nova cena política conservadora, obtida a partir das últimas eleições. Trata-se de uma proposta que, a exemplo do PL n. 4.330, afeta diretamente as conquistas sociais das últimas décadas, tornando letra morta os mais básicos direitos da Constituição.

(15) Trata-se de um movimento de âmbito internacional, que tem como referências tanto o Consenso de Washington em 1989, quanto a edição do Documento 319 do Banco Mundial em 1996, denominado “O setor judiciário na América Latina e no Caribe. Elementos para reforma”. Dentre as indicações desse documento, está a de que um Poder Judiciário justo e eficiente tem que ser previsível e relevante ao desenvolvimento econômico. Sugere a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, maior previsibilidade e informatização (PJE). Em 15.12.2004 o Presidente da República, o Presidente do STF, o Presidente do Senado Federal e o Presidente da Câmara dos Deputados firmaram o Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano. Foram apontados 26 projetos de lei

## 2. A perversidade do discurso do capital, quando se arvora defensor dos direitos dos trabalhadores terceirizados

**Capital e trabalho constituem uma totalidade:** um complementa o outro; um não existe sem o outro. Não é possível conceber trabalho assalariado em uma racionalidade diversa daquela capitalista. Por isso, Marx já referia que o capitalismo é tendencialmente favorável à maximização da exploração. O trabalhador assalariado é vendedor (da força

importantes para o aprimoramento do desempenho da prestação jurisdicional, relativos ao processo civil, penal e trabalhista. Os compromissos fundamentais firmados no Pacto se referem às seguintes medidas: reforma constitucional do Judiciário; reforma do sistema recursal e dos procedimentos; coerência entre a atuação administrativa e as orientações jurisprudenciais já pacificadas. A discussão acerca da extinção da Justiça do Trabalho em meados da década de 1990 entra nesse quadro de busca de harmonia dos poderes de Estado em nome de um desenvolvimento econômico predatório, sem amarras. Em 2009, foi firmado no Brasil o 2º Pacto Republicano de Estado por um sistema judiciário mais acessível, ágil e efetivo; foi assinado no dia 13.04.2009 pelos presidentes dos três Poderes e tem como foco principal fortalecer as garantias aos direitos fundamentais dos cidadãos. Os compromissos, desta vez, foram: conferir prioridade às proposições legislativas relacionadas à continuidade da Reforma Constitucional do Poder Judiciário e aos temas relacionados à concretização dos direitos fundamentais, à democratização do acesso à Justiça, à efetividade da prestação jurisdicional e ao aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados à sociedade; fortalecer a mediação e a conciliação e promover a informatização. Dentre as propostas: a) estratégia política (relação Congresso/Governo); b) alterações na legislação infraconstitucional (para conferir maior agilidade ao processo judicial; institucionalizar mecanismos de conciliação, regras inibidoras de recursos protelatórios, fortalecimento dos juizados especiais e adequação do estatuto da magistratura aos princípios norteadores da reforma do Judiciário); c) alterações na Constituição. Na cerimônia de abertura do Ano Judiciário 2011, o Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, apresentou a proposta do III Pacto Republicano. A proposta é de construir uma cultura de solidariedade, interação e respeito institucionais entre os poderes, nos limites que nos outorga a Constituição da República, simplificar os procedimentos processuais e ampliar as competências dos tribunais de segunda instância, em especial, a redução do número de recursos.

de trabalho) e comprador (das demais mercadorias — consumidor). Já o capitalista, por sua vez, é comprador (da força de trabalho) e vendedor (da mercadoria).

Nessa relação, ambos buscam o maior proveito possível. Marx afirma que o capital “tem boas razões para negar os sofrimentos das gerações de trabalhadores que o circundam”, porque admiti-lo, seria também reconhecer sua tendência natural a promover o “apodrecimento futuro da humanidade e seu irrefreável despovoamento final”<sup>(16)</sup>. Isso porque, historicamente, o capital sempre se opôs a qualquer limite em sua ânsia predatória, sobretudo limites determinados pela proteção a quem trabalha. A história do Direito do Trabalho no Brasil tem bons exemplos disso.

O trabalho a partir dos onze anos em regime de 56 horas semanais foi defendido por Jorge Street, o primeiro diretor do Departamento Nacional do Trabalho no Brasil, quando da criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio em 1931. Em sua manifestação, Street referiu que “seus trabalhadores”, sujeitos a jornadas de dez horas, saíam do trabalho “marchando firmes e bem dispostos”, nunca se queixavam desse regime de trabalho, nem participaram da greve geral daquele ano. Acrescentou que os trabalhadores “aceitaram com prazer o trabalho em horas suplementares, que, naturalmente, lhes proporcionava um excedente de ganho”. Esse empresário, que empregava na época cerca de 300 crianças entre 11 e 15 anos, em regime de 10 horas de trabalho por dia, referiu que as crianças podiam “até fazer lanche durante o trabalho” e mesmo sentar para descansar de vez em quando. Ao fim da jornada, as crianças saíam das fábricas “em revoada alegre e gritante, correndo e brincando”. Por isso, afirmava que tirá-las do trabalho significaria deixá-las “ao abandono,

(16) MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 342-343.

entregues a si mesmas, nas ruas, à disposição de todas as seduções e de todos os vícios”<sup>(17)</sup>.

Também não é novidade que muitos empresários e donos de terra defenderam a escravidão no final do século XIX, opondo-se a sua abolição, representados por parlamentares como Domingos Andrade Figueira, do RJ, que contestou o discurso de Sr. Joaquim Nabuco, na sessão que discutiu a aprovação da lei áurea, criticando o governo pela *insegurança social* e o *prejuízo econômico* que adviriam da abolição, sobretudo porque a lei permitia a libertação dos escravos sem indenização aos proprietários<sup>(18)</sup>.

O discurso é sempre o mesmo, recheado de expressões vazias de conteúdo, como “segurança jurídica” e “estabilidade econômica”. O objetivo também não se altera: evitar conquistas sociais mínimas, impedir a imposição de limites ao capital.

Como pressuposto dessa defesa (declarada ou disfarçada) do trabalho escravo ou infantil (e, portanto, da terceirização, que potencializa essas formas de exploração do trabalho) está a ideia de que existem diferentes tipos de seres humanos. Os filhos da classe média ou alta, que devem estudar e se preparar para assumir funções públicas e empreendimentos privados, não se confundem com os filhos da pobreza, que precisam trabalhar desde cedo para auxiliar no sustento da família. Os ricos, que devem trabalhar no máximo oito horas

por dia, fruir descanso, viajar e consumir, se opõem aos pobres, que podem se sujeitar a trabalhos insalubres, por doze ou mais horas consecutivas, que não precisam descansar nem fruir férias. É apenas para essas pessoas que o discurso do mal menor, representado pela falácia de que é melhor regulamentar a terceirização (ainda que ela viabilize o trabalho infantil e a escravidão) do que combatê-la, se apresenta.

O que parece exagero é apenas o retrato da realidade.

### 3. A realidade da terceirização

Os impactos da terceirização são muitos e de várias ordens. A começar pelo fato de que a terceirização quebra a noção de relação de trabalho, que tanto a Constituição quanto a CLT albergam e que qualificam como uma relação entre dois sujeitos: empregado e empregador. Esse disfarce permite uma quebra da própria noção de proteção e estimula a fraude (hoje já verificada) na contratação de pessoas como se fossem empresas (a chamada Pejotização).

Alguns desses efeitos serão brevemente elencados, configurando um quadro que não é completo e mesmo assim afigura-se assustador.

#### 3.1. Terceirização e trabalho infantil

No último Relatório Mundial sobre o Trabalho Infantil, publicado pela OIT, há referência à direta ligação entre pobreza e trabalho infantil<sup>(19)</sup>. A precarização das condições de vida e dos vínculos de trabalho é determinante, portanto, para impedir que a retórica de proteção se torne realidade. É mesmo óbvio que em um país sem garantia de emprego, como o Brasil, no qual (de acordo com pesquisas oficiais) cerca de doze milhões de pessoas trabalham em empregos precários, como terceirizados, haja um verdadeiro estímulo à exploração de crianças e adolescentes.

(17) Jorge Street era considerado um industrial com muita consciência social, porque instituiu benefícios para seus quase quatro mil operários e fez uma vila operária para que residissem, na qual havia intensa prática religiosa e disciplina de caserna, com toque de recolher. A Vila Maria Zélia foi, inclusive, transformada em presídio durante a revolta militar de 1935. PINHEIRO, Paulo Sérgio; HALL, Michael M. *A Classe Operária no Brasil*. 1889-1930. Documentos. v. II. Condições de vida e de trabalho, relações com os empresários e o Estado. São Paulo: FUNCAMP, 1981. p. 175-83.

(18) Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrivendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/1888-2013-a-abolicao-da-escravatura>> Acesso em: 26 maio 2015.

(19) Disponível em: <[http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS\\_233016/lang-pt/index.htm](http://www.ilo.org/ipec/Informationresources/WCMS_233016/lang-pt/index.htm)>. Acesso em: 26 maio 2015.

Algumas das principais marcas internacionais já foram autuadas pela constatação da prática de trabalho infantil em suas prestadoras de serviços. Samsung<sup>(20)</sup>, Nike<sup>(21)</sup>, Le Lis Blanc<sup>(22)</sup>, Zara<sup>(23)</sup>, BV Financeira<sup>(24)</sup> são apenas alguns dos nomes de empregadores já flagrados explorando trabalho infantil por meio de interpostos. Em 2010, a empresa Philip Morris admitiu a presença de pelo menos 72 crianças de 10 anos em suas plantações, envolvidos na colheita do tabaco, submetidas ao envenenamento por causa da nicotina<sup>(25)</sup>.

A chamada “costura doméstica”, realizada em ambientes clandestinos, tem sido uma das atividades que mais propicia a ocorrência de trabalho infantil. É parte da chamada “terceirização externa” que, ao permitir e estimular a exploração de força de trabalho fora do ambiente da fábrica, viabiliza essa triste realidade<sup>(26)</sup>.

Por fim, é de referir um estudo do Instituto Observatório Social, que revelou recentemente que a Faber-Castell, a Basf e a ICI Paints estavam envolvidas na cadeia de exploração de mão de obra infantil, porque compram talco das empresas Minas Talco e Minas Serpentina, que utilizam crianças na mineração da pedra-sabão, na Mata dos Palmitos, em Ouro Preto (MG). O estudo descobriu crianças a partir dos cinco anos de idade trabalhando nas jazidas, carregando pedras de até 20 quilos e esculpindo pedra-sabão: “cortam, talham e lixam o minério.”<sup>(27)</sup>

### 3.2. Terceirização e escravidão

A terceirização aguça e promove a exploração de força de trabalho em condições análogas à de escravo. No *Manual de Combate ao trabalho em situação análoga à de escravo*, o Ministério do Trabalho observa que, provavelmente com o intuito “de elidir a responsabilidade pelo vínculo empregatício, a adoção da terceirização ganhou espaço”, havendo necessidade de que a fiscalização volte suas atenções para o “desvendamento da cadeia produtiva envolvida”, pois essa prática tem incentivado a exploração de trabalho escravo<sup>(28)</sup>. A existência de uma figura interposta entre trabalhador e tomador de serviços aprofunda a “subsunção do primeiro ao capital, pois o trabalhador muitas vezes sequer percebe sua participação

(20) Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/samsung/58865-ong-denuncia-trabalho-infantil-fabrica-samsung-china.htm>>. Acesso em: 20 maio 2015.

(21) Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/como-a-nike-esta-lutando-contra-o-uso-de-mao-de-obra-escrava>>. Acesso em: 20 maio 2015.

(22) Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 maio 2015.

(23) Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obra-escrava/>>. Acesso em: 19 maio 2015.

(24) Processo 0000049-30.2013.5.15.0006. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-05/bv-financeira-condenada-nao-impedir-trabalho-infantil-terceirizada>>. Acesso em: 18 maio 2015.

(25) Disponível em: <<http://forum.antinaoordemmundial.com/Topico-cinco-multinacionais-envolvidas-na-explora%C3%A7%C3%A3o-do-trabalho-infantil#ixzz3ahPDiSdv>>. Acesso em: 20 maio 2015.

(26) Em um artigo no qual trata a questão do trabalho infantil no setor calçadista da cidade de Franca, de 2006, a autora Elisiane Sartori observa que, em 1989, “o Sindicato dos Trabalhadores da Indústria de Calçados de Franca (conhecido como “Sindicato dos Sapateiros”) iniciou o monitoramento nas indústrias e, percebendo o aumento da utilização de mão de obra infantil, fez uma tentativa, fracassada, de chamar a sociedade para discutir o problema, o que os levou a buscar parcerias com agentes externos à cidade, com intuito de diagnosticar a demanda, a necessidade e os malefícios dessa incorporação precoce. Dessa

maneira, foi realizado um estudo de caso preliminar — “Estudo de Caso de Crianças Trabalhadoras no Setor de Calçados de Franca” —, cujo resultado constatou uma grande parcela das crianças e dos adolescentes trabalhadores da “banca de pesponto” sem registro na Carteira Profissional”. SARTORI, Elisiane. *Trabalho Infantil em Franca: um laboratório das lutas sociais em defesa da criança e do adolescente*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30393.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

(27) Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2006/02/multinacionais-beneficiam-se-da-exploracao-de-trabalho-infantil/>> Acesso em: 24 maio 2015.

(28) Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF>>. Acesso em 7 maio 2015.

no processo produtivo que integra a adoção da terceirização pelas empresas”<sup>(29)</sup>.

Assim, potencializa-se a capacidade de exploração do trabalho e reduz-se a possibilidade de atuação dos “agentes que poderiam impor limites a esse processo”. A terceirização (qualquer que seja a modalidade) tende a promover o trabalho análogo ao de escravo mais do que uma gestão do trabalho estabelecida sem a figura de ente interposto. Por isso, a terceirização está vinculada às piores condições de trabalho (degradantes, exaustivas, humilhantes, etc.) apuradas em todo o país<sup>(30)</sup>.

Durante audiência da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CLP) que debateu o PL n. 4.330, da terceirização, agora em abril, a representante do DIEESE referiu que nas dez maiores operações de resgate de trabalhadores em situação análoga à de escravidão, quase 3 mil dos 3.553 casos envolveram empregados terceirizados<sup>(31)</sup>.

No meio rural, a terceirização, por intermédio da figura do “gato”, agenciador de mão de obra, é sinônimo de trabalho precário, geralmente associado à informalidade, à subcontratação e à escravidão. De 1995 a 2014 (até maio), foram realizadas 1.587 operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo no campo. Foram inspecionados 3.773 estabelecimentos e resgatados 46.588 trabalhadores, que atuavam em lavouras (temporárias e permanentes), pecuária, reflorestamento, carvão vegetal, extrativismo, cana-de-açúcar e desmatamento”<sup>(32)</sup>.

(29) Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a30-e-os-limites-da-relac3a7c3a30-de-emprego-degradac3a7c3a30-e-morte.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2014.

(30) FIGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a30-e-trabalho-analogo-ao-escravo1.pdf>> Acesso em: 12 dez. 2014.

(31) Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2015/04/para-dieese-relacao-entre-terceirizacao-mortes-no-servico-e-trabalho-escravo-e-gritante-3622.html>> Acesso em: 26 maio 2015.

(32) Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2014/estpesq74trabalhoRural.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

O governo americano, por seu escritório de assuntos internacionais, divulgou recentemente uma lista com o rol de empresas que exploram trabalho infantil ou análogo a escravo em sua cadeia produtiva. A lista inclui mais de cem produtos produzidos em cinquenta e oito países. Empresas brasileiras de treze setores, dentre os quais pecuária, carvão vegetal, cana-de-açúcar, produção de tijolos, cerâmica, algodão, calçados, mandioca, abacaxi, arroz, sisal, tabaco e madeira, são citadas. O setor mais afetado é o agropecuário, seguido pelo setor de manufatura e pelo de mineração. No relatório, constam sessenta produtos agropecuários (com predominância para o algodão), trinta e oito manufaturados (como tijolos e tapeçarias) e vinte e três de mineração. O Brasil é um dos países que mais produtos tem na lista, “atrás apenas da Índia (19) e Mianmar (14), e empatado com Bangladesh”<sup>(33)</sup>.

Em 2013, três fábricas de uma rede de lojas de roupas femininas foram surpreendidas mantendo cativos trabalhadores bolivianos que recebiam pouco mais de dois reais por peças que eram vendidas a mais de duzentos reais cada uma. Essa fábricas foram descobertas por uma ação conjunta da Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE/SP), do Ministério Público do Trabalho e de outras entidades. Na reportagem sobre o trabalho escravo descoberto em São Paulo, consta que, “segundo a SRTE/SP”, a diretoria da empresa “assumiu a responsabilidade pelo caso, fazendo o registro e regularizando o pagamento de encargos de todos os trabalhadores, incluindo direitos retroativos referentes ao período em que ficou comprovado que os costureiros trabalharam para o grupo”. A empresa regularizou a situação dos trabalhadores e fez questão de esclarecer que não sabia do que estava ocorrendo, afinal tratavam-se de trabalhadores quarteirizados<sup>(34)</sup>.

(33) Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/09/11/ult1859u1437.jhtm>>. Acesso em: 24 maio 2015.

(34) Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/07/roupas-da-le-lis-blanc-sao-fabricadas-com-escravidao/>>. Acesso em: 26 maio 2015.

Em outra reportagem recente, lê-se:

Mais uma vez, trabalhadores foram resgatados da escravidão produzindo peças da grife M. Officer. Ao todo, seis pessoas, sendo cinco homens e uma mulher, foram libertados em uma oficina na Vila Santa Inês, no extremo leste de São Paulo. A fiscalização aconteceu em 6 de maio. Todos eram imigrantes bolivianos e estavam submetidos a condições degradantes e jornadas exaustivas. O grupo trabalhava em uma sala apertada sem ventilação, um local com fios expostos ao lado de pilhas de tecido e bastante sujeira acumulada<sup>(35)</sup>.

A situação tem se repetido com uma insistência assustadora.

### 3.3. Terceirização e morte

A relação entre acidentes e doenças no ambiente de trabalho e a “técnica da terceirização” vem demonstrada em inúmeras pesquisas. No setor elétrico, o número de mortes dos trabalhadores que perderam a vida em serviço revela a perversidade da terceirização: em 2013, 79 trabalhadores morreram durante atividades no exercício dos seus trabalhos. Desses, 61 eram terceirizados<sup>(36)</sup>. Na construção civil, de um total de 135 trabalhadores mortos em acidentes de trabalho, 75 eram terceirizados<sup>(37)</sup>. Nas áreas de terraplenagem, ocorreram 19 mortes, das quais 18 com terceirizados. Nos serviços especializados, 30 em 34 óbitos envolveram terceirizados<sup>(38)</sup>.

De acordo com o estudo feito pelo DIEESE e pela CUT, em 2011, em 2005, a cada dez

acidentes de trabalho, oito envolveram trabalhadores terceirizados. Entre 2006 e 2008, morreram 239 trabalhadores por acidente de trabalho, dentre os quais 193, ou 80,7% eram trabalhadores terceirizados. A taxa de mortalidade média entre os trabalhadores diretos no mesmo período foi de 15,06, enquanto que entre trabalhadores terceirizados foi de 55,53. Em 2009 e 2010, “o número de trabalhadores acidentados com afastamento das empresas contratadas é quase o dobro dos trabalhadores diretos”. Em 2009, foram “4 mortes de trabalhadores diretos contra 63 de terceirizados; em 2010, 7 mortes de trabalhadores diretos, contra 75 de trabalhadores terceirizados”<sup>(39)</sup>.

Na Petrobras, no período de 1995 a 2013, período em que o quadro de empregados cresceu de 46.226 pessoas para 86.108, o número de terceirizados passou de 29.000 para 360.180. Nesse período, 52 trabalhadores empregados morreram enquanto trabalhavam. Entre os terceirizados, foram 268 mortos no mesmo período, em acidentes de trabalho<sup>(40)</sup>.

As principais atividades “terceirizadas”, como serviços de limpeza, vigilância e em *call centers* possuem altos índices de doenças profissionais, ligadas não apenas a transtornos físicos como LER/DORT, mas também a transtornos psíquicos. Nas empresas de *call centers*, por exemplo, a maioria dos trabalhadores são jovens que recém ingressaram no “mercado de trabalho”. A remuneração é pouco mais de um salário mínimo e, com os descontos, muitas vezes nem alcança os oitocentos reais. O trabalho é determinado pela cobrança de metas que se alteram constantemente, por determinação do empregador ou, na maioria das vezes, das grandes empresas tomadoras dos serviços. Os critérios de fixação e pagamento não são claros,

(35) Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/05/de-novo-fiscalizacao-flagra-escravidao-na-producao-de-roupas-da-m-officer/>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

(36) Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

(37) Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

(38) Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2015.

(39) Disponível em: <[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

(40) COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora. A inexorável relação entre a nova marchandage e a degradação laboral, as mortes e mutilações no trabalho*. São Paulo: LTr, 2015. p. 203.

os empregados não dispõem das informações que lhes permitam saber quanto ganharão ao final do mês. A remuneração é paga também sob a forma de comissões, cujo cálculo constitui um mistério.

O ambiente de trabalho, dividido em “pontos de atendimento”, é ruidoso e ao mesmo tempo fragmentado. Cada um em seu computador, com seu *head-set*, ouvindo e tentando convencer pessoas, que muitas vezes sequer pretendem participar daquele diálogo. As jornadas, que deveriam se limitar a seis horas, não raras vezes, são bem mais extensas. Em pelo menos duas ações trabalhistas, já ouvi testemunhas, convidadas a depor pela própria empresa, que informaram sobre a adoção de um sistema de “convite”. O operador que realiza jornada à tarde, por exemplo, é “convidado” a vir também pela manhã. E, via de regra, aceita, porque com isso poderá melhorar sua baixa remuneração. Algumas vezes o faz sem sequer ter a perspectiva do ganho, pois em um dos casos que recentemente instruí, a testemunha — supervisor — chegou a mencionar que esse trabalho em turno inverso não é remunerado, porque os trabalhadores, afinal de contas, são convidados e não obrigados a trabalhar. Existem ainda outras situações patológicas, em que o assédio institucional é a regra e supervisores, também eles subremunerados, exercem a função de algo de seus próprios colegas.

O resultado é o adoecimento, a fuga do emprego e a instabilidade, tanto emocional quanto financeira. É preciso compreender que essas condições negativas não são naturais. Os trabalhadores em *call centers*, assim como os auxiliares de limpeza, porteiros e vigilantes, poderiam (e podem) ser bem remunerados, deveriam ter sua jornada efetivamente restrita aos limites constitucionais, deveriam ter sua remuneração especificada de modo claro, não poderiam estar sujeitos a metas variáveis, inatingíveis e cujos critérios lhe são inacessíveis. Têm direito a pertencer ao ambiente de trabalho em que atuam e que não pode ser adoecedor. Têm direito à limitação da jornada;

as horas extras não podem ser habituais. O que ocorre, então, é uma opção administrativa ditada pela lógica da terceirização, na qual a necessidade de atender às exigências da tomadora, inclusive quanto aos valores do contrato, faz com que a precarização das condições de trabalho se imponha.

### 3.4. Outros efeitos da terceirização

Existem ainda muitos outros efeitos negativos potencializados ou ocasionados pela prática da terceirização. No âmbito da seguridade social, a permissão para terceirizar implica redução real do salário de milhões de brasileiros e a precariedade nos vínculos (contratos mais curtos), o que aumenta a rotatividade e, portanto, o uso de benefícios sociais como o seguro-desemprego. Daí por que a edição da MP n. 665 não é algo que possa ser examinado de forma isolada. Está dentro do contexto político de precarização, que se consolida com a tentativa de aprovação do PLC n. 30/2015.

O aumento do número de acidentes e doenças profissionais também aumenta a procura por benefícios previdenciários. Essas consequências, especialmente, a redução da remuneração, trazem consigo efeitos diretos sobre o mercado de trabalho, pois a circulação de riqueza depende da existência de sujeitos capazes de consumir e, portanto, bem remunerados. Como referiram os Ministros do TST em um manifesto contra o PL n. 4.330, a terceirização provoca um significativo aumento do número de dependentes do INSS, uma drástica redução na arrecadação e circulação de riquezas e, por consequência, a redução da arrecadação fiscal<sup>(41)</sup>.

É preciso perceber que qualquer redução de direitos sociais implica, em última análise, piora das condições sociais de vida da maior parte da população, o que significa dar muitos

(41) Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/denuncias/ministros-do-tst-sao-unanimes-pl-4-330-provocara-gravissima-lesao-social-de-direitos-trabalhistas.html>>. Acesso em: 7 maio 2015.

passos atrás em relação ao projeto de sociedade que temos previsto na Constituição de 1988, promover um retrocesso que certamente terá custos históricos que hoje sequer conseguimos projetar integralmente.

Há, ainda, relação direta entre terceirização e racismo. Muitos estudos apontam que a terceirização, além de tudo o mais que provoca em termos de retrocesso social, tem estimulado o estigma da diferença, aumentando a segregação. Os serviços de limpeza e manutenção, por exemplo, mantêm a maioria absoluta de mulheres negras como empregadas. Dados revelados por uma pesquisa do Sindicato das Empresas de Asseio e Conservação do Estado do Rio de Janeiro apontam que 92% dos trabalhadores nos serviços de limpeza terceirizados são mulheres, enquanto 62% são negros<sup>(42)</sup>. Nos serviços de *telemarketing* a escolha de mulheres e negros para o trabalho é por vezes justificada pela invisibilidade que esse trabalho promove. Longe dos olhos do consumidor, o atendente não precisa preencher o requisito perverso e racista da “boa aparência”<sup>(43)</sup>.

A terceirização também promove a fragmentação da classe trabalhadora. A divisão dos trabalhadores em contratados diretamente e terceirizados, e dos próprios terceirizados em terceirizados da empresa X, da empresa Y e da empresa Z, retira-lhes a condição de reconhecimento como classe. Não estão mais “todos no mesmo barco”. Ao contrário, há necessariamente uma disputa interna, uma concorrência entre o trabalhador diretamente contratado e aquele terceirizado, que almeja fazer parte dos quadros da empresa. Questões salariais, de condições do ambiente de trabalho, de assédio moral coletivo, não são mais identificadas (como já ocorre em ambientes invadidos pela terceirização) como questões

comuns. Cada grupo trava a sua luta. Essa divisão, que se impõe muito mais pela fragmentação que a terceirização promove, do que por eventual previsão legislativa de que a organização sindical seja desse ou daquele modo, também significa um duro golpe para um sistema sindical que já é deficitário, porque luta contra uma história de constantes tentativas de cooptação estatal de suas forças.

O direito do trabalho e, portanto, as relações trabalhistas, foram construídas no tempo pela organização e resistência. Pulverizando os trabalhadores, atrelando cada setor da fábrica a uma empresa prestadora diferente, por exemplo, o capital consegue aniquilar essa “sensação de pertencimento” a um mesmo grupo, eliminando a possibilidade de resistência coletiva organizada.

A ficção de que o empregado é contratado por uma empresa, quando na realidade a sua força de trabalho reverte em benefício de outra, também permite a redução do salário por vários subterfúgios. Quando troca a “prestadora” é como se um novo contrato iniciasse, embora o trabalhador muitas vezes continue desempenhando as mesmas tarefas, no mesmo local. Essa manobra jurídica permite o ajuste de um novo patamar salarial, inclusive inferior àquele que vinha sendo praticado até então, pela “prestadora” anterior. Além disso, a alteração da denominação da função, o pagamento por rubricas como participação nos lucros ou gratificações específicas, poderão ser alterados/suprimidos, a cada “nova” contratação.

Há uma facilitação à burla do direito às férias, porque a lei permite a perpetuação de uma prática que hoje já existe, de a empresa terceirizada ser substituída por outra a cada dois anos, como já ocorre, especialmente em âmbito público. Aliás, há pesquisa do DIEESE demonstrando que as empresas prestadoras duram em média 2,3 anos, ou seja, apenas o tempo necessário para ganhar dinheiro com a exploração da força de trabalho e dar lugar a outro atravessador. Assim, quando os empregados

(42) Disponível em: <[http://cascavel.ufsm.br/tede//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=5630](http://cascavel.ufsm.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5630)>. Acesso em: 7 maio 2015.

(43) Disponível em: <<http://www.esquerdadiario.com.br/Telemarketing-tambem-e-uma-questao-de-genero>>. Acesso em: 7 maio 2015.

teriam o direito de exigir a fruição das férias, inicia-se, de forma fictícia, outro “contrato”.

No caso da terceirização pela administração pública, esse é um fato ainda mais recorrente. A lógica econômica e desvirtuada de licitar pelo menor preço faz com que prestadoras de serviço sem qualquer patrimônio (muitas vezes, sem sede própria) ganhem licitação, trabalhem por seis meses ou um ano e depois sumam no ar sem deixar vestígios.

Por fim, é preciso mencionar o que talvez seja o pior efeito da terceirização: a invisibilidade. A terceirização cria uma classe de indivíduos invisíveis, para os quais não são negados apenas direitos, mas também o próprio reconhecimento da condição de trabalho. Nas atividades de limpeza e conservação, por exemplo, seres humanos trabalham sem que os empregados da “tomadora dos serviços” saibam seus nomes ou mesmo os cumprimentem<sup>(44)</sup>. Na ânsia de evitar a configuração de vínculos, o ambiente de trabalho torna-se verdadeiramente inóspito, pela condição de invisibilidade que lhes é relegada. A lógica de não enxergar o *terceirizado* produz um ambiente facilitador de discriminação, na medida em que pessoas realizando as mesmas tarefas são sujeitas a regramentos diferentes, comem em local diferente, vestem uniformes diferentes e não se reconhecem como colegas.

Nesse contexto, a terceirização aparece na lógica das relações de trabalho como uma verdadeira perversão. É o retorno à regulação da relação entre trabalho e capital sob a ótica civilista liberal, em que o sujeito figura num “contrato” como coisa a ser “alugada”<sup>(45)</sup>. Como

(44) Ontem mesmo, em um ambiente de trabalho do comércio, ouvi uma das empregadas se referir à moça que fazia a limpeza como a “tia da limpeza”. Esse tipo de expressão: “tio da limpeza”, “tia do cafezinho”, são formas de tornar o trabalhador invisível, negando-lhe até mesmo o direito de ser reconhecido e chamado por seu próprio nome.

(45) Já há inclusive empresa com atuação na cidade de São Leopoldo, cuja denominação social inclui a expressão “Locadora de Mão de Obra”.

refere Souto Maior, a terceirização apresenta-se na realidade da vida como “uma estratégia de destruição da classe trabalhadora, de inviabilização do antagonismo de classe, servindo ao aumento da exploração do trabalhador, que se vê reduzido à condição de *coisa invisível*, com relação à qual, segundo a trama engendrada, toda perversidade está perdoada”<sup>(46)</sup>.

Um estudante da USP, que se fez passar por trabalhador do serviço de limpeza da universidade, comprovou empiricamente a invisibilidade a que esses seres humanos estão sujeitos. O estudo relata que os trabalhadores que prestam serviços terceirizados de limpeza são em regra pessoas vindas do Nordeste, negros ou mulatos<sup>(47)</sup>. É interessante reproduzir seu relato, para que se tenha a medida do drama social que a terceirização potencializa:

Uma vez, um dos garis me convidou pra almoçar no bandeirão central. Aí eu entrei no Instituto de Psicologia para pegar dinheiro, passei pelo andar térreo, subi escada, passei pelo segundo andar, passei na biblioteca, descii a escada, passei em frente ao centro

(46) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento*. Disponível no Blog da Boitempo. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

(47) Em reportagem sobre seus estudos, Braga referiu que “trabalhava apenas meio período como gari, não recebia o salário de R\$ 400,00 como os colegas de vassoura, mas garante que teve a maior lição de sua vida: “Descobri que um simples bom dia, que nunca recebi como gari, pode significar um sopro de vida, um sinal da própria existência”, explica o pesquisador. O psicólogo sentiu na pele o que é ser tratado como um objeto e não como um ser humano. “Professores que me abraçavam nos corredores da USP passavam por mim, não me reconheciam por causa do uniforme. Às vezes, esbarravam no meu ombro e, sem ao menos pedir desculpas, seguiam me ignorando, como se tivessem encostado em um poste, ou em um orelhão”, diz”. Em seu estudo, narra que os garis são carregados na caçamba da caminhonete junto com as ferramentas. É como se eles fossem ferramentas também. Disponível em: <<http://www.cmqv.org/website/artigo.asp?cod=1461&idi=1&id=1202>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

acadêmico, passei em frente a lanchonete, tinha muita gente conhecida. Eu fiz todo esse trajeto e ninguém em absoluto me viu. Eu tive uma sensação muito ruim. O meu corpo tremia como se eu não o dominasse, uma angústia, e a tampa da cabeça era como se ardesse, como se eu tivesse sido sugado. Fui almoçar não senti o gosto da comida voltei para o trabalho atordoado.

(...) Eu choro. É muito triste, porque, a partir do instante em que você está inserido nessa condição psicossocial, não se esquece jamais.<sup>(48)</sup>

Em sua tese de doutorado, na qual deu sequência a esse estudo, Fernando Braga da Costa observa que a invisibilidade é o “desaparecimento de um homem no meio de outros homens”, a expressão de dois fenômenos sociais: a reificação e a humilhação. Uma forma de violência simbólica e material que “abafa a voz e abaixa o olhar” desses seres humanos<sup>(49)</sup>.

Inúmeros estudos revelam esteja a terceirização a provocar o que o autor francês Christophe Dejours denomina banalização da injustiça social<sup>(50)</sup> e que Baumann identifica como a invisibilidade dos seres humanos submetidos à terceirização<sup>(51)</sup>. Essa “engenharia” gera, também, uma “cumplicidade do consumidor, que quer adquirir um produto mais barato, pouco se importando que o preço baixo seja efeito de sonegação de impostos e de supressão

de direitos”, que pretende eficiência, mesmo sabendo que os serviços públicos são prestados por pessoas subremuneradas<sup>(52)</sup> e invisíveis.

#### 4. A regulamentação da terceirização: o que muda com o PLC n. 30/2015?

O projeto de lei que amplia as possibilidades de terceirização e que, antes sob o número 4.330, recebeu no Senado Federal o título de PLC n. 30/2015, pode implicar, caso aprovado, o maior retrocesso experimentado pela sociedade brasileira nas últimas décadas. O projeto não traz novidade em relação àquilo que já vem ocorrendo nas relações de trabalho no Brasil. Ainda, assim, promove retrocesso porque chancela uma prática absolutamente ilegal, que deve ser coibida pelo Estado — e não regulamentada.

De acordo com o projeto de lei, a terceirização pode ocorrer em qualquer tipo de atividade, ou seja, teremos empresas sem empregados. Com isso, perde-se o discurso da especialização, tão caro àqueles que defendem essa forma de precarização. Também permite sucessivas contratações do trabalhador por diferentes empresas prestadoras, para a mesma contratante, de tal sorte que a verdadeira empregadora possa, em lugar de contratar empregados, contratar uma empresa, que contrata outra empresa, que contrata outra empresa que, por sua vez, contrata o empregado. Essa distância (apenas formal) entre o empregado e o verdadeiro beneficiário da sua força de trabalho, provoca não apenas redução real da remuneração (porque afinal de contas todos esses “atravessadores” precisam lucrar com o negócio de repasse de força de trabalho), mas também a invisibilidade, o descomprometimento, a fragmentação da classe trabalhadora em prejuízo direto à organização sindical.

(48) *Idem*. O psicólogo social Fernando Braga da Costa permaneceu oito anos trabalhando como gari, varrendo ruas da Universidade de São Paulo, para constar que “ao olhar da maioria, os trabalhadores braçais são ‘seres invisíveis, sem nome’”. A dissertação de mestrado, pela USP, comprovou a invisibilidade desses terceirizados.

(49) Tese de doutoramento. Disponível em: <file:///C:/Users/vsevero/Downloads/costafernando\_do%20(1).pdf>. Acesso em: 14 jun. 2015.

(50) DEJOURS, Christophe. *A Banalização da Injustiça Social*. São Paulo: LTr, 2010.

(51) BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo. A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008, e *Sociedade Individualizada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

(52) SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *PL 4.330, o Shopping Center Fabril: Dogville mostra a sua cara e as possibilidades de redenção*. Disponível em: <http://www.abrat.net/portal/textos/mostraConteudo.asp?codConteudo=3141> Acesso em: 10 dez. 2014.

Parece mesmo evidente que, nessa “cadeia” de contratações, todas as empresas, inseridas que estão em um contexto capitalista de produção, precisam auferir lucro, sob pena de não haver justificativa para que existam. É também muito fácil concluir que, se todas lucram, alguém precisa perder, pois do contrário essa contratação do trabalhador (por intermédio de um ou mais “atravessadores”) custaria caro demais à tomadora. O raciocínio é simples: contratar por meio de outra empresa só será mais atrativo (barato) do que contratar diretamente se houver rebaixamento das condições de trabalho.

Para a sociedade, a consequência é uma drástica redução na arrecadação e circulação de riquezas. Todos nós — consumidores, trabalhadores e empresários — pagamos por isso. É a terceirização que permite que roupas de grife sejam confeccionadas por pessoas mal remuneradas, muitas vezes, reduzidas à condição de escravos, sem qualquer controle de qualidade. É a terceirização que provoca o distanciamento insuperável entre o consumidor e a empresa de telefonia. É a terceirização que nos retira a possibilidade de exigir serviços públicos de qualidade, desde a limpeza das ruas até a atuação em processos judiciais e administrativos.

A disposição legal prevista no PLC n. 30/2015 sobre a forma de organização coletiva, mesmo ruim, não é o mais relevante, quando se trata de examinar a fragilização da organização sindical, que a terceirização promove. O movimento de fragmentação que já está instaurado nos ambientes de trabalho, pela terceirização que já existe, vem retirando essa possibilidade de identificação e de luta comum, razão pela qual a terceirização em si é extremamente nociva à organização coletiva dos trabalhadores.

O projeto permite que a terceirizada seja uma empresa individual, potencializando uma prática lesiva que hoje já ocorre e tem até apelido: a “Pejotização”, ou seja, a criação de empresa em nome próprio, para a prestação

de serviços, com prejuízo à própria caracterização da relação de emprego e, portanto, supressão dos direitos que daí decorrem. A ampliação das possibilidades de terceirizar e a autorização para quarteirizar, quinterizar e assim por diante, sem dúvida dá margem ao calote institucionalizado.

Por fim, a festejada responsabilidade solidária, que a lei fixa de modo restritivo, também não constitui novidade. O ordenamento jurídico já garante **responsabilidade solidária** por parte de quem se beneficia da força de trabalho (art. 2º, § 2º, da CLT). Esse dispositivo, embora endereçado a hipóteses diversas daquelas hoje praticadas nas relações de trabalho, serve perfeitamente ao objetivo de identificar a figura do empregador, dissociando-o da denominação social utilizada para assinar a CTPS, e repassando-a a todo o capital que se beneficia do trabalho humano. E o faz para reafirmar a responsabilidade da empresa, ao empregar força de trabalho. É, pois, suficiente para determinar a responsabilização das chamadas tomadoras do serviço.

Existem, ainda, regras do direito civil, compatíveis com o direito do trabalho, tais como os arts. 186, 187 e 927 do Código Civil que, mesmo lá onde se presume a igualdade material, estabelecem o dever de ressarcir o dano causado, independentemente de culpa, por quem assume o risco do resultado lesivo. Do mesmo modo, os artigos do direito comum que tratam da condição de garante e que, no âmbito processual, determinam a possibilidade de excussão dos bens (art. 595 e ss. do CPC), secundados pelo art. 4º da LEF, diretamente aplicáveis ao processo do trabalho na fase de execução: todos eles tratam da responsabilidade (sem culpa) de quem assume os riscos de um resultado lesivo. Essa é a condição da tomadora dos serviços, mesmo para quem insiste em ver nela um terceiro na relação capital e trabalho.

A informação de que a lei, caso aprovada, gerará empregos, é mentirosa. Compõe o discurso do mal menor, e não se sustenta por

ângulo algum. O emprego da grande empresa será extinto e, em seu lugar, trabalhos precários, mal remunerados e, muitas vezes, informais, é que surgirão. Retornaremos à situação de barbárie que determinou o surgimento de um Direito do Trabalho, necessário tanto para assegurar condições mínimas de existência digna, quanto para manter o sistema capitalista de produção, como revelam várias experiências históricas.

## 5. As perspectivas para o futuro

O quadro atual é bastante preocupante. A harmonia dos poderes do Estado em sua verdadeira cruzada pelo desmanche dos direitos trabalhistas dificilmente poderá ser coibida sem a organização e a resistência efetiva dos movimentos sociais, dos sindicatos, dos estudantes e de todos aqueles que acreditam na razão de ser das normas de proteção a quem trabalha.

O que há de positivo nesse movimento do parlamento brasileiro, que desengavetou um projeto de lei de 2004 e agora atua intensamente para aprová-lo em regime de urgência, é o saudável despertar democrático provocado. Os movimentos sociais foram para a rua nos dias 15 de abril e 29 de maio e seguem mobilizados com o objetivo principal de levar ao conhecimento do público o drama da terceirização.

A mobilização enuncia o que a discussão acerca da terceirização muitas vezes esconde. O projeto de lei não regulamentará nada, apenas chancelará uma prática que já vem promovendo precarização. Por isso, as discussões públicas acerca da matéria não se limitam e nem poderiam limitar-se ao debate acerca das cláusulas desse projeto. O que estamos discutindo é a burla sistemática à Constituição, pelo disfarce da terceirização. Todos os dias, nas salas de audiência da Justiça do Trabalho, desfilam trabalhadores que foram despedidos sem nada receber ou passaram anos sem fruir férias e, na maioria das vezes, sequer conseguem fazer com que a terceirizada venha responder ao processo.

Com a aprovação do PLC n. 30/2015, qualquer produto ou prestação de serviço poderá ser terceirizado e o que está ruim ficará muito pior. Portanto, o que está em jogo não é apenas o Direito do Trabalho, nem tampouco a oposição entre o que estabelece a Súmula n. 331 e essa pretensa legislação específica. O que está em jogo é todo o projeto de sociedade que instituímos em 1988, pois a possibilidade de que existam “atravessadores” na relação de trabalho nos prejudica como consumidores, trabalhadores e membros da sociedade. Todos sentimos os efeitos do aviltamento das condições sociais de quem trabalha e do comprometimento da qualidade dos bens e serviços, que a terceirização necessariamente promove. É preciso, portanto, aproveitar a oportunidade histórica de debater, de forma crítica, comprometida e real, o drama da terceirização, para extirpá-la de uma vez por todas de nossas relações sociais de trabalho.

## 6. Para concluir

Diante do drama da terceirização e da suposta necessidade de aprovação de um projeto de lei que regulamente a barbárie, a pergunta a ser feita é: **em que tipo de sociedade queremos viver e o que devemos fazer para construí-la?**

De acordo com a Constituição de 1988, todos somos destinatários das normas jurídicas, cujo escopo central é a garantia da dignidade humana, sintetizada na fórmula da busca do “bem de todos”. Os trabalhadores, portanto, embora vendam sua força de trabalho, devem ser tratados como sujeitos de direito e, desse modo, protegidos contra qualquer espécie de exploração que os reduza à condição de coisa.

Não é por razão diversa que a Constituição de 1988, em uma mudança histórica importantíssima, insere os direitos trabalhistas no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, fixando parâmetros mínimos que, como o próprio *caput* do art. 7º evidencia, não exclui outros que promovam a melhoria da condição social. Trata-se de um “acordo” que retrata a tentativa de continuação da sociedade capitalista, buscando minimizar seus males.

A doutrina trabalhista reconhece que o trabalho, na relação de trocas, precisa apresentar-se e existir como se mercadoria fosse; uma mercadoria que se sujeita ao controle e à direção do capital. Essa é a base do capitalismo e é exatamente daí que se extrai o conceito de subordinação objetiva, estrutural, reticular<sup>(53)</sup>. A evolução da função do Direito, com a criação de normas tipicamente trabalhistas, decorre do (re)conhecimento de que o trabalhador é também objeto da relação de compra e venda de força de trabalho, mas ainda assim precisa figurar como sujeito de direitos, consumidor e constituinte de uma sociedade que se pretende viável.

A necessidade desse reconhecimento e da construção de normas de proteção ao trabalhador destina-se a minimizar efeitos reconhecidos e tolerados, que decorrem objetivamente dessa relação de trocas, como a perda da saúde do trabalhador em razão do ambiente de trabalho, por exemplo. Há, portanto, uma alteração na função que o Estado e o Direito assumem diante da realidade do capital.

O Estado que está projetado na Constituição de 1988 é guiado pelos ditames da Justiça Social, a tal ponto que o art. 170 determina que a própria ordem econômica deve se sujeitar aos ditames da justiça social. **Inaugura uma nova racionalidade**, coletiva e não mais individualista, cujos elementos primários para a sua construção foram encontrados justamente na realidade das relações de trabalho.

É o desenvolvimento histórico da forma capital que fomentou a industrialização na mesma medida em que forneceu condições para o desenvolvimento da organização cada vez maior e da pressão cada vez mais forte da classe trabalhadora. E foram essas condições que determinaram a necessidade de criação de um Direito próprio e de atribuição de nova função ao Estado. Então, **a partir de 1988 no**

(53) VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

**Brasil, não é mais possível sustentar juridicamente o discurso do Estado Liberal**, que pressupõe a autonomia plena da vontade e a igualdade de todos.

A lógica do Estado Social é incompatível, portanto, com qualquer forma de precarização do trabalho, porque implicaria o retrocesso social que a Constituição coíbe. Implicaria um retorno à realidade da fase inicial de consolidação do sistema do capital. Uma realidade que já se revelou historicamente insustentável, inclusive sob a perspectiva estritamente econômica. No que tange às relações sociais entre capital e trabalho, a moldura jurídica atual é muito clara: relação jurídica de emprego. A função do Estado, portanto, é zelar pelo cumprimento da Constituição, conferindo existência real ao que o projeto social ali contido apresenta como dever-ser.

Nessa medida, **a prática de terceirizar, precarizando as relações de trabalho, seja em atividade-meio ou atividade-fim, no âmbito público ou privado, revela-se completamente oposta ao projeto de sociedade insculpido na Constituição, contrária à regra do art. 37 e avessa à função democrática que o Estado deve desempenhar.**

Hoje, compactuar com essa realidade é bem mais grave do que foi há dois séculos. Não há como simplesmente fingir que não avançamos, que a lógica dos direitos fundamentais sociais não existe ou simplesmente não vincula. Nesse ponto, não é possível transigir. Aceitar formas de terceirização lícita implica cancelar o retrocesso social evidenciado pelas consequências que acima elenquei e que — todos sabemos — não esgotam o rol de males provocados pela intermediação de terceiros na exploração da força de trabalho.

A consolidação do projeto social que inauguramos em 1988 depende da definição de limites, sem os quais o discurso constitucional perderá qualquer possibilidade de tornar-se realidade.

## 7. Referências bibliográficas

ALVES, Giovanni. Terceirização e acumulação flexível do capital: notas teórico-críticas sobre as mutações orgânicas da produção capitalista. *Revista Estud. sociol.*, Araraquara, v. 16, n.3 1, p. 409-420, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo. A Transformação das Pessoas em Mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008 e *Sociedade Individualizada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

BIAVASCHI, Magda; DROPPA, Alisson. *A história da Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho*: A alteração na forma de compreender a terceirização. Texto baseado nos resultados apresentados no Relatório Científico Final da Pesquisa “A Terceirização e a Justiça do Trabalho”, financiada pela Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo-FAPESP. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/918/669>>.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora*. A inexorável relação entre a nova *marchandage* e a degradação laboral, as mortes e mutilações no trabalho. São Paulo: LTr, 2015.

DEJOURS, Christophe. *A Banalização da Injustiça Social*. São Paulo: LTr, 2010.

FIGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>.

MACHADO FILHO, Sebastião. *Marchandage*. A degradação do Direito do Trabalho e o retrocesso ao trabalho escravo no Brasil pelas chamadas “empresas prestadoras de serviço”. *Revista de Informação Legislativa*, ano. 20, n. 79, Brasília, jul./set. 1983.

MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; HALL, Michael M. *A Classe Operária no Brasil*. 1889-1930. Documentos. V. II. Condições de vida e de trabalho, relações com os empresários e o Estado. São Paulo: FUNCAMP, 1981.

SARTORI, Elisiane. *Trabalho Infantil em Franca*: um laboratório das lutas sociais em defesa da criança e do adolescente. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30393.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

<<http://www.abrat.net/portal/textos/mostraConteudo.asp?codConteudo=3141>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *PL n. 4.330, o Shopping Center Fabril*: Dogville mostra a sua cara e as possibilidades de redenção. Disponível em: <<http://www.abrat.net/portal/textos/mostraConteudo.asp?codConteudo=3141>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. *Terceirização: desabafo, desmascaramento e enfrentamento*. Disponível no *Blog da Boitempo*: <<http://blogdaboitempo.com.br/2015/04/13/terceirizacao-desabafo-desmascaramento-e-enfrentamento/>> Acesso em: 14 jun. 2015.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de Emprego: Estrutura Legal e Supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.

