

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
3ª REGIÃO**

CONSELHO EDITORIAL

MARCUS MOURA FERREIRA - Desembargador Presidente do TRT/MG
LUCILDE D'AJUDA LYRA DE ALMEIDA - Desembargadora 2ª Vice-Presidente,
Ouvidora e Diretora da Escola Judicial do TRT/MG
RODRIGO CÂNDIDO RODRIGUES - Juiz Coordenador Acadêmico da
Escola Judicial do TRT/MG
DENISE ALVES HORTA - Desembargadora Coordenadora da Revista
do TRT/MG
MARCEL LOPES MACHADO - Juiz Coordenador da Revista do TRT/MG
LUIZ EVARISTO OSÓRIO BARBOSA - Juiz Coordenador da Revista do TRT/MG
JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA - Ministro do TST
MAURICIO GODINHO DELGADO - Ministro do TST
ALEXANDRE CORRÊA DA CRUZ - Desembargador do TRT/RS
AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR - Desembargador do TRT/MS
BIANCA BASTOS - Desembargadora do TRT/SP
CÁSSIO COLOMBO FILHO - Desembargador do TRT/PR
GERSON DE OLIVEIRA COSTA FILHO - Desembargador do TRT/MA
MÁRCIO TÚLIO VIANA - Desembargador aposentado do TRT/MG
SEBASTIÃO GERALDO DE OLIVEIRA - Desembargador do TRT/MG
TAISA MARIA MACENA DE LIMA - Desembargadora do TRT/MG
ANTÔNIO GOMES DE VASCONCELOS - Juiz Titular do TRT/MG
LEANDRO KREBS GONÇALVES - Juiz Titular do TRT/RS
MARTHA HALFELD FURTADO DE MENDONÇA SCHMIDT - Juíza Titular
do TRT/MG
ANA CLÁUDIA NASCIMENTO GOMES - Procuradora do MPT em Minas Gerais
ELAINE NORONHA NASSIF - Procuradora do MPT em Minas Gerais
HELDER SANTOS AMORIM - Procurador do MPT em Minas Gerais
LUTIANA NACUR LORENTZ - Procuradora do MPT em Minas Gerais
ADRIÁN GOLDIN - Professor Plenário na Universidad San Andrés - Argentina
ANTONIO PEDRO BAYLOS GRAU - Catedrático de Derecho del Trabajo
en la Universidad de Castilla La Mancha - Espanha
GIANCARLO PERONE - Professor Ordinário de Diritto Del Lavoro
Nella Università di Roma Tor Vergata - Itália
MARIE-FRANCE MIALON - Professora da Universidade Paris II -
Panthéon - Assas - França

PARECERISTAS QUE ATUARAM NESTA EDIÇÃO

ANA VIRGÍNIA MOREIRA GOMES - Professora Assistente na
Universidade de Fortaleza

ANTÔNIO PEREIRA GAIO JÚNIOR - Professor Adjunto na Universidade
Federal Rural do Rio de Janeiro

BÁRBARA NATÁLIA LAGES LOBO - Servidora do TRT/MG

CANDY FLORÊNCIO THOME - Juíza do Trabalho do TRT/Campinas

DEILTON RIBEIRO BRASIL - Professor na Fundação Universidade de
Itaúna/MG

LEONARDO TIBO BARBOSA LIMA - Juiz do Trabalho do TRT/MG

RODRIGO GARCIA SCHWARZ - Professor Permanente na Universidade
do Oeste de Santa Catarina

THEREZA CHRISTINA NAHAS - Membro permanente do corpo
docente da Escola Judicial do TRT/SP



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO**

**REVISTA DO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
3ª REGIÃO**

**TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA
3ª REGIÃO**

Os acórdãos, sentenças e artigos doutrinários selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais.

BELO HORIZONTE
SEMESTRAL

ISSN 0076-8855

ESCOLA JUDICIAL

Editora-Chefe
Denise Alves Horta

Secretária
Alexandra Marques de Freitas

SEÇÃO DA REVISTA
Bacharel
Isabela Márcia de Alcântara Fabiano

Editoração de texto, Normalização e Diagramação
Patrícia Côrtes Araújo

REDAÇÃO: Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30110-027 - Belo Horizonte - MG - Brasil
Telefone: (31) 3228-7169
e-mail: revista@trt3.jus.br
escola@trt3.jus.br

CAPA: Carolina Nunes Achilles - Secom TRT/MG - Seção de Publicidade e Comunicação Interna

IMPRESSÃO: Globalprint Editora Gráfica
globalprinteditora@yahoo.com.br
Telefone: (31) 3198-1100

Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região / Tribunal Regional do Trabalho
3ª Região; n. 1, (1965 -). Belo Horizonte, 1965.

Semestral.

Periodicidade irregular até 1998, a partir do volume 59 de 1999 passa a ser
semestral. Disponível também na *internet* (<http://www.trt3.jus.br/escola/institucional/revista/estante.htm>) a partir do volume 64 de 2004

ISSN 0076-8855

1. Direito do Trabalho - Periódico. 2. Direito Processual do Trabalho - Brasil
3. Justiça do Trabalho - Brasil. 4. Jurisprudência trabalhista - Brasil. I. Brasil.
Tribunal Regional do Trabalho (3. Região).

CDU: 347.998:331(81)(05)
34:331(81)(094.9)(05)

O conteúdo dos artigos doutrinários publicados nesta Revista, as afirmações e os
conceitos emitidos são de única e exclusiva responsabilidade de seus autores.
Nenhuma parte desta obra poderá ser reproduzida, sejam quais forem os meios
empregados, sem a permissão, por escrito, do Tribunal.

É permitida a citação total ou parcial da matéria nela constante, desde que
mencionada a fonte.

Impresso no Brasil

T RIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO

DA TERCEIRA REGIÃO

BIÊNIO: 2018/2019

Cargos de Direção

Marcus Moura Ferreira
Desembargador Presidente

Márcio Flávio Salem Vidigal
Desembargador 1º Vice-Presidente

Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida
Desembargadora 2ª Vice-Presidente

Rogério Valle Ferreira
Desembargador Corregedor

Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto
Desembargador Vice-Corregedor

Turmas

Primeira Turma

Desembargadores
Maria Cecília Alves Pinto - Presidente
Luiz Otávio Linhares Renault
Emerson José Alves Lage
José Eduardo de Resende Chaves Júnior

Segunda Turma

Desembargadores
Sebastião Geraldo de Oliveira - Presidente
Jales Valadão Cardoso
Maristela Íris da Silva Malheiros
Lucas Vanucci Lins

Terceira Turma

Desembargadores
Milton Vasques Thibau de Almeida - Presidente
Emília Facchini
Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Luís Felipe Lopes Boson

Quarta Turma

Desembargadores
Denise Alves Horta - Presidente
Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Paulo Chaves Corrêa Filho
Paula Oliveira Cantelli

Quinta Turma

Desembargadores
Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes - Presidente
Júlio Bernardo do Carmo
Luiz Ronan Neves Koury
Manoel Barbosa da Silva

Sexta Turma

Desembargadores
José Murilo de Moraes - Presidente
Anemar Pereira Amaral
César Pereira da Silva Machado Júnior
Jorge Berg de Mendonça

Sétima Turma

Desembargadores
Marcelo Lamego Pertence - Presidente
Paulo Roberto de Castro
Fernando Antônio Viégas Peixoto
Cristiana Maria Valadares Fenelon

Oitava Turma

Desembargadores
Márcio Ribeiro do Valle - Presidente
Sércio da Silva Peçanha
Ana Maria Amorim Rebouças
José Marlon de Freitas

Nona Turma

Desembargadores
Ricardo Antônio Mohallem - Presidente
João Bosco Pinto Lara
Maria Stela Álvares da Silva Campos
Vaga

Décima Turma

Desembargadores
Rosemary de Oliveira Pires - Presidente
Maria Laura Franco Lima de Faria
Taisa Maria Macena de Lima
Paulo Maurício Ribeiro Pires

Décima Primeira Turma

Desembargadores
Luiz Antônio de Paula Iannaco - Presidente
Adriana Goulart de Sena Orsini
Juliana Vignoli Cordeiro
Marco Antônio Paulinelli de Carvalho

Órgão Especial

Desembargador Marcus Moura Ferreira (Presidente)
Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal (1º Vice-Presidente)
Desembargadora Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida (2ª Vice-Presidente)
Desembargador Rogério Valle Ferreira (Corregedor)
Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto (Vice-Corregedor)
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargador José Murilo de Moraes
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargador Sérgio da Silva Peçanha
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro

Seção Especializada de Dissídios Coletivos (SDC)

Desembargador Marcus Moura Ferreira - Presidente
Desembargador Márcio Ribeiro do Valle
Desembargadora Maria Laura Franco Lima de Faria
Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault
Desembargadora Emília Facchini
Desembargador Ricardo Antônio Mohallem
Desembargador Sebastião Geraldo de Oliveira
Desembargador Anemar Pereira Amaral
Desembargador César Pereira da Silva Machado Júnior
Desembargador Jorge Berg de Mendonça
Desembargador João Bosco Pinto Lara
Desembargadora Cristiana Maria Valadares Fenelon

1ª Seção Especializada de Dissídiosa Coletivos (1ª SDI)

Desembargador Marcelo Lamego Pertence - Presidente
Desembargador Paulo Roberto de Castro
Desembargador Jales Valadão Cardoso
Desembargador Fernando Antônio Viégas Peixoto
Desembargador José Eduardo de Resende Chaves Júnior
Desembargadora Maria Stela Álvares da Silva Campos
Desembargador Sérgio da Silva Peçanha
Desembargadora Ana Maria Amorim Rebouças
Desembargador José Marlon de Freitas
Desembargadora Maria Cecília Alves Pinto
Desembargador Paulo Maurício Ribeiro Pires
Desembargador Manoel Barbosa da Silva
Desembargadora Maristela Íris da Silva Malheiros
Desembargador Lucas Vanucci Lins
Desembargadora Paula Oliveira Cantelli
Desembargadora Adriana Goulart de Sena Orsini
Desembargadora Juliana Vignoli Cordeiro
Desembargador Marco Antônio Paulinelli de Carvalho

2ª Seção Especializada de Dissídiosa Coletivos (1ª SDI)

Desembargador José Murilo de Morais - Presidente
Desembargador Júlio Bernardo do Carmo
Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães
Desembargadora Denise Alves Horta
Desembargador Luiz Ronan Neves Koury
Desembargador Emerson José Alves Lage
Desembargadora Camilla Guimarães Pereira Zeidler
Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho
Desembargador Luiz Antônio de Paula Iennaco
Desembargadora Taisa Maria Macena de Lima
Desembargador Luís Felipe Lopes Boson
Desembargador Milton Vasques Thibau de Almeida
Desembargador Oswaldo Tadeu Barbosa Guedes
Desembargadora Rosemary de Oliveira Pires
Vaga

Diretor-Geral: Paulo Sérgio Barbosa Carvalho

Diretora Judiciária: Telma Lúcia Bretz Pereira

Secretário-Geral da Presidência: Douglas Eros Pereira Rangel

**Varas do Trabalho
TRT/ 3ª Região
Minas Gerais**

1ª Vara de Alfenas	Frederico Leopoldo Pereira
2ª Vara de Alfenas	Antônio Neves de Freitas
Vara de Almenara	José Barbosa Neto Fonseca Suett
Vara de Araçuaí	Júnia Márcia Marra Turra
1ª Vara de Araguari	Christianne de Oliveira Lansky
2ª Vara de Araguari	Zaida José dos Santos
Vara de Araxá	Fabiana Alves Marra
1ª Vara de Barbacena	Anselmo José Alves
2ª Vara de Barbacena	Vânia Maria Arruda
1ª Vara de Belo Horizonte	Paula Borlido Haddad
2ª Vara de Belo Horizonte	Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim
3ª Vara de Belo Horizonte	Erdman Ferreira da Cunha
4ª Vara de Belo Horizonte	Paulo Emílio Vilhena da Silva
5ª Vara de Belo Horizonte	Célia das Graças Campos
6ª Vara de Belo Horizonte	Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque
7ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Nascimento dos Santos
8ª Vara de Belo Horizonte	Cristina Adelaide Custódio
9ª Vara de Belo Horizonte	Érica Aparecida Pires Bessa
10ª Vara de Belo Horizonte	Marcelo Furtado Vidal
11ª Vara de Belo Horizonte	Érica Martins Júdice
12ª Vara de Belo Horizonte	Vitor Salino de Moura Eça
13ª Vara de Belo Horizonte	Olívia Figueiredo Pinto Coelho
14ª Vara de Belo Horizonte	Ângela Castilho Rogêdo Ribeiro
15ª Vara de Belo Horizonte	Gastão Fabiano Piazza Júnior
16ª Vara de Belo Horizonte	Flávia Cristina Rossi Dutra
17ª Vara de Belo Horizonte	Helder Vasconcelos Guimarães
18ª Vara de Belo Horizonte	Vanda de Fátima Quintão Jacob
19ª Vara de Belo Horizonte	Leonardo Passos Ferreira
20ª Vara de Belo Horizonte	Cláudio Roberto Carneiro de Castro
21ª Vara de Belo Horizonte	Cleber Lúcio de Almeida
22ª Vara de Belo Horizonte	Jessé Cláudio Franco de Alencar
23ª Vara de Belo Horizonte	Márcio José Zebende
24ª Vara de Belo Horizonte	Charles Etienne Cury
25ª Vara de Belo Horizonte	Maria Tereza da Costa Machado Leão
26ª Vara de Belo Horizonte	Laudenicy Moreira de Abreu
27ª Vara de Belo Horizonte	Carlos Roberto Barbosa
28ª Vara de Belo Horizonte	Marco Antônio Ribeiro Muniz Rodrigues
29ª Vara de Belo Horizonte	André Figueiredo Dutra

30ª Vara de Belo Horizonte	Clarice dos Santos Castro
31ª Vara de Belo Horizonte	Marcos César Leão
32ª Vara de Belo Horizonte	Sabrina de Faria Fróes Leão
33ª Vara de Belo Horizonte	Márcio Toledo Gonçalves
34ª Vara de Belo Horizonte	Adriana Campos de Souza Freire Pimenta
35ª Vara de Belo Horizonte	Marco Túlio Machado Santos
36ª Vara de Belo Horizonte	Flânio Antônio Campos Vieira
37ª Vara de Belo Horizonte	Ana Maria Espi Cavalcanti
38ª Vara de Belo Horizonte	Eduardo Aurélio Pereira Ferri
39ª Vara de Belo Horizonte	Luciana Alves Viotti
40ª Vara de Belo Horizonte	Maria Cristina Diniz Caixeta
41ª Vara de Belo Horizonte	Ricardo Marcelo Silva
42ª Vara de Belo Horizonte	Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo
43ª Vara de Belo Horizonte	Jaqueline Monteiro de Lima
44ª Vara de Belo Horizonte	Marcos Penido de Oliveira
45ª Vara de Belo Horizonte	Antônio Gomes de Vasconcelos
46ª Vara de Belo Horizonte	Rodrigo Ribeiro Bueno
47ª Vara de Belo Horizonte	Wilméia da Costa Benevides
48ª Vara de Belo Horizonte	Danilo Siqueira de Castro Faria
1ª Vara de Betim	June Bayão Gomes Guerra
2ª Vara de Betim	Renata Lopes Vale
3ª Vara de Betim	Daniel Gomide Souza
4ª Vara de Betim	Marcelo Ribeiro
5ª Vara de Betim	Silene Cunha de Oliveira
6ª Vara de Betim	Sandra Maria Generoso Thomaz Leidecker
Vara de Bom Despacho	Ângela Cristina de Ávila Aguiar Amaral
Vara de Caratinga	Jônatas Rodrigues de Freitas
Vara de Cataguases	Luiz Olympio Brandão Vidal
Vara de Caxambu	Agnaldo Amado Filho
Vara de Congonhas	Felipe Clímaco Heineck
Vara de Conselheiro Lafaiete	Maria José Castro Baptista de Oliveira
1ª Vara de Contagem	Fabiano de Abreu Pfeilsticker
2ª Vara de Contagem	Marcelo Oliveira da Silva
3ª Vara de Contagem	Jésser Gonçalves Pacheco
4ª Vara de Contagem	Walder de Brito Barbosa
5ª Vara de Contagem	Cristiana Soares Campos
6ª Vara de Contagem	João Bosco de Barcelos Coura
1ª Vara de Coronel Fabriciano	Daniel Cordeiro Gazola
2ª Vara de Coronel Fabriciano	Flávia Cristina Souza dos Santos Pedrosa
3ª Vara de Coronel Fabriciano	Vivianne Célia Ferreira Ramos Corrêa
4ª Vara de Coronel Fabriciano	Cláudio Antônio Freitas Delli Zotti
Vara de Curvelo	Vanda Lúcia Horta Moreira

Vara de Diamantina	Edson Ferreira de Souza Júnior
1ª Vara de Divinópolis	Marina Caixeta Braga
2ª Vara de Divinópolis	Bruno Alves Rodrigues
1ª Vara de Formiga	João Roberto Borges
2ª Vara de Formiga	Marco Antônio Silveira
Vara de Frutal	Thaís Santana Souza Schneider
1ª Vara de Governador Valadares	Fernando Rotondo Rocha
2ª Vara de Governador Valadares	Renata Batista Pinto Coelho Fróes de Aguiar
3ª Vara de Governador Valadares	Sílvia Maria Mata Machado Baccarini
Vara de Guanhães	Ana Carolina Simões Silveira
Vara de Guaxupé	Anselmo Bosco dos Santos
1ª Vara de Itabira	Cristiano Daniel Muzzi
2ª Vara de Itabira	Adriano Antônio Borges
Vara de Itajubá	Cláudia Rocha Welterlin
Vara de Itaúna	Valmir Inácio Vieira
1ª Vara de Ituiutaba	Marcel Lopes Machado
2ª Vara de Ituiutaba	Sheila Marfa Valério
Vara de Iturama	Marco Aurélio Ferreira Clímaco dos Santos
Vara de Januária	Neurisvan Alves Lacerda
1ª Vara de João Monlevade	Gilmara Delourdes Peixoto de Melo
2ª Vara de João Monlevade	Ronaldo Antônio Messeder Filho
1ª Vara de Juiz de Fora	José Nilton Ferreira Pandelot
2ª Vara de Juiz de Fora	Fernando César da Fonseca
3ª Vara de Juiz de Fora	Martha Halfeld Furtado de Mendonça Schmidt
4ª Vara de Juiz de Fora	Léverson Bastos Dutra
5ª Vara de Juiz de Fora	Tarcísio Corrêa de Brito
Vara de Lavras	Raquel Fernandes Lage
Vara de Manhuaçu	Hitler Eustásio Machado Oliveira
Vara de Monte Azul	Carlos Adriano Dani Lebourg
1ª Vara de Montes Claros	Rosa Dias Godrim
2ª Vara de Montes Claros	Júlio César Cangussu Souto
3ª Vara de Montes Claros	Daniela Torres Conceição
Vara de Muriaé	Marcelo Paes Menezes
Vara de Nanuque	José Ricardo Dily
1ª Vara de Nova Lima	Mauro César Silva
2ª Vara de Nova Lima	Vicente de Paula Maciel Júnior
Vara de Ouro Preto	Graça Maria Borges de Freitas
Vara de Pará de Minas	Weber Leite de Magalhães Pinto Filho
Vara de Paracatu	Ézio Martins Cabral Júnior
1ª Vara de Passos	Geraldo Hélio Leal
2ª Vara de Passos	Maria Raimunda Moraes
Vara de Patos de Minas	Raíssa Rodrigues Gomide

Vara de Patrocínio	Sérgio Alexandre Resende Nunes
1ª Vara de Pedro Leopoldo	Maria Irene Silva de Castro Coelho
2ª Vara de Pedro Leopoldo	Solange Barbosa de Castro Coura
Vara de Pirapora	Andréa Rodrigues de Moraes
1ª Vara de Poços de Caldas	Delane Marcolino Ferreira
2ª Vara de Poços de Caldas	Renato de Sousa Resende
Vara de Ponte Nova	Márcio Roberto Tostes Franco
1ª Vara de Pouso Alegre	Ana Paula Costa Guerzoni
2ª Vara de Pouso Alegre	Eliane Magalhães de Oliveira
3ª Vara de Pouso Alegre	Andréa Marinho Moreira Teixeira
Vara de Ribeirão das Neves	Maritza Eliane Isidoro
Vara de Sabará	Marcelo Moura Ferreira
Vara de Santa Luzia	Antônio Carlos Rodrigues Filho
Vara de Santa Rita do Sapucaí	Edmar Souza Salgado
Vara de São João Del Rei	Betzaida da Matta Machado Bersan
Vara de São Sebastião do Paraíso	Adriana Farnesi e Silva
1ª Vara de Sete Lagoas	Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves
2ª Vara de Sete Lagoas	Rosângela Alves da Silva Paiva
3ª Vara de Sete Lagoas	Cleber José de Freitas
Vara de Teófilo Otoni	Juliana Campos Ferro Lage
Vara de Três Corações	Júlio Corrêa de Melo Neto
Vara de Ubá	David Rocha Koch Torres
1ª Vara de Uberaba	Cleyonara Campos Vieira Vilela
2ª Vara de Uberaba	Henrique Alves Vilela
3ª Vara de Uberaba	Karla Santuchi
4ª Vara de Uberaba	Flávio Vilson da Silva Barbosa
1ª Vara de Uberlândia	Marco Aurélio Marsiglia Treviso
2ª Vara de Uberlândia	Tânia Mara Guimarães Pena
3ª Vara de Uberlândia	João Rodrigues Filho
4ª Vara de Uberlândia	Marcelo Segato Moraes
5ª Vara de Uberlândia	Alexandre Chibante Martins
6ª Vara de Uberlândia	Fernando Sollero Caiaffa
Vara de Unai	Simey Rodrigues
1ª Vara de Varginha	Henoc Piva
2ª Vara de Varginha	Leonardo Toledo de Resende
Viçosa	Luiz Cláudio dos Santos Viana

Juízes do Trabalho Substitutos

Adriano Marcos Soriano Lopes
Alessandra Duarte Antunes dos Santos Freitas
Alessandra Junqueira Franco
Alexandre Gonçalves de Toledo
Alexandre Pimenta Batista Pereira
Alexandre Reis Pereira de Barros
Alfredo Massi
Aline Paula Bonna
Aline Queiroga Fortes Ribeiro
Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça
Anaximandra Kátia Abreu Oliveira
André Barbieri Aidar
André Luiz Maia Secco
André Vitor Araújo Chaves
Andréa Buttler
Andressa Batista de Oliveira
Anielly Varnier Comério Menezes Silva
Anna Elisa Ferreira de Resende
Arlindo Cavalaro Neto
Augusto Pessoa de Mendonça e Alvarenga
Camila César Corrêa
Camilo de Lelis Silva
Carla Cristina de Paula Gomes
Carolina Lobato Goes de Araújo Barroso
Celso Alves Magalhães
Cláudia Eunice Rodrigues
Daniel Chein Guimarães
Daniel Ferreira Brito
Daniele Cristine Morello Brendolan Maia
Danusa Almeida Vinhas
Diego Alírio Oliveira Sabino
Ednaldo da Silva Lima
Élen Cristina Barbosa Senem
Fabiana Maria Soares
Fábio Gonzaga de Carvalho
Fabrício Lima Silva
Fernanda Cristine Nunes Teixeira
Fernanda Garcia Bulhões Araújo
Fernando Saraiva Rocha
Filipe de Souza Sickert

Flávia Fonseca Parreira Storti
Francisco José dos Santos Júnior
Frederico Alves Bizzotto da Silveira
Geraldo Magela Melo
Glauco Rodrigues Becho
Hadma Christina Murta Campos
Haydee Priscila Pinto Coelho de Sant'ana
Helena Honda Rocha
Henrique de Souza Mota
Henrique Macedo de Oliveira
Isabella Silveira Bartoschik
Iuri Pereira Pinheiro
Jane Dias do Amaral
Jéssica Grazielle Andrade Martins
Josias Alves da Silveira Filho
Keyla de Oliveira Toledo e Veiga
Lenício Lemos Pimentel
Leonardo Tibo Barbosa Lima
Lilian Piovesan Ponsoni
Liza Maria Cordeiro
Luciana de Carvalho Rodrigues
Luciana Jacob Monteiro de Castro
Luciano José de Oliveira
Luís Henrique Santiago Santos Rangel
Luiz Evaristo Osório Barbosa
Luiz Fernando Gonçalves
Maila Vanessa de Oliveira Costa
Manuela Duarte Boson Santos
Marcelo Alves Marcondes Pedrosa
Marcelo Marques
Marcelo Palma de Brito
Marcos Vinícius Barroso
Maria José Rigotti Borges
Marisa Felisberto Pereira
Matheus Martins de Mattos
Melania Medeiros dos Santos Vieira
Murillo Franco Camargo
Nara Duarte Barroso Chaves
Natália Azevedo Sena
Nelsilene Leão de Carvalho Dupin
Nelson Henrique Rezende Pereira
Ordenísio César dos Santos

Osmar Rodrigues Brandão
Patrícia Vieira Nunes de Carvalho
Pedro Mallet Kneipp
Pedro Paulo Ferreira
Priscila Rajão Cota Pacheco
Rafaela Campos Alves
Reinaldo de Souza Pinto
Renato de Paula Amado
Ricardo Gurgel Noronha
Ricardo Luís Oliveira Tupy
Rodrigo Cândido Rodrigues
Rosério Firmo
Samantha da Silva Hassem Borges
Sandra Carla Simamoto da Cunha
Sérgio Silveira Mourão
Simone Soares Bernardes
Sofia Fontes Regueira
Solainy Beltrão dos Santos
Stella Fiúza Cançado
Tatiana Carolina de Araújo
Thiago Saço Ferreira
Uilliam Frederic D'Lopes Carvalho
Ulysses de Abreu César
Vanderson Pereira de Oliveira
Vaneli Cristine Silva de Mattos
Verena Sapucaia da Silveira Gonzalez
Victor Luiz Berto Salomé Dutra da Silva
Vinícius Mendes Campos de Carvalho
Vitor Martins Pombo
Wanessa Mendes de Araújo
Washington Timóteo Teixeira Neto
William Martins

SUMÁRIO

1 DOCTRINA

I RISCHI PSICOSOCIALI E LO STRESS LAVORO - CORRELATO IN EUROPA E IN ITALIA= <i>PSYCHOSOCIAL RISKS AND WORK - RELATED - STRESS IN EUROPE AND ITALY</i> Michele Squeglia	31
A INCONSTITUCIONALIDADE DA DESPEDIDA COLETIVA IMOTIVADA= <i>THE UNCONSTITUTIONALITY OF IMOTIVATED COLLECTIVE DISCOUNT</i> Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale	67
A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO INSTRUMENTO PARA SUPERAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA: ANTES E PÓS-REFORMA TRABALHISTA= <i>THE COLLECTIVE BARGAINING AS AN INSTRUMENT TO OVERCOME ECONOMIC CRISIS: BEFORE AND POST - LABOR REFORM</i> Daniel Gonçalves Rangel	119
A REFORMA TRABALHISTA E A VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA= <i>THE LABOR REFORM AND THE CONSTITUTIONAL VIOLATION OF ACCESS TO JUSTICE</i> Jasiel Ivo	135

A TERCEIRIZAÇÃO NA REFORMA TRABALHISTA E A VIOLAÇÃO ÀS NORMAS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO AO TRABALHO= <i>OUTSOURCING IN LABOUR-LAW REFORM AND VIOLATION OF INTERNATIONAL RULES OF LABOUR PROTECTION</i> Lorena Vasconcelos Porto	149
AS METAMORFOSES DAS RELAÇÕES LABORAIS - O TELETRABALHO NO <i>TSUNAMI</i> NEOLIBERAL BRASILEIRO= <i>METAMORPHOSES OF LABOR RELATIONS - HOME OFFICE IN BRAZILAN NEOLIBERAL TSUNAMI</i> Leonardo Rabelo de Matos Silva, Hector Luiz Martins Figueira	183
IMPARCIALIDADE APARENTE NAS NEGOCIAÇÕES DIRETAS ENTRE EMPREGADOR E EMPREGADO= <i>IMPARTIALITY IN DIRECT NEGOTIATIONS BETWEEN EMPLOYER AND EMPLOYEE</i> Débora Lopes Miranda	205
INDUÇÃO À RUPTURA DA CONSCIÊNCIA DE CLASSE POR MEIO DA LEI 13.467/2017= <i>INDUCTION TO THE RUPTURE OF THE CLASS CONSCIOUSNESS BY MEANS OF THE LAW 13.467/2017</i> Bruno Alves Rodrigues	227

2 DECISÃO PRECURSORA 247

Decisão proferida no Processo n. 0000455-45.2012.5.03.0095
 Juiz Relator: Dr. Antônio Carlos Rodrigues Filho
 Comentário: Juiz Antônio Carlos Rodrigues Filho

3 JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO

Acórdãos

COMPETÊNCIA TERRITORIAL - TRABALHO EM EMBARCAÇÕES INTERNACIONAIS Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho	261
DESPEDIDA ARBITRÁRIA - DOENÇA GRAVE - DISCRIMINAÇÃO E ABUSO DE DIREITO Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault	275
DIREITOS AUTORAIS - PÁGINA CRIADA PELO EMPREGADO NA <i>INTERNET</i> - PEDIDO DE INDENIZAÇÃO Juíza Convocada Sabrina de Faria Fróes Leão	295

Sentenças

TESTE DE BAFÔMETRO - PREVENÇÃO AO USO ABUSIVO DE ÁLCOOL E DROGAS - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS Juiz Cristiano Daniel Muzzi	325
UBER - RELAÇÃO DE EMPREGO - SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DIGITAL Juiz Vitor Martins Pombo	348

NORMAS EDITORIAIS	369
--------------------------------	------------

APRESENTAÇÃO

A Revista n. 96 do TRT da 3ª Região está voltada para o estudo da Reforma Trabalhista, advinda com a edição da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e as Leis n. 6.019/74, 8.036/90 e 8.212/91, e que passou a merecer denodado interesse da comunidade jurídico-trabalhista, não arrefecido com a edição da Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, que alterou, em alguns pontos, a Lei n. 13.467/2017.

A reforma legislativa está a indicar novos tempos para a relação capital *versus* trabalho. A análise desse novo contexto, sublinhada por estudiosos do Direito Material e do Direito Processual do Trabalho, traz a lume as dimensões do movimento reformista empreendido e os vieses das reflexões que desafia.