### Páginas Consultadas

<[file:///C:/Users/vsevero/Downloads/costafernando\\_do%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vsevero/Downloads/costafernando_do%20(1).pdf)>.

<[http://cascavel.ufsm.br/tede//tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=5630](http://cascavel.ufsm.br/tede//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=5630)>.

<<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/como-a-nike-esta-lutando-contra-o-uso-de-mao-de-obra-escrava>>.

<<http://forum.antinovaordemmundial.com/Topico-cinco-multinacionais-envolvidas-na-explora%C3%A7%C3%A3o-do-trabalho-infantil#ixzz3ahPDiSdv>>.

<<http://noticias.uol.com.br/ultnot/internacional/2009/09/11/ult1859u1437.jhtm>>.

<<http://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,congresso-eleito-e-o-mais-conservador-desde-1964-afirma-diap,1572528>>.

<<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF>>.

<<http://reporterbrasil.org.br/2006/02/multinacionais-beneficiam-se-da-exploracao-de-trabalho-infantil/>>.

<<http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obra-escrava/>>.

<<http://reporterbrasil.org.br/2013/07/roupas-da-le-lis-blanc-sao-fabricadas-com-escravidao/>>.

<<http://reporterbrasil.org.br/2014/05/de-novo-fiscalizacao-flagra-escravidao-na-producao-de-roupas-da-m-officer>>.

<<http://www.anamatra.org.br/index.php/tv-anamatra/reportagens-debates-e-entrevista/todos-contra-a-terceirizacao-video-3>>.

<<http://www.cmqv.org/website/artigo.asp?cod=1461&idi=1&id=1202>>.

<<http://www.conjur.com.br/2013-jul-05/bv-financeira-condenada-nao-impedir-trabalho-infantil-terceirizada>>.

<<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>>.

<<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>.

<<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2014/estpesq74trabalhoRural.pdf>>.

<<http://www.esquerdadiario.com.br/Telemarketing-tambem-e-uma-questao-de-genero>>.

<[http://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS\\_233016/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/ipecc/Informationresources/WCMS_233016/lang--pt/index.htm)>.

<<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2015/04/para-dieese-relacao-entre-terceirizacao-mortes-no-servico-e-trabalho-escravo-e-gritante-3622.html>>.

<<http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/98/escravos-da-moda-as-grifes-e-o-trabalho-escravo-2432.html>>.

<[http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie\\_terceirizacao\\_cut.pdf](http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf)>.

<<http://www.tecmundo.com.br/samsung/58865-ong-denuncia-trabalho-infantil-fabrica-samsung-china.htm>>.

<<http://www.tst.jus.br>>.

<<http://www.viomundo.com.br/denuncias/ministros-do-tst-sao-unanimes-pl-4-330-provocara-gravissima-lesao-social-de-direitos-trabalhistas.html>>.

<<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/125-anos-da-lei-aurea/1888-2013-a-abolicao-da-escravidao>>.

<<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizacao3a7c3a3o-e-os-limites-da-relacao3a7c3a3o-de-emprego-degradacao3a7c3a3o-e-morte.pdf>>.

<<https://www.youtube.com/watch?v=iu5Xhu82fzc>>.

# Assédio moral por metas abusivas e direito fundamental ao trabalho digno

Rodrigo Goldschmidt<sup>(\*)</sup> e Andressa Zanco<sup>(\*\*)</sup>

## Resumo:

- ▶ O assédio moral consiste em uma prática lesiva aos direitos fundamentais do trabalhador, principalmente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Destarte, o assédio caracteriza-se por práticas pontuais de agressão que, quando executadas, ferem a saúde, o meio ambiente e, principalmente, o direito ao trabalho digno. Assim, o presente estudo tem por objetivo caracterizar tais práticas, principalmente por metas abusivas, como comportamentos prejudiciais ao trabalhador, bem como ao meio ambiente laboral. Contudo, também demonstra como a lacuna legislativa sobre o assunto pode contribuir para tal prática. Emprega-se a pesquisa doutrinária e documental.

## Palavras-chave:

- ▶ Assédio moral — Dignidade da pessoa humana — Direito fundamental à saúde — Direito fundamental ao meio ambiente laboral — Metas abusivas — Direitos fundamentais.

## Índice dos Temas:

- ▶ 1. Considerações iniciais
- ▶ 2. A dignidade da pessoa humana
- ▶ 3. O assédio moral e suas consequências
- ▶ 4. O poder diretivo do empregador e seus limites
- ▶ 5. A lacuna legislativa e o reconhecimento do assédio moral
- ▶ 6. O assédio moral por metas abusivas
- ▶ 7. Considerações finais
- ▶ 8. Referências bibliográficas

## Abstract:

- ▶ Bullying consists of a harmful practice the fundamental rights of workers, especially the principle of human dignity. Thus, harassment is characterized by specific practices of

(\*) Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Doutor em Direito pela UFSC. Professor e pesquisador do Mestrado Acadêmico em Direito da UNOESC. Vice-diretor da Escola Judicial do TRT12. Juiz do Trabalho Titular do TRT12.

(\*\*) Graduada em Direito pela UNOESC. Pesquisadora da UNOESC.

aggression, which when executed injure health, the environment and, especially, the right to decent work. Thus, this study aims to characterize such practices, mainly abusive goals, such as behavior prejudicial to the worker and the work environment means. However, it also demonstrates how the legislative gap on the subject can contribute to the practice. It is used to doctrinal and documentary research.

### Keywords:

- ▶ Bullying — Human dignity — Fundamental right to health — Fundamental right to a working environment — Abusive goals — Fundamental rights.

## 1. Considerações iniciais

O assédio moral é um tema recente no cenário do direito do trabalho, porém, não significa que esta prática seja recente, ou seja, tem sido levada em consideração há pouco tempo. Assim, o presente estudo visa demonstrar que o assédio moral ofende princípios fundamentais ao desenvolvimento do trabalhador.

O objetivo desta análise é verificar de que forma o assédio moral fere a dignidade da pessoa humana, bem como as possíveis consequências para o desenvolvimento do trabalhador quando submetido a esta prática, enfatizando a exigência do cumprimento de metas não factíveis. Ademais, ressaltando como a saúde e o meio ambiente de trabalho são prejudicados ante a essa prática.

Em um primeiro momento, este estudo procura estabelecer a noção do que se entende por dignidade da pessoa humana, destacando a sua relevância. Em seguida, procura evidenciar de que forma a prática do assédio moral afeta a dignidade humana do trabalhador, bem como prejudica o direito fundamental à saúde e ao meio ambiente laboral. Em seguida, é demonstrado como o assédio se configura na relação de trabalho e a necessidade da criação de legislação federal para combater esse fenômeno.

Para a realização da pesquisa, foi utilizada a pesquisa doutrinária, bem como jurisprudencial, além de consulta a algumas convenções, leis estaduais e municipais. Ressalta-se, também, que foram utilizadas diversas publicações em anais eletrônicos para o maior enriquecimento do estudo.

## 2. A dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é considerada um dos arcabouços da Constituição Federal de 1988, bem como dos direitos humanos, uma vez que é intrínseco ao ser humano. Para tanto, em primeira análise, será demonstrada a importância da preservação da dignidade do trabalhador nas relações laborais.

Em outro estudo, afirmamos que a noção de dignidade da pessoa humana é o que torna o ser humano diferente dos demais, da mesma forma que o iguala aos seus semelhantes. Sendo assim, por ser dotado de dignidade não pode ser instrumentalizado por outro ser humano, o que o caracterizaria como mercadoria ou comércio, e assim o trabalho seria considerado da mesma maneira, sendo essa uma concepção inadmissível.

Moraes (2011, p. 18) entende a dignidade da pessoa humana como uma unidade de direitos e garantias fundamentais que fazem parte do ser humano. Para tanto, defende que a dignidade tem valor espiritual e moral e que é característico à pessoa, manifestando-se de forma singular e na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo consigo o anseio ao respeito por parte dos demais integrantes da sociedade.

Em adendo, assevera que é pelo trabalho que o homem garante sua subsistência e o crescimento do país e, dessa forma, é que a Constituição prevê a liberdade e o respeito a sua dignidade, uma vez que a figura do trabalhador se mostra importante para a evolução da sociedade.

De outra sorte, vale ressaltar que, pelo fato de o homem ser igual aos demais no que tange à dignidade, todos são merecedores do mesmo tratamento jurídico, excluindo qualquer distinção e resguardando-os de arbitrariedades, abusos e perseguições. Assim sendo, o art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 enfatiza que todo ser humano, membro de uma sociedade, tem direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis para seu desenvolvimento.

Tal afirmação representa o reconhecimento da dimensão da dignidade humana, que se consubstancia com a participação do Estado e da sociedade civil, que promovem, de maneira conjunta, o acesso a bens e serviços, tais como: saúde, educação e trabalho, instrumentos esses que garantem a real efetivação da dignidade da pessoa humana.

Assim, pode-se observar que a referida Declaração evidencia como o Direito preocupou-se em efetivar a dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico revestindo-a de exigibilidade mediante a coerção. Porém, cabe ressaltar que a dignidade subsiste mesmo sem ser reconhecida pelo Direito assim como defende Sarlet (2006, p. 69 e 85) que, por sua vez, admite que a dignidade da pessoa humana não pode ser concedida pelo ordenamento jurídico, pois é intrínseca ao ser humano.

No mesmo sentido, Sarlet argumenta que a dignidade da pessoa humana baseia-se, mesmo não sendo de forma exclusiva, na autonomia pessoal, ou seja, na liberdade que cada pessoa possui de edificar sua própria existência e maneira de ser. Assim, ainda aduz que por ser dotado desta liberdade, possui direitos fundamentais peculiares e inquestionáveis que concretizam sua própria dignidade. Entretanto, Sarlet acrescenta que sem a referida liberdade (negativa e positiva) não há dignidade, ou que essa, pelo menos, não está sendo reconhecida e assegurada.

Botelho (2014) expõe que o ordenamento constitucional brasileiro afirma que o Direito

do Trabalho é uma conquista importantíssima para o trabalhador, e que a dignidade humana é um dos princípios essenciais para sua realização, bem como para os direitos de personalidade. Assim sendo, o trabalho é considerado como um direito social que está ligado à dignidade do ser humano.

Por seu turno, o art. 6º da Carta Magna estabelece que a saúde e o trabalho são direitos sociais protegidos constitucionalmente. Nesse sentido, faz-se necessária a criação de mecanismos capazes de reduzir e/ou eliminar a incidência de práticas capazes de afetar a eficácia de tais direitos.

Nessa linha, observa-se que a saúde do trabalhador é considerada um direito social, e que está intimamente ligada ao direito à vida, uma vez que a deterioração da saúde pode levar o ser humano à morte.

Como assevera Moraes (2011, p. 39): “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.” Assim, a Constituição Federal evidencia o direito à vida, incumbindo, da mesma forma, ao Estado a responsabilidade de assegurá-lo em dupla acepção, sendo a primeira a de continuar vivo que, como citado, está intimamente ligada ao direito à saúde, e a segunda a de possuir uma vida digna quanto à subsistência da pessoa humana.

Do mesmo modo, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define a saúde como “o completo estado de bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente a ausência de enfermidade”, ressaltando ainda que desfrutar da saúde, em seu melhor estado, consiste em um dos direitos fundamentais de todas as pessoas, sem qualquer distinção.

No mesmo sentido, pode-se ressaltar que a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, define em seu art. 2º que: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.” Vale ressaltar, ainda, que, em

seu art. 3º e parágrafo único, respectivamente, a Lei em comento expressa que uma das principais condições para viver com saúde é pelo trabalho digno, capaz de garantir o bem-estar físico, mental e social.

Assim, entende-se que o direito à saúde está diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, por esse ser inato ao ser humano e principalmente por ser inerente ao direito à vida.

Peduzzi (2007) aduz que a teoria do assédio moral tem suporte na Constituição Federal, já que constitui um dos fundamentos da República, além de decorrer do direito à saúde, como preconiza o art. 6º da Carta Magna, já mencionado acima, bem como o direito à honra, previsto no art. 5º da Constituição.

Para tanto, a dignidade da pessoa humana é considerada como um dos princípios mais importantes nas relações de trabalho. Assim sendo, a Constituição Federal prevê em seu art. 1º, inciso III. Tal princípio é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e, por isso, um dos mais importantes.

Neto, Gunther e Pombo (2008, p. 39 a 42), com espede na lição de Kant, ressaltam que o homem é um fim em si mesmo e não pode ser utilizado como instrumento de forma arbitrária para alguma função que seja contra sua vontade. Assim, argumentam que, quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por outra equivalente, porém, quando uma coisa não possui preço, e não permite algo equivalente, tal coisa é dotada de dignidade, sendo esta a principal característica do ser humano.

Ademais, os referidos autores afirmam que a dignidade não pode ser medida por valores, pois é muito mais do que isso, trata-se de um sentimento, com o qual faz com que o indivíduo sintam-se parte de uma sociedade, sendo respeitado perante os demais. Desta forma, observa-se que este é um princípio que visa proteger um bem imaterial que perpassa a ideia de apenas ser um princípio inserto a ser protegido pelo ordenamento.

No mesmo sentido, preceituam que, discriminar, limitar ou diferenciar indivíduos com base em suas características sociais é algo inadmissível, e que tal atitude pode ocorrer no próprio ambiente de trabalho, como no caso em que o trabalhador é submetido ao assédio moral, assim configura-se uma ofensa gravíssima a sua dignidade. No entanto, quando o trabalhador é submetido à alguma ofensa, o mesmo possui amparo constitucional do princípio da dignidade, assim pode-se fazer cumprir o respeito à sua dignidade na condição de ser humano.

Para tanto, o respeito aos direitos fundamentais é o respeito à dignidade do ser humano. Sendo assim, entende-se que outros diversos direitos, inerentes ao ser humano, devem ser respeitados, para que a dignidade seja preservada. Destaca-se que o trabalhador não é mais visto como “coisa”, ou meio de produção, mas como um indivíduo possuidor de direitos personalíssimos.

Depois desta breve análise sobre a dignidade da pessoa humana, bem como sua relevância e importância na sociedade, passa-se a observar as características do assédio moral, bem como suas consequências e prejuízos, principalmente, à saúde do empregado, ao meio ambiente laboral, e a afronta ao princípio da dignidade.

### **3. O assédio moral e suas consequências**

O assédio moral está cada vez mais presente na sociedade, de modo que vem prejudicando as relações de trabalho, uma vez que agride o trabalhador de forma psicológica, bem como física, provocando prejuízos desastrosos na vida do empregado.

Bradaschia (2007) cita que Heinz Leymann foi o primeiro a descobrir o contexto do assédio moral, ou o chamado *mobbing*, bem como a defini-lo como um problema até então desconhecido pela sociedade. Assim, entende-se que o assédio moral não é um sofrimento ocasional, mas são agressões intensas e pontuais que, vividas dentro de um ambiente de trabalho,

podem ser comparadas às consequências psíquicas sofridas por pessoas que enfrentaram uma guerra e, em casos excepcionais, podem levar o indivíduo ao suicídio.

Hirigoyen (2012, p. 17 a 30) define o assédio moral no trabalho como “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.

Sendo assim, entende-se que atitudes, palavras, comportamentos, quando separados, não causam danos à integridade do trabalhador, porém, quando repetidos, podem ser destruidores, ou seja, o assédio se caracteriza por atitudes hostis, de forma repetida e constante.

Todavia, muitas vezes, o assédio moral é confundido com o estresse do cotidiano. Desta forma, o estresse é definido como as sobrecargas de trabalho, bem como as más condições. Assim, cabe ressaltar que assediar uma pessoa é muito mais que isso, trata-se agressões mais ofensivas até a própria dignidade.

Por outro lado, quando o estresse se torna exagerado, este pode se transformar em uma forma de assédio moral. Ademais, Nascimento (2009, p. 117) ressalta que o assédio moral é uma modalidade de dano moral, que agride diretamente a dignidade da pessoa humana, prejudicando de forma desastrosa o trabalhador.

Neto, Gunther e Pombo (2008, p. 46 e 47), ensinam que o assédio moral viola ou lesa os direitos de personalidade, que ferem a dignidade do trabalhador. No mesmo sentido, asseveram que o assédio constitui-se “na intimidação, humilhação e perseguição moral de um empregado por representante de empregador (superior hierárquico direto) com função de ‘encurrular’ o empregado para que este não tenha saída a não ser demitir-se”. Assim, observa-se que se trata de um ‘terrorismo psíquico’, cuja principal finalidade é desestabilizar emocionalmente o empregado.

Com efeito, Nascimento (2009, p. 518) destaca que o assédio moral é uma forma de violência no ambiente laboral que pode se caracterizar de diversas formas, tais como, o isolamento intencional para coagir o empregado a abandonar o ambiente de trabalho; o ultraje do chefe sob todas as atividades desenvolvidas pelo trabalhador alardeado aos demais colegas, constrangendo-o moralmente; e a atribuição de metas impossíveis, justamente para colocar o empregado em situação desigual aos demais.

No mesmo sentido, Hirigoyen (2012, p. 23) ressalta que quando uma pessoa é submetida ao estresse comum do próprio trabalho, ela apenas sente-se cansada, porém, quando submetida ao assédio, ou seja, quando é perseguida e humilhada publicamente, além de ser excessivamente cobrada por metas impossíveis de serem cumpridas, a pessoa corre sérios riscos de adoecer. Desta forma, observa-se que não apenas o direito à saúde foi lesado, mas também a dignidade do trabalhador.

Assim, Hirigoyen ainda destaca que as metas de produção estão cada vez mais exigentes, ou seja, é preciso fazer mais e melhor e, por conseguinte, essa pressão tem o objetivo de aumentar o desempenho dos empregados e não, *a priori*, de prejudicá-los pelo estresse. Nesse sentido, o estresse, ao contrário do assédio moral, não tem intenção maldosa.

Sendo assim, Lückemeyer (2008) afirma que o assédio moral se caracteriza “pela exposição da vítima, de forma prolongada e repetitiva, a situações humilhantes e constrangedoras, de modo a desestabilizar sua relação com o ambiente de trabalho e a organização”.

Portanto, assediar moralmente o trabalhador, implica em diversos comportamentos pontuais dirigidos a uma ou mais pessoas, com o interesse de desqualificar, desmoralizar e humilhar de forma moral e emocional. Como consequência de tal atitude, o ambiente de trabalho torna-se desagradável e insuportável.

O assédio moral, por sua vez, não se confunde com o excesso ou redução de trabalho,

ou até mesmo com a exigência no cumprimento de metas e horários rígidos, de forma ocasional. Porém, quando tais atitudes passam a ser repetidas constantemente, pelas humilhações, é que surge o assédio moral.

Hirigoyen (2012, p. 19 e 20) ainda ressalta que a primeira fase do assédio inicia-se quando as agressões dizem respeito apenas às condições de trabalho, e quando o isolamento é moderado. Já a segunda fase, ou a fase do assédio moral propriamente dito, tem ênfase quando o trabalhador percebe as más intenções das quais é objeto, ou seja, quando as agressões são visíveis e humilhantes.

Tais atitudes geram consequências mais penosas que o estresse, trata-se de um atentado contra a dignidade do trabalhador, e até contra seu amor-próprio. Assim, quando se toma consciência de que há uma motivação para ser agredido, surgem o inconformismo e a desilusão que prejudicam o psiquismo de forma degradante.

Ainda, no mesmo sentido, Lückemeyer (2008) observa que as pessoas mais suscetíveis de serem vítimas do assédio são aquelas que apresentam padrões diferentes em relação aos estabelecidos, bem como pessoas mais criativas, com melhores salários, ou que se relacionam facilmente no ambiente de trabalho, ou seja, o assédio é uma forma de reprimir a evolução do trabalhador.

Sendo assim, ressalta-se, ainda, que os efeitos do assédio moral podem ser extremamente ofensivos à saúde do trabalhador, uma vez que podem ocorrer danos emocionais e doenças psicossomáticas, tais como: alterações do sono, distúrbios alimentares, diminuição da libido, aumento da pressão arterial, desânimo, insegurança, além de quadros de pânico e depressão e, em casos mais extremos, a morte ou o suicídio.

Hirigoyen (2012, p. 159 e 160) salienta que quando a pessoa é exposta por mais tempo ao fenômeno do assédio moral, ela pode desenvolver um quadro mais avançado de

depressão, podendo até solidificar tal doença. Assim, observa ainda que a pessoa assediada se mostra apática, triste, com complexo de culpa, obsessão e até mesmo desinteresse por si mesmo.

Contudo, Paroski (2009, p. 108 e 109) assevera que o assédio moral é considerado ato ilícito, pois se trata de abuso de direitos do empregador ou de alguém por ele, o qual pode gerar danos materiais, como a perda do emprego e gastos com tratamentos médicos e psicológicos, além de ferir gravemente os direitos de personalidade do trabalhador, bem como “o amor-próprio, a autoestima, a boa fama, a imagem e, principalmente, sua dignidade e honra”, gerando, desta forma, o dano moral passível de reparação.

Destarte, observa-se que o assédio moral ofende direitos humanos fundamentais, e que sua violação causa na vítima diversos danos, tais como: moral e patrimonial, que resultam em responsabilidade civil por parte do agressor.

#### **4. O poder diretivo do empregador e seus limites**

Melhado (2003, p. 13 a 15) destaca que o exercício do poder pelo empregador é tido como algo natural e inevitável entre as relações sociais, uma vez que representa a desigualdade e o desequilíbrio do poder. Por outro lado, há entendimentos que supõem que o poder diretivo do empregador é algo necessário para a organização da produção, o que pressupõe uma relação de subordinação.

Assim, compreende-se que o poder do empregador sobre o empregado é puramente econômico, bem como imprescindível para a realização do contrato de trabalho. A organização da produção faz-se necessária em qualquer tipo de empresa, uma vez que a relação de poder diz respeito a uma ordem constitucional, já que a empresa é tida como “instituição social”, a qual necessita de organização hierárquica e exigências funcionais.

Neste sentido, Bezerra e Ferreira (2014) observam que quando o empregador exerce

o poder diretivo, este, por sua vez, está cumprindo a função social do contrato de trabalho, visto que tal contrato desempenha função essencial para regular o desenvolvimento no contexto social.

Grabowski (2013) ressalta que a CLT em seu art. 2º qualifica o empregador como sendo aquele que assume os riscos da atividade econômica, bem como o que assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços. Desta forma, compreende-se que o Direito do Trabalho conferiu ao empregador a aptidão de dar conteúdo para as atividades do empregado, as quais têm o intuito de realizar as finalidades da empresa. Da mesma forma, estabeleceu-se uma relação de subordinação entre empregador e empregado.

No entanto, cabe ressaltar que com este poder diretivo também surgiram muitos deveres ao empregador, e esse só pode utilizar suas delegações dentro dos limites da lei, ou seja, o poder diretivo deve ser exercido dentro dos parâmetros da ordem jurídica, desde que não firam direitos fundamentais do empregado, entre eles, a dignidade da pessoa humana.

Todavia, com o fenômeno da globalização, as relações de emprego estão mais flexíveis, de modo que o trabalhador necessita expor-se mais às exigências do empregador, que muitas vezes o força a trabalhos degradantes, praticando, assim, o assédio moral por metas abusivas. Pode-se dizer, entretanto, que o empregado, por meio da globalização e das novas tecnologias, é facilmente controlado pelo empregador, uma vez que necessita garantir sua vaga de emprego.

Desta forma, Oliveira Nascimento (2008) entende que a subordinação econômica ocorre, pois o empregado depende do salário pago pelo empregador, e aquele fica limitado pelo fato de estar dependente de subsídios para o sustento próprio e/ou de sua família. Assim, pode-se dizer que o empregado é a parte hipossuficiente da relação de trabalho e, por isso, fica subordinado ao empregador que possui o capital bem como os meios de produção.

Sendo assim, Grabowski (2013) assevera que o empregador deve agir com proporcionalidade e coerência para não acarretar o abuso de poder e, desta forma, praticar ato ilícito, bem como contrariar os limites da finalidade econômica, da boa-fé e inclusive dos bons costumes, como preconiza o art. 187 do Código Civil.

Entretanto, o abuso do poder diretivo do empregador pode acarretar no assédio moral, pois o abuso de poder fere a dignidade do trabalhador bem como ultrapassa os limites conferidos pela ordem jurídica.

Assim sendo, a instabilidade econômica e o aumento das tecnologias faz com que o empregado se submeta a trabalhos degradantes e forçados, o que potencializa sua subordinação ao empregador que, por sua vez, expõe o trabalhador ao assédio moral por metas abusivas.

Um das principais características do assédio moral é a exploração do medo dos trabalhadores diante do desemprego. Sendo assim, a instabilidade econômica faz com que os empregados se submetam a trabalhos degradantes e, do mesmo modo, ao abuso de poder praticado pelo empregador. Esta, por sua vez, é uma prática inaceitável, pois o ser humano não pode ser utilizado como ferramenta para obtenção de metas de lucro.

Assim sendo, Stadler (2007) aduz que as empresas que estabelecem metas de produção, e as exigem com rigor excessivo, ultrapassando os limites do poder diretivo, bem como aplicando “brincadeiras” de mau gosto, também estão praticando o assédio moral.

Assim, entende-se que a cobrança de metas é algo admitido pela legislação, porém, o abuso do direito do poder diretivo é algo que ultrapassa os limites da lei e fere os direitos dos trabalhadores, contrariando a equidade e a finalidade social do contrato de trabalho.

## **5. A lacuna legislativa e o reconhecimento do assédio moral**

A falta de uma legislação federal sobre o assédio moral faz com que tal prática se intensifique

ainda mais. Porém, o assédio não é totalmente desconhecido pelo ordenamento brasileiro, uma vez que diversos estados e municípios estão implementando leis estaduais e municipais para coibir tal prática. No mesmo sentido, os Tribunais já estão reconhecendo em seus julgados esta prática tão lesiva ao direito do trabalho.

Paroski (2009, p. 108 e 109), por sua vez, ressalta que não há uma legislação específica sobre o assunto, todavia, a CLT pode ser utilizada para fins de resolução de contrato de trabalho, com base no art. 483, alíneas “a”, “b” e “d”, bem como o art. 482, alínea “b” ambos da CLT, além de legislação específica, como a Lei n. 9.029/95, no que tange à prática discriminatória.

No entanto, vale ressaltar que o Estado de Santa Catarina, com o intuito de evitar o assédio moral nas relações de trabalho dos servidores públicos, instituiu a Lei n. 14.609, de 7 de janeiro de 2009, que versa sobre a Saúde Ocupacional do Servidor Público, bem como redigiu o Decreto n. 2.709, de 27 de outubro de 2009, que criou o Manual de Saúde Ocupacional e que estabeleceu normas e diretrizes para a preservação da saúde do servidor público.

Ademais, há vários projetos de lei tramitando no Congresso Nacional. Contudo, enquanto tais projetos não são efetivados, o Poder Judiciário reconhece o assédio moral, e que este é prejudicial ao trabalhador e que acima de tudo fere a sua dignidade e prejudica sua saúde. Desta forma, pode-se observar que o TRT da 3ª Região (jurisdição do Estado de Minas Gerais), tendo como relatora a Juíza e Professora Alice Monteiro de Barros, aborda o tema caracterizando e reconhecendo o assédio moral nas relações de trabalho:

**EMENTA:**

**“ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO.**

O termo ‘assédio moral’ foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como *mobbing* (Itália, Alemanha e Escandinávia), *harcèlement moral* (França),

*acoso moral* (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como ‘a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego’ (cf. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra de Noa Davenport e outras, intitulada *Mobbing: Emotional Abuse in The American Work Place*). O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles o de forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, dano psíquico (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão.” (TRT-RO-01292-2003-057-03-00-3, 2ª T., rela. Juíza Alice Monteiro de Barros, DJ 11.8.2004.)

A interpretação deixa claro que o assédio moral nas relações de trabalho fere a dignidade da pessoa humana, bem como desestabiliza o meio ambiente do trabalho, ignorando

princípios básicos que a própria Constituição Federal preconiza.

Todavia, como ressaltam o julgador acima e Hirigoyen (2012, p. 112 e 114), o assédio moral possui diversos tipos, tais como: o assédio descendente, que ocorre do superior hierárquico para o subordinado; o assédio horizontal, que se verifica entre colegas; o assédio ascendente, que acontece quando o subordinado não leva em consideração o superior hierárquico; ou ainda o assédio misto, que se realiza quando o assédio ocorre tanto do superior hierárquico, quanto dos colegas de trabalho.

Entretanto, Grabowski (2013) esclarece que outra modalidade de assédio moral é concebida, sendo esta a organizacional que, por sua vez, decorre de uma política de sujeição da empresa, na qual a finalidade é aumentar a produtividade com um número reduzido de funcionários, submetendo assim, os empregados ao assédio moral por metas abusivas.

Visto isso, pode-se observar outra decisão no que diz respeito aos critérios de fixação de indenização, neste caso, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (jurisdição do Estado do Rio Grande do Sul) condenou o empregador à reparação de danos morais, pois, comprovou-se o tratamento discriminatório ao trabalhador. Assim, apresenta-se a ementa da referida condenação.

**EMENTA:**

**“REPARAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO.** A indenização por dano moral, segundo remansosa doutrina e jurisprudência, deve observar a noção de razoabilidade entre o abalo sofrido e o valor a ser pago, o qual deve ser suficiente não só para amenização do dano direto, mas de todas as suas consequências, além de ostentar o caráter punitivo, indissociável da indenização por dano moral, que tem por finalidade evitar que o empregador continue a cometer excessos no gerenciamento do negócio a ponto de fazer passar pelos mesmos constrangimentos

os demais empregados sob o manto da impunidade.” (TRT-RO-00612-2005-471-04-00-3, 4ª T., rel. Juiz Milton Varela Dutra, DJ 31.5.2006.)

Peduzzi (2007), por sua vez, entende que o dano moral gerado pelo assédio é de natureza imaterial e, para tanto, a compensação do dano ocorre mediante pagamento, não de indenização, ou seja, trata-se de uma reparação pecuniária que visa diminuir os prejuízos sofridos pela vítima, prejuízos que dizem respeito aos direitos personalíssimos previstos pela própria Constituição Federal, tais como: a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem, a saúde, a dignidade da pessoa humana, bem como a integridade física e moral da vítima.

Ainda, no mesmo sentido, a compensação pecuniária tem como objetivo secundário desestimular a prática deste ato tão lesivo ao trabalhador. Sendo assim, entende-se que o pagamento desta prestação possui natureza jurídica de sanção por ato ilícito. Para tanto, é necessário que o assédio moral possua lei específica, pois, desta forma, os princípios da segurança jurídica, da justiça e da equidade serão preservados.

No mesmo sentido, Silva Neto (2005) destaca que os atos ilícitos praticados contra o trabalhador devem ser reparados judicialmente. Neste caso, tal afirmação encontra respaldo no art. 7º, XXII, da Carta Magna, que disciplina que o trabalhador tem direito ao meio ambiente de trabalho digno, pois, trata-se de uma garantia fundamental do empregado.

## **6. O assédio moral por metas abusivas**

Santos da Silva e Nunes de Castro Anabuki (2013) esclarecem que as metas de produtividade para os funcionários não são recentes e abrange um número cada vez maior de empresas que adotam tal política. As metas, por sua vez, seguem a lógica pós-fordista de produção e têm por escopo garantir a maior produtividade possível.

Holanda (2014) aduz que o surgimento do capitalismo definiu um novo conceito de

empresário, o qual busca o progresso, a prosperidade, sendo mais ambicioso e individualista, buscando, sempre, o maior desenvolvimento de sua empresa, e é neste novo contexto que surgem as metas de trabalho.

Entretanto, há que se considerar que existe um limite para a cobrança das metas, uma vez que se o empregador ultrapassar tais limites, este abusa de seu poder diretivo. Porém, o que se observa é que o patamar mínimo de cobrança está se elevando e a pressão exercida sobre os funcionários é cada vez maior, principalmente na classe dos bancários.

Tais metas, muitas vezes, se tornam uma cobrança desmedida com o fim de atingir uma meta inatingível, o que gera uma insegurança no empregado em relação à continuação da relação de emprego e muitas vezes desencadeia o assédio moral.

Em adendo, Bezerra e Ferreira (2014) esclarecem que o efetivo exercício do poder diretivo de forma regular, dentro dos limites razoáveis, evitando situações que caracterizam o assédio moral, resguarda a tutela da dignidade do trabalhador.

Assim sendo, o empregador está autorizado a fiscalizar as atividades do empregado, todavia, esta fiscalização deve ser feita de forma moderada, observando o princípio da razoabilidade e a proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, dentre eles, a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, é importante observar que quando o trabalhador é assediado por metas abusivas, sua dignidade está sendo ferida e o poder diretivo do empregador está sendo abusivo. Por tal motivo, é que a eficácia dos direitos fundamentais, nestas relações, deve estar intimamente ligada à dignidade do trabalhador, uma vez que a limitação do poder diretivo do empregador coíbe a prática abusiva de metas de produção.

Embora o tema do assédio moral por metas abusivas seja recente, quase todos os Tribunais Regionais nacionais exaram decisões sobre o

tema. Entretanto, ainda há poucas decisões do **assédio moral por metas abusivas** do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria. Assim, destacam-se algumas de suas decisões:

**EMENTA:**

**“INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR.** O cerne da questão reside na aferição do prejuízo à honra e à dignidade da empregada nos procedimentos adotados pelo superior hierárquico. Nesse contexto, sabe-se que o dano moral constitui uma lesão a direitos da personalidade que, no caso dos autos, são a honra e a intimidade da autora da reclamação. A sua configuração se efetiva com o abalo à dignidade da pessoa em sua consideração pessoal ou social. O fato denuncia excessivo abuso do poder diretivo do empregador, expondo o empregado à vexatória perante funcionários da empresa, em comprometimento da dignidade e intimidade do indivíduo, motivo pelo qual reputo o procedimento adotado como lesivo à honra, exigindo a reparação pretendida, em condições de afastar qualquer indício de afronta ao art. 159 do Código Civil. – Recurso não conhecido.” (TST-RR-253/2003-003-00.7, 4ª T., rel. Min. Barros Levenhagen, DJ 22.4.2005.)

**“VENDEDOR. DANOS MORAIS. SUBMISSÃO A PRENDAS DECORRENTES DO NÃO ATINGIMENTO DAS METAS DE VENDA. OFENSA À HONRA E À IMAGEM CARACTERIZADA.** A instância ordinária assentou que os empregados da Ré, entre eles o Reclamante, estavam submetidos a prendas se não atingissem as metas de venda. Registrou que essas prendas abrangiam flexões, corridas e uso do capacete de morcego, tendo a testemunha confirmado a participação do Autor. O Tribunal Regional consignou, ainda, que a condição vexatória decorria de criação dos próprios empregados. Na espécie, verifica-se a presença de todos os elementos hábeis a justificar a punição da Reclamada. [...] Finalmente, restou caracterizada a ofensa à honra e à imagem do Reclamante. Com efeito, as prendas eram realizadas perante os demais empregados e decorriam do não cumprimento das metas de

venda. O Empregado era, assim, em face de seu desempenho no trabalho, submetido a situação constrangedora e vexatória em relação aos demais colegas, havendo nítida violação a seu patrimônio moral. Evidenciado o dano moral, tem jus o Reclamante à indenização respectiva, a teor do art. 5º, X, da Constituição.” (TST, RR-328/2004-055-03-00.0, 3ª T., rela. Mina. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DJU 13.10.2006)

O referido julgado demonstra que as metas abusivas são prejudiciais ao trabalhador, e que tal prática incide em assédio moral. Desta forma, observa-se que o Tribunal Superior do Trabalho tem reconhecido, cada vez mais, a incidência da prática do assédio moral, condenando o empregador que age de forma abusiva ao pagamento de indenização, da mesma forma que reconhece que o assédio é uma afronta aos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana.

Da mesma forma, o abuso de poder do empregador também está a ser criticado, uma vez que este não pode ultrapassar limites que denigram a dignidade do trabalhador muito menos que prejudique o seu desenvolvimento. Observa-se, assim, que o poder diretivo do empregador possui limites reconhecidos até mesmo pela jurisprudência.

Sendo assim, a Súmula n. 47 do TRT12 dispõe sobre a cobrança abusiva de cumprimento de metas, afirmando que mesmo sendo legal a fixação de cobrança de metas, o abuso caracteriza o dano moral passível de indenização.

Santos da Silva e Nunes de Castro Anabuki (2013) asseveram que o Poder Judiciário reconhece que a exigência excessiva de metas causa diversos danos aos trabalhadores, gerando o direito de indenização por parte do empregador, uma vez que o assédio moral é caracterizado pelo constrangimento psicológico constante e prolongado, sendo este capaz de ferir a dignidade do trabalhador, bem como a integridade psíquica além de denegrir a própria personalidade.

Fonseca da Silva (2014) ressalta que o assédio moral também compromete a saúde do empregado, ressaltando que os prejuízos econômicos não se restringem aos efeitos psicológicos, mas abrangem também danos materiais, estes que, por sua vez, também podem ser indenizados.

Sendo assim, pode-se citar o exemplo dos bancários, classe mais atingida pelo assédio moral por metas abusivas, que são submetidos a avaliações de desempenho individual, expondo os funcionários a situações humilhantes e constrangedoras quando o trabalhador não atinge as metas exigidas.

Desta forma, o assédio moral gera um desgaste emocional, com alto índice de adoecimento, que acarreta muitos prejuízos aos trabalhadores, dentre eles, o dano moral e o material.

Resta observar que um dos princípios da Declaração de Estocolmo preconiza que o desenvolvimento econômico e social são indispensáveis para garantir ao homem um meio ambiente de vida e de trabalho promissor, para, desta maneira, criar condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.

Sendo assim, observa-se que é indispensável o cuidado à dignidade, ao meio ambiente e à saúde do trabalhador no meio em que este desenvolve suas atividades laborais, ressaltando que o assédio moral deve ser excluído das relações de trabalho. Cabe ressaltar que a Constituição da OIT em seu preâmbulo dispõe que se faz necessária a “proteção dos trabalhadores contra moléstias graves ou profissionais e os acidentes de trabalho”, compreendendo assim, o assédio moral.

Assim, depois desta breve análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre a prática do assédio moral e a afronta aos direitos personalíssimos, bem como as consequências desastrosas deste fenômeno, observa-se que a exigência de metas é possível, desde que dentro dos limites do poder diretivo, aplicando o princípio da razoabilidade, bem como

respeitando sempre os direitos fundamentais do trabalhador, principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que é arcabouço na Constituição Federal.

## 7. Considerações finais

O assédio moral é uma forma de agressão aos direitos fundamentais, principalmente à saúde, à honra e ao meio ambiente equilibrado. Além disso, o assédio constitui uma afronta ao princípio da dignidade humana, princípio este que faz de cada ser humano único e indispensável para o crescimento da sociedade.

Sendo assim, reconhece-se que esta prática deve ser inibida nas relações de trabalho, pois esta é uma forma de efetivar a dignidade de cada pessoa, ou seja, o trabalho dignifica uma pessoa, além de garantir sua subsistência e, muitas vezes, de sua família.

Não há como ignorar que muitos trabalhadores são submetidos a estas práticas diariamente, e que assim desenvolvem problemas irreversíveis, tais como, doenças psicossomáticas e traumas psicológicos que se evidenciam até em relações de trabalho futuras.

Todavia, cabe ressaltar que a criação de lei federal específica sobre o assunto, bem como indenizações elevadas para empregadores que cometem tal atrocidade, são práticas capazes de coibir o desenvolvimento do assédio moral. Porém, antes de tudo, é necessário a conscientização de que todo trabalhador é dotado de dignidade e é um ser indispensável para o progresso da comunidade. Entretanto, faz-se necessário reconhecer que os Tribunais já estão reconhecendo o assédio moral como uma prática danosa ao trabalhador, bem como ao desenvolvimento das relações trabalhistas.

Entretanto, é necessário observar que as metas de produtividade podem ser exigidas pelo empregador, mas este não pode ultrapassar os limites de seu poder diretivo, exigindo metas abusivas para, assim, efetivar a função social do contrato de trabalho, bem como para garantir que a dignidade do trabalhador seja resguardada.

Conclui-se, então, que o trabalhador é um ser possuidor de direitos e dotado de dignidade, por isso, deve ser preservado de qualquer ato lesivo à sua saúde e ao seu desenvolvimento no meio ambiente laboral, pois é assim que se constrói uma sociedade mais justa e igualitária.

## 8. Referências bibliográficas

BEZERRA, Christiane Singh; FERREIRA, Gabriela Cerci Bernabe. *Considerações sobre o poder diretivo do empregador sob a ótica do contrato de trabalho e dos direitos fundamentais do trabalhador*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo\\_id=11296&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=11296&n_link=revista_artigos_leitura)> Acesso em: 29 mar. 2015.

BOTELHO, Silvane Prisco Corrêa. *Assédio Moral no Ambiente de Trabalho*. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1452](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1452)>. Acesso em: 5 ago. 2014.

BRADASCHIA, Carisa Almeida. *Assédio Moral no Trabalho: a sistematização dos estudos sobre um campo em construção*. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2231/50849.pdf?sequence=2>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)> Acesso em: 28 fev. 2015.

\_\_\_\_\_. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 25 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 2.709, de 27 de outubro de 2009*. Dispõe sobre o manual de saúde ocupacional do servidor público, no âmbito da administração pública estadual direta e indireta. Disponível em: <[www.portaldoservidor.sc.gov.br](http://www.portaldoservidor.sc.gov.br)> Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995*. Dispõe sobre a proibição e exigência de atestados de gravidez, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19029.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19029.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 14.609, de 7 de janeiro de 2009*. Dispõe sobre o programa estadual de saúde ocupacional do servidor público e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=977](http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=977)> Acesso em: 28 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Súmula TRT12 n. 47*. Disponível em: <[http://www.trt12.jus.br/portal/areas/consultas/extranet/Ementario/SUMULASDOTRT12.jsp#\\_Toc42](http://www.trt12.jus.br/portal/areas/consultas/extranet/Ementario/SUMULASDOTRT12.jsp#_Toc42)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo; POMBO, Sérgio Luiz da Rocha. *Direito do trabalho: reflexões atuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_; Manoel Jorge e Silva. *Assédio moral e atuação do Ministério Público do Trabalho*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/683/R167-03.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

\_\_\_\_\_. *Saúde mental do trabalhador: direito fundamental social, reparação civil e ações afirmativas da dignidade humana como forma de promoção*. In: BAEZ, Narciso Leandro *et al.* (Coords.). *Dimensões materiais e eficácia dos direitos fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

GRABOWSKI, Lucianna Pedrosa; PAVELSKI, Ana Paula. *O abuso de direito aplicado ao poder do empregador e o assédio moral*. Disponível em: <<http://www.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/download/537/419>>. Acesso em: 17 ago. 2014.

HIRIGOYEN, Marrie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Trad. Rejane Janowitz. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

HOLANDA, Elizeu de Sousa. *Assédio moral: a configuração do assédio moral nas instituições financeiras com a imposição de metas abusivas*.

Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13750](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13750)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

LÜCKEMEYER, Lisiane. *O assédio moral no ambiente de trabalho: caracterização e efeitos jurídicos*. Disponível em: <<http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/4-1246975927.PDF>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

MELHADO, Reginaldo. *Poder e sujeição: os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação*. São Paulo: LTr, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 35. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. *O Poder Diretivo do Empregador e os Direitos Fundamentais do Trabalhador na Relação de Emprego*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp063483.pdf>>. Acesso em: 5 set. 2014.

OIT. *Constituição da Organização Internacional do Trabalho e seu anexo (Declaração de Filadélfia)*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent\\_work/doc/constituicao\\_oit\\_538.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 28 ago. 2014.

ONU. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/estoc72.htm>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948*. Disponível em: <[http://www.onu-brasil.org.br/documentos\\_direitoshumanos.php](http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php)>. Acesso em: 5 ago. 2014.

PAROSKI, Mauro Vasni. *Dano moral: e sua reparação no direito do trabalho*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *Assédio moral*. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312860/1.+Ass%C3%A9dio+moral>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Administração. Diretoria de Saúde do Servidor. *Assédio Moral no Serviço Público: Manual de Diretrizes e Procedimentos*. Disponível em: <[http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/images/stories/Saude%20do%20servidor/sem\\_ttulo-1.pdf](http://www.portaldoservidor.sc.gov.br/images/stories/Saude%20do%20servidor/sem_ttulo-1.pdf)>. Acesso em: 28 ago. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SEEB — Sindicato dos Bancários. *Assédio Moral e Metas Abusivas: riscos para a saúde dos bancários*. Disponível em: <[http://bancariose.com.br/site/index.php?option=com\\_content%20&view=article&id=8518%3Aassedio-moral-e-metas-abusivas-riscos-para-a-saude-dos-bancarios&catid=4&Itemid=100013](http://bancariose.com.br/site/index.php?option=com_content%20&view=article&id=8518%3Aassedio-moral-e-metas-abusivas-riscos-para-a-saude-dos-bancarios&catid=4&Itemid=100013)>. Acesso em: 29 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Sindicato dos Bancários de Santa Rosa e Região. *Condenações do assédio moral no TST reforçam luta da Contraf-CUT*. Disponível em: <<http://seeb.com.br/publicacao-950-seeb.fire>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

SILVA, André Fonseca da. *Consequências jurídico-sociais do assédio moral no ambiente do trabalho*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/29416/consequencias-juridico-sociais-do-assedio-moral-no-ambiente-do-trabalho>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

SILVA, Claudio Santos da; ANABUKI, Luísa Nunes de Castro. *Submeter empregado a meta exagerada gera dano moral*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-20/empregador-submete-empregado-meta-exagerada-pagar-indenizacao>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

STADLER, Denise de Fátima. *Assédio Moral: Uma análise da teoria do abuso de direito aplicada ao poder do empregador*. Disponível em: <[http://www.bicen-tede.uepg.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=52](http://www.bicen-tede.uepg.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=52)>. Acesso em: 28 fev. 2015.

# Jurisprudência

---

**Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho  
Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**



# Tribunal Superior do Trabalho

---

**Processo:** TST-AIRR-126-92.2012.5.06.0016

**Agravante:** Marylia Gomes dos Santos

**Agravado:** Associação Salgado de Oliveira de Educação e Cultura e União (PGF)

**Órgão Judicante:** 2ª Turma

**Relator:** Desembargador Convocado Cláudio Armando Couce de Menezes

## **Acórdão:**

- ▶ **EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROFESSOR — DISPENSA NO PRIMEIRO DIA DO ANO LETIVO — DANOS MORAIS. VIOLAÇÃO AO ART. 422, DO CCB — PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.** Vislumbrando-se possível violação ao art. 422, do Código Civil, impõe-se o provimento do agravo de instrumento e o processamento do recurso de revista para melhor análise de suas razões. **Agravo de instrumento provido.**

**PROFESSOR — DISPENSA NO PRIMEIRO DIA DO ANO LETIVO. DANO MORAL. VIOLAÇÃO AO ART. 422, DO CÓDIGO CIVIL. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. ATO ILÍCITO. VEDAÇÃO A OUTRAS OPORTUNIDADES NO MERCADO DE TRABALHO POR SEIS MESES. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.** O dever de indenizar a perda de uma oportunidade ocorre quando o agente pratica ato ilícito que frustra as legítimas expectativas da vítima de alcançar uma situação fática ou juridicamente favorável. Não quaisquer expectativas, mas aquelas reais e sérias, que muito provavelmente se implementariam caso não houvesse a interferência indevida no fluxo natural dos acontecimentos. O fundamento legal para tal preceito se encontra, primeiramente, no art. 5º, V, da Carta Maior, que constitui a cláusula geral de responsabilidade. No plano infraconstitucional, temos os arts. 186, 402, 927, 949, todos do Código Civil, que ampliam o espectro indenizatório e autorizam a indenização em tela. Verifica-se que o quadro delineado no v. acórdão demonstra que a reclamante, que exercia o cargo de professora da instituição universitária, na área jurídica, sofreu a perda de uma oportunidade, pois foi dispensada no início do período letivo do referido ano, o que lhe acarretou evidente prejuízo, pois perdeu a chance de recolocação em outras instituições de ensino, **especialmente considerando que ela lecionava na instituição de ensino nos três turnos.** Comprova-se, assim, a atitude antijurídica da conduta patronal, uma vez ciente das dificuldades de reinserção no mercado em tal período, quando já formado o corpo docente das instituições de ensino. O fato é que, uma vez maculada a função social do contrato e infringida a boa-fé contratual, pelo empregador quando da dispensa

nessas condições, forçosa a aplicação de sanção que sirva de desestímulo à reiteração da prática, além de indenizar a vítima pela perda patrimonial que suportou. Assim, é devida a reparação indenizatória pelos danos morais sofridos. **Recurso de revista conhecido e provido.**

**RECURSO DE REVISTA. JANELAS. PERÍODO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR (ART. 4º, DA CLT). DIREITO AO PAGAMENTO DO PERÍODO.** O pensamento desta Corte superior é consistente no sentido de reconhecer como tempo à disposição do empregador, todo aquele em que o trabalhador, mesmo não executando suas tarefas, encontra-se no local de trabalho, a postos para atender ao chamado do empregador, submetido a seu poder de comando e disciplinar. Logo, o período entre aulas consecutivas, em que o professor fica dentro do estabelecimento de ensino, esperando a próxima aula a ser ministrada, caracteriza tempo à disposição do empregador, devendo ser devidamente remunerado, na forma do Precedente Normativo positivo n. 31. **Recurso de revista conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n. TST-AIRR-126-92.2012.5.06.0016, em que é Agravante **MARYLIA GOMES DOS SANTOS** e Agravado **ASSOCIAÇÃO SALGADO DE OLIVEIRA DE EDUCAÇÃO E CULTURA e UNIÃO (PGF)**.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Reclamante (sequencial n. 749/755) em face da decisão que denegou seguimento ao recurso de revista (sequencial n. 741/744), por não vislumbrar a presença de quaisquer dos requisitos insculpidos no art. 896, da CLT.

Contraminuta (sequencial n. 767/783), pugnando pelo desprovimento do apelo.

Não houve emissão de parecer pelo d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

## **VOTO**

### **I – CONHECIMENTO**

**Conheço do agravo de instrumento**, por preenchidos os pressupostos para a sua admissibilidade, rejeitando a preliminar de não conhecimento do agravo por violação à Súmula n. 422/TST, uma vez que a agravante impugna, ainda que de forma sucinta, a decisão que denegou seguimento ao recurso de revista e, portanto, não se vislumbra afronta à súmula acima citada.

### **II – PROFESSOR – DISPENSA NO INÍCIO DO ANO LETIVO – PERDA DE UMA CHANCE – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS E MORAIS**

O Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região denegou seguimento ao recurso de revista pelos seguintes fundamentos, *verbis*:

“PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado/Indenização por Dano Moral.

Duração do Trabalho/Horas Extras.

Alegação(ões):

— violação dos arts. 5º, inciso XXXV, V e X; 7º, XXXIII, da Constituição da República.

— violação dos arts. 187, 932, III, 422 do CC, 4º, 9º e 457 da CLT,

— divergência jurisprudencial.

Objetiva a recorrente a inclusão na condenação, do pagamento da indenização por dano moral, argumentando que a rescisão do contrato no dia do início do ano letivo, após contrato de inação, afronta a boa-fé contratual e resulta em abuso do poder diretivo. Afirma que restou evidente o abalo emocional sofrido por ela, requerendo assim a procedência da indenização compensatória pelo sofrimento causado pela recorrida. Aduz que a alteração do contrato para não remunerar as chamadas “janelas” é ilegal e viola o princípio da irrenunciabilidade, ressaltando a invalidade das normas coletivas por fraude.

Do “*decisum*” impugnado exsurgem os seguintes fundamentos (fls. v. 339/340-v. e 353-v.):

“Dos danos morais e materiais

(...)

Na hipótese concreta, entendo que inexistente prova do suposto ato ilícito praticado pelo empregador. Este, utilizando-se de seu poder diretivo, dispensou imotivadamente a autora, pagando-a o que de direito, como a multa de 40% do FGTS e o aviso prévio, exatamente, por ter partido da empresa o deslinde contratual, inexistindo no ordenamento jurídico, ou em normas coletivas proibição de demissão de professores no início de ano letivo. Ademais, não foi verificada qualquer atitude da demandada que indicasse excesso de poder ou ato discriminatório na atitude tomada.

Indubitável que situações como estas geram descontentamento e sofrimento a quem passa, mas dispensar um empregado sem justo motivo é um direito potestativo do empregador, que pode ser posto em prática a qualquer tempo (com as exceções legais), não cabendo a penalização do mesmo por exercer direito seu.

Por outro lado, repita-se, a acionante já foi indenizada (materialmente) com o pagamento das verbas inerentes a esta forma de terminação da relação empregatícia, inexistindo previsão legal para o pagamento dos salários vincendos.

De igual modo, não restou demonstrado o alegado contrato de inação, considerando que a própria recorrente confessou em depoimento (fl. 287), textual: (...).

(...)

Ora, se estava sempre trabalhando, tendo passado no último ano, inclusive, a laborar nos três turnos, não restou provado o ócio alegado pela acionante, a caracterizar o chamado “contrato de inação”, que é uma espécie de assédio moral.

(...)

Registre-se, ainda, que nenhuma outra forma de assédio moral restou provada nos fólios. As testemunhas ouvidas no caderno processual sequer mencionaram alguma

atitude da suplicada que pudesse resultar em ofensa moral.

Das janelas

(...) na hipótese, sequer restou demonstrado a existência desses intervalos dentro de um mesmo turno, ou mesmo que a demandante, nos intervalos entre os turnos, estava obrigada a permanecer da empresa. Senão vejamos a transcrição de parte do depoimento autoral, textual: (...).

(...)

Como se vê, diante dos horários apontados, a própria suplicante confessou inexistir intervalos vagos dentro de um mesmo turno. Deixou evidente também, pelas suas assertivas que somente não saía da demandada no intervalo entre o turno da tarde e da noite, porque morava longe, inexistindo, portanto, qualquer impedimento para se ausentar da instituição de ensino vindicada.

Por outro lado, há a seguinte previsão no Acordo Coletivo de 2005/2007 (fls. 199/207): (...)

Da leitura da referida cláusula denota-se que o intervalo a que se refere é dentro de um mesmo turno, e não entre turnos. Ainda mais, a autora, desde a inicial, confessa que assinava documentos abrindo mão do recebimento das “janelas”, não tendo comprovado qualquer vício de consentimento.

(...)

Sustenta a embargante a necessidade desta E. Turma se pronunciar acerca da validade e aplicação do ACT, da fraude e alterações contratuais ilegais, e da renúncia a direitos do trabalhador, a fim de que, ao analisar tais pontos, seja atribuído efeito modificativo ao julgado.

Ocorre que na hipótese, não há que se cogitar de omissão, porque essas matérias não foram sequer tangenciadas no recurso ordinário da sulicante, ou seja, não foram postas à apreciação desta Corte Revisora.”

Inviável o seguimento do recurso neste tópico, tendo em vista que a Turma decidiu a questão com base nas normas pertinentes à matéria, consistindo o insurgimento do recorrente, quando muito, em interpretação

diversa daquela conferida pelo Regional. Ademais, os arestos colacionados são inservíveis para atestar divergência jurisprudencial, ora porque oriundos de turma do TST, órgão não elencado na alínea “a” do art. 896 da CLT, ora por não versarem sobre todos os fundamentos constantes da decisão recorrida (Súmula n. 23 do TST).

#### CONCLUSÃO

Diante do exposto, INDEFIRO o processamento do recurso de revista.

Sustenta a agravante que foi dispensada no início do ano letivo, o que caracteriza abuso de direito e também ato ilícito, devendo o apelo denegado ser processado com fulcro nos arts. 896, “a” e “c”, da CLT.

Alega que houve inegável abuso de direito, na exata definição do art. 187, do Código Civil, pelo fato de a agravada dispensar-lhe no início do ano letivo, após ter-lhe transferido toda a carga horária do semestre, com a pactuação de todo o planejamento das atividades por ambas as partes.

Aduz que a jurisprudência tem se firmado no sentido de que deve haver o binômio entre o Poder de direção e a boa-fé e que a atuação da empresa viola a boa-fé objetiva, princípio insculpido no art. 422, do Código Civil, que, no entender da Reclamante, restou violado.

Eis o teor do julgado impugnado, *verbis*:

Dos danos morais e materiais

Insurge-se a autora contra o indeferimento dos danos morais e materiais pleiteados, em decorrência de ter sido desligada, maliciosamente, no início do ano letivo de 2010, prejudicando-a, já que deixou de se comprometer com outras instituições de ensino. Revela que também lhe foi imposta um contrato de inanição, tendo sido reduzida sua carga horária pouco a pouco, e, consequentemente, sua remuneração, sendo indúvidoso o assédio moral que sofreu.

Afirma fazer jus ao valor dos salários vencidos do semestre letivo de 2010.1, a título de prejuízo material.

Sem respaldo o inconformismo.

Yussef Said Cahali ensina que o dano moral, “é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)” (Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2. edição, p. 20).

É no mesmo sentido o escólio de Luiz Cláudio Silva: “o dano moral é configurado pela ofensa a um bem de ordem moral, agredindo assim a liberdade individual, a honra, a pessoa, a família e/ou a atividade laboral, causando sofrimento de ordem psicológica ao ofendido. A ofensa moral está no plano psicológico, afetando o comportamento psíquico do ofendido, que em razão da ofensa experimentada tem alterado esse comportamento, causando-lhe sofrimento de foro íntimo e de caráter subjetivo, que em algumas das vezes afeta seu patrimônio em decorrência do reflexo social da ofensa.” (Responsabilidade Civil, Teoria e Prática das Ações, Editora Forense, RJ, 2005, 3. edição, págs. 79/80.)

Trata-se, pois, de lesão à personalidade, à honra da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Por isso mesmo, “a jurisprudência tem dispensado prova do prejuízo para demonstrar a violação do patrimônio imaterial das pessoas; contenta-se com a demonstração dos fatos, com base nos quais presume suas consequências” (STJ, REsp 540681/RJ, rel. Min. Castro Filho, DJ 10.10.2005).

De outra parte, na dicção de Carlos Alberto Bittar, “A caracterização do direito à reparação depende, no plano fático, da concorrência dos seguintes elementos: o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexo causal entre ambos, que são, aliás, os pressupostos da responsabilidade civil. (...)”. (Reparação Civil por Danos

Morais, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 127).

E prossegue o festejado doutrinador: “Com efeito, sob o aspecto jurídico, a caracterização desse direito exige, de início, que haja a interferência indevida de alguém na esfera valorativa de outrem, trazendo-lhe lesão aos direitos mencionados; vale dizer: deve existir relação de causalidade entre o dano experimentado e a ação alheia. Dessa forma, cumpre haver ação (comportamento positivo) ou omissão (negativo) de outrem que, plasmada no mundo fático, vem a alcançar e ferir, de modo injusto, componente da esfera da moralidade do lesado. Há, em outros termos, um impulso físico ou psíquico de alguém no mundo exterior - ou de outra pessoa ou coisa relacionada, nos casos indicados na lei - que lesiona a personalidade da vítima, ou de pessoa ou coisa vinculada, obedecidos os pressupostos e os limites fixados no ordenamento jurídico. Em termos simples, o agente faz algo que lhe não era permitido, ou deixa de realizar aquilo a que se comprometera juridicamente, atingindo a esfera alheia e causando-lhe prejuízo, seja por ações, gestos, palavras, escritos, ou por meios outros de comunicação possíveis” (ob. cit. pp. 127/128).

Na hipótese concreta, entendo que inexistente prova do suposto ato ilícito praticado pelo empregador. Este, utilizando-se de seu poder diretivo, dispensou imotivadamente a autora, pagando-a o que de direito, como a multa de 40% do FGTS e o aviso prévio, exatamente, por ter partido da empresa o deslinde contratual, inexistindo no ordenamento jurídico, ou em normas coletivas proibição de demissão de professores no início de ano letivo. Ademais, não foi verificada qualquer atitude da demandada que indicasse excesso de poder ou ato discriminatório na atitude tomada.

Indubitável que situações como estas geram descontentamento e sofrimento a quem passa, mas dispensar um empregado sem justo motivo é um direito potestativo do empregador, que pode ser posto em prática a qualquer tempo (com as exceções legais), não cabendo a penalização do mesmo por exercer direito seu.

Por outro lado, repita-se, a acionante já foi indenizada (materialmente) com o pagamento das verbas inerentes a esta forma de terminação da relação empregatícia, inexistindo previsão legal para o pagamento dos salários vincendos.

De igual modo, não restou demonstrado o alegado contrato de inação, considerando que a própria recorrente confessou em depoimento (fl. 287), textual: “*que não aconteceu da empresa manter o contrato de trabalho da depoente sem que houvesse aulas para ministrar; que durante todo o contrato de trabalho ministrou regularmente suas aulas...; que no último ano de contrato passou a trabalhar nos três turnos.*”

Ora, se estava sempre trabalhando, tendo passado no último ano, inclusive, a laborar nos três turnos, não restou provado o ócio alegado pela acionante, a caracterizar o chamado “contrato de inação”, que é uma espécie de assédio moral.

A jurista Alice Monteiro de Barros, em sua obra “Curso de Direito do Trabalho”, 6. ed., LTr, 2005, págs. 928/929, ao citar algumas técnicas referentes a comportamentos ensejadores do assédio moral, ensina que: “(...) São adotadas, ainda, ‘técnicas de isolamento’, ou seja, são atribuídas à vítima funções que a isolam ou deixam-na sem qualquer atividade, exatamente para evitar que mantenha contato com colegas de trabalho e obtenha deles a solidariedade ou manifestação de apoio”, que, em absoluto, é a hipótese dos autos.

Registre-se, ainda, que nenhuma outra forma de assédio moral restou provada nos fólios. As testemunhas ouvidas no caderno processual sequer mencionaram alguma atitude da suplicada que pudesse resultar em ofensa moral.

Logo, não se configurando os requisitos autorizadores da indenização por danos morais, e materiais, incabível o deferimento da reparação que foi postulada.

Mantenho a decisão de primeiro grau.

À análise.

Inicialmente, ressalto que inviável o processamento do recurso de revista com base

nos arestos citados às fls. 5/6 do recurso de revista, eis que se trata de julgados oriundos de Turmas do C. TST que, a teor do art. 896, “a”, da CLT, não se prestam à comprovação do dissenso pretoriano.

Vale destacar as peculiaridades do mercado de trabalho dos docentes, que, em razão da duração do ano letivo, não tem uma rotatividade costumeira e contínua como a dos demais trabalhadores.

O quadro fático delineado nos autos demonstrou que a dispensa do agravante deu-se no início do ano letivo — *in casu*, exatamente, no primeiro dia do ano letivo. Aliás, pode-se imaginar a cena! Chega a Agravante para lecionar, no primeiro dia do ano letivo e se vê surpreendida pela instituição de ensino, que lhe informa, naquele exato momento, que não mais integra o quadro de professores da instituição.

É prática comezinha que o planejamento do corpo docente é realizado pelas instituições de ensino no final do semestre letivo, a fim de organizar e compor o quadro de professores para o próximo semestre.

Ou seja, no caso em comento, embora tenha sido definida a carga horária do semestre seguinte no final de 2009, a autora foi dispensada no início do ano letivo (em 1<sup>o</sup>/fevereiro/2010).

O v. acórdão embasou-se no direito potestativo resguardado ao empregador e delineou que a dispensa no início do ano letivo, ainda que dificultasse a realocação imediata da autora, não é ilícita, pois é direito potestativo do empregador extinguir o contrato de trabalho.

Cumprir observar que o poder diretivo do empregador não é ilimitado e desarrazoado, mas, ao contrário, possui muitos limites, inclusive constitucionais.

A limitação dos poderes do empregador é um imperativo oriundo da observância dos direitos fundamentais. Inúmeros limites constitucionais podem ser lembrados quando do exercício dos poderes empresariais: a dignidade

da pessoa humana, o princípio da isonomia e não discriminação, da inviolabilidade da intimidade e da honra e a proibição de tratamento desumano e degradante. E há outros limites, previstos no Direito Civil, que regulam os contratos em geral, que também impõe restrições ao direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho e, entre eles, o princípio da boa-fé objetiva.

Faz-se mister analisar a questão sob o prisma da doutrina que se debruça sobre o tema:

É princípio de responsabilidade civil que, aquele que causa dano a outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral. Além dos prejuízos definidos como danos emergentes e lucros cessantes, em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem, pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou, então, de evitar um prejuízo. Isso pode dar ensejo a um pleito de indenização pela perda de uma chance ou oportunidade.

Por muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda de alguém obter uma oportunidade de chances ou de evitar um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido.

Regra geral, os pedidos são feitos de forma inadequada, buscando-se indenização por conta da perda da vantagem perdida e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Todavia, uma coisa é a perda da vantagem esperada; outra é a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar um prejuízo. É esta última hipótese que pode justificar o pedido de indenização. O sentido jurídico de chance ou oportunidades é a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Assim, o que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado. Assim como não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização, coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado.

No direito estrangeiro, o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem sendo discutido já há algum tempo. No direito italiano, por exemplo, o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão.

Na ação ajuizada, o juiz de primeiro grau reconheceu o direito dos autores de serem admitidos, desde que superassem as provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O tribunal de Roma reformou a sentença, sob o argumento de que o dano decorrente da perda da chance não seria indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, não demonstrado de forma segura. A corte de Cassação reformou o acórdão do tribunal, argumentando que a indenização pretendida pelos candidatos ao emprego se referia não à perda do resultado favorável, que seria a obtenção do emprego, mas à perda da possibilidade de conseguirem referidos candidatos o resultado útil ao direito de participar das provas necessárias para obtenção do emprego. Esta possibilidade já

se integrara ao patrimônio daqueles candidatos, quando do comportamento ilícito da empresa, enquadrando-se a situação como dando emergente. A conclusão do acórdão é a seguinte:

“O conceito de perda e de lucro não se refere somente a uma entidade pecuniária, mas a qualquer utilidade economicamente valorável. Em concreto, também constitui uma entidade patrimonial, uma situação à qual é ligado um lucro provável: o valor econômico é oferecido da entidade deste lucro e do grau de probabilidade que o lucro seja efetivamente produzido; o fato de que a situação seja idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração de um dano indenizável (...). No caso em análise, foi subtraída uma situação (possibilidade de se submeter às ulteriores provas, que, se superadas, teriam determinado a contratação) da qual tinham direito de usufruir.

Como se observa, não há falar em lesão ao direito subjetivo, mas, ao contrário, esta lesão ocorre em relação a um direito em expansão, que no caso mencionado era a legítima expectativa dos trabalhadores de, realizadas as provas, serem admitidos ao emprego.

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d'une chance*), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

(...)

Em termos legais, parece-me agasalhável a possibilidade de indenização pela perda de uma chance no direito brasileiro. É que a Constituição Federal estabelece no inciso V do art. 5º cláusula geral de responsabilidade, dizendo que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral

ou à imagem. Desse mandamento, decorre que quem causar dano a outrem é obrigado repará-lo proporcionalmente ao agravo.

Essa cláusula, de forma semelhante, consta do art. 186 do Código Civil, que estabelece: “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 do art. 927 do mesmo *Codex*, que diz que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No caso de reparação para a hipótese de homicídio, o art. 948 do novo CC, diz que “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações (grifado).

O art. 949, para as demais situações de dano, afirma: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.” (grifado)

O art. 402 conclui o raciocínio legal, quando preceitua que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.” (grifados). É nesta parte final, como terceira espécie de dano, que se enquadra a indenização pela perda de uma chance.

Até pouco tempo, durante a vigência do Código Civil anterior, o ordenamento jurídico (arts. 159, 1536 e 1538) fazia enumeração restritiva dos bens protegidos pelo instituto da responsabilidade civil, o que não ocorre mais em relação aos dispositivos do novo Código, antes transcritos, correspondentes àquelas disposições revogadas. Agora, como se observa, não há mais entrave algum para o reconhecimento à indenização pela perda de uma chance.

Ao contrário, as chances perdidas, desde que reais e sérias, deverão ser indenizadas quando restar provado o nexos causal entre o ato do ofensor e a perda da chance, uma vez que o novo Código Civil brasileiro, a exemplo de outros sistemas jurídicos estrangeiros, ao

prever cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de danos, inclui aquela decorrente da perda de uma oportunidade.

Este princípio tem por fundamento não a repressão ao ato ilícito, em si, mas, a proteção da vítima. Como afirmam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, não é fácil estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Assim, deve o juiz, na apreciação do caso real, valer-se de um juízo de razoabilidade, causal e hipotético, levando em conta o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito que interrompeu aquela chance de obtenção do resultado esperado.

(...)

Nas relações de trabalho, a teoria da responsabilidade pela perda de chances encontra campo fértil, assim como vem ocorrendo no tocante às indenizações por dano moral *lato sensu*. No campo das doenças e acidentes de trabalho, maiores ainda são as possibilidades da ocorrência de danos pela perda de uma chance.

Imagine-se a situação de um trabalhador que, em perfeitas condições de higidez física e psíquica, na busca de melhoria profissional, está se preparando e ao mesmo tempo prestando concurso público, mas, em razão de um evento acidental, perde a oportunidade de concluir um certame de que está participando, quando, para conseguir o seu desiderato, precisava apenas se submeter à última das fases eliminatórias do concurso.

Não se trata, como se observa, de lucro cessante nem de dano emergente, porque o candidato não foi ainda aprovado no concurso. O que ele tinha era uma expectativa de atingir o resultado esperado, ou seja, de concretizar aquele direito ainda em expansão.

Outra hipótese pode ocorrer em relação ao funcionário que, conforme as normas internas da empresa, estava prestes a obter uma promoção, a qual não se concretizou por conta de perseguições e de assédio moral praticados pelo chefe do mesmo. A pessoa assediada pode ter sido demitida ou pedido

demissão do emprego porque não suportou o assédio. Nesse caso, há possibilidade de se discutir o pagamento de indenização pela perda de oportunidade de obtenção da promoção, que poderia ser efetivada não fosse aquele injusto dano contra ele assacado.

A solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o Juiz, que não pode confundir uma mera e hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que esta seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo das probabilidades. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402) o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira espécie de dano, que para aquilatá-lo deve o juiz agir com bom-senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado. Mas, além disso, a reparação buscada pode ter por fundamento, como consequência, um dano moral à vítima do ato ilícito. (Texto elaborado em janeiro de 2007) — grifos nossos. (Raimundo Simão de Melo, extraídas de seu artigo “Indenização pela perda de uma chance” — *LTr*, abril de 2007, vol. 71, n. 4)

Vale aqui, também citar interessante texto sobre a questão da boa-fé objetiva nos contratos de trabalho, retirado da Revista do TRT da 9ª Região:

“... a boa-fé objetiva, além das possibilidades de interpretação mencionadas, vem suprir lacunas não somente internas aos contratos, mas considerados esses perante todo o ordenamento jurídico vigente e os acontecimentos concretos, uma vez que as partes não são capazes de prever e estabelecer considerações e estipulações sobre todos as ocorrências derivadas de suas vontades.

Aplicando-se tal raciocínio, devem ser citadas as palavras de Eduardo Milléo Baracat:

Interpretar e integrar o contrato, de acordo com o princípio da boa-fé significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, vista, conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação, não se tratando tão somente da dialética crédito (direito do empregador de dispor da mão de obra) e débito (dever do empregado de prestar o trabalho), mas de um conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum [...]. A função interpretativa-integrativa da boa-fé auxilia o operador do Direito do Trabalho a, diante do fato concreto, qualificar a natureza da relação jurídica existente, como também preencher as lacunas existentes desse mesmo vínculo.

É importante ressaltar que a boa-fé objetiva tem uma atuação mais ampla do que a vontade das partes, na medida em que pode assumir a função de limitar direitos. Ainda, atua em todas as fases contratuais, seja na formação do vínculo, seja na celebração do pacto, seja em sua execução, bem como depois de realizado. Ainda:

Para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis, às partes, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas.

A boa-fé é chamada a determinar esses comportamentos, de maneira a viabilizar o objetivo do contrato, de sua obrigação principal. Assim, atuando como cânone hermenêutico-integrativo, a interpretação das estipulações de um contrato deve ser com base em seu sistema interno, ou seja, cada uma das estipulações deve ser considerada com todo o resto do contrato, para que possa ser encontrado seu mais amplo significado.

Depois dessa primeira análise, o todo significativo deve abranger os aspectos externos ao contrato, como, por exemplo, sua função social. As circunstâncias concretas, no desenrolar do pacto, devem ser analisadas igualmente, para que se verifique se está

sendo realizado o objetivo. Nesse raciocínio, são precisas as considerações comparativas de Judith Martins-Costa:

Para a esclarecimento deste “sentido total” é imprescindível a referência ao princípio da boa-fé, sendo o raciocínio, aqui, similar ao que se manifesta em matéria de interpretação da lei quando se intenta averiguar o sentido de uma norma ou de um complexo de normas, considerando-se os elementos de valoração postos nos princípios fundamentais do sistema ou do conjunto normativo em análise.

Em relação ao contrato individual de trabalho, deve-se ter em mente, quando da aplicação da função interpretativa, que o trabalho faz parte dos fundamentos da ordem econômica e, assim sendo, sua finalidade vai aquém da vontade das partes, pois repercute diretamente no âmbito social. Nessa esteira, a seguinte citação é de suma importância:

O fim social do contrato de trabalho tem como núcleo a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, cujo objetivo é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça livre-concorrência e busca do pleno emprego (Constituição, art. 170). Em outras palavras, aquele que, para desenvolver a atividade econômica beneficia-se do labor do trabalhador, forma com este um contrato de trabalho, já que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano, observado o princípio da busca do pleno emprego. Acresça-se, ainda, [...] que aquele que desenvolve atividade econômica, assume o risco do empreendimento; ou seja, atividade econômica e risco estão umbilicalmente ligados, sendo que a função hermenêutica-integrativa da boa-fé permite, conforme o caso concreto, organizar esses elementos, de modo a concluir que aquele que desenvolve atividade econômica assume o risco desta, e, ao beneficiar-se do trabalho do ser humano, de forma pessoal e permanente, para a consecução desta atividade, celebra com este contrato de trabalho, pois, por intermédio da atividade econômica deve-se buscar o pleno emprego e valorizar o trabalho humano. Observe-se que a função hermenêutica-integrativa da boa-fé, no âmbito do Direito

do Trabalho, prescinde absolutamente da vontade individual das partes, buscando, em verdade, a vontade social, espelhada nos princípios, sobretudo constitucionais. Dessa forma, além de possibilitar uma interpretação de maneira a corroborar com a finalidade do contrato, considerado ele dentro de um todo, seja fático, seja jurídico, a boa-fé também é apta a sistematizar a fundamentação das decisões judiciais — considerando-se o todo, pois o julgador poderá aplicar uma determinada norma invocando a boa-fé —, é maneira de manutenção da paz social, numa expressão de segurança para os contratantes e a coletividade. O seguinte exemplo jurisprudencial — excertos de uma decisão gaúcha no âmbito cível — revela muito bem essa função da boa-fé:

As cláusulas do contrato devem ser interpretadas segundo as normas do tráfico [*sic*], de acordo com o que é usual e compatível com a época, com as circunstâncias e com a natureza do contrato. Há que se atentar para o bom senso e, principalmente, para o princípio da boa-fé, segundo o qual o contrato deve ser cumprido e executado de acordo com as justas expectativas das partes contratantes. No caso, esse justo equilíbrio, que os contratantes razoável e justificadamente esperavam realizar através do contrato firmado, ficaria violentamente rompido com a exigência de um preço exorbitante e irreal... O contratante não se pode valer de uma cláusula mal redigida para fazer interpretação contrária à boa-fé. Uma possibilidade juslaboralista da aplicação dessa função da boa-fé, tem-se a identificação, num contrato, da subordinação jurídica objetiva. Verificando-se que a atividade é essencial para o empresário (proprietário, a quem pertence o risco da atividade econômica) e presentes os demais requisitos celetistas (art. 3º da CLT), estará caracterizado o contrato de emprego, ainda que o pactuado seja uma prestação de serviços autônoma.

Enfim, a função interpretativa ou, como se queira, hermenêutica-integrativa deve atuar de modo a determinar que as partes ajam com lisura, lealdade, cooperando mutuamente para a finalidade do pacto que firmaram,

bem como para que seja atingida a finalidade maior de uma determinada pactuação. *In casu*, devem as partes contratantes agir na busca do fim social do contrato de trabalho.

### 3. LIMITE AO EXERCÍCIO DE DIREITOS SUBJETIVOS

Essa função, também denominada controladora, trata da limitação e da supressão de um direito. Com apoio nessa concepção, afirma-se que a grande assertiva (tudo que não é proibido é permitido) tem sua limitação. Com efeito, o tempo e os acontecimentos históricos demonstraram que não é possível, não é justo, não há equilíbrio, quando o exercício de direitos não sofre alguma limitação. Embora já há muito tempo as pessoas afirmem que “o direito de um vai até onde inicia o do outro”, na prática os interesses postos em cena atuam de maneira diferente; a afirmação muda significativamente para “o mundo é dos espertos” ou “chora menos quem pode mais”. São jargões populares que se encaixam no que está sendo focalizado.

Há, hodiernamente, uma importante consideração a ser feita com relação a esse cenário, pois [...] diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade, justamente porque traduz relação obrigacional — relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade — e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela *função social* que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico [...] (grifo do original).

Assim, o contrato deve ser caracterizado pela cooperação e colaboração entre seus contratantes, de uma forma sinalagmática e equilibrada. A boa-fé é corolário dessa atuação das partes, na medida em que determina certos deveres, certas formas de agir, que, caso não seguidas, terão consequências variadas conforme o caso concreto.

Quanto a essa limitação de exercício de direitos, a boa-fé objetiva é invocada a atuar em campos como o da *exceptio doli* (**Por essa teoria, à parte não é permitido agir de maneira a prejudicar o outro, embora sua conduta esteja respaldada por uma norma jurídica**), da teoria francesa do abuso de direito as teorias *venire contra factum proprium*, *suppressio* e *tu quoque*. Esses temas e seus desdobramentos não serão abordados com maior profundidade, para que o trabalho não fuja a seu principal assunto, qual seja o de tratar da boa-fé objetiva. A última dessas teorias tem a função de definir seus conteúdos, pois ao Direito e mesmo às cláusulas contratuais não é possível definir todas as hipóteses fáticas. Por exemplo, no caso do *venire contra factum proprium*, não é possível uma norma que defina todas as condutas da parte que possam ser contraditórias dentro de uma relação obrigacional, consideradas todas as suas fases.

Assim, os casos concretos e a aplicação dos preceitos da boa-fé objetiva viabilizam a limitação do exercício de direitos. A aplicação dessas teorias na prática deverá, segundo o caso tratado, considerar os parâmetros de lealdade, honestidade, cooperação — expressões características da boa-fé objetiva.

(...)

**Nos contratos, entre eles o contrato individual de trabalho, por meio da aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, busca-se “[...] um certo equilíbrio material entre as vantagens auferidas, [...] pelas partes: não se admitem prejuízos desproporcionados”.**

A importância da boa-fé como fator de equilíbrio contratual entre empregados e empregadores é fundamental, já que aqueles sempre estão em situação de hipossuficiência em relação a estes. A boa-fé exige que os contratantes ajam em cooperação, e mais, em todas as fases do pacto, seja antes de sua celebração, ou seja, quando das tratativas, seja no exato momento de sua celebração, após ela — execução do pacto —, e, finalmente, após o alcance da finalidade à qual as partes se propuseram.

Ruy Rosado de Aguiar, um grande estudioso da boa-fé objetiva, tem relevantes assertivas:

Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um comportamento indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé. De modo desproporcionado, a contraparte: a desproporção pode ser determinada, de forma cômoda, tomando por bitola a regulação supletiva normal, consagrada na lei ou no tipo contratual normal, atentos os fins deste e os que o contrato questionado permita obter.

Com essa afirmação, Menezes Cordeiro demonstra, claramente, a atuação da boa-fé enquanto cláusula geral: deveres acessórios, interpretação e limitação de direitos subjetivos. Seus parâmetros serão, ao longo de sua aplicação, definidos. A grande vantagem de um sistema jurídico como o do Novo Código, em que pesem as críticas, é de conseguir atuar com todo o universo jurídico vigente, de maneira a alcançar e agraciar o mundo do qual e para o qual ele existe: a sociedade. Assim, a boa-fé

[...] assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja, por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indicou. Talvez fosse interessante o legislador ter deixado exemplos de aplicações da boa-fé objetiva, como se tem notícia no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Mas essa

possibilidade somente seria viável desde que não fossem hipóteses consideradas e estanques — verdadeiros *numerus clausus* —, sob pena de a cláusula geral da boa-fé perder sua primordial função de flexibilidade ao caso concreto, perdendo, por conseguinte, a mobilidade e a evolução da técnica legislativa. Já não seria, então, propriamente uma cláusula geral, tampouco um conceito jurídico indeterminado, uma vez que seu conteúdo estaria expressamente definido.

A verdade é que essa aplicação da boa-fé tal como adveio com o Código Civil de 2002, acaba por conferir também uma aproximação maior da própria esfera trabalhista com a realidade. Arrisca-se discutir abertura e modernização da própria CLT.

### 5.3. QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

“Cláusula geral”, “conceito jurídico indeterminado” e “flexibilidade ao caso concreto” são expressões que instigam a pergunta sobre a existência menos arraigada ou ausência da segurança jurídica, quando da aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva. Ela existe. Não se tem aqui, de maneira nenhuma, a pretensão de adentrar a seara da discussão que abrange a segurança jurídica como um valor — autônomo da Justiça ou imanente a ela.

Deve-se ter em mente a concepção de Estado Social, quando atualmente se aborda o assunto sobre segurança jurídica. É preciso ter consideração tanto o âmbito político e social de segurança quanto o propriamente do Direito. Esses mundos estão na Constituição de 1988, art. 5º, incisos LIV e XXXVI, respectivamente. Então, nas palavras de Luís Roberto Barroso, as ideias doutrinárias e jurisprudenciais mais recentes sobre o tema abarcam os seguintes aspectos:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos

sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;

4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;

5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

A segurança jurídica, como ideia de certeza do **Direito**,

**[...] visa em geral a uma situação de cognoscibilidade e estabilidade do direito, que possibilita às pessoas prever os efeitos jurídicos dos vários eventos da vida social, conhecer os seus direitos e deveres, saber, [...] não só a possibilidade de apreensão das normas (gerais e abstractas) em si mesmas, mas também a calculabilidade dos efeitos concretos da sua aplicação.**

Importa aos operadores do Direito saber como trabalhar com as normas, como aplicá-las e, em especial às partes, conhecer uma prévia aplicação concreta e individual de seu conteúdo, de forma a se poder falar em uma maior estabilidade social. Utiliza-se aqui essa expressão sem o intuito de pregar uma padronização fechada de aplicação, uma estagnação do sistema. Pelo contrário, no que tange à cláusula geral da boa-fé objetiva, é plenamente viável e possível sua aplicação de maneira flexível e não menos segura.

Para que se tenha essa ideia em mente, precisa-se ter outra anterior, a de que “o Direito não é dado (*donné*), mas construído (*construit*)”. Entenda-se aqui o Direito como um todo, englobando-se o Direito do Trabalho. Com efeito, devem ser consideradas as palavras de Judith Martins-Costa, quanto à aplicabilidade das cláusulas gerais e à segurança jurídica:

Atuam, ainda — e esta é relevantíssima função, nem sempre bem percebida — como elemento de conexão ou ‘lei de referência’ para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes. Figure-se, por exemplo, num sistema no qual inexistia cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os

magistrados vido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz ‘A’ numa referência à equidade; pelo juiz ‘B’, ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual.

Em todas estas situações, a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, ‘*a menos que seja facultado* (ao juiz do caso atual) *consultar toda a matéria de que se serviu o juiz* (dos casos precedentes) *na sua integralidade*’ (46), o que se afigura, na prática, fantasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual, o progresso do Direito — pela dificuldade na reiteração da hipótese nova —, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes.

Dessa forma, a boa-fé fazendo parte do âmbito de legislação civil e sendo aplicada no âmbito trabalhista, fará com que as decisões fundadas em sua aplicação converjam para um denominador comum, uma mesma fundamentação.

Já se observou, das jurisprudências trazidas ao longo deste texto, que a boa-fé objetiva foi aplicada pelos tribunais pátrios mesmo antes de sua existência no CDC, ou seja, demonstra-se que é um princípio geral do Direito que, mesmo carecendo de norma

que o contenha, é aplicável. Não devem ser esquecidas as considerações sobre o cunho constitucional que o tema encerra.

Há possibilidade de certeza — e de justiça mesmo —, porque os operadores do Direito terão campo de atuação para adequar a norma à situação concreta, em face do dinamismo social e, conseqüentemente, ter-se-á uma aplicação do Direito mais próxima ao esperado pelas partes. Há possibilidade de certeza da cláusula geral da boa-fé objetiva, porque, embora faça parte dos conceitos jurídicos indeterminados, já se consegue delimitá-la aos casos concretos, seja como forma de interpretação, seja como limitação de direitos subjetivos, seja como criadora de deveres acessórios aos contratos.

Àqueles que temem a interpretação e aplicação dos juízes sobre o tema, deve ser trazida a seguinte consideração, lembrando-se sempre que estão sujeitos a um controle de sua atividade:

Ao juiz cabe uma margem residual livre de apreciação do caso, o que não significa que desenvolva um processo arbitrário ou irracional, pois a tarefa do julgador é a materialização das valorações, encontráveis, por exemplo, na Constituição e/ou nos princípios por ela consagrados, onde ao menos encontra uma direção previamente traçada pelo legislador. Também o jurista deve indagar-se sobre os motivos práticos e observar os princípios ou critérios valorativos em que as formulações legislativas se baseiam e que são próprias do ordenamento jurídico.

Diante de tudo o que foi destacado, é necessário, para se tratar de segurança jurídica, que a doutrina e a jurisprudência construam o conteúdo da boa-fé objetiva, numa forma historicamente determinada, pois o positivismo não foi capaz de acompanhar os fenômenos que acompanharam os textos legais. Enfim, [...] a segurança jurídica do contrato não é mais decorrência da aplicação cega da lei do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida. Ela é material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivos do contrato, escapando da concepção superada, de que a segurança estaria no adimplemento do contrato, pelo devedor.

Tampouco o pode ser da aplicação cega da lei da CLT. O contrato — interessa o individual de trabalho — deve ser uma cooperação entre os contratantes. Ambos devem convergir suas ações e omissões para a finalidade do pactuado (especialmente a função social e constitucional do trabalho), estando respaldados por um equilíbrio, o qual pode ser facilmente depreendido, quando há comportamentos mútuos cingidos de boa-fé objetiva.

Certamente, a segurança jurídica hodierna é aquela que pode privilegiar, nos contratos, nem só a letra fria da norma a eles atinente, nem só a vontade das partes, mas também a realidade dinâmica da sociedade.

Tudo há que ser sopesado, equilibrado para então poder se dizer o Direito ao caso concreto. Essa dicção, portanto, será forma de trilhar o amanhã, melhorado, dentro de sua realidade de amanhã.

## 6. CONCLUSÃO

A boa-fé é um conceito (indeterminado) ambivalente, como foi demonstrado, comportando um aspecto subjetivo e um outro diferente, o objetivo. A respeito deste é que foram tecidas maiores considerações no presente trabalho e é aplicável ao contrato individual de trabalho, seja por força da Constituição de 1988, seja pela aplicação subsidiária do art. 422 do novo Código Civil (2002).

O sentido objetivo da boa-fé é aquele que lhe confere um caráter de dever de conduta, um *standard*, de agir conforme um homem médio agiria. Tal ação deve ser realizada dentro de parâmetros de lealdade, honestidade, correção, lisura. É uma forma eficaz de equilíbrio nas relações contratuais, portanto. São três suas funções principais: interpretação, limitação de direitos subjetivos e criação de deveres anexos ao contrato. A interpretação não se restringe apenas ao conteúdo interno, às cláusulas do contrato de trabalho em si. A boa-fé objetiva atua tanto interna como integrando o contrato a todo o sistema jurídico vigente, especialmente em relação às disposições constitucionais que tratam do trabalho, elegendo-o inclusive, como um dos fundamentos da ordem econômica.

Por outro prisma, é aplicada como forma de limitar direitos subjetivos, de maneira que realmente seja realizada a dicção popular de que “o direito de um vai até onde inicia o do outro”. Assim, o contrato de emprego deve ser expressão de cooperação e colaboração entre as partes, tanto empregador quanto empregado, sendo realmente sinalagmático. A boa-fé objetiva limita, pois, aplicações do abuso de direito e seus desdobramentos. Sob a função de criar deveres acessórios, funcionais, o contrato de trabalho é analisado como um processo, não apenas pelo vínculo existente entre empregado e empregador. Trata-se de um processo com início, meio e fim, pelo qual ambas as partes têm de colaborar, cada um a seu tempo, para a realização, a finalidade a que se propuseram mediante o contrato que firmaram.

Como ficou demonstrado, são deveres de informação e esclarecimento, sigilo, segredo, lealdade, proteção e diligência, que vão desde as tratativas até fatos posteriores aos contratos. Não são hipóteses estanques. Diante de tudo o que foi considerado no presente estudo, somente o caso concreto é que poderá ditar quais os deveres acessórios a ele atinentes, podendo ser, inclusive, mais de um ao mesmo tempo.

Neste ponto, é relevante a considerar que, embora cumprido o dever principal, se os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva foram violados, de maneira que o referido dever principal não restou perfeitamente cumprido, pode-se afirmar que houve quebra positiva do contrato. Por fim, foi abordado o tema da boa-fé objetiva como cláusula, pois é assim que aparece no novo Código Civil, em se tratando de contratos, e é assim que será aplicada ao contrato de trabalho. Foi demonstrado que uma cláusula geral necessita do caso concreto para que ganhe conteúdo, para que seja definida e aplicada. Abordou-se que sua determinação, em se tratando de boa-fé objetiva, é plenamente possível e que depende da atuação dos operadores do Direito, vistos não somente como o juiz, mas também como as partes, enfim todos aqueles envolvidos no litígio.

Espera-se, que com a previsão do tema pelo novo Código Civil, tanto doutrina quanto

jurisprudência juslaborais se desenvolvam ativamente na busca da aplicação do tema, para que não reste esquecido.

Por fim, tratou-se da segurança jurídica relacionada à aplicação da boa-fé objetiva. Relatou-se que a segurança jurídica, enquanto certeza do Direito, sem adentrar nas discussões terminológicas que o tema possa suscitar, não deve ser sinônima de estagnação. Pelo contrário, o Direito deve acompanhar o desenvolvimento social, a dinâmica da sociedade, especialmente o contrato de trabalho pela sua grande influência nas relações sociais. A boa-fé objetiva vem conferir um novo panorama aos contratos tanto civis como trabalhistas, de forma a lhes propiciar um maior equilíbrio...” (in FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. Ana Paula Pavelski. Revista do TRT 9ª Região, Curitiba, ano 31, n. 56, jan./jun. 2006).

Também sobre o tema, vale citar que a teoria francesa do abuso de direito, é fruto de construção francesa, para Menezes Cordeiro: “[...] a ideia de firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um. O abuso do direito é uma figura de grau elevado de abstração. Está-lhe ligado o conceito de direito subjetivo, ele próprio muito abstracto. [...] A condenação de certos comportamentos, por abusivos, alicerça-se, pois, no espaço jurídico francês, em cisão com dados culturais romanísticos [...]” CORDEIRO, A. M. da R. e M. Da boa-fé no direito civil. reimp. Coimbra: Almedina, 1997. p. 683-684.

Quanto à teoria do *venire contra factum proprium* “[...] o titular do direito, abstendo-se do exercício durante um certo lapso de tempo, criaria, na contraparte a representação de que esse direito não mais seria atuado; quando, superveniente, viesse agir, entraria em contra-dição”. In: CORDEIRO, A. M. da R. e M., *op. cit.*, p. 809.

Considerando o acima exposto, surge o dever de indenizar quando o agente pratica ato ilícito que frustra as legítimas expectativas da vítima de alcançar uma situação fática ou

juridicamente favorável ou juridicamente e normalmente esperada pela atuação anterior. Não quaisquer expectativas, mas aquelas reais e sérias, que muito provavelmente se implementariam caso não houvesse a interferência indevida no fluxo natural dos acontecimentos. O fundamento legal para tal preceito se encontra, primeiramente, nos arts. 5º, V, e X, da Carta Maior, que constituem a cláusula geral de responsabilidade pela consecução de danos morais. No plano infraconstitucional, temos os arts. 186, 187, 402, 422, 927, 949, todos do Código Civil, que ampliam o espectro indenizatório e autorizam a indenização em tela.

Versando o contrato de trabalho a respeito de rubricas de natureza eminentemente alimentar, os princípios de probidade e boa-fé inscritos no art. 422 do Código Civil possuem função integrativa e são plenamente aplicáveis às relações de trabalho (não somente de emprego), rendendo ensejo à conclusão de que comete abuso de direito quem contraria a boa-fé.

A boa-fé — que deve estar presente em todas as fases de um contrato de trabalho (pré-contratual, contratual e pós-contratual) — é o elemento intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana que inspira a vedação de conduta antiética.

Nesse sentido e de acordo com a nova sistemática constitucional, orientada sobremaneira pelo princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, inciso I, da CF, os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Corolário lógico da função social do contrato de trabalho é que a dignidade do empregado não pode ser violada a pretexto da defesa do patrimônio da empresa. Isso porque o direito de propriedade tem como condicionante o

preenchimento do requisito constitucional da função social do trabalho (art. 1º, IV, da CF/88). Uma vez violada a dignidade do trabalhador pelo uso do direito de propriedade do empregador, resta configurada a ilicitude em razão do exercício abusivo de um direito.

Considerando o teor do art. 422, do Código Civil e o quadro fático delineado pelo v. acórdão, é possível vislumbrar possível afronta ao art. 422, do Código Civil, sendo recomendável o processamento do recurso de revista para melhor análise de suas razões.

Do exposto, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista.

Assim, **dou provimento ao agravo de instrumento** para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reatuação do feito e a publicação de certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento do recurso de revista dar-se-á na primeira sessão ordinária deste Relator subsequente à data da referida publicação, nos termos do art. 229 do Regimento Interno desta Corte.

Com fulcro, então, no art. 897, § 7º, da CLT, passo ao exame do recurso de revista destrancado.

### III – RECURSO DE REVISTA

Trata-se de recurso de revista (sequencial n. 715/731) interposto pela Reclamante em face do v. acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (sequencial n. 677/688)

Contraminuta pugnando pelo desprovimento do apelo.

Não houve emissão de parecer pelo d. Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

#### 1. CONHECIMENTO

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade do recurso de revista, passe-se ao exame dos pressupostos intrínsecos definidos pelo art. 896, da CLT.

## 2. PROFESSOR — DISPENSA NO INÍCIO DO ANO LETIVO — INDENIZAÇÃO — DANOS MORAIS — VIOLAÇÃO AOS ARTS. 187 E 422, DO CÓDIGO CIVIL

Sustenta a agravante que a rescisão contratual perpetrada no início do ano letivo, após contrato de inação, viola a boa-fé contratual, além de configurar abuso de poder diretivo e abuso de direito.

Aduz que o entendimento exposto pelo Regional, no sentido de que a sua dispensa encontra-se dentro do poder diretivo do empregador, diverge do exposto por outros Regionais, além de violar dispositivos de lei federal, pois é inegável que houve abuso de direito, conforme se verifica do teor do art. 187, do Código Civil.

Alega que o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento lhe confere, e ao utilizar o direito, causa dano a outrem, frustrando o que já havia pactuado para um semestre inteiro, quebrando a boa-fé investida por parte da recorrente, que ao receber a carga horária do semestre, cumpriu sua parte e se colocou à disposição da recorrida, deixando de buscar outra colocação profissional.

Afirma que o art. 932, III, dispõe que o empregador é responsável pela reparação civil dos danos, eventualmente experimentados por seus empregados, tratando-se, portanto, da responsabilidade objetiva.

Assevera que o princípio da boa-fé incide nas relações laborais, na medida em que gera deveres recíprocos no contrato de trabalho, pois o dever de atuar com lealdade e fidelidade, e que tem relação direta com os critérios de colaboração e solidariedade das partes, tem implicação no contrato individual de trabalho constituindo um limite ao poder de direção empresarial, nos exatos termos do art. 422, do Código Civil.

Argumenta que o v. acórdão regional viola os arts. 932, III, 422 e 187, do Código Civil.

Cita arestos do C. TST sobre a questão da quebra do princípio da boa-fé objetiva.

Transcrevo o teor do julgado impugnado, *verbis*:

Dos danos morais e materiais

Insurge-se a autora contra o indeferimento dos danos morais e materiais pleiteados, em decorrência de ter sido desligada, maliciosamente, no início do ano letivo de 2010, prejudicando-a, já que deixou de se comprometer com outras instituições de ensino. Revela que também lhe foi imposta um contrato de inanição, tendo sido reduzida sua carga horária pouco a pouco, e, conseqüentemente, sua remuneração, sendo indubitoso o assédio moral que sofreu.

Afirma fazer jus ao valor dos salários vencidos do semestre letivo de 2010.1, a título de prejuízo material.