Tema igualmente relevante sobre “Os riscos psicossociais e o *stress* relacionado com o trabalho na Europa e na Itália” abre o rol de artigos da Revista. De autoria do Professor italiano Michele Squeglia, o artigo, em tradução livre, trata do *stress* relacionado ao trabalho, suas possíveis consequências patológicas, da obrigação preventiva geral do empregador no âmbito comunitário e na legislação dos Estados europeus, além da responsabilidade por danos decorrentes de “riscos psicossociais” no contexto do direito penal e do direito civil.

No leque de doutrinas sobre a Reforma Trabalhista, a Professora e Juíza do Trabalho do TRT da Bahia, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale, discorre sobre “A inconstitucionalidade da

despedida coletiva imotivada”, tendo como foco “a inconstitucionalidade do artigo 477-A da CLT, à luz do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, bem assim do princípio do devido processo legal.”

“A negociação coletiva como instrumento para superação de crise econômica: antes e pós-reforma trabalhista” é o tema do artigo do advogado trabalhista Daniel Gonçalves Rangel. O estudo traz, nas palavras do autor, a “[...] discussão acerca do papel crucial da negociação coletiva em momentos de recessão e dificuldade econômico-financeira, para a preservação de postos de trabalho sob duas perspectivas: antes e pós-reforma trabalhista.”

Jasiel Ivo, Professor e Juiz do Trabalho Titular da Vara de Penedo, Alagoas, escreve sobre “A reforma trabalhista e a violação constitucional do acesso à justiça”, em que discute “a inconstitucionalidade da reforma trabalhista no que respeita à violação da garantia de acesso à justiça”, abordagem que inclui “os benefícios da justiça gratuita no Direito Processual do Trabalho, honorários periciais, advocatícios e custas processuais, bem como seu tratamento de acordo com a nova lei”.

“A terceirização na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho” é o tema do artigo da Professora e Procuradora do Ministério Público do Trabalho, Lorena Vasconcelos Porto. O estudo analisa “os dispositivos da Lei n. 6019/74, alterados pela Lei n. 13.467/2017, em contraposição com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil”, de hierarquia supralegal.

Os professores Leonardo Rabelo de Matos Silva e Hector Luiz Martins Figueira discorrem sobre o teletrabalho, em artigo intitulado “As metamorfoses das relações laborais - o teletrabalho no *tsunami* neoliberal brasileiro”, com abordagem que trata “das vantagens e desvantagens deste mercado de trabalho”.

“Imparcialidade aparente nas negociações diretas entre empregador e empregado” é o tema sobre o qual escreve a advogada Débora Lopes Miranda. O artigo exhibe o viés das negociações entre empregador e empregado sob o crivo da prevalência do interesse patronal, ainda que por intermédio da mediação de conflitos.

O Juiz do Trabalho Bruno Alves Rodrigues, titular da 2ª Vara do Trabalho de Divinópolis-MG, sob o título “Indução à ruptura da consciência de classe por meio da Lei 13.467/2017”, realiza análise da nova legislação à luz do seu impacto na “possibilidade de formação de uma consciência coletiva” de modo a fortalecer a consciência do “eu” meramente individual.

Seguindo a linha tradicional, a Revista contempla decisão precursora da lavra do Juiz Antônio Carlos Rodrigues Filho, titular da Vara do Trabalho de Santa Luzia-MG, e comentada pelo próprio magistrado, que realça, como fio condutor da decisão, a aplicação do princípio da proteção ao empregado dispensado, reconhecendo-lhe a estabilidade provisória, “[...] sem cingir-se à hipótese de existência ou não do nexos de causalidade entre o mal que aflige o trabalhador e suas atividades laborativas desenvolvidas no âmbito empresarial.”

Acórdãos e sentenças encerram o acervo da Revista. As decisões abordam 1) a competência territorial, em face do trabalho prestado em embarcações internacionais; 2) a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, sob análise das hipóteses implicitamente escritas no art. 7º, inciso I e em outros da Constituição Federal e na legislação ordinária; 3) a exploração econômica dos direitos autorais em face de página criada e mantida pelo empregado na *internet*; 4) o cabimento de indenização por danos morais em face da aplicação do teste de bafômetro visando a prevenção ao uso abusivo de álcool e drogas; 5) o exame da relação de emprego com a UBER.

O objetivo permanente da Revista é oferecer subsídios para enriquecer o conhecimento e possibilitar ao leitor o estabelecimento do seu ponto de vista crítico sobre temas atuais do contexto jurídico-trabalhista.

Boa leitura!

LUCILDE D'AJUDA LYRA DE ALMEIDA
Desembargadora 2ª Vice-Presidente do Tribunal Regional do
Trabalho da Terceira Região, Ouvidora e Diretora da Escola
Judicial

DENISE ALVES HORTA
Desembargadora Coordenadora da Revista do Tribunal Regional
do Trabalho da Terceira Região

DOUTRINA

I RISCHI PSICOSOCIALI E LO
STRESS LAVORO - CORRELATO
IN EUROPA E IN ITALIA*

PSYCHOSOCIAL RISKS AND
WORK - RELATED - STRESS IN
EUROPE AND ITALY**

Michele Squeglia***

RIASSUNTO

I rischi che originano dai cambiamenti organizzativi del lavoro e che causano un danno al benessere psicofisico al lavoratore, segnatamente identificati con l'espressione "rischi psicosociali", hanno assunto una importanza sempre più crescente nello studio della legislazione della sicurezza sul luogo di lavoro.

Partendo da una possibile definizione dei "rischi che ledono la salute organizzativa in azienda", il presente saggio nella prima parte indaga sullo stress lavoro-correlato, quale possibile conseguenza patologica di essi, ed esamina l'obbligo preventivo

* Artigo enviado em 13/11/2017 - autor convidado.

Relazione presentata al IV Seminario Internazionale sul "Lavoro sicuro", organizzato dal Tribunale Superiore del Lavoro e del Consiglio Superiore di Giustizia del Lavoro i giorni 18, 19 e 20 ottobre 2017 in Brasilia.

** Report presented at the 4th International Seminar on "Safe Work", organized by the Superior Labour Court and the Superior Council of Labour Justice on days 18, 19 and 20 October 2017 in Brasília.

*** Prof. aggregato di diritto del lavoro e della previdenza sociale. Università degli Studi di Milano. Facoltà di Giurisprudenza - Dipartimento di diritto privato e storia del diritto. Via Festa del Perdono 7, Milano. e-mail: michele.squeglia@unimi.it. @SquegliaUnimi.

generale del datore di lavoro nella disciplina comunitaria e nella legislazione dei singoli Stati europei. Nella seconda parte, il saggio si sofferma sulla specifica previsione introdotta in Italia dello stress lavoro-correlato e sulla responsabilità dei danni derivanti dai “rischi psicosociali” in ambito penale e civile.

Parole chiavi: Rischi psicosociali. Stress lavoro-correlato. Prevenzione del datore di lavoro. Responsabilità da rischi psicosociali. Danno biologico. Danno differenziale. Azione di regresso.

SOMMARIO

- 1 INTRODUZIONE
- 2 “*RISCHI PSICOSOCIALI*”: COME SI DEFINISCONO E COME SI MANIFESTANO?
- 3 *LO STRESS LAVORO-CORRELATO* QUALE “RISCHIO CHE LEDE LA SALUTE ORGANIZZATIVA”: UNA MALATTIA, UNA PATOLOGIA O COSA ALTRO?
- 4 LA PREVENZIONE DELLO *STRESS LAVORO-CORRELATO* IN EUROPA
- 5 UNO SGUARDO AI SINGOLI STATI EUROPEI
- 6 I “*RISCHI PSICOSOCIALI*” NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA
 - 6.1. L’obbligo preventivo generale del datore di lavoro
 - 6.2. La specifica previsione introdotta in Italia sullo stress lavoro-correlato
 - 6.3. La responsabilità dei danni derivanti dai rischi psicosociali in ambito penale e civile
 - 6.3.1. La responsabilità dei danni derivanti dai *rischi psicosociali* in ambito assicurativo-previdenziale: il danno biologico, il danno differenziale e l’azione di regresso
- 7 CONCLUSIONI

1 INTRODUZIONE

Fino a qualche anno fa, l'analisi dei rischi in ambito produttivo si concentrava sostanzialmente sui pericoli di tipo fisico e chimico. Stress, *mobbing*, clima organizzativo, *burn-out* erano termini che non attenevano al linguaggio di chi si occupava di salute nei luoghi di lavoro in generale, e di malattie professionali in particolare.¹ Di recente, invece, l'attenzione dei giuristi - parallelamente all'indagine sui rischi già noti e censiti - si è concentrata su fattori di natura più strettamente psicopatologica e psicosociale, che originano dai cambiamenti organizzativi del lavoro e che avrebbe come effetto quello di causare un danno al benessere psicofisico del lavoratore.²

Si pensi al fenomeno dell'“Industry 4.0”³, - che impiegato per la prima volta nel 2011 dall'Accademia Tedesca di Scienze e Ingegneria - individua un'iniziativa adottata dal Governo tedesco nel novembre 2011 come parte del più ampio “High-Tech Strategy 2020 Action Plan”. Si tratta di un progetto, assunto dall'Unione Europea, che porterà alla produzione industriale del tutto automatizzata e interconnessa e al quale diversi paesi europei (tra i quali l'Italia) hanno deciso di sostenere finanziariamente, riconoscendo incentivazioni e sostegni nell'ambito della propria politica di bilancio. Essa comprende una serie di evoluzioni e sviluppi in settori quali l'intelligenza artificiale e il *machine-learning*, la robotica, le nanotecnologie, la stampa 3D, la genetica e le

¹ M.C. Cataudella, *Lavorare stanca. Alcune considerazioni sullo stress lavoro correlato*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, p. 673 ss.; C. Balducci, *Gestire lo stress nelle organizzazioni*, Bologna, Il Mulino, 2015.

² Cfr. gli studi di Fraccaroli - C. Balducci, *Stress e rischi psicosociali nelle organizzazioni*, Bologna, Il Mulino, 2011, F. Malzani - L. Guglianone (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie*, Milano, Giuffrè, 2007.

³ All'origine, l'obiettivo era quello di definire e implementare una strategia di digitalizzazione della manifattura nazionale, da realizzarsi attraverso progetti di innovazione e quindi di trasferimento tecnologico nell'arco di 10-15 anni, per consegnare all'industria manifatturiera tedesca la leadership nei successivi decenni. Per un approfondimento, si v. A. Magone - T. Maziali, *Industria 4.0. Uomini e macchine nella fabbrica digitale*, Milano, Guerini e Associati, 2016.

biotecnologie, che causerà nei prossimi anni un'ampia *disruption* non solo nei modelli di *business* ma anche nel mercato del lavoro. Ma, soprattutto, "Industry 4.0" contribuirà a superare l'idea fordista di lavoro, elaborando nuovi paradigmi che implicano per il lavoratore nuove mansioni, ruoli e competenze, ma anche innovazioni organizzative, tra cui moderne articolazioni dell'orario di lavoro. Si metterà in campo una vera e propria "rivoluzione": non a caso si parla "di quarta rivoluzione industriale"⁴; una rivoluzione - che non sarà tecnologica in senso stretto, ma "organizzativa e sociale" Meno pericoli di tipo fisico e chimico, maggiori "rischi psicosociali", ovvero quei rischi prodotti dall'aumento dell'automazione che imporrà di definire la sicurezza sul luogo di lavoro in termini di *network* professionale e di capacità di attingere alle relazioni con gli altri.⁵

Soffermiamoci allora per qualche istante sull'espressione "rischio psicosociale".

Il termine "psicosociale" sembra comprendere la relazione esistente tra la psiche e un determinato contesto sociale. Trattasi di una disciplina, che potrebbe definirsi "psicosociologica", che però non ha una propria dignità scientifica. Ne è propria la circostanza che gli studiosi della materia le preferiscono altre espressioni come "psicologia della prevenzione o psicologia delle organizzazioni".

Di certo non hanno contribuito a fare chiarezza le diverse denominazioni offerte dalla comunicazione di massa che ne hanno ancor più distorto il significato. Alcune ricerche⁶ hanno evidenziato che il termine "stress" nei giornali e nelle riviste inglesi compariva

⁴ Per una prima ricostruzione del fenomeno e sul possibile impatto delle nuove tecnologie digitali sui processi produttivi, si v. P. Tullini, *Economia digitale e lavoro non-standard in Labour & Law Issues*, [S.I.], v. 2, n. 2, p. 1-15, dec. 2016. ISSN 2421-2695.

⁵ Il piano, elaborato dall'Unione Europea, prevede una serie di misure per coordinare gli sforzi degli Stati membri per la digitalizzazione dell'industria e dei servizi ad essa collegati su tutto il territorio comunitario, con una forte spinta agli investimenti congiunti tra settori diversi attraverso partnership strategiche e reti di imprese. L'obiettivo della Commissione Europea è che le imprese europee del settore, a prescindere dalle loro dimensioni, sfruttino al massimo le opportunità offerte dalla digitalizzazione per essere competitive sul mercato globale.

⁶ Fonte Factiva in <http://www.factiva.com>

in 850 articoli nel 1993, nel 2000 lo stesso termine compariva in quasi 24.000 articoli. La stessa indagine mostrava che il termine “autostima” non compariva nel 1980 in nessuna rivista; nel 1986 compariva 3 volte, nel 1990 il numero era già salito a 103, nel 2000 si presentava sconcertante il dato di 3.328 ricorrenze.

Non è, a mio avviso, in dubbio che non debba diffondersi l’uso di questi termini; semmai le perplessità nascono dalla sostanziale correttezza del loro significato. E questa incertezza traspare anche dalla lettura dei diversi *report* elaborati sul tema. Così, mentre il concetto di “rischio psicosociale” è d’uso comune e concorde tra le istituzioni e tra gli specialisti della prevenzione dei rischi lavorativi dell’Unione Europea, il concetto è invece poco impiegato in altri ambiti⁷ in cui si argomenta di “stress e violenza sul lavoro”.

Il discorso non cambia se si passa all’analisi del termine impiegato dalle scienze giuridiche: anzi in quel contesto, è dato ravvisare il tentativo di racchiudere in una unica espressione, denominata “cotrittività organizzativa”⁸, la presenza di numerosi fattori, quali la congiuntura economica sfavorevole, le nuove realtà contrattuali, l’introduzione di forme di flessibilità, la precarietà lavorativa, che contribuirebbero «a innescare in alcuni lavoratori malesseri e disagi psicologici, fino a concretizzarsi, in alcuni casi, in vere e proprie malattie, definibili sinteticamente come “disturbi psichici da stress lavoro-correlato.”⁹

Qualche studioso¹⁰ identifica “i rischi psicosociali” con l’emergere di “nuove malattie”, o di “malattie del futuro”,

⁷ E’ il caso dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL): si veda la guida pubblicata in <http://www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/techmeet/mevsws03/mevsws-cp.pdf>

⁸ In dottrina si v. L. Calafà, *Il diritto del lavoro e il rischio psico-sociale (e organizzativo) in Italia*, in *Lav. Dir.*, 2012, n. 2, p. 257 e. 286; P. Lambertucci, *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali. Profili giuridici* in: *Diritti Lavori Mercati*, 2010, 2, p. 347 ss;

⁹ L’impiego di questa espressione si deve all’Istituto Nazionale per l’Assicurazione contro gli Infortuni sul lavoro e le malattie professionali (INAIL): cfr. Inail, *Rapporto annuale 2010*, Roma, giugno 2011, p. 184, in: <http://www.inail.it>

¹⁰ C. Smuraglia (a cura di), *Le malattie da lavoro*, Roma, Ediesse, 2009.

enfaticamente in questo modo la tendenza di questi rischi a manifestarsi parallelamente con le incessanti sollecitazioni prodotte dai cambiamenti tecnologici, organizzativi, produttivi, tecnici cui soggiace il moderno scenario industriale. Più che di malattie del futuro, però pare esatto parlare - come già evidenziato un'autorevole dottrina¹¹ - "di malattie del presente", avendo queste già parzialmente sostituito le tradizionali patologie del passato.

Pertanto, il tema "rischi psicosociali" si trova ad essere oggetto di diverse materie attinenti al diritto del lavoro, trattandosi di un argomento che investe il diritto della salute e della sicurezza sul luogo di lavoro, il diritto previdenziale, il diritto antidiscriminatorio.¹²

2 "RISCHI PSICOSOCIALI": COME SI DEFINISCONO E COME SI MANIFESTANO?

Stante l'intrinseca incapacità dell'espressione "rischi psicosociali" a definire correttamente il fenomeno, la prima domanda che dobbiamo porci è la seguente: come si possono definire i "rischi psicosociali"?

Partiamo dalla definizione offerta dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro nel 1986: si definiscono "rischi psicosociali" quei rischi che generano "una interazione tra contenuto del lavoro, gestione, organizzazione del lavoro, condizioni ambientali e organizzative e tra competenze ed esigenze dei lavoratori dipendenti."¹³

¹¹ G. Ludovico, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2011, n. 2, p. 402.

¹² Si v. anche G. Santoro Passarelli, *Lo stress lavoro-correlato: incertezze di significati e responsabilità del datore di lavoro*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2012, n. 1/2, p. 33 ss.

¹³ Cfr. ILO, *Psychosocial factors at work. Recognition and control, Report of the Joint ILO/WHO Committee on Occupational Health*, Ninth Session, Geneva, 18-24 September 1984, *Occupational safety and health Series*, 1986, n. 56. Recentemente si v. anche ILO, *Emerging risk and new patterns of prevention in a changing world of work*, Ginevra, 2010.

Una nota dottrina¹⁴ definisce tali rischi “come quegli aspetti di progettazione del lavoro, di organizzazione e gestione del lavoro, nonché i rispettivi contesti ambientali e sociali che potenzialmente possono arrecare danni fisici o psicologici.”

Entrambe le definizioni pongono in rilievo il peso delle strategie organizzative/produttive e di gestione delle risorse umane adottate dai datori di lavoro.

L’Agenzia Europea per la Sicurezza e la Salute sul Lavoro (EU-OSHA)¹⁵ ha collegato l’origine dei rischi psicosociali all’utilizzo di contratti precari in un mercato del lavoro instabile, alla maggiore vulnerabilità dei lavoratori nel contesto della globalizzazione, al ricorso a nuove forme contrattuali e all’*outsourcing*, alla sensazione di insicurezza del posto di lavoro, all’invecchiamento della forza-lavoro, agli orari di lavoro troppo lunghi, ai ritmi di lavoro intensi, all’elevato coinvolgimento emotivo sul lavoro, allo scarso equilibrio tra le condizioni di vita e di lavoro. La natura di questi rischi rimanda, a nostro avviso, al concetto di “salute organizzativa”, ovvero sia ad un modello che assicuri lo sviluppo del “benessere psicologico, fisico e sociale” dei lavoratori e delle lavoratrici, e che realizzi una cultura aziendale in grado di produrre effetti virtuosi tanto sui singoli quanto sull’ambiente in cui l’organizzazione opera.

Trattandosi di cause che presentano una genesi comune, più che di “rischi psicosociali”, l’espressione allora più esatta è, a nostro avviso, di “rischi che ledono la salute organizzativa dell’azienda”. Ciò significherebbe porre in primo piano il concetto di “salute organizzativa”, la quale superando la nozione medica di infortunio o di malattia, si legittimerebbe come un processo nel quale il ruolo rilevante è svolto dal sistema organizzativo e sociale dell’azienda. Sotto questo profilo, lo *stress*, il *burnout*, il *mobbing*, che costituiscono i potenziali effetti di questi rischi, potrebbero oggetto

¹⁴ T. Cox - e. Griffiths, *The assessment of psychosocial hazards at work* in M.J. Winnubst e CL. Cooper (a cura di), *Handbook of Work and Health Psychology*. Chilter: Wiley e Son, 1995.

¹⁵ V. Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro (Osha), *Le previsioni degli esperti sui rischi psicosociali emergenti relativi alla sicurezza e alla salute sul lavoro*, *Facts*, 2007, n. 74, IT.

di una efficace attività di prevenzione, in quanto il concetto di “salute organizzativa” evidenzia come il tema “organizzazione e benessere” richiede nuove forme di coordinamento tra il sapere della salute e quello sull’organizzazione.¹⁶

3 LO STRESS LAVORO-CORRELATO QUALE “RISCHIO CHE LEDE LA SALUTE ORGANIZZATIVA”: UNA MALATTIA, UNA PATOLOGIA O COSA ALTRO?

Se si condivide la nozione di “rischio che lede la salute organizzativa”, occorre evidenziare che tra le conseguenze patologiche provocate dallo stesso, indubbiamente lo stress che (cd. stress lavoro-correlato) costituisce l’effetto più preoccupante. Dagli studi condotti risulta che lo stress lavoro-correlato colpisce il 28% dei lavoratori dei 27 Stati membri e oltre la metà dei lavoratori europei riferisce di lavorare a ritmi molto serrati e di rispettare scadenze tassative. Più di un 1/3 di essi non è in grado di influire sulle mansioni assegnate e più di ¼ non ha la possibilità di stabilire il proprio ritmo di lavoro. Il 45% riferisce di svolgere lavori monotoni; il 44% non può fruire della rotazione dei compiti; il 50% è addetto a compiti ripetitivi.¹⁷

Non si tratta di una “malattia”, come molti erroneamente credono, ma piuttosto una “situazione prolungata di tensione”. Lo stress può potenzialmente colpire in qualunque luogo di lavoro e qualunque lavoratore a prescindere dalla dimensione dell’azienda, dal campo di attività, dal tipo di contratto o di rapporto di lavoro; non sembrano quindi individuabili possibili e probabili casi di esclusione o di esonero.

¹⁶ M. Huber - J.A. Knottnerus - L. Green - H. Van der Horst - A.R. Jadad - D. Kromhout - B. Leonard - K. Lorig - M.I. Loureiro - J. W. M. Van der Meer - P.Schnabel - R. Smith - Ch. Van Weel - H. Smid - *How should we define health?*, in *British Journal*, 343:d416, DOI: 10.1136/bmj.d4163.

¹⁷ A. Parent-Thirion - E. Fernández Macías - J. Hurley - G. Vermeylen, *Fourth European Working Conditions Survey, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*, 2007, in www.eurofound.europa.eu. Secondo le previsioni dell’Organizzazione Mondiale della Sanità, entro il 2020, la depressione diventerà la causa principale di inabilità al lavoro.

Tuttavia, anche sull'analisi dello stress lavoro-correlato occorre mostrare una certa prudenza.

Difatti, una questione è l'analisi dello stress associato alla "salute organizzativa" nel quale è possibile ricomprendere i flussi informativi, le mansioni, l'evoluzione, lo sviluppo di carriera, il livello di autonomia decisionale, i rapporti interpersonali e le problematiche collegate alla conciliazione vita-lavoro. Altra è lo stress da collegare ai rischi causati da un infortunio, da agenti fisici, chimici, biologici, ergonomici, alla gravosità dell'orario di lavoro.¹⁸

Proprio per tali ragioni, la strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2007-2012 ha ritenuto necessario potenziare la ricerca sulla prima tipologia di stress, molto più complessa da riconoscere e da superare:

Le priorità in materia di ricerca devono in particolare comprendere gli aspetti psicosociali, le patologie muscoloscheletriche, le sostanze pericolose, la conoscenza dei rischi per la riproduzione, la gestione della salute e della sicurezza, i rischi connessi a più fattori incrociati (ad esempio, organizzazione del lavoro e progettazione del luogo di lavoro, ergonomia, esposizione simultanea ad agenti fisici e chimici) e rischi potenziali connessi alle nanotecnologie.¹⁹

Si può dunque giungere ad una prima conclusione: l'analisi eziopatogenetica relativa all'insorgenza dello *stress* lavoro-correlato, rivela che assume molto rilevanza il peso delle strategie organizzative/ produttive e di gestione delle risorse umane adottate dai datori di lavoro. Ciò perché la salute non si riferirà esclusivamente ad uno stato individuale ma riguarderà i beni collettivi, esigendo adeguate politiche di gestione: la condizione di salute legata al lavoro organizzato si conetterà sempre più sia all'oggettività del sistema sia alla fenomenologia del mondo intersoggettivo. Ed è proprio che

¹⁸ U. Beck, *Costruire la propria vita*, Bologna, 2008; G. Genovese, *Lo stress nella psicologia e nella psicologia del lavoro*, in E. Longo (a cura di), *Lavoro e stress. Conoscere, valutare e gestire*, Milano, Guerini e associati, 2011, p. 18 ss.

¹⁹ Si rinvia allo studio di R. Nunin, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Edizioni Università Trieste, Trieste, 2012.

su questa tipologia di stress che si sono concentrate negli anni, le azioni e le iniziative dei diversi paesi europei, spinti dalla pressanti sollecitazioni delle istituzioni comunitarie, sia sul piano giuridico sia su quello sanitario, al fine di prevenire l'insorgenza dello stress lavoro-correlato sui luoghi di lavoro.

4 LA PREVENZIONE DELLO STRESS LAVORO-CORRELATO IN EUROPA

Poniamo allora lo sguardo sull'Europa e sulla strategia comunitaria. Da subito conviene evidenziare che in Europa non è dato ravvisare alcuna legislazione specifica sui "rischi che ledono la salute organizzativa dell'azienda", che si possa semplicemente accostare alla disciplina introdotta, ad esempio, per prevenire e contrastare l'insorgere degli agenti chimici, dei pericoli connessi alla realizzazione di cantieri mobili o itineranti, all'impiego regolare delle attrezzature di lavoro e dei dispositivi individuali di protezione e di sicurezza. Questo non vuol dire però che esista un "vuoto normativo", dal momento che le norme e i principi generali in materia di prevenzione e sicurezza sui luoghi di lavoro, adottate nel corso degli anni dall'Unione Europea, sono generalmente applicabili a tutti i possibili rischi lavorativi senza che sia necessario introdurre una specifica disciplina.

La tecnica di regolazione dei rischi si presenta modellata sulle reali condizioni di lavoro: ciò significa che l'Unione europea ha abbandonato il precedente criterio di definire in astratto le regole tecniche la cui applicazione pratica si sarebbe dovuta realizzare indipendentemente da tali condizioni reali del lavoro.

Volendo operare un *excursus* dell'evoluzione della disciplina comunitaria, occorre soffermarsi dapprima sulle prime fonti che per prima si sono occupate dei "rischi psicosociali", per poi concentrare la nostra analisi sugli ultimi e vigenti Accordi del 2004 e del 2007.²⁰

²⁰ Cfr. anche M. Giovannone, *Lo stress lavoro-correlato in Europa: tecniche di valutazione e approccio regolativo in chiave comparata*, in: *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2011, n. 2, p. 565 ss.

Ebbene al silenzio del Trattato di Roma del 1957 sui rischi in oggetto - in verità il Trattato non prendeva specificamente in considerazione nemmeno in via generale la materia della tutela della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro - fa da contraltare il Programma di azione delle Comunità europee in materia di sicurezza e salute sul luogo di lavoro per gli anni 1978-1982, adottato il 29 giugno 1978. Un documento che assume significava rilevanza proprio perché per la prima volta l'allora Comunità Europea giungeva alla consapevolezza delle possibili conseguenze che poteva generare il progresso tecnologico, sempre più orientato ad introdurre procedimenti significativamente avanzati, ma anche foriero di nuove situazioni di pericolo "[...] che devono essere individuati in tempo utile [...]", trattandosi di "agenti chimici, fisici, meccanici, biologici e fattori psico-sociali collegati al lavoro."

Occorre però attendere più di dieci anni affinché la direttiva (non a caso definita quadro) n. 89/391/CEE del 12 giugno 1989, disciplinasse l'attuazione delle misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, con l'esplicito obiettivo di «adeguare il lavoro all'uomo» (art. 6.2, *lett. d*). Sebbene non vi sia alcun riferimento ai "rischi psicosociali", la direttiva pone all'attenzione dello studioso su temi fin a quel momento sono abbozzati, introducendo una nozione omnicomprensiva di salute nella quale far rientrare anche l'analisi "delle condizioni di lavoro, le relazioni sociali e l'influenza dei fattori dell'ambiente di lavoro" (art. 6.2, *lett. g*)

In due direttive di poco successive, il tema viene espressamente preso in considerazione, sia pure con riferimento al concetto di "fatica (o affaticamento) mentale": le due direttive n. 90/270/CEE del 29 maggio 1990 e n. 92/85/CEE del 19 ottobre 1992 hanno per oggetto rispettivamente la protezione della sicurezza e della salute dei "lavoratori videoterminalisti" e delle lavoratrici "gestanti, puerpere o in periodo di allattamento", la cui condizione può rivelare un rischio specifico di esposizione a taluni agenti potenzialmente pericolosi, i cui effetti possono presentarsi dannosi allo "stato fisico e psichico".

Nel 2000 la pubblicazione da parte della Commissione di un ulteriore documento, dal titolo “Guida sullo stress legato all’attività lavorativa - sale della vita o veleno mortale?”²¹, che si proponeva espressamente di fornire non solo agli Stati membri, ma anche alle parti sociali, un quadro informativo sulle cause, sulle modalità di manifestazione e sulle conseguenze dello stress lavoro-correlato, con l’obiettivo di fornire un contributo in chiave preventiva.

In verità il documento per noi giuristi è importante anche per un’altra ragione.

In esso la Commissione, se da un lato, rimarcava l’assenza di disposizioni giuridiche “specificamente dedicate allo stress lavoro-correlato ed alla prevenzione dei suoi effetti”, dall’altro osservava che non dovevano sussistere dubbi sull’estensione della disciplina sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro anche in caso di insorgenza di stress lavoro-correlato, posto la presenza di formulazioni normative nazionali ed europee particolarmente ampie ed esaustive.

Promuovere la cultura della prevenzione è quanto si propone la successiva Comunicazione della Commissione del 2002, rubricata “Nuova strategia comunitaria per la salute e la sicurezza 2002-2006”, nella quale pare oramai matura la convinzione che “i cambiamenti nell’organizzazione del lavoro, hanno un’incidenza profonda sui problemi legati alla salute sul luogo di lavoro o, più in generale, sul benessere sul luogo di lavoro”.

Tuttavia, è con il “Framework Agreement on work-related stress” (l’Accordo quadro europeo sullo stress nei luoghi di lavoro), siglato a Bruxelles l’8 ottobre del 2004, che si fa espresso riferimento allo *stress lavoro-correlato* e alla individuazione delle possibili sintomatologie.