Sem respaldo o inconformismo.

Yussef Said Cahali ensina que o dano moral, “*é a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a integridade física, a honra e os demais sagrados afetos, classificando-se desse modo, em dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra, reputação, etc.) e dano que molesta a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza, saudade, etc.), dano moral que provoca direta ou indiretamente dano patrimonial (cicatriz deformante, etc.) e dano moral puro (dor, tristeza, etc.)*” (Dano Moral, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2. edição, p. 20).

É no mesmo sentido o escólio de Luiz Cláudio Silva: “o dano moral é configurado pela ofensa a um bem de ordem moral, agredindo assim a liberdade individual, a honra, a pessoa, a família e/ou a atividade laboral, causando sofrimento de ordem psicológica ao ofendido. A ofensa moral está no plano psicológico, afetando o comportamento psíquico do ofendido, que em razão da ofensa experimentada tem alterado esse comportamento, causando-lhe sofrimento de foro íntimo e de caráter subjetivo, que

em algumas das vezes afeta seu patrimônio em decorrência do reflexo social da ofensa.” (Responsabilidade Civil, Teoria e Prática das Ações, Editora Forense, RJ, 2005, 3. edição, págs. 79-80.)

Trata-se, pois, de lesão à personalidade, à honra da pessoa, causando-lhe sofrimento, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Por isso mesmo, “*a jurisprudência tem dispensado prova do prejuízo para demonstrar a violação do patrimônio imaterial das pessoas; contenta-se com a demonstração dos fatos, com base nos quais presume suas consequências*” (STJ, REsp 540681/RJ, rel. Min. Castro Filho, DJ 10.10.2005).

De outra parte, na dicção de Carlos Alberto Bittar, “*A caracterização do direito à reparação depende, no plano fático, da concorrência dos seguintes elementos: o impulso do agente, o resultado lesivo e o nexó causal entre ambos, que são, aliás, os pressupostos da responsabilidade civil. (...)*” (Reparação Civil por Danos Morais, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 127.)

E prossegue o festejado doutrinador: “Com efeito, sob o aspecto jurídico, a caracterização desse direito exige, de início, que haja a interferência indevida de alguém na esfera valorativa de outrem, trazendo-lhe lesão aos direitos mencionados; vale dizer: deve existir relação de causalidade entre o dano experimentado e a ação alheia. Dessa forma, cumpre haver ação (comportamento positivo) ou omissão (negativo) de outrem que, plasmada no mundo fático, vem a alcançar e ferir, de modo injusto, componente da esfera da moralidade do lesado. Há, em outros termos, um impulso físico ou psíquico de alguém no mundo exterior - ou de outra pessoa ou coisa relacionada, nos casos indicados na lei - que lesiona a personalidade da vítima, ou de pessoa ou coisa vinculada, obedecidos os pressupostos e os limites fixados no ordenamento jurídico. Em termos simples, o agente faz algo que lhe não era permitido, ou deixa de realizar aquilo a que se comprometera juridicamente, atingindo a esfera alheia e causando-lhe prejuízo, seja por ações, gestos, palavras, escritos, ou por meios outros de comunicação possíveis.” (ob. cit., pp. 127/128.)

Na hipótese concreta, entendo que inexistente prova do suposto ato ilícito praticado pelo empregador. Este, utilizando-se de seu poder diretivo, dispensou imotivadamente a autora, pagando-a o que de direito, como a multa de 40% do FGTS e o aviso-prévio, exatamente, por ter partido da empresa o deslinde contratual, inexistindo no ordenamento jurídico, ou em normas coletivas proibição de demissão de professores no início de ano letivo. Ademais, não foi verificada qualquer atitude da demandada que indicasse excesso de poder ou ato discriminatório na atitude tomada.

Indubitável que situações como estas geram descontentamento e sofrimento a quem passa, mas dispensar um empregado sem justo motivo é um direito potestativo do empregador, que pode ser posto em prática a qualquer tempo (com as exceções legais), não cabendo a penalização do mesmo por exercer direito seu.

Por outro lado, repita-se, a acionante já foi indenizada (materialmente) com o pagamento das verbas inerentes a esta forma de terminação da relação empregatícia, inexistindo previsão legal para o pagamento dos salários vincendos.

De igual modo, não restou demonstrado o alegado contrato de inação, considerando que a própria recorrente confessou em depoimento (fl. 287), textual: “*que não aconteceu da empresa manter o contrato de trabalho da depoente sem que houvesse aulas para ministrar; que durante todo o contrato de trabalho ministrou regularmente suas aulas...; que no último ano de contrato passou a trabalhar nos três turnos.*”

Ora, se estava sempre trabalhando, tendo passado no último ano, inclusive, a laborar nos três turnos, não restou provado o ócio alegado pela acionante, a caracterizar o chamado “contrato de inação”, que é uma espécie de assédio moral.

A jurista Alice Monteiro de Barros, em sua obra “Curso de Direito do Trabalho”, 6. ed., LTr, 2005, págs. 928/929, ao citar algumas técnicas referentes a comportamentos ensajadores do assédio moral, ensina que: “(...) São adotadas, ainda, ‘técnicas de isolamento’,

*ou seja, são atribuídas à vítima funções que a isolam ou deixam-na sem qualquer atividade, exatamente para evitar que mantenha contato com colegas de trabalho e obtenha deles a solidariedade ou manifestação de apoio”, que, em absoluto, é a hipótese dos autos.*

Registre-se, ainda, que nenhuma outra forma de assédio moral restou provada nos fólhos. As testemunhas ouvidas no caderno processual sequer mencionaram alguma atitude da suplicada que pudesse resultar em ofensa moral.

Logo, não se configurando os requisitos autorizadores da indenização por danos morais, e materiais, incabível o deferimento da reparação que foi postulada.

Mantenho a decisão de primeiro grau.

À análise.

Inicialmente, ressalto que inviável o processamento do recurso de revista com base nos arestos citados às fls. 5/6 do recurso de revista, eis que se trata de julgados oriundos de Turmas do C. TST que, a teor do art. 896, “a”, da CLT, não se prestam à comprovação do dissenso pretoriano.

Vale destacar as peculiaridades do mercado de trabalho dos docentes, que, em razão da duração do ano letivo, não tem uma rotatividade costumeira e contínua como a dos demais trabalhadores.

O quadro fático delineado nos autos demonstrou que a dispensa do agravante deu-se no início do ano letivo — *in casu*, exatamente, no primeiro dia do ano letivo. Aliás, pode-se imaginar a cena! Chega a Agravante para lecionar, no primeiro dia do ano letivo e se vê surpreendida pela instituição de ensino, que lhe informa, naquele exato momento, que não mais integra o quadro de professores da instituição.

É prática comezinha que o planejamento do corpo docente é realizado pelas instituições de ensino no final do semestre letivo, a fim de organizar e compor o quadro de professores para o próximo semestre.

Ou seja, no caso em comento, embora tenha sido definida a carga horária do semestre seguinte no final de 2009, a autora foi dispensada no início do ano letivo (em 1<sup>o</sup>/fevereiro/2010).

O v. acórdão embasou-se no direito potestativo resguardado ao empregador e delineou que a dispensa no início do ano letivo, ainda que dificultasse a realocação imediata da autora, não é ilícita, pois é direito potestativo do empregador extinguir o contrato de trabalho.

Cumprido observar que o poder diretivo do empregador não é ilimitado e desarrazoado, mas ao contrário, possui muitos limites, inclusive constitucionais.

A limitação dos poderes do empregador é um imperativo oriundo da observância dos direitos fundamentais. Inúmeros limites constitucionais podem ser lembrados quando do exercício dos poderes empresariais: a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e não discriminação, da inviolabilidade da intimidade e da honra e a proibição de tratamento desumano e degradante. E há outros limites, previstos no Direito Civil, que regulam os contratos em geral, que também impõem restrições ao direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho e, entre eles, o princípio da boa-fé objetiva.

Faz-se mister analisar a questão sob o prisma da doutrina que se debruça sobre o tema:

É princípio de responsabilidade civil que, aquele que causa dano a outrem fica obrigado a reparar os prejuízos decorrentes do seu ato, de forma integral. Além dos prejuízos definidos como danos emergentes e lucros cessantes, em razão de um ato ilícito e injusto praticado por outrem, pode alguém ficar privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou então, de evitar um prejuízo. Isso pode dar ensejo a um pleito de indenização pela perda de uma chance ou oportunidade.

Por muito tempo o direito ignorou a possibilidade de se responsabilizar o autor do dano decorrente da perda de alguém obter uma oportunidade de chances ou de evitar

um prejuízo, argumentando que aquilo que não aconteceu não pode nunca ser objeto de certeza, a propiciar uma reparação. Igualmente à postura da doutrina, os tribunais costumavam exigir, por parte da vítima que alegava a perda de uma chance, prova inequívoca de que, não fora a ocorrência do fato, teria conseguido o resultado que se diz interrompido.

Regra geral, os pedidos são feitos de forma inadequada, buscando-se indenização por conta da perda da vantagem perdida e não pela perda da oportunidade de obter a vantagem ou de evitar o prejuízo. Todavia, uma coisa é a perda da vantagem esperada; outra é a perda da chance de obter a vantagem ou de evitar um prejuízo. É esta última hipótese que pode justificar o pedido de indenização.

O sentido jurídico de chance ou oportunidades é a probabilidade de alguém obter um lucro ou evitar um prejuízo.

Assim, o que se indeniza não é o valor patrimonial total da chance por si só considerada, como equivocadamente se tem visto na maioria dos pedidos. O que se indeniza é a possibilidade de obtenção do resultado esperado; o valor da indenização deve ser fixado tomando-se como parâmetro o valor total do resultado esperado e sobre este incidindo um coeficiente de redução proporcional às probabilidades de obtenção do resultado final esperado. Assim como não se pode exigir a prova cabal e inequívoca do dano, mas apenas a demonstração provável da sua ocorrência, a indenização, coerentemente, deve ser proporcional à possibilidade maior ou menor de obtenção do resultado almejado.

No direito estrangeiro o tema da responsabilidade civil pela perda de uma chance vem sendo discutido já há algum tempo. No direito italiano, por exemplo, o primeiro caso aceito pela Corte de Cassação ocorreu em 1983, quando determinada empresa convocou alguns trabalhadores para participar de um processo seletivo para a contratação de motoristas que iriam compor o seu quadro de funcionários. Não obstante tenham se submetido a diversos exames médicos, alguns candidatos ao emprego foram impedidos de participar das

demais provas de direção e de cultura elementar, necessárias à conclusão do processo de admissão.

Na ação ajuizada, o juiz de primeiro grau reconheceu o direito dos autores de serem admitidos, desde que superassem as provas que não fizeram, condenando a empresa a indenizá-los pelo atraso no processo de admissão. O tribunal de Roma reformou a sentença, sob o argumento de que o dano decorrente da perda da chance não seria indenizável, por se tratar de um dano meramente potencial, não demonstrado de forma segura. A corte de Cassação reformou o acórdão do tribunal, argumentando que a indenização pretendida pelos candidatos ao emprego se referia não à perda do resultado favorável, que seria a obtenção do emprego, mas, à perda da possibilidade de conseguirem referidos candidatos o resultado útil ao direito de participar das provas necessárias para obtenção do emprego. Esta possibilidade já se integrara ao patrimônio daqueles candidatos, quando do comportamento ilícito da empresa, enquadrando-se a situação como dano emergente. A conclusão do acórdão é a seguinte:

“O conceito de perda e de lucro não se refere somente a uma entidade pecuniária, mas a qualquer utilidade economicamente valorável. Em concreto, também constitui uma entidade patrimonial, uma situação à qual é ligado um lucro provável: o valor econômico é oferecido da entidade deste lucro e do grau de probabilidade que o lucro seja efetivamente produzido; o fato de que a situação seja idônea a produzir apenas provavelmente e não com absoluta certeza o lucro a essa ligado influi não sobre a existência, mas sobre a valoração de um dano indenizável (...). No caso em análise, foi subtraída uma situação (possibilidade de se submeter às ulteriores provas, que, se superadas, teriam determinado a contratação) da qual tinham direito de usufruir.

Como se observa, não há falar em lesão ao direito subjetivo, mas, ao contrário, esta lesão ocorre em relação a um direito em expansão, que no caso mencionado era a legítima expectativa dos trabalhadores de, realizadas as provas, serem admitidos ao emprego.

A doutrina francesa, aplicada com frequência pelos nossos Tribunais, fala na perda de uma chance (*perte d'une chance*), nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, conseguir um novo emprego, deixar de ganhar uma causa pela falha do advogado etc. É preciso, todavia, que se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada.

(...)

Em termos legais, parece-me agasalhável a possibilidade de indenização pela perda de uma chance no direito brasileiro. É que a Constituição Federal estabelece no inciso V do art. 5º cláusula geral de responsabilidade, dizendo que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Desse mandamento decorre que quem causar dano a outrem é obrigado repará-lo proporcionalmente ao agravo.

Essa cláusula, de forma semelhante, consta do art. 186 do Código Civil, que estabelece: “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 do art. 927 do mesmo *Codex*, que diz que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No caso de reparação para a hipótese de homicídio, o art. 948 do novo CC, diz que “No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações.” (grifado).

O art. 949, para as demais situações de dano, afirma: “No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido” (grifado).

O art. 402 conclui o raciocínio legal, quando preceitua que: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente

deixou de lucrar (grifados). É nesta parte final, como terceira espécie de dano, que se enquadra a indenização pela perda de uma chance.

Até pouco tempo, durante a vigência do Código Civil anterior, o ordenamento jurídico (arts. 159, 1536 e 1538) fazia enumeração restritiva dos bens protegidos pelo instituto da responsabilidade civil, o que não ocorre mais em relação aos dispositivos do novo Código, antes transcritos, correspondentes àquelas disposições revogadas. Agora, como se observa, não há mais entrave algum para o reconhecimento à indenização pela perda de uma chance.

Ao contrário, as chances perdidas, desde que reais e sérias, deverão ser indenizadas quando restar provado o nexo causal entre o ato do ofensor e a perda da chance, uma vez que o novo Código Civil brasileiro, a exemplo de outros sistemas jurídicos estrangeiros, ao prever cláusula geral de responsabilidade pela indenização de qualquer espécie de danos, inclui aquela decorrente da perda de uma oportunidade.

Este princípio tem por fundamento não a repressão ao ato ilícito, em si, mas, a proteção da vítima. Como afirmam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho, não é fácil estabelecer até onde o fato danoso projeta sua repercussão negativa no patrimônio da vítima. Assim, deve o juiz, na apreciação do caso real, valer-se de um juízo de razoabilidade, causal e hipotético, levando em conta o desenvolvimento normal dos acontecimentos, caso não tivesse ocorrido o fato ilícito que interrompeu aquela chance de obtenção do resultado esperado.

(...)

Nas relações de trabalho a teoria da responsabilidade pela perda de chances encontra campo fértil, assim como vem ocorrendo no tocante às indenizações por dano moral *lato sensu*. No campo das doenças e acidentes de trabalho, maiores ainda são as possibilidades da ocorrência de danos pela perda de uma chance.

Imagine-se a situação de um trabalhador que, em perfeitas condições de higidez física

e psíquica, na busca de melhoria profissional, está se preparando e ao mesmo tempo prestando concurso público, mas, em razão de um evento acidentário, perde a oportunidade de concluir um certame de que está participando, quando, para conseguir o seu desiderato, precisava apenas se submeter à última das fases eliminatórias do concurso.

Não se trata, como se observa, de lucro cessante nem de dano emergente, porque o candidato não foi ainda aprovado no concurso. O que ele tinha era uma expectativa de atingir o resultado esperado, ou seja, de concretizar aquele direito ainda em expansão.

Outra hipótese pode ocorrer em relação ao funcionário que, conforme as normas internas da empresa, estava prestes a obter uma promoção, a qual não se concretizou por conta de perseguições e de assédio moral praticados pelo chefe do mesmo. A pessoa assediada pode ter sido demitida ou pedido demissão do emprego porque não suportou o assédio. Nesse caso, há possibilidade de se discutir o pagamento de indenização pela perda de oportunidade de obtenção da promoção, que poderia ser efetivada não fosse aquele injusto dano contra ele assacado.

A solução para se aferir o dano e fixar a indenização, dependendo da situação, não é tarefa fácil para o Juiz, que não pode confundir uma mera e hipotética probabilidade com uma séria e real chance de atingimento da meta esperada. Mas, é claro, a reparação da perda de uma chance não pode repousar na certeza de que esta seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo. Trabalha-se no campo das probabilidades. Nessa linha, consagrou o Código Civil (art. 402) o princípio da razoabilidade, caracterizando, no caso, o lucro cessante como aquilo que razoavelmente a vítima deixou de lucrar, o que se aplica a essa terceira espécie de dano, que para aquilatar-lo deve o juiz agir com bom senso, segundo um juízo de probabilidade, embasado nas experiências normais da vida e em circunstâncias especiais do caso concreto. A probabilidade deve ser séria e objetiva em relação ao futuro da vítima, em face da diminuição do benefício patrimonial legitimamente esperado. Mas, além disso, a

reparação buscada pode ter por fundamento, como conseqüência, um dano moral à vítima do ato ilícito. (Texto elaborado em janeiro de 2007) - grifos nossos. (Raimundo Simão de Melo, extraídas de seu artigo “Indenização pela perda de uma chance” — *LTr*, abril de 2007, vol. 71, n. 4)

Vale aqui, também citar interessante texto sobre a questão da boa-fé objetiva nos contratos de trabalho, retirado da Revista do TRT da 9ª Região:

“... a boa-fé objetiva, além das possibilidades de interpretação mencionadas, vem suprir lacunas não somente internas aos contratos, mas considerados esses perante todo o ordenamento jurídico vigente e os acontecimentos concretos, uma vez que as partes não são capazes de prever e estabelecer considerações e estipulações sobre todos as ocorrências derivadas de suas vontades.

Aplicando-se tal raciocínio, devem ser citadas as palavras de Eduardo Milléo Baracat:

Interpretar e integrar o contrato, de acordo com o princípio da boa-fé significa traduzir o comportamento das partes, de acordo com a finalidade e função social da correspondente relação jurídica, vista, conforme sua complexidade, como uma ordem de cooperação, não se tratando tão somente da dialética crédito (direito do empregador de dispor da mão de obra) e débito (dever do empregado de prestar o trabalho), mas de um conjunto de direitos e deveres, em que as partes visam a uma finalidade comum [...]. A função interpretativa-integrativa da boa-fé auxilia o operador do Direito do Trabalho a, diante do fato concreto, qualificar a natureza da relação jurídica existente, como também preencher as lacunas existentes desse mesmo vínculo.

É importante ressaltar que a boa-fé objetiva tem uma atuação mais ampla do que a vontade das partes, na medida em que pode assumir a função de limitar direitos. Ainda, atua em todas as fases contratuais, seja na formação do vínculo, seja na celebração do pacto, seja em sua execução, bem como depois de realizado. Ainda:

Para que possa ocorrer uma coerente produção dos efeitos do contrato, tornam-se exigíveis,

às parte, em certas ocasiões, comportamentos que não resultam nem de expressa e cogente disposição legal nem das cláusulas pactuadas.

A boa-fé é chamada a determinar esses comportamentos, de maneira a viabilizar o objetivo do contrato, de sua obrigação principal. Assim, atuando como cânone hermenêutico-integrativo, a interpretação das estipulações de um contrato deve ser com base em seu sistema interno, ou seja, cada uma das estipulações deve ser considerada com todo o resto do contrato, para que possa ser encontrado seu mais amplo significado.

Depois dessa primeira análise, o todo significativo deve abranger os aspectos externos ao contrato, como, por exemplo, sua função social. As circunstâncias concretas, no desenrolar do pacto, devem ser analisadas igualmente, para que se verifique se está sendo realizado o objetivo. Nesse raciocínio, são precisas as considerações comparativas de Judith Martins-Costa:

Para a esclarecimento deste “sentido total” é imprescindível a referência ao princípio da boa-fé, sendo o raciocínio, aqui, similar ao que se manifesta em matéria de interpretação da lei quando se intenta averiguar o sentido de uma norma ou de um complexo de normas, considerando-se os elementos de valoração postos nos princípios fundamentais do sistema ou do conjunto normativo em análise.

Em relação ao contrato individual de trabalho, deve-se ter em mente, quando da aplicação da função interpretativa, que o trabalho faz parte dos fundamentos da ordem econômica e, assim sendo, sua finalidade vai aquém da vontade das partes, pois repercute diretamente no âmbito social. Nessa esteira, a seguinte citação é de suma importância:

O fim social do contrato de trabalho tem como núcleo a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, cujo objetivo é assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça livre-concorrência e busca do pleno emprego (Constituição, art. 170). Em outras palavras, aquele que, para desenvolver a atividade econômica beneficia-se do labor do trabalhador, forma com este um contrato de trabalho, já que a ordem econômica é

fundada na valorização do trabalho humano, observado o princípio da busca do pleno emprego. Acresça-se, ainda, [...] que aquele que desenvolve atividade econômica, assume o risco do empreendimento; ou seja, atividade econômica e risco estão umbilicalmente ligados, sendo que a função hermenêutica-integrativa da boa-fé permite, conforme o caso concreto, organizar esses elementos, de modo a concluir que aquele que desenvolve atividade econômica assume o risco desta, e, ao beneficiar-se do trabalho do ser humano, de forma pessoal e permanente, para a consecução desta atividade, celebra com este contrato de trabalho, pois, por intermédio da atividade econômica deve-se buscar o pleno emprego e valorizar o trabalho humano. Observe-se que a função hermenêutica-integrativa da boa-fé, no âmbito do Direito do Trabalho, prescinde absolutamente da vontade individual das partes, buscando, em verdade, a vontade social, espelhada nos princípios, sobretudo constitucionais. Dessa forma, além de possibilitar uma interpretação de maneira a corroborar com a finalidade do contrato, considerado ele dentro de um todo, seja fático, seja jurídico, a boa-fé também é apta a sistematizar a fundamentação das decisões judiciais — considerando-se o todo, pois o julgador poderá aplicar uma determinada norma invocando a boa-fé —, é maneira de manutenção da paz social, numa expressão de segurança para os contratantes e a coletividade. O seguinte exemplo jurisprudencial — excertos de uma decisão gaúcha no âmbito cível — revela muito bem essa função da boa-fé:

As cláusulas do contrato devem ser interpretadas segundo as normas do tráfico [*sic*], de acordo com o que é usual e compatível com a época, com as circunstâncias e com a natureza do contrato. Há que se atentar para o bom senso e, principalmente, para o princípio da boa-fé, segundo o qual o contrato deve ser cumprido e executado de acordo com as justas expectativas das partes contratantes. No caso, esse justo equilíbrio, que os contratantes razoável e justificadamente esperavam realizar através do contrato firmado, ficaria violentamente rompido com a exigência de

um preço exorbitante e irreal... O contratante não se pode valer de uma cláusula mal redigida para fazer interpretação contrária à boa-fé. Uma possibilidade juslaboralista da aplicação dessa função da boa-fé, tem-se a identificação, num contrato, da subordinação jurídica objetiva. Verificando-se que a atividade é essencial para o empresário (proprietário, a quem pertence o risco da atividade econômica) e presentes os demais requisitos celetistas (art. 3º da CLT), estará caracterizado o contrato de emprego, ainda que o pactuado seja uma prestação de serviços autônoma.

Enfim, a função interpretativa ou, como se queira, hermenêutico-integrativa deve atuar de modo a determinar que as partes ajam com lisura, lealdade, cooperando mutuamente para a finalidade do pacto que firmaram, bem como para que seja atingida a finalidade maior de uma determinada pactuação. *In casu*, devem as partes contratantes agir na busca do fim social do contrato de trabalho.

### 3. LIMITE AO EXERCÍCIO DE DIREITOS SUBJETIVOS

Essa função, também denominada controladora, trata da limitação e da supressão de um direito. Com apoio nessa concepção, afirma-se que a grande assertiva (tudo que não é proibido é permitido) tem sua limitação. Com efeito, o tempo e os acontecimentos históricos demonstraram que não é possível, não é justo, não há equilíbrio, quando o exercício de direitos não sofre alguma limitação. Embora já há muito tempo as pessoas afirmem que “o direito de um vai até onde inicia o do outro”, na prática os interesses postos em cena atuam de maneira diferente; a afirmação muda significativamente para “o mundo é dos espertos” ou “chora menos quem pode mais”. São jargões populares que se encaixam no que está sendo focalizado.

Há, hodiernamente, uma importante consideração a ser feita com relação a esse cenário, pois

[...] diferentemente do que ocorria no passado, o contrato, instrumento por excelência da relação obrigacional e veículo jurídico de operações econômicas de circulação da riqueza, não é mais perspectivado desde uma

ótica informada unicamente pelo dogma da autonomia da vontade, justamente porque traduz relação obrigacional — relação de cooperação entre as partes, processualmente polarizada por sua finalidade — e porque se caracteriza como o principal instrumento jurídico de relações econômicas, considera-se que o contrato, qualquer que seja, de direito público ou privado, é informado pela *função social* que lhe é atribuída pelo ordenamento jurídico [...] (grifo do original).

Assim, o contrato deve ser caracterizado pela cooperação e colaboração entre seus contratantes, de uma forma sinalagmática e equilibrada. A boa-fé é corolário dessa atuação das partes, na medida em que determina certos deveres, certas formas de agir, que, caso não seguidas, terão consequências variadas conforme o caso concreto.

Quanto a essa limitação de exercício de direitos, a boa-fé objetiva é invocada a atuar em campos como o da *exceptio doli* (**Por essa teoria, à parte não é permitido agir de maneira a prejudicar o outro, embora sua conduta esteja respaldada por uma norma jurídica**), da teoria francesa do abuso de direito as teorias *venire contra factum proprium*, *suppressio* e *tu quoque*. Esses temas e seus desdobramentos não serão abordados com maior profundidade, para que o trabalho não fuja a seu principal assunto, qual seja o de tratar da boa-fé objetiva. A última dessas teorias tem a função de definir seus conteúdos, pois ao Direito e mesmo às cláusulas contratuais não é possível definir todas as hipóteses fáticas. Por exemplo, no caso do *venire contra factum proprium*, não é possível uma norma que defina todas as condutas da parte que possam ser contraditórias dentro de uma relação obrigacional, consideradas todas as suas fases.

Assim, os casos concretos e a aplicação dos preceitos da boa-fé objetiva viabilizam a limitação do exercício de direitos. A aplicação dessas teorias na prática deverá, segundo o caso tratado, considerar os parâmetros de lealdade, honestidade, cooperação — expressões características da boa-fé objetiva. (...)

**Nos contratos, entre eles, o contrato individual de trabalho, por meio da aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, busca-se “[...] um certo equilíbrio material entre as vantagens auferidas, [...] pelas partes: não se admitem prejuízos desproporcionados”.**

A importância da boa-fé como fator de equilíbrio contratual entre empregados e empregadores é fundamental, já que aqueles sempre estão em situação de hipossuficiência em relação a estes. A boa-fé exige que os contratantes ajam em cooperação, e mais, em todas as fases do pacto, seja antes de sua celebração, ou seja, quando das tratativas, seja no exato momento de sua celebração, após ela — execução do pacto —, e, finalmente, após o alcance da finalidade à qual as partes se propuseram.

Ruy Rosado de Aguiar, um grande estudioso da boa-fé objetiva, tem relevantes assertivas: Para aplicação da cláusula da boa-fé, o juiz parte do princípio de que toda a inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um comportamento indissociável da vida de relação, sem o qual ela mesma seria inviável. Isso significa que as pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e que devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé se projeta a sua vez nas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem exercer-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé. De modo desproporcionado, a contraparte: a desproporção pode ser determinada, de forma cômoda, tomando por bitola a regulação supletiva normal, consagrada na lei ou no tipo contratual normal, atentos os fins deste e os que o contrato questionado permita obter. Com essa afirmação, Menezes Cordeiro demonstra, claramente, a atuação da boa-fé enquanto cláusula geral: deveres acessórios,

interpretação e limitação de direitos subjetivos. Seus parâmetros serão, ao longo de sua aplicação, definidos. A grande vantagem de um sistema jurídico como o do Novo Código, em que pesem as críticas, é de conseguir atuar com todo o universo jurídico vigente, de maneira a alcançar e agraciar o mundo do qual e para o qual ele existe: a sociedade. Assim, a boa-fé

[...] assegura a reprodução do sistema, seja conquistando para o seu seio áreas que ganham a característica da juridicidade, seja adaptando à nova realidade, científica ou social, dispositivos arcaicos, seja, por fim, realizando, na vida real, um projecto que o legislador deixou a meio ou, apenas, indicou.

Talvez fosse interessante o legislador ter deixado exemplos de aplicações da boa-fé objetiva, como se tem notícia no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Mas essa possibilidade somente seria viável desde que não fossem hipóteses consideradas e estanques — verdadeiros *numerus clausus* —, sob pena de a cláusula geral da boa-fé perder sua primordial função de flexibilidade ao caso concreto, perdendo, por conseguinte, a mobilidade e a evolução da técnica legislativa. Já não seria, então, propriamente uma cláusula geral, tampouco um conceito jurídico indeterminado, uma vez que seu conteúdo estaria expressamente definido.

A verdade é que essa aplicação da boa-fé tal como adveio com o Código Civil de 2002 acaba por conferir também uma aproximação maior da própria esfera trabalhista com a realidade. Arrisca-se discutir abertura e modernização da própria CLT.

#### 4. QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

“Cláusula geral”, “conceito jurídico indeterminado” e “flexibilidade ao caso concreto” são expressões que instigam a pergunta sobre a existência menos arraigada ou ausência da segurança jurídica, quando da aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva. Ela existe. Não se tem aqui, de maneira nenhuma, a pretensão de adentrar a seara da discussão que abrange a segurança jurídica como um valor — autônomo da Justiça ou imanente a ela.

Deve-se ter em mente a concepção de Estado Social, quando atualmente se aborda o assunto sobre segurança jurídica. É preciso ter consideração tanto o âmbito político e social de segurança quanto o propriamente do Direito. Esses mundos estão na Constituição de 1988, art. 5º, incisos LIV e XXXVI, respectivamente. Então, nas palavras de Luís Roberto Barroso, as ideias doutrinárias e jurisprudenciais mais recentes sobre o tema abarcam os seguintes aspectos:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova;
4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

A segurança jurídica, como ideia de certeza do **Direito**,

**[...] visa em geral a uma situação de cognoscibilidade e estabilidade do direito, que possibilita às pessoas prever os efeitos jurídicos dos vários eventos da vida social, conhecer os seus direitos e deveres, saber, [...] não só a possibilidade de apreensão das normas (gerais e abstractas) em si mesmas, mas também a calculabilidade dos efeitos concretos da sua aplicação.**

Importa aos operadores do Direito saber como trabalhar com as normas, como aplicá-las e, em especial às partes, conhecer uma prévia aplicação concreta e individual de seu conteúdo, de forma a se poder falar em uma maior estabilidade social. Utiliza-se aqui essa expressão sem o intuito de pregar uma padronização fechada de aplicação, uma estagnação do sistema. Pelo contrário, no que tange à cláusula geral da boa-fé objetiva, é

plenamente viável e possível sua aplicação de maneira flexível e não menos segura.

Para que se tenha essa ideia em mente, precisa-se ter outra anterior, a de que “o Direito não é dado (*donné*), mas construído (*construit*)”. Entenda-se aqui o Direito como um todo, englobando-se o Direito do Trabalho. Com efeito, devem ser consideradas as palavras de Judith Martins-Costa, quanto à aplicabilidade das cláusulas gerais e à segurança jurídica:

Atuam, ainda — e esta é relevantíssima função, nem sempre bem percebida — como elemento de conexão ou ‘lei de referência’ para oportunizar, ao juiz, a fundamentação da sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes. Figure-se, por exemplo, num sistema no qual inexista cláusula geral em matéria de direito dos contratos, o julgamento de uma variedade de casos em que os magistrados vido inadimplemento contratual por parte de um ou de ambos contratantes, partes no litígio, pela infringência de certos deveres de conduta, positivos ou negativos, não previstos nem na lei nem no contrato. Uma tal decisão pode vir fundada, pelo juiz ‘A’ numa referência à equidade; pelo juiz ‘B’, ao princípio que veda o abuso do direito; pode outro juiz aludir, genericamente, aos princípios gerais do direito, e ainda outro pode buscar, para fundar o *decisum*, mesmo um princípio pré-positivo, ainda inexpresso legislativamente. Um último, por fim, imporá os mesmos deveres com base numa interpretação integradora da vontade contratual.

Em todas estas situações, a sentença poderá estar adequadamente fundamentada. Contudo, ninguém discutirá que a dispersão dos fundamentos utilizados dificultará sobremaneira a pesquisa dos precedentes, pois será quase impossível visualizar a identidade da *ratio decidendi* existente em todos os exemplos acima figurados, ‘a menos que seja facultado (ao juiz do caso atual) consultar toda a matéria de que se serviu o juiz (dos casos precedentes) na sua integralidade’ (46), o que se afigura, na prática, fantasioso. Mas é preciso convir que a diversidade dos fundamentos elencados não só problematiza a pesquisa jurisprudencial, como, por igual,

o progresso do Direito — pela dificuldade na reiteração da hipótese nova —, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes.

Dessa forma, a boa-fé fazendo parte do âmbito de legislação civil e sendo aplicada no âmbito trabalhista, fará com que as decisões fundadas em sua aplicação convirjam para um denominador comum, uma mesma fundamentação.

Já se observou, das jurisprudências trazidas ao longo deste texto, que a boa-fé objetiva foi aplicada pelos tribunais pátrios mesmo antes de sua existência no CDC, ou seja, demonstra-se que é um princípio geral do Direito que, mesmo carecendo de norma que o contenha, é aplicável. Não devem ser esquecidas as considerações sobre o cunho constitucional que o tema encerra.

Há possibilidade de certeza — e de justiça mesmo —, porque os operadores do Direito terão campo de atuação para adequar a norma à situação concreta, em face do dinamismo social e, conseqüentemente, ter-se-á uma aplicação do Direito mais próxima ao esperado pelas partes. Há possibilidade de certeza da cláusula geral da boa-fé objetiva, porque, embora faça parte dos conceitos jurídicos indeterminados, já se consegue delimitá-la aos casos concretos, seja como forma de interpretação, seja como limitação de direitos subjetivos, seja como criadora de deveres acessórios aos contratos.

Àqueles que temem a interpretação e aplicação dos juízes sobre o tema, deve ser trazida a seguinte consideração, lembrando-se sempre que estão sujeitos a um controle de sua atividade:

Ao juiz cabe uma margem residual livre de apreciação do caso, o que não significa que desenvolva um processo arbitrário ou irracional, pois a tarefa do julgador é a materialização das valorações, encontráveis, por exemplo, na Constituição e/ou nos princípios por ela consagrados, onde ao menos encontra uma direção previamente traçada pelo

legislador. Também o jurista deve indagar-se sobre os motivos práticos e observar os princípios ou critérios valorativos em que as formulações legislativas se baseiam e que são próprias do ordenamento jurídico.

Diante de tudo o que foi destacado, é necessário, para se tratar de segurança jurídica, que a doutrina e a jurisprudência construam o conteúdo da boa-fé objetiva, numa forma historicamente determinada, pois o positivismo não foi capaz de acompanhar os fenômenos que acompanharam os textos legais. Enfim, [...] a segurança jurídica do contrato não é mais decorrência da aplicação cega da lei do Código Civil, que considera a verificação formal de uma vontade livremente emitida. Ela é material (concreta e histórica), investigativa das condutas e dos resultados objetivos do contrato, escapando da concepção superada, de que a segurança estaria no adimplemento do contrato, pelo deveror.

Tampouco o pode ser da aplicação cega da lei da CLT. O contrato — interessa o individual de trabalho — deve ser uma cooperação entre os contratantes. Ambos devem convergir suas ações e omissões para a finalidade do pactuado (especialmente a função social e constitucional do trabalho), estando respaldados por um equilíbrio, o qual pode ser facilmente depreendido, quando há comportamentos mútuos cingidos de boa-fé objetiva.

Certamente, a segurança jurídica hodierna é aquela que pode privilegiar, nos contratos, nem só a letra fria da norma a eles atinente, nem só a vontade das partes, mas também a realidade dinâmica da sociedade.

Tudo há que ser sopesado, equilibrado para então poder se dizer o Direito ao caso concreto. Essa dicção, portanto, será forma de trilhar o amanhã, melhorado, dentro de sua realidade de amanhã.

## 5. CONCLUSÃO

A boa-fé é um conceito (indeterminado) ambivalente, como foi demonstrado, comportando um aspecto subjetivo e um outro diferente, o objetivo. A respeito deste é que foram tecidas maiores considerações no presente trabalho e é aplicável ao contrato individual de trabalho, seja por força da

Constituição de 1988, seja pela aplicação subsidiária do art. 422 do novo Código Civil (2002).

O sentido objetivo da boa-fé é aquele que lhe confere um caráter de dever de conduta, um *standard*, de agir conforme um homem médio agiria. Tal ação deve ser realizada dentro de parâmetros de lealdade, honestidade, correção, lisura. É uma forma eficaz de equilíbrio nas relações contratuais, portanto.

São três suas funções principais: interpretação, limitação de direitos subjetivos e criação de deveres anexos ao contrato. A interpretação não se restringe apenas ao conteúdo interno, às cláusulas do contrato de trabalho em si. A boa-fé objetiva atua tanto interna como integrando o contrato a todo o sistema jurídico vigente, especialmente em relação às disposições constitucionais que tratam do trabalho, elegendo-o inclusive, como um dos fundamentos da ordem econômica. Por outro prisma, é aplicada como forma de limitar direitos subjetivos, de maneira que realmente seja realizada a dicção popular de que “o direito de um vai até onde inicia o do outro”. Assim, o contrato de emprego deve ser expressão de cooperação e colaboração entre as partes, tanto empregador quanto empregado, sendo realmente sinalagmático. A boa-fé objetiva limita, pois, aplicações do abuso de direito e seus desdobramentos. Sob a função de criar deveres acessórios, funcionais, o contrato de trabalho é analisado como um processo, não apenas pelo vínculo existente entre empregado e empregador. Trata-se de um processo com início, meio e fim, pelo qual ambas as partes têm de colaborar, cada um a seu tempo, para a realização, a finalidade a que se propuseram mediante o contrato que firmaram.

Como ficou demonstrado, são deveres de informação e esclarecimento, sigilo, segredo, lealdade, proteção e diligência, que vão desde as tratativas até fatos posteriores aos contratos. Não são hipóteses estanques. Diante de tudo o que foi considerado no presente estudo, somente o caso concreto é que poderá ditar quais os deveres acessórios a ele atinentes, podendo ser, inclusive, mais de um ao mesmo tempo.

Neste ponto, é relevante a considerar que, embora cumprido o dever principal, se os deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva foram violados, de maneira que o referido dever principal não restou perfeitamente cumprido, pode-se afirmar que houve quebra positiva<sup>6</sup> do contrato. Por fim, foi abordado o tema da boa-fé objetiva como cláusula, pois é assim que aparece no novo Código Civil, em se tratando de contratos, e é assim que será aplicada ao contrato de trabalho. Foi demonstrado que uma cláusula geral necessita do caso concreto para que ganhe conteúdo, para que seja definida e aplicada. Abordou-se que sua determinação, em se tratando de boa-fé objetiva, é plenamente possível e que depende da atuação dos operadores do Direito, vistos não somente como o juiz, mas também como as partes, enfim todos aqueles envolvidos no litígio.

Espera-se, que com a previsão do tema pelo novo Código Civil, tanto doutrina quanto jurisprudência juslaborais se desenvolvam ativamente na busca da aplicação do tema, para que não reste esquecido.

Por fim, tratou-se da segurança jurídica relacionada à aplicação da boa-fé objetiva. Relatou-se que a segurança jurídica, enquanto certeza do Direito, sem adentrar nas discussões terminológicas que o tema possa suscitar, não deve ser sinônima de estagnação. Pelo contrário, o Direito deve acompanhar o desenvolvimento social, a dinâmica da sociedade, especialmente o contrato de trabalho pela sua grande influência nas relações sociais. A boa-fé objetiva vem conferir um novo panorama aos contratos tanto civis como trabalhistas, de forma a lhes propiciar um maior equilíbrio.” (*in* FUNÇÕES DA BOA-FÉ OBJETIVA NO CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABALHO. Ana Paula Pavelski. *Revista do TRT 9ª Região*, Curitiba, ano 31, n. 56, jan./jun. 2006,

Também sobre o tema, vale citar que a teoria francesa do abuso de direito. É fruto de construção francesa, para Menezes Cordeiro: “[...] a ideia de firmar limitações aos comportamentos dos sujeitos através dos direitos próprios de cada um. O abuso do direito é uma figura de grau

*elevado de abstracção. Está-lhe ligado o conceito de direito subjetivo, ele próprio muito abstracto. [...] A condenação de certos comportamentos, por abusivos, alicerça-se, pois, no espaço jurídico francês, em cisão com dados culturais romanísticos [...].*” CORDEIRO, A. M. da R. e M. *Da boa-fé no direito civil*. reimp. Coimbra: Almedina, 1997. p. 683-684.

Quanto à teoria do *venire contra factum proprium* “[...] o titular do direito, abstendo-se do exercício durante um certo lapso de tempo, criaria, na contraparte a representação de que esse direito não mais seria atuado; quando, superveniente, viesse agir, entraria em contradição.” In CORDEIRO, A. M. da R. e M., *op. cit.*, p. 809.

Sobre o tema da boa-fé objetiva, vale também citar excelente texto doutrinário do Juiz do Trabalho do TRT 12ª Região, Oscar Krost, publicado em 01/2012, *verbis*:

“... 2. Boa-fé objetiva como Princípio de Direito. Conceito. Histórico.

Inexiste um conceito abrangente de boa-fé no Ordenamento Jurídico Brasileiro, argumentando ARAÚJO (1996, p. 21) não possuir a expressão “uma definição exata, tanto no Direito Privado genericamente quanto no Direito do Trabalho especificamente”. Tal circunstância não resulta do acaso, sendo decorrência de sua própria evolução histórica no Direito Ocidental.

Em Roma, a questão recaía sobre o termo *fides*, separado em dois planos: interno e externo. O primeiro correspondia às promessas e aos deveres por proteção, do *cliens*, classe intermediária entre cidadãos e escravos, enquanto que o segundo dizia respeito à “submissão dos povos conquistados e sua assimilação à ordem romana”, também de acordo com ARAÚJO (1996, pp. 23-4).

Com o passar do tempo, o vocábulo passou a ser adotado de modo complexo, como *fides bona* ou *bona fides*, permitindo, em contendas submetidas a um Juiz, que a controvérsia fosse examinada de forma mais ampla e dinâmica, sem a fiel observância, comum à época, da ritualística vigente.

Sob a influência grega, houve uma aproximação da boa-fé à *aequitas* (equidade), fórmula de interpretação ou Princípio de Direito útil a orientar o julgador na resolução de casos não disciplinados pelas regras.

Posteriormente, a partir da Idade Média, incorporou o Direito Romano, pelo contato com a cultura germânica, a ideia de lealdade e confiança à boa-fé, figurando pela primeira vez em uma codificação em 1804, no Código Civil de Napoleão. Porém, era tido como um valor menor, prevalecendo uma visão individualista pautada na autonomia da vontade (ARAÚJO, 1996, pp. 26-7). Neste cenário, o Juiz deveria atuar como mero aplicador da lei, a qual pretendia reger todas as hipóteses fáticas, sem qualquer lacuna ou contradição.

Apenas em 1900, com o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*), alcançou a boa-fé maior reconhecimento, sendo feita, inclusive, a distinção entre suas faces subjetiva e objetiva (*guter glauben e treu und glauben*), vindo a influenciar diversas codificações, por todo o mundo, como a italiana (1942), portuguesa (1966) e espanhola (1974) (HENTZ, 2007).

No ordenamento jurídico brasileiro, foi positivada pela primeira vez no Código Comercial (1850, art. 131, “1”), não alcançando qualquer efetividade, tendo papel limitado a mero critério de interpretação.

O registro seguinte no país veio com o Código Civil (1916, art. 112), novamente com pouca importância, por conta da pretensão de Clóvis Bevilacqua, autor do projeto, à plenitude e de seu apego à segurança, certeza e clareza, inviabilizando a formulação de cláusulas abertas, segundo MARTINS-COSTA (2000, p. 267).

Após o término da Segunda Grande Guerra, ainda sob o impacto do legado deixado por regimes ditatoriais legitimados pelo positivismo jurídico levado a seu extremo, ocorre a reavaliação em diversos países das estruturas que formavam cada ordenamento normativo, perdendo espaço o modelo rígido, com aspiração à completude e sem incongruências, composto basicamente por regras formais harmonizadas segundo critérios lógicos e primando pela segurança jurídica.

Ganha evidência o conceito de um complexo de normas, aí incluídos além das regras os Princípios, inacabado e em constante evolução, objetivando um maior grau de justiça. Os valores, considerados até então um mal a ser expurgado do direito, passam a ocupar o papel de legítima fonte, deixando o Juiz de ser “a boca da lei”, para se tornar um verdadeiro construtor do sentido das normas.

A este respeito, leciona REALE (2003):

“O resultado da compreensão superadora da posição positivista foi a preferência dada às normas ou cláusulas abertas, ou seja, não subordinadas ao renitente propósito de um rigorismo jurídico cerrado, sem nada se deixar para a imaginação criadora dos advogados e juristas e a prudente, mas não menos instituidora, sentença dos juízes.”

Assim, quase ao final do século XX, pela promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90, arts. 4º, inciso III, e 51, inciso IV), consequência direta dos fundamentos adotados pela nova Constituição, em especial ao presente estudo, de valorização social do trabalho e da livre-iniciativa (1988, arts. 1º, inciso IV e 170), ocorre a plena consagração da boa-fé objetiva no direito brasileiro, como elemento útil à interpretação de cláusulas contratuais e à integração das obrigações.

Seguindo a escola alemã, também no Brasil há consenso na doutrina e na jurisprudência sobre a manifestação da boa-fé sob duas vertentes diversas, porém, complementares: a subjetiva e a objetiva.

A primeira corresponde ao *animus* dos sujeitos envolvidos na relação jurídica e ocupa o plano volitivo, de intenções. É capaz de acarretar a declaração de invalidade do negócio, quando maculada por vício grave (art. 112 do Código Civil).

A segunda se apresenta como um “padrão ético de conduta e lealdade, indispensável para o próprio desenvolvimento normal da convivência social”, nas palavras de AGUIAR JÚNIOR (1991, p. 239), ou seja, o agir de quem se preocupa de modo razoável em não causar danos a terceiros, sob quaisquer aspectos (art. 749 do Código Civil).

Para COUTO E SILVA (1976, p. 30), a boa-fé objetiva “contribuiu para determinar ‘o que’ e ‘como’ da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da prestação”, esclarecendo PONTES DE MIRANDA (2000, p. 374):

“Regras de boa-fé são regras do uso do tráfico, gerais, porém, de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não cogente, para enchem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e de certo modo servirem de regras interpretativas.”

Ambas as faces se encontram em todos os vínculos, não sendo a subjetiva, por vezes, passível de análise ou prova pela parte contrária, o mesmo não ocorrendo com a objetiva.

Por conta do grau de abstração e da importância para as relações obrigacionais, é considerada verdadeiro Princípio Geral de Direito (AGUIAR JÚNIOR, 1991, p. 239), do qual emanam legítimas diretrizes, as quais, para PLÁ RODRIGUES (1978, p. 15), possuem tripla função, pois “podem servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos”.

Apresenta-se no Direito Brasileiro, explícito quanto ao conceito, porém, implícito, no tocante ao dever de observância (arts. 113, 187 e 422 do Código Civil).

Acerca dos Princípios implícitos, de grande valia a posição de GRAU (2002, p. 38), no sentido de que “não constituem criação jurisprudencial; e não preexistem externamente ao ordenamento”, sendo, na realidade, apenas descobertos em cada caso, pois se “encontravam, em estado de latência”.

A relação de emprego, por conta da desigualdade de forças dos contratantes é influenciada pelo Princípio Protetivo e suas projeções (*in dubio pro operario*, aplicação da regra mais favorável e da condição mais benéfica), atraindo a influência dos demais, principalmente o da Boa-Fé Objetiva, em todas as fases do contrato (antes, durante e depois), norteando o agir de ambos os sujeitos.

3. Boa-fé objetiva na relação de emprego. Fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Embora as obrigações principais de empregado e empregador sejam prestar trabalho e pagar salários, não há como deixar de reconhecer a complexidade alcançada pela relação de emprego, verdadeiro feixe obrigacional, sendo que notória a relevância do agir ético por ambos os sujeitos nos lapsos pré-contratual, contratual e pós-contratual.

Na fase anterior à admissão do trabalhador, devem os contratantes evitar a criação de falsas expectativas no outro, fornecendo informações verídicas a respeito de tudo o que for relevante ao ajuste, independentemente de solicitação, tal como experiências prévias, conhecimentos técnicos, valores de salários, horários de trabalho e benefícios, sempre observados os limites estabelecidos em lei (art. 373-A, inciso IV, da CLT).

Encerrada a etapa de tratativas, ficam os sujeitos vinculados às próprias ofertas (art. 427 do Código Civil), não podendo delas desistir sem uma justificativa relevante, sob pena de gerar danos e o dever de repará-los.

Neste sentido, os seguintes precedentes:

**EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE.** Demonstrado nos autos não só a promessa de emprego por parte da empresa, como também, a prática de ato que levou o autor a uma legítima expectativa de contratação, em estrita violação ao princípio da boa-fé objetiva, o deferimento de indenização pela perda de uma chance é medida que se impõe, a qual deverá reparar os danos sofridos pelo demandante quanto à 'perda da oportunidade de concretização da vitória esperada, *in casu*, a contratação e prestação de serviços em prol da Reclamada' (Sentença, fl. 153). (TRT da 3ª Região, processo n. 0000035-32.2011.5.03.0012, relator Des. Federal do Trabalho Marcelo Lamego Pertence, 7ª turma, publicado em 09.6.2011.)

**EMENTA: PROMESSA DE CONTRATAÇÃO FRUSTRADA. FASE PRÉ-CONTRATUAL. DANO MORAL.** Tendo havido entrevista, exame admissional, abertura de conta para recebimento de salário e entrega da documentação, há a formação de um pré-contrato, fase em que também as partes devem respeitar o princípio da boa-fé

objetiva consagrado no art. 422 do Código Civil. A promessa de contratação frustrada por parte da reclamada caracteriza a afronta à boa-fé, gerando a obrigação de indenizar o empregado pela falsa expectativa criada. Recurso da reclamada a que se nega provimento. (TRT da 4ª Região, processo n. 00305-60.2010.5.04.0304-RO, relator Des. Federal do Trabalho Hugo Carlos Scheuermann, 4ª turma, publicado em 08.11.2010.)

**EMENTA: PRÉ-CONTRATO — TRATATIVAS CONSISTENTES — DEVER DE INDENIZAR** — Desse comportamento exsurge o dever de indenizar: em que uma parte viola o dever de boa-fé das negociações que antecedem o contrato e lesa, com esse comportamento, outra pessoa. Trata-se da violação à boa-fé objetiva, relativa ao dever recíproco de se comportar com lealdade, boa-fé esta que se exige dos contraentes desde o momento anterior à formação do contrato até, muitas vezes, após seu término, como é o caso do sigilo de empresa, que exige do ex-empregado a abstenção de revelá-lo mesmo após anos de ruptura contratual. A injusta frustração de uma expectativa razoável na futura conclusão do contrato é fato jurígeno do dano moral (art. 427 do CCB). Não é necessário, portanto, a prova da violação da boa-fé subjetiva, bastando, para fins de delineamento do dano moral e material, a ruptura às figuras parcelares da boa-fé objetiva (teoria dos atos próprios), notadamente do *venire contra factum proprium*, que veda atos contraditórios dos sujeitos nas negociações, como forma de coibir o abuso de direito. (TRT da 15ª Região, processo n. 0000413-35.2010.5.15.0029-RO, relatora Desa. Federal do Trabalho Mariane Khayat, 1ª turma, 2ª câmara, publicado em 11.3.2011.)

Com efeito, não pode o trabalhador, em observância ao Princípio da Boa-Fé Objetiva, ser levado a crer, por quaisquer motivos, que foi contratado, embora tal fato não tenha ocorrido. O dever de informação impõe aos empregadores, mesmo os apenas potenciais, a obrigação de deixar clara e de forma inequívoca a realização de mera entrevista ou triagem para banco de currículos, sem prazo definido para chamamento ou certeza de sua realização.

Deixar de assim atuar, configura postura omissiva e negligente, contrária a um padrão de comportamento desejável e cauteloso, provocando situações dúbias e potencialmente lesivas.

No direito norte-americano, por exemplo, é comum ser questionada perante o Judiciário a validade da exigência de determinados requisitos para a ocupação de um posto de trabalho, reconhecida apenas em casos de motivo plausível, como em atendimento às necessidades do negócio (*business necessity*) ou à qualificação ocupacional de boa-fé (*BFOQ - Bona Fide Occupational Qualification*) (JAKUTIS, 2006, pp. 156-7).

No curso do contrato, dada a multiplicidade de direitos e deveres de cada um dos sujeitos, seu trato sucessivo e o prazo indeterminado, ainda maior se faz a influência da boa-fé objetiva.

No rol dos arts. 482 e 483 CLT, são descritas de modo genérico condutas atribuíveis aos integrantes da relação de emprego, cuja gravidade pode amparar sua terminação.

O grau de indefinição de algumas hipóteses, verdadeiras cláusulas abertas, ainda que alvo de críticas, possibilita concretamente a atualização de seu conteúdo pelos Operadores do Direito, pela via hermenêutica, sem necessidade de modificação do texto.

A embriaguez habitual ou em serviço (art. 482, alínea “f”, da CLT), por dificultar a execução do contrato, prejudicar o desempenho do trabalhador, acarretar problemas de relacionamento com colegas, superiores e até clientes, por exemplo, foi considerada falta a ensejar a despedida por justa causa.

Contudo, quase 70 anos após a criação da norma, incontáveis e expressivas modificações ocorreram em todo o mundo, nas mais variadas áreas do conhecimento, alterando de modo significativo a vida em sociedade.

Com isso, determinados fatos, como a embriaguez, foram objeto de análise, sendo revelada sua condição de verdadeira patologia, tratada pela OIT como “síndrome de dependência” (CID F10.2). Acaba desconstituída a imagem do alcoolismo como falha de conduta.

Promover a dispensa de empregado doente, lhe atribuir a pecha de culpado pelo término da relação, lhe privar do recebimento de verbas alimentares e do acesso ao seguro-desemprego, agravando ainda mais situação de vulnerabilidade já acentuada, são atos diametralmente contrários a um *standard* de conduta e diligência, ferindo, inclusive, a função social do contrato (art. 421 do Código Civil).

Ao invés disso, deve o empregado ser encaminhado a tratamento clínico, a fim que seja enfrentada a moléstia como tal, dando margem ao pagamento pelo INSS de auxílio-doença ou mesmo de aposentadoria por invalidez, conforme recomendar o caso, e à suspensão ou extinção do contrato (Lei n. 8.213/91, arts. 42 e 59).

Embora tal enfrentamento não possua previsão expressa em lei, decorre, como defendido por GOLDSCHMIDT e MÜLLER (2005, pp. 143-4), de “uma reinterpretação da alínea ‘f’ do art. 482 da CLT à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e do *caput* do art. 7º da Constituição”, sendo ponderado com propriedade, que “a punição hoje é, além de ineficaz, completamente descontextualizada”.

No tocante aos contratos a prazo determinado, em específico o de experiência, a boa-fé objetiva também possui relevância a ser examinada.

Concretizada a admissão do trabalhador para um período de testes, a prazo certo, pode qualquer das partes, antes do decurso ou da conversão em contrato a prazo indeterminado, pôr fim ao negócio, bastando pagar ao outro contratante uma indenização em valor limitado por lei, de acordo com o disposto nos arts. 479 e 480 da CLT.

Da literalidade destas regras, conclui-se regerem hipótese rara no Direito do Trabalho, na qual a autonomia da vontade pode ser livremente exercida.

Ocorre que em matéria obrigacional, por vezes, as formas acabam por subverter o conteúdo, causando uma ilusão a quem busca analisá-lo.

Como já sustentado, devem os contratantes ser diligentes em todos os sentidos, não

criando falsas expectativas na parte contrária e adotando as medidas necessárias a minimizar riscos.

Formalizar negócio a prazo e, em exíguo tempo, insuficiente de modo notório para avaliar o posto de trabalho e o próprio trabalhador, promover sua extinção, sem qualquer motivo relevante, demonstra quebra de um padrão minimamente ético.

Mais uma vez, reconheço não haver lei que obrigue os contratantes a fundamentar a manifestação de vontade de promover a extinção antecipada. No entanto, ao assim proceder, o sujeito rompe a justa expectativa do outro, dando margem a prejuízos das mais variadas ordens, causados pelo desligamento de emprego anterior, cessação da busca de novo posto, iniciação de treinamento e substituição, bem como risco concreto de perda para um concorrente de um candidato pré-selecionado, por exemplo.

A este respeito, o seguinte precedente do TRT da 15ª Região, de lavra da Exma. Des. Federal do Trabalho Gisela R. M. de Araujo de Moraes:

**EMENTA: DANO MORAL. DEMISSÃO NO DIA SEGUINTE AO DA CONTRATAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA DO EMPREGADO VIOLADA.** O dano moral encontra fundamento legal nas disposições contidas no art. 5º, V e X, da Carta Constitucional, caracterizando-se pela violação de direitos individuais, a saber: a intimidade, privacidade, honra e imagem da pessoa. A violação de quaisquer desses direitos deve ser provada e demonstrado que a vítima suportou sentimentos de humilhação, desamparo e teve seu estado psicológico abalado. Excluem-se, portanto, a comoção resultante de fatos regulares da vida, os melindres particulares desta ou daquela pessoa e as suscetibilidades decorrentes da maior sensibilidade desta ou daquela vítima. No presente feito, caberia ao reclamante provar as repercussões que o alegado ato ilegal produziu na esfera social, o que, após, consultar os autos, verifica-se que assim o fez. As provas dos autos demonstram que foi a recorrente quem convocou a obreira para participar, como única candidata, ao cargo de auditora júnior; que foi

submetida à entrevista, exame admissional, abriu conta corrente em banco indicado pela empresa, participou de treinamento de Integração de Novos Colaboradores, sendo, inclusive, diplomada; recebeu o manual de solicitação e utilização de veículos da reclamada e que iniciou, de fato, a prestação de serviços, sendo dispensada no segundo dia após sua admissão, sob o fundamento de que a Diretoria não havia sua contratação. Desta forma, a reclamada, ao despedir a obreira no dia seguinte a sua admissão, violou a boa-fé objetiva da autora, a qual deve ser plenamente reparável na forma dos dispositivos civilistas retro mencionados (arts. 187 e 927 do CC/02). Recurso ordinário conhecido e não provido. (Processo n. 00446-2009-065-15-00-4-RO, 3ª Turma, 5ª Câmara, Publicado em 2.7.2010.)

Mesmo entendimento acerca do agir prudente teria aplicação a situações envolvendo acidentes de trabalho no curso do período de prova.

Afastado o trabalhador por tempo superior a 15 dias e suspenso o contrato, via de regra, quando da alta previdenciária e de seu retorno, sequer lhe é exigido o cumprimento dos dias faltantes, sendo majoritária na jurisprudência a posição acerca da incompatibilidade entre a natureza a prazo certo do pacto e o direito à preservação do emprego por, no mínimo, 12 meses (Lei n. 8.213/91, art. 118). De fato, não há como impedir o empregador de considerar resolvido o negócio pelo decurso de prazo, por sua própria natureza. Contudo, ante a peculiaridade da ocorrência de um sinistro de média gravidade, plenamente razoável exigir a exposição do motivo que levou à rejeição da experiência, por presumível que o término do liame tenha decorrido, na realidade, dos efeitos do acidente, o que configura prática discriminatória e atrai a aplicação do disposto na Lei n. 9.029/95, art. 4º, c/c art. 129 do Código Civil, e não da falta de predicados do trabalhador.

Mesmo após o término do pacto, seguem as partes com algumas obrigações recíprocas, nem sempre expressas e por isso dedutíveis da cláusula geral de boa-fé.

Como exemplos, os deveres de guardar sigilo por segredos industriais e dados privilegiados, de não prestar informações falsas e difamatórias, de não agir de modo a causar constrangimento público ou embaraço à recolocação no mercado ou, ainda, de manter benefícios não suprimidos tão logo findo o contrato.

Sobre o tema, as seguintes decisões:

**EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL PÓS-CONTRATUAL — ATO LESIVO À BOA FAMA DA EX-EMPREGADA — DANO MORAL.** A reclamante logrou comprovar que o reclamado, diante de novo emprego ou simples proposta, comunicava-se com o novo ou potencial empregador, maculando sua imagem. A conduta, antijurídica e lesiva à boa fama da ex-empregada, viola o princípio da boa-fé objetiva, que deve orientar os parceiros contratuais na celebração e execução do contrato, assim como nas fases pré e pós-contratual. Confirma-se, por isso, a r. sentença que condenou o reclamado ao pagamento de indenização por danos morais. (TRT da 3ª Região, processo n. 0168200-93.2009.5.03.0050-RO, relatora Juíza Convocada Taísa Maria Macena de Lima, 10ª turma, publicado em 30.11.2010.)

**EMENTA: RECURSOS ORDINÁRIOS DO RECLAMADO E DO RECLAMANTE. MATÉRIA COMUM. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MONTANTE.** Reclamante xingado e ameaçado via rede mundial de computadores pelo seu antigo empregador, em virtude daquele ter ajuizado reclamação trabalhista. Dano moral configurado. Indenização adequadamente arbitrada. Recursos desprovidos. (TRT da 4ª Região, processo n. 0000098-34.2010.5.04.0701-RO, relatora Desa. Federal do Trabalho Maria da Graça Ribeiro Centeno, 7ª Turma, publicado em 09.12.2010.)

**EMENTA: QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA.** A confiança é um dos fundamentos dos negócios jurídicos. A constituição de uma relação de confiança se realça quando vinculada a uma situação de fato que, no caso, vinha sendo mantida entre as partes desde 1979, como informa a petição inicial. Na espécie, a legítima expectativa do reclamante derivou

da manutenção espontânea do seu plano de saúde por parte da ré, mesmo após a aposentadoria por invalidez. Por esse ato, dotado de inegável eficácia negocial, a ré vinculou-se na manutenção do plano de saúde do autor, fazendo com o que o demandante criasse uma sensação de segurança de que poderia contar com aquele benefício para fazer frente ao tratamento da doença que o torna incapaz para o trabalho. (TRT da 4ª Região, processo n. 0000222-65.2010.5.04.0006-RO, relator Juiz Convocado Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, 7ª turma, publicado em 14.10.2010.)

**EMENTA: DIREITO AO TRABALHO — CLÁUSULA CONTRATUAL PROIBITIVA DO EXERCÍCIO LIVRE DO TRABALHO — DANO MORAL.** A Declaração Universal dos Direitos Humanos registra, expressamente, que ‘toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do seu trabalho e a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego’. O direito ao trabalho trata-se de postulado inerente à própria natureza humana. A Constituição da República adotou o primado do trabalho ao dispor a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho como alguns dos fundamentos da República (CF/88 — art. 1º, incisos III e IV). Nesse sentido, é abusivo ato do empregador que de forma unilateral dispensa o empregado da prestação de serviços e ao mesmo tempo cria óbice contratual que impede o exercício de atividade laboral livre sem sua prévia autorização e, diante desse fato, propõe distrato. Esse mecanismo antijurídico e nefasto imposto pelo empregador não lhe traz nenhuma utilidade, mas reflete apenas a intenção de prejudicar o empregado, atingindo regras de conduta contratuais anexas que se encontram presentes em cláusulas gerais referente à boa-fé objetiva, função social do contrato, dignidade pessoa. Nessas circunstâncias, o processo pelo qual passou o obreiro traduz típico assédio moral. O dano moral advindo desse abuso de direito presume-se *jure et de jure*, decorre da própria ocorrência do fato. O obreiro teve a sua honra objetiva e subjetiva aviltada de forma grave. (TRT da 9ª Região, processo n.

00746-2008-892-09-00-3-RO, relatora Des. Federal do Trabalho Ana Carolina Zaina, 2ª turma, publicado em 8.10.2010.)

**EMENTA: INFORMAÇÕES DESABONADORAS SOBRE EX-EMPREGADO. DANO MORAL.** O empregador não está obrigado a prestar informações sobre o ex-empregado, mas ao fazê-lo não pode prestar informes que comprometam a vida profissional do trabalhador, inclusive a existência de ação trabalhista. Demonstrado nos autos que a empresa informava a quem lhe pedia referências que o empregado havia ajuizado ação trabalhista e decorrendo deste fato longo período de desemprego, forçosa a manutenção da sentença que deferiu o pagamento de indenização por dano moral, até para coibir atos desta estirpe, que configura verdadeira ‘lista negra’, atenta contra o direito de petição e incentiva o descumprimento da lei trabalhista, com prejuízo que ultrapassa a seara individual. (TRT da 12ª Região, processo n. 02233-2009-018-12-00-6, relator Juiz José Ernesto Manzi, 2ª câmara, publicado em 17.3.2010.)

Diante das ponderações formuladas, cabe aos Operadores do Direito aprofundar o debate acerca da influência do Princípio da Boa-Fé Objetiva sobre as obrigações que compõem o contrato de trabalho, a fim de promover o aperfeiçoamento das relações e a adoção de um padrão de agir diligente em face do outro, verdadeiro mandamento constitucional (arts. 1º, inciso IV, e 170) e primeiro passo rumo à construção de uma sociedade livre, justa e solidária indispensável à efetivação da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, inciso III, e 3º, inciso I, da Constituição). (*in* KROST, Oscar. Boa-fé objetiva: balizador de condutas na relação de emprego. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3109, 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20779>>. Acesso em: 18 fev. 2015.)

Vale citar interessante acórdão proferido nos autos do PROCESSO N. 00010-2006-104-04-00-0:

“... O conteúdo contratual é composto por pelo menos duas espécies de deveres, os deveres de prestação e os deveres de proteção. Os primeiros dizem respeito à prestação que caracteriza o tipo contratual, constituindo, no

contrato de trabalho, a prestação de serviços, pelo empregado, e a paga de salário, pelo empregador (deveres primários de prestação). Os deveres de prestação, correspondentes ao direito à prestação, não esgotam, contudo, o conteúdo da relação obrigacional, sintetizando Judith Martins-Costa:

“A relação obrigacional (...) não concretiza, tão somente, o “direito a pretender uma prestação” (como o dever principal de prestação), mas engloba, finalisticamente coligados, também deveres de prestação colaterais e outros deveres de conduta, inclusive os deveres de proteção, deveres instrumentais (anexos à obrigação principal ou autônomos) além de poderes formativos (ou “direitos potestativos”), ônus, expectativas legítimas que não se confundem com direitos adquiridos e meras legitimações a receber atos jurídicos de uma certa relevância.”

Assim defluem do contrato, por conta dos princípios da boa-fé objetiva e a proteção à legítima confiança, deveres de proteção, entre os quais o dever de não defraudar imotivadamente a confiança legitimamente despertada na contraparte, como assegura Mário Júlio de Almeida Costa, em seu livro tantas vezes citado como repositório da doutrina europeia mais atualizada:

“As exigências pragmáticas do tráfico jurídico e uma legítima aspiração a um direito objetivamente justo postulam que não se atenda apenas à intenção ou vontade do declarante, mas também à sua conduta e à confiança do destinatário.”

No plano dogmático, pela expressão “princípio da confiança”, diz a doutrina, “se está hoje a indicar a fonte produtora de deveres jurídicos e o limite ao exercício de direitos e poderes formativos, tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no *alter*, pela própria conduta”.

Com efeito, tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigacionais, espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos. Atuam aí os princípios da proteção da boa-fé objetiva — criando deveres de cooperação, informação e lealdade — e, fundamentalmente, da confiança — vinculando

as partes a não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta.

Explica a doutrina:

“Considerados individualmente, pode-se dizer que os deveres de lealdade constringem as partes a não praticar atos (comissivos ou omissivos), anteriormente à conclusão do contrato, durante a vigência dele ou até após a sua extinção, que venham frustrar as legítimas expectativas encerradas no ajuste, ou dele legitimamente deduzidas. Assim, tais deveres vedam ao contratante obstaculizar a execução do contrato, proibindo este, por exemplo, de prevalecer-se de uma situação que contribuíra para criar, em prejuízo do parceiro contratual, ou de uma condição que ajudara a não implementar ‘auxiliando o acaso’, como, ironicamente, refere a doutrina francesa a propósito do art. 1.178 do Code Civil.”

Há, assim, instrumentalmente voltados para a proteção da legítima confiança, o nascimento de deveres de proteção, que devem ser observados pelos contratantes, sob pena de inadimplemento obrigacional na modalidade conhecida como violação positiva do contrato. Os deveres de proteção mais se impõem quanto maior é a assimetria entre os contratantes, encontrando expressão manifesta no Direito do Trabalho. Com efeito, se por um lado a confiança é um dos fundamentos dos negócios jurídicos, por outro a constituição de uma relação de confiança se realça quando vinculada a uma declaração negocial, assinalando-se:

“Nenhuma ordem jurídica poderia tolerar que os negócios jurídicos fossem atos de leviandade, mutáveis segundo o arbítrio exclusivo de uma das partes, sem nenhuma consideração aos legítimos interesses do *alter*. Pelo contrário, os negócios jurídicos pressupõem declarações marcadas pela seriedade, sendo, como são, dotados de consequências jurídicas, uma vez que as declarações negociais são, por sua própria função, especialmente capazes de gerar um qualificado grau de certeza - e, portanto, de confiança - sobre os significados da conduta da contraparte. A manifestação negocial,

assim, constitui a confiança legítima, ao mesmo tempo em que o negócio jurídico se fundamenta na confiança.”

(...)

Sabe-se que as declarações unilaterais recepções, uma vez recebidas pelos destinatários, vinculam obrigacionalmente, constituindo verdadeira fonte obrigacional. Essa vinculação se dá porque mesmo os negócios unilaterais, registrando Menezes Cordeiro:

“O Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela necessidade de proteger a confiança que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes da comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele.”

Há, assim, estreita ligação entre eficácia de vinculação das promessas e demais negócios unilaterais e o princípio da confiança. Observe-se a doutrina:

“Trata-se, evidentemente, de uma confiança adjetivada — a confiança legítima (também dita “expectativa legítima”). O qualificativo “legítima”, aposto à ideia de confiança ou de expectativa confere objetividade ao princípio, afastando-o das puras especulações psicológicas. (...) Assim objetivada e dotada que é de conteúdo moral e de relevância econômica, a confiança acaba por compor o núcleo do Direito das Obrigações atual e, vinculada que é à boa-fé objetiva, transforma-se em fonte de eficácia jurídica, servindo, também como fundamento da vinculabilidade dos negócios jurídicos.”

Tal declaração unilateral, criando uma expectativa legítima na parte contrária, vincula juridicamente o sujeito que as produziu. O rompimento da conduta declarada, que pautou o comportamento alheio, se constitui, portanto, em verdadeiro inadimplemento negocial.

A propósito, nesse sentido, a lição de Jorge Cesa Ferreira da Silva:

“Aplicada sobre a relação obrigacional, portanto, a boa-fé — incluindo-se nela a ideia de confiança — desenvolve uma eficácia que se inicia com os primeiros contatos negociais

entre as partes, passa pelo desenvolvimento do vínculo e sua interpretação e atinge os deveres posteriores à prestação.” (in <www.flaviotartuce.adv.br>. **Julgado do TRT — RIO GRANDE DO SUL — QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA E VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO. Quebra da boa-fé objetiva e violação positiva do contrato.** (PODER JUDICIÁRIO FEDERAL TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO – ACÓRDÃO PROCESSO N. 00010-2006-104-04-00-0.)

Do quadro fático que emerge dos autos, repita-se, tem-se que a Recorrente saiu de férias, após receber ao fim do ano letivo e ao retornar, no primeiro dia do ano letivo de 2010 (1º de fevereiro de 2010), foi dispensada.

Ora, a reclamante tinha a legítima expectativa, aliás, uma quase certeza de que lecionaria no primeiro semestre de 2010, após ter recebido no final de 2009, a carga horária do primeiro semestre do ano de 2010.

Por essa declaração, dotada de inegável eficácia negocial, declarou o agravado que tinha interesse na manutenção do contrato de trabalho e na prestação de serviços da recorrente, naquela disciplina do curso de Direito, por mais aquele semestre, pelo menos. Declarando-a, assumiu a responsabilidade pelo seu cumprimento, ou pelos danos advindos da violação da promessa geradora de confiança.

Resta clara a violação à boa-fé.

Considerando o acima exposto, surge o dever de indenizar quando o agente pratica ato ilícito que frustra as legítimas expectativas da vítima de alcançar uma situação fática ou juridicamente favorável. Não quaisquer expectativas, **mas aquelas reais e sérias**, que muito provavelmente se implementariam caso não houvesse a interferência indevida no fluxo natural dos acontecimentos. O fundamento legal para tal preceito se encontra, primeiramente, nos arts. 5º, V, e X, da Carta Maior, que constituem a cláusula geral de responsabilidade pela consecução de danos morais. No plano

infraconstitucional, temos os arts. 186, 187, 402, 422, 927, 949, todos do Código Civil, que ampliam o espectro indenizatório e autorizam a indenização em tela.

Vale também salientar que o art. 187, do Código Civil Brasileiro, prescreve que “... *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 e pelos bons costumes*”.

E, mais uma vez, repita-se a boa-fé objetiva restou claramente violada no caso em tela.

Versando o contrato de trabalho a respeito de rubricas de natureza eminentemente alimentar, os princípios de probidade e boa-fé inscritos no art. 422 do Código Civil possuem função integrativa e são plenamente aplicáveis às relações de trabalho (não somente de emprego), rendendo ensejo à conclusão de que comete abuso de direito quem contraria a boa-fé.

A boa-fé — que deve estar presente em todas as fases de um contrato de trabalho (pré-contratual, contratual e pós-contratual) — é o elemento intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana que inspira a vedação de conduta antiética.

Nesse sentido e de acordo com a nova sistemática constitucional, orientada sobremaneira pelo princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, inciso I, da CF, os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Corolário lógico da função social do contrato de trabalho é que a dignidade do empregado não pode ser violada a pretexto da defesa do patrimônio da empresa. Isso porque o direito de propriedade tem como condicionante o preenchimento do requisito constitucional da

função social. Uma vez violada a dignidade do trabalhador pelo uso do direito de propriedade do empregador, resta configurada a ilicitude em razão do exercício abusivo de um direito.

Considerando o princípio da boa-fé objetiva insculpido no art. 422, do Código Civil e o quadro fático delineado pelo v. acórdão, em que resta claro que a Recorrente foi dispensada no primeiro dia do ano letivo, a decisão impugnada viola de forma literal e direta os arts. 422 e 187, do Código Civil, viabilizando o processamento do recurso de revista, com fulcro no art. 896, “c”, da CLT.

**Logo, conheço do recurso de revista, por violação aos arts. 422 e 187, do Código Civil.**

## MÉRITO

Cuida-se de pedido de indenização por danos morais decorrente da dispensa imotivada de professor no início do ano letivo que lhe tirou qualquer oportunidade de buscar outra colocação no mercado até que se abrisse a contratação de professores para o outro semestre do ano letivo. A Reclamante entende que, dadas as peculiaridades inerentes ao ofício do magistério, que dificultariam a recolocação do profissional no mercado de trabalho com o ano letivo em curso, a conduta do empregador configura abuso de direito.

Resta incontroverso que a autora laborava os três **turnos na mesma instituição de ensino e que foi dispensada no início do ano letivo de 2010 (1º de fevereiro de 2010), aliás, no primeiro dia do ano letivo de 2010.**

Para o deslinde da controvérsia, é peremptório aferir se constitui ato ilícito e/ou abuso de direito a conduta da Reclamada, instituição de ensino, de dispensar imotivadamente professor no primeiro dia do ano letivo.

Pois bem.

Vale destacar as peculiaridades do mercado de trabalho dos docentes, que, em razão da duração do ano letivo, não tem uma rotatividade costumeira e contínua como a dos demais trabalhadores.

O quadro fático delineado nos autos demonstrou que a dispensa do agravante deu-se no início do ano letivo — *in casu*, no primeiro dia do ano letivo.

É prática mezinha que o planejamento do corpo docente é realizado pelas instituições de ensino no final do semestre letivo, a fim de organizar e compor o quadro de professores para o próximo semestre.

Ou seja, no caso em comento, conforme consignado no v. acórdão, a autora foi dispensada no início do ano letivo (em 1º/fevereiro/2010), embora tenha definido no final de 2009 a carga horária do semestre seguinte bem como as disciplinas que lecionaria.

O v. acórdão embasou-se no direito potestativo resguardado ao empregador e delineou que a dispensa no início do ano letivo, ainda que dificulte a realocação imediata do autor, não é ilícita, pois é direito potestativo do empregador extinguir o contrato de trabalho.

Cumprido observar que o poder diretivo do empregador não é ilimitado e desarrazoado, mas ao contrário, possui muitos limites, inclusive constitucionais.

A limitação dos poderes do empregador é um imperativo oriundo da observância dos direitos fundamentais. Inúmeros limites constitucionais podem ser lembrados quando do exercício dos poderes empresariais: a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e não discriminação, da inviolabilidade da intimidade e da honra e a proibição de tratamento desumano e degradante. E há outros limites, previstos no Direito Civil, que regulam os contratos em geral, que também impõe restrições ao direito potestativo de rescisão unilateral do contrato de trabalho e, entre eles, o princípio da boa-fé objetiva.

Vale destacar as peculiaridades do mercado de trabalho dos docentes, que, em razão da duração do ano letivo, não tem uma rotatividade costumeira e contínua como a dos demais trabalhadores, já que dificilmente há contratação de professores durante o semestre, à exceção

dos casos de licença-maternidade ou de licenças médicas que antecipadamente se sabe que será de grande duração (tipo acidentes de carro, AVC, etc.). O mais corriqueiro é que os professores iniciem o ano já com definição do número de horas-aula bem como das disciplinas que ministrarão.

O quadro fático delineado nos autos demonstrou que a dispensa do agravante deu-se no início do ano letivo — *in casu*, exatamente quando retornariam as aulas (1º de fevereiro de 2010).

Conforme já ressaltado, o planejamento do corpo docente é realizado pelas instituições de ensino no final do semestre letivo, a fim de organizar e compor o quadro de professores para o próximo semestre, levando em conta o número de alunos, disponibilidade de horários dos docentes, etc.

O v. acórdão embasou-se no direito potestativo resguardado ao empregador e delineou que a dispensa no início do ano letivo, ainda que dificulte a realocação imediata do autor, não é ilícita, pois é direito potestativo do empregador extinguir o contrato de trabalho.

Cumpra observar que o poder diretivo do empregador não é ilimitado e desarrazoado, mas ao contrário, possui muitos limites, inclusive constitucionais.

A limitação dos poderes do empregador é um imperativo oriundo da observância dos direitos fundamentais. Inúmeros limites constitucionais podem ser lembrados quando do exercício dos poderes empresariais: a dignidade da pessoa humana, o princípio da isonomia e não discriminação, da inviolabilidade da intimidade e da honra e a proibição de tratamento desumano e degradante.

O direito potestativo do empregador é princípio fundamental de ordem constitucional, assim como o é o valor social do trabalho, inclusive regrado conjuntamente, nos termos do art. 1º, IV, da Constituição Federal. Sendo assim, ambos devem ser sopesados. E isso não ocorreu no presente caso. Explico:

E desconsiderando todas as peculiaridades desse específico mercado de trabalho, cuja composição de seus quadros obedece uma regra de praxe “pré-estabelecida” como uma espécie de “calendário próprio”, a Ré dispensou o autor no início do ano letivo, quando as instituições de ensino já se encontram com os quadros de docentes definidos para as atividades do próximo semestre letivo.

Agindo assim, a reclamada, negligenciou as circunstâncias peculiares que norteiam a contratação dos professores, em inobservância aos princípios alicerçáveis da ética e da boa-fé que são imprescindíveis nas relações contratuais, mormente nas trabalhistas!

Américo Plá Rodriguez, citando o jurista italiano Luigi Mengoni — que por sua vez se reporta a Dworkin — salienta que “*Os princípios morais exercem uma função voltada para o modo de vida e de comportamento, não indicando abstratamente o conteúdo do dever, que varia segundo a situação concreta, mas dão os critérios pelos quais podem ser reconhecidos*”.

Versando o contrato de trabalho a respeito de rubricas de natureza eminentemente alimentar, os princípios de probidade e boa-fé inscritos no art. 422 do Código Civil possuem função integrativa e são plenamente aplicáveis às relações de trabalho (não somente de emprego), rendendo ensejo à conclusão de que comete abuso de direito quem contraria a boa-fé.

A boa-fé — que deve estar presente em todas as fases de um contrato de trabalho (pré-contratual, contratual e pós-contratual) — é o elemento intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana que inspira a vedação de conduta antiética.

Enquanto a boa-fé subjetiva diz respeito à intenção de agir em conformidade com as normas e princípios que as inspiram, a boa-fé objetiva apresenta-se por Miguel Reale como “*uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria*

*conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. (...). Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva se qualifica como normativa de comportamento leal”.*

Nessa esteira, aplicados todos os princípios aqui ventilados, restará facilitada a aferição da existência da conduta antijurídica por parte da ré que dispensou a obreira em tais circunstâncias. O fato é que, uma vez infringida a boa-fé contratual pelo empregador quando da dispensa nessas condições, forçosa a aplicação de sanção que sirva de desestímulo à reiteração da prática, além de indenizar a vítima pela perda patrimonial que suportou.

Noutro giro, leciona o doutrinador Sílvio Venosa sobre a perda de uma chance:

Se a possibilidade frustrada é vaga ou meramente hipotética, a conclusão será pela inexistência de perda de oportunidade .

A ‘chance deve ser devidamente avaliada quando existe certo grau de probabilidade, um prognóstico de certeza, segundo avaliamos.

(...)

O julgador deverá estabelecer se a possibilidade perdida constituiu uma probabilidade concreta, mas essa apreciação não se funda no ganho ou na perda porque a frustração é aspecto próprio e caracterizador da ‘chance’. A oportunidade, como elemento indenizável, implica a perda ou frustração de uma expectativa ou probabilidade.

Anote-se o que dispõe o art. 402, do Código Civil:

“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Segundo o Código Civil, um dos pressupostos de validade do negócio jurídico é a manifestação de vontade livre e não impregnada de malícia (má-fé).

Os vícios do negócio jurídico, previstos na legislação civil em vigor, atacam a liberdade de manifestação da vontade ou a boa-fé, levando

o ordenamento jurídico a reagir, cominando pena de nulidade ou anulabilidade para os negócios portadores destes defeitos.

A autonomia privada, conceito que está ligado à própria liberdade negocial, traduz-se na liberdade de atuação do indivíduo no comércio jurídico, respeitados ditames mínimos de convivência social.

Entretanto, não se pode reconhecer a vontade humana o espaço de outrora, “*uma vez que a história nos mostra que a liberdade sem limites converte-se em tirania do mais forte*” (in GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: parte geral. Vol. 1. São Paulo : SARAIVA. 2002, p. 340). Logo, esta autonomia não é mais irrestrita, devendo respeitar o conjunto do ordenamento e seus princípios basilares.

Nesse sentido, aliás, já advertia o Mestre Orlando Gomes, ao afirmar que “*o poder compreendido na autonomia privada vem sofrendo na própria economia de mercado graves limitações, sobretudo quando representa manifestação da liberdade de iniciativa econômica. As Constituição modernas ainda a reconhecem, mas instituem de logo princípios contensivos a que se deve subordinar*” (in GOMES, Orlando. Código Civil – Projeto Orlando Gomes. Rio de Janeiro : Forense, 1985, p. 274).

*No plano do Direito Constitucional, várias normas traduzem contenção ao exercício da autonomia privada e da livre-iniciativa, em diversos setores da atividade produtiva: consagra-se o direito de propriedade, vinculando-o à sua função social (arts. 5º, XXII e XXIII e 170, da CF); condiciona-se o exercício da atividade econômica a princípios superiores — soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre-concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no país (art. 170, I a IX, da CF); reprime-se o abuso do poder econômico que vise*

à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 170, § 4º, da CF); impõe-se o respeito ao meio ambiente, considerado bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida (arts. 186, II, e 225, da CF).

LUIZ DIZ PICAZO e ANTÔNIO GULLON afirmam, com propriedade, que a autonomia privada deve sofrer os seguintes condicionamentos: ... c) da Ordem Pública — também este conceito, que mais se relaciona com a estabilidade ou segurança jurídica, atua na ausência de normas imperativas, impondo a observância de princípios superiores, ligados ao Direito, à Política e à Economia. (GAGLIANO, *op. cit.*, p. 341)

Nesse contexto, a boa-fé nas relações contratuais erige-se em preceito ético informador da vontade negocial válida.

“A análise da boa-fé deve ser também objetivada, para que se possa reputar a manifestação de vontade plenamente válida.

Ninguém consente, se não nutrir a firme expectativa de que a outra parte, não apenas durante a conclusão do negócio, mas também durante toda a sua execução, atuará segundo o que se espera de um homem diligente e probo. Também incorrerá em erro, portanto, aquele que for induzido a celebrar um negócio em que as regras éticas mínimas de comportamento sejam violadas durante a sua execução.

É preciso que, além de um estado de ânimo positivo, as partes se comportem segundo um padrão ético objetivo de confiança recíproca, atuando segundo o que se espera de cada um, em respeito a deveres implícitos a todo negócio jurídico bilateral: confidencialidade, respeito, lealdade recíproca, assistência, etc.

Trata-se da boa-fé objetiva.

(...)

Esta boa-fé, com raiz história do Direito Romano, seria uma verdadeira regra implícita em todo negócio jurídico bilateral (o contrato, por excelência), em razão da qual as partes devem não apenas cumprir a sua obrigação principal (dar, fazer, ou não fazer), mas também, observar deveres mínimos de lealdade e confiança recíproca.

E em nosso entendimento, a violação da boa fé objetiva autoriza não apenas a condenação do infrator em perdas e danos, mas, em algumas hipóteses, até mesmo em anulação do negócio, justificada pela incidência do erro ou dolo (erro provocado), sem prejuízo de a parte lesada exigir compensação pelo prejuízo sofrido.” (in GAGLIANO, *op. cit.*, p. 343.)

A autora alega que o fato de sua dispensa ter ocorrido no início do semestre, mais precisamente no primeiro dia do ano letivo de 2010, dificultou-lhe conseguir outro emprego. Resta clara a total impossibilidade de recolocação no mercado de trabalho da Reclamante pelo fato de as instituições de ensino definirem previamente seus professores para todo o ano ou, no mínimo, para o semestre, e, pela época em que foi dispensada, não teve a chance de disputar vagas com vistas a um novo emprego. **DESTACA-SE QUE, NO CASO DA RECORRENTE, O FATO É MAIS GRAVE, POIS A MESMA LECIONAVA NA INSTITUIÇÃO DE ENSINO AGRAVADA NOS TRÊS TURNOS E, PORTANTO, DISPENSADA, FICOU SEM QUALQUER GANHO, NO MÍNIMO, POR UM SEMESTRE INTEIRO.**

Logo, ainda que a dispensa sem justa causa seja amparada pelo ordenamento jurídico, que conta com a inércia do legislador em regulamentar efetivamente o art. 7º, I, da Carta Magna, a dispensa da agravante não pode ser considerada válida, pois, no caso dos autos, por mais que a reclamada afirme ter agido em observância ao legítimo direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho, a ilicitude restou clara, ante a inobservância de princípios de validade gerais dos negócios jurídicos.

A conduta da ré afronta claramente não só o valor social do trabalho (art. 1º, IV, da CF), mas também a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), já que indagou ao trabalhador acerca de suas possibilidades de lecionar na agravante, para depois, logo no início do ano letivo, dispensá-lo, sem mais motivos.

A Constituição da República adotou como fundamentos a dignidade da pessoa humana e

o valor social do trabalho. A importância desses princípios repercute em todo o ordenamento jurídico, irradiando seus efeitos tanto no plano de eficácia vertical como da horizontal.

“A eficácia vertical trata da vinculação dos órgãos públicos ou entidades estatais aos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado. Basicamente, é a ‘eficácia unidirecional’, isto é, a concepção clássica da eficácia dos direitos fundamentais no Direito Privado (...) A eficácia horizontal analisa a problemática dos direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares, bem como a vinculatividade do sujeito privado, seja ele pessoa física ou jurídica, aos direitos fundamentais.” (Andrietta Kretz, *Autonomia da Vontade e eficácia horizontal dos direitos fundamentais*; Ed. Momento Atual, 2005, p. 84.)

Por conseguinte, é dever do Estado e dos particulares a observância dos direitos fundamentais em suas relações jurídicas, seja tanto de forma a não violar o exercício desses direitos como a promover a sua efetividade.

Ademais, a dignidade da pessoa humana se impõe como uma regra matriz de todo o Direito, razão final da sociedade que a instituiu e norma orientadora do ordenamento jurídico. Violar a dignidade humana é violar a própria existência do homem no planeta.

“TODO HOMEM DEVERÁ SER RESPEITADO COMO UM FIM ABSOLUTO EM SI MESMO; E CONSTITUI UM CRIME CONTRA A DIGNIDADE QUE LHE PERTENCE COMO SER HUMANO USÁ-LO COMO SIMPLES MEIO.” (KANT, Plausen)

Daniel Sarmento salienta que

“o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais ‘representa o epicentro axiológico da ordem constitucional irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade

civil e no mercado’. Nessa linha, ressalta Paulo Bonavides que nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana, já que, apesar do caráter compromissório da nossa Constituição, decorrente de sua base social pluralista, ela é toda perpassada pela preocupação com a tutela da pessoa humana. Por isso, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como ‘valor-fonte fundamental do Direito’. Desta forma, alicerça-se o direito positivo sobre profundas bases éticas, tornando-o merecedor do título de ‘direito justo’. O princípio da dignidade exprime, por outro lado, a primazia da pessoa humana sobre o Estado. A consagração do princípio importa no reconhecimento de que a pessoa é o fim, e o Estado não mais do que um meio para a garantia e promoção dos seus direitos fundamentais.” (*Direitos fundamentais e relações privadas. Lumen Juris*, 2004, p. 110-111.)

Nosso tempo, como diz HEIDEGGER, é o tempo da miséria extrema. Esquecendo-se do ser não se pode encontrar nada, pois no esquecimento do ser sobre apenas o desespero, o desrespeito, a MISÉRIA HUMANA.

O valor social do trabalho é princípio instrumental da dignidade humana, na medida em que o trabalho dá ao homem a forma de subsistir com dignidade e de desenvolver a sociedade em que vive.

*Pari passu* com o valor social do trabalho está o princípio da livre-iniciativa, que, consoante os princípios da atividade econômica inscritos no art. 170, da CF, está fundado na valorização do trabalho humano, a fim de assegurar existência digna e justiça social, devendo ser praticado de acordo com a função social da propriedade.

Se a ordem econômica tem como princípio a função social da propriedade, parece lógico que o direito de propriedade e a liberdade do empregador têm como condicionantes o preenchimento desse requisito, sem o qual o direito passa a ser exercitado de forma abusiva.

É de bom alvitre lembrar que os paradigmas liberais e meramente patrimonialistas constantes do antigo Código Civil, inspirados no Código Napoleônico e no BGB alemão, não foram recepcionados pela Carta de 1988, não sendo mais a propriedade um direito absoluto da pessoa. O art. 5º, inciso XXIII, da CF, aliás, é expresso em proclamar que o direito de propriedade atenderá a sua função social. Certo que todo o direito subjetivo à propriedade é decorrência do princípio da liberdade; entretanto, o condicionante da função social não só restringe a liberdade do proprietário no uso da coisa como também exige um uso consoante o interesse da sociedade. Ou seja, o exercício do direito de propriedade requer não somente não causar prejuízo, mas, além disso, a promoção de um bem para a sociedade.

Seguindo essa orientação axiológica, o Novo Código Civil foi preciso ao referir que *“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”* (art. 187).

Da aplicação do princípio da função social da propriedade no âmbito da relação de emprego decorrem duas consequências: uma de efeitos externos, em que o contrato de trabalho deve atender a sua função social, não podendo implicar prejuízos para a sociedade ou para os pactuantes, notadamente os empregados, parte mais fraca da relação empregatícia; outra de efeito interno, de que as partes na execução do contrato deverão comportar-se de acordo com a boa-fé objetiva.

Nesse sentido e de acordo com a nova sistemática constitucional, orientada sobremaneira pelo princípio da solidariedade, previsto no

art. 3º, inciso I, da CF, os arts. 421 e 422 do Código Civil de 2002:

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Corolário lógico da função social do contrato de trabalho é que a dignidade do empregado não pode ser violada a pretexto da defesa do patrimônio da empresa. Isso porque o direito de propriedade tem como condicionante o preenchimento do requisito constitucional da função social. Uma vez violada a dignidade do trabalhador pelo uso do direito de propriedade do empregador, resta configurada a ilicitude em razão do exercício abusivo de um direito.

Após o advento da Constituição Cidadã, é preciso ter em mente que nas relações privadas resta superada a velha ilação de que se pode tudo que a lei não proíbe. A liberdade absoluta de contratar está derogada em razão do princípio da solidariedade (social), que exige o respeito à função social do contrato e à boa-fé objetiva. Por isso, a eventual colisão de direitos fundamentais há de ser resolvida sempre a consagrar-se o respeito à dignidade da pessoa humana, obedecendo à ponderação dos valores liberdade e solidariedade na medida das desigualdades dos contratantes: maior prevalência da liberdade quando as partes forem menos desiguais; maior ênfase na solidariedade quando os contratantes forem mais desiguais.

Tendo em vista que o contrato de trabalho é um contrato de adesão, em que a liberdade do trabalhador para instituir cláusulas se limita à concordância com o valor do salário em função das tarefas que irá realizar, inafastável a aplicação do princípio da solidariedade social e a proibição de qualquer transigência acerca de direitos do trabalhador em favor do empregador.

Pelo princípio da boa-fé objetiva, as partes devem auxiliar-se mutuamente tanto na celebração quanto na execução deste, comportando-se com lealdade, honestidade e confiança. Daí se conclui que a boa-fé objetiva tem uma função negativa, visando impedir a ocorrência de comportamentos desleais, bem como uma função positiva, objetivando promover a cooperação entre as partes.

Frente a isso, verifica-se que o quadro delineado no v. acórdão demonstra que o reclamante sofreu a perda de uma chance, pois foi dispensado em 4.1.2011, no início do período letivo do referido ano, o que lhe acarretou evidente prejuízo, pois perdeu qualquer chance de recolocação em outras instituições de ensino.

Comprova-se, assim, a atitude antijurídica da conduta patronal, uma vez ciente das dificuldades de reinserção do reclamante/professor no mercado de trabalho em tal período (início do ano letivo) quando já composto o corpo docente das instituições de ensino, o que enseja a reparação correlata. Dessa forma, é devida a reparação indenizatória pelos danos morais sofridos.

E acrescenta-se que ainda que o fato não seja ilícito à luz do Direito do Trabalho, revela-se ilícito à luz do Direito Civil e dos princípios que regem os pressupostos de validade do negócio jurídico.

Destaca-se, inclusive, que o dano aqui se caracteriza como *in re ipsa*, independentemente de prova, posto que a atitude da empresa impediu, ou ao menos dificultou a recolocação do trabalhador no mercado de trabalho na mesma função, por pelo menos, até a abertura de um novo ano ou semestre letivo.

A Teoria da Perda da Chance, que surgiu na França, adotada em matéria de responsabilidade civil, pouco é aplicada nos Tribunais do Brasil. Dispõe esta teoria que o autor do dano é responsabilizado quando priva alguém de obter uma vantagem ou impede a pessoa de evitar prejuízo. Nesse caso, há uma probabilidade, sendo

difícil a distinção entre o dano meramente hipotético da chance real do dano. Entretanto, a despedida sem justa causa de professor no início do ano letivo enseja o pagamento de indenização com base nesta teoria por se tratar de um dano certo, já que impede ou, ao menos, dificulta a recolocação no mercado de trabalho.

Nesse sentido, vale citar aresto que corrobora este entendimento:

RECURSO DO RECLAMANTE. PROFESSOR. DESPEDIDA NO INÍCIO DO ANO LETIVO. INDENIZAÇÃO. Hipótese em que, dadas as peculiaridades do mercado de trabalho do professor, ao despedir a reclamante no início do ano letivo, a reclamada acabou por reduzir consideravelmente as possibilidades da própria busca por um novo emprego, não atentando para os limites impostos pela sua atividade econômica. Agiu abusivamente, acabando por lesar a autora, devendo indenizar tal prejuízo, fulcro nos arts. 927 e 186 do CC. Recurso parcialmente provido no tópico. (...) (TRT-4 – RO:1288200740404000 RS 01288-2007-404-04-00-0, relator: CLAUDIO ANTÔNIO CASSOU BARBOSA, Data de Julgamento: 15.7.2009, 4ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul.)