Da un lato, l’accordo offre una precisa definizione di stress lavoro-correlato: si tratta segnatamente di “una condizione, accompagnata da sofferenze o disfunzioni fisiche, psicologiche o

²¹ Commissione Europea, *Guida sullo stress legato all’attività lavorativa - Sale della vita o veleno mortale?* Lussemburgo: Direzione Generale Occupazione e Affari Sociali, 2000.

sociali che scaturisce dalla sensazione individuale di non essere in grado di rispondere alle richieste o di non essere all'altezza delle aspettative.”

Dall'altro, senza alcuna pretesa di fornire un elenco esaustivo, l'Accordo individua una serie di potenziali indicatori di stress, quali “l'elevato tasso di assenteismo e di turn over del personale, i conflitti interpersonali o le lamentele frequenti da parte dei lavoratori”, la cui presenza costituisce un evidente segnale del disagio patito dal lavoratore. In ordine alle cause, l'Accordo ne individua di diverse:

organizzazione del lavoro e dei suoi processi (accordi sul tempo di lavoro, grado di autonomia, corrispondenza tra requisiti del lavoro e capacità dei lavoratori, carico di lavoro, ecc.), condizioni e l'ambiente di lavoro (esposizione ad un comportamento illecito, al rumore, al calore, a sostanze pericolose, ecc.), la comunicazione (incertezza circa quanto è richiesto al lavoro, prospettive di occupazione, o un futuro cambiamento, ecc.) e i fattori soggettivi (pressioni emotive e sociali, sensazione di non poter far fronte alla situazione, percezione di mancanza di sostegno, ecc.).

Spetta al datore di lavoro, sia pure con la partecipazione e la collaborazione dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti, la responsabilità della individuazione delle “misure adeguate (ovvero più idonee) da adottare”.

In ordine all'implementazione dell'Accordo quadro sullo stress, le parti sociali europee abbiano all'epoca scelto, ex art. 139 TCE (oggi art. 155 TFUE), di affidarne l'attuazione alle procedure ed alle pratiche delle parti sociali nei diversi Paesi, prevedendo per l'attuazione un termine di tre anni. Nei diversi Paesi membri il processo di implementazione ha conosciuto tempi e modalità diverse, che hanno peraltro richiesto, innanzi tutto un'attività di traduzione dei contenuti della versione originale ed ufficiale (redatta in inglese) nelle lingue dei diversi Paesi membri.

Ebbene se si escludono alcune esperienze (si pensi alla Repubblica Ceca, alla Slovenia e alla Polonia) nelle quali tale intervento di traduzione è stato almeno in parte accompagnato anche dall'identificazione di linee future di azione, nella

maggioranza dei paesi europei (tra cui anche Italia ad opera dell'Accordo interconfederale del 9 giugno 2008) l'Accordo del 2004 ha rappresentato un mero esercizio tecnico di traduzione letterale.

Nel 2007 è stato stipulato un altro accordo avente ad oggetto le molestie e la violenza sul lavoro.²² L'Accordo, basandosi sulla Direttiva Quadro del 1989, n. 89/391/CEE, fa espresso riferimento alle molestie sul luogo di lavoro, giungendo a fornire ai datori di lavoro, ai lavoratori/trici e ai loro rappresentanti, un quadro di azioni per individuare, prevenire e gestire i problemi derivanti da tali atti e/o comportamenti. L'Accordo, in particolare, segnala nel suo alinea 4 che le azioni di prevenzione consistono nell' "aumentare la sensibilizzazione di tutto il personale dandogli una formazione adeguata" e che "le imprese devono redigere una dichiarazione secondo cui esse non tollereranno le molestie e la violenza" [...] "in questa dichiarazione si specificheranno i procedimenti da seguire in caso di incidenti". Si adotta così un'impostazione propria delle politiche delle risorse umane (formazione-codice di condotta-gestione dei conflitti) che è più consono al diritto del lavoro ed estraneo all'impostazione delle norme di prevenzione dei rischi lavorativi che derivano dalla Direttiva quadro 89/391.

Infine, nell'anno 2010 sono state approvate delle Linee Guida Multisetoriali sulla violenza e sulle molestie sul luogo di lavoro causate da terzi - elaborate da EPSU, UNI Europa, ETUCE, HOSPEEM, CEMR, EFEE, EuroCommerce, CoESS il 16 luglio 2010 - che si basano anch'esse sulle stesse norme dell'Accordo del 2007, vale a dire, sia sulle norme di sicurezza e salute sul lavoro, sia su quelle che regolano la parità di trattamento nelle relazioni di lavoro. Esse costituiscono inoltre un insieme di azioni che i datori di lavoro, i lavoratori e i loro rappresentanti/organizzazioni sindacali dovrebbero intraprendere allo scopo di ridurre, prevenire e mitigare possibili problemi. Le azioni riflettono le buone pratiche sviluppate nei diversi settori, che potrebbero essere integrate con misure più specifiche e/o aggiuntive.

²² Si tratta dell'Accordo Quadro del dialogo sociale europeo sulle molestie e la violenza nei luoghi di lavoro definito da BusinessEurope, CEEP, UEAPME e ETUC il 26 aprile del 2007.

Tali linee guida hanno tuttavia un'impostazione più sintetica e raccolgono sia le misure di risorse umane (sensibilizzazione, formazione, ecc.), sia le tecniche proprie della sicurezza e salute su lavoro (valutazione dei rischi).

Questo è anche, ad avviso di scrive, il criterio più razionale e ragionevole e costituisce probabilmente il punto di approdo più alto dell'attuale dibattito sulla materia: ogni iniziativa prevenzionale, devoluta al datore di lavoro, si presenta efficace solo se fondata su una previa analisi (o valutazione) dei possibili "rischi psicosociali". Insomma, una "valutazione dinamica", necessariamente modellata alla singola realtà aziendale.

5 UNO SGUARDO AI SINGOLI STATI EUROPEI

Che il problema risulti particolarmente spinoso, lo dimostrano le esperienze degli altri Paesi dell'Unione Europea che, come l'Italia, sono stati chiamati a trasporre i contenuti dell'Accordo quadro del 2004. Ciò perché l'individuazione dello stress lavoro-correlato non è una problematica di facile soluzione sia per la multifattorialità eziopatogenetica dello stress sia soprattutto per l'assenza di indicatori chiari e indici obiettivi.²³

Se la Svezia aveva introdotto già nel 1978, con l'entrata in vigore del "Work Environmental Act" (noto anche con l'acronimo "WE Act") l'obbligo di ridurre al minimo i rischi psico-sociali nell'ambiente di lavoro (incluso espressamente tra questi ultimi il rischio di lesione mentale derivante da fattori organizzativi o sociali presenti nel luogo di lavoro, anche l'Olanda e la Finlandia hanno seguito la medesima strada.

Difatti, l'Olanda vanta una legislazione specifica sullo stress da lavoro in quanto il consenso sociale sulla necessità di trattare tali aspetti si presenta più che adeguato; lo sviluppo della contrattazione collettiva su questi temi è significativo e, infine, la

²³ E. Natali - P. Deitinger - B. Rondinone - S. Iavicoli, *Exploring Stakeholders' Perceptions on Social Dialogue in relation to Psychosocial Risks* in S. Leka, T. Cox (Eds.), *The European Framework for Psychosocial Risk Management*, PRIMA-EF, UK: I-WHO, 2009; 80-95.

comunicazione degli organismi pubblici sulla prevenzione dei rischi lavorativi è particolarmente incisiva. La maggiore peculiarità del modello olandese è di basarsi sulla verifica diretta da parte di un ispettore specializzato in ordine alla presenza di fattori di rischio psicosociali attraverso l'impiego di un questionario nel quale sono contemplate fino ad un massimo di 24 domande aventi ad oggetto i fattori di stress, i problemi di salute e l'assenteismo.

La verifica si effettua solo in caso di presentazione di una denuncia o di una situazione di grave rischio psicosociale. Con essa si vuole verificare l'idoneità della valutazione dei rischi psicosociali operata dal servizio di prevenzione e rendere concretamente chiaro quali sono gli obblighi ai quali è tenuto in queste situazioni ad assolvere il datore di lavoro.

Anche in Finlandia esiste una previsione legale esplicita sull'esistenza dei rischi psicosociali e sulla necessità che il datore di lavoro agisca su di essi. Tra i rischi psicosociali si considerano gli aspetti legati: a) ai disturbi sofferti dai lavoratori nelle loro attività abituali; b) al ritmo di lavoro; c) alla presa in carico di attività che superino le proprie capacità; d) alla formazione e all'informazione sulle mansioni svolte; e) alla frequenza con la quale il lavoratore conversi e parli a sufficienza durante il lavoro sulle questioni che lo riguardano in relazione alle sue mansioni; f) alla consapevolezza di poter ricevere sufficiente aiuto e sostegno nei casi di difficoltà; g) alla pregressa esperienza di analoghi episodi di violenza o minacce di violenza; h) agli episodi di molestie sul lavoro verificatisi in passato.

Il punteggio delle risposte varia su cinque livelli (dalla più favorevole a quella meno favorevole) che il lavoratore deve individuare in relazione ad ogni caso concreto. Alla fine della valutazione, si considera lo stato dell'azienda e la si compara con il valore medio del settore di appartenenza. Se i risultati si rivelassero inferiori alla media in modo significativo, si prescrive all'azienda di adottare misure integrative di valutazione e di riduzione dell'esposizione a rischi psicosociali con la necessaria assistenza di un soggetto specializzato.

Sull'altro versante si considerino le esperienze della Germania e della Gran Bretagna.

In Germania non si rileva uno specifico intervento normativo di attuazione dell'Accordo quadro del 2004, ma si riscontra un certo attivismo delle parti sociali che si sono impegnate nella diffusione dei contenuti dello stesso e hanno sviluppato, a livello di settore, diversi strumenti pratici per la misurazione e la gestione di questo specifico rischio. Ne sono prova le "buone pratiche aziendali" adottate da diverse aziende tedesche aventi ad oggetto proprio la prevenzione dello "stress lavoro-correlato". Ad esempio, nel 2013 la Daimler - azienda produttrice di automobili - per determinare lo stress psicologico al quale sono esposti gli addetti a mansioni specifiche, ha messo a punto una nuova procedura di valutazione del rischio di stress psicologico, conformemente alla quale si opera una netta distinzione tra fattori esterni, pressioni legate al lavoro obiettivamente individuate, e l'effetto interno di tali fattori.²⁴ Inoltre, il servizio medico aziendale e il comitato consultivo dei dipendenti, assieme a *partner* interni, hanno realizzato una campagna multimediale intitolata "Verso la stabilità interna" con l'ambizioso obiettivo di coinvolgere quanti più dipendenti in tutti i livelli dell'organizzazione aziendale per sensibilizzarli sui problemi personali di salute psichica.²⁵ Risultato? I dipendenti hanno valutato la loro situazione lavorativa ritenendola soggettivamente migliore rispetto a quella esistente prima della valutazione; inoltre, il loro impegno e la loro soddisfazione sul lavoro sono aumentati. Analoghe esperienze si rinvencono nel gruppo Deutsche Post DHL, leader mondiale nel settore dei servizi postali e della logistica (solo

²⁴ Per migliorare la situazione lavorativa degli "ingegneri di manutenzione" in particolare, un gruppo esperto di analisti, in collaborazione con responsabili e superiori gerarchici, ha esaminato questa specifica mansione utilizzando uno strumento di analisi standardizzato. Sulla base di tale analisi è stato stabilito che, in futuro, i supervisori impediranno che gli ingegneri siano disturbati durante gli interventi di manutenzione; si è altresì provveduto a riorganizzare gli ambiti di responsabilità.

²⁵ La campagna, della durata di un anno, si è concentrata su misure di prevenzione e, tra gli strumenti di cui si è avvalsa, figurano una considerevole presenza intranet, opuscoli, manifesti e volantini, un modulo di *e-learning* volto a incoraggiare l'autovalutazione, corsi in materia di salute incentrati sul rilassamento e sulla prevenzione dello stress, interventi di esperti e un quiz sulla salute.

in Germania i lavoratori DHL sono 200.000), che ha pubblicato una apposita guida nella quale è contenuta una specifica strategia in materia di salute, sicurezza e benessere, nel cui ambito la salute psichica occupa un ruolo centrale.

Quanto alla Gran Bretagna, l'ordinamento inglese non prevede in modo esplicito la gestione dei "rischi psicosociali", ma il contesto sociale e giuridico ha favorito l'applicazione ai rischi psicosociali dei principi generali disciplinati dalla legge di sicurezza e salute. L'organismo competente, denominato "Health and Safety Executive" (HSE) ha elaborato delle specifiche "norme di gestione dello stress" (le cd. "Stress Management Standard"), approvate nel 2004 dopo un ampio processo di discussione e dibattito pubblico con tutti gli specialisti della materia.²⁶ L'ispezione dell'HSE si sviluppa quasi sempre in maniera preventiva e proattiva, dedicandosi ai settori considerati prioritari in funzione del rischio stress da lavoro, quali la sanità, le amministrazioni pubbliche, l'educazione ed il settore finanziario. Le linee guida dell'HSE non mirano a verificare la gestione dei rischi già realizzata, ma intervengono sulla vigilanza e sul controllo del processo di valutazione e gestione dei rischi nel mentre in cui viene effettuato.²⁷ La strategia partecipativa e collaborativa basata sull'impegno della dirigenza e il coinvolgimento dei lavoratori e dei loro rappresentanti nell'intero processo, determina l'efficacia dell'intervento proposto dal modello HSE.

Pertanto, la Gran Bretagna può contare su una vivace

²⁶ L'esempio della Nottingham City Homes è emblematico al riguardo. La società immobiliare si è proposta di attuare una strategia ufficiale di gestione dello stress in stretta collaborazione con le organizzazioni sindacali. La strategia si basa sulle norme di gestione dello stress lavoro-correlato redatte dal Comitato esecutivo per la salute e la sicurezza (HSE) e si concentra sulla gestione delle cause dello stress lavoro-correlato nonché sulla lotta di questo fenomeno. È stata organizzata una serie di attività di sensibilizzazione sulla salute psichica, tra cui sessioni periodiche di "tè e chiacchiere", volte a incoraggiare i dipendenti a parlare di aspetti che influiscono sulla loro salute e sul loro benessere al lavoro. Recentemente è stato inoltre introdotto un sistema di gestione dell'apprendimento finalizzato ad agevolare l'accesso dei dipendenti alla formazione sulla sensibilizzazione allo stress lavoro-correlato.

²⁷ Health and Safety Executive (HSE), *Managing the causes of work related stress. A step-by-step approach using Management Standard*, UK: HSE Books, 2007.

giurisprudenza in materia di responsabilità dei datori di lavoro in situazioni di stress lavorativo che fino ad oggi non si è basata sulla legislazione specifica in materia di sicurezza e salute, bensì sui principi generali sul dovere del datore di lavoro (“duty of care”) di protezione nelle situazioni di rischio dei lavoratori che si trovino alle sue dipendenze.²⁸ Si deve anche considerare, a tale proposito, la mediazione specializzata nei conflitti psicosociali, specialmente nei casi di molestie e violenza sul lavoro, condotta tramite l’ACAS su richiesta volontaria dalle parti direttamente coinvolte.

6 I “RISCHI PSICOSOCIALI” NELLA LEGISLAZIONE ITALIANA

L’Accordo europeo del 2004 è stato recepito con un Accordo interconfederale del 9 giugno 2008 con la finalità di far accrescere “la consapevolezza e la comprensione dello stress lavoro correlato da parte dei lavoratori, dei datori di lavoro e dei rappresentanti.”²⁹ Il lieve ritardo registrato nel recepimento dell’Accordo europeo ad opera delle parti sociali è stato compensato, dalla successiva emanazione del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e, in particolare, dell’art. 28 che rinvia espressamente all’Accordo del 2004.³⁰

²⁸ È interessante a tale proposito consultare la sentenza Barber v. Somerset County Council, disponibile in <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040401/barber-1.htm>.

²⁹ D. Gottardi *Lo stress lavoro-correlato: il recepimento dell’Accordo quadro europeo*, in *Il sole 24ore*, 2008, p. 20 ss.

³⁰ In precedenza la Regione Lazio aveva approvato una legge regionale (la legge n. 16/2002) volta a prevenire e contrastare l’insorgenza e la diffusione del mobbing nei luoghi di lavoro. Con sentenza della Corte Costituzionale (10-19 dicembre 2003, n. 359) tale provvedimento è stato dichiarato incostituzionale in quanto “le Regioni non possono intervenire in ambiti di potestà concorrente dettando norme volte ad incidere sul terreno dei principi fondamentali”. Analoga sorte è toccata, per effetto di due pronunce amministrative, alla circolare INAIL n. 71 del 17 dicembre 2003, dal titolo “Disturbi psichici da costrittività organizzativa sul lavoro. Rischio tutelato e diagnosi di malattia professionale. Modalità di trattamento delle pratiche”, che aveva inserito tra le malattie professionali anche quelle che originavano da “disturbi psichici da costrittività organizzativa sul lavoro”. Sulla complessa vicenda della circolare INAIL, si vedano le posizioni di S. Giubboni, *L’INAIL e il “mobbing”: una critica al Consiglio di Stato*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2009, n. 3, p. 729 ss e di G. Ludovico, *L’Inail e il mobbing: per il Consiglio di Stato la parola spetta al legislatore*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, n. 4, II, p. 1042 ss.

6.1. L'obbligo preventivo generale del datore di lavoro

Il nostro ragionamento non sarebbe completo sul piano ricostruttivo se non tenesse conto dei principi generali contenuti nella Costituzione della Repubblica italiana, che agli artt. 32, comma 1³¹, e 41, commi 1 e 2, prevede in modo sufficientemente chiaro l'intangibilità e l'indisponibilità del diritto alla salute, fermo restando che "l'iniziativa economica privata è libera" e, da un punto di vista sistematico (non storico) l'art. 2087, del codice civile che ne rappresenta una più minuziosa enunciazione. L'art. 2087, del codice civile stabilisce che "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". Una norma che evidenzia la necessità di tutelare il lavoratore nella duplice prospettiva dell'integrità fisica e della "personalità morale".³²

Se "sul piano astratto la formulazione dell'art. 2087 del codice civile assicura l'obiettivo della "massima sicurezza tecnologicamente possibile", sul piano della effettività la norma non ha conseguito lo scopo che si prefiggeva, ovvero quello dell'adattamento automatico della legislazione vigente ai mutamenti tecnologici. Infatti, il precetto è stato utilizzato non già sotto il profilo prevenzionale - cioè per ottenere l'attuazione delle misure necessarie alla sicurezza - quanto piuttosto a posteriori, cioè in sede di azione giudiziaria da parte del datore di lavoro". In tal senso, la giurisprudenza italiana ha valorizzato al massimo le potenzialità operative della norma, laddove ha rilevato "che la previsione dell'art. 2087 del codice civile comporta che al lavoratore sia sufficiente provare il danno ed il nesso causale, spettando alla controparte la dimostrazione di avere fatto tutto il possibile per evitare lo stesso: peraltro, il datore di

³¹ Sul diritto costituzionale della salute, si v. Ferrara R., *Il diritto alla salute: i principi costituzionali*, in S. Rodotà - P. Zatti (a cura di), *Trattato di biodiritto*, vol. V, *Salute e sanità*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 3 ss.

³² Si rimanda al contributo di G. Perone *Stress e obbligo di sicurezza ex art. 2087 c.c.*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, n. 1-2, p. 33 ss.

lavoro è tenuto ad un'attività di controllo e di vigilanza costante volta ad impedire comportamenti del lavoratore tali da rendere inutili od insufficienti le cautele tecniche apprestate e deve adottare, se necessario, sanzioni di carattere disciplinare anche di carattere espulsivo, come il licenziamento.³³

Dunque, l'art. 2087, del codice civile esprime l'obbligazione fondamentale del datore di lavoro, in quanto garante dell'obbligo di sicurezza verso i lavoratori dipendenti (od equiparati) di perseguire costantemente la massima sicurezza tecnica, organizzativa o procedurale fattibile. Ebbene l'art.2087 si caratterizza come "norma di chiusura": "l'obbligo di sicurezza ivi contenuto impone cioè al datore di lavoro di adottare tutte quelle misure che, anche se non richiamate in modo specifico da norme particolari e la cui violazione sia prevista come reato autonomo, appaiono in concreto necessarie a garantire la sicurezza. Non giova dunque obiettare che in certi casi manca una specifica previsione da parte del legislatore: l'art.2087 del codice civile opera come uno strumento di integrazione delle eventuali lacune e di adeguamento della normativa ai concreti e mutevoli casi.

Le regole di condotta preventiva stabilite dall'art. 2087 del codice civile concorrono dunque ad integrare e perfezionare le fattispecie criminose di cui agli artt. 589 e 590 del codice penale (omicidio colposo e lesioni personali colpose).³⁴ Incombe sul lavoratore che lamenti di aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno, come pure la nocività dell'ambiente di lavoro nonché il nesso di causalità fra l'una e l'altro; solo ove tale prova venga fornita sorge la responsabilità a carico del datore di lavoro in relazione al suddetto danno, ed il conseguente onere di provare l'avvenuta adozione di tutte le cautele necessarie ad impedire il verificarsi del danno alla salute dei propri dipendenti.³⁵

³³ Cfr. Cassazione Civile 8 febbraio 1993, n.1523.

³⁴ In tal senso si è espressa la Cassazione penale con sentenza 20 settembre 1988.

³⁵ V. Cassazione civile, sez. lav., 11 dicembre 1995, n. 12661, in *Giust. civ. Mass.* 1995, fasc. 12.

L'obbligo generale di sicurezza posto dall'art. 2087 c.c. in modo certamente sintetico, ma non per questo meno chiaro, in capo al datore di lavoro, trova nel decreto legislativo n. 81 del 2008 una puntuale specificazione con una dettagliata indicazione dei suoi elementi essenziali, vale a dire l'eliminazione dei rischi alla fonte, l'aggiornamento continuo delle misure di prevenzione alla luce delle nuove conoscenze tecnologiche.

6.2. La specifica previsione introdotta in Italia sullo stress lavoro-correlato

Ritornando allo specifico rischio stress-lavoro correlato, le ragioni che hanno richiamato l'attenzione su questo peculiare rischio, vanno ricercate in una disposizione contenuta decreto legislativo n. 81 del 2008, la quale ha introdotto - per la prima volta nell'ordinamento italiano - un obbligo specifico di valutazione dei rischi da stress lavoro-correlato.³⁶ Va tuttavia precisato che la norma si presenta aperta perché

[...] la valutazione deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'Accordo Europeo dell'8 ottobre 2004 [...].

Dunque, non solo quelli che causano lo stress lavoro-correlato, ma tutti i rischi, definiti "particolari", che possono interessare "gruppi di lavoratori" e ne pregiudicano la salute fisica e mentale.

Tali obblighi rappresentano specificazioni analitiche del principio della massima sicurezza tecnologicamente possibile, introdotto nell'ordinamento prevenzionistico dall'art. 2087 del codice civile, con due novità importanti rappresentate dall'obbligo chiaramente esplicitato di dover rispettare i principi ergonomici e

³⁶ M. Peruzzi, *La valutazione del rischio da stress lavoro-correlato ai sensi dell'art. 28 del d. lgs. n. 81/2008*, in: "Working Papers di Olympus", 2011, n. 2, <<http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo2-2011.peruzzi.pdf>

dover adottare tutte le misure tecniche produttive e organizzative necessarie alla sicurezza del lavoro.

E' pur vero che lo stress lavoro-correlato costituisce tra i diversi rischi che ledono la salute organizzativa quello la cui individuazione non si presenta di facile soluzione sia per la multifattorialità eziopatogenetica dello stress e soprattutto per l'assenza di indicatori chiari e indici obiettivi.

D'altronde, la stessa relazione accompagnatoria dello schema del decreto legislativo correttivo del d.lgs. n. 81 del 2008, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 27 marzo 2009, evidenziava come lo stress lavoro-correlato fosse un rischio "meritevole di attenta ponderazione". La norma in questione è l'art. 28, comma 1, del d.lgs. n. 81 del 2008 che stabilisce espressamente che

la valutazione dei rischi [...] deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari, tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004 [...].

Trattasi di una norma di primaria rilevanza nell'ordinamento del lavoro italiano, posto che essa introduce l'obbligo per tutte le aziende di condurre un'analisi dei rischi, definiti, "particolari", tra i quali anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato. Dall'entrata in vigore del decreto legislativo n. 81 del 2008, attorno al tema della valutazione dei rischi connessi allo stress lavoro-correlato si è creato un ampio dibattito metodologico ed epistemologico.

In Italia, come rivela il rapporto dell'INAIL³⁷, da un'indagine condotta recentemente dall'istituto e dall'Istat sulla percezione dei rischi sui luoghi di lavoro, è emerso che per il 16,2% degli intervistati lo stress, la depressione e l'ansietà rappresentano una fonte di disagio per chi pratica o ha svolto un'attività lavorativa.

³⁷ Cfr. Indagine ISTAT-INAIL, *Salute e sicurezza sul lavoro*, in INAIL, *Rapporto Annuale. Analisi dell'andamento infortunistico 2008, 2009*, in www.inail.it.

Il decreto legislativo n. 81 del 2008 demanda alla Commissione Consultiva permanente per la salute e la sicurezza del lavoro il compito di “elaborare le indicazioni necessarie alla valutazione del rischio stress lavoro-correlato”, successivamente emanate il 17 novembre 2010 sotto forma di un “percorso metodologico che rappresenta il livello minimo di attuazione dell’obbligo.”³⁸

Tra le novità introdotte dal decreto legislativo n. 81 del 2008, di certo un ruolo di primo piano assumono tre definizioni introdotte dal legislatore: la prima attiene alla nozione di “stress lavoro-correlato”; la seconda al “sistema di promozione di salute e sicurezza”; e, infine, la terza al concetto di “responsabilità sociale”.³⁹

Circa la nozione di stress lavoro-correlato, la nozione contenuta nell’art. 2, comma 1, *lett. o*), decreto legislativo n. 81 del 2008 è mutuata dall’Organizzazione Mondiale della Sanità, del concetto di “salute” intesa quale “stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un’assenza di malattia o d’infermità”.

Contestualmente, il legislatore italiano ha offerto, da un lato, la definizione del concetto di “sistema di promozione della salute e sicurezza” (art. 2, comma 1, *lett. p*), come “complesso dei soggetti istituzionali che concorrono, con la partecipazione delle parti sociali, alla realizzazione dei programmi di intervento finalizzati a migliorare le condizioni di salute e sicurezza dei lavoratori”; dall’altro, ha introdotto una visione più ampia della prevenzione della salute e sicurezza sul lavoro che rimanda a quelli che sono i principi della “responsabilità sociale” definita (art. 2, comma 1, *lett. ff*), come “integrazione volontaria delle preoccupazioni sociali ed ecologiche delle aziende ed organizzazioni nelle loro attività commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate”.

³⁸ Comunicato del Ministero del Lavoro in G.U. n.304 del 30/12/2010.

³⁹ Cfr. C. Frasccheri, *Il rischio da stress lavoro-correlato. Normativa, procedure di valutazione e organizzazione del lavoro*, Roma, Edizioni Lavoro, 2011; Argomenta di un significativo passaggio concettuale operato dal legislatore, M. Tucci, *SGSL: dalla costrittività organizzativa alla partecipazione*, in: *Igiene & Sicurezza del lavoro*, 2010, n. 5, p. 275 ss.

Nel complesso delle attività di prevenzione, un ruolo di primo piano è assegnato allo studio dell'organizzazione del lavoro, concretizzato nell'inserimento all'art. 15, comma 1, *lett. d)*, del decreto legislativo n. 81 del 2008, del "rispetto dei principi ergonomici nell'organizzazione del lavoro" e del "rispetto dei principi ergonomici nella concezione dei posti di lavoro, nella scelta delle attrezzature e nella definizione dei metodi di lavoro e produzione, in particolare al fine di ridurre gli effetti sulla salute del lavoro monotono e di quello ripetitivo". Si aggiunga che l'art.32, comma 2 dello stesso decreto legislativo n. 81 del 2008 sottolinea che la formazione del Rappresentante dei lavoratori della sicurezza deve riguardare anche i rischi "di natura ergonomica e da stress lavoro-correlato".

Per quanto riguarda, in particolare, la "valutazione dei rischi", il decreto legislativo n. 81 del 2008 stabilisce che essa deve fare riferimento a "tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari tra cui anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'Accordo europeo dell'8 ottobre 2004" (art. 28, comma 1). Con le integrazioni successivamente apportate al decreto legislativo n. 81 del 2008 dal decreto legislativo n. 106 del 2009, la valutazione dello stress lavoro-correlato deve essere effettuata, (art. 28, comma 1-*bis*), "nel rispetto delle indicazioni di cui all'articolo 6, comma 8, *lettera m-quater*", vale a dire nel rispetto delle indicazioni formulate dalla Commissione Consultiva Permanente per la Salute e la Sicurezza sul Lavoro.

In data 17 novembre 2010, la Commissione Consultiva ha approvato le indicazioni per la valutazione dello stress lavoro-correlato, diffuse dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con la lettera circolare del 2010 (prot. 15/SEGR/0023692) e successivamente rese note anche con Comunicato ufficiale del Ministero stesso pubblicato in

Gazzetta Ufficiale (in G.U. 304 del 30 dicembre 2010).⁴⁰

Dunque, il documento della Commissione Consultiva indica un percorso metodologico che rappresenta “il livello minimo di attuazione dell’obbligo di valutazione del rischio da stress lavoro-correlato per tutti i datori di lavoro”, sottolineando così che l’approccio per fasi alla valutazione (percorso metodologico) viene vincolato a prescrizioni solo minime (livello minimo) non precludendo, quindi, la possibilità di un percorso più articolato e basato sulle specifiche necessità e complessità delle aziende stesse.

Così, la valutazione è definita in due fasi: una valutazione oggettiva, condotta attraverso metodi di osservazione diretta e *check-list*, e una soggettiva, realizzata attraverso questionari strutturati, *focus group* o interviste. In particolare, la valutazione soggettiva indaga la percezione individuale del rischio stress lavoro-correlato, attraverso strumenti di valutazione delle principali dimensioni lavorative quali ad esempio soddisfazione lavorativa, malessere psicofisico al lavoro, esaurimento emotivo, *burnout*.⁴¹

Nelle indicazioni elaborate dalla Commissione Consultiva viene ribadito che la valutazione del rischio da stress lavoro-correlato è “parte integrante della valutazione dei rischi” ed è effettuata dal Datore di Lavoro (obbligo non delegabile ai sensi dell’art. 17, comma 1, *lett. a*), in collaborazione con il Responsabile del Servizio di prevenzione e protezione ed il medico competente (art. 29, comma 1), previa consultazione del Rappresentante dei lavoratori della sicurezza (art. 29, comma 2)”.

⁴⁰ Come riportato nella nota del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali di accompagnamento alle indicazioni per la valutazione dello stress lavoro-correlato, le linee di indirizzo che hanno guidato l’elaborazione delle stesse sono: a) “brevità e semplicità”; b) “individuazione di una metodologia applicabile ad ogni organizzazione di lavoro”; c) “applicazione di tale metodologia a gruppi di lavoratori esposti in maniera omogenea allo stress lavoro-correlato”; d) “individuazione di una metodologia di maggiore complessità rispetto alla prima, ma eventuale” da utilizzare nel caso in cui la conseguente azione correttiva non abbia abbattuto il rischio; e) “valorizzazione delle prerogative e delle facoltà dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza e dei medici competenti”; f) “individuazione di un periodo transitorio per quanto di durata limitata per la programmazione e il completamento delle attività da parte dei soggetti obbligati”.

⁴¹ INAIL, *Valutazione e gestione del rischio da stress lavoro-correlato, Manuale ad uso delle aziende in attuazione del D. Lgs 81/2008 e s.m.i.*, Roma, 2011.

Viene altresì precisato che la valutazione va fatta prendendo in esame “non singoli ma gruppi omogenei di lavoratori esposti a rischi dello stesso tipo secondo una individuazione che ogni datore di lavoro può autonomamente effettuare in ragione della effettiva organizzazione aziendale” e che “le necessarie attività devono essere compiute con riferimento a tutte le lavoratrici e a tutti i lavoratori, compresi dirigenti e preposti”.

La “collaborazione” del medico competente⁴² e del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, dettata dall’art. 29, comma 1, del decreto legislativo n. 81 del 2008, nella valutazione del rischio, non può che, naturalmente, tradursi in una “partecipazione attiva e fondamentale”.

In conclusione, l’esperienza italiana può dunque rappresentare una utile indicazione per l’applicazione anche in altre realtà, specie si considera la partecipazione del datore di lavoro alla valutazione dello stress lavoro-correlato alla promozione del benessere organizzativo nelle diverse fasi del processo; il coinvolgimento dei lavoratori nei diversi momenti (restituzione dei risultati, definizione condivisa degli interventi di miglioramento); l’utilizzo di un approccio quali-quantitativo, che consente di realizzare un intervento al contempo calato sulla specifica realtà aziendale e in linea con gli standard metodologici previsti dalla normativa comunitaria.

6.3. La responsabilità dei danni derivanti dai rischi psicosociali in ambito penale e civile

I profili di responsabilità individuabili in capo al datore di lavoro a fronte della violazione delle regole in tema di valutazione e prevenzione del fenomeno dello *stress* lavoro-correlato sono di diversa natura in Italia. Sul piano penale, se

⁴² Sul decisivo ruolo che assume il “medico competente” nella disciplina italiana, si v. L. Isolani, *Valutazione del rischio da stress lavoro-correlato: la collaborazione del medico competente*, in “*Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*”, 2012, n. 1-2, p. 69 ss.

l'ipotesi di omessa, o carente effettuazione, della valutazione del rischio stress lavoro-correlato realizza un illecito penale di tipo contravvenzionale da parte del datore di lavoro, alla medesima conclusione si può giungere anche nel caso dell'omissione "solo" parziale, trattandosi di una valutazione che, per espressa previsione normativa, ha per oggetto "tutti i rischi per la sicurezza e per la salute dei lavoratori".

Con riguardo invece all'ipotesi di una redazione incompleta del documento di valutazione dei rischi, che presenti una carenza riferibile alle specifiche misure di prevenzione e protezione attuate, o al programma di misure da adottare per il miglioramento o, infine, alle procedure per l'attuazione di queste ultime (con espressa individuazione dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, i quali debbono essere "in possesso di adeguate competenze e poteri"), per il datore di lavoro l'art. 55, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2008 prevede la sanzione di un'ammenda, contemplata anche nell'ipotesi in cui il datore di lavoro abbia adottato un documento di valutazione dei rischi che non contenga la relazione con i criteri di valutazione adottati o l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedano una riconosciuta capacità professionale, specifica esperienza, adeguata formazione e addestramento.⁴³ Ove all'omissione degli obblighi in tema di prevenzione dello stress lavoro correlato consegua anche il reato di lesioni (gravi o gravissime), o quello di omicidio colposo o di disastro colposo, o di delitto colposo di danno, di pericolo in genere, la responsabilità penale del datore di lavoro diverrà ancora più rilevante.

Non meno secondaria è la responsabilità del datore sul piano civilistico, per i danni cagionati al singolo lavoratore a causa dell'esposizione a (o dalla mancata prevenzione di) rischi riferibili al fenomeno dello stress lavoro-correlato. Come si è già anticipato,

⁴³ Si condivide la posizione di R. Acquaroli, *Sub Artt. 55-60*, in L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro*, Bologna, 2011, vol. III, p. 95 ss.

nell'ordinamento italiano esiste un obbligo prevenzionale generale a carico del datore di lavoro che è contenuto precisamente nell'art. 2087, del codice civile e da cui discende una responsabilità datoriale di natura contrattuale, interpretata dalla giurisprudenza in senso estremamente rigoroso.⁴⁴ Così, la circostanza che il legislatore italiano abbia sancito espressamente un obbligo di prevenzione dei fenomeni di stress lavoro-correlato, se da un lato, come ha evidenziato la dottrina più attenta, "se dovrebbe dunque aver definitivamente eliminato eventuali incertezze da parte del datore sulla specifica rilevanza (anche) di tale peculiare fattore di rischio, dall'altro non significa affatto che ogni situazione di *stress* possa configurarsi comunque come rilevante (e risarcibile) ai fini della responsabilità del datore di lavoro, dovendo in ogni caso risultare una qualche derivazione/connessione dal/con l'ambiente e/o le condizioni di lavoro."⁴⁵ Assume dunque assoluta centralità anche in Italia il tema del riparto e del soddisfacimento dell'onere probatorio.⁴⁶

Proprio per cercare di sciogliere tale nodo, qualche autore⁴⁷ ha proposto di valorizzare il richiamo operato dall'art. 28 del decreto legislativo n. 81 del 2008 al "gruppo" di lavoratori (che costituisce anche il parametro di riferimento per la valutazione preliminare dello stress lavoro-correlato secondo le indicazioni procedurali della Commissione consultiva), "sicché se di un gruppo è stressato, solo uno si può presumere che questo stress non dipenda dal lavoro".

⁴⁴ G. Natullo, *Principi generali della prevenzione e "confini" dell'obbligo di sicurezza*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. VIII, *Ambiente e sicurezza del lavoro*, a cura di M. Rusciano - G. Natullo, p. 79 ss., a p. 82.

⁴⁵ R. Nunin, *La prevenzione dello stress lavoro-correlato. Profili normativi e responsabilità del datore di lavoro*, Edizioni Università Trieste, Trieste, 2012, p. 81 ss. Cfr. anche G. Ludovico, *Lo stress lavoro correlato tra tutela prevenzionistica, risarcitoria e previdenziale*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2011, n. 2, p. 427 ss.

⁴⁶ C. Tamburro, *Stress lavoro-correlato: il problema della prova*, in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, n. 1-2, p. 52 ss.

⁴⁷ A. Vallebona, *La responsabilità per lo stress lavoro-correlato nella secolarizzazione dell'occidente*, in: *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, 2012, n. 1-2, p. 26.

6.3.1. La responsabilità dei danni derivanti dai *rischi psicosociali* in ambito assicurativo-previdenziale: il danno biologico, il danno differenziale e l'azione di regresso

L'art. 13, d.lgs. n. 38 del 2000 ha previsto una specifica prestazione previdenziale che ha la funzione di ristorare il lavoratore dal danno cd. biologico, vale a dire quel danno, definito espressamente da legislatore, "come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona il cui il cui ristoro dev'essere determinato in misura indipendente dalla capacità di produrre reddito del danneggiato". Tale prestazione previdenziale consiste in un indennizzo, che si sostituisce alla rendita per invalidità permanente, ed è erogato, nella misura indicata nell'apposita "tabella indennizzo danno biologico": in capitale, per le menomazioni di grado pari o superiore al 6% ed inferiore al 16%; in rendita, per le menomazioni di grado pari o superiore al 16%.

Dunque, ai fini della valutazione delle conseguenze delle lesioni dell'integrità psicofisica l'ordinamento italiano ha scelto la strada dell'elaborazione di una specifica "tabella delle menomazioni"⁴⁸, che contiene un'ampia elencazione di casi di menomazione, a seguito di lesioni e malattie, che interessano il lavoratore quale componente della società, ma con l'attenzione riconosciuta alle fattispecie di origine lavorativa o collegate direttamente all'attività professionale svolta dall'assistito.

Questo però spiega perché il danno biologico, di cui all'art. 13 d.lgs. n. 38 del 2000, non è in grado di esaurire da solo il concetto più ampio di tutela della salute, per la cui realizzazione effettiva ed integrale sopravvivono margini di manovra per la tutela risarcitoria di diritto comune⁴⁹ e (perché no?) per lo strumento assicurativo privato.

⁴⁸ Per l'adozione delle tabelle, nonché dei relativi criteri applicativi ed i successivi adeguamenti, il terzo comma dell'art. 13, della legge n. 38/2000 prevede una fattispecie a formazione progressiva che coinvolge in prima istanza il Consiglio di amministrazione dell'INAIL, che le delibera, quindi il Ministro del lavoro e della previdenza sociale, che le approva con decreto.

⁴⁹ Sul punto, si v.G. Ludovico, *Infortuni sul lavoro: tutela previdenziale e responsabilità civile*, in *Rivista degli Infortuni e delle Malattie Professionali*, 2015, n. 3, 429 ss.

Nel caso di tutela risarcitoria di diritto comune residua una responsabilità datoriale per il danno cd. differenziale, vale a dire un danno risarcibile al lavoratore, ottenuto dalla differenza tra quanto versato dall'INAIL a titolo di indennizzo per malattia professionale al lavoratore, e quanto è possibile richiedere al datore di lavoro a titolo appunto, di risarcimento del danno in sede civilistica. In questo caso, il positivo riconoscimento dello stress lavoro - correlato quale malattia professionale risulta incompleta in funzione del risarcimento di un danno non patrimoniale: ciò significa che i principi di responsabilità civile impongono la prova che la malattia insorta abbia trovato causa in un comportamento inadempiente del datore di lavoro alla luce di quanto si è detto in ordine all'art. 2087, del codice civile.

L'evidente diversità strutturale e funzionale, sussistente tra tali due mezzi di ristoro, consente pertanto di escludere che le somme versate dall'INAIL possano considerarsi integralmente soddisfattive del diritto al risarcimento del danno in capo all'infortunato.

Ond'è le voci di danno risarcibili che in concreto rientrano nella nozione di danno differenziale possono così riassumersi: a) danno biologico (anche temporaneo) inferiore al 6%; b) danno patrimoniale nel quale rientrano non solo le spese "vive" sostenute dal lavoratore (si pensi alle spese mediche, ecc...), ma anche il mancato guadagno cagionato dall'infortunio occorso; c) "danno morale", qualificato dalla dottrina "come ogni turbamento dello stato d'animo"; d) di "danno esistenziale", quale pregiudizio che alteri le abitudini e gli assetti relazionali di un persona, inducendolo a concreti cambiamenti in senso peggiorativo nella qualità della vita.⁵⁰

Infine, resta da considerare che nell'ordinamento italiano è prevista una specifica azione di rivalsa, definita "azione di regresso" (artt. 10 e 11, T.U. 1124/1965) nella quale l'Istituto assicuratore (INAIL) può procedere al recupero delle prestazioni previdenziali erogate

⁵⁰ Si v. Cassazione Civile, Sezione Unite, 12 giugno 2006, n. 13546.

agli assicurati o agli altri aventi diritto (come gli eredi dei lavoratori deceduti in conseguenza dell'evento infortunistico o malattia professionale). Essa nasce come un diritto autonomo dell'INAIL, inquadrato nel rapporto assicurativo tra datore di lavoro e infortunato, e viene esercitata in presenza delle seguenti circostanze: a) un evento infortunistico integrante gli estremi del reato procedibile d'ufficio⁵¹; b) l'indennizzabilità dell'infortunio o della malattia da parte dell'INAIL e la conseguente erogazione di prestazioni. Da questo punto di vista, l'azione di regresso, da azione di natura contrattuale posta a base del rapporto contributivo assicurativo, diventa uno strumento di prevenzione e di lotta nei confronti di chi non rispetta le norme poste in materia antinfortunistica.

7 CONCLUSIONI

Il tema dei "rischi psicosociali", o se si accoglie la nostra definizione, dei "rischi che ledono la salute organizzativa", è materia che si presenta necessariamente condivisa: a nostro avviso, è indispensabile la partecipazione di tutti i soggetti direttamente coinvolti (datore di lavoro, lavoratori, organizzazioni sindacali, soggetti pubblici) alla diffusione di una cultura aziendale in chiave preventiva che coniughi l'"efficienza produttiva" con il "benessere organizzativo".

Ciò allo scopo di rendere incisivo il sistema della protezione sociale e, in particolare, di adeguare la tutela previdenziale infortunistica al *trend* espansivo del rischio professionale determinato dall'evoluzione socio-economica e dalle innovazioni tecnologiche ed organizzative nel mercato del lavoro.

Non sembra però indispensabile che la materia trovi il suo sbocco in una disciplina necessariamente legislativa: l'esperienza

⁵¹ Si consideri che in Italia, nella materia degli infortuni e delle malattie professionali, l'apertura del procedimento penale avviene ordinariamente d'ufficio; dunque, qualsivoglia notizia di reato - provenga o meno dalla persona offesa da esso - consente l'attivazione dell'indagine per il solo fatto che essa pervenga all'ufficio del Pubblico Ministero.

tedesca e quella britannica, pur non dotandosi di una specifica previsione normativa, mostrano come sia possibile ugualmente governare in modo efficace i fattori di rischio attraverso una diversa organizzazione e valutazione dei processi di lavoro.

Non vi è dubbio, che al di là della tecnica con la quale si intende intervenire, in via preliminare occorre pervenire ad una nozione chiara e rigorosa del concetto di “rischio psicosociale” e di “*stress* lavoro-correlato” (con esclusione, dunque, del concetto di violenza sul lavoro sia fisica sia psicologica), ad una precisa valutazione dei predetti rischi in azienda (identificazione, analisi, individuazione delle misure e delle possibili soluzioni), nonché ad un costante monitoraggio dei settori a rischio (si pensi, ad esempio, alla sanità, al settore pubblico, all’istruzione, al settore finanziario, bancario, manifatturiero). Appare indispensabile abbandonare le vecchie logiche legate ai processi produttivi industriali e guardare ai nuovi processi relativi all’organizzazione della produzione, al fine di riorientare le molteplici azioni valorizzandone la funzione preventiva, rispetto a quello dell’intervento indennitario, che pure rimane essenziale. Ciò anche alla luce delle prossime sfide che attendono il mondo industriale e produttivo non solo europeo dei prossimi venti anni (si pensi all’”Industria 4.0”).

Anche sulla responsabilità del datore di lavoro, in tutti i casi nei quali risulta compromessa la salute del lavoratore, occorre procedere ad un’attenta ponderazione perché se è possibile valutare in sede previdenziale in modo indifferenziato ed unitario il bene integrità psicofisica, perché uguale è tale valore per ciascun individuo; non altrettanto è possibile fare per i riflessi negativi che la compromissione di tale bene determina nella dinamica delle relazioni sociali della persona, incidendo su queste fattori molteplici che si differenziano per ciascun individuo in sé considerato, e la cui sussistenza e concreta incidenza vanno verificate e provate caso per caso. Anche quando si opti per una soluzione, come quella italiana, di indennizzare in sede previdenziale il danno biologico patito dal lavoratore, ciò non significa esaurire tutte le componenti del danno che la compromissione dell’integrità psicofisica del

lavoratore ha originato. Tale è la ragione per la quale resta ammissibile il risarcimento in sede civilistica del danno cd. differenziale, di matrice privatistica, che ha come finalità proprio quello di quantificare e ristorare gli aspetti personali e soggettivi della lesione della salute, non presi in considerazione dalla prestazione previdenziale.

E' convinzione di chi scrive che il tema dei "rischi che ledono la salute organizzativa" debba essere affrontato con decisione sul piano della prevenzione più che su quello della coercizione. Si sono già riferite delle "buone pratiche" in Germania e in Gran Bretagna.

In Italia, negli ultimi tempi, si fanno strada nuove e diverse soluzioni: ci si riferisce, da un lato, alla recente introduzione di nuove modalità di approccio all'organizzazione aziendale, in cui le esigenze individuali del lavoratore si contemperano, in maniera complementare, con quelle dell'impresa (è il caso del cd. "lavoro agile", o "*smart working*", definito dal legislatore come "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa")⁵²; e, dall'altro, all'incentivazione fiscale e contributiva di diverse strumenti e benefici (precisamente si parla di. "*welfare* aziendale contrattuale"⁵³, nell'ambito della più ampia

⁵² L'art. 22 d.lgs. n. 81 del 2017 stabilisce che "Il datore di lavoro garantisce che "la salute e la sicurezza del lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile e a tal fine consegna al lavoratore e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, con cadenza almeno annuale, un'informativa scritta nella quale sono individuati i rischi generali e i rischi specifici connessi alla particolare modalità di esecuzione del rapporto di lavoro. Il lavoratore è tenuto a cooperare all'attuazione delle misure di prevenzione predisposte dal datore di lavoro per fronteggiare i rischi connessi all'esecuzione della prestazione all'esterno dei locali aziendali".

⁵³ Con l'espressione "*welfare* aziendale contrattuale" ci si vuole riferire ad una multiforme strumentazione interdisciplinare che ha una origine contrattuale collettiva avente, quale obiettivo, quello di promuovere la vita privata dell'individuo e non solo la vita lavorativa del prestatore d'opere. Si v. M. Squeglia, *L'evoluzione del "nuovo" welfare aziendale tra valutazione oggettiva dei bisogni, regime fiscale incentivante e contribuzione previdenziale*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1, 2017, p. 103.

“previdenza contrattuale”⁵⁴), aventi quale finalità di valorizzare la conciliazione vita-lavoro nonché di promuovere il benessere organizzativo del lavoratore all’interno del luogo di lavoro (si pensi ai servizi di *time-saving*, all’estensione temporale del congedo parentale, alla previsione di nidi di infanzia, di asili nido, di spazi ludico-ricreativi aziendali o interaziendali, di servizi di *baby sitting*, agli interventi in materia di flessibilità oraria e, più in generale, della “flessibilità organizzativa”).

ABSTRACT

The risks arising from organizational changes of work and causing harm to the psycho-physical wellbeing to the worker, particularly identified with the expression “psychosocial risks”, have become increasingly increasing in the study of workplace safety legislation.

Starting from a possible definition of the “risks that affect the organizational health in the company”, the present essay in the first part investigates the work-related stress, as possible pathological consequence of them, and examines the general preventive obligation of the employer in the community framework and in the legislation of individual European States. In the second part, the essay focuses on the specific forecast introduced in Italy of the work-related stress and on the responsibility for the damage arising from the “psychosocial risks” in criminal and civil matters.

Keywords: *Psychosocial risks. Work-related stress. Prevention of employers. Responsibility for psychosocial risks. Biological damage. Differential damage. Action of regression.*

⁵⁴ Sulla nozione di “previdenza contrattuale”, si rinvia a M. Squeglia, *La “previdenza contrattuale”. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti* in Galantino L. - Hernandez S. (diretta da), *Studi di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 121e ss.

A INCONSTITUCIONALIDADE
DA DESPEDIDA COLETIVA
IMOTIVADA*

T HE UNCONSTITUTIONALITY
OF IMOTIVATED COLLECTIVE
DISCOUNT

Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale**

RESUMO

Este trabalho analisa a inconstitucionalidade do artigo 477-A da CLT, à luz do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, bem assim do princípio do devido processo legal.

Palavras-chave: Despedida coletiva. Reforma trabalhista. Devido processo legal.

* Artigo enviado em 22/7/2017 e aceito em 21/10/2017.

**Possui graduação em Direito pela Universidade Potiguar (1998), instituição esta onde se pós-graduou e foi professora durante seis anos. Professora convidada do curso de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade Baiana de Direito, EMATRA5, CERS e da Escola Judicial do TRT da 5ª Região. Juíza do Trabalho no TRT da 5ª Região. Mestre em Direito pela UFBA. Doutoranda pela PUC/SP, Membro do Conselho da Escola Judicial do TRT da 5ª Região (2012). Coordenadora acadêmica da Escola Associativa da AMATRA 05, biênio 2013/2015. Membro do Conselho editorial da Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região e da Revista Vistos etc. Autora da obra *Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil*, pela LTr, ex-professora substituta da UFRN.

SUMÁRIO

- 1 **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**
 - 2 **AS LIBERDADES SOCIAIS**
 - 3 **A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA COMO DIREITO DE LIBERDADE**
 - 4 **DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SISTEMA DE VALORES**
 - 5 **EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**
 - 6 **O ALCANCE DO ARTIGO 7º, I, DIANTE DA REGRA CONTIDA NO § 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**
 - 7 **EFICÁCIA PLENA DA PRIMEIRA PARTE DO INCISO I DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANTIJURIDICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA**
 - 8 **INCONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DA DESPEDIDA COLETIVA IMOTIVADA**
 - 9 **A INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL**
 - 10 **MOTIVAÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES: O PARADIGMA ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL**
 - 10.1 **Entidades associativas e sociedades**
 - 10.2 **Relações condominiais**
 - 10.3 **O dever de motivação na ação de despejo**
 - 11 **A NECESSIDADE DA MOTIVAÇÃO DA DESPEDIDA COMO CONSEQUÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICÁVEL À RELAÇÃO DE EMPREGO**
 - 12 **NOTAS CONCLUSIVAS**
- REFERÊNCIAS**

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de “modernizar” as normas trabalhistas, a proposta de reforma inicialmente trazida pelo Poder Executivo iguala a despedida coletiva à despedida individual, permitindo, em ambas,

a denúncia contratual vazia; ou, em outras palavras, a consagração do pseudodireito potestativo de o empregador despedir sem motivação.

Este artigo tem como escopo analisar a constitucionalidade do artigo 477-A da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/17, averiguando a vinculação do Estado-Legislador ao Texto Constitucional, sobretudo aos direitos fundamentais, enquanto ordem objetiva de valores. Todavia, para que seja realizado tal estudo, inicialmente será elaborada reflexão acerca da eficácia do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, para, somente após, traçar o alcance da indigitada norma para fins de vinculação à confecção de normas infraconstitucionais e, por fim, perquirir a viabilidade da proposta do novo dispositivo à luz do princípio do devido processo legal.

2 AS LIBERDADES SOCIAIS

Não é incomum encontrar na doutrina classificação que apõe todos os direitos sociais no patamar de direitos prestacionais¹, pois estes somente passaram a fazer parte das Constituições com o advento do Estado Social, o que parece ser pouco acertado.

O Estado Liberal clássico fundamentava-se na concepção dos sujeitos como indivíduos, que, por serem formalmente iguais, poderiam contratar livremente, pois o próprio mercado ditava as suas regras, sempre fundadas na autonomia da vontade, que, selada por meio de vinculação contratual, figurava como verdadeira “lei entre as partes”.

¹ De acordo com Abramovich e Courtis (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luís Carlos Stephanov, Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 31), as classificações que inserem todos os direitos de liberdade como direitos de defesa e os de prestação como sociais “[...] estão baseadas numa visão totalmente parcial e ‘naturalista’ do papel e funcionamento do aparato estatal, que coincide com a posição antiquada de um Estado mínimo que garanta exclusivamente a justiça, a segurança e a defesa.”

Nesse contexto, ao Estado cabia tão só o afastamento das relações privadas, criando regras no sentido de assegurar às partes convenientes o livre exercício da autonomia sem limitações. Não é difícil compreender que, durante tal período, os primeiros Direitos Fundamentais, antes tidos como “naturais” - uma vez que decorrentes do jusnaturalismo e “reconhecidos” pelas novas codificações - passaram a ser positivados também através de documentos constitucionais, que tinham como objetivo assegurar a plenitude da propriedade e do direito à liberdade e que, por conta disso, foram concebidos sob a ótica negativista do Estado, cuja missão somente consistia em assegurar a plenitude de seu afastamento das relações firmadas entre os indivíduos.

O modelo do Estado Social surge não abandonando a modelagem já posta, mas substitui o paradigma firmado com o Estado Liberal, tendo-se que este, fundado no protótipo da igualdade entre os indivíduos, na prática, gerava um abismo de desigualdade.

Com o surgimento da sociedade de massa, as necessidades também se amplificaram, e o direito teve que se reinventar e, se antes se idealizava abstratamente o ser humano como formalmente igual, a realidade mostrou que a liberdade plena mais escravizava do que libertava, sendo necessária uma intervenção legislativa protetiva e “desigual” para proteger o indivíduo, agora enxergado de forma concreta, havendo uma necessidade de fixação estatal de limites para a contratação.

O Estado passa, de abstencionista, para intervencionista e, nesse cenário, a classificação dos Direitos Fundamentais, que até então eram ligados à atividade estatal negativa, evoluiu para considerar esses “novos direitos” como direitos positivos, de prestação estatal.

Se é correto afirmar que o Estado Liberal e a função estatal abstencionista não foram totalmente ultrapassados pelo surgimento do Estado Social, não menos correto é afirmar que nem todos os direitos sociais figuram como reais direitos a prestações, sendo certo que há direitos sociais que são verdadeiros direitos de

liberdade, a exemplo de boa parte do rol dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, como o direito ao salário mínimo; irredutibilidade do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas, ou módulo semanal de quarenta e quatro horas; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência e proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; todos com previsão no artigo 7º do Texto Constitucional.

Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “[...] são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”², deixando evidenciado que, no rol aludido, assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais”.

Na doutrina de Hermano Queiroz Júnior também se encontra presente a mesma conclusão, tendo o referido autor já pontificado que, dentre os direitos sociais elencados nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, “[...] muitos há que não se acham contemplados dentro do grupo de direitos fundamentais à prestação, mas, ao reverso, se enquadram no grupo dos direitos de defesa, na medida em que ostentam o caráter de direitos à abstenção”³, citando praticamente os direitos sociais trabalhistas defensivos já aludidos ao norte.

² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. *Op. cit.*, p. 174.

³ QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006. p. 67.

No artigo 8º da Lei Fundamental pátria é clara a previsão de legítimos direitos de liberdade, que são o direito de greve⁴, a liberdade e autonomia sindical, embora capitulados no rol dos Direitos Sociais, demonstrando que o Legislador Constituinte não discrepou entre colocar direitos prestacionais e de liberdade no capítulo dos Direitos Sociais do trabalhador, não fazendo qualquer distinção em relação à eficácia entre eles, até porque não poderia, diante da cláusula presente no § 1º do artigo 5º da nossa Constituição.

Idêntica manifestação se mostrava na Constituição Portuguesa, de 1976, em sua versão originária, na qual diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente postos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, passaram a ser, a partir da revisão de 1982, elencados no título dos direitos, liberdades e garantias⁵, tendo Sarlet atentado para o fato de que

[...] esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo, tem sido oportunamente denominada de “liberdades sociais”⁶, integrando o que se poderia chamar - inspirados na concepção de Jellinek - de um *status negativus socialis* ou *status socialis libertatis*.⁷

⁴ Lançando luzes sobre a tese ora defendida, a doutrina de Martinez: “[...] nenhum direito fundamental, entretanto, é, em rigor, unicamente defensivo ou prestacional. O seu exercício não pode acontecer sem que ações negativas e positivas sejam cumulativamente exigidas. Exatamente assim ocorre com o instituto da liberdade sindical, em nome do qual estão agregados todos os direitos que viabilizam a proteção do patrimônio jurídico dos trabalhadores, entre os quais o direito de greve e o de negociar coletivamente. Apesar de serem posições fundamentais subjetivas de natureza defensiva, notadamente quando opostas contra o Estado, comportam, sem dúvidas, múltiplas faculdades de exigir ou de pretender ações positivas, seja para a promoção das condições de seu gozo efetivo, seja para a sua proteção contra terceiros.” (MARTINEZ, Luciano. *Conduas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.)

⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

⁶ Como pontifica ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2007. p. 385, quando faz remissão às liberdades sociais presentes na Constituição portuguesa, indicando o direito de greve e a liberdade sindical como legítimos representantes das ditas liberdades.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001, p. 18.

Nesse mesmo passo, assegura Cristina Queiroz que a Constituição portuguesa de 1976 atualmente qualifica como “liberdades e garantias” - ou, simplesmente, liberdades sociais, pela doutrina - determinados direitos dos trabalhadores, verdadeiras pretensões defensivas, a exemplo do direito de greve e da liberdade sindical, antes da aludida reforma, apenas tidos como meros direitos sociais.⁸

Miranda, após afirmar que a designação complexa de direitos, liberdades e garantias não é corrente no estrangeiro, assevera que a liberdade sindical e o direito de greve, previstos respectivamente nos artigos 55º e 57º da Constituição portuguesa de 1976, são legítimos exemplos de liberdades.⁹

Sem embargo, como já verificado neste mesmo capítulo, todos os Direitos Fundamentais, de defesa ou sociais (prestacionais ou não), são de liberdade¹⁰, pois é impossível o indivíduo alçar qualquer patamar socialmente justo e digno¹¹ sem que lhe sejam assegurados direitos mínimos pelo Estado, tanto é assim que, em regimes constitucionais onde não se tem um rol de direitos sociais, a própria jurisprudência se encarregou de firmar determinadas tarefas estatais, como o fez o Tribunal Constitucional alemão, com a noção de “mínimo existencial”, já que a Lei Fundamental de 1949 praticamente não trata de Direitos Sociais.

⁸ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais - funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra Editora, 2002. p.27.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo IV, p. 93.