Postas todas estas premissas fáticas e doutrinárias, entendo que se deve acolher a pretensão do Reclamante, pois “... o empregador deveria observar as peculiaridades do mercado de trabalho do professor quando da despedida do trabalhador, considerando que as instituições de ensino necessitam definir previamente ao ano letivo a necessidade de contratação quanto ao seu corpo docente, bem como o processo seletivo de tais profissionais. Assim, ao despedir a reclamante no início do ano letivo, acabou por reduzir consideravelmente as possibilidades da própria busca por um novo emprego, diferentemente do que ocorre normalmente quando da despedida de um trabalhador. Mesmo que se afigure, em tese, lícita a despedida operada pelo empregador a qualquer tempo, a reclamada não atentou para os limites impostos pela sua atividade econômica e agiu abusivamente, acabando por lesar a autora, sob o ponto de vista material

e, também, psicológico, devendo indenizar tal prejuízo, fulcro nos arts. 927 e 186 do CC” (fundamentos do RO 1288.2007.4.04.0404, cuja ementa foi acima citada).

Resta claramente evidenciado que a dispensa no início do ano letivo viola um dos direitos da personalidade, qual seja: a honra.

E a violação à honra subjetiva configura dano moral.

Para Savatier, dano moral “*é qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc.*” (Traité de la Responsabilité Civile, vol.II, n. 525, in Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, Editora Forense, RJ, 1989).

De acordo com o jurista Minozzi, um dos doutrinadores italianos que mais defende a resarcibilidade, Dano Moral “*é a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a aflição física ou moral, em geral uma dolorosa sensação provada pela pessoa, atribuindo à palavra dor o mais largo significado*” (Studio sul Danno non Patrimoniale, Danno Morale, 3. edição, p. 41).

Na conceituação de Marcus Cláudio Acquaviva, in Dicionário Jurídico Brasileiro, Editora Jurídica Brasileira, 1998, São Paulo, p. 442, dano moral é:

“... Prejuízo de ordem patrimonial, suscetível de indenização. Esta espécie de dano lesiona, principalmente, a intimidade, a honra e o bom nome do indivíduo ou de sua família. Com efeito, observa José de Aguiar Dias que, quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, estamos na presença do dano moral. No dizer de Antônio Chaves, o dano moral é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado sem repercussão patrimonial. Seja a dor física — dor-sensação como a denomina Carpenter —, nascida de uma lesão material; seja a dor moral — dor-sentimento — de causa material. Outro eminente civilista, Wilson Melo

da Silva, conceitua o dano moral como as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Vários dispositivos legais tratam da matéria, v. g. os arts. 5º, V e X da CF e 76 e 159 do CC...”

A Constituição da República, em seu art. 5º, X, instituiu como direito fundamental a intangibilidade da honra, do nome, da vida privada, da intimidade e da imagem das pessoas, garantindo-se ao ofendido indenização em caso de dano material ou moral.

A expressão dano moral compreende todo o patrimônio imaterial do ser humano, podendo ser resumido no trinômio corpo, mente e psique. Tudo que viola pelo menos um desses três elementos é considerado dano moral.

Portanto, é evidente que o ato da empresa, além de violar a boa-fé objetiva que deve ser observada nos atos negociais, causou ao autor danos morais, frustrando a esperança de reinserção no mercado de trabalho e junto com ela o status de cidadão honrado e cumpridor de suas obrigações que é como são vistos todos que possuem emprego fixo (ainda que não o sejam).

Ressalto, inclusive, que a empresa ao dispensar o reclamante, no momento em que a rescisão contratual foi realizada, causou-lhe inquestionável prejuízo, pois lhe impediu o acesso a reinserção imediata no mercado de trabalho.

Assim, restando claramente configurados os danos morais perpetrados ao reclamante, entendo devidos não só a indenização pela perda de uma chance como também os danos morais.

**Considerando a possibilidade, ainda que rara, de contratação emergencial de professores no curso do ano letivo, a dispensa da trabalhadora em fevereiro de 2010, o período semestral com que costumam ser lecionadas**

as matérias no âmbito universitário, bem como a remuneração de R\$ 2.391,82 (fl. 23 dos autos — sequencial n. 45) constante no termo de rescisão do contrato de trabalho e o dano psicológico inegavelmente suportado, fixa-se o valor da indenização pela perda de uma chance em três (3) meses de salário (R\$ 7.175,46) e o dano moral em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), atendendo aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade.

Assim, dá-se parcial provimento ao recurso do reclamante no tópico para condenar a reclamada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 17.175,46 a título de danos morais, a ser atualizado a partir da data do presente julgamento.

Ante o exposto, **dou provimento ao recurso de revista para, reformando o acórdão regional, condenar a Reclamada ao pagamento de indenização a título de danos morais/perda de uma chance no montante de R\$ 17.175,46 (dezesete mil, cento e setenta e cinco reais e quarenta e seis centavos) em observância ao princípio da retratação justa e proporcional, nos exatos limites da existência e da extensão do dano sofrido e do grau de culpa, sem abandono da perspectiva econômica de ambas as partes. Saliente-se que a reclamada pagará esta parcela ao autor com juros (CLT, art. 883) e correção monetária (Súmula 439/TST).**

Destarte, **dou provimento** ao recurso de revista, ante a violação dos arts. 5º, V, X, da CF, 186, 187, 402, 422 e 927, todos do Código Civil, para reconhecer o dever de reparação cível (danos materiais e morais) no presente caso, pois houve, de fato, configurada a perda de uma chance em face da conduta antijurídica da empregadora.

### 3. JANELAS

Sustenta a recorrente que laborou entre 18.2.2002 e 1º.2.2010, e que, conforme se observa dos ACT's e da petição de fls. 229 dos autos, o acordo coletivo teve vigência entre 1º.4.2005 a 31.3.2007.

Aduz que a “janela no turno ou entre turnos” caracteriza tempo à disposição do empregador, a teor do art. 4º, da CLT.

Aduz que a alteração do contrato de trabalho para não remunerar as janelas constitui ilegalidade, pois gera prejuízo direto e indireto ao empregado, além de fraude, nos termos dos arts. 5º, XXXB, da CRFB, 9º e 457, da CLT.

Afirma que o C. TST não vem admitindo que as normas coletivas possam incentivar a renúncia de direitos dos trabalhadores, trazendo arestos neste sentido, já que inviável a flexibilização *contra legem*.

Por fim, aponta violação aos arts. 5º, XXXV, da CRFB, 9º e 457, da CLT, pois não pode haver supressão do pagamento de horas, como no caso, à disposição, como as chamadas “janelas” no mesmo turno e entre turnos.

Eis o teor do julgado impugnado, *verbis*:

Das “janelas”

A autora contesta o indeferimento do pedido de indenização pelas “janelas” existentes entre as aulas ministradas. Consigna que os documentos juntados aos autos fazem prova de que nos diversos horários não remunerados tinha que permanecer na faculdade, tanto no mesmo turno quanto entre turnos. Não procede a insurgência.

É certo que o tempo em que o trabalhador se encontra à disposição do empregador, via de regra, é considerado como de efetivo serviço, nos termos do e, art. 4º da CLT, devendo, portanto, ser remunerado. Ocorre que, na hipótese, sequer restou demonstrado a existência desses intervalos dentro de um mesmo turno, ou mesmo que a demandante, nos intervalos entre os turnos, estava obrigada a permanecer da empresa. Senão vejamos a transcrição de parte do depoimento autoral, textual:

“(…) que no último ano de contrato passou a trabalhar nos três turnos sendo que, pela manhã trabalhava aproximadamente das 10h as 11:45h, a tarde das 16:30h as 18h e a noite das 19h as 22:30h...; que, entretanto, a reclamada não pagava a janela entre esses turnos, ou seja, das 11:45h as 16:30h e das

18h as 19h, sendo que neste último intervalo sequer dava tempo da depoente se ausentar da faculdade já que morava distante; que a depoente recebia, em cada um dos dois últimos semestres, documentos para assinar abrindo mão dessas janelas entre os turnos.”

Como se vê, diante dos horários apontados, a própria suplicante confessou inexistir intervalos vagos dentro de um mesmo turno. Deixou evidente também, pelas suas assertivas que somente não saia da demandada no intervalo entre o turno da tarde e da noite, porque morava longe, inexistindo, portanto, qualquer impedimento para se ausentar da instituição de ensino vindicada.

Por outro lado, há a seguinte previsão no Acordo Coletivo de 2005/2007 (fls. 199/207):

“CLÁUSULA TERCEIRA: REMUNERAÇÃO DE HORÁRIOS VAGOS ‘JANELAS’. Havendo horário vago entre as aulas de um mesmo turno, no curso do ano letivo, sem a concordância expressa do docente, manifestada por escrito, este fará jus a um salário aula, por período correspondente ao de uma aula, enquanto durar o horário vago.”

Da leitura da referida cláusula denota-se que o intervalo a que se refere é dentro de um mesmo turno, e não entre turnos. Ainda mais, a autora, desde a inicial, confessa que assinava documentos abrindo mão do recebimento das “janelas”, não tendo comprovado qualquer vício de consentimento. Assim, tenho por não comprovado o tempo à disposição da empresa, pelo que nego provimento ao recurso também nesse particular.”

A questão se amolda perfeitamente ao teor do Precedente Normativo n. 31, a saber:

PROFESSOR (JANELAS) (positivo)

Os tempos vagos (janelas) em que o professor ficar à disposição do curso serão remunerados como aula, no limite de 1 (uma) hora diária por unidade.

Na definição da jornada de ‘aulas consecutivas’ exige-se, logicamente, a impossibilidade de não exercício de qualquer atividade pelo professor entre uma aula e outra. O colendo Tribunal Superior do Trabalho, consoante os termos do Precedente Normativo n. 31, entende

que o tempo vago (‘janelas’) caracteriza-se como tempo à disposição, à luz do art. 4º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim sendo, diante desse contexto, somente a ‘janela’ caracteriza a intercalação de aulas, porquanto consiste no intervalo que preserva, sem dúvida, a vertente delineada pelo legislador infraconstitucional.

Destaca-se que emerge do conteúdo fático delineado pelo v. acórdão que a Reclamante laborava nos três turnos, durante o último ano do contrato de trabalho e que, o turno vespertino ia das 16.30 às 18 horas e o noturno, das 18 às 19 horas. E no v. acórdão regional também consta que a reclamante assinou diversos documentos abrindo mão das “janelas”.

O art. 318, da CLT, dispõe que “*num mesmo estabelecimento de ensino não poderá o professor dar, por dia, mais de quatro aulas consecutivas, nem mais de seis, intercaladas*”.

A Reclamante permanecia quase o dia inteiro à disposição do empregador, sendo que no período vespertino-noturno, esta disposição era quase que integral, já que iniciava seu labor às 16.30 horas e isto se postergava até às 22.30 horas, valendo salientar que, neste período entre 18 e 19 horas, a Reclamante não poderia dele usufruir como lhe aprouvesse, já que saía do turno vespertino e ficava esperando o início do turno noturno para lecionar, sequer podendo se retirar do estabelecimento de ensino, considerando o fluxo de veículo no horário em questão e do tamanho da metrópole onde se situa a Reclamada (Fortaleza).

O art. 318, da CLT, dispõe que o professor não poderá ultrapassar o limite de mais de seis aulas intercaladas na mesma instituição de ensino. E isto, considerando a jornada que consta do v. acórdão foi claramente ultrapassada, já que a duração da hora-aula do professor no período diurno é de cinquenta minutos, conforme o Conselho Federal de Educação, e no noturno de quarenta minutos.

Saliento que neste período entre os dois turnos (vespertino e noturno), a Recorrente

permanecia dentro do estabelecimento de ensino, à disposição do empregador e sujeito às suas ordens e diretrizes. Ora, a situação se amolda ao art. 4º, da CLT e assemelha-se às horas *in itinere* ou na condução na área interna da empresa, em que o empregado, dentro do local de trabalho, está sob as ordens e o poder diretivo do empregador. Logo, faz jus ao pagamento deste período em que está sob o jugo do Recorrido como tempo à disposição, na forma do precedente normativo n. 31, acima citado.

Aliás, o pensamento desta Corte superior é consistente no sentido de reconhecer como tempo à disposição do empregador, todo aquele em que o trabalhador, mesmo não executando suas tarefas, encontra-se no local de trabalho, a postos para atender ao chamado do empregador, submetido a seu poder de comando e disciplinar.

Portanto, o período entre aulas consecutivas, em que o professor fica dentro do estabelecimento de ensino, esperando a próxima aula a ser ministrada, caracteriza tempo à disposição do empregador, devendo ser devidamente remunerado, na forma do Precedente Normativo positivo n. 31.

Considerando a atitude do empregador em tentar descaracterizar os períodos descontínuos de aula, através da assinatura de documentos para que a reclamante abrisse mão das “janelas”, fato que foi considerado lícito pelo v. acórdão, entendo que resta demonstrada a tese de violação ao art. 9º, da CLT, já que a atitude da reclamada foi praticada com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação da Lei trabalhista, o que não foi considerado pelo julgado impugnado.

Assim, **conheço do recurso de revista, por violação ao art. 9º, da CLT.**

## MÉRITO

Conhecido o recurso de revista por violação ao art. 9º, da CLT, reputo inválidos os documentos assinados pela Reclamante-recorrente para “abrir mão” das janelas. E em face do teor do

Precedente Normativo n. 31 (positivo) e da existência de uma janela de uma hora entre o turno vespertino e o noturno (entre 18 e 19 horas), a reclamante faz jus ao pagamento deste período como aula, já que superior à duração da hora-aula prevista por portaria do Ministério da Educação, pelo que julgo procedente o pedido contido na alínea “d” da exordial, com reflexos nas verbas rescisórias, único expressamente postulado na exordial.

Sobre o valor incidirão juros na forma do art. 883, da CLT e correção monetária, na forma da Súmula n. 381, do C. TST.

## ISTO POSTO

**ACORDAM** os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e dar-lhe provimento para determinar o regular processamento do recurso de revista. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação ao art. 422, da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para reconhecer o dever de reparação cível e condenar a reclamada ao pagamento de indenização no valor de R\$ 17.175,46 a perda de uma chance e dano moral, a ser atualizado a partir da data do presente julgamento, com juros na forma do art. 883, da CLT e correção monetária, na forma da Súmula n. 439/TST. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por violação ao art. 9º, da CLT, quanto ao tema “janelas”, e, no mérito, dar-lhe provimento para condenar a Reclamada ao pagamento do período à disposição do empregador entre as aulas, de uma hora diária, com reflexos nas rescisórias. Custas de R\$ 800,00 (oitocentos reais), pela Reclamada, calculadas sobre o valor da condenação arbitrado em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), com juros (art. 883, da CLT) e correção monetária, na forma das Súmulas ns. 439 e 381/TST.

Brasília, de de

**Cláudio Armando Couce de Menezes**  
Desembargador Convocado Relator

# Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

**Autos n.:** 0001582-54.2014.5.02.0037 (reclamação trabalhista)

**Autos n.:** 0001148-65.2014.5.02.0037 (ação cautelar inominada)

**Autores da Cautelar:** Iver Avila Rosado e outros (5)

**Autores da Ação Principal:** Augustin Quipe, Wilber Sanchez Ojeda e outros (2)

**Réus:** M5 Indústria e Comércio Ltda.

Empório Uffizi Ind. e Com. de Art. do Vestuário Ltda.

Tendo em vista que a ação cautelar inominada ajuizada por Iver Avila Rosado e outros é medida preparatória da reclamação trabalhista, havendo estreita relação de dependência e instrumentalidade entre ambas (arts. 105 e 253, CPC), **determino o apensamento da cautelar na ação principal**, passando a julgá-las conjuntamente, nessa sentença.

## I – RELATÓRIO

IVERAVILA ROSADO e outros propuseram ação cautelar inominada em face de M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO e EMPÓRIO UFFIZI, com o objetivo de assegurar a eficácia dos pedidos veiculados na ação principal ajuizada posteriormente, requerendo a constrição de valores suficientes ao pagamento das verbas rescisórias e indenização por danos morais, pelos fundamentos vazados na petição. Em razão do receio de impossibilidade de colheita da prova necessária para a apreciação da medida cautelar, houve a colheita dos depoimentos dos trabalhadores, no próprio local de trabalho. Deferida a medida liminar, *inaudita altera pars*, para bloqueio e liberação, em favor dos seis trabalhadores, de valores suficientes a assegurar-lhes o pagamento das verbas rescisórias. Impetrado mandado de segurança pela requerida, foi deferida parcialmente a liminar, apenas para *sustar a liberação do numerário bloqueado aos trabalhadores* (fl. 169). As

requeridas apresentaram defesas escritas, com documentos. Os requerentes manifestaram-se quanto aos termos da defesa.

No prazo legal previsto no art. 806 do CPC, quatro dos trabalhadores nominados na cautelar ajuizaram a ação principal em face das mesmas empresas, postulando o seguinte: reconhecimento de vínculo de emprego com a M5 Indústria e Comércio, condenação solidária das rés ao pagamento de FGTS, verbas resilitórias decorrentes da rescisão indireta dos contratos de trabalho, horas extras e reflexos, adicional noturno, adicional de insalubridade, diferença salarial decorrente do reconhecimento do direito ao recebimento do piso normativo, outros benefícios normativos e multas, indenização por danos morais e bloqueio dos valores nas contas das reclamadas.

As reclamadas apresentaram defesas escritas, arguindo preliminar de carência de ação e, no mérito, impugnando as pretensões deduzidas na inicial.

Em audiência, compareceu apenas um dos trabalhadores, Wilber Sanchez Ojeda, razão pela qual a ação foi arquivada em relação a todos os demais autores. Na oportunidade, foi ouvido o reclamante, a segunda reclamada e duas testemunhas.

Encerrada a instrução processual.

Inconciliados. É o relatório. Decido:

## RECLAMAÇÃO TRABALHISTA

### II – FUNDAMENTAÇÃO

#### Preliminares

1. Em defesa, a primeira reclamada alega sua ilegitimidade para responder pela demanda.

A legitimidade para a ação guarda relação direta com a legitimidade para a relação material subjacente, ou melhor, aquele que afirmar ser titular do direito material que serve de substrato para a demanda é parte legítima para atuar em juízo; por outro lado, tem legitimidade para responder pela demanda o sujeito indicado na inicial como titular da obrigação correspondente.

Como condição da ação, a legitimidade *ad causam* deve ser aferida a partir dos elementos de fato e de direito trazidos com a prefacial, sendo que no presente caso a primeira reclamada, haja vista a relação jurídica de direito material mantida com o trabalhador, ainda que na qualidade de beneficiária final e destinatária de seus serviços, é parte legítima para responder pelas pretensões deduzidas.

Logo, resta afastada a preliminar de ilegitimidade *ad causam*.

2. Pretende a segunda reclamada, em defesa, a inclusão da oficina formalmente constituída em nome de um dos trabalhadores, Iver Avila Rosado, um dos autores da ação cautelar, sob o argumento de que seria estaria “*apta a contratar e manter funcionários segundo a legislação vigente*” (*sic*).

Sem qualquer razão a ré, uma vez que Iver Avila Rosado é um dos trabalhadores que se ativava na oficina de costura onde foi realizada a diligência, sendo também resgatado na operação do Ministério do Trabalho e autor da ação cautelar que ora é julgada.

Consoante se depreende da leitura dos depoimentos colhidos na cautelar de produção antecipada de provas, todos os migrantes, inclusive aquele em nome de quem foi aberta a

oficina de costura, ativavam-se na condição de trabalhadores. Outra diferença não havia entre os trabalhadores senão a mera “coordenação” que o Sr. Iver exercia na atividade profissional desempenhada por todos, exercendo uma função gerencial, intermediando as ordens de serviços e os pagamentos salariais provenientes da reclamada.

Tal situação está longe de configurar exercício de poder diretivo patronal por Iver, como pretendem as rés, porquanto ele e sua esposa, Lilian, ambos resgatados na operação deflagrada pelo Ministério do Trabalho, ativavam-se também na condição de trabalhadores, como os demais.

Tanto é assim que ambos figuram como autores da ação cautelar inominada.

Nesses termos, e considerando que o caso não se enquadra em quaisquer das hipóteses legais de intervenção de terceiros, resta afastada a preliminar de chamamento ao processo da “empresa Iver Avila Rosado”.

#### Extinção do Processo em Relação a Quatro Reclamantes

Conforme se infere da leitura da Ata de Audiência (fls. 52/54), compareceu à audiência UNA ocorrida em 20 de agosto de 2014 apenas o reclamante WILBER SANCHEZ OJEDA.

Os demais autores da reclamação trabalhista, quais sejam, AUGUSTÍN QUIPE, GLADYS NAVARRO ROBLEDO E ANGELS MOSTACEDO SUNIGA, não se fizeram presentes à sessão, tampouco justificaram a ausência.

Sendo assim, nos termos do art. 844 da CLT, a reclamação trabalhista é arquivada em relação aos reclamantes ausentes à audiência.

#### Vínculo de Emprego

1. O reclamante alega, em apertada síntese, que foi resgatado, juntamente com outros trabalhadores migrantes, em uma ação fiscalizatória promovida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, acompanhada pela Defensoria Pública da União, Ministério Público

do Trabalho e representantes da CPI Estadual do Trabalho Escravo, em oficina de costura que foi interdita.

De acordo com os fatos deduzidos na prefacial, todos os trabalhadores também residiam na oficina de costura; as peças de roupas encontradas na diligência eram da marca M. Officer; os trabalhadores recebiam salário por peças produzidas, cumpriam jornada extensa, submetiam-se a condições de trabalho degradantes, sob o ponto de vista de saúde, higiene e, sobretudo, da segurança. Denuncia o autor, por derradeiro, que como todos residiam e trabalhavam na oficina, no local também vivia uma criança de dez meses, filho de dois trabalhadores migrantes, ainda em idade de amamentação.

Requer o reconhecimento de vínculo de emprego com a primeira reclamada, bem como a condenação solidária da segunda por todos os títulos trabalhistas postulados na inicial.

2. Durante a ação fiscalizatória, por meio de ação cautelar de produção antecipada de provas ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho, todos os trabalhadores que se ativavam na oficina de costura foram ouvidos, *in loco*, pelo D. Juiz Plantonista (DOC. 5 da inicial da ação cautelar).

Resultou da produção antecipada de provas e da verificação das condições de trabalho inadequadas, a determinação de bloqueio de valores das contas da reclamada, correspondentes às verbas rescisórias e indenização por danos morais, bem como a interdição da oficina de costura, com resgate dos trabalhadores que lá se ativavam.

Após a interdição da oficina, a empresa M5 foi notificada pelo Ministério do Trabalho, a fim de que procedesse à anotação dos contratos de trabalho em CTPS e pagasse as verbas rescisórias; a notificação não teve êxito, porquanto a empresa negou a condição de empregadora.

3. Da análise exauriente das provas produzidas ao longo do processado, não restritas àquelas por mim colhidas, em audiência, como

também os depoimentos ouvidos pelo D. Juiz de plantão, na cautelar de produção antecipada de provas, e os documentos colacionados aos autos, notadamente o resultado da diligência realizada pelos auditores fiscais do trabalho, que atuaram com fulcro no art. 41 da CLT, acompanhados pelo MPT e membro da CPI estadual do trabalho escravo, *observo que as condições de trabalho do reclamante justificam o acolhimento da tutela perseguida na reclamação trabalhista*. Senão, vejamos:

Na oficina interdita após diligência realizada por auditores do Ministério do Trabalho foram encontradas peças de roupas que identificavam a marca “M. Officer” (fotografias juntadas e depoimentos dos requerentes), destinadas a atender à demanda da primeira reclamada.

Por ocasião da manifestação de fl. 77 e seguintes da ação cautelar, a empresa M5 informou que a confecção das roupas que comercializa é realizada pela co-ré, Empório Uffizi, de quem adquire a produção.

Sem embargo do acima exposto, a mesma empresa (M5) deduziu defesa na ação principal, afirmando empreender, há décadas, atividade econômica no “ramo de confecções”, conforme se observa da leitura do item (3) de fl. 77 dos autos da reclamação trabalhista.

De acordo com os depoimentos colhidos pelo Juiz de plantão e os fatos constatados na diligência do Ministério do Trabalho, a maior parte das peças de roupas confeccionadas na oficina estava identificada com a marca “M. Officer”, sendo que as fotografias carreadas aos autos da ação cautelar, extraídas no dia da diligência, confirmam tal situação.

Vejamos de alguns trechos dos depoimentos colhidos no local, pelo Juiz de plantão, cujas atas estão carreadas aos autos da ação cautelar (fls. 33/34, 1º volume):

Depoimento da testemunha Angel Mostacedo Suniga (fl. 33 da cautelar): “(...) *que algumas peças vêm com etiquetas, outras não; que entre outras, algumas peças têm etiquetas*”

*da M. Officer; que desde que começou a trabalhar no local, tem visto peças com etiquetas M. Officer (...)*”

Depoimento da testemunha Gladys Navarro Robledo (fl. 34 da cautelar): “(...) *que algumas peças vêm com etiquetas, outras não; que entre outras, algumas peças têm etiquetas da M. Officer; que desde que começou a trabalhar no local, tem visto peças com etiquetas M. Officer (...)*”

No auto de apreensão e guarda lavrado pela auditora fiscal que participou da diligência, conforme documento carreado à fl. 21 dos autos da ação cautelar preparatória (1º volume), restou constatado o seguinte:

*“Obs: Na oficina, trabalhadores em condições análogas às de escravo costuravam peças de vestuário da marca M. Officer, de propriedade da M5 Ind. e Com. Ltda.”*

Ainda de acordo com os depoimentos colhidos no dia da diligência pelo Juiz de plantão, a segunda reclamada, Empório Uffizi, como intermediária da cadeia produtiva têxtil empreendida pela M5, mantinha contato direto com os trabalhadores, fazendo a coordenação dos serviços por executados por meio da gerente Sônia e de um dos trabalhadores, Sr. Iver Avila, que ocupava, perante os demais, a condição de uma espécie de “gerente”.

Na mesma toada, em audiência realizada na ação principal, o reclamante e sua testemunha confirmaram que a primeira reclamada (M5) era destinatária final da produção das peças confeccionadas na oficina interdita, sendo que segunda ré (Empório Uffizi), por meio da gerente Sônia — referida nos depoimentos dos trabalhadores —, intermediava a cadeia produtiva têxtil empreendida pela marca M. Officer.

Restou esclarecido, ainda na referida audiência (fl. 52 e seguintes dos autos da reclamação trabalhista), que os trabalhadores seguiam uma ficha técnica e uma peça piloto, sendo que nas roupas confeccionadas havia identificação da marca “M. Officer”.

Toda a operação produtiva da M. Officer, porém, era escalada em cadeia, desdobrando-se e contando com a intermediação da segunda reclamada, que atendia a demanda da M5, na confecção de calças e blazer (este em menor escala), fazendo-o por meio dos trabalhadores migrantes resgatados na operação deflagrada pelo Ministério do Trabalho.

Para melhor elucidação desses fatos, transcrevo trechos dos depoimentos colhidos por oportunidade da instrução da reclamatória:

Depoimento do reclamante: “(...) *que se recorda que nas peças de roupa havia etiqueta de duas marcas, sendo uma delas a M. Officer; que não se recorda o nome da outra marca; que havia mais peças da marca M. Officer nas quais trabalhava; que não havia qualquer outra marca; (...) que os Srs. Iver e Lilian também trabalhavam na oficina, na confecção de peças, todavia, em quantidade um pouco menor que os demais; (...) que a Sra. Sonia comparecia na oficina às vezes e levava o material que faltava para o trabalho; que quando a Sra. Sonia comparecia no local, dava orientações de trabalho a ser realizado pelos trabalhadores, fazendo-o sempre por intermédio do Sr. Iver; que ela dizia para o Sr. Iver o que deveria ser feito no trabalho das peças; (...) que depois da fiscalização, as peças de calça que não estavam acabadas foram levadas para a oficina da segunda reclamada, sendo que o depoente terminou o serviço de confecção dessas peças na própria oficina da Uffizi”*

Testemunha do autor, auditora fiscal que participou da diligência: “*que no dia da diligência, verificou que o Sr. Iver e a Sra. Lilian também trabalhavam na confecção de peças de roupas; (...) sendo que o Iver realizava uma função semelhante a um gerente; que na diligência, os auditores verificaram que havia apenas peças da marca M. Officer, mas nenhuma outra marca; que foram encontradas na diligência calças pretas com a marca M. Officer e várias outras peças de blazer da*

*mesma marca; que não foram encontradas peças de outras marcas, mas apenas da M. Officer; que também havia peças piloto da marca M. Officer; que nas peças piloto, observou que havia um lacre de aprovação da empresa M5; que também encontraram na diligência ficha técnica das peças referidas, com identificação da M5, notas fiscais e pedidos das calças e dos blazers da M5; (...) que os auditores chegaram na oficina Uffizi por meio da informações prestadas pelos Srs. Iver e Lilian, bem como pelas notas fiscais que identificavam a referida empresa, uma vez que a Uffizi era intermediária entre o trabalho que saía da oficina lacrada e a marca.”*

Em continuidade, a auditora também esclareceu que a Uffizi, ao contrário do que tentaram fazer crer as rés, não tinha condições de atender à demanda da empresa M5, uma vez que sequer contava com costureiras para confecção das centenas de peças encomendadas pela marca, restringindo seu quadro a três piloteiras para a produção das “peças-piloto”. Vejamos:

*“... verificou na diligência que a Uffizi não tem costureiras, mas apenas piloteiras; que quando se dirigiram até a Uffizi, no dia seguinte, uma empregada da referida oficina apresentou, a pedido dos auditores, os romaneios e a relação de material; que os auditores verificaram, nessa relação, que no período de março/2014 a 06/05/2014, toda a demanda vinha exclusivamente da M5 que era remetida para a oficina que foi interdita, já que a Uffizi não tinha costureiras para atender tal demanda.”*

Tal situação retratada no testemunho acima transcrito demonstra, de forma inequívoca, que a segunda reclamada era mera intermediária na cadeia produtiva, contratando os trabalhadores migrantes, por meio de uma oficina aberta em nome de um deles, para atender à demanda de parte da produção da M5.

Da mesma forma, a testemunha da primeira reclamada, responsável pelo setor de compras

da M5, esclareceu a maneira como se desenvolvia a cadeia produtiva da confecção, já que seu empregador, na prática — ao revés do quanto previsto no contrato social —, não produzia a maior parte das peças que comercializava, mas apenas vestidos de alta costura que levam o nome do estilista proprietário da marca. Nesses termos, a maior parte da demanda da primeira ré era atendida por oficinas “terceirizadas”, com quem mantinha contato durante todo o processo produtivo, desde a encomenda até a entrega do produto final, como restou elucidado em passagens do depoimento da testemunha da reclamada:

*“a M5 não confecciona a maioria das peças que vende, mas apenas vestidos de alta costura; que após a alteração do modelo apresentado pela Uffizi à M5, a Uffizi fazia uma peça piloto para ser aprovada pela M5 a partir daí era feita a encomenda de um determinado número de peças que atendesse a demanda da M. Officer; que também era feita uma ficha técnica com as especificações da peça encomendada...; que a peça piloto era lacrada pela M. Officer; que o valor da peça era apresentado pelo fornecedor e a M5 negociava a partir dos preços que podia pagar, entrando alterações de tecido a ser utilizado, detalhes da roupa; que havia contato permanente entre a M5 e a Uffizi durante a produção das peças, para verificação de todas as especificações.”*

As provas colhidas durante a instrução processual corroboraram aquelas, portanto, que haviam sido produzidas na ação cautelar preparatória, bem como na diligência realizada pelos auditores fiscais do trabalho, indicando a existência de uma cadeia produtiva capitaneada pela primeira reclamada, já que as peças confeccionadas na oficina interdita ostentavam etiqueta da marca “M. Officer”, colocando-se a empresa “Empório Uffizi” como intermediária e coordenadora da produção realizada pelos trabalhadores migrantes na oficina interdita.

Para atender seu objeto social principal, qual seja, a indústria, a confecção de roupas,

a primeira reclamada resolveu terceirizar a produção, fazendo-o pelo método do desdobramento desta atividade, por meio da (sub) contratação de oficinas de costura.

Essa foi a realidade revelada pelas provas dos autos.

Volto-me, doravante, à análise do direito aplicável.

Não obstante a empresa M5, primeira reclamada, tenha alegado, ao longo da peça defensiva, que sua atividade econômica está concentrada no comércio de roupas feitas, não é menos certo que um dos seus primeiros objetos sociais é a “indústria”, ou seja, confecção de vestuário, conforme previsto no contrato social (cláusula 2ª - fl. 69 dos autos da reclamação trabalhista), sendo também assim reconhecido no item “3” da contestação.

Ocorre que a primeira reclamada, consoante esclarecido ao longo da instrução, ao contrário do que prevê seu contrato social, não vem desenvolvendo tal atividade econômica principal por meio de mão de obra própria, contratada diretamente, fazendo-o, ao revés, por intermédio de oficinas de costura (sub) contratadas para tanto.

A prova coligida ao longo da instrução fez emergir a realidade vivenciada entre as partes, sendo que a própria testemunha da primeira reclamada revelou como o sistema produtivo desenvolvido pela empresa, de forma sofisticada, possibilitou verdadeiro desdobramento de sua atividade-fim.

Pretendendo conferir ares de uma relação meramente comercial mantida entre empresas, a M5, em realidade, terceirizou a confecção das roupas que comercializa em suas lojas, embora se apresente no mercado como uma empresa da INDÚSTRIA DA MODA.

A M5 lucra com tal atividade, cria tendências, estabelece padrões de moda e estilo, e assim o faz na condição de uma reconhecida empresa de confecção, como previsto em seu contrato social.

O benefício auferido, com a terceirização de uma de suas atividades-fim, no campo industrial, é inegável.

A propósito, conforme restou esclarecido ao longo da instrução, as peças de roupa saem da oficina contratada, em média, por R\$ 4,00 a R\$ 6,00 a unidade, sendo este o valor pago aos trabalhadores, na modalidade de remuneração por produção; definitivamente, esse não é o preço final de venda das roupas nas lojas da M. Officer, porquanto as peças atingem, no mercado consumidor, valor correspondente a até 50 vezes o valor inicial.

Nesse cenário, não poderia haver situação mais rentável para a ré: ao mesmo tempo em que terceiriza a confecção (uma de suas atividades principais, conforme previsto no contrato social), atividade que, se realizada diretamente pela M5, demandaria grandes investimentos em maquinário, local de trabalho, contratação de empregados, prevenção de riscos etc., por outro lado, vem concentrando toda a sua lucratividade na comercialização das peças, a preços altos, mas a um custo reduzi-díssimo, com a (sub)contratação de oficinas de costura para o desenvolvimento de sua atividade-fim.

O que antigamente era feito dentro da empresa — setor de costura, com maquinário, pessoal contratado diretamente —, na atual configuração revelada nos autos, passou a ser realizado por meio de oficinas contratadas (interpostas) com a finalidade de intermediação do trabalho de empregados subcontratados, numa verdadeira rede de “quarteirização” da atividade produtiva.

E nem se argumente que a primeira reclamada não tinha controle sobre a atividade produtiva desdobrada por intermédio da Empório Uffizi, eis que sua própria testemunha afirmou que “*havia contato permanente entre a M5 e a Uffizi durante a produção das peças, para verificação de todas as especificações*”.

Ademais, o DOC. 44 carreado pela ré ao volume apartado também revela que a empresa

M5 capitaneava e interferia na dinâmica da cadeia produtiva, exigindo que a Empório Uffizi observasse determinados padrões de contratação de pessoal, com obrigação de comunicar à contratada, caso resolvesse “terceirizar e quateirizar” a produção.

Nesse contexto, não é crível que a beneficiária final não soubesse, ainda que indiretamente, quais métodos eram utilizados pela oficina contratada para mitigar os custos da produção, repassando as peças por valores tão reduzidos. E se realmente não sabia como a segunda reclamada conseguia produzir de forma tão barata, errou por ser omissa, não tendo nem mesmo zelado pelo cumprimento do que fora entre as reclamadas contratado. Tal omissão “conveniente” não pode jamais beneficiar a empresa.

Diante de todos os elementos, não há como admitir que a relação entre as reclamadas e o reclamante era meramente mercantil.

Pelo contrário, o conjunto probatório colhido ao longo da instrução não autoriza o afastamento da responsabilidade da beneficiária final da cadeia produtiva que se estabeleceu por meio da teia de contratações e subcontratações.

A primeira reclamada, ao terceirizar sua atividade-fim, na confecção de peças de roupas, não deixou de exercer sobre o trabalho do reclamante um comando indireto, estrutural, que se revelou por meio de sua inserção na atividade produtiva da M5, ainda que através de oficina intermediária.

Embora o reclamante não trabalhasse dentro “dos muros” da primeira reclamada, sua atividade profissional nunca deixou de estar inserida na estrutura produtiva da M5, fragmentada e diluída por intermédio de oficinas de costura contratadas para desempenho de sua atividade-fim.

Nesse contexto, em que a “subordinação jurídica” do empregado acaba sendo eclipsada pela sutileza das (sub)contratações na cadeia produtiva, necessária uma “revisitação” dos conceitos clássicos previstos em lei, especialmente nos arts. 2º e 3º da CLT, a fim de evitar

que a sofisticação da fraude não comprometa a aplicação da legislação trabalhista, em detrimento do trabalhador.

E a análise deve ser feita sob a ótica da “teoria da subordinação estrutural”, de forma que, em sendo o trabalho inserido na cadeia produtiva da empresa, ainda que desdobrada a atividade econômica, não se pode admitir a autonomia, uma vez que o trabalhador coloca seu serviço em benefício da finalidade da empresa.

A subordinação estrutural elastece o espectro de incidência do Direito do Trabalho, superando alguns conceitos rígidos, a fim de adequá-los ao dinamismo das relações entre o capital e o trabalho no mundo contemporâneo e, ao mesmo tempo, conferir resposta normativa apta a enfrentar instrumentos desestabilizadores das relações de trabalho, sendo a terceirização da atividade-fim uma delas.

Analisando o caso concreto dos autos sob a ótica da “subordinação reticular” ou “estrutural”, pode-se concluir que o reclamante, resgatado em condição análoga à escravidão, embora não tenha sido contrato diretamente pela primeira reclamada, por estar inserido em sua cadeia produtiva, trabalhando vinculado à atividade principal da tomadora de serviços (confecção), segundo os seus padrões (peça-piloto e ficha técnica) e, portanto, sujeito ao “controle de qualidade” desta beneficiária final — traço típico do poder diretivo patronal —, era empregado da empresa M5.

Vale notar que o poder diretivo patronal, em situações como a dos autos, não se revela de forma evidente e direta; ao contrário, está camuflado no controle indireto, por meio da imposição de padrões de qualidade, exigência de realização do serviço a partir de peça modelo, ficha técnica, devolução das peças que fugirem a estes parâmetros e não pagamento do preço em caso de devolução.

Importante esclarecer, por fim, que a oficina intermediária, ou seja, a segunda reclamada, foi utilizada apenas como um “véu” para dissimular a relação de emprego havida entre o

autor e a empresa M5 e, com isso, dificultar o estabelecimento da relação direta entre empregado e empregadora aos olhos da lei. **Tanto é assim que, repita-se, a Empório Uffizi não contava com quadro ativo de costureiras suficientes para fazer frente à demanda da primeira reclamada.**

Nesse cenário, incumbia à primeira reclamada, como destinatária final do produto, certificar-se da idoneidade da oficina de costura contratada, antes mesmo de elegê-la como sua parceira, prevenindo responsabilidade advinda da culpa pela omissão, notadamente à vista do quanto previsto no instrumento firmado pelas empresas (Termo de Compromisso — DOC. 44 da defesa da primeira reclamada).

Isso porque, a (sub)contratação de empresas para o desenvolvimento de atividade de área-fim da contratante, como ocorreu no caso dos autos, não tem o condão de afastar os conceitos contidos nos arts. 2º e 3º da CLT. A propósito, o expediente utilizado pela beneficiária final do produto confeccionado na oficina interdita, constituindo uma cadeia produtiva para, por intermédio de outra pessoa jurídica (Uffizi), *colher os frutos dos serviços realizados de maneira pessoal, subordinada, habitual e assalariada de trabalhadores migrantes, revela a fraude perpetrada*, nos termos do art. 9º da CLT.

E o direito do trabalho não pode curvar-se diante de tais “formas criativas” de burla à legislação trabalhista.

Por todo o exposto, reconheço o vínculo de emprego entre o autor e a primeira ré (M5), verdadeira empregadora, no período de **30 de junho de 2013 a 06 de maio de 2014**, na função de costureiro.

O período contratual é fixado nestes termos, eis que o reclamante, em depoimento pessoal, afirmou que a prestação de serviços teria iniciado em final de junho de 2013, embora anterior tenha sido a data alegada na petição inicial.

Outrossim, é importante ainda esclarecer, a fim de evitar questionamentos futuros, que

não se pode restringir o período contratual àquele em que restou identificada a exclusividade de destinação de peças da Empório Uffizi para a M5, conforme esclarecido pela auditora fiscal, em audiência. Isto porque, embora nos demais períodos possa não ter havido exclusividade na intermediação feita através da segunda reclamada, não é menos certo que o reclamante trabalhou em benefício da M5 durante todo o período em que prestou serviços na oficina interdita, ou seja, de junho de 2013 a maio de 2014. Relembro que a exclusividade não é elemento caracterizador do contrato de trabalho.

Ademais, quanto à remuneração, fixo o salário mensal em R\$ 1.016,97, piso da categoria prevista na Convenção Coletiva aplicável ao caso (cláusula 3ª, alínea “b” da norma).

Deverá ser juntada a CTPS aos autos, a fim de que a primeira reclamada proceda às anotações, no prazo de oito dias do trânsito em julgado.

### **FGTS**

Em função do reconhecimento do vínculo de emprego nesta sentença, julgo procedente o pedido de recolhimento de FGTS, incidente sobre todos os salários e as verbas resilitórias deferidas adiante, exceto férias indenizadas.

Os valores deverão ser calculados e pagos diretamente ao reclamante.

### **Convenção Coletiva de Trabalho — Direitos Aplicáveis**

1. Com a finalidade de ver reconhecidos benefícios normativos, o autor carrou aos autos (documento que instruiu a petição inicial da ação cautelar) a Convenção Coletiva de Trabalho firmada entre o Sindicato dos Oficiais Alfaiates, Costureiras e Trabalhadores nas Indústrias de Confecção de Roupas e de Chapéus de Senhoras de São Paulo e Osasco e sindicatos patronais, dentre os quais os Sindicatos da Indústria do Vestuário Feminino e Masculino de São Paulo.

Houve impugnação da referida norma coletiva, em defesa, alegando a primeira reclamada que sua categoria econômica não estava representada pelo sindicato patronal que figurou na convenção coletiva carreada com a petição inicial. Acrescentou que a entidade representante de sua categoria econômica é o Sindicato dos Lojistas do Comércio de São Paulo.

Com efeito. O enquadramento sindical dos empregados da empresa faz-se a partir da categoria econômica preponderante na empregadora, conforme previsto no art. 570 da CLT, salvo em se tratando de categorias profissionais diferenciadas, o que não é o caso dos autos.

Embora a reclamada tenha alegado que é representada pelo Sindicato dos Lojistas, sob qualquer ângulo que se analise a questão posta, conclui-se que razão não lhe assiste. Além de não ter colacionado aos autos qualquer comprovante de recolhimento de contribuição sindical patronal — omissão que fragiliza, ainda mais, os termos da defesa —, não se pode olvidar que a empresa M5, conforme demonstra o ato constitutivo (à fl. 69), tem por objeto social, por primeiro, a INDUSTRIALIZAÇÃO de roupas, além da comercialização.

Consoante restou esclarecido anteriormente, a reclamada tem, por atividade-fim, também a confecção de vestuários, ou seja, a indústria fabril, razão pela qual, por sua categoria econômica, é sim representada pelo Sindicato da Indústria do Vestuário, entidade que figura na convenção coletiva de trabalho carreada aos autos.

Sendo assim, inversamente do que pretende fazer crer a defesa, a empregadora está sim obrigada ao cumprimento de normas coletivas resultantes de processos negociais dos quais participou diretamente ou esteve representada por entidade sindical patronal à qual se vincula; e, no caso dos autos, é o Sindicato da Indústria do Vestuário.

Resta superada, portanto, a questão relativa à representação sindical, porquanto o enquadramento da categoria dos empregados faz-se

de acordo com a categoria econômica preponderante na empregadora, na forma prevista no art. 570 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Partindo dessa premissa, sendo a empregadora (M5) uma empresa do ramo da indústria de confecções, todos os empregados que em seu benefício ativam-se, exceto aqueles que pertencem à categoria profissional diferenciada — não sendo este o caso do autor —, estão representados pelos sindicatos profissionais que tenham correspondência com a categoria econômica da empresa, qual seja, o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Confecção de Vestuários.

Por tais razões, não há qualquer dúvida de que as normas coletivas juntadas com a inicial são os instrumentos normativos que deve reger a relação de emprego mantida entre as partes.

2. Por conseguinte, reconheço os seguintes direitos vindicados na petição inicial:

- a) diferenças salariais entre o piso normativo ora reconhecido (R\$ 1.016,97) e o valor mensal percebido pelo autor (R\$ 850,00 — média extraída dos valores referidos em seu depoimento pessoal); o valor do piso normativo deverá servir de base para o cálculo de todos os demais títulos reconhecidos nesta sentença, a saber: horas extras, 13<sup>o</sup> salários, férias e FGTS acrescido de indenização de 40%, multas legais calculadas a partir do valor do salário;
- b) multa prevista na cláusula 43 da CCT, equivalente a 5% do salário normativo, por cada infração cometida, tendo sido violadas as seguintes cláusulas: 12 (contratação de seguro), 15 (realização de exames médicos periódicos), 20 (apresentação de extrato de FGTS), 21 (pagamento do PIS) e 32 (fornecimento de produtos de higiene pessoal); as demais cláusulas violadas (data do pagamento de salário e anotação do contrato em CTPS), por estabelecerem penalidades próprias, não serão consideradas na composição do valor final da multa prevista na cláusula 43;

c) multa por atraso no pagamento de salários, conforme previsto na cláusula 7ª da CCT; a propósito, o reclamante esclareceu que normalmente eram acumulados dois meses de salário para pagamento, o que demonstra atraso habitual no cumprimento desta obrigação legal, relativa à satisfação de salário até o 5º dia do mês subsequente ao trabalho; para cálculo da multa normativa, deverá ser observado que o atraso era superior a 20 dias (acumulação de dois meses para pagamento);

d) multa por falta de registro, conforme previsto na cláusula 14 da CCT.

Todas as multas normativas anteriormente referidas não poderão ultrapassar o valor da obrigação principal, nos termos do art. 412 do CC, sendo assim previsto na própria Convenção Coletiva de Trabalho.

Por outro lado, o direito ao auxílio-creche, por ser reservado à empregada-mãe, resta indeferido, por inaplicável ao autor.

### **Horas Extras e Adicional Noturno**

1. Alegou o reclamante ter laborado das 7h00 às 22h00, razão pela qual requer o pagamento de horas extras e reflexos.

As reclamadas impugnaram o pedido.

Tendo em vista que foi negado o vínculo de emprego, não vieram aos autos controles de ponto.

Por outro lado, a jornada de trabalho do autor restou robustamente comprovada por meio dos depoimentos colhidos pelo d. Juiz plantonista, na cautelar de produção antecipada de provas (ata de audiência carreada às fls. 28/34 dos autos da ação cautelar – 1º volume).

Referida prova deve ser integralmente aproveitada, porquanto produzida em ação cautelar preparatória que tramita em face das mesmas partes.

De acordo com os depoimentos da maioria dos trabalhadores (Lilian, Augustin e Angel)

que se ativavam junto com o reclamante na oficina interdita, a jornada de trabalho era compreendida entre 7h00 e 22h00, de segunda à sexta-feira, com uma hora de intervalo para refeição, e das 7h00 às 12h00, aos sábados.

Em audiência realizada na ação principal, o reclamante confirmou praticamente todos os horários, alegando que findava a jornada, de segunda à sexta-feira, entre 21h30min e 22h00.

As reclamadas não produziram prova a infirmar a veracidade dos depoimentos dos trabalhadores ouvidos na data da diligência realizada na oficina de costura, razão pela qual devem prevalecer como único elemento hábil de convicção.

Sendo assim, com fundamento na prova produzida na ação cautelar, fixo a jornada de trabalho praticada nos seguintes termos: *de segunda à sexta-feira, das 7h00 às 22h00, com uma hora de intervalo; aos sábados, das 7h00 às 12h00.*

Condeno as reclamadas ao pagamento das horas extras trabalhadas além da oitava diária ou da quadragésima quarta semanal (art. 7º, inciso XIII da CRFB), acrescidas de adicional legal de 50%, observada a jornada acima fixada.

Defiro os reflexos das horas extras, em razão da habitualidade, em DSR, feriados, 13º salários, férias com um terço e FGTS. As horas extras não devem integrar os DSR's para fins de incidência nas demais verbas, vez que se trata de cálculo de reflexo sobre reflexo, havendo verdadeiro *bis in idem*.