¹⁰ “No existen derechos de libertad, por un lado, y derechos de igualdad, por outro: todos los derechos son de libertad, incluso aquéllos que aportan un elemento igualitario, como es el caso de los económicos y sociales, al potenciar y reforzar dicho elemento la libertad para todos. [...] Por ello, al analizar la estructura de los derechos soiales, se comprueba - aunque persistan notables rasgos distintivos - la inexistencia de una fractura radical com los tradicionales derechos de libertad.” (IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Madrid: Editora Trotta, 1996. p. 71-72.)

¹¹ Nesse tocante, Gabriela Neves Delgado atesta que o direito ao trabalho, sobretudo o direito ao trabalho digno, faz parte desse patamar mínimo. (DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTr, 2006.)

Isso é algo até curioso, já que, em terras germânicas, a referida Corte extraiu do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana a construção sobre o mínimo existencial e aqui, em terras brasileiras, mesmo com um imenso rol de direitos sociais prestacionais e de defesa, a doutrina e a jurisprudência ainda relutam em creditar plena eficácia a alguns direitos, como, por exemplo, o direito ao trabalho, assim compreendido como direito subjetivo não a um posto de trabalho, mas sim, pelo menos, como respeito ao posto ativo de trabalho, não podendo o empregado ser despedido sem que haja um motivo.

Essa também é a doutrina de Jorge Miranda, para quem, ao revés de existir uma separação estanque entre direitos negativos e direitos positivos, há intercomunicação entre eles, pois, enquanto o paradigma liberal pregava a liberdade abstrata, a ideia presente no modelo social não despreza a liberdade, mas entende que esta somente é alcançada com a igualdade material entre os indivíduos, mediante forte intervenção estatal, pois:

[...] igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma consequência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexiste ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conceito de direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*.¹²

Se se observar atentamente o Capítulo II do Texto Constitucional, facilmente se perceberá que a própria Lei Fundamental estabeleceu uma limitação, um patamar mínimo, fixando diretrizes que deverão ser cogentemente observadas quando da pactuação empregatícia, sendo correto afirmar que,

¹² MIRANDA, Jorge. *Op. cit.*, p. 96-97.

abaixo do patamar estabelecido constitucionalmente, não é possível qualquer contratação individual.

No tocante à negociação coletiva, a Carta Política foi mais benevolente, permitindo que alguns direitos pontuais, a exemplo do salário e da jornada de trabalho, possam ser pactuados pelos sindicatos, em pleno exercício da autonomia privada coletiva. Assim, é possível afirmar que a limitação firmada na Constituição pátria é total em relação às partes individualmente, mas relativa em termos coletivos.¹³

Mais acertado ainda parece afirmar que dito patamar constitucional mínimo figura como verdadeiro direito defensivo, não podendo sequer ser o seu espectro protetivo diminuído, por força do *caput* do artigo 7º da nossa Constituição, segundo o qual todo o rol que se segue é apenas exemplificativo, pois outros direitos sociais do trabalhador poderão ser previstos ordinariamente, não podendo haver alteração a menor, significando dizer que há uma barreira estatal, uma defesa em face de alterações *in pejus*, mais próxima ao direito de liberdade do que ao prestacional.¹⁴

¹³ Eis a lição de Mauricio Godinho Delgado: “[...] não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por se constituírem em um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho.” (*Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 197.)

¹⁴ Fábio Rodrigues Gomes (GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 178), dissertando acerca das diversidades atinentes ao direito de defesa e ao direito à proteção, assevera que não se deve confundir a função defensiva dos direitos fundamentais com a categoria dos direitos de defesa, pois “[...] a primeira é inerente a qualquer direito fundamental e implica, não a exclusão do Estado, mas, sim, a sua intervenção (subsidiária) em determinadas hipóteses [...]. A segunda representa os direitos de liberdade voltados contra o Estado, bloqueando normativamente a sua intervenção indevida.”

3 A PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA COMO DIREITO DE LIBERDADE

Ao doutrinar sobre o direito a algo, ou pretensão, Alexy estabelece que a sua estrutura segue a clássica relação triádica, composta do portador, ou titular do direito, do destinatário (nesse trabalho compreendido como o Estado ou o particular) e do objeto do direito, mais adiante dispendo que o indigitado direito a algo se bifurca em direitos a ações negativas, ou direitos de defesa, e direitos a ações positivas. Os primeiros são triplicemente divididos em “[...] direitos ao não-embaraço de ações, direitos à não-afetação de características e situações e direitos à não-eliminação de posições jurídicas”¹⁵, enquanto os segundos são subdivididos em “[...] direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.”

Analisando a estrutura normativa presente no inciso I do artigo 7º da nossa Constituição, é fácil perceber que o dispositivo, quando estabelece proteção contra a despedida arbitrária, evidentemente tendo como destinatário um particular - empregador -, não contempla qualquer direito a ação positiva por parte deste. Ao revés, está ali presente um legítimo direito de defesa, de afastamento, abstenção, tendo-se que ao empregador, diante do regramento constitucional, é dirigida a ordem estatal de não eliminação da posição jurídica do empregado, havendo clara limitação à livre iniciativa.

Mais claramente falando, o Legislador abstratamente já ponderou os interesses constitucionalmente tutelados, fixando tal limitação e estabelecendo que, diante da colisão entre o princípio constitucional da livre iniciativa e o princípio da liberdade natural de trabalhar, extraído do direito ao trabalho (CRFB/88, artigo 6º), prevalece este.¹⁶

¹⁵ *Op. cit.*, p. 193 e ss.

¹⁶ Nesse particular, não há concordância com a doutrina utilitarista de Fábio Gomes (*op. cit.*, p. 221), para quem o inciso I do artigo 7º da Constituição de 1988 encerra direito (poder ou competência) potestativo do empregador despedir sem qualquer motivação, desde que pague indenização legalmente prevista, constituída na multa de 40% sobre os depósitos de FGTS, até que venha uma lei complementar para regulamentar montante indenizatório maior que o já “transitoriamente” previsto.

É dizer, o Legislador constituinte já estabeleceu abstratamente uma limitação à liberdade empresarial, não podendo o empregador destituir o empregado de seu *status* sem que haja um motivo não arbitrário para tanto. Assim agindo, o empregador pratica um não fazer, abstendo-se de despedir o empregado de forma arbitrária.

Nesse trilhar, já doutrinou Fábio Gomes, afirmando que o inciso I do artigo 7º da Lei Fundamental pátria, embora qualificado como um direito social,

[...] é outro dispositivo que não se encaixa naquele velho figurino doutrinário, eis que tem por finalidade, não uma prestação material, mas, sim, evitar a intervenção desmedida do empregador no trabalho continuamente executado por seu empregado.

E ainda assegura, com esteio na lição de Sarlet, que “[...] não por outro motivo, é chamado por alguns de direito social negativo.”¹⁷

À mesma conclusão chegou Alinie da Matta Moreira, ao afirmar que alguns direitos sociais se revestem da qualidade de típicos direitos de liberdade, e que a proteção contra a despedida arbitrária é um desses exemplos.¹⁸

Também Cristina Queiroz, analisando a necessidade de intervenção legislativa no direito à segurança no emprego e, especificamente a proteção dos trabalhadores em face ao despedimento, previsto no art. 53 da Constituição portuguesa de 1976, atribuiu o epíteto de “direito de defesa” a tal proteção.¹⁹

Nunca é demais lembrar que o argumento da reserva fática do possível não é capaz de vincular fortemente só os direitos sociais, sendo mais correto se falar em uma vinculação “fraca” de todos os Direitos Fundamentais à reserva do possível, no caso específico da

¹⁷ GOMES, Fábio Rodrigues. *Op. cit.*, p. 204.

¹⁸ MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.

¹⁹ QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais - funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra Editora, 2002. p. 178.

proteção em face da despedida arbitrária, por ser esta um autêntico direito de defesa, ou liberdade social, como interpretado pela doutrina portuguesa já referida no item anterior. Não há qualquer vinculação à reserva do possível fática e, por tal motivo, a eficácia imediata e plena justiciabilidade da primeira parte do dispositivo constitucional é evidente, pois imposta diretamente como abstenção ao particular - empregador -, para que este não destitua o empregado de seu posto de emprego sem que haja um motivo não arbitrário para tanto.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO SISTEMA DE VALORES

Segundo a clássica doutrina do Estado Liberal, os Direitos Fundamentais somente eram entendidos consoante a lógica estatal abstencionista, para que fosse assegurado o direito de liberdade do indivíduo; racionalidade que trazia a reboque a ideia de que a Constituição era um mero documento político, inferior à Lei, o que desembocava no não desenvolvimento do próprio Direito Constitucional, que evoluía paulatinamente, enquanto o Direito Civil crescia, imbuído de teorias que justificavam a sua superioridade.

O cenário narrado era bastante compreensível, diante da tradição jurídica presente ao longo de séculos e disseminada pelo mundo ocidental através do povo romano. Até o jusnaturalismo, no afã de se fazer mais perene, havia sido codificado²⁰, fazendo-se crer que algo não presente na legislação não era valorado pela sociedade. Era chegada a época de um jusnaturalismo racional.

Esse cenário positivista, que afastava a moral, a ética e a justiça do Direito, fez-se presente em todo o século XIX, auge das ideias liberais, perdurando fortemente na doutrina civil e constitucional até meados do século XX, momento em que houve uma mudança substancial de racionalidade e, pouco a pouco, a

²⁰ Atente-se para o capítulo I, quando foi abordada a chegada das codificações e, com isso, a segurança através da Lei.

hermenêutica constitucional passou a admitir a permeação do Direito pela moral, constitucionalizando, por assim dizer, o próprio Direito, agora imbuído de valores que se irradiavam para todas as esferas governamentais e até para as entidades privadas, algo impensável segundo a lógica liberal-burguesa.

Para tanto, foi necessário que o mundo testemunhasse as barbáries praticadas pelo holocausto, quando o ser humano foi menosprezado, não dignificado, e tratado como meio para o alcance de um fim que se pretendia legítimo.

Na Alemanha, país responsável tanto pelo cenário horrendo narrado quanto pela própria modificação do pensamento positivista e virada Constitucionalista, a Constituição de Weimar, hoje plenamente reconhecida como uma das primeiras no mundo a tratar sobre os Direitos Sociais, sequer concebia os Direitos Fundamentais como cláusulas pétreas, omissão que terminou sendo decisiva para fazer com que Hitler retirasse a cidadania dos judeus e iniciasse a perseguição destes pelos mais diversos recantos da Europa.

Terminada a Guerra, na Alemanha, em 1949, foi publicada a Constituição de Bonn e, dois anos após, em 1951, foi criado o Tribunal Constituição Federal, composto por juristas contrários às ideias que justificavam o holocausto, fato peremptório para a modificação da hermenêutica constitucional, que passou a entender os Direitos Fundamentais como um sistema de valores, racionalidade que foi construída a partir de um julgado, mas plenamente desenvolvida pela Corte Constitucional alemã, influenciando diretamente a interpretação dos princípios como normas, a eficácia dos Direitos Fundamentais entre os particulares - o que se denominou chamar de eficácia horizontal - e o alcance dos direitos de liberdade, agora entendidos sob a ótica também objetiva.

Tal interpretação modificou de vez a própria concepção dos Direitos Fundamentais Sociais, que passaram a se desenvolver, também, sob o aspecto protetivo, não só fático, mas, sobretudo, jurídico.

A Constituição Federal de 1988 foi fortemente influenciada

pelo influxo interpretativo das normas constitucionais campeado na Alemanha e é justamente esse o motivo por que se faz necessária a análise da construção germânica dos Direitos Fundamentais como valores, já que a jurisprudência pátria ainda é carente de avanço científico nesse sentido.²¹

Se for possível fixar o momento da mudança narrada, esse foi o julgamento do que se denominou caso Lüth.

Em 1950, durante a realização de um festival cinematográfico ocorrido em Hamburgo, o então presidente do Clube de Imprensa, Erich Lüth, além de expor publicamente o diretor de “Amantes Imortais”²², Sr. Veit Harlan, acusando-o de grande disseminador das ideias nazistas através da Sétima Arte, também organizou um boicote juntamente aos distribuidores de filmes.

Harlan e os parceiros comerciais ajuizaram uma ação cominatória em face de Lüth, com fulcro no § 826 do BGB, dispositivo da Lei civil alemã que obrigava todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa - no caso, deixar de boicotar o filme -, sob a cominação de pecúnia.

A referida ação teve o pedido julgado procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Lüth, então, interpôs recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito

²¹ Veja-se, por exemplo, julgado colhido do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite Recurso Extraordinário, a não ser por ofensa direta à Constituição: “CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 279 - STF. I. - Somente por ofensa direta à Constituição autoriza-se a admissão do recurso extraordinário. No caso, o acórdão limita-se a interpretar normas infraconstitucionais. II. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é ofensa direta, frontal. III. - Alegação de ofensa ao inciso IX do art. 93 da CF: improcedência, porque o que pretende o recorrente, no ponto, é impugnar a decisão que lhe é contrária, certo que o acórdão está suficientemente fundamentado. IV. - Incidência, no caso, da Súmula 279 - STF. V. - Agravo não provido. STF - AI - AgR 481215/RJ, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 24/2/06.

²² Nesse, assim como em outros filmes, dirigidos pelo Sr. Harlan, há forte incitamento à violência em face dos judeus.

fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantido pelo art. 5 I 1 GG.²³

O Tribunal Constitucional Federal, já em 1958, julgando procedente a Reclamação, revogou a decisão do Tribunal Estadual, declarando que, de acordo com a jurisprudência permanente do Tribunal Constitucional Federal, as normas jusfundamentais contêm não só direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente ao Estado, mas representam, ao mesmo tempo, uma ordem valorativa objetiva que, enquanto decisão básica jurídico-fundamental, vale para todos os âmbitos do direito e proporciona diretrizes e impulsos para a legislação, a administração e a jurisprudência.

A partir dessa decisão, com fulcro na teoria axiológica, os Direitos Fundamentais, a despeito de encerrarem direitos subjetivos para os indivíduos, também passaram a ser considerados como valores objetivos²⁴ de uma comunidade e, como tais, espraiam-se por todo o ordenamento, vinculando juridicamente todas as funções estatais, dentre elas, o próprio Poder Judiciário, que passa a ter como principal função interpretar a Constituição e as Leis, de modo a dar efetividade aos Direitos Fundamentais.

Nas palavras de Vieira de Andrade, os Direitos Fundamentais “[...] não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado”, pois eles “[...] valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins de que se propõe prosseguir, em grande medida através da acção estadual”²⁵,

²³ SCHWABE. Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005. p. 381.

²⁴ No dizer de Pérez Luño (*op. cit.* p. 21): “[...] en el horizonte del constitucionalismo actual los derechos fundamentales desempeñan, por tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.”

²⁵ *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 109.

que é, em outras palavras, o próprio dever de proteção estatal em relação aos indivíduos.

Alexy, apesar de reconhecer que princípios e valores possuem a mesma estrutura, sendo ambos passíveis de sopesamento quando em conflito com outros princípios ou valores, afirma que aqueles ocupam o campo da deontologia, ou do dever-ser - como os conceitos de dever, proibição, permissão e direito a algo -, enquanto estes se localizam no âmbito da axiologia, identificado como o conceito de bom - como os conceitos de bonito, corajoso, seguro, econômico, democrático, social, liberal ou compatível com o Estado de direito.²⁶

Evidente que a assim denominada teoria axiológica dos Direitos Fundamentais encontrou séria divergência, sendo Habermas um dos seus principais opositores, quando lança contra o discurso da ponderação de valores o epíteto de “frouxo”, argumentando que:

[...] ao deixar-se conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária. No caso de uma colisão, *todas* as razões podem assumir o caráter de argumentos de colocação de objetivos, o que faz ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico pela compreensão deontológica de normas de princípios do direito. [...] Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao seu sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários.²⁷

Informa Steinmetz²⁸ que a teoria axiológico-sistêmica também

²⁶ *Op. cit.*, p. 144 e ss.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003. Volume I, p. 231.

²⁸ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 107-108.

encontrou na doutrina de Forsthoff grande crítica, acreditando o citado jurista que, na filosofia dos valores, “[...] a interpretação jurídica dá lugar à interpretação filosófica”, tornando

[...] inseguro o direito constitucional, dissolvendo a lei constitucional na casuística, porque o caráter formal-normativo do direito constitucional, isto é, a sua positividade jurídico-normativa, é substituída por uma suposta normatividade constitucional estabelecida caso a caso.

Tomando emprestadas as palavras de Sarmento, “[...] não se afigura necessária a adesão” à teoria da ordem de valores para

[...] aceitação da existência de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais, e para o reconhecimento dos dois efeitos práticos mais importantes desta dimensão: a eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a teoria dos deveres estatais de proteção.²⁹

E é sobre isso que se tratará a seguir.

5 EFICÁCIA IRRADIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A fim de orientar o alcance da teoria axiológica dos Direitos Fundamentais, na década de oitenta, Alexy indicou como única forma viável de se interpretar o caráter objetivo dos referidos direitos a técnica da abstração de toda e qualquer noção subjetiva.

Nesse desiderato, pontuou o referido publicista que apenas com uma tríplice abstração é possível fazer aparecer o caráter objetivo do direito.³⁰

Para tanto, o autor utiliza o direito à liberdade de expressão (caso Lüth), afirmando que, ao se realizar a primeira abstração (do titular), converte-se um dever relacional (que possui um direito subjetivo como contrapartida) em um dever não-relacional, ou seja,

²⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006. p. 123.

³⁰ *Op. cit.*, p. 508.

uma obrigação sem um direito subjetivo correspondente, que gera apenas um dever *prima facie* de o Estado atuar, de modo a se omitir de intervir na liberdade de opinião.

Todavia, para alcançar um “nível supremo de abstração”, é necessária a feitura de uma segunda abstração (do destinatário do direito) para, então, abstrair algumas particularidades do objeto (omissão de intervenção estatal). Como resultado final, haverá somente um “simples dever-ser” da liberdade de expressão, o que o Tribunal Constitucional Federal intitulou de “decisão básica jurídico-objetiva”, e o autor de “norma básica que decide valores”, que “[...] se irradiará por todos os âmbitos do ordenamento.”³¹

A partir dessa concepção irradiante dos Direitos Fundamentais, doutrina e jurisprudência germânicas evoluíram para outros conceitos que redundaram profundamente no aprimoramento da eficácia e efetividade das normas constitucionais, como, por exemplo, a assim denominada eficácia horizontal, ou vinculação dos particulares aos Direitos Fundamentais.

A teoria axiológica encontra no Direito Constitucional brasileiro ampla possibilidade de aplicação, tendo-se que a Constituição Federal de 1988 é eivada de valores, positivados ou não, como, por exemplo, o valor social do trabalho, que, devidamente refletido, impediria qualquer denúncia vazia contratual por parte do empregador.

Nesse trilhar, fácil é perceber que as normas constitucionais, para além do conteúdo subjetivo, encerram valores que se irradiam para os mais diversos ramos do Direito, não só civil, mas também penal, econômico e, sobretudo, do trabalho, encontrando nos conceitos jurídicos indeterminados (bons costumes, ordem pública, boa-fé, abuso de direito) um forte campo para aplicação dos valores consagrados no Texto Constitucional.

³¹ GOMES, Fábio. *Op. cit.*, p. 104.

6 O ALCANCE DO ARTIGO 7º, I, DIANTE DA REGRA CONTIDA NO § 1º DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Os Direitos Fundamentais, assim entendidos segundo a versão de direitos à prestação, podem ser subdivididos em direitos a proteção, estes bipartidos em prestações materiais e prestações jurídicas; e direitos à organização e procedimento.

Também foi pontuado que a hermenêutica constitucional contemporânea, aqui adotada, entende a Constituição como ordem de valores e os Direitos Fundamentais como normas-princípios, que vinculam todas as atividades estatais, impondo-se para que o Estado legisle e crie políticas públicas para efetivá-los, irradiando-se, inclusive para os particulares, para que estes também observem em suas relações privadas os ditos direitos.

Interessa nesse momento apenas a localização dos Direitos Fundamentais como direitos à prestação jurídica, máxime à proteção contra a despedida arbitrária (aqui entendida como despedida sem qualquer motivação), tendo-se que a Constituição, em seu artigo 7º, I, estabeleceu tal direito, e o Estado-Legislator, passados quase trinta anos, ainda não cumpriu o seu dever constitucional, assumido já no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, no tocante ao desiderato de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e a liberdade.

A regra contida no indigitado inciso I do artigo 7º do Texto Constitucional encerra norma constitucional de eficácia plena, assegurando a proteção em face da despedida arbitrária ou sem justa causa, remetendo a Constituição ao Legislador apenas a previsão de indenização pela dispensa e o modo como tal deverá ser processada.

Apesar da evidente conclusão retroexposta, não há qualquer novidade em afirmar que doutrina e jurisprudência dominantes pensam exatamente o oposto, que o dispositivo contém regra de eficácia limitada, não podendo ser aplicado até que venha uma norma infraconstitucional tratando sobre o assunto, conclusão que,

por si só, atenta contra a supremacia, a máxima efetividade e a força normativa da Constituição, tendo-se que não é crível que, passados tantos anos da promulgação da Lei Maior, ainda penda de “regulamentação” tal direito fundamental social, quando a própria Constituição em seu artigo 5º, § 1º, prevê que todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

É certo que, não obstante este último mandamento constitucional, nem todos os Direitos Fundamentais possuem imediata eficácia, pois não é incomum encontrar no Texto Constitucional normas que, para alcançarem a plena aplicação, dependem de norma que as regulamente³², destrinchando o Direito Fundamental ao patamar ordinário, o que não significa que a norma fundamental possua nenhuma eficácia, pois há sempre uma vinculação negativa e positiva dos Poderes Públicos, no sentido de não se ignorar o traçado já posto na Constituição, assim como o dever de agir para maximizar o Direito Fundamental correspondente na Legislação ou através dos julgados.

Nesse sentido, importa muito mais saber se o direito analisado possui alta ou baixa densidade normativa. Assim assegura Sarlet, afirmando que a Constituição de 1988 consagrou variada gama de Direitos Fundamentais Sociais e “[...] considerou todos os Direitos Fundamentais como normas de aplicabilidade imediata” e que boa parte dos Direitos Fundamentais Sociais são, na verdade, direitos de defesa (classicamente de eficácia imediata), mas carentes de “concretização legislativa”, o que não significa a ausência de aplicação do § 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sendo relevante saber se a norma constitucional é dotada de “baixa densidade normativa.”³³

³² Como, por exemplo, a regra contida no inciso X do art. 7º da CRFB/88, que protege o salário na forma da lei, constituindo crime a retenção dolosa deste, devidamente atrelada ao princípio estrito da legalidade.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 268.

Prossegue o citado publicista, asseverando que a

[...] melhor exegese contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a uma espécie de mandamento de otimização (ou maximização).³⁴

Ou seja, a conclusão do autor guarda simetria com o quanto analisado neste trabalho, no tocante à vinculação de todos os poderes públicos aos Direitos Fundamentais, sendo do Estado a tarefa de maximizá-los, através do processo legislativo de proteção, na efetivação de políticas públicas materiais e efetivas voltadas à concretização dos valores já postos na Constituição e, sobretudo, por meio do Estado-Juiz, a quem cabe também o dever de interpretar o Texto Constitucional de modo a dar máxima efetividade às normas fundamentais.

Vale lembrar a doutrina de Canotilho, já anunciando a “morte” das normas constitucionais programáticas, por entender que todas as normas constitucionais “[...] têm força normativa independentemente do acto de transformação legislativa”, e que essa concepção é diversa de “[...] saber em que termos uma norma constitucional é suscetível de aplicação direta e em que medida é exequível por si mesmo.”³⁵

Se é certo afirmar, como se fez ao norte, que nem todos os Direitos Fundamentais podem ser automaticamente invocados e aplicados, por força da regra contida no § 1º do artigo 5º da Constituição, não menos certo é defender que os aludidos direitos possuem, em relação aos demais direitos constitucionais, “maior aplicabilidade e eficácia”. Isso não significa que entre os Direitos Fundamentais não possa haver conflito, aqui importando mais ainda saber se, no caso concreto, o respectivo Direito Fundamental colide com outro de mesma hierarquia, a densidade normativa de cada um deles, bem como o valor constitucional que cada um encerra,

³⁴ *Op. cit.*, p. 270.

³⁵ *Op. cit.*, p. 1.161.

pois “[...] negar-se aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significa, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade.”³⁶

Nesse trilhar, outro ponto que merece análise é a eficácia e o alcance dos Direitos Fundamentais Sociais do Trabalhador, sendo certo que, topograficamente, a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa está localizada na parte constitucional que trata dos Direitos Sociais dos obreiros.

É o que será abordado no próximo tópico.

7 DEFICÁCIA PLENA DA PRIMEIRA PARTE DO INCISO I DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A ANTIJURIDICIDADE DA DESPEDIDA IMOTIVADA

A primeira parte do inciso I do artigo 7º do Texto Constitucional contém norma de eficácia plena, sendo proibida a despedida sem motivação pelo empregador³⁷, a assim denominada denúncia vazia³⁸, pois o próprio Legislador Constituinte já afirmou que é direito de todos os empregados urbanos e rurais a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (alguma causa há de ter!), relegando ao Legislador infraconstitucional apenas a confecção de Lei Complementar para tratar sobre a hipótese de indenização por conta da despedida com tais características.

³⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 272.

³⁷ Em percuciente abordagem sobre o tema, a lição de Edilton Meireles (MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*, *op. cit.*, p. 198), para quem: “[...] a primeira lição que se extrai é que é direito do trabalhador a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Logo, se a lei busca proteger o trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, assegurando-lhe esse direito social, constitucional e fundamental, é porque ela não tem como jurídica a despedida imotivada. A despedida injusta, arbitrária ou sem justa causa, portanto, ao menos a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser ato antijurídico, não protegido pela legislação.”

³⁸ Para Ceneviva, o indigitado dispositivo não é autoaplicável, mas limita o poder de comando da empresa, “[...] que tem discricção, mas não arbítrio de rescindir imotivadamente o contrato de trabalho, sob pena de indenizar o trabalhador.” (CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 95.

Assim sendo, não há falar em norma constitucional de eficácia limitada, como professa a interpretação dominante, mas sim em norma de eficácia plena, na primeira parte, com baixa densidade normativa na segunda parte, não se permitindo constitucionalmente que o empregador se utilize da faculdade resilitiva que lhe é outorgada pela Lei, despedindo o respectivo empregado sem qualquer motivação, pois, ao revés do quanto majoritariamente defendido, a ordem emanada da Constituição é no sentido da proteção contra a despedida arbitrária, sem motivo, vazia e sem justa causa³⁹, em defesa do valor constitucional maior da dignidade do trabalhador, que informa o próprio direito ao trabalho, presente no artigo 6º da Constituição.

O paradigma dominante, assim entendido como a permissão de o empregador despedir sem qualquer apresentação de motivos, esvazia todo o conteúdo protetivo da Constituição e não se coaduna com o Estado, Legislador ou Juiz, vinculado aos valores constitucionais.

É de notar, inclusive, que a despedida sem motivação é ato antijurídico⁴⁰ e contrário ao texto constitucional, sendo essa a única interpretação viável e possível para quem vislumbra a Constituição segundo uma ordem axiológica, tendo em conta o valor social do trabalho e o exercício do direito de propriedade segundo a sua função social.

Faça-se um pequeno teste, que, pela sua simplicidade, chega até a ser pueril. Se o Legislador regulamentar o inciso I do art. 7º da nossa Constituição, jamais poderá fazê-lo para dizer que a despedida do empregado pelo empregador pode se dar sem motivação, de forma vazia, pois o Estado-Legislator é objetivamente vinculado à Constituição, e esta já traça a diretriz de “relação

³⁹ Nesse particular, a lógica leva a concluir que, se o Legislador proibiu a despedida sem justa causa, alguma causa, pelo menos, deve ser apresentada, para que seja analisada se é justa ou não.

⁴⁰ À mesma conclusão chegou Virgínia Leite Henrique, assegurando que “[...] a dispensa arbitrária (injusta ou imotivada) coloca-se fora do ordenamento jurídico” (Dispensa arbitrária ou sem justa causa. *In*: SCHWARZ, Rodrigo Garcia (Org.). *Dicionário: direito do trabalho, direito processual do trabalho, direito previdenciário*. São Paulo: LTr, 2012. p. 376-385.

protegida contra a despedida arbitrária”, e não o contrário.⁴¹ Seria inconstitucional, portanto, qualquer norma que intentasse “desproteger” a relação de emprego em face da despedida arbitrária, até porque a suposta norma se atritaria diretamente com o *caput* do artigo 7º da Constituição de 1988, que traça o perfil evolutivo das normas trabalhistas e não o inverso.

Lançando luzes sobre a conclusão já exposta, José Afonso da Silva, comentando o alcance do inciso I do art. 7º da CRFB/88, concluiu:

[...] temos para nós que a garantia do emprego é um direito por si bastante, nos termos da Constituição - ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gerar o direito nela previsto. Em termos técnicos, é de aplicabilidade imediata; de sorte que a lei complementar apenas virá determinar os limites dessa aplicabilidade, com a definição dos elementos (“despedida arbitrária” e “justa causa”) que delimitem sua eficácia, inclusive pela possível conversão em indenização compensatória de garantia de permanência no emprego. Indenização não é garantia da relação de emprego. Como se vê no texto, é uma medida compensatória da perda de emprego. Se a Constituição garante a relação de emprego, o princípio é o da conservação, e não o da sua substituição. Compreendido o texto especialmente em conjugação com o § 1º do art. 5º, aplicável aos direitos do art. 7º - que se enquadram também entre os direitos e garantias fundamentais - chega-se à conclusão de que a norma do citado inciso I é de eficácia contida.⁴²

⁴¹ Em outras palavras, a mesma conclusão: “O direito fundamental a uma relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária esvazia-se, se condicionarmos seu exercício a uma atuação legislativa desnecessária, porque terá de dizer o óbvio. Ora, mesmo sob a perspectiva da eficácia indireta dos direitos fundamentais, a doutrina é unânime em reconhecer a necessidade de conformação do sistema jurídico às normas constitucionais. Logo, seria inconstitucional qualquer legislação que propusesse a ausência do dever de motivação do ato de denúncia do contrato. A lei, a ser editada a partir da ordem contida no inciso antes referido, terá necessariamente que disciplinar os motivos da despedida lícita e as consequências da perda do emprego. Ou seja, explicitar o dever já contido no dispositivo constitucional.” (SEVERO, Valdete Souto. *Op. cit.*, p. 197.)

⁴² SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 193.

O regramento previsto no inciso I do artigo 7º do Texto Constitucional contém o que Alexy⁴³ consagrou como “reserva simples” a um Direito Fundamental, tendo-se que o Legislador é instado, pela própria regra, a regulamentar o respectivo direito já assegurado na Constituição, mas este é também vinculado ao modelo já traçado pela Lei Maior.

É dizer, o Legislador ordinário não poderá jamais “desproteger” o empregado, permitindo a despedida arbitrária, diante de tal limitação. Ademais, atentando-se ao princípio da unidade do Texto Constitucional, fácil é perceber que a livre iniciativa que fundamenta a faculdade de o empregador dispensar o empregado não é absoluta; ao revés, encontra limites postos pela própria Constituição, através da vedação à despedida arbitrária e do exercício da propriedade segundo a sua função social.

Se é certo que há uma evidente limitação à atividade do Legislador ordinário, não menos certo é afirmar que a limitação constituída em torno da vedação à despedida arbitrária - aqui entendida como a denúncia vazia - é também ordem dirigida diretamente ao particular empregador, que, como já assegurado, não detém ilimitados “poderes” diretivos, já que tais, teoricamente, decorrem do exercício do direito de propriedade e do princípio da livre iniciativa, sendo aquele vinculado à sua função social e este limitado ao regramento já posto na Constituição ao redor da vedação à despedida arbitrária.

Toda a ordem constitucional proíbe o arbítrio, e essa ideia foi algo construído pelos povos ocidentais, criando um paradigma que se irradiou, inclusive para as relações civis pátrias, que sequer permitem que a resolução de um contrato possa ser invocada por puro arbítrio de uma das partes contratuais, como prevê o artigo 122 do nosso Código Civil. Ora, se até a legislação civil, que tem como paradigma a ideia ancestral de igualdade entre as partes convenientes⁴⁴, não permite tal forma de resolução contratual, com

⁴³ *Op. cit.*, p. 130.

⁴⁴ Ideia, é verdade, um pouco sufragada entre nós pelo advento dos institutos da lesão, boa-fé objetiva e função social da propriedade na codificação civil atual.

muito mais razão as relações trabalhistas devem ser guiadas pela mesma racionalidade.⁴⁵

O inciso I do artigo 7º do Texto Constitucional é claro ao estabelecer hipótese de indenização, prevendo que o empregado despedido sem justa causa ou imotivadamente terá reparação patrimonial, não sendo difícil concluir que, se a Constituição previu indenização para o empregado contra ato arbitrário do respectivo empregador, é porque o considera ato ilícito, contrário ao Direito, como determina o artigo 927 do Código Civil, segundo o qual “[...] aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” Pensar o contrário é permitir que o empregado se locuplete ilicitamente ao receber indenização, pois está recebendo pecúnia do empregador, que agiu lícitamente, diante do seu “direito potestativo” de despedir.

Não se vê como possível qualquer outra interpretação, sobretudo a em voga, no sentido de um suposto direito potestativo de o empregador despedir com arbítrio, que contraria não só o próprio texto constitucional em sua literalidade, mas também ignora toda a evolução já traçada neste trabalho acerca da proibição do arbítrio.

A inércia do Estado-Legislador é evidente nesse tocante e não se justifica pela realidade que se apresenta aos olhos mais atentos, quando é perceptível que o invocado direito potestativo de despedir com arbítrio do empregador permite, no mais das vezes, que este tenha por resilidos determinados contratos de empregados não muito interessantes à livre iniciativa e que “precisam” ser descartados⁴⁶, como os doentes não amparados pela previdência social, os que estão em vias de adquirir determinados vencimentos pelo longo tempo na empresa, ou, simplesmente, porque há a possibilidade de contratar pessoal com menor custo.

⁴⁵ Atente-se para o último capítulo, onde é elaborada uma maior abordagem sobre essa mesma questão, que ora serve tão somente como premissa para o raciocínio.

⁴⁶ Sobre o tema, a percuciente abordagem de SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir - a aplicação do art. 7º, I, da Constituição Federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. In: *Revista LTr*. v. 74, n. 02, fev./2010, p. 74-02/242-74-02/250.

Pensar que não há inércia ou omissão por conta da regra supostamente transitória contida no artigo 10 do ADCT é outra excrescência interpretativa. O referido dispositivo se pretende transitório, para, teoricamente, suprir a carência de Lei Complementar presente no inciso I do artigo 7º da Constituição, mas, apesar disso, há quase um quarto de século serve como paliativo para conter a inércia do Estado.

Também é fácil encontrar na doutrina e na jurisprudência⁴⁷ posicionamento no sentido de que a “estabilidade” é incompatível com o regime do FGTS e, portanto, toda a indenização a que o empregado teria direito já está contida no artigo 10 do ADCT.

Ora, uma coisa não tem nada a ver com a outra. O artigo 7º trata, em incisos diferentes e apartados, do direito do empregado contra a despedida arbitrária ou sem justa causa e do direito ao FGTS, respectivamente, incisos I e III, o que já demonstra que aquela indenização presente no indigitado artigo 10 do ADCT refere-se à indenização transitória, para suprir a falta da Lei Complementar a que se refere o artigo 7º, I, tratando, coincidentemente, sobre a elevação da multa pela despedida sem justa causa ou arbitrária, o que não significa dizer que essa indenização se confunde com a multa de 40% prevista na Lei n. 8.036/90.

É dizer, se vier a Lei Complementar, esta preverá indenização compensatória à despedida arbitrária ou sem justa causa, regulamentando o inciso I do art. 7º do Texto Constitucional, mas isso não implicará que a multa de 40% incidente sobre o FGTS deixará de existir, pois a primeira indenização referida tem previsão constitucional no aludido dispositivo, e a outra indenização encontra amparo legal no inciso III do art. 7º da Constituição, esmiuçado ordinariamente pela Lei n. 8.036/90, que trata exatamente da multa de 40% incidente sobre o FGTS.

⁴⁷ Veja-se, por exemplo, a decisão do TST, já transcrita neste capítulo, resolvendo sobre a despedida sem qualquer motivo de empregado contratado há mais de vinte anos pela mesma empresa.

8 INCONSTITUCIONALIDADE DA AUTORIZAÇÃO DA DESPEDIDA COLETIVA IMOTIVADA

No contexto individualista e desgarramento dos direitos fundamentais, a Lei n. 13.467/2017 introduziu o artigo 477-A, que prevê:

As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Ora, é certo que o Estado-Legislator é insuficiente, em ofensa ao dever de proteção que decorre do próprio Estado Social, mas o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 estabelece um dever de legislar, e tal dever não deve ser cumprido de forma ilimitada. Ao revés, qualquer regulamentação infraconstitucional acerca do indigitado dispositivo constitucional, obrigatoriamente, deve observar o regramento segundo o qual a proteção contra a despedida arbitrária é um direito fundamental do trabalhador. É dizer, o Estado-Legislator, por ser objetivamente vinculado às normas constitucionais, tem por obrigação que exercer o seu mister, de modo a não invadir ou esvaziar o conteúdo do texto constitucional e, preferencialmente, até elevar a condição social do trabalhador, por força do quanto estatuído no *caput* do artigo 7º da Carta Política de 1988.

Ao ter o Estado-Legislator estabelecido que as despedidas coletivas ou plúrimas se equiparam às individuais, partiu necessariamente do pressuposto segundo o qual a Constituição Federal de 1988 permite a denúncia contratual individual vazia, quando o que lá está contido é justamente o contrário. Sem embargo, conforme já analisado, a primeira parte do inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 assegura aos empregados a proteção contra a despedida arbitrária e esta, no moldes traçados pelo artigo 165 da CLT, é aquela não fundada em motivo técnico, econômico, financeiro ou disciplinar.

Em outras palavras, o Estado-Legislator é objetivamente vinculado às normas constitucionais e, assim sendo, a proposta trazida pelo novo artigo 477-A da CLT, no sentido de esvaziar o conteúdo protetivo previsto no inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, é materialmente inconstitucional.

9 A INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL

No dia 13 de janeiro de 2009, a EMBRAER, sob a alegação de reduzir os custos decorrentes da crise econômica global, resolveu despedir 20% do quadro de seus empregados (aproximadamente 4.400 trabalhadores, de um total de cerca de 22 mil), tendo a empresa alegado que a drástica decisão, embora dura, era necessária para preservar outros 17 mil postos de trabalho.

O ato empresarial, logicamente, ensejou a atuação do Sindicato dos metalúrgicos de São José dos Campos e Região, o Sindicato dos Metalúrgicos de Botucatu e a Federação dos Metalúrgicos de São Paulo, que instauraram dissídio coletivo com pedido de medida liminar, pleiteando, primeiramente, a cessação dos atos demissionários, bem como a reintegração dos empregados já despedidos, afirmando as agremiações que o ato perpetrado pela empresa era “antijurídico”, posto contrário ao inciso I do artigo 7º da Constituição, antagônico aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, da representação sindical e da participação obrigatória dos sindicatos nas negociações, além de ser abusivo e ofensivo à boa-fé, pois a possibilidade da despedida coletiva não fora objeto de negociação prévia e sequer haviam sido notificados os empregados do desiderato patronal, atitude que se afasta do dever de informação pertinente à empresa.

A despedida coletiva nada mais é do que o somatório das

dispensas individuais⁴⁸, e a razão da antítese ao poder de dispensa ilimitado é exatamente a mesma, tanto é assim que, nesse caso citado, o grande argumento empresarial foi afirmar que o direito brasileiro não possui regramento acerca da despedida coletiva e, como há um hiato legislativo, forçoso seria concluir que os atos demissionais vazios são permitidos, somente gerando direito à indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS, levantamento do valor na conta vinculada e pagamento das parcelas resilitórias já adquiridas, como férias e gratificações natalinas proporcionais, ideia também presente quando se trata de despedida individual.

Em sua primeira manifestação, datada de 26 de fevereiro, o Tribunal Regional do Trabalho de Campinas concedeu liminar suspendendo as rescisões contratuais, já feitas ou que viessem a ocorrer, até a data da audiência de conciliação, e requisitou da empresa a apresentação de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis dos dois últimos exercícios. Na oportunidade, o Relator, Desembargador Sotero da Silva, disse haver “[...] indiscutível interesse público na preservação da dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, fundamento do Estado Democrático Brasileiro.”

⁴⁸ Em sentido diverso do ponto de vista defendido, a lição de Delgado: “[...] a despedida individual é a que envolve um único trabalhador, ou que, mesmo atingindo diferentes empregados, não configura ato demissional grupal, ou uma prática maciça de rupturas contratuais (o chamado *lay-off*). A ocorrência de mais de uma dispensa em determinada empresa ou estabelecimento não configura, desse modo, por si somente, despedida coletiva. [...] Já a despedida coletiva atinge um grupo significativo de trabalhadores vinculados ao respectivo estabelecimento ou empresa, configurando uma despedida maciça de rupturas contratuais.” (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.175-1.176). O Des. José Antônio Pancotti elaborou detida análise sobre o tema, afirmando que “[...] na dispensa coletiva, a causa é única e o propósito é a redução do quadro de pessoal da empresa”, invocando a lição de Rua da Almeida, para quem a diferença entre dispensa individual e coletiva reside no fato de esta se justificar por fato de natureza disciplinar (*justa causa*) imputável ao empregado ou por inaptidão profissional às mudanças técnicas da empresa, ao passo que aquela pode ser arbitrária ou não, dependendo da existência comprovada de fato objetivo relacionado à empresa, causado por motivo de ordem econômico-conjuntural ou técnico-estrutural. (PANCOTTI, José Antônio. Aspectos jurídicos das dispensas coletivas no Brasil. *In: Revista LTr*. v. 74, n. 05, maio/2010, p. 05/529-05/541.)

Fracassadas todas as tentativas conciliatórias, o TRT da 15ª Região julgou parcialmente procedente o dissídio coletivo e, em atenção à força normativa dos princípios, citando extensa e atualizada doutrina, declarou abusiva a demissão coletiva, diante da ausência de negociação coletiva prévia.⁴⁹

⁴⁹ CRISE ECONÔMICA - DEMISSÃO EM MASSA - AUSÊNCIA DE PRÉVIA NEGOCIAÇÃO COLETIVA - ABUSIVIDADE - COMPENSAÇÃO FINANCEIRA - PERTINÊNCIA. As demissões coletivas ou em massa relacionadas a uma causa objetiva da empresa, de ordem técnico-estrutural ou econômico-conjuntural, como a atual crise econômica internacional, não podem prescindir de um tratamento jurídico de proteção aos empregados, com maior amplitude do que se dá para as demissões individuais e sem justa causa, por ser esta insuficiente, ante a gravidade e o impacto socioeconômico do fato. Assim, governos, empresas e sindicatos devem ser criativos na construção de normas que criem mecanismos que, concreta e efetivamente, minimizem os efeitos da dispensa coletiva de trabalhadores pelas empresas. À míngua da legislação específica que preveja procedimento preventivo, o único caminho é a negociação coletiva prévia entre a empresa e os sindicatos profissionais. Submetido o fato à apreciação do Poder Judiciário, sopesando os interesses em jogo: liberdade de iniciativa e dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, cabe-lhe preferir decisão que preserve o equilíbrio de tais valores. Infelizmente, não há no Brasil, a exemplo da União Europeia (Directiva 98/59), Argentina (Ley n. 24.013/91), Espanha (Ley del Estatuto de Los Trabajadores de 1995), França (Lei do Trabalho de 1995), Itália (Lei n. 223/91, México (Ley Federal del Trabajo de 1970, cf. texto vigente - última reforma foi publicada no DOF de 17/1/2006) e Portugal (Código do Trabalho), legislação que crie procedimentos de escalonamento de demissões que levem em conta o tempo de serviço na empresa, a idade, os encargos familiares, ou aqueles em que a empresa necessite de autorização de autoridade, ou de um período de consultas aos sindicatos profissionais, podendo culminar com previsão de períodos de reciclagens, suspensão temporária dos contratos, aviso prévio prolongado, indenizações, etc. No caso, a EMBRAER efetuou a demissão de 20% dos seus empregados, mais de 4.200 trabalhadores, sob o argumento de que a crise econômica mundial afetou diretamente suas atividades, porque totalmente dependentes do mercado internacional, especialmente dos Estados Unidos da América, matriz da atual crise. Na ausência de negociação prévia e diante do insucesso da conciliação, na fase judicial só resta a esta Eg. Corte, finalmente, decidir com fundamento no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e no art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, com base na orientação dos princípios constitucionais expressos e implícitos, no direito comparado, a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, Paulo Bonavides e outros acerca da força normativa dos princípios jurídicos, é razoável que se reconheça a abusividade da demissão coletiva, por ausência de negociação. Finalmente, não sobrevivendo mais no ordenamento jurídico a estabilidade no emprego, exceto as garantias provisórias, é inarredável que se atribua, com fundamento no art. 422 do CC - boa-fé objetiva - o direito a uma compensação financeira para cada demitido. Dissídio coletivo que se julga parcialmente procedente.

Embora se entenda que a dispensa em massa não precedida de fundamentos socialmente aceitos enseja a reintegração no emprego, exatamente porque o ato resilitório é nulo por abusividade e ofensivo à boa-fé e que isso enseja o retorno das partes ao *status quo ante*, sem qualquer impedimento da indenização compensatória, reconhece-se que essa decisão do TRT de Campinas foi um grande avanço na jurisprudência, pois se agasalhou o entendimento segundo o qual o empregador não possui poderes ilimitados de despedir, principalmente coletivamente, devendo o ato demissional coletivo ser sempre precedido de negociação com a agremiação, parâmetro este sequer previsto expressamente em lei.

Houve interposição de Recurso Ordinário por ambas as partes litigantes. A EMBRAER insistia que havia agido conforme a lei, almejando, com isso, a reversão da declaração de abusividade da greve, enquanto as agremiações ratificavam o pedido de reintegração de todos os empregados despedidos.

Em sede liminar, o Ministro Moura França suspendeu os efeitos da decisão de Campinas, afirmando, em sua decisão, que as resilições contratuais tiveram por base “[...] comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica.”

Quanto à consideração de que a demissão teria violado o inciso I do artigo 7º da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o citado Ministro afiançou que

[...] o dispositivo, ao contrário do que se pensa, não assegura estabilidade ou garantia de emprego, e muito menos garante, de imediato, pagamento de indenização, pelo simples fato de que a fixação do valor desse título depende de lei complementar que, lamentavelmente, ainda não foi objeto de deliberação pelo Congresso Nacional.

No tocante à necessidade de negociação coletiva prévia, foi dito que “[...] não há, especificamente, nenhum dispositivo normativo que lhe imponha essa obrigação.”

Na Seção de Dissídios Coletivos, a relatoria coube ao Ministro Mauricio Godinho Delgado. Em votação apertada de cinco votos a quatro, foi confirmada a decisão anterior de manter as demissões, mas com a previsão do *iter*, constituído em torno da necessidade de negociação coletiva anterior à rescisão contratual em massa, mas somente para casos futuros.⁵⁰

⁵⁰ Pela importância da decisão, optou-se pela transcrição da sua ementa na íntegra: RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO, DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o fundamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas tem natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional, como a de 1891, já há mais de um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a Direitos Humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inaceitável concluir-se pela presença de um Estado Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresas, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores. DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções da OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151,

Houve avanço na jurisprudência, sobretudo no tocante à indicação da necessidade de se proceder à negociação coletiva como medida profilática à despedida em massa, assim como restou vazado no voto do Ministro Relator que

[...] a proteção ao trabalhador já está plenamente prevista no texto constitucional, tratando-se de direito fundamental, tendo, portanto, aplicação imediata, impedindo a atuação do aplicador do direito em sentido contrário ao seu conteúdo.

Por outro lado, disse o Eminentíssimo Ministro que a norma constitucional possui eficácia contida, dependendo o direito à indenização de regulamentação através de Lei Complementar (reintegração, então, nem pensar), o que é um contrassenso, já que se falou em máxima eficácia das normas constitucionais e novos paradigmas hermenêuticos, assim entendidos como o tratamento dos princípios como verdadeiras normas. Princípios estes que zelam pela dignidade da pessoa humana, valorização do trabalho humano “e especialmente do emprego”, sem perder de vista que a propriedade deve sempre ter em vista a sua função “socioambiental”.

ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por se tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI da CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial (RODC-309/2009-000-15-00.4. Disponível em: <www.tst.jus.br>. Acesso em: 06 set. 2012.)

Embora o Tribunal Superior do Trabalho não tenha enfrentado a questão da vinculação dos particulares ao devido processo legal, é certo que o Tribunal, ao prever a obrigatoriedade de um *iter* para a despedida em massa, nada mais fez do que estabelecer observância ao princípio-garantia constitucional aludido e é sobre isso que se falará nas próximas linhas.

10 MOTIVAÇÃO E DEVIDO PROCESSO LEGAL PARA APLICAÇÃO DE PENALIDADES: O PARADIGMA ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL

O direito às decisões motivadas deriva da cláusula do devido processo legal e esta, por ser disposição aberta, também comporta o direito de informação, que nada mais é do que uma pequena parcela do *due process of law*, e toda essa gama de garantias invade as relações privadas, sobretudo a relação de emprego, onde há forte poder social.

O direito de informação, enquanto fundamental, igualmente decorre do princípio da boa-fé objetiva (CC, art. 422), permitindo que as partes convenientes possuam ciência contratual equivalente.

Há muito tempo, doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação do devido processo legal nas relações privadas, mesmo que não haja previsão formal alguma nesse sentido no liame estabelecido entre as partes.⁵¹ Isso ocorre, principalmente, por dois motivos: I) a referida cláusula é garantia constitucional fundamental e, como tal, é de observância obrigatória em todos os setores sociais, pois todo o aparato jusfundamental estabelecido na Constituição possui dimensão objetiva e efeito irradiante; II) as relações privadas não podem servir de refúgio à penetração dos

⁵¹ Perceba-se que, na relação de emprego, o TST admite o devido processo legal na relação privada, mas desde que tal peculiaridade tenha sido prevista em ato empresarial interno (Súmula n. 51), mas não como decorrente diretamente da Constituição. Tal entendimento deve ser revisto, diante da tese ora defendida, no sentido da incidência direta da cláusula do devido processo legal e outros direitos laborais inespecíficos na relação havida entre empregado e empregador.

Direitos Fundamentais, sobretudo quando se trata de pactuações eivadas de grande desequilíbrio entre as partes envolvidas, diante da existência de poder social.

Por pertinentes, eis a transcrição das palavras de Júlio Amaral:

[...] tal como ocorre nas relações jurídicas mantidas com os poderes públicos, os particulares também não podem afrontar os direitos fundamentais. A liberdade e a dignidade dos indivíduos são bens intangíveis, sendo certo que a autonomia da vontade somente poderá atuar até aquele lugar em que não haja ofensas ao conteúdo mínimo essencial desses direitos e liberdades. E isso não é diferente no âmbito de uma relação trabalhista.⁵²

Determinadas entidades privadas, a exemplo das associações, agremiações e entidades de classe, possuem poderes semelhantes ao Estado, como a faculdade de fixar penalidades e aplicar sanções, inclusive com expulsão de seus integrantes.

Diante de tal poder privado, surge a necessária reflexão sobre a penetração da cláusula do devido processo legal nesse tipo de relação, sendo o direito à informação/motivação a microparcela de tal cláusula, necessário à tutela maior, que é o acesso ao Poder Judiciário para que este possa analisar os motivos da aplicação da reprimenda, elaborando até um juízo de razoabilidade.⁵³

10.1 Entidades associativas e sociedades

Sociedades e associações, segundo o art. 44 do Código Civil, são pessoas jurídicas de direito privado, sendo ambas a reunião

⁵² AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho. In: *Revista do TRT - 9ª Região*. Curitiba ano 35, n. 65, jul./dez. 2010.

⁵³ Ruitemberg Nunes Pereira (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 238), após traçar detalhadamente a evolução do princípio do devido processo legal substantivo, afirma que “[...] nenhum outro instituto simbolizou tanto essa viragem hermenêutica em busca do ideal de justiça, por meio da abertura constitucional e de sua tendência à observância de valores e princípios não propriamente positivados, quanto o instituto do devido processo legal em sua vertente material.”

de pessoas com objetivos comuns. Diferenciam-se as associações das sociedades, pois aquelas são formadas pela união de pessoas organizadas para fins não econômicos, ao passo que, nas sociedades, a finalidade do agrupamento humano é elaborada com objetivos econômicos e lucrativos (art. 966).

Tais entidades privadas, seguindo a diretriz constitucionalmente traçada acerca da liberdade associativa (CRFB/88, art. 5º, XX), organizam-se através da Lei e, principalmente, por meio de seus estatutos sociais, podendo estes prever regras de organização, funcionamento e comportamento da pessoa jurídica para com os seus membros e vice-versa.

Dentre as regras, os ditos estatutos podem instituir penalidades, ou sanções convencionais, devidas em caso de descumprimento de alguma regra estatutária ou legal, tais como advertências, multas, suspensões de direitos, ou, até mesmo, a exclusão dos sócios/associados da entidade.

Nesse passo, é dever dessas entidades privadas a observância do devido processo legal, constituído, dentre outras garantias, pela necessária motivação do ato punitivo, para que, assim, a sanção possa eventualmente ser analisada pelo Estado-Juiz, ainda que não haja previsão estatutária nesse sentido.

Isso ocorre porque tal garantia fundamental, diante de sua dimensão objetiva, penetra diretamente nas relações particulares, encontrando o princípio da autonomia privada limitação na cláusula do *due process of law*.

É dizer, se o exercício do princípio da autonomia privada permite a reunião de pessoas com a mesma finalidade, constituídas em torno de sociedade ou associação, tais entidades não podem agir de forma ilimitada e absoluta. Ao revés, devem guardar obediência a todos os Direitos Fundamentais, dentre os quais se destaca o processo devido e suas consequências, como o dever de informação de atos, motivação de decisões, contraditório

e ampla defesa.⁵⁴

É interessante perceber que a redação originária do art. 57 do Código Civil de 2002 previa a possibilidade de exclusão do associado, somente admissível em havendo justa causa, devidamente prevista no estatuto da entidade e, se este fosse omissivo, o membro da associação poderia ser, ainda assim, punido, desde que fossem reconhecidos motivos graves, em deliberação associativa fundamentada, pela maioria absoluta dos presentes à assembleia geral, cabendo recurso para essa mesma assembleia, em caso de exclusão do associado.

Extrai-se do dispositivo legal que não havia qualquer previsão acerca do devido processo legal, ampla defesa ou contraditório, embora houvesse disposição legal acerca da necessidade de motivação no ato de expulsão do associado. Mesmo assim, tanto a doutrina⁵⁵ quanto a jurisprudência⁵⁶ já entendiam que a cláusula

⁵⁴ Nesse sentido, a lição paradigmática e inovadora de Braga: “[...] sucede que esses entes associativos não podem punir o associado ou o sócio por transgressão de normas legais ou estatutárias, sem assegurar-lhe um processo prévio pautado na lei e na razoabilidade. Deve ser respeitado o devido processo legal em suas facetas formal e material, seguindo-se um rito permeado por garantias mínimas como contraditório, ampla defesa, direito a provas, juiz natural, decisões fundamentadas etc. que se encerre com uma decisão equilibrada e proporcional. (BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 213.)

⁵⁵ Referindo-se ao art. 57, disse Venosa: “[...] esse dispositivo disse menos do que devia; qualquer que seja a dimensão da sociedade ou a gravidade da conduta do associado, deve ser-lhe concedido amplo direito de defesa. Nenhuma decisão de exclusão de associado, ainda que o estatuto permita e ainda que decidida em assembleia geral convocada para tal fim, pode prescindir de procedimento que permita ao indigitado sócio produzir sua defesa e suas provas. O princípio, que poderia estar enfatizado nesse artigo do Código, decorre de princípios individuais e garantias constitucionais em prol do amplo direito de defesa (art. 5º, LV, da Constituição). Processo sumário ou defeituoso para exclusão de sócio não resistirá certamente ao exame pelo Poder Judiciário. Isso é verdadeiro não somente para a pena de exclusão do quadro social, que é a mais grave; mas também para as demais penalidades que podem ser impostas, como advertência, repreensão, multa ou suspensão.” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 288.)

⁵⁶ “É nulo o procedimento de exclusão de associado dos quadros de associação, quando não se observa o devido processo legal nem as garantias dele decorrentes, tais como o contraditório e a ampla defesa, além de serem infringidas outras normas legais e estatutárias. Os danos morais são presumidos no caso de violação à honra, pois se trata de direito personalíssimo, razão pela qual a negligência na instauração e no desenvolvimento de procedimento de exclusão irregular enseja o direito à indenização

do devido processo legal deveria ser observada para a aplicação da pena capital na entidade privada.

Embora as decisões advindas do Poder Judiciário obrigassem a aplicação do devido processo legal para a exclusão dos associados, não havia um enfrentamento direto acerca da eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, tendo o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário n. 201.819, finalmente, apontado o caminho a ser percorrido.

Na referida decisão, a Corte Suprema, ponderando a colisão firmada entre o princípio da autonomia privada *versus* o princípio do devido processo legal, decidiu que as relações privadas não são impermeáveis aos Direitos Fundamentais, devendo, ao revés, serem estes observados nas relações travadas entre particulares, sobretudo quando o ato for de aplicação de penalidade, onde se observará a motivação da decisão, assim como as garantias do contraditório e da ampla defesa.⁵⁷

de cunho compensatório.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível n. 2.0000.00.480020-4/000(1)*, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

“Ação ordinária de Reintegração em sociedade recreativa. Direito de defesa não assegurado. Nulidade do ato. Independentemente da legitimidade ou não dos motivos que ensejaram a exclusão dos autores do quadro social, percebe-se, com clareza, que estes não tiveram assegurado o direito à ampla defesa, com previsão tanto na Constituição Federal, como no estatuto da entidade demandada. Por outro lado, ainda que pudesse superar o obstáculo formal, a versão apresentada pela ré para a punição aplicada não é consentânea com a realidade, pois inexistiu cedência exclusiva da área comunitária, em seu favor, por parte da prefeitura e de particular, de modo que não poderia impedir que as pessoas se organizassem fora de suas regras, para a prática de futebol.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

⁵⁷ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Colhe-se, ainda, da aludida decisão que o caráter público da atividade desenvolvida pela União Brasileira de Compositores e a dependência do vínculo associativo para o livre exercício profissional de seus sócios justificam a aplicação direta dos Direitos Fundamentais, máxime o devido processo legal, o contraditório e

Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. (*Recurso Ordinário n. 201819*, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 30 jan. 2014.)

a ampla defesa, demonstrando a Suprema Corte que quanto maior o poder privado maior deve ser a aplicação das normas jusfundamentais na relação particular.

O debate acerca da ausência de um processo devido com possibilidade de contraditório e ampla defesa acirrou-se, e o art. 57 do Código Civil foi alterado pela Lei n. 11.127/2005, passando o dispositivo a prever expressamente que o associado em risco de exclusão tem direito a tais garantias processuais, nos termos do estatuto, consagrando a Lei o que já vinha sendo feito para jurisprudência e ratificado pela doutrina.

Ou seja, hoje há ordem expressamente dirigida às entidades associativas, para que estas, no exercício de sua autonomia privada, prevejam o modo como o Direito Fundamental ao devido processo legal será observado na aplicação da penalidade de expulsão, não havendo margem para a não previsão da garantia nos estatutos.

É interessante perceber que há um silêncio na Lei Civil em relação à aplicação de outras sanções, como a suspensão ou advertência, embora doutrina⁵⁸ e jurisprudência não estejam fazendo distinção entre a aplicação da penalidade de expulsão ou outras mais leves, como dá conta a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO C/C DANOS MORAIS. CLUBE RECREATIVO. SUSPENSÃO DO SÓCIO DE FREQUENTAR O CLUBE POR TRINTA DIAS. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.⁵⁹

⁵⁸ Eis a lição de Paula S. Braga (*op. cit.*, p. 218): “[...] conclui-se, assim, com base nessa doutrina, que o dispositivo em questão [CC, art. 57] deve ser alvo de uma interpretação bem abrangente, para entender-se que assegurou não só a ampla defesa, mas, sim, um autêntico processo prévio orientado por *todas* as garantias inerentes ao devido processo legal - dentre elas, o direito a provas, a publicidade, a um julgador natural, as decisões fundamentadas e razoáveis. E mais, esse processo é exigível não só para a exclusão do associado, como também para infligir qualquer outro tipo de sanção (ex.: multa, suspensão de direitos etc.).”