Para o cálculo das horas extras, devem ser observados os seguintes parâmetros: divisor 220, a remuneração global e os dias efetivamente trabalhados.

2. Por outro lado, importante esclarecer que não há qualquer fundamento para a condenação ao pagamento de adicional noturno, eis que restou comprovado que o reclamante nunca trabalhou no horário compreendido entre 22h00 e 5h00.

## **Adicional de Insalubridade**

O autor pretende o recebimento do adicional de insalubridade.

As reclamadas impugnaram o pedido, por diversos fundamentos.

O local de trabalho, de acordo com as informações das partes, foi interditado, por determinação do Ministério do Trabalho, tornando impossível a realização de perícia obrigatória (art. 195, CLT).

Sendo assim, a insalubridade deverá ser analisada à luz dos documentos trazidos aos autos.

Não foi carreada qualquer prova emprestada, mais precisamente, laudo pericial que demonstrasse a existência de agentes insalubres no local de trabalho, assim previstos em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

Da análise dos documentos carreados aos autos, notadamente o termo de interdição e o laudo técnico que o acompanhou (DOC. 2 da ação cautelar), a oficina de costura foi interdita em razão do seguinte: a) falta de sistema de proteção contra incêndio (extintores de incêndio, hidrante ou similar); b) ausência de proteção nas partes móveis das máquinas de costura, com risco de acidentes de trabalho; c) acúmulo de botijões de gás (GLP) em ambiente fechado, representando risco de explosão).

Ademais, de acordo com as fotografias carreadas como DOC. 1 da inicial (ação cautelar), no mesmo local onde laboravam, os seis trabalhadores migrantes e uma criança em idade de amamentação (filho de dois deles) também residiam, sendo que as instalações elétricas, expostas e sem qualquer proteção, estavam próximas aos botijões de gás lá encontrados, o que implicava grave e iminente risco à integridade física daqueles que lá viviam e trabalhavam.

Ocorre, porém, que tais situações retratadas nas fotografias e no laudo técnico de interdição não se enquadram nas hipóteses legais de insalubridade.

Embora o local de trabalho fosse impróprio, notadamente por não haver separação entre ambiente de trabalho e de moradia, além das inadequadas instalações da oficina, do iminente risco de acidente de trabalho representado pelas máquinas de costura sem equipamentos de segurança, não restou comprovada, pelos elementos trazidos aos autos, a existência de agentes insalubres, assim caracterizados pela legislação de regência.

A propósito, de acordo com o art. 189 da CLT, são insalubres as atividades que, por suas condições, exponham o trabalhador, acima dos limites de tolerância, a agentes nocivos à saúde. Referidos agentes devem necessariamente estar previstos nos anexos da Norma Regulamentadora n. 15, quais sejam: agentes físicos (ruído excessivo, calor excessivo, radiação, trabalho sob condições hiperbáricas, vibrações, frio excessivo, umidade), agentes químicos e biológicos.

Do cotejo dos agentes referidos na NR-15 com as condições descritas no laudo técnico que instruiu o termo de interdição depreende-se que, embora inóspitas as condições de trabalho, não poderiam ser caracterizadas como insalubres, porquanto não restou constatado quaisquer dos agentes, fora dos limites e das hipóteses previstas na norma regulamentadora, insalubres.

Por todo o exposto, julgo improcedente o pedido de adicional de insalubridade.

## **Rescisão Indireta e Multa do art. 477 da CLT**

Em razão das faltas graves praticadas pelo empregador, o que culminou inclusive na interdição da oficina de costura e resgate dos trabalhadores, o autor requer o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483 da CLT.

As reclamadas impugnaram o pedido, por diversos fundamentos.

Pois bem, da análise dos fatos que emergiram ao longo da instrução processual,

depreende-se que várias foram as violações praticadas pela reclamada contra a legislação trabalhista, vejamos:

- a) manteve empregados sem registro;
- b) utilizou-se de pessoa jurídica interposta (Empório Uffizi) para a realização de atividade-fim;
- c) submeteu ou permitiu que trabalhadores fossem submetidos à jornada exaustiva, em ambiente de trabalho inseguro, perigoso, em condições higiênicas precárias e degradante;
- d) submeteu ou permitiu que trabalhadores fossem submetidos à condição indigna de trabalho e vivência (laboravam e viviam no mesmo ambiente, no convívio ainda de um bebê em idade de amamentação);
- e) permitiu atrasos salariais constantes, com o pagamento por produção.

Várias foram as violações praticadas pela empregadora que, utilizando-se do benefício que esse sistema de produção (em cadeia) gerava, manteve empregados à margem de qualquer proteção legal, sem registro em Carteira de Trabalho, submetidos à jornada exaustiva, em ambiente de trabalho inseguro e inadequado, em situação degradante e indigna, notadamente por trabalharem e morarem na mesma oficina.

A situação de menoscabo aos trabalhadores, assim constatada na ação conjunta entre Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho, era tão alarmante que ensejou a interdição da oficina de costura (que também era o alojamento dos trabalhadores) e o resgate de todos os trabalhadores, conforme restou demonstrado na documentação.

Desta feita, outra não pode ser a conclusão senão a de que a relação de emprego que vinha sendo mantida com o autor, consideradas as condições indignas em que o trabalhador foi encontrado, deveria ter sido rompida antes mesmo da diligência, eis que a empregadora transgrediu os direitos mais mezinhos do cidadão-trabalhador, marginalizando-o e

retirando-lhe o direito ao respeito e à dignidade, a tornar impossível o prosseguimento da prestação de serviços.

Portanto, ante a conduta faltosa grave praticada pela empregadora, reconheço a rescisão indireta do contrato em 6.5.2014, com fundamento no art. 483, alíneas “b”, “c” e “d” da CLT.

Por conseguinte, condeno a reclamada a pagar à reclamante os seguintes títulos:

- a) saldo salarial de maio de 2014 (6 dias);
- b) aviso prévio indenizado;
- c) férias proporcionais (11/12, com a integração do período do aviso prévio), acrescidas de um terço;
- d) 13º salário proporcional de 2013 (6/12) e de 2014 (5/12, com a integração do período do aviso prévio);
- e) FGTS incidente sobre as verbas rescisórias, exceto férias indenizadas;
- f) indenização de 40% de todo o FGTS.

Devida a multa do art. 477, § 8º da CLT, vez que as verbas rescisórias não foram quitadas (item 4.14 de fl. 22).

### **Danos Morais**

Alegou o reclamante ter sido submetido à condição desumana, resgatado em condições análogas à escravidão, razão pela qual requer a indenização por danos morais.

As reclamadas impugnaram o pedido e negaram os fatos aduzidos na exordial.

A prova dos autos demonstrou, de forma robusta, que os trabalhadores resgatados na diligência promovida pelo Ministério do Trabalho, dentre eles o reclamante, estavam submetidos a condições degradantes, ativavam-se em ambiente inadequado, sendo que o local de trabalho confundia-se com o local de vivência.

Vejamos qual era a situação em que foram resgatados os trabalhadores:

- o alojamento onde viviam era também o local de trabalho; no mesmo ambiente, foi encontrada uma criança em idade de

amamentação, filho de um casal de trabalhadores;

— as condições ambientais eram inóspitas e inadequadas; a oficina foi interdita por terem sido constatadas situações que colocavam os trabalhadores em riscos de acidentes (máquinas de costura sem travas de segurança, acúmulo de botijões de gás em ambiente fechado, local impróprio para um estabelecimento fabril);

— os trabalhadores estavam submetidos à jornada excessiva e exaustiva (quatorze horas de trabalho por dia);

— as condições higiênicas eram inadequadas.

No auto de apreensão e guarda lavrado pela auditora fiscal que participou da diligência, conforme documento carreado à fl. 21 dos autos da ação cautelar preparatória (1º volume), restou constatado o seguinte:

*“Obs: Na oficina, trabalhadores em condições análogas às de escravo costuravam peças de vestuário da marca M. Officer, de propriedade da M5 Ind. E Com. Ltda.”*

Em audiência, ouvida como testemunha do autor, a auditora fiscal esclareceu o seguinte:

*“pelo que verificaram na diligência, as condições higiênicas, instalações elétricas e sanitárias eram precárias, sendo que o local não era voltado para uma oficina de costura, não se tratava de um estabelecimento fabril, mas de uma residência adaptada para realização daquela atividade produtiva; que no local, todos os trabalhadores residiam, se alimentavam e trabalhavam; (...) que também residiam um casal e um bebê, sendo que o casal trabalhava na confecção; que havia máquinas de costura na copa, fiação exposta, estoque de botijões de gás, não havia extintor; que foram lavrados 25 autos de infração; que os demais trabalhadores procuraram a superintendência preocupados se seriam presos se reivindicassem os seus direitos.”*

Ademais, todos os trabalhadores, conforme já esclarecido anteriormente, estavam à margem de qualquer proteção legal, porquanto os contratos de trabalho sequer haviam sido registrados em CTPS.

A forma de remuneração também expunha-lhes a uma condição de extrema vulnerabilidade, porquanto recebiam por produção, de R\$ 4,00 a 6,00 por peça confeccionada; ou seja, para auferir pouco mais de um salário mínimo, o reclamante tinha que se submeter à jornada extenuante de quatorze horas por dia, situação que, além de expor o trabalhador a potencial risco de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, atenta contra a dignidade humana.

A prova documental trazida aos autos, consistente nos termos de diligência, os depoimentos dos trabalhadores ouvidos no local pelo Juiz de plantão, tudo complementado pela prova oral colhida na audiência por mim presidida, notadamente o firme testemunho da auditora fiscal demonstram, de maneira inequívoca, que o autor foi submetido a condições de trabalho análogas à escravidão contemporânea.

O ambiente de trabalho, que também era o alojamento onde todos viviam e alimentavam-se, tornou-se palco de violação aos direitos humanos dos trabalhadores, que já se encontravam em estado de absoluta vulnerabilidade.

A robusta prova produzida nos autos deu conta de que o autor foi mais uma das vítimas da rede de exploração estabelecida pela forma de produção, em rede, instituída pela primeira reclamada, pois, além da jornada exaustiva praticada, sequer contava com registro em Carteira de Trabalho, sendo submetido a tratamento indigno no ambiente de trabalho, atentório à saúde, à integridade física e à honra.

As condições degradantes da prestação de serviços do reclamante retiravam-lhe de qualquer patamar civilizatório, atentatórias contra os valores sociais do trabalho, que deveriam lhe propiciar dignidade, segurança e cidadania.

É com base no valor social do trabalho que se constrói uma sociedade livre, justa e solidária, razão pela qual constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da CRFB).

Tal patamar civilizatório é erigido a partir do respeito que deve pautar todas as relações jurídicas estabelecidas entre os seres humanos, notadamente uma relação de emprego, sendo que qualquer atitude tendente a frustrar e vulnerar os referidos princípios deve ser severamente punida.

Neste contexto, o empregador, como detentor do poder diretivo, deve garantir um ambiente de trabalho saudável, de forma a respeitar e a prestigiar todos aqueles que colaboram, com sua força de trabalho, para a manutenção da atividade econômica empreendida.

A partir do momento em que o empregador promove tratamento humilhante e desumano aos empregados, tornando insustentável o ambiente laboral, por certo que não apenas viola um dos principais deveres patronais, como também atenta contra o valor social do trabalho, a honra e a dignidade do outro ser humano.

Ao agir desta forma, a ré colocou em xeque a boa ordem no ambiente laboral, impingindo sofrimento e dor aos trabalhadores, atentando contra os valores de sua personalidade e reduzindo-lhe à condição análoga à escravidão.

**E a escravidão contemporânea não é mais aquela traduzida pelo aprisionamento, mas por outras situações tendentes a reduzir o trabalhador a condições brutais, indignas, inseguras, humilhantes, retirando-lhe de sua condição humana.**

Nestes termos foi forjado o art. 149 do Código Penal, equiparando à escravidão moderna o trabalho em jornada exaustiva, sujeitando o trabalhador a condições degradantes, além de outras hipóteses contempladas no dispositivo legal.

Nas referidas condições, ofensivas inclusive sob o ponto de vista da reputação do cidadão brasileiro perante o mundo, o trabalhador

sofre violação de direitos fundamentais, assim previstos no art. 1º, III e IV, 5º, III, razão pela qual deve ser indenizado pelas ofensas morais experimentadas, ao ver-se privado inclusive de sua condição humana.

Importante ressaltar que a indenização de ordem moral deve ter dupla finalidade: reparar o prejuízo à honra da vítima e apenar o ofensor, de modo a inibir a reiteração da prática ofensiva.

Nos termos dos arts. 186, 187, 927 do Código Civil, com base na gravidade da ofensa, na proporcionalidade entre a conduta lesiva e o dano experimentado, na capacidade sócio econômica da vítima e do agressor, na repercussão moral da lesão, no caráter pedagógico e punitivo que a penalidade deve representar ao ofensor, e, por fim, visando, sobretudo, à satisfação e à compensação que, embora não reparem, mas atenuam a ofensa causada pelo grave ilícito praticado, condeno as rés ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), equivalente a aproximadamente cem pisos normativos do trabalhador.

Esclareço que as duas reclamadas devem responder pelo pagamento da indenização, uma vez que uniram esforços para a prática ilegal, a primeira, como empregadora, e a segunda, como intermediária na captação de trabalhadores.

## **Ofícios**

Considerando o ilícito prático pelas reclamadas, a caracterizar exploração de trabalho em condições análogas a de escravo (art. 149 do CP), deverá haver expedição de ofícios ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Trabalho, para que sejam apurados os fatos denunciados e punidos os ilícitos praticados, bem como adotadas as demais providências coletivas que o MPT entender pertinentes.

## **Responsabilidade Solidária**

Por todos os fundamentos expostos nesta sentença, outra não pode ser a conclusão senão

a de que as duas reclamadas são responsáveis solidárias por todo os títulos reconhecidos nesta sentença, relativamente às obrigações de pagar.

As provas dos autos demonstraram, de forma inequívoca, que houve comunhão de esforços e convergência de interesses tendentes à realização da atividade econômica — confecção — por meio de cadeia produtiva capitaneada pela primeira reclamada.

Conforme esclarecido anteriormente, os trabalhadores seguiam a peça padrão (peça piloto) e a ficha técnica aprovada pela empregadora (M5), sendo que a empresa intermediária (Empório Uffizi) fazia o acompanhamento da confecção das peças encomendas; o resultado da produção terceirizada irregularmente pela primeira reclamada, vestuário que levava a sua marca (M. Officer), era por esta comercializada.

Ambas as empresas estão intimamente vinculadas, constituindo uma verdadeira cadeia produtiva e, por tal motivo, a responsabilidade pelo pagamento dos títulos reconhecidos nesta sentença é solidária, conforme previsto no art. 942 do Código Civil.

Nessa senda, a extensão da responsabilidade a todos os envolvidos na cadeia produtiva implica impor limites à continuidade da repulsiva prática da exploração do trabalho escravo contemporâneo, de modo que a busca de maior lucratividade nas formas mais “sofisticadas” de fraude ceda passo ao temor da responsabilização pelo ilícito praticado.

Por derradeiro, vale lembrar que a nova redação conferida ao art. 243 da Constituição da República<sup>(1)</sup>, por força da Emenda Constitucional

---

(1) Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º (Artigo alterado pela Emenda Constitucional n. 81/2014 - DOU 6.6.2014).

81/2014, trouxe novos paradigmas para o debate, atribuindo responsabilidade social, trabalhista e penal àqueles que, no topo da cadeia produtiva, fomentam sua lucratividade às custas da exploração do trabalho do ser humano.

Por todo o exposto, reconheço a responsabilidade solidária das rés pelo pagamento das verbas acolhidas na condenação, não extensível tal responsabilidade à obrigação de fazer (anotação do contrato de trabalho em CTPS), eis que exclusiva do empregador (primeira reclamada).

### **Compensação**

Deverão ser compensados do valor da condenação todas as importâncias pagas pela mesma natureza, desde que regularmente comprovado o pagamento nos autos.

### **AÇÃO CAUTELAR**

Consoante razões de decidir anteriormente expostas, convenci-me de que houve efetivamente um contrato de trabalho entre o autor e a beneficiária final dos serviços, qual seja, a primeira requerida (M5).

Sendo assim, julgo procedentes em parte os pedidos deduzidos por Wilber Sanchez Ojeda, na ação cautelar preparatória ajuizada em face de M5 Indústria e Comércio e Empório Uffizi, para o fim de determinar o pagamento imediato das verbas resilitórias especificadas no item “Rescisão Indireta” desta sentença.

Da mesma forma, confirmo a medida liminar já deferida, apenas em relação ao trabalhador Wilber Sanchez Ojeda, porquanto presentes os requisitos a fundamentá-la (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), notadamente porque, após o exaurimento da instrução processual, estou convencida de que as condições em que o trabalho vinha sendo desenvolvido

---

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

pelo autor justificam a rescisão indireta do contrato, sendo daí decorrentes os títulos resilitórios, indispensáveis à subsistência do trabalhador.

Providencie a secretaria da Vara a expedição de ofício à D. Desembargadora Relatora do Mandado de Segurança impetrado pela primeira reclamada, a fim de informar o atual estado do processo, com sentença já prolatada.

Por outro lado, tendo em vista que parte dos requerentes não ajuizou ação principal e outros não se fizeram presentes na audiência UNA da reclamatória, extingo a cautelar, com fundamento no art. 808, III do CPC, em relação aos trabalhadores adiante nominados: Iver Avila Rosado, Lilian Loayza Villapando, Augustin Quispe, Angel Mostacedo Suniga e Gladys Navarro Robledo.

### **Justiça Gratuita**

Deferidos os benefícios da Justiça Gratuita, tendo em vista que a autora demonstrou preencher os requisitos da Lei n. 1.060/50.

### **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, na reclamação trabalhista que WILBER SANCHEZ OJEDA propõe em face de M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e EMPÓRIO UFFIZI IND. E COM. DE ART. DO VESTUÁRIO LTDA, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTES** as pretensões formuladas pelo autor para:

- a) RECONHECER o vínculo de emprego com a empresa M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA e, por conseguinte, CONDENÁ-LA a proceder à anotação do contrato de trabalho em CTPS, no período de 30/junho/2013 a 06/maio/2014, na função de costureiro, com salário mensal de R\$ 1.016,97; deverá ser juntada a CTPS aos autos, a fim de que a primeira reclamada proceda às anotações, no prazo de oito dias do trânsito em julgado;
- b) **CONDENAR SOLIDARIAMENTE** as reclamadas ao pagamento dos valores apuráveis em liquidação de sentença, a título de:

- valores correspondentes aos depósitos de FGTS calculados sobre o valor do piso normativo;
- diferenças salariais decorrentes do reconhecimento do direito ao piso normativo; o valor do piso normativo deverá servir de base de cálculo para as horas extras, 13º salários, férias com um terço, FGTS acrescido de indenização de 40% e aviso prévio;
- multas normativas referidas na fundamentação, observados os limites do art. 412 do CC;
- horas extras acrescidas de adicional legal, observada a jornada fixada na fundamentação, bem como reflexos em DSR, 13º salários, férias, FGTS acrescido de indenização de 40% e aviso prévio;
- verbas rescisórias, a saber: saldo salarial de maio de 2014 (6 dias); aviso prévio indenizado; férias proporcionais (11/12, com a integração do período do aviso prévio), acrescidas de um terço; 13º salário proporcional de 2013 (6/12) e de 2014 (5/12, com a integração do período do aviso prévio); FGTS incidente sobre as verbas rescisórias, exceto férias indenizadas; indenização de 40% de todo o FGTS;
- multa do art. 477, parágrafo 8º da CLT;
- indenização por danos morais, no valor de R\$ 100.000,00.

Devem ser compensados os valores pagos pelos mesmos títulos conforme documentos juntados aos autos, para evitar enriquecimento indevido.

Juros e correção monetária na forma da lei, contados os juros, de 1% ao mês, conforme art. 883 da CLT e art. 39 da Lei n. 8.177/91, a partir do ajuizamento da ação, sendo considerada época própria para correção monetária o mês subsequente, na forma da Súmula n. 381 do C. TST. Esclareço que os juros de mora tratados pelo art. 46, I, Lei n. 8.541/92 têm natureza indenizatória, vez que objetivam indenizar a mora, não se confundindo com os juros de natureza compensatória ou remuneratória.

Assim, não devem sofrer a incidência de imposto de renda, conforme OJ n. 400, da SDI-I do C. TST.

Considerando o ilícito prático pelas reclamadas, a caracterizar exploração de trabalho em condições análogas à de escravo (art. 149 do CP), deverá haver expedição de ofícios ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Trabalho, para que sejam apurados os fatos denunciados e punidos os ilícitos praticados, bem como adotadas as demais providências coletivas que o MPT entender pertinentes.

Recolhimentos fiscais e previdenciários na forma da Súmula n. 368 do C. TST. São verbas de caráter salarial: diferenças salariais, horas extras e reflexos em DSR e 13º salários, sendo as demais de natureza indenizatória, nos termos do art. 28 da Lei n. 8.212/91. As referidas contribuições deverão ser recolhidas e comprovadas nos autos, sob pena de execução direta.

Em relação à **ACÇÃO CAUTELAR** que Wilber Sanchez Ojeda ajuizou em face de M5 Indústria e Comércio e Empório Uffizi, julgo **PROCEDENTES EM PARTE** os pedidos deduzidos, *para o fim de determinar o pagamento imediato das verbas resilitórias especificadas no item “Rescisão Indireta” desta sentença*. Da mesma forma, confirmo a medida liminar já deferida, apenas em relação ao trabalhador Wilber Sanchez Ojeda, porquanto presentes os requisitos a fundamentá-la (*fumus boni iuris e periculum in mora*).

**Providencie a secretaria da Vara a expedição de ofício à D. Desembargadora Relatora do Mandado de Segurança impetrado pela primeira reclamada, a fim de informar o atual estado do processo, com sentença já prolatada.**

Por outro lado, tendo em vista que parte dos requerentes não ajuizou ação principal e outros não se fizeram presentes na audiência UNA da reclamatória, extingo a cautelar, com fundamento no art. 808, III do CPC, **em relação aos trabalhadores adiante nominados: Iver Avila Rosado, Lilian Loayza Villapando, Augustin Quispe, Angel Mostacedo Suniga e Gladys Navarro Robledo.**

**PROVIDENCIE A SECRETARIA DA VARA O APENSAMENTO DA ACÇÃO CAUTELAR À RECLAMAÇÃO TRABALHISTA, de forma que tramitem de forma conjunta. Junte-se cópia da presente sentença à ação cautelar.**

Custas pelas reclamadas, na ação principal, no valor de R\$ 2.500,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 125.000,00. Recolhimento no prazo legal, sob pena de execução.

Custas pelas requeridas, na ação cautelar, no valor de R\$ 260,00, calculadas sobre o valor arbitrado à condenação de R\$ 13.000,00. Recolhimento no prazo legal, sob pena de execução.

Intimem-se. Cumpra-se. Nada mais.

**Sandra Miguel Abou Assali Bertelli**  
**Juíza do Trabalho**



# Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região

Processo: 0126100-76.2011.5.17.0014

## RECURSO ORDINÁRIO

Recorrentes: Equipe de Ciclismo Continental Profissional Scott/Marcondes César de São José dos Campos

Luciano André Mendonça Pagliarino

Recorrida: Construtora Marcondes Cesar Ltda.

Origem: 5ª Vara do Trabalho de São José dos Campos – SP

Sentenciante: Rogério Princivalli da Costa Campos

### Ementa:

- ▶ Direito do trabalho e direito desportivo. Vínculo empregatício de atleta profissional de ciclismo. Reconhecimento. O atleta de ciclismo que presta suas atividades mediante a presença dos requisitos do art. 3º consolidado, de forma remunerada, para uma equipe autoentitulada de “equipe profissional”, sujeito ao poder diretivo, inclusive disciplinar, do diretor da equipe, deve ser considerado empregado. O direito ao reconhecimento de vínculo empregatício é manifesto como direito fundamental para aquelas relações nas quais estejam presentes os pressupostos consolidados, não obstante não seja formalmente reconhecido como contrato de trabalho. A exigência prevista no art. 3º, III, parágrafo único, item I, não pode ser por si só, quando não cumprida, um óbice ao reconhecimento de vínculo empregatício, quando não presentes a autonomia e o desprendimento previstos no item II do mesmo parágrafo único, sob pena de premiar o infrator que se beneficia da própria falta (*venire contra factum proprium*), como um dos princípios mais importantes do direito laboral. As relações profissionais desportivas também estão sujeitas às normas que asseguram os direitos fundamentais dos trabalhadores, bem como às normas do trabalho, inclusive seus princípios, desde que não sejam incompatíveis com as características dos contratos de trabalho desportivos, devendo o intérprete harmonizar os ditames do direito postivado que regula o desporto nacional, com as normas positivadas (constitucionais e infraconstitucionais) que regem o direito do trabalho, bem como seus princípios, especialmente o da primazia da realidade. Recurso que é provido.

Adoto o relatório da r. decisão de fls. 469/477, que julgou a ação procedente em parte e da qual recorrem Equipe de Ciclismo Continental Profissional Scott/Marcondes César de São José dos Campos e Associação

Joseense de Ensino a fls. 481/494 e, adesivamente, Luciano André Mendonça Pagliarini a fls. 508/519.

Pretende o 1º apelo, em resumo, reverter a parte da sentença que lhe foi desfavorável sustentando

a inexistência de pessoa jurídica não podendo recair o vínculo empregatício contra ela, a existência de contrato específico diferente do contrato de trabalho, a existência de uma equipe de ciclismo onde todos ganhariam conjuntamente, a inexistência de prova do vínculo empregatício, a existência de julgamento *extra petita* ao condenar ao pagamento de indenização, a incompetência em razão da matéria, a inexistência de remunerações vencidas e vincendas, o descabimento do pagamento do seguro de vida e plano de saúde, a inexistência de dano moral. Efetuou depósito recursal a fls. 495 e custas a fls. 496.

Já o 2º apelo, na forma adesiva, aponta a tempestividade do apelo, a existência de vínculo empregatício, a existência de elementos do vínculo empregatício no contrato, a existência de provas testemunhais e documentais claras, a existência de salário fixo, de subordinação e a possibilidade de punição conforme art. 482 consolidado, o direito às obrigações do pacto laboral, a existência de indenização por danos morais por sonegação de salários.

Despacho deste relator a fls. 523.

Contra-razões do Reclamante a fls. 499/507, da 3ª Reclamada a fls. 525/533 e das demais Reclamadas a fls. 534/547.

É o relatório.

## VOTO

### I. Do apelo do Reclamante

Inicialmente, passa-se a apreciar o apelo do Reclamante eis que, se eventualmente for provido, boa parte do apelo Reclamado restará prejudicado.

#### I.1. Do conhecimento

Merece ser conhecido o apelo adesivo que é tempestivo, prazo fatal em 23.05.2013 (fls. 508) por “e-doc”, que é a data do ajuizamento, pressupostos de admissibilidade emprestados do apelo das reclamadas, cujo apelo também é tempestivo, prazo em 1º.4.2013 e ajuizado neste dia, custas e depósito recursal satisfeitos

a fls. 495/496, apelos subscritos por patrono com procuração nos autos.

### I.2. Existência de vínculo empregatício

O Reclamante aponta em seu apelo que a r. sentença deve ser reformada para promover o reconhecimento de vínculo empregatício do Reclamante recorrente, afirmando que estão presentes os pressupostos da relação prevista no art. 3º.

Inicialmente, um dos pontos sobre os quais a defesa das Reclamadas se bate ardorosamente é no sentido de não existir a pessoa jurídica ventilada, não podendo haver vínculo empregatício com ela. Constata-se que o depósito recursal e as custas foram pagas pelo CNPJ 09043017/0001-19 da Associação Joseense Ciclismo de Base (ativa) conforme o endereço de consulta da Receita Federal na internet (<[http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoa-juridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva\\_solicitacao.asp](http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoa-juridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp)>), bem como pelo CPF 072.344.298-32, da titularidade de José Carlos Monteiro. Frise-se que o referido treinador é preposto da mencionada associação (fls. 165) e seu primeiro tesoureiro (fls. 304).

Não há como acolher a alegação da 1ª demandada, na medida em que ela subscreveu um contrato a fls. 156 e seguintes para contratar o reclamante, sendo parte legítima. A sua inexistência formal trará aos seus eventuais responsáveis, no caso de forma inquestionável, o Sr. José Carlos Monteiro, a responsabilização pelos créditos pretendidos, na forma do art. 50 do Código Civil vigente, deixando clara a falta de propósitos mais nobres por parte da referida parte.

No mais, a 2ª Reclamada, a Associação Joseense Ciclismo de Base é evidente interessada no contrato e a fonte de repasse de verbas públicas para fomento de tal modalidade esportiva, conforme reconhece a fls. 289 que foi criada para o apoio e a promoção da equipe de ciclismo, recebendo verbas do FADENP — Fundo de Apoio ao Desporto Não Profissional de São José dos Campos, por meio de

sua Prefeitura Municipal (Lei 4.598/94 — fls. 321 e seguintes).

Trata-se de projeto custeado pelo Poder Público, conforme fls. 316, onde o Reclamante recebia um pagamento mensal de R\$ 7.000,00 a título de auxílio e manutenção.

Portanto, a inexistência de pessoa jurídica não leva à nenhuma impossibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício, afastando-se tal alegação.

Há um pedido de vínculo empregatício e a admissão da prestação de serviços por parte das Reclamadas. Logo, o ônus da prova de que tal relação não se encontra revestida dos requisitos do art. 3º é das recorridas envolvidas (as duas primeiras — a 3ª Recorrida não tem envolvimento do reconhecimento de vínculo empregatício e nem a decisão que afastou sua responsabilidade foi objeto de recurso):

“Quando é negado o vínculo empregatício, duas hipóteses principais podem ocorrer: a primeira, o reclamado nega que o reclamante lhe tenha prestado serviços — e nesse caso cabe inteiramente ao reclamante o ônus da prova; na segunda, o reclamado reconhece que havia prestação de serviços — e, em tal caso, a jurisprudência e doutrina modernas tendem a reconhecer o vínculo empregatício, se o reclamado não provar a autonomia, a eventualidade ou outra circunstância que descaracteriza a relação empregatícia.” (TRT, 2ª Reg., 2ª Turma, Ac. 2.635/90, DJ de 7.5.1980, rel. Juiz Floriano Corrêa Vaz.)

Inicialmente, cabe apreciar a prova documental trazida pelas partes.

O documento mais importante, e contudente, é o contrato celebrado entre o Recorrente e a 1ª Recorrida (representada pelo Sr. José Carlos Monteiro), juntado a fls. 09/11. Trata-se de um “CONTRATO DA EQUIPE DE CICLISMO PROFISSIONAL CONTINETAL SCOTT/MARCONDES CÉSAR DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS”, portanto, um contrato de atividade desportiva profissional como seu título deixa claro.

O contrato é celebrado entre o Reclamante, como contratado, na condição de atleta que deverá participar das provas de ciclismo de estrada para a equipe contratante. Os contratados são as duas primeiras Recorridas, ambas representadas pelo Sr. José Carlos Monteiro, e o contrato terá a duração de um ano (31.12.2009 a 31.12.2010).

Afirma o art. 2.1 que o contratante terá um vínculo com o contratado nas provas de ciclismo de estrada e a participação em qualquer outra disciplina deve ser decidida entre as partes. A contratação está sujeita a inscrição da equipe como continental profissional com a UCI.

O art. 2.3 diz que o contratado (Recorrente) receberá um **salário** (g. n.) de R\$ 7.500,00 mensais, totalizando um contrato anual de R\$ 90.000,00 pela temporada (7.500 x 12 = 90.000). Não terá direito à remuneração caso o Recorrente seja suspenso pela UCI (União de Ciclismo Internacional). Os prêmios e gratificações aferidas pela equipe serão divididas igualmente entre todos os integrantes da equipe (art. 2-6). O contratado não pode atuar por qualquer outra equipe durante a vigência do contrato, nem ao menos fazer propaganda de outro patrocinador senão aquele da equipe (art. 2-7).

Os equipamentos para a competição serão fornecidos pelos contratados (Recorridos) e, no caso de desobediência por parte do Recorrente, será configurada falta grave nos termos do art. 482 da CLT, de forma expressa e clara no item 2.9 (fls. 09 verso). É importante frisar que o contrato estabelece diversas condições típicas de um contrato de trabalho, inclusive a aplicação das disposições que tratam das faltas graves passíveis de dispensa motivada no texto consolidado.

O contrato prevê, como condição de rescisão contratual, no item 5-d, a falta grave, assim como no art. 6º, aplicando-se como falta grave qualquer uma das situações previstas no art. 482 consolidado (fls. 10). O art. 8º afirma

também que terá direito a contratante a rescindir o contrato quando o contratado apresentar condições incapazes do exercício de ciclista profissional (fls. 10 — v<sup>o</sup>).

Diversas notícias são juntadas pelo Recorrente, merecendo destaque algumas nas quais é mencionada a existência da única equipe de ciclismo profissional do nosso país (fls. 43 — *site* UOL — esportes — 30.6.2010), por ser a única equipe brasileira a integrar a categoria profissional continental da UCI. A mesma notícia aponta que o recorrente denunciou à imprensa a falta de pagamento de salários, e sua recusa na participação do campeonato brasileiro.

A notícia do *site* Oficial Time a fls. 41 aponta que o trabalho da equipe profissional de São José dos Campos seria um exemplo para todo o ciclismo nacional. Muitos outros documentos relatam a crise financeira sobre a equipe, bem como discussões entre o reclamante e o Sr. Carlinhos (José Carlos). Insta ponderar que o documento de fls. 49 demonstra um *e-mail* do Sr. Carlinhos promovendo uma convocação do reclamante. São muitas matérias jornalísticas apontando que o Reclamante estaria sem correr por conta dos protestos formulados contra a falta de pagamentos.

O documento de fls. 74 é um *e-mail* da responsável pelos serviços jurídicos na UCI, na qual afirma claramente que o contrato do Reclamante não foi depositado perante aquela entidade, não havendo qualquer garantia, deixando de observar as regras daquela entidade, assinada por Barbara Hampel — Suíça (fls. 74).

Prosseguindo na documentação trazida pelo Reclamante, a fls. 77/123 encontra-se juntado nos autos uma série de conversas entre o queixoso e outros componentes da equipe, inclusive o Sr. José Carlos, sobre condições de pagamentos e outros dados sobre a formação e as atividades da equipe de ciclismo. As transcrições são acompanhadas de uma mídia digital.

A documentação trazida pela 1<sup>a</sup> Reclamada (Equipe de Ciclismo Scott traz a fls. 203 a carta de rescisão contratual enviada pelo Reclamante. Também são juntados diversas impressões de *e-mails* relatando que a folha de pagamento definitiva da equipe continha o nome do Reclamante como recebedor de R\$ 7.000,00 mensais, *e-mail* este enviado pelo Fundo de Apoio ao Desporto Não Profissional (FADENP). A fls. 206 se encontra a relação de patrocinados neste fundo, encontrando-se a Equipe de Ciclismo São José 2011. A fls. 208/217 é juntado um caderno de encargos do FADENP, no qual restam descritas as atividades da equipe, os objetivos pretendidos (fls. 211), apontando a equipe ser uma das melhores da América do Sul (212), participando do evento “PRO Continental”, somente havendo 19 equipes desta no planeta, demonstrando a equipe ter um grande plantel de títulos e conquistas.

Na identificação do projeto, o patrocínio viria da fabricante de bicicletas Scott e da Pro Enger Construtora Ltda. (fls. 213). O orçamento da equipe seria de R\$ 20.000,00 para a equipe, e os demais valores para custeio das atividades. O documento de fls. 217 determina que a bolsa auxílio dos atletas giraria em torno de R\$ 7.000,00 mais R\$ 2.000,00 de transportes. Nitidamente, apesar de apoiada pela municipalidade de São José dos Campos, tratava-se de uma equipe com características profissionais, como ela mesmo se intitulava. Assina como responsável pelo requerimento o Sr. Sérgio Francisco Theodoro.

A 1<sup>a</sup> Reclamada junta uma série de notícias a fls. 218/244 informando sobre os passos da equipe de ciclismo, a fls. 220 informando sobre a equipe sem a participação do Reclamante. A fls. 222 constata-se uma série de *e-mails* trocados entre o Reclamante e o Sr. Carlinhos, sendo que quando assinado por este último, constam os seguintes dizeres: Equipe Profissional Continental São José dos Campos BRASIL, e o Sr. José Carlos Monteiro como técnico da Associação Joseense de Ciclismo de Base. Entre

os *e-mails* juntados a fls. 223/235, constatam-se diversas ordens claras de comparecimento para o Reclamante se apresentar ao alojamento da equipe, a última enviada em 27.08.2011, ao passo que a carta de rescisão indireta do Reclamante é datada de 30.11.2011. O *e-mail* de fls. 235 relata que a equipe é patrocinada por diversas entidades públicas e privadas, inclusive outras empresas de diversas atividades, inclusive a 3ª Reclamada.

As notícias de fls. 236/244 relatam diversas situações da equipe, inclusive êxitos esportivos como o campeonato brasileiro de estrada com a participação do Reclamante. Também é relatada a participação da equipe nos Jogos Regionais por São José dos Campos.

A notícia de fls. 239 dá conta que o Reclamante não participou da prova “Campeonato Brasileiro de Ciclismo” em face da falta de pagamentos de todos os integrantes da equipe. A fls. 240 consta que o Reclamante não participou da prova “9 de Julho”, tradicional prova do ciclismo brasileiro realizada anualmente em São Paulo.

A fls. 248 é juntada uma nota na qual a equipe anuncia sua reformulação em setembro de 2010, na qual teve que cortar 40% do seu orçamento, com a suspensão das atividades da equipe, sendo que diversos atletas e apoiadores aceitaram as condições e outros não, mencionando na nota o técnico Carlinhos (José Carlos Monteiro), que perderam patrocinadores.

A fls. 249 consta um *e-mail* da equipe subscrito pelo técnico José Carlos Monteiro **convocando** o Reclamante para se apresentar no alojamento da equipe em Pindamonhangaba no dia 18 de agosto de 2010, apontando que será feito um acerto da dívida, a discussão do futuro da equipe e o planejamento e treinamento. Ainda aponta para o Reclamante devolver todo o material em seu poder, como a bicicleta de corrida, contra relógio e material de treinamento. Aponta que haverá um acerto individual com cada integrante e que cada um deverá ficar alojado e concentrado para competições futuras.

A transcrição do *e-mail* de fls. 250/251 revela dados bastante interessantes para o desfecho da causa. O Técnico Carlinhos fala que o Reclamante deveria comparecer no alojamento, apontando que até 1º.7.2010 os pagamentos estavam em dia. Afirma ainda que estava escalando os atletas que estavam treinando com a equipe por mérito, apontando que os resultados estão melhores com o afastamento do Reclamante. Afirma que ele deve treinar para voltar a participar da equipe e largar de “se fazer bonzinho, vítima e santinho”. No fim convoca a equipe para reunião no dia 4 de agosto de 2010 no alojamento. O Reclamante responde na mesma transcrição a fls. 250/251, afirmando que as promessas de contratação não foram cumpridas, os salários não foram pagos pontualmente, não houve realização do plano saúde nem do seguro de vida, na qual o Reclamante afirma que a equipe pertence ao técnico (fls. 251). Aponta que está com os salários defasados, sem as condições realizadas, e ainda estava sendo boicotado pelo técnico Carlinhos.

A notícia de fls. 257 aponta que o Reclamante deixou de participar das provas no campeonato brasileiro nos dias 26 e 27 de junho por falta de pagamentos, na qual consta que o Reclamante prestou uma declaração apontando que os salários não eram pontualmente pagos e que todos passavam por problemas financeiros em casa. A notícia é do *site* Sportime datado de 6.9.2010.

A notícia de fls. 258 aponta uma “debandada” da equipe eis que os atletas Tiago Gasparotto e Renato Ruiz deixaram a equipe por estarem com os salários atrasados, revelando o último atleta que a situação do Reclamante foi idêntica, perdendo espaço dentro da equipe depois de reclamarem dos salários. A afirmação é clara no sentido de que o que foi prometido pelo técnico José Carlos não foi concretizado, sendo que em maio começaram os problemas, e que não tinha como retirar o sustento de outra atividade senão o ciclismo e que não poderiam ficar na situação de pagamentos atrasados.

A notícia de fls. 262 do UOL de 5.8.2010 aponta que a melhor equipe do país enfrentava problemas de salários atrasados chegando a ficar cinco meses sem receber para competir. Aponta a notícia que o Reclamante denunciou a má situação financeira da equipe e que, com isso, ficou de fora de diversas provas. O atleta Tiago Gasparotto teria saído duas semanas antes e transferiu-se para a equipe de Pindamonhangaba, apontando este atleta que o técnico Carlinhos prometia e não cumpria as condições de contrato. O mecânico Evandro afirmou que desde a volta da Turquia os salários já estavam atrasados, e que não poderiam sair sob risco de perder a vaga em uma equipe de ponta, apontando que o técnico enrolava os atletas. O caso iria ser investigado pela UCI conforme denúncias do Reclamante e do atleta italiano Jorge Giacinti, procurando bloquear a participação da equipe. Devido ao protesto, a notícia aponta que o atleta Murilo Fischer estava também sem competir.

As notícias de fls. 265/267, da mesma fonte, datadas de 11.8.2010 revelam a mesma situação apontada por outras notícias e a áspera discussão entre o Reclamante e o técnico Carlinhos, apontando o primeiro que o último o estava “colocando na geladeira”. O próprio Carlinhos afirma que irá regularizar a situação, demonstrando que as dívidas persistiam em agosto, e que estavam saindo da equipe dois patrocinadores. A notícia sugere que o técnico teria dado “um passo maior que a perna”, afirmando que não tinha estrutura para participação no exterior.

A notícia de fls. 268/270 do site “Prólogo”, datado de 17.11.2010 especializado em ciclismo, aponta que o Reclamante se aposentou aos 32 anos após uma carreira de grande sucesso.

O documento de fls. 271/272 aponta que o Reclamante participou de uma oficina de *Training Bike* do Banco do Brasil na cidade de Londrina em 13.6.2010, uma atividade de um dia (domingo) para transmitir a experiência do Reclamante aos demais participantes e estimular o ciclismo. A notícia de fls. 273 revela

a mesma situação, assim como a notícia de fls. 274 noticia o ocorrido no referido dia. Outras notícias são juntadas a fls. 275/285 revelando os mesmos fatos bem como dados da carreira do Reclamante como ciclista e seu trabalho junto à respectiva confederação.

A 2ª Reclamada junta documentos constitutivos de sua formação e da eleição de seus componentes (o técnico José Carlos Monteiro é tesoureiro da referida associação — fls. 305). A fls. 306/314 constata-se um processo contra o FADENP e contra o Município de São José dos Campos, no qual duas reclamantes eram atletas de *handebol*. A decisão nada tem a ver com o presente processo, posto que as duas reclamadas daquele feito não se encontram no polo passivo da presente lide. A fls. 316 junta a relação de pagamentos em favor de diversos atletas, inclusive o reclamante em destaque, no importe de R\$ 7.000,00. A fls. 318/351 junta o caderno de preenchimento da Lei de Incentivo Fiscal de São José dos Campos.

A fls. 352, a 2ª Reclamada junta uma nota da equipe de ciclismo de São José dos Campos no qual noticia a extinção da equipe Scott/Marcondes César devido a falta de recursos, datada de 30.08.2010, apontando que a equipe tinha uma dívida muito alta, nota esta assinada pelo Sr. José Carlos Monteiro. Junta a fls. 353/354 as duas convocações para retorno do Reclamante, já relatadas.

O que causa mais estranheza é que a carta original enviada pelo queixoso foi apresentada pela 2ª Reclamada a fls. 355, apesar de endereçada à 1ª Reclamada, demonstrando que este documento foi entregue no dia 31.8.2010 ao Sr. José Carlos Monteiro em Pindamonhangaba (fls. 356). Não há como explicar a presença deste documento juntado pela 2ª Reclamada, apesar de pertencer à 1ª Reclamada, senão a existência de uma profunda simbiose entre as duas reclamadas, exatamente sob coordenação da pessoa comum e titular da equipe de ciclismo, o Sr. José Carlos Monteiro, documento chave este na compreensão da relação entre as partes.

A prova documental trazida pelas partes nos autos reforça muito a tese formulada na exordial, e no apelo do Reclamante. Com efeito, o contrato celebrado se assemelha, e contém fortes componentes, de um contrato de trabalho comum, inclusive se referindo às penalidades do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. A prova documental deixa clara a existência dos requisitos do art. 3º consolidado.

As notícias trazidas pela 1ª demandada deixa claro que foi formada uma equipe profissional de ciclismo, registrada como tal na UCI, sendo a única do país habilitada como tal a participar das competições internacionais. É difícil compreender a existência de atletas amadores, quando perante entidades internacionais e perante o público em geral, inclusive os patrocinadores, formou-se uma equipe **profissional** de ciclismo. Este fato é extremamente claro nas notícias divulgadas, mediante declarações dos atletas e do Sr. José Carlos Monteiro, o verdadeiro organizador e líder da equipe.

Fica muito difícil imaginar, ao ser formada uma equipe profissional de ciclismo, com tantos compromissos importantes no Brasil e no exterior, que os atletas e participantes, inclusive o Reclamante que era um dos grandes nomes do time, fosse atleta amador e autônomo.

No item subordinação, a prova documental é bastante forte para demonstrar as condições de um autêntico contrato de trabalho. Se não bastassem os elementos constantes no contrato como a obrigação da defesa da equipe de ciclismo, as proibições sobre a prestação de atividades e as exigências formuladas pelo técnico da equipe são muito claras. As diversas mensagens enviadas pelo técnico convocando o Reclamante para participar dos treinamentos, conversas, reuniões e outras atividades, efetivamente não são dignas de apontar a existência de fortes liames subordinativos.

A pretensa prova da 1ª Reclamada no sentido do Reclamante atuar em outras atividades é

extremamente frágil, posto que o contrato autoriza atividades que não sejam competitivas, no caso do documento de fls. 270/271, uma oficina de *Training Bike* do Banco do Brasil de um único dia. Tal atividade, em nenhum modo, pode ser considerada uma competição, mas uma atividade promocional do banco e do ciclismo.

Se a prova documental não desfaz a noção de vínculo empregatício, somente resta à prova oral desfazer tal noção, como ônus que incumbem às Reclamadas demonstrarem.

No seu depoimento pessoal afirmou que foi contratado pelo Sr. José Carlos, quem pretendia montar uma equipe profissional de ciclismo em São José dos Campos, acreditando que a equipe também seria profissional, mas afirmou ter sido enganado pelo Sr. José Carlos. Disse que os atletas se concentravam em Pindamonhangaba nas épocas de competição que foram realizadas no Brasil e também na Argentina e Turquia. Fora das competições e concentração, cada atleta fazia o seu treinamento na localidade onde residia e todos eram liberados para voltar para casa depois das provas, não tendo obrigatoriedade de fazer o treinamento na cidade de São José dos Campos. Afirmou que todas as vezes que o Sr. José Carlos solicitou o seu comparecimento esse atendeu e compareceu nesta cidade. Disse que o pagamento não foi efetuado em várias ocasiões, tendo o Sr. José Carlos justificado que era por problemas da patrocinadora (terceira reclamada) e de outros cujos nomes eram colocados nas camisas dos atletas. Afirmou que os depósitos que recebia correspondiam a salário e não a qualquer tipo de bolsa e não precisava comparecer nesta cidade para treinar pois todos eram atletas com experiência e faziam o seu treinamento na cidade onde moravam, de acordo com os objetivos que tinham para realizar as competições. Disse que quem fazia a programação quanto aos objetivos da equipe era o Sr. José Carlos.

O Sr. José Carlos Monteiro (representante das duas Reclamadas) afirmou que todos os

atletas foram contratados mediante pagamento de ajuda de custo fixada em razão da necessidade de cobertura de despesas pessoais, inclusive em viagem e que no valor ajustado para o reclamante foram considerados o perfil e a experiência dele como ciclista e que poderia trazer bons resultados para a equipe. Disse que todos se concentravam numa casa em Pindamonhangaba, na Rua Henrique Homem de Melo, 300, antes das viagens para as provas, por uma questão de logística e economia já que não havia verba para hospedagem. Disse que no início os atletas ficavam na própria casa do Sr. José Carlos e que as despesas das provas eram custeadas pelos organizadores de cada evento. Afirmou que a equipe era de atletas amadores e todos sabiam dessa condição e que eram 14 atletas masculinos e 4 femininos. Aduz que foi contratado como técnico e também recebia ajuda de custo ou bolsa da Prefeitura e que como técnico era responsável pela convocação dos atletas para as provas, já que dos 14 atletas da equipe apenas 8, no máximo, competiam em cada prova. Disse que por ser bem relacionado em São José dos Campos foi quem aproximou as empresas da Prefeitura e que tinha o projeto do qual participou o reclamante. Afirmou que houve problemas com patrocinadores, o que acarretou o não pagamento dos atletas e por fim o encerramento do projeto, mas a equipe continua formada e representa até a data da audiência o município patrocinado por outras empresas.

A primeira testemunha do Reclamante ouvida na audiência una de fls. 184/185, Sr. Renato Ruiz, é também atleta de ciclismo residente em Campinas e disse que participou da equipe de ciclismo em São José dos Campos no período de janeiro a agosto/setembro de 2010. Afirmou que foi contratado por Carlinhos (Sr. José Carlos), como atleta, mediante salário (R\$ 2.500,00 mensais) e que outros benefícios foram prometidos, como plano de saúde e seguro de vida, mas que tais benefícios não foram dados aos atletas. Disse que os atletas sabiam que tinham as provas do calendário nacional

e que participariam apenas das provas principais, sendo que o treinamento era individual, ou seja, cada um fazia seu treino com ou sem preparador físico e que o depoente treinava em Campinas e tinha seu próprio preparador físico. Afirmou que era o próprio depoente quem remunerava o seu preparador físico e que se concentravam em Pindamonhangaba em alojamento, antes das competições, para que pudessem viajar em grupo e nessas ocasiões chegaram a treinar em grupo, tendo o reclamante também participado. Disse que fizeram 5 competições pela equipe e que o trabalho foi encerrado por falta de patrocinadores. Afirmou que os atletas normalmente se integram a equipes mediante um contrato anual que corresponde a temporada; dependendo do interesse e desempenho do atleta esse contrato pode ou não ser renovado e que esse tipo de contratação não envolve registro em CTPS e que firma tais contratos com equipes sem que seja feito o prometido registro em CTPS. Disse que não se recorda de Carlinhos ter oferecido registro em CTPS e que como atleta a testemunha nunca teve registro em CTPS. Disse que José Carlos comprou os materiais para os atletas, acreditando que o fez com dinheiro de patrocinadores e que o depoente teve atraso de pagamento em 2 meses e ficou sem receber o último mês. Disse que não cobrou plano de saúde e seguro de vida, do Sr. José Carlos e que todos os atletas sabiam que a Prefeitura de São José dos Campos era uma das patrocinadoras da equipe. Afirmou que não sabe a origem dos valores que eram depositados, mas afirma que era Carlinhos quem ligava e informava que os valores estariam disponíveis e que fez um acordo com Carlinhos para quitação do débito de R\$ 7.500,00, tendo ficado com a bicicleta no valor de R\$ 5.000,00, não recebendo até hoje os R\$ 2.500,00 restantes.

No segundo depoimento a fls. 467, a referida testemunha disse que os atletas da equipe não tratavam de qualquer assunto com patrocinadores ou com a Prefeitura e que o reclamante permaneceu no Paraná, aguardando

convocação pela equipe durante todo o período em que representou tal equipe. Afirmou que era possível treinar sem preparador físico e que foi feita comunicação relativa a atrasos de salários junto a UCI, por parte do reclamante. Disse que não sabe dizer se o reclamante foi cortado da prova de 9 de Julho por conta dessa comunicação e que o depoente foi cortado da referida prova, não sabendo informar o motivo. Disse que os bens e as contas da equipe de ciclismo eram geridas pelo Sr. Carlinhos e que os atletas recebiam ordens do Sr. Carlinhos.

A 2ª testemunha ouvida, o Sr. Evandro de Souza Oliveira, mecânico de ciclismo, disse que prestou serviços à equipe de ciclismo do início de 2009 a abril de 2010 e que a CTPS do depoente não foi anotada. Afirmou que recebia salários fixos e mensais de R\$ 2.500,00 e que houve atrasos nos pagamentos dos salários, motivo pelo qual deixou a equipe. Afirmou que recebia ordens do Sr. José Carlos Monteiro e que as ordens consistiam nas montagens a serem efetuadas e nos equipamentos a serem levados para cada prova, sendo que o depoente não poderia ser substituído por outro mecânico. Disse que nunca presenciou o reclamante sofrendo punições e que recebia pagamentos mediante depósitos em sua conta bancária, sendo o Sr. José Carlos Monteiro o responsável pelos pagamentos, mas não sabe dizer se os depósitos eram efetuados pela Prefeitura ou por alguma empresa. Afirmou que recebia salários, destacando que nunca assinou qualquer recibo a título de bolsa-auxílio e que já trabalhou em outras equipes de ciclismo, também sem registro em CTPS. Disse que os outros contratos também não especificavam que a remuneração se referia a bolsa-auxílio e que acredita que fazia parte da folha de pagamento da Prefeitura.

Em nenhum sentido, com todo o respeito às decisões tomadas em primeiro grau, os depoimentos revelam uma situação de autonomia do queixoso.

A equipe era organizada e dirigida pelo Sr. José Carlos, que foi o preposto das duas

Reclamadas que se servia de alguma estrutura pessoal e conhecimento técnico e pessoal para organização de uma equipe profissional, como ela se apresentava perante a sociedade e perante a UCI, tendo conseguido o registro naquela entidade como equipe do circuito internacional profissional. Esta tinha o patrocínio de diversas empresas e da própria municipalidade, a qual pagava parte dos valores recebidos pelo queixoso (o contrato revela um valor um pouco superior ao valor pago pelo Fundo Municipal). Este senhor também recebia vencimentos da equipe e era remunerado por tais atividades. Cabia a ele a direção da equipe, a sua organização técnica e financeira, a contratação dos atletas, a preparação nas vésperas das competições e todas as atividades necessárias para seu funcionamento. Como representante da 2ª Reclamada, por quem assina o contrato e a representa em Juízo, cabia a ele a direção geral de toda a equipe sendo seu principal dirigente, coordenador e responsável técnico, inclusive para as convocações.

O contrato vincula as duas Reclamadas (equipe de ciclismo e associação de ciclismo) como contratantes e remuneradoras do queixoso, dos demais atletas e demais integrantes da equipe, que deve possuir uma estrutura capaz de gerir o trabalho de tantos atletas em uma prova. O fato da municipalidade pagar quase a totalidade da remuneração (mas não integralmente) não lhe retira a condição de remuneradora, posto que o Reclamante tinha contrato que o vinculava às Reclamadas, não à municipalidade, apenas uma patrocinadora, que custeava parte dos custos.

Ainda que o contrato não tenha nome de “contrato de trabalho”, na sua substância, estão presentes todos os seus requisitos. E não há como deixar de efetuar o reconhecimento de vínculo empregatício quando o contrato que traga na sua substancialidade uma relação empregatícia, mas possua outro título. A exigência formulada pelo art. 3º, III, parágrafo único, item I, da Lei 9.615/98 somente pode

ser esperada quando inexistente qualquer contratação formulada entre as partes que não tenha a substância de um contrato de trabalho, sob pena de violação do princípio da primazia da realidade.

Isto porque o empregador, ao desejar desvencilhar-se de suas obrigações em uma relação desportiva, pode alcinhar a pactuação de qualquer outra coisa, menos contrato de trabalho, obrigando a parte mais débil, que depende da prestação para sua sobrevivência, inclusive na curta carreira desportiva, a aceitar qualquer determinação do futuro empregador.

Não se pode esperar que a decisão do que será chamado o contrato que unirá as partes fique ao critério do empregador desportivo. Caso contrário, ele altera a titulação em favor de sua conveniência, e virá a Juízo alegar que o elemento formal é que prevalece, quando ele, mediante seu poder maior de negociação (mais destacado ainda no meio desportivo), impõe o elemento formal que deseje, e dele se aproveite para eximir de suas obrigações legais. Isso fere o princípio laboral do *venire contra factum proprium*, aproveitando-se da própria condição que criou.

Ernesto Krotoschin, notável tratadista portenho, enumera o princípio geral de direito como um princípio laboral, ao tratar da questão da nulidade dos pactos laborais, com singular propriedade e ímpar precisão, *verbis*:

“Algunas veces se ha visto el fundamento de la pretensión del trabajador, cuyo contrato es nulo, en el enriquecimiento sin causa del empleador. Ciertamente, el empleador, por regla general, no puede contar con que alguna prestación efectiva de servicios se haga de modo gratuito. No le asiste derecho alguno de adeñuarse del trabajo cumplido por lo trabajador, sin recompensarlo de alguna manera (arg. Cód. Civ. art. 1056).

Finalmente, és posible llegar a un resultado parecido aplicando el principio del *venire contra factum proprium*, cuando em empleador aceptó los servicios dando a entender con

ello que considerada válido el contrato, de modo que no puede invocar posteriormente la circunstancia de la nulidad para liberarse de sus obligaciones.”<sup>(1)</sup>(g. n.)

Também impinge o conjunto probatório dos autos divergir das conclusões das decisões tomadas em primeiro grau, na medida em que os sintomas de existência de subordinação são muito fortes. O fato de treinar isoladamente, cada atleta por sua conta, não parece retirar o liame subordinativo, posto que os atletas são convocados, devem prestar seu trabalho nas competições, têm obrigação de estarem preparados para elas e ainda, devem cumprir fielmente as ordens da direção técnica, sob pena de consideração por falta grave na forma do art. 482 consolidado, tal qual um empregado comum, conforme expressamente previsto no contrato. Isto demonstra que as duas entidades contratantes tinham poderes disciplinares sobre o Reclamante, situação extremamente incompatível com a noção de autonomia.

Com a devida vênia dos dois julgadores de primeiro grau, não se verifica a propalada total autonomia e liberdade de exercício, diante de tais condições demonstradas nos autos pela prova documental, e parcialmente mitigada pela prova testemunhal. O depoimento pessoal das demandadas deixa clara a existência de vinculação subordinativa do autor, dirigindo as atividades da equipe e convocando os atletas para sua participação, o que foi confirmado pelas demais testemunhas. A recusa na convocação, segundo o contrato, era considerada falta grave passível de dispensa na forma do art. 482 consolidado, o que dispensa maiores comentários.

A defesa fala que os R\$ 7.500,00 avançados entre as partes eram para custear despesas, já a municipalidade pagava “bolsa auxílio” de fundo destinado ao fomento do desporto não profissional. No entanto, a equipe se apresentava perante a sociedade por meio da imprensa

(1) KROTOSCHIN, Ernesto. *Tratado Prático del Derecho del Trabajo*. vol. I 4. ed. Buenos Aires: De Palma, 1987.

e da UCI como equipe profissional. Ou seja, para cada finalidade, o contrato assumia uma função, o que é inadmissível, posto que o pacto é único.

A situação dos autos pode ser resumida da seguinte forma: o Reclamante, um dos mais renomados atletas do ciclismo brasileiro, depois de dez anos na Europa, onde a modalidade é muito popular (na França é tão popular como o futebol), foi contratado por um ambicioso plano de organizar uma equipe profissional de ciclismo nos moldes da UCI. Como tal, a equipe dirigida pelo Sr. José Carlos (Carlinhos) foi organizada mediante um “pool” de patrocinadores (não somente a 3ª Reclamada mas diversas outras), sem possuir personalidade jurídica, aproveitando-se da personalidade jurídica da 2ª Reclamada, que também é co-contratante, para promover uma organização de uma sofisticada equipe de ciclismo que, pelo alto nível de seus competidores, passou a vencer as principais provas no país.

Perante a UCI e terceiros, era a única equipe profissional do país, na qual teria que possuir atletas profissionais (aqueles atletas que sobrevivem graças à prática do desporto de alto rendimento mediante remuneração). Para tanto deveria manter seguro de vida (por razões óbvias) já que o ciclismo implica em significativos riscos para os atletas, e foram prometidas outras condições que jamais foram cumpridas. Perante a UCI era uma equipe profissional, porém, perante o Judiciário quer mencionar que seja uma entidade amadora, efetivamente não é possível crer em tal situação tão contraditória.

Apesar dos resultados, financeiramente a equipe não se saiu bem e não se sabe por qual motivo os patrocinadores foram abandonando a equipe que logo se viu sem meios para continuar operando, o que a levou à extinção ainda em 2010 (fls. 352). Os atletas deixaram de ser remunerados regularmente, provocando o abandono de diversos deles. O Reclamante, por ser um dos mais renomados ciclistas do

país, o que é fato notório, primeiro denunciou publicamente a situação da equipe, depois comunicou à UCI e descobriu que não possuía registro de seu contrato e de seu seguro junto àquela entidade (fls. 75), violando os regulamentos daquela entidade. Insta ponderar que aquela entidade promoveu a execução da garantia bancária da equipe perante a UCI conforme a respectiva mensagem.

Mais ainda, a equipe assumiu os riscos da atividade econômica, se obrigando a fornecer todo o equipamento necessário (cláusula 2.8 do contrato) e de uso exclusivo para as competições, sob pena de consideração de falta grave, até mesmo as bicicletas. Trata-se de uma atividade especializada, baseada na atuação de atletas de nível internacional (como o Reclamante), registrada perante a federação internacional competente (UCI) mediante garantia bancária para tal, estabelecendo uma série de regras para serem rigidamente observadas, sob pena de caracterização de falta grave. Tal situação, insofismavelmente, deve ser considerada como uma relação de emprego, não havendo como ser vista de outro modo, com total respeito às decisões recorridas, mas delas ousando divergir.

No entanto, cabe agora promover a necessária subsunção dos fatos apresentados à legislação específica para tal tipo de atividade, a legislação que rege o desporto nacional. Reza o art. 3º da Lei n. 9.615/98, *verbis*:

Art. 3º O desporto pode ser reconhecido em qualquer das seguintes manifestações:

III – desporto de rendimento, praticado segundo normas gerais desta Lei e regras de prática desportiva, nacionais e internacionais, com a finalidade de obter resultados e integrar pessoas e comunidades do País e estas com as de outras nações.

Parágrafo único. O desporto de rendimento pode ser organizado e praticado:

I – de modo profissional, caracterizado pela remuneração pactuada em contrato formal de trabalho entre o atleta e a entidade de prática desportiva;

II – de modo não-profissional, identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, sendo permitido o recebimento de incentivos materiais e de patrocínio. (Redação dada pela Lei n. 9.981, de 2000)

Inicialmente, cabe ponderar que o contrato de trabalho desportivo é um contrato específico destinado à prática desportiva de alto rendimento profissional, sendo uma espécie do gênero contrato de trabalho, por ter regras específicas para tanto.

A análise da prestação profissional de atleta de alto rendimento, por ser espécie de contrato de trabalho, deve se sujeitar aos princípios do direito do trabalho e aos direitos fundamentais dos trabalhadores estabelecidos no texto constitucional de 1988. Se existe contrato profissional de trabalho para a prática desportiva de alto rendimento, este contrato também deve ser regido pelos princípios do direito do trabalho e das normas gerais dos contratos de trabalho, naquilo que não for incompatível com as regras específicas que regem tal pactuação geral.

E por que uma pactuação geral? É que o art. 7º, I, da Constituição Federal de 1988, estipula claramente que uma relação de emprego é um direito fundamental de qualquer trabalhador, *verbis*:

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

I – **relação de emprego** protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; (g. n.)

A mais coerente interpretação de tal norma constitucional é no sentido de que a relação de emprego é um direito fundamental, que deve ser exercido na sua maior potencialidade possível. Como direito fundamental, não é absoluto, tem seus limites imanentes, que estão delimitados pelas outras formas de prestação de labor não subordinado, como o trabalho

autônomo e o avulso entre outros, como também dos atletas não-profissionais, observados rigidamente seus regamentos. Por qual motivo? É que a relação de emprego, sendo um direito fundamental, deve ser respeitado em sua maior potencialidade possível.

Importante ressaltar que os direitos fundamentais preconizados pela própria OIT são direitos universais com nítida natureza dos direitos humanos fundamentais para que o trabalho em qualquer área ou setor pede um nível de remuneração adequado para promover um mínimo de padrão de vida do trabalhador e da sua família. Este direito deve possuir amplo respaldo governamental e social, já que é consagrado como uma obrigação fundamental na Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 23, III), e no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 7º, “a”) portanto, direitos inalienáveis da pessoa humana.

Robert Alexy assevera que os direitos trabalhistas integrantes dos direitos sociais em nossa carta política assumem clara identidade de direitos fundamentais. Tal natureza é facilmente constatável na lei maior, quando o capítulo II, relativo aos direitos sociais, se encontra inserido no título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Apenas esclarece o referido jurista que, ao invés de serem concedidos na forma de uma ação positiva do Estado, são direitos fundamentais que visam uma redistribuição direta da renda à custa dos empregadores<sup>(2)</sup>. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana compreende também os direitos trabalhistas, na medida em que eles abrangem, no expreso dizer da carta política no caput do art. 7º, direitos que visem à melhoria de sua condição social, para atingir

(2) ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior de Magistratura Federal no dia 07 de setembro de 1998. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, p. 72, jul./set. 1999.

o estágio de amplo desenvolvimento da personalidade humana. Além do mais, tratando-se de direitos fundamentais, como são os direitos trabalhistas, uma vez necessários à sobrevivência do trabalhador e seus dependentes, não são somente expressão da vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também expressam a vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*), como bem expressa Konrad Hesse<sup>(3)</sup>.

Neste caso, o princípio da irradiação dos direitos fundamentais determina a aplicação da norma de direito fundamental em sua maior intensidade. Pérez Luño, lastreado nos ensinamentos de C. Graf Von Pestalozza, aponta que o princípio em referência confere aos direitos fundamentais uma força expansiva integrada por normas finalistas com vocação irradiadora para todo o ordenamento jurídico, uma vez que estabelecem uma continuidade entre o princípio protetor da liberdade e o da efetividade dos direitos fundamentais. Assim, há uma tendência ínsita no sistema dos direitos fundamentais de potencializar sua eficácia em todos os âmbitos da experiência social e política<sup>(4)</sup>, inclusive nas relações de trabalho desportivas de alto rendimento.

Por outro lado, sobre as relações de trabalho desportivas devem ser aplicados todos os princípios do direito laboral que não forem incompatíveis com os princípios dos contratos de trabalho desportivos (e.g. o da continuidade dos contratos laborais). Não somente por conta da figuração dos contratos de trabalho desportivos como espécie de contrato de trabalho, como também pelos ditames claros do art. 8º consolidado. Assim, o princípio da realidade é aplicável ao caso em tela, como bem lembrou o primeiro julgado de origem.

(3) HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p. 15 e 19.

(4) PESTALOZZA, C. Graf von. *Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung in der Bundesrepublik Deutschland* em *Der Staat* 2, p. 230-231, 1963, in PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos humanos, Estado de derecho e constitución*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 2001. p. 315.

Nesse caso, aplica-se na forma dos arts. 8º e 9º da Consolidação das Leis do Trabalho a desconsideração das atividades sociais do estatuto social, dando prevalência à realidade dos fatos trazidas por confissão expressa da 1ª Reclamada. A situação real deverá ser a prevalecente nos autos, sendo que os aspectos formais devem ser colocados de lado, caso não correspondam à realidade efetivamente ocorrida, afinal é um dos princípios do direito do trabalho a primazia da realidade ensinada por Mario de La Cueva, como coloca a lição abaixo transcrita:

“A existência de uma relação de trabalho depende, em consequência, não do que as partes tiverem pactuado, mas da situação real em que o trabalhador ache colocado, porque, como diz Scelle, a aplicação do Direito do Trabalho cada vez menos depende de uma relação jurídica subjetiva do que de uma situação objetiva, cuja existência é independente do ato que condiciona seu nascimento. Donde resulta errôneo pretender julgar a natureza de uma relação de acordo com que as partes tiverem pactuado, uma vez que, se as estipulações consignadas no contrato não correspondem à realidade, carecerão de qualquer valor.”<sup>(5)</sup>

O que se verifica no contexto dos autos é um contrato de trabalho mediante uma remuneração pactuada na forma de salário (fls. 09 — R\$ 7.500,00), portanto superior ao subsídio municipal, a ser paga mensalmente, para um profissional renomado do desporto de alto rendimento (ciclismo), com proibição do contratado desempenhar esta atividade por outra entidade (não há liberdade de prestação) e obrigação de atender as convocações, com obrigação de se manter em condições competitivas por sua conta, não podendo descumprir as obrigações contratuais sob pena de caracterização de falta grave e estar sujeito às punições

(5) CUEVA, Mário de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*. 2. ed. México: Porrúa, 1943, t. I, p. 381, in “Princípios de Direito do Trabalho”, *Américo Plá Rodríguez*, LTr, Edusp. p. 218.

do contratante. Isto se chama contrato de trabalho, pouco importando se o pacto receba qualquer outro nome (Contrato da Equipe de Ciclismo Profissional Continental Scott/Marcondes César de São José dos Campos).

Não é chamando um gato de “Rin-Tin-Tin” que ele vai perder sua condição de felino. Esta é a essência do princípio da prevalência da realidade, no caso presente, o contrato estabelece como objeto a participação em provas de ciclismo de estrada.

O importante é ressaltar que os pressupostos de um contrato profissional desportivo estão presentes. Com efeito, no inciso I, um contrato formal existe, com todas as peculiaridades de um contrato de trabalho, tão somente não é reconhecido desta forma, mas seu conteúdo é um efetivo contrato de trabalho, respeitando o inciso I do art. 3º da Lei n. 9.615/98. Por outro lado, o requisito de atleta não-profissional do inciso II, assim identificado pela liberdade de prática e pela inexistência de contrato de trabalho, resta afastada, posto que o Reclamante era expressamente proibido pelo contrato de competir por outra equipe sem autorização dos contratantes.

Por fim, não pode ser esquecido o princípio moral que o caso traz ao examinador. Se uma equipe se apresenta como profissional perante toda a sociedade, os patrocinadores e a federação internacional correspondente, não pode pretender que sejam seus atletas (eram 14, competiam 8 em cada prova), sejam considerados amadores. Esse é o retrato do descaso que vivem as modalidades esportivas brasileiras excluindo-se o futebol.

Atletas que participam de equipes, portanto, o requisito subordinação está mais que evidente quando existe um técnico (no caso dos autos o Sr. José Carlos), são formalmente considerados “amadores”, mas recebem salários (alguns elevados), a despeito de possuírem toda a constituição de um contrato de trabalho convencional. Daí um dos pontos da desgraça esportiva brasileira nas modalidades

extra-futebol, como pretender que atletas que não podem ter outra atividade profissional se dediquem aos treinamentos e competições, se formalmente não são considerados profissionais, ao arrepio do mandamento constitucional? Como pretender cobrar resultados de muitos atletas que se dedicam de corpo e alma às suas modalidades, participando de competições organizadas e reguladas pelas respectivas federações nacionais e internacionais, sujeitos aos regulamentos e ao direito disciplinar global de cada modalidade, que deles dependam para seu sustento e de seus familiares (essência do profissionalismo esportivo), se para efeitos legais não são considerados profissionais?

E, como no caso dos autos com maior robustez ainda, na hipótese nada remota de um acidente esportivo que venha a sofrer uma contusão séria (no caso do ciclismo é mais grave ainda), sem ter qualquer proteção previdenciária que o proteja das contingências do esporte, quiçá de uma invalidez para a atividade esportiva, naturalmente de curta duração? Não é possível conviver com a tese defendida pelas reclamadas em suas defesas, e em parte acolhido pela decisão recorrida, de que possam existir trabalhadores que são e não são profissionais ao mesmo tempo. Se o mandamento constitucional é o reconhecimento do vínculo empregatício, este é o caminho que o caso dos autos se inclina.

O exemplo do processo 0000035-59.2012.5.15.001311, julgado por este colegiado, e de situação similar a dos presentes autos é claro e indiscutível. No mencionado feito, foi reconhecido o contrato de trabalho entre o atleta profissional de outra modalidade (também disputado por equipe) e a municipalidade de São José dos Campos, assim como a Associação Desportiva São José, em circunstâncias muito semelhantes.

Cabe extrair daquele julgado, cujo voto condutor da lavra do Exmo. Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, o seguinte trecho, no qual deixa clara a existência de vínculo empregatício, *verbis*:

“Assinalo que estou em que perfeitamente aplicável a CLT a um atleta, uma vez atendidos os pressupostos do art. 3º, que, no caso, estão, presentes. Conquanto, na aparência, o reclamante tenha sido contratado pelo 2º reclamado — o que, para ter validade demandaria prévia aprovação em concurso público, por se tratar de um ente público — não vislumbro justiça deixar ao desamparo um atleta envolvido num concerto, como o havido entre a entidade desportiva e o 1º reclamado, Município, ambos tirando proveito, econômico ou político, do trabalho deste, com a agravante de que por meio de fraude à legislação do trabalho e do desporto.”

E cita a referida decisão, a seguinte decisão desta Corte, da lavra do Exmo. Des. Dagoberto Nishina Azevedo, *verbis*:

“VÍNCULO DE EMPREGO — ATLETA — CONTRATAÇÃO ILEGAL — INTERPRETAÇÃO DA LEI PELÉ: A Lei Pelé norteia genericamente a prática desportiva, amadora e profissional, sem, contudo, encimar-se e reduzir a legislação trabalhista à mera coadjuvante, relegada à aplicação subsidiária. O art. 28 da Lei Pelé, ao preceituar o contrato de trabalho desportivo, prevê a vinculação do atleta profissional à entidade de prática desportiva e contratação escrita e expressa, contendo cláusulas específicas. A contratação da reclamante não pode ser considerada ilegal e seu trabalho desconsiderado, devido o descumprimento de preceito legal por parte da empresa contratante. A transgressão não pode beneficiar o transgressor, sob pena de lhe agraciar duplamente, pela vantagem auferida em razão da atividade marginal e pela isenção da falta cometida. A consolidação das leis do trabalho não é acessória, nem subsidiária, ou foi suplantada pela Lei Pelé, esta apenas tentou disciplinar a atividade esportiva, amadora e profissional, mas foi vencida pela realidade, cuja primazia é a base das decisões sobre atividade laboral remunerada e subordinada, a qual se denomina relação de emprego.” – TRT da 15ª Região Decisão 038865/2012-PATR do Processo 0120800-95.2007.5.15.0090 RO – Relator Desembargador Dagoberto Nishina De Azevedo Publicação 1º.6.2012 4ª Câmara (Segunda Turma) *in site* do E. TRT15.

O fato da 1ª Reclamada não ser uma pessoa jurídica não lhe auxilia. Aplica-se no caso presente o art. 50 do Código Civil e, constando-se que à frente da entidade (equipe) não formalizada se encontra o Sr. José Carlos Monteiro, este passa a responder pelas obrigações reconhecidas, como bem reconheceu a r. decisão recorrida a fls. 476.

Assim, deve ser provido o recurso adesivo do reclamante para reformar a decisão recorrida e decretar o reconhecimento do vínculo empregatício do Reclamante com as duas primeiras Reclamadas (a 1ª na pessoa de José Carlos Monteiro), com o salário mensal de R\$ 7.500,00, devendo ser anotada a CTPS do Reclamante com tal pacto, no prazo de oito dias contados do trânsito em julgado da presente, sob pena de multa diária de R\$ 500,00 por dia de atraso, conforme faculta o § 4º do art. 461 consolidado.

Como não há recurso específico contra o afastamento da responsabilidade da 3ª Reclamada, nada pode ser apreciado a este respeito, restando mantida a decisão que a afastou de qualquer responsabilidade.

Com o reconhecimento do vínculo empregatício devem ser afastados os pedidos de indenizações conforme a Lei Civil (com exceção do dano moral e dos benefícios contratados), mas sim, apreciados à luz do direito do trabalho.

É fato inequívoco nos autos que houve atraso nos pagamentos de salários do queixoso, bem como uma série de motivos que o afastaram da participação das competições. Tal fato é evidente nas comunicações feitas pelo Sr. José Carlos que chama o Reclamante para acertar a dívida, bem como a prova testemunhal e as provas das notícias trazidas pela própria 1ª Reclamada, além da falta de anotação do contrato de trabalho. Caberiam às Reclamadas demonstrar o pagamento dos salários e sua tempestividade, mas nada restou provado, sendo forçoso admitir-se o alegado na exordial, aliado aos fatos reconhecidos por outras provas nos autos.

De todos os motivos narrados, a rescisão indireta é autorizada quando o empregador impor condições de trabalho que, efetivamente, tornem insuportável a prestação laboral e que não reste outra alternativa senão a ruptura do pacto. De todas as condições narradas, o motivo que mais caracteriza a justa causa do empregador é a mora salarial contumaz, posto que sem o salário, o trabalhador não propicia seu sustento e de seus dependentes, sendo que coloca em risco sua própria existência e dos demais.

Mora salarial contumaz segundo o Decreto-lei n. 368, de 19 de dezembro de 1968, é em seu art. 2º, § 1º o atraso no pagamento de três meses de salários:

Art. 2º: § 1º Considera-se mora contumaz o atraso ou sonegação de salários devidos aos empregados, por período igual ou superior a três meses, sem motivo grave e relevante, excluídas as causas pertinentes ao risco do empreendimento.

Desta forma, pela mora contumaz salarial considerada, declara-se rescindido indiretamente o contrato de trabalho do Reclamante com as duas primeiras Reclamadas a partir de 1º.9.2010, com fundamento no art. 483, “d”, da CLT. Dando causa à rescisão, as Reclamadas respondem pelas verbas rescisórias como se houvesse dispensa imotivada, além dos salários atrasados postulados na exordial, uma vez incontroversos. Não é possível acatar o reconhecimento do vínculo empregatício até 31.12.2010, eis que o contrato foi rompido pelo próprio Reclamante, sendo lamentável tal pretensão.

Não será possível atender o pedido de pagamento das remunerações vincendas, não podendo ser aplicado o art. 603 do Código Civil por existir norma específica no direito do trabalho (art. 8º consolidado), mas resta atendido supletivamente o pagamento de indenização correspondente à metade das remunerações vincendas conforme art. 479 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O período do contrato a ser anotado é de 31.12.2009 a 1º.9.2010 (data de recebimento da carta de rescisão indireta)

Procede desta forma e calculado sobre o salário mensal de R\$ 7.500,00, o pagamento de salários atrasados postulados na exordial, férias proporcionais (simples) devidas na rescisão, acrescidas de um terço, indenização do art. 479 consolidado, 13º salário proporcional de 2010, multa dos depósitos fundiários de 40% e FGTS sobre as verbas rescisórias incidentes. As Reclamadas deverão entregar as guias TRCT com código 01 para saque dos depósitos fundiários.

Na rescisão indireta é indevida a multa do art. 467 consolidado, mas devida a multa do § 8º do art. 477 consolidado eis que não satisfeita qualquer verba rescisória ao Reclamante.

Descabe contribuição previdenciária somente sobre indenização *ante tempus*, férias acrescidas de um terço por serem indenizadas, multa do art. 477, FGTS e sua multa.

Expeçam-se ofícios ao Ministério do Trabalho e ao Ministério Público do Trabalho com cópia da presente.

### **I.3. Majoração da indenização por dano moral**

Pretende o Reclamante a majoração da indenização por dano moral de R\$ 7.500,00 para R\$ 200.000,00, afirmando a condição econômica do “banco reclamado (*sic fls. 519*)”, afirmando ter sofrido situação de penúria e descaso dos Reclamados.

Sem razão.

O valor da indenização se afigura razoável na medida em que os atrasos ocorreram por poucos meses e em condições não muito bem definidas, mas a equipe perdeu patrocinadores levando-a a uma crise financeira que culminou com sua paralisação em setembro de 2010. Claro que é devida uma indenização, mas as Reclamadas empregadoras não são nenhum banco e diante da precariedade da sua situação, a indenização se afigura equilibrada.

Resta mantida a condenação em danos morais estabelecidas em primeiro grau.

## II. Do apelo das duas Reclamadas

Inicialmente, cabe ponderar que, diante do reconhecimento do vínculo empregatício, restam prejudicados os tópicos de julgamento *extra petita*, incompetência em razão da matéria, remunerações vencidas e vincendas, eis que já apreciadas pelo apelo do queixoso ou derrubadas pelo seu provimento parcial.

### II.1. Seguro de vida e de saúde

Pretendem as Reclamadas ser eximidas da condenação ao pagamento de seguro de vida e de saúde.

Sem razão.

Em primeiro lugar, há de afirmar que o seguro de vida é obrigatório conforme o regulamento da UCI (fls. 75). Por outro lado, como deixam claras as conversas tratadas entre o Reclamante e o Sr. José Carlos, foi prometido pelo último tais benefícios, conforme deixam claras as transcrições de fls. 92 e 107/108, passando a integrar o contrato de trabalho, como condição prometida e mais benéfica.

Os valores das indenizações no importe de R\$ 8.333,33 estão corretamente arbitradas e ponderadas pela duração do pacto de forma correta e consentânea com os valores pactuados e devidos no mercado para tais benefícios.

Nada a reparar, portanto.

### II.2. Existência de dano moral

As Reclamadas sustentam o não pagamento de indenização por danos morais afirmando que não houve assédio moral e que não houve mora contumaz.

Ensina-nos a melhor doutrina que o dano moral é resultado prejudicial que tem por objeto a lesão ou menoscabo de alguns dos bens correspondentes ao âmbito estritamente pessoal da esfera jurídica do sujeito de direito, ressarcidos por via satisfativa, sob o critério equitativo do Juiz.

José de Aguiar Dias coloca que:

“não é o dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra *dor* o mais largo significado.”<sup>(6)</sup>

E continua que:

“Consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou da lesão, quando não tenha deixado resíduo concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação ao ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam.”<sup>(7)</sup>

Os direitos à reparação do dano são constitucionalmente assegurados pelos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal/88, que asseguram:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral, ou à imagem.

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Antonio Vazquez Vialard, citado por Pinho Pedreira, coloca claramente a importância do dano moral nas relações de Trabalho, *verbis*:

“se em algum âmbito de direito o conceito de dano moral pode ter alguma aplicação é, precisamente, no do trabalho. A razão de subordinação que está sujeito o trabalhador na satisfação de seu débito leva que a atuação da outra parte, que dirige esta atividade humana, possa menoscabar a faculdade de atuar que diminui ou até frustra

(6) DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. 2, § 730.

(7) *Op. cit.*, § 743.

totalmente a satisfação de um interesse não patrimonial.<sup>(8)</sup>”

A lição do grande Miguel Reale aponta que o dano moral atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive envolvendo o dano de sua imagem<sup>(9)</sup>.

No caso em tela, os fatos apontam que o Reclamante sofreu limitações em sua vida pessoal e ainda esteve exposto a diversas privações. Não são muito bem explicadas as atitudes de afastamento da equipe em algumas provas, coincidiram exatamente por reclamações públicas por falta de salários, com nítido sabor de retaliação, mormente porque ocorreu com outro atleta a mesma situação (fls. 258/262/267 e 268). Tal prática viola o princípio da ocupação efetiva, um princípio ínsito ao direito do trabalho e mais aplicável ainda aos contratos de trabalho desportivos, onde o atleta tem maior direito à participação nas atividades competitivas, salvo nos casos de impedimento físico ou disciplinar.

As atitudes das Reclamadas, especialmente pela mora contumaz, provocaram não somente sensação de dor moral no Reclamante, bem como causou desvalor em sua imagem profissional e pessoal. Imagine um atleta famoso sem condição de pagar suas contas.

As atitudes das Reclamadas feriram a esfera jurídica da personalidade anunciada por Rudolf Ihering. Ela dispõe que a pessoa pode ser lesada tanto no que a pessoa possui, como no que ela é, e completa:

“E que se tenha um direito à liberdade ninguém o pode contestar, como contestar não se pode, ainda, que se tenha direito a sentimentos afetivos, a ninguém se recusa o direito à vida, à honra, à dignidade, a tudo isso enfim, que, sem possuir valor de troca da economia política, nem por isso deixa

de constituir em bem valioso para a humanidade inteira. São direitos da própria personalidade humana. São emanações diretas do eu de cada qual, verdadeiros imperativos categóricos da existência humana.<sup>(10)</sup>

Não somente foram molestados bens materiais como o bem estar emocional mas, também, foram lesionados valores íntimos da pessoa perante terceiros. Eles constituem o sustentáculo sobre a personalidade é moldada e sua postura nas relações em sociedade é erigida.

Considera-se, portanto, a existência de dano moral praticado pelas Reclamadas, cabendo saber como reparar a lesão ocorrida. Quando se fala em reparação do dano, logo se vem a ideia da restituição da coisa anteriormente ao ato danoso como coloca o art. 186 do Código Civil. No caso do dano moral, isso quase sempre é impossível, tendo em vista o que coloca a lição acima.

Certo e mais justo seria restituir à situação anterior, mas isto não é mais possível. Apesar da reparação pecuniária em nada reparar o dano já cometido, ela se mostra útil sob o aspecto psicológico, é determinada pela repercussão da condenação na esfera do lesado, o potencial econômico-social do lesante e as circunstâncias do caso.

O que se espera da reparação pecuniária é a orientação para que o lesante se abstenha de praticar tais atos, tal qual a figura dos *Punitive Damages* do direito norte-americano. Ensina a sintética obra de Edward J. Kionka — *Torts in a nut shell*, que a medida é chamada de indenização exemplar. Não se trata de indenização propriamente dita, mas se justifica por ser uma punição monetária que o causador do dano venha a responder em Juízo perante uma ação de reparação civil quando o dano a ser reparado é de pequena monta em comparação com o potencial econômico do lesante.

(8) PINHO PEDREIRA da Silva, Luiz. A reparação do dano moral no direito do trabalho. São Paulo: *LTr*, 55(5):552, 1991.

(9) REALE, Miguel. *Temas de Direito Positivo*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 22-3.

(10) IHERING, Rudolf *apud* ROSVANY, Terezinha Cordeiro. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, n. 89, jan./mar. 1993, Revista dos Tribunais, p. 21.

Por outro lado, é útil como para reparação de danos sem quantificação patrimonial como os danos morais, por exemplo, e também meio para forçar uma parte a cessar determinada prática danosa, cuja reparação seja mais compensatória com o pagamento da indenização, do que cerrar o ato lesionador<sup>(11)</sup>.

O instituto jurídico tem fundamento na *Common Law*, mas é expressamente regulado ou previsto por normas legais expressas (isto é importante em um sistema legal consuetudinário como os EUA). É importante verificar que nos vários ordenamentos existentes nos Estados Unidos, tal punição tem como função uma compensação pela indiferença do réu com os direitos ou com a segurança alheia, havendo a necessidade de haver dolo ou culpa grave (nos nossos padrões) dentro da prática que originou o ato ilícito.

Servindo-se tão somente do fundamento do instituto norte-americano, a compensação financeira pelo dano serve tão somente de desestímulo das Reclamadas voltarem a exigir trabalho em condições tão sofríveis como foi exigido do Reclamante, ainda mais este sendo um atleta de nível internacional, seja contra quem mais for, pois neste caso, a Justiça deve atuar como guardiã não somente dos direitos do Reclamante, mas da sociedade.

Assim, o valor deferido na r. sentença deve ser mantido, eis que as provas dos autos convergem com as alegações formuladas.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, decido conhecer de ambos os apelos apresentados e, no mérito o apelo

apresentado por **Luciano André Mendonça Pagliarini** é provido para declarar a existência de vínculo empregatício com a **Equipe de Ciclismo Continental Profissional Scott/Marcondes Cesar de São José dos Campos (N/P José Carlos Monteiro)** e **Associação Joseense de Ciclismo** no período de 31.12.2009 a 01.09.2010, e condená-las (mantida a exclusão da 3ª Reclamada) a anotar a CTPS do Reclamante e pagar a este o pagamento de salários atrasados postulados na exordial, férias proporcionais (simples) devidas na rescisão, acrescidas de um terço, indenização do art. 479 consolidado, multa do § 8º do art. 477 consolidado, 13º salário proporcional de 2010, multa dos depósitos fundiários de 40% e FGTS sobre as verbas rescisórias incidentes, além de entregar as guias TRCT com código 01 para saque dos depósitos fundiários, restando prejudicadas as condenações de indenizações de salários atrasados e do contrato deferidas na decisão recorrida (itens “a” e “b” do dispositivo) por atendidas de outro modo, no mais mantendo a decisão recorrida; e de conhecer o apelo de **Equipe de Ciclismo Continental Profissional Scott/Marcondes Cesar de São José dos Campos e Associação Joseense de Ciclismo**, para negar-lhes provimento, restando prejudicadas as demais matérias.

Rearbitro a condenação para o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), com custas sobre tal valor a cargo das duas Reclamadas condenadas.

**FIRMINO ALVES LIMA**

Juiz Relator

(11) KIONKA, Edward J. *Torts in a Nut Shell*. 2. ed. St. Paul: West Publishing Co. 1992. p. 317.



# Índice Geral

---



## Doutrina

### Horas extras pela supressão dos intervalos e pausas: por um olhar sistêmico diante dos reflexos na saúde do trabalhador.

1. Introdução 2. A importância dos intervalos de descanso e das pausas na jornada de trabalho. 2.1. A regulamentação dos intervalos e das pausas no Brasil. 3. A condenação em horas extras pela supressão dos intervalos. 3.1. O risco de adoecimentos e até de morte súbita (*karoshi*) nas jornadas de mais de 11 horas diárias. 3.2. Os caminhos da jurisprudência para coibir as jornadas de mais de 11 horas diárias: a condenação em horas extras. 3.2.1. Considerar inconstitucionais quaisquer regimes que estipulem jornadas de 12 horas de trabalho. 3.2.2. Definir que o tempo mínimo de intervalo intrajornada em jornadas de 12 horas é de 2 (duas) horas. 3.2.3. Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de intervalo não usufruídos. 3.2.4. Condenação do empregador ao pagamento, como hora extraordinária, de todos os lapsos de tempo de pausa não usufruídos. 3.2.4.1. Pausas do digitador. 3.2.4.2. Pausas dos trabalhadores em atividades de teletendimento/*telemarketing*. 3.2.4.3. Pausas do trabalhador em frigoríficos. 3.2.4.4. Pausas do cortador de cana-de-açúcar. 3.2.5. Considerar como crime de redução à condição análoga à de escravo, a exigência habitual de jornadas de mais de 11 (onze) horas de trabalho. 3.2.6. Definir que há um dano existencial *in re ipsa* em jornadas habituais de mais de 11 (onze) horas de trabalho. 4. Considerações finais. 5. Referências bibliográficas..... 17

**A renúncia à continuidade do mandato do Cipeiro significaria perda da garantia provisória no emprego?** 1. Introdução. 2. Comissão Interna de Prevenção de Acidentes. Topologia e reflexões. 3. Achegas

ao princípio da irrenunciabilidade no direito laboral. 4. Renúncia à continuidade do mandato. Uma ação baseada no preceito de autonomia da vontade. 5. Tempo de quarentena da garantia de emprego do cipeiro: A estabilidade provisória advinda da lei. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas ..... 42

**Execução efetiva: fraude à execução trabalhista e fraude à execução fiscal — A interpretação sistemática como ponte hermenêutica à assimilação produtiva à execução trabalhista do regime jurídico especial da fraude à execução prevista no art. 185 do CNT.** 1. Introdução. 2. As modalidades de fraude à execução no direito positivo. 3. Fraude à execução fiscal: a presunção de fraude é absoluta; não se admite prova em contrário. 4. A histórica opção da teoria jurídica brasileira de conferir ao crédito trabalhista privilégio legal superior àquele reconhecido ao crédito fiscal. 5. Hermenêutica e método sistemático de interpretação: do postulado da unidade do sistema jurídico à compatibilização dos arts. 29 da Lei n. 6.830/1980 e 186 do CTN. 6. A aplicação do sistema legal dos executivos fiscais à execução trabalhista: à efetividade do direito material do credor trabalhista corresponde interpretação extensiva do art. 889 da CLT. 7. A jurisprudência do STJ acerca da aplicação da Súmula n. 375: fraude à execução fiscal x fraude à execução civil. A questão da aplicação do regime jurídico especial da fraude à execução fiscal previsto no art. 185 do CTN à execução trabalhista. 8. A fraude à execução no novo CPC (e a necessidade de revisão da Súmula STJ n. 375). 9. O marco temporal a partir do qual a alienação faz presumir fraude absoluta à execução trabalhista: ajuizamento x citação. 10. Conclusão. 11. Referências bibliográficas..... 52

<p><b>A desvinculação de conceitos previdenciários e civis como pressuposto para a efetiva reparação dos acidentes de trabalho.</b> 1. Introdução. 2. A construção do sistema de reparação dos acidentes de trabalho. 3. Aproximações e distanciamentos entre conceitos previdenciários e civis. 4. A desnecessidade do conceito previdenciário de acidente de trabalho para a efetiva responsabilização civil do empregador. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.....</p>	<p>77</p>	<p><b>novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal (diálogo das fontes).</b> 1. Considerações iniciais. 2. Acidentado de trabalho: dimensões da “chaga social”. 3. Acidente do trabalho e o novo viés interpretativo do art. 7º, inciso I, da Constituição Federal (diálogo das fontes). 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas .....</p>	<p>127</p>
<p><b>Acidente do trabalho doméstico: repercussões jurídicas à luz da tutela constitucional introduzida com a EC n. 72/2013.</b> 1. Introdução. 2. Tutela constitucional do empregado doméstico antes da EC n. 72/2013. 3. Tutela constitucional do empregado doméstico depois da EC n. 72/2013. 4. Nova disciplina normativa infraconstitucional dos empregados domésticos (Lei Complementar n. 150/2015). 4.1. Repercussões previdenciárias em matéria de infortúnica laboral. 4.2. Repercussões trabalhistas em matéria de infortúnica laboral. 4.3. Repercussões tributárias em matéria de infortúnica laboral. 4.4. Repercussões administrativas em matéria de infortúnica laboral. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas .....</p>	<p>93</p>	<p><b>As verbas recebidas pelos atletas profissionais de futebol e suas repercussões no contrato de trabalho.</b> 1. Introdução. 2. Breve histórico do Direito Desportivo do Trabalho. 3. Contrato de trabalho do atleta profissional de futebol. 3.1. Vínculo empregatício e vínculo desportivo. 4. As verbas pagas aos atletas profissionais. 4.1. Direito de imagem. 4.2. Direito de arena. 4.3. Luvas. 4.4. Bicho. 5. Repercussões das verbas recebidas pelos atletas no caso de rescisão indireta do contrato especial de trabalho desportivo. 6. Repercussões das verbas pagas aos atletas no caso de cessação temporária do atleta profissional. 7. Repercussões das verbas recebidas pelos atletas em caso de execução das cláusulas indenizatória e compensatória desportiva. 8. Utilização fraudulenta dos institutos remuneratórios. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas.....</p>	<p>141</p>
<p><b>A dispensa de empregados nas empresas estatais.</b> 1. Introdução. 2. Evolução jurisprudencial: da dispensa imotivada à necessidade de motivação para as prestadoras de serviço público (STF) e para as todas as empresas estatais (TST). 3. Posição doutrinária: necessidade de motivação independe da natureza da empresa estatal. 4. Proposta de sistematização: critérios subjetivos e objetivos previstos em regulamento. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.....</p>	<p>114</p>	<p><b>Programa MPT na Escola, cidadania e direitos humanos: a realidade do trabalho infantil no Estado da Paraíba.</b> 1. Introdução. 2. O Programa MPT na Escola. 3. O Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba. 4. Principais ações do Programa MPT na Escola no Estado da Paraíba. 5. Marco histórico do conceito de cidadania. 6. O conceito atual de cidadania no Brasil. 7. Cidadania, os direitos civis e os direitos sociais da infância e juventude. 8. A realidade do trabalho infantil no Estado da Paraíba. 9. Considerações finais. 10. Referências bibliográficas .....</p>	<p>159</p>
<p><b>A restrição da rescisão contratual do trabalhador vítima de acidente de trabalho e/ou doença ocupacional a partir de um</b></p>			

**Terceirização: o perverso discurso do *mal menor*.** 1. Introdução: compreendendo a terceirização e a atualidade da discussão acerca da necessidade ou não de regulamentá-la. 2. A perversidade do discurso do capital, quando se arvora defensor dos direitos dos trabalhadores terceirizados. 3. A realidade da terceirização. 3.1. Terceirização e trabalho infantil. 3.2. Terceirização e escravidão. 3.3. Terceirização e morte. 3.4. Outros efeitos da terceirização. 4. A regulamentação da terceirização: o que muda com o PLC n. 30/2015?. 5. As perspectivas para o futuro. 6. Para concluir. 7. Referências bibliográficas..... 170

**Assédio moral por metas abusivas e direito fundamental ao trabalho digno.**

1. Considerações iniciais. 2. A dignidade da pessoa humana. 3. O assédio moral e suas consequências. 4. O poder diretivo do empregador e seus limites. 5. A lacuna legislativa e o reconhecimento do assédio moral. 6. O assédio moral por metas abusivas. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas..... 189

### **Jurisprudência**

#### **Acórdão do Tribunal Superior do Trabalho**

#### **Acórdãos de Tribunais Regionais do Trabalho**

Tribunal Superior do Trabalho ..... 205  
Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região... 253  
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 271