⁵⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 216167*, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/8/2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

Em relação às sociedades, o Código Civil silenciou relativamente, tendo-se que apenas o artigo 44, § 2º, prevê que “As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades [...]” É dizer, todas as previsões contidas no art. 57 devem ser observadas nas relações travadas entre sociedade e sócio, sobretudo quando se tratar de risco de expulsão deste, ou aplicação de outras penalidades, sendo obrigatório o cumprimento do devido processo legal.

Nada obstante, o artigo 1.085 do Código Civil estabelece o procedimento para exclusão de sócio minoritário das sociedades limitadas, dispondo expressamente que somente poderá se dar a pena capital por ato de “inegável gravidade”, devidamente apurado em assembleia convocada com tal fim, desde que o estatuto respectivo haja previsto a exclusão por justa causa, sendo, em todo caso, necessária a prévia ciência do acusado em tempo hábil, para que este possa comparecer à assembleia e apresentar defesa.

Advoga Braga que o princípio-garantia do devido processo legal foi explicitamente previsto no indigitado dispositivo, quando da exclusão do sócio minoritário da sociedade limitada e que a regra deve ser aplicada por analogia em todas as formas societárias.⁶⁰

Em relação às sociedades cooperativas, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (RE n. 158.215-RS) já possui julgado paradigmático, cuja relatoria coube ao Ministro Marco Aurélio de Melo, decisão esta sempre apontada quando se fala em aplicação dos Direitos Fundamentais nas relações privadas, como sendo a pioneira nesse sentido. Veja-se:

DEFESA - DEVIDO PROCESSO LEGAL - INCISO LV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME - LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direciona ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal.

⁶⁰ BRAGA, Paula Sarno. *Op. cit.*, p. 219.

Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito - o da legalidade e do devido processo legal, com a garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais. COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.⁶¹

A controvérsia havida em torno da aplicação do devido processo legal e as garantias que lhe são decorrentes, quando se trata de aplicação de penalidades nas relações societárias ou associativas, hoje, diante das decisões da Corte Maior, não encontra mais tanta divergência.

10.2. Relações condominiais

Embora o condomínio não seja legalmente considerado pessoa física ou jurídica, o Código Civil lhe dedicou atenção especial, dispondo, inclusive, sobre as sanções pecuniárias que poderão ser aplicadas aos condôminos faltosos.

O inciso I do art. 1.336 do Código Civil elaborou um sistema de aplicação de penalidade de forma graduada, sendo certo que, se o condômino, praticante dos atos previstos como faltas na convenção condominial, pode ser punido, de acordo com a forma é posta no referido dispositivo legal, a penalidade a ser aplicada, logicamente, é pelo próprio condomínio.

A Lei Civil não traz qualquer previsão acerca da possibilidade de outras sanções que não as pecuniárias já legalmente previstas,

⁶¹ DJ de 7/6/1996. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2017.

como a restrição de áreas comuns, ou até a expulsão do condômino.

No entanto, tanto a doutrina⁶² quanto a jurisprudência⁶³ têm se inclinado sobre a necessidade de aplicação do devido processo legal - principalmente a necessidade de se apresentar uma justificativa para o ato - quando o condomínio desejar aplicar penalidades não pecuniárias, devidamente previstas na norma convencional.

O Enunciado n. 92 do Conselho da Justiça Federal enfaticamente estabelece: “As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.”

10.3 O dever de motivação na ação de despejo

O direito à habitação proveniente de contrato de locação é protegido pela Lei n. 8.245 de 1991, estabelecendo esta, em seu artigo 59, que tal direito somente pode ser suprimido mediante ação de despejo, devidamente fundada nos exclusivos motivos presentes nos nove incisos do indigitado dispositivo legal.

É dizer, necessariamente o direito de o proprietário reaver seu imóvel locado a inquilino faltoso, por qualquer outro motivo expressamente previsto em lei, somente pode se dar mediante ação própria e desde que haja uma razão, devidamente comprovada processualmente, a não ser, é lógico, que as partes livremente contemplem cláusula em contrário.

⁶² Cf. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. Direitos reais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 299-307.

⁶³ É o que se extrai da decisão emanada do TJSP: “Medida cautelar - Direito de uso do salão de festas do condomínio obstado ao condômino inadimplente - Inadmissibilidade - Imposição injustificada de restrição ao uso das áreas comuns em decorrência da inadimplência - Violação ao direito de propriedade - Discussão da dívida em regular ação de cobrança e em consignatória, ambas em trâmite - Sentença mantida - Improvida a irresignação recursal. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível n. 0150356-03.2006.8.26.0000*, 8ª Câmara de Direito Privado. Relator: Luiz Ambra. São Paulo, 04/07/2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19978391/apelacao-apl-1503560320068260000-sp-0150356-0320068260000-tjsp>>. Acesso em: 22 jul. 2017.)

Nunca é demais lembrar que o direito ao trabalho, tal qual o direito à moradia, é um direito fundamental social e ambos possuem sindicabilidade extraída da própria Constituição.

11 A NECESSIDADE DA MOTIVAÇÃO DA DESPEDIDA COMO CONSEQUÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICÁVEL À RELAÇÃO DE EMPREGO

Ao longo do tópico anterior, observou-se que as normas civis, que possuem como um dos principais pilares a igualdade entre as partes, não dissentem quando o assunto é aplicação do dever de motivação dos atos punitivos nas entidades privadas, assim como também não ignoram o fato de que tal dever motivacional decorre do princípio do devido processo legal, paradigma legal acolhido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, inclusive através de decisões do Supremo Tribunal Federal.

Viu-se, também, que todas as normas cíveis analisadas dispõem sobre o *due process of law*, bem assim as garantias que lhe são decorrentes nas relações privadas e que isso somente é possível diante da percepção de que todos os Direitos Fundamentais invadem os entes particulares de forma objetiva e irradiante, limitando a autonomia privada, sobretudo quando tais entidades são dotadas do que se convencionou chamar de poder privado.

Ora, se até as normas civis, que têm como paradigma a plena igualdade das partes, consagram o dever de motivação nas entidades privadas quando estas desejam aplicar penalidades aos seus componentes, com muito mais razão tal dever se impõe na relação de emprego, quando o empregador deseja a dispensa do empregado.⁶⁴

⁶⁴ Em sentido exatamente idêntico e em outras palavras, já se manifestou Vecchi (*op. cit.*), assegurando que o STF já pôs fim à discussão acerca da aplicabilidade do princípio do devido processo legal às relações privadas, e tal garantia deve ser amplamente observada na relação de emprego, pois “[...] se mesmo em relações marcadas por um maior patamar de igualdade entre as partes houve a aplicação do devido processo legal, no campo do poder disciplinar do empregador, por ser a relação assimétrica, essa aplicação se torna ainda mais cogente.”

Isso ocorre porque a relação de emprego é eivada de forte poder social, sendo essa peculiaridade o principal motivo da observância dos assim denominados direitos laborais inespecíficos, como o devido processo legal e seus corolários, o dever de informação e o dever de motivação das decisões.

Quanto ao tema, é importante relembrar a lição de José João Abrantes, quando se refere à relação de emprego, pontificando que esta é eivada de grande desigualdade, sendo “[...] precisamente aí, no caráter desigual dessas relações, que radica a necessidade de assegurar um efectivo exercício das liberdades.”⁶⁵

É certo, porém, que o inciso I do artigo 7º do Texto Constitucional consagrou como direito laboral específico - afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro já defere a proteção contra a despedida arbitrária - a proteção à relação de emprego em face da despedida arbitrária, e o dever de motivação já está inserido em tal assertiva, sendo certo que a aplicação da cláusula do devido processo legal, como direito laboral inespecífico, serve para fornecer mais um supedâneo jusfundamental desenvolvido ao longo de séculos como proibição *mater* ao arbítrio.

O cidadão-trabalhador, pelo simples fato de se vincular a uma relação onde é dependente⁶⁶, não se despe da condição maior que é justamente a de ser humano, detentor de todos os Direitos e Garantias Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, sendo a motivação do ato de dispensa um direito laboral inespecífico antes mesmo, até, de ser específico.

O artigo 165 da CLT dispõe que será considerada como despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.⁶⁷ É dizer, se a Constituição

⁶⁵ *Op. cit.* p. 23.

⁶⁶ Esse é o termo técnico utilizado pela CLT e ora empregado para que se evitem futuras discussões acerca da subordinação clássica, objetiva, estrutural, reticular etc.

⁶⁷ Antônio Álvares da Silva (*op. cit.*, p. 253) não concorda com esse ponto de vista, dizendo que “[...] essa opinião não pode ser aceita”, pois o art. 165 da CLT define o que vem a ser a dispensa arbitrária e, *a contrario sensu*, “[...] a dispensa que se baseia em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro não é protegida pela Constituição, ou seja, situa-se na área de permissibilidade jurídica.”

contém proteção diretamente dirigida ao particular-empregador para que este não pratique despedida arbitrária, significa afirmar que não se pode despedir empregados sem que haja um dos motivos apontados no referido artigo da norma laborista, demonstrando o raciocínio que não pode o empregador despedir de forma vazia, pois, assim procedendo, estará praticando ato arbitrário.⁶⁸

Em obra que precisou com maestria a questão em análise, Valdete Souto Severo ressaltou que “[...] arbitrário é sinônimo de destituído de motivos lícitos, e a motivação é, necessariamente, dever de quem tem a obrigação de motivar.”⁶⁹

Relembre-se, ainda assim, de que o Código Civil de 2002, em seu artigo 122, parece dialogar com a tese ora defendida, dispondo que entre as condições defesas por lei se incluem as que sujeitem o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes.

Transplantando o regramento civilista para a contratação de emprego, é fácil perceber que o empregador não pode concentrar em suas mãos o arbítrio de dissolução do negócio jurídico, ou seja, não pode ele próprio decidir, por puro talante e sem qualquer motivação, o fim da relação de emprego, pois, assim procedendo, praticará ato defeso por Lei.

Pensar o contrário é permitir que as relações cíveis possuam regramento protetivo maior que o regramento constitucional trabalhista que, segundo os mais ortodoxos, permite a denúncia contratual vazia, sem qualquer motivação.

⁶⁸ Essa também é a conclusão do Ministro Mauricio Godinho Delgado (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 1.186), para quem o Direito do Trabalho brasileiro ainda não logrou incorporar, como regra geral, a necessidade de motivação e que se isso ocorresse, “[...] levaria ao fim da dispensa meramente arbitrária no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial.”

⁶⁹ SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 135.

O raciocínio do arbítrio, concentrado na suposta possibilidade de o empregador despedir de forma vazia, não se justifica em um Estado que, antes de ser de Direito, é Democrático, e põe toda a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano, que não pode ser, de modo algum, ignorado pela livre iniciativa (CRFB/88, art. 170, *caput*).

O entendimento em voga, constituído em torno do direito potestativo da despedida, além de ser ato antijurídico, contrário à Constituição e ao próprio Código Civil, atenta, inclusive, contra o modelo estabelecido para a proteção dos Direitos Sociais.

Tenha-se como exemplo a Lei n. 8.245, de 1991, que protege o direito de habitação (CRFB, art. 6º) do inquilino, somente permitindo que este deixe o imóvel contra a sua vontade, desde que haja um motivo relevante, expressamente apontado pela aludida Lei.

Se o direito de habitação (melhor dizendo, o direito social à moradia) é acobertado por norma de tal conotação, onde as partes são plenamente iguais, com mais razão ainda o mesmo raciocínio deve ser utilizado em relação ao direito *ao* trabalho, igualmente previsto na Constituição no rol dos Direitos Sociais.

Diante da análise das normas civilistas que pregam e asseguram a motivação quando as entidades privadas desejam aplicar penalidades, resta evidente que há uma grande aporia firmada em torno da ideia de faculdade de o empregador despedir empregados sem qualquer apresentação de motivos, justamente na relação de emprego, extremamente assimétrica e permeada de forte poder social, onde o dever de apresentação de motivos se faz ainda mais necessário.

A função de um Estado que se propõe comprometido com a realização dos Direitos Fundamentais é questionável diante da ausência da desejada Lei Complementar para regulamentar o inciso I do artigo 7º do Texto Constitucional de 1988, em evidente desproteção aos trabalhadores. O que é mais curioso é que a insuficiente proteção estatal se dá exatamente na relação cujo paradigma principal é a proteção do ser humano trabalhador.

As soluções para a aporia apresentada são diversas, desde a mais simples, até as mais ousadas, segundo a qual tal dispositivo é direito de liberdade⁷⁰ e, como tal, deve ser interpretado tendo-se a sua mais alta eficácia, passando pela eficácia plena da primeira parte do Texto Constitucional analisado, possuindo a segunda parte baixa eficácia normativa, até se chegar à eficácia do devido processo legal na relação de emprego, sendo o dever motivacional uma de suas peculiaridades.

12 NOTAS CONCLUSIVAS

O Estado-Legislador é objetivamente vinculado ao Texto Constitucional. Significa dizer que, ao exercer o seu mister, o Poder Legislativo não é livre, não desempenha atividade originária, sendo, ao revés, atrelado à Constituição Federal de 1988.

Ignorando essa premissa, o artigo 477-A da CLT permite a equivalência entre as despedidas individuais e coletivas, estatuindo em ambas a permissão da denúncia contratual vazia, em clara ofensa ao inciso I do artigo 7º da Constituição Federal de 1988, bem assim ao princípio do devido processo legal, que vincula entidades estatais e particulares e, como direito laboral inespecífico, penetra na relação de emprego, impedindo a cessação contratual sem motivos socialmente justos.

⁷⁰ Nesse trilhar, concordando que os Direitos Fundamentais Sociais não se encerram na sua função prestacional, Sarlet já asseverou que grande parte dos direitos dos trabalhadores, presentes nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição, “[...] são, na verdade, concretizações do direito de liberdade e do princípio da igualdade (ou da não-discriminação), ou mesmo posições jurídicas dirigidas a uma proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas”, deixando evidenciado que, no rol aludido assim como nos demais dispositivos que tratam de Direitos Sociais, há direitos prestacionais e direitos de defesa, sendo mais coerente tratar estes últimos como “liberdades sociais”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais - uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 174.)

ABSTRACT

This paper analyzes the unconstitutionality of article 477-A of CLT, in light of article 7, I of the Federal Constitution of 1988, as well as the principle of due process of law.

Keywords: *Collective dismissal. Labor reform. Due process.*

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luís Carlos Stephanov, Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Os direitos fundamentais e a constitucionalização do direito do trabalho. *In: Revista do TRT - 9ª Região*. Curitiba ano 35, n.65, jul./dez. 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- BRAGA, Paula Sarno. *Direitos fundamentais como limites à autonomia privada*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CENEVIVA, Walter. *Direito constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Introdução ao direito do trabalho: relações de trabalho e relação de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- GOMES, Fábio Rodrigues. *Direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia - entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário 101, 2003. Volume I.
- IBARRECHE, Rafael Sastre. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.

- LUÑO, Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.
- MARTINEZ, Luciano. *Condutas antissindicais*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEIRELES, Edilton. *A constituição do trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- _____. *Abuso de direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Constitucional. *Apelação Cível n. 2.0000.00.480020-4/000(1)*, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Relator: Desembargador Elpídio Donizetti. Belo Horizonte, 16 de março de 2005. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Tomo IV.
- MOREIRA, Alinie da Matta. *As restrições em torno da reserva do possível*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *O princípio do devido processo legal substantivo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais sociais - funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra Editora, 2002.
- QUEIROZ JÚNIOR, Hermano. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores na constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2006.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 70002714095*, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator: Desembargador Luiz Ary Vessini de Lima. Porto Alegre, 31/10/2002. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017.
- _____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Constitucional. *Apelação Cível n. 216167*, Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva. Porto Alegre, 27/8/2009. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 11 jun. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- _____. Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988. *In: Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: CAJ, n. 1, abril/2001.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2006.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig e outros. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.
- SEVERO, Valdete Souto. *O dever de motivação da despedida na ordem jurídico-constitucional brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, Antônio Álvares da. *A convenção 158 da OIT*. Belo Horizonte: RTM, 1996.
- _____. *Proteção conta a dispensa na nova constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 1991.
- SILVA, Cristiane de Melo M. S. Gazola; SALADINI, Ana Paula Sefrin. Da limitação do poder de despedir - a aplicação do art. 7º, I, da constituição federal aos casos de despedida abusiva de empregados portadores de doenças não ocupacionais. *In: Revista LTr* v. 74, n. 02, fev./2010, p. 74-02/242-74-02/250.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Comentário contextual à constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

A NEGOCIAÇÃO COLETIVA
COMO INSTRUMENTO PARA
SUPERAÇÃO DE CRISE
ECONÔMICA: ANTES E
PÓS-REFORMA TRABALHISTA*

T HE COLLECTIVE BARGAINING
AS AN INSTRUMENT TO
OVERCOME ECONOMIC CRISIS:
BEFORE AND POST - LABOR
REFORM

Daniel Gonçalves Rangel**

RESUMO

O presente artigo visa a trazer uma discussão acerca do papel crucial da negociação coletiva em momentos de recessão e dificuldade econômico-financeira, para a preservação de postos de trabalho sob duas perspectivas: antes e pós-reforma trabalhista. O tema será abordado e debatido assentando-se nos princípios constitucionais, princípios insertos no direito do trabalho e também sob o prisma das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tratam sobre negociação coletiva, valendo-se sobretudo do posicionamento da doutrina trabalhista. Ao final, será feita uma avaliação sobre a negociação coletiva como forma

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 18/11/2017.

** Advogado Trabalhista, Membro da Comissão de Direito Sindical da OAB/MG.

de flexibilização dos direitos trabalhistas nesses dois momentos, antes e pós-reforma trabalhista.

Palavras-chave: Negociação coletiva. Reforma Trabalhista. Flexibilização trabalhista.

1 O INSTITUTO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

No presente estudo é fundamental discorrermos um pouco sobre a negociação coletiva, instituto do Direito Coletivo do Trabalho que é (ou deve ser) utilizado na solução de conflitos, plúrimos ou coletivos, do direito do trabalho.

Em sua definição de negociação coletiva, Alice Monteiro de Barros (2016) prevê que esta é a “[...] modalidade de autocomposição de conflitos advinda do entendimento entre os interlocutores sociais.”

Nessa mesma esteira, Amauri Mascaro (2011) discorre sobre a negociação coletiva realçando que deve ser praticada “[...] como amplo e efetivo processo de autocomposição de interesses entre trabalhadores e empregadores.”

Como se observa da leitura trazida pelos autores supracitados, a negociação coletiva é uma ferramenta de autocomposição ou, melhor dizendo, uma forma de solução de conflitos pelo consentimento dos partícipes da relação.

A negociação coletiva, instituto que ainda carece de melhor exploração e utilização no dia a dia do Direito Coletivo do Trabalho, possui papel significativo trazido pelo Constituinte de 1988. O texto constitucional prescreve, em seu artigo 7º, XXVI, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

Verifica-se que o intuito é de elevar o patamar da negociação coletiva a um direito social assegurado aos trabalhadores, dada a sua importância e relevância, não somente na criação e instituição de novos benefícios e direitos; ela também deve ser observada em momentos de dificuldade econômico-financeira, como será demonstrado adiante.

1.1 A Organização Internacional do Trabalho e a negociação coletiva

No âmbito do Direito Internacional do Trabalho há grande preocupação por parte da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em promover a negociação coletiva e estimular o diálogo entre empregados e empregadores.

Tal preocupação, de tempos atrás, culminou na aprovação de duas Convenções que tratam, de forma específica e abrangente, do instituto da negociação coletiva: são as Convenções n. 98 e 154.

A Convenção n. 98 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1952, em seu artigo 4, prescreve o seguinte:

Art. 4 - Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

Seguindo o mesmo sentido, visando ao desenvolvimento e aprimoramento da autocomposição coletiva do trabalho, a Convenção n. 154 da OIT, ratificada pelo Brasil em 1992, prevê em seu artigo 5º:

Art. 5 - 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

- a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;
- b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos a, b e c do artigo 2 da presente Convenção;
- c) seja estimulado o estabelecimento de normas de

procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;

d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;

e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva.

A Convenção n. 154 da OIT, ao discorrer sobre o conceito de “negociação coletiva”, em seu artigo 2º, esclareceu que:

Art. 2 - Para efeito da presente Convenção, a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de:

- a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Pelo que dispõe a OIT na Convenção n. 154, temos que a utilização da negociação coletiva como autocomposição de conflitos se tornou ainda mais abrangente, sendo o mecanismo adequado para “fixar as condições de trabalho e emprego”, bem como “regular as relações entre empregadores e trabalhadores”.

1.2 A negociação coletiva na CLT

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 611, trata a negociação coletiva sob a perspectiva formal dos instrumentos normativos advindos da tratativa negocial, quais sejam, a Convenção Coletiva e o Acordo Coletivo de Trabalho.

Embora, no presente trabalho, não se objetive distinguir o primeiro do segundo, cabe de forma sucinta destacar que esses instrumentos normativos, de caráter coletivo, prestam-se a estipular

as condições de trabalho aplicáveis aos sindicatos e empresas convenientes tal como já descrito acima no âmbito das Convenções da OIT.

2 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A “FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA NEGATIVA” ANTES DA REFORMA TRABALHISTA, A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA

Feitas essas considerações, cumpre destacar que, no Ordenamento Jurídico Pátrio antes da Reforma Trabalhista, instituída pela Lei n. 13.467/2017, existe uma clara limitação às tratativas negociais no âmbito da “flexibilização trabalhista negativa”, sendo considerada negativa a negociação que se dá por meio de redução de direitos dos trabalhadores.

De imediato cumpre salientar que o reconhecimento das Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho por parte da Constituição Federal traz um pressuposto básico que, por si só, cria impedimentos à redução de direitos. Isso porque o *caput* do artigo 7º da Magna Carta prevê o chamado Princípio da Vedação ao Retrocesso Social: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

Acerca da Vedação ao Retrocesso Social, Canotilho (2003) assevera:

[...] quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.

Pela interpretação do viés constitucional em que se insere o reconhecimento dos instrumentos coletivos de trabalho, pode-se inferir que a flexibilização da legislação trabalhista e dos direitos dos trabalhadores devem perseguir a contínua evolução social, sem admitir retrocessos, sob pena de violação clara e direta ao Princípio da Vedação ao Retrocesso Social.

Cumprе destacar que, não obstante haja a previsão de contínuo desenvolvimento social, existem momentos históricos, de cunho social ou econômico-financeiro, em que há necessidade de adequação rápida a uma nova realidade nas relações de trabalho, seja de forma abrangente, seja de forma particularizada.

Canotilho (2003), discorrendo sobre momentos de recessão econômica, assevera:

A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Nesse viés é que reside a possibilidade de “flexibilização negativa”, dentro ainda dos parâmetros constitucionais, privilegiando, sobretudo, a valorização do trabalho, na ótica de sua manutenção, e a dignidade da pessoa humana.

Quanto à “flexibilização negativa”, Mauricio Godinho Delgado (2012) explica que a sua validade deve se restringir a parcelas de indisponibilidade relativa:

Já no segundo caso (quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justabalhistas de indisponibilidade apenas relativa - e não de indisponibilidade absoluta), o princípio da indisponibilidade de direitos é realmente afrontado, mas de modo a atingir somente parcelas de indisponibilidade relativa.

As definições trazidas pelo ilustre autor se baseiam, como fundamento jurídico, no Princípio da Adequação Setorial Negociada, que, em suas palavras, é tratado da seguinte forma: pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justabalhista, desde que respeitados

certos critérios objetivamente fixados.

Verifica-se que a validade da autocomposição coletiva, no sentido de “flexibilização negativa”, encontra amparo em situações excepcionais que merecem guarda do instrumento coletivo, mas estando sob o manto dos princípios e normas de caráter constitucional, a fim de observá-los como requisito de sua validade e possibilidade jurídica, devendo incidir única e exclusivamente sobre parcelas de indisponibilidade relativa, a fim de preservar também a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, tal qual prevê o Princípio da Adequação Setorial Negociada.

3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A CRISE ECONÔMICA ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

Como se destacou no item anterior, o instituto da negociação coletiva, reconhecido pelo texto constitucional, deve se dar de forma a buscar a contínua evolução social (artigo 7º, *caput*).

Entretanto, para trazer soluções dinâmicas às relações de trabalho, sobretudo em situação de crise econômica, a negociação coletiva é o instrumento pelo qual os convenientes dos instrumentos normativos podem se valer para estabelecer novas condições de trabalho que: a) mantenham os postos de trabalho; b) possibilitem a manutenção da atividade empresarial; e c) propiciem a retomada do crescimento econômico.

Certo é que, para se alcançar esses três objetivos, que são basilares ao funcionamento empresarial e pedra fundamental da recuperação econômica, a flexibilização não pode ser abrupta e agressiva; ela deverá ser negociada e observar o Princípio da Adequação Setorial Negociada, de forma a ter, como objeto de negociação, única e exclusivamente, os direitos de indisponibilidade relativa, dando respaldo também à valorização do trabalho e à dignidade da pessoa humana.

A título de exemplo quanto aos direitos de indisponibilidade relativa, Godinho Delgado (2012) também destaca:

Estas assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma (ilustrativamente, modalidade de pagamento salarial, tipo de jornada pactuada, fornecimento ou não de utilidades e suas repercussões no contrato etc.), quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo a seu respeito (por exemplo, montante salarial: art. 7º, VI, CF/88; ou montante de jornada: art. 7º, XIII e XIV, CF/88).

Nesse diapasão, tomando por base o viés constitucional e principiológico trabalhista, a flexibilização de direitos, na superação de crise econômica, possui guarida constitucional, desde que respeitando os direitos de indisponibilidade relativa, a fim de ter plena validade e legalidade, sendo utilizado como mecanismo temporário e para atender a uma necessidade específica, não podendo, portanto, eternizar-se e incorporar-se ao contrato de trabalho.

Frise-se que a transitoriedade da “flexibilização negativa” já se encontra no ordenamento jurídico pátrio desde 1965, com a Lei n. 4.923/65, que estabeleceu a possibilidade de redução de jornada e salários:

Art. 2º - A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário-mínimo regional e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

Seguindo esse mesmo dispositivo, recentemente foi instituído o “Programa Seguro Emprego” pela Lei n. 13.456, de 2017, que alterou a Lei n. 13.189, de 2015.

O referido programa estabeleceu também a possibilidade de redução de jornada e salários, em caráter transitório:

Art. 5º O acordo coletivo de trabalho específico para adesão ao PSE, celebrado entre a empresa e o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante da empresa, pode reduzir em até 30% (trinta por cento) a jornada e o salário.

§ 1º O acordo deve ser aprovado em assembleia dos trabalhadores abrangidos pelo programa e deve dispor sobre:

[...]

IV - Período pretendido de adesão ao PSE e de redução temporária da jornada de trabalho, que deve ter duração de até seis meses, podendo ser prorrogado por períodos de seis meses, desde que o período total não ultrapasse vinte e quatro meses;

As referidas Leis, que instituíram a possibilidade de redução de jornada e salários, em caráter temporário, estabeleceram também contrapartidas aos empregados sujeitos à redução, como forma de balancear a relação de emprego e preservar os direitos mínimos dos trabalhadores.

Como contrapartida, o legislador estipulou algumas limitações para a validade das reduções permitidas.

Pela Lei n. 4.923/65, restou estabelecida a redução do pagamento de gerentes e diretores (artigo 2º, *in fine*); admissão dos empregados demitidos antes da redução em detrimento de novas contratações (artigo 3º); impedimento para horas extras (artigo 4º).

Por sua vez, a Lei n. 13.189/2015 estabeleceu garantia no emprego pela duração da redução de jornada e salários, acrescido de 1/3 (artigo 5º, § 1º, V); recebimento pelos empregados de, no mínimo, 50% do salário reduzido (artigo 4º).

Assim, temos que, pela interpretação das Leis n. 4.923/1965 e 13.189/2015 à luz da Constituição Federal, bem como balizado pelo Princípio da Adequação Setorial Negociada, as “flexibilizações negativas” ilustradas têm sua validade reconhecida por observarem a valorização do trabalho, a dignidade da pessoa humana, além de estabelecerem contrapartidas à flexibilização que atingiu direitos de indisponibilidade, em caráter transitório.

4 A REFORMA TRABALHISTA E A AMPLIAÇÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS

A chamada Reforma Trabalhista ganhou corpo com a publicação da Lei n. 13.467/2017 e, em seu texto normativo, trouxe grandes alterações que geraram calorosas discussões, inclusive quanto à sua constitucionalidade.

Um dos aspectos da Reforma que mais embalaram as recentes discussões diz respeito ao chamado “negociado sobre o legislado”, referência feita à redação dada ao artigo 611-A da CLT, que passa a prever:

- Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
 - II - banco de horas anual;
 - III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
 - IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015;
 - V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
 - VI - regulamento empresarial;
 - VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
 - VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
 - IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
 - X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
 - XI - troca do dia de feriado;
 - XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
 - XIII - Revogado pela Medida Provisória n. 808, de 2017;
 - XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual. (NR)

A ampliação da possibilidade de flexibilização de direitos trabalhistas com o novel artigo inscrito na legislação celetista é notória. Isso porque não se resume aos pontos listados no artigo 611-A (incisos I ao XV), mas faz com que esse rol de “direitos sujeitos à flexibilização” seja meramente exemplificativo.

Noutro aspecto, em que também se vê a ampliação de flexibilização trabalhista, há a menção de que a Convenção ou Acordo Coletivo prevalecerão sobre a legislação.

Como já demonstrado em tópico anterior, essas situações, antes da Reforma Trabalhista, estavam sujeitas à adequação setorial negociada e às bases constitucionais, bem como à legislação esparsa. Todavia, com a criação de um rol exemplificativo de direitos a serem flexibilizados e, mais ainda, com a prevalência sobre a legislação, cria-se um mecanismo de flexibilização de direitos agressivo e, assim, questionável.

Questionável, pois ignora, como destacado por Mauricio Godinho Delgado, a limitação aos direitos que são de cunho de indisponibilidade relativa, em virtude da criação de rol exemplificativo, que dá margens a maior gama de flexibilização de direitos.

5 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA PÓS-REFORMA TRABALHISTA. PRECARIZAÇÃO OU SUPERAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA?

Ao longo das discussões recentes sobre a Reforma Trabalhista, muito foi dito que ela significaria a precarização das relações de emprego, retirando direitos, descumprindo normas da Organização Internacional do Trabalho e indo contra a própria Constituição Federal.

Fato é que, como exposto no item anterior, a Reforma Trabalhista trouxe permissivo legal para que empregados e empregadores promovam inúmeras alterações na relação de emprego, não se restringindo a direitos de indisponibilidade relativa já consagrados.

Mais ainda, o fato de a redação dada ao artigo 611-A trazer um rol exemplificativo de direitos suscetíveis à flexibilização é o que dá azo a alterações nos contratos de trabalho que podem significar a precarização do trabalho.

O Ministério Público do Trabalho, por meio da Nota Técnica n. 8, posiciona-se exatamente nesse sentido, ao destacar que o artigo 611-A:

[...] consiste na imposição de prevalência das normas negociais sobre as normas constitucionais e legais de proteção ao trabalho - o negociado sobre o legislado - em toda e qualquer situação, inclusive para extinguir ou reduzir direitos sem uma correspondente compensação [...].

Frisa-se que a problemática quanto ao negociado sobre o legislado se agrava quando analisado o § 2º do artigo 611-A que prescreve: “A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.”

Verifica-se que o dispositivo acima não prevê contrapartidas à flexibilização permitida pelo artigo 611-A, contrariando a lógica das negociações coletivas no contexto constitucional (artigo 7º, *caput*), bem como ignorando a lógica aplicável à flexibilização trabalhista pelo Princípio da Adequação Setorial Negociada.

Ou seja, o texto normativo da Lei n. 13.467/2017, ao prever uma autonomia coletiva redutora de direitos, sem visar à promoção da melhoria da condição social, da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, vulnera toda a lógica inserida no contexto das negociações coletivas e, nesse diapasão, permite, em larga escala, a precarização das relações de emprego.

6 CONCLUSÃO

A negociação coletiva encontra seus limites no texto constitucional, nas convenções da OIT, na legislação esparsa e, também, nos princípios que regem o ramo juslaboral.

Sob esse prisma, toda leitura acerca do ramo trabalhista deve estar então pautada nesses parâmetros, orientada, sobretudo, pelo Princípio da Vedação ao Retrocesso Social que dá o amplo reconhecimento aos Acordos e Convenções Coletivas de Trabalho, conforme o artigo 7º da Constituição Federal.

Assim, a Reforma Trabalhista, ao prever de forma ampla a flexibilização de direitos trabalhistas, inclusive com a possibilidade de redução e supressão de direitos sem uma contrapartida (artigo 611-A, § 2º), vulnera a lógica de valorização do trabalho, dignidade da pessoa humana e não se afigura, *a priori*, como ferramenta capaz de reestruturação empresarial e econômica, na medida em que permite a real precarização do Direito do Trabalho.

É importante salientar que a utilização da negociação coletiva como mera ferramenta de supressão e redução de direitos não será capaz de proporcionar a retomada do crescimento econômico e, nessa medida, não irá também proporcionar a geração de empregos que depende diretamente da recuperação econômica.

Como visto ao longo do presente estudo, caberá então aos operadores do Direito e, sobretudo, à Justiça do Trabalho e aos Sindicatos fortalecerem o ramo juslaboral, a fim de evitar que o permissivo legal de supressão e redução de direitos se materialize, afinal, como verdadeira forma de precarização do trabalho.

ABSTRACT

The present article aims to bring a discussion about the crucial role of Collective Bargaining in times of recession and economic-financial difficulty to preserve jobs from two perspectives: before and after labor reform. The theme will be approached and debated based on the constitutional principles, principles embedded in labor law and also under the prism of the International Labor Organization (ILO) Conventions dealing with Collective Bargaining, with particular reference to the positioning of labor doctrine. In the end, an evaluation will be made on collective bargaining as a way to flexibilize labor rights in these two moments, before and after the labor reform.

Keywords: *Collective bargaining. Labor Reform. Labor flexibility.*

REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BRASIL. *Constituição* (1988). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Lei 4.923/65*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4923.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Lei 13.189/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Lei 13.467/2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

- GRAVATÁ, Isabelli [et al.]. *CLT organizada*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- 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.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- _____. *Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 20 ago. 2017.
- PROCURADORIA GERAL DO TRABALHO. Nota Técnica n. 8, 26 de Junho de 2017, Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT). Disponível em: <https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+t%C3%A9cnica+n%C2%BA+8.2017.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 20 ago. 2017.

AREFORMA TRABALHISTA E
A VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL
DO ACESSO À JUSTIÇA *

THE LABOR REFORM AND THE
CONSTITUTIONAL VIOLATION OF
ACCESS TO JUSTICE

Jasiel Ivo**

RESUMO

Com o presente artigo busca-se demonstrar a inconstitucionalidade da chamada reforma trabalhista, introduzida pela Lei n. 13.467/2017, no que diz respeito à violação da garantia de acesso à justiça. Também procura-se mostrar a importância dos benefícios da justiça gratuita no Direito Processual do Trabalho, honorários periciais, advocatícios e custas processuais, bem como seu tratamento de acordo com a nova lei, mas sempre numa hermenêutica constitucional. O método utilizado é hermenêutico-analítico, de modo a deixar evidente a supremacia constitucional com sua principal característica que é fundamentar a validade das leis.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Acesso à justiça. Justiça gratuita.

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 19/10/2017.

**Professor Adjunto da Universidade Federal de Alagoas - UFAL, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco - UFPE e Juiz do Trabalho Titular da Vara de Penedo - Alagoas - TRT da 19ª Região.

1 INTRODUÇÃO

O advento da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, amplamente denominada de Reforma Trabalhista, modificou cerca de cem artigos da CLT - Consolidação das Leis do Trabalho -, causando profundos reflexos não apenas no Direito Material como também no Direito Processual do Trabalho.

Os argumentos propalados pelos defensores da mudança eram a urgência e a necessidade da reforma para modernizar as relações trabalhistas, atualizando um estatuto normativo datado de 1943, ainda da época de Getúlio Vargas, visando a superar o modelo industrial e adequar a lei à realidade hodierna, onde prevalece o comércio varejista e o terceiro setor, qual seja, o dos serviços, sobretudo das pequenas e médias empresas.

Alega-se, ademais, que a reforma, simplificando essas relações, será capaz de gerar novos empregos e postos de trabalho, reativando a economia do País e propiciando uma melhor circulação da riqueza.

O presente estudo é uma breve análise dos reflexos da reforma no acesso ao judiciário, numa abordagem à luz da Constituição Federal de 1988 e também com uma preocupação de compreender o Direito como sistema.

2 O DIREITO PROCESSUAL INTERTEMPORAL

Como o tema está delimitado ao contexto dos reflexos da reforma trabalhista, introduzida no sistema jurídico pela Lei n. 13.467, de 2017, no Direito Processual do Trabalho, é pertinente deixar demarcado que o legislador estabeleceu o período de cento e vinte dias, contados de sua publicação, dia 13 de julho de 2017, para entrar em vigor, cessando a *vacatio legis* em 11 de novembro de 2017, quando passa efetivamente a vigor a lei reformadora.

Parece manifestamente desnecessária qualquer argumentação mais longa quanto ao alcance da lei ora discutida no tempo, visto que aquela profícua discussão sobre a aplicação

da lei nova aos processos novos, pendentes e findos cessa diante da certeza hoje estabelecida nos artigos 13 e 14 do Código de Processo Civil - CPC -, quanto à aplicação das normas processuais, estabelecendo:

Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Isso porque, também parece indiscutível, que a aplicação subsidiária desses dispositivos do CPC harmoniza-se com o art. 765 da CLT, consoante previsão de observação subsidiária e supletiva do processo comum ao processo do trabalho.

3 O ACESSO AO PODER JUDICIÁRIO

A Constituição Federal, no art. 1º, nos incisos II e III, estabelece como princípios fundantes da República Brasileira a valorização do trabalho e a dignidade da pessoa humana, inafastáveis no trato do acesso ao judiciário contra lesão ou ameaça a direito. Assim, preconiza a Constituição Federal da República Brasileira de 1988, no Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

Inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Esse dispositivo revela e consagra o princípio constitucional do acesso à justiça e à efetividade da tutela jurisdicional.

Seguindo na mesma linha, ainda o art. 5º da Constituição Federal prescreve:

Inciso LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Oportuno lembrar não apenas o clássico da literatura jurídica *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth¹, como também as ondas² que dão corpo a esse princípio de acesso ao poder judiciário, sendo de mencionar a criação das Defensorias Públicas no âmbito da União e dos Estados, conforme art. 24, inc. XIII e artigos 134 e 135 da Constituição Federal, com a mudanças da Emenda 80, de 2014, os Juizados Especiais Cíveis a que se refere a Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, a representação dos interesses difusos, todo esse esforço normativo e providências estatais para homenagear os Direitos de Cidadania, consagrados mais remotamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, os Direitos Humanos de 1789.

Não seria demais lembrar que a Constituição Federal, no art. 7º, assegura ali os direitos que elenca, além de outros que visem à melhoria social dos trabalhadores urbanos e rurais, e não que os esmague ou oprima. Nossa República tem por finalidade construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza, diminuir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, sem qualquer forma de discriminação, consoante princípios estampados nos incisos de I a IV do art. 3º da CF/88.

Disso resulta que a interpretação da lei exige a observação da Constituição, de onde retira seu fundamento de validade.

¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

² ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação como instituto prévio ao poder judiciário: a busca pela efetividade do acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 32-45, set./dez. 2014.

Hans Kelsen³, ao tratar sobre a função da Constituição, menciona a hierarquia das normas e destaca que a essência da Constituição reside justamente na regulação de criação de normas, de modo que a norma superior sempre fundamenta a validade da norma inferior.

3.1 Os benefícios da justiça gratuita na Lei n. 13.467/2017

Pois bem, ao contrário disso tudo, desprezando todo esforço e ignorando solenemente toda essa construção teórica e normativa, a Lei n. 13.467/2017 alterou a redação do § 3º do art. 790 da CLT e acrescentou ao mesmo o § 4º, ficando assim redigidos:

Art. 790 [...]

§ 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do regime geral da previdência social.

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Por apreço à atividade pragmática, numa tentativa de ligação entre ciência e prática⁴, conveniente lembrar que, nos termos do artigo 105 do Código de Processo Civil - CPC, o próprio reclamante declara ou seu Advogado(a) com o poder especial o faz: “assinar declaração de hipossuficiência econômica.”

³ KELSEN, Hans. *La función de la constitución*. Revista *Electrónica del Instituto del Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. Año IV, Número 5, Buenos Aires, 2010. p. 150-157.

⁴ Segundo Lourival Vilanova, “[...] o jurista, no sentido mais abrangente, é o ponto de interseção da teoria e da prática, da ciência e da experiência: seu conhecimento não é desinteressado: é-o com vistas à aplicabilidade do que é norma, regra, preceito, como quer que se denomine.” VILANOVA, Lourival. *Fundamento do estado de direito. Escritos jurídicos e filosóficos*. 1. ed. São Paulo: XIS MVNDI IBET, 2003. volume 1, p. 414.

3.2 Insuficiência de recursos - Critérios

No âmbito do processo do trabalho, com a redação anterior do § 3º do art. 790 da CLT, o critério de concessão, a requerimento ou de ofício, dos benefícios da justiça gratuita era o padrão salarial

[...] igual ou inferior ao dobro do mínimo legal ou a declaração formal, sob as penas da lei, que não estaria em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.

Com a nova redação dada ao § 3º do artigo 790 da CLT, o critério agora é o do “[...] salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, excluindo a possibilidade da alegação de “[...] que não estaria em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família”, como é ainda na Lei n. 5.584/1970, que, muito embora trate da assistência sindical, também cuida de normas de processo do trabalho:

Art. 14. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador.

§ 1º A assistência é devida a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando assegurado igual benefício ao trabalhador de maior salário, uma vez provado que sua situação econômica não lhe permite demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

É certo que o atual Código de Processo Civil revogou vários dispositivos da Lei n. 1.060/1950 e modificou profundamente a gratuidade de justiça, como está nos artigos 98 a 102, dentre outros.

Hoje o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é de R\$ 5.531,31. Portanto, 40% (quarenta por cento) disso resulta exatos R\$ 2.212,52, o que, ao final e ao cabo, não importa em qualquer grande mudança, considerando o valor atual do salário mínimo de R\$ 937,00.

A gravidade surge quando se observa que, antes, a lei falava em “declarar a condição de hipossuficiência” e, agora, a lei exige a “comprovação”, conforme está no novel § 4º do art. 790 da CLT:

§ 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

A mudança não se justifica nem mesmo se comparada com o processo civil, cujo § 3º do art. 99 do CPC estabelece:

§ 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

Curioso constatar que o processo civil contém norma mais benéfica que a CLT, já esta, agora, inverte todo arcabouço teórico e legislativo da tradição brasileira, deixando de proteger o trabalhador hipossuficiente para abrigar, em seu seio, aqueles economicamente mais fortalecidos.

Comparando os benefícios da justiça gratuita nos artigos 790, 790-B e § 4º do artigo 791-A da CLT com os artigos 98 a 102 do CPC, facilmente chega-se à inequívoca conclusão da inafastável necessidade de homenagear o princípio da norma mais favorável, como derradeiro esforço exegético.

4 POSSÍVEIS TENDÊNCIAS DE ENCAMINHAMENTO JURISPRUDENCIAL

Arriscaria antecipar algumas possíveis tendências da jurisprudência, sustentando que, muito provavelmente, deve ser mantida a Súmula 463 do Tribunal Superior do Trabalho - TST:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial n. 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30/6/2017 - republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14/7/2017

I - A partir de 26/6/2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica

firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015);

II - No caso de pessoa jurídica, não basta a mera declaração: é necessária a demonstração cabal de impossibilidade de a parte arcar com as despesas do processo.

É que o § 4º do artigo 790 da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017, quando usa a expressão “à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas”, só pode estar se referindo ao empregador ou empresa, pessoa jurídica e não ao trabalhador - pessoa natural.

5 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em boa hora o processo trabalhista reconhece aos Advogados e Advogadas, públicos e privados, o direito aos honorários profissionais, superando o tantas vezes repetido argumento de que “[...] ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e, se entrou na Justiça do Trabalho com Advogado, quando não era obrigado a fazê-lo, deve assumir o ônus de sua escolha, pelo que não seriam devidos os honorários de sucumbência.

Acaba sendo inevitável reconhecer que a reforma revela muito mais uma punição aos trabalhadores do que propriamente o reconhecimento desse elementar direito à laboriosa categoria dos Advogados.

É que o *caput* do art. 791-A da CLT, acrescentado pela Lei n. 13.467/2017, fixando a verba “[...] entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”, aqui se afastou dos parâmetros já consolidados no ordenamento jurídico, entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento), como está no § 2º do art. 85 do CPC.

É de se observar o § 4º do art. 791-A da CLT:

Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

E, para completar o grau de perversidade, além de ficar em condição suspensiva de exigibilidade a obrigação por dois anos, o legislador reformador assegurou a possibilidade de perseguir créditos do trabalhador sucumbente assistido pelos benefícios da justiça gratuita, ainda que obtidos em outro processo, como está no § 4º do artigo 791-A da CLT, existindo dispositivo idêntico na lei reformadora quanto aos honorários periciais - art. 790-B, § 4º; nesse caso, não encontrando, a União suportará o ônus do encargo.

Sem dúvida as Súmulas n. 219 e 319 do Tribunal Superior do Trabalho, que tratam dos honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, passarão por revisão ou até sejam canceladas.

Também chama a atenção do intérprete na nova lei a redação do § 1º do art. 791 da CLT. Estaria derogado o artigo 16 da Lei n. 5.584, de 1970, estabelecendo que os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do sindicato assistente?

Tudo indica que sim, o que agrava, ainda mais, a condição dos sindicatos, já que praticamente perderam sua fonte de custeio diante da faculdade do novo *caput* do art. 545 da CLT quanto à contribuição anual que deixou de ser compulsória.

Pelo tom da reforma, também parecem devidos os honorários advocatícios diante do arquivamento se o reclamado tiver comparecido à audiência e contestado a ação, o que, mais uma vez, demonstra a crueldade do legislador, ignorando todo aparato de proteção aos vulneráveis economicamente.

6 HONORÁRIOS PERICIAIS

Por mais boa vontade que se queira ter com a reforma, é

impossível deixar de dizer que a sanha desprezou a Constituição quando substituiu a expressão “salvo se”, da redação original do *caput* do art. 790-B da CLT, pela “ainda que”, impondo ao beneficiário da justiça gratuita a condenação ao pagamento de honorários periciais, mesmo respeitando os limites estabelecidos pelo CSJT - Conselho Superior da Justiça do Trabalho, pois acaba inibindo o acesso à justiça, como se tem sustentado até aqui.

Conforme mencionado anteriormente, o legislador assegurou a possibilidade de perseguir créditos do trabalhador sucumbente, ainda que assistido pelos benefícios da justiça gratuita e mesmo que obtidos em outro processo (art. 790-B, § 4º) e, caso não encontre, a União suportará o ônus do encargo.

Ousaria antecipar que a mudança, praticamente uma resposta desaforada à Súmula n. 457 do TST, que estabelece ser “a União responsável pelo pagamento dos honorários de perito quando a parte sucumbente no objeto da perícia for beneficiária da assistência judiciária gratuita, observado o procedimento disposto nos arts. 1º, 2º e 5º da Resolução n. 66/2010 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho - CSJT”, não resiste à mais comezinha análise de constitucionalidade, pois também agride o amplo acesso à justiça.

Quanto à vedação de antecipação de honorários periciais, prevista no § 3º do art. 790-B da CLT, nenhuma novidade, diante da OJ 98 da SDI II, que já considerava

[...] ilegal a exigência de depósito prévio para custeio dos honorários periciais, dada a incompatibilidade com o processo do trabalho, sendo cabível o mandado de segurança visando à realização da perícia, independentemente do depósito.

7 CUSTAS PROCESSUAIS

O art. 789 da CLT, também modificado, estabeleceu limites precisos quanto às custas processuais, fixando-as à base de 2%, observado o mínimo de R\$ 10,64, e o máximo de 4 vezes o limite máximo dos benefícios do regime geral da previdência social, ou

seja, R\$ 22.125,24, o que vem beneficiar desenganadamente as empresas, não sendo mais obrigadas a recolher custas de 2% da condenação quando o valor exceder ao limite aqui firmado.

Mas o problema não é esse.

O que incomoda é a condição praticamente vexatória e humilhante imposta aos trabalhadores doravante, quando a lei impõe, no art. 844, § 2º, que, “na hipótese de ausência do reclamante” (à audiência), “este será condenado ao pagamento das custas processuais, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar motivo legalmente justificável.”

Fazer tal exigência é impor ao trabalhador que apenas não pagará custas do processo ao qual deu causa ao arquivamento, se provar aqueles motivos previstos em lei, aqueles que autorizam a ausência ao trabalho, como nascimento de filho, casamento, morte de pessoa próxima da família, doação voluntária de sangue, alistar-se eleitor entre outros, como está no art. 473 da CLT. O que foge a isso, como, por exemplo, qualquer motivo de força maior, não merece qualquer apreço.

E mais, no § 3º do mesmo dispositivo, impõe “o pagamento das custas a que se refere o § 2º”, como “condição para a propositura de nova demanda”.

Comparando com a Lei dos Juizados Especiais, Lei n. 9.099/1995, art. 51, inciso I e § 2º, esta exige apenas a comprovação de motivo de “força maior” e dispensa o pagamento das custas processuais em caso de arquivamento do processo por ausência do autor a qualquer das audiências.

Assim, a discussão se a exigência do pagamento das custas da reclamação trabalhista arquivada por ausência do reclamante para ajuizar o outro processo é condição da ação ou pressuposto processual perde qualquer relevância diante dos incisos XXXV e LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, o que faz calar fundo os entusiastas da mudança.

Quando concluía este artigo, foi noticiado o ajuizamento, no dia 25/8/2017, perante o Supremo Tribunal Federal - STF, da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 5.766-DF, pela Procuradoria-Geral da República, questionando o artigo 1º da Lei n. 13.467/2017, que modificou os artigos 790-B, *caput* e § 4º, 791-A, § 4º e 844, § 2º, da CLT, violando a CF nos artigos 1º, incs. III e IV; 3º, incs. I e III; 5º, *caput*, incs. XXXV e LXXIV e § 2º; e 7º a 9º, sendo Relator o Ministro Luís Roberto Barroso, que, em 31/8/2017, despachou o processo determinando a oitiva do Congresso Nacional, do Presidente da República e da Advocacia-Geral da União, quando então, após isso, deverá apreciar o pedido da cautelar requestada pela Procuradoria-Geral da República.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mesmo sem querer parecer refratário às mudanças introduzidas no ordenamento jurídico pelo veículo da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada de Reforma Trabalhista e, por mais boa vontade que se tenha, os pontos aqui enfrentados, como a exigência de comprovação de insuficiência de recursos à parte beneficiada pela gratuidade de justiça, cuja interpretação justa é a de que a lei refere-se às pessoas jurídicas, já que as naturais gozam de presunção de verdade dessa afirmação (§ 3º do art. 99 do CPC); a cobrança de custas de processo arquivado como pressuposto processual da postulação seguinte; quando sucumbente, a exigência do pagamento de honorários advocatícios e honorários periciais, mesmo quando assistido pelos benefícios da justiça gratuita, tudo isso faz concluir que as novas disposições são violadoras das garantias constitucionais do acesso à jurisdição, fazendo pesar sobre o trabalhador a pecha da suspeição, em detrimento dos princípios consagrados na Constituição Federal da valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana, além dos compromissos republicanos de melhoria da condição social dos trabalhadores urbanos e rurais, a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a promoção do bem de todos, sem qualquer forma de discriminação.

Ainda que o argumento para as mudanças seja a plethora de feitos que abarrotam a Justiça do Trabalho e a necessidade de modernização dessas relações, a Constituição Federal deve ser respeitada, como última condição de consideração e apreço ao patamar civilizatório mínimo.

ABSTRACT

This article seeks to demonstrate the unconstitutionality of the so-called labor reform, introduced by Law 13.467/177, regarding the violation of the guarantee of access to justice. It also seeks to show the importance of the benefits of free justice in the Labor Procedural Law, expert fees, attorneys' fees and procedural costs, as well as its approach according to the new law, but always in a constitutional hermeneutics. The method used is hermeneutic-analytical, in order to make evident the constitutional supremacy with its main characteristic that is to base the validity of the laws.

Keywords: Labor Reform. Access to justice. Free justice.

REFERÊNCIAS

- ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. A mediação como instituto prévio ao poder judiciário: a busca pela efetividade do acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 32-45, set./dez. 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- KELSEN, Hans. *La función de la constitución*. *Revista Electrónica del Instituto del Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*. Año IV, Número 5, Buenos Aires, p. 150-157, 2010.
- VILANOVA, Lourival. *Fundamento do estado de direito. Escritos jurídicos e filosóficos*. 1. ed. São Paulo: XIS MVNDI IBET, 2003. volume 1.

A TERCEIRIZAÇÃO NA
REFORMA TRABALHISTA E A
VIOLAÇÃO ÀS NORMAS
INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO
AO TRABALHO*

O *OUTSOURCING IN LABOUR-LAW
REFORM AND VIOLATION OF
INTERNATIONAL RULES OF
LABOUR PROTECTION*

Lorena Vasconcelos Porto**

RESUMO

O presente artigo visa ao estudo dos dispositivos da Lei n. 6.019/74, alterados pela Lei n. 13.467/2017, em contraposição com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, os quais possuem, no mínimo, hierarquia supralegal. Em conformidade com o disposto nesses tratados internacionais, em sede de controle de convencionalidade, deve ser excluída qualquer interpretação das referidas normas legais que possibilite a terceirização das atividades-fim das empresas, ou que permita que o trabalhador terceirizado receba tratamento inferior àquele assegurado aos empregados do tomador de serviços.

* Artigo enviado em 12/9/2017 - autora convidada.

**Procuradora do Ministério Público do Trabalho. Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG. Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II. Professora Titular do Centro Universitário UDF. Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da Universidad Externado de Colombia, em Bogotá.

Palavras-chave: Terceirização. Reforma trabalhista. Normas internacionais de proteção ao trabalho. Controle de convencionalidade.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO
 - 2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE
 - 3 NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO
 - 4 NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO
 - 5 NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS AO COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO
 - 6 NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE LIBERDADE SINDICAL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA
 - 7 NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS AO REGIME DE EMPREGO SOCIALMENTE PROTEGIDO
 - 8 CONCLUSÃO
- REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa ao estudo dos dispositivos da Lei n. 6.019/74, alterados pela Lei n. 13.467/2017, que buscaram ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo para as atividades-fim das empresas, e possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

Objetiva-se demonstrar que esses dispositivos legais violam frontalmente os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial as normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação, à saúde e segurança no trabalho, ao combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, à liberdade sindical e à negociação coletiva e ao regime de

emprego socialmente protegido.¹

Conforme o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), os tratados internacionais de direitos humanos -, como é o caso das normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) -, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no § 3º do art. 5º da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal.² Desse modo, as normas legais -, como os dispositivos da Lei n. 6.019/74 alterados pela Lei n. 13.467/2017 -, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, pois estas possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

O Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade dos referidos dispositivos legais, conferindo-lhes uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação dos referidos dispositivos legais que possibilite a terceirização das atividades-fim das empresas, ou que permita que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Conforme as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, os direitos humanos possuem quatro funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.³

¹ Adota-se o entendimento de José Francisco Rezek de que “convenção” é apenas uma variante terminológica do tratado internacional, utilizando-se, portanto, esses termos como sinônimos. REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 15-16.

² STF, Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento: 3/12/2008. Publicação: DJe 4/6/2009.

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-410.

Todos os agentes estatais estão adstritos ao dever de proteção perante terceiros dos direitos humanos, o qual enseja o dever do Poder Legislativo de não produzir normas contrárias a tais direitos e, caso isso ocorra, o dever do Poder Judiciário de fazer sucumbir a norma violadora por meio do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade. Com efeito, o agente estatal encontra-se juridicamente impedido de atuar de forma a afrontar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo vedado ao legislador produzir norma contrária a esse último e proibido ao julgador dar cumprimento à norma violadora desse mesmo Direito, ainda que aprovada segundo os trâmites do processo legislativo nacional.⁴

Desse modo, o Poder Judiciário nacional, inclusive os juízes de primeira instância, tem a obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas *ex officio*, por serem agentes estatais vinculados às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Devem os magistrados, portanto, deixar de aplicar as normas internas que contraponham esse último. Essa obrigação jurídica decorre do § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, bem como de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, da ONU; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da OEA; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, da OEA). Tal entendimento, inclusive, já foi consagrado pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 89, de 1998.⁵

⁴ Vide BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁵ Podem ser citadas, ilustrativamente, a decisão do STF no RE 466.343 (data de julgamento: 3/12/2008), bem como as seguintes decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. N. 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito.

Assim sendo, o Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade dos dispositivos da Lei 6.019/74, alterados pela Lei n. 13.467/2017, conferindo-lhes uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação dos referidos dispositivos legais que possibilite a terceirização das atividades-fim das empresas, ou que permita que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

3 NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS À IGUALDADE E À NÃO DISCRIMINAÇÃO

A Lei n. 6.019, de 1974, ao ser alterada pela Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017⁶, passou a prever expressamente, em seu artigo 4º-A, a possibilidade de terceirização de quaisquer atividades da empresa, inclusive de suas atividades principais ou atividades-fim.⁷

A terceirização não é um instituto jurídico, sendo na realidade um fenômeno pertencente a outras áreas do conhecimento, especialmente à Economia e à Administração de Empresas. Ela pode ser conceituada como

Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. N. 70; Caso Paniagua Morales e outros Vs Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. N. 37; Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. N. 171; e Opinião Consultiva OC-14/94, sobre a responsabilidade internacional por promulgação e aplicação de leis violadoras da Convenção (arts. 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). In BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁶ A Lei n. 13.467/2017 foi publicada no Diário Oficial da União em 14/7/2017 e prevê, em seu artigo 6º, que entrará em vigor após 120 (cento e vinte) dias de sua publicação oficial.

⁷ “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.”

[...] o processo de repasse para a realização de complexo de atividades por empresa especializada, sendo que estas atividades poderiam ser desenvolvidas pela própria empresa.⁸

O objetivo e a própria razão de ser da terceirização são, portanto, o repasse de serviços ou atividades especializadas a uma empresa que detém melhores condições técnicas de realizá-los. Transfere-se a outra empresa a realização de um serviço ou atividade que a própria empresa realizava ou poderia realizar, pois aquela é especializada em sua execução e esta pode concentrar-se na consecução de seu objeto social. E é exatamente a especialização e a concentração que possibilitarão a melhoria na qualidade dos bens ou serviços e o aumento da produtividade, propiciando maior competitividade e maiores lucros.

Esse é o conceito de terceirização, criado pelas Ciências da Economia e da Administração e apropriado pelo Direito do Trabalho. Trata-se, portanto, de uma técnica de administração, e não de gestão de pessoal, razão pela qual a terceirização somente será lícita se for empregada dessa forma. A sua utilização para reduzir custos trabalhistas é, em verdade, um desvirtuamento do instituto, com o objetivo ilícito de impedir a aplicação da legislação laboral, o que gera a sua nulidade, nos termos do art. 9º da CLT.

Desse modo, condição imprescindível para que a terceirização seja lícita é que ela não seja utilizada para reduzir custos trabalhistas, isto é, que ela não ocasione a precarização das condições laborativas dos trabalhadores terceirizados.

As pesquisas científicas e os dados estatísticos revelam que a terceirização responde, em larga medida, pelas elevadas taxas de rotatividade do mercado de trabalho brasileiro. Em 2014, os vínculos de emprego dos trabalhadores terceirizados duravam, em média, 34,1 meses ou 2 anos e 10 meses. No caso dos empregados diretos

⁸ CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 77-78.

dos tomadores de serviços, a duração média dos vínculos era de 70,3 meses ou 5 anos e 10 meses.⁹

Em pesquisa encomendada pelo Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros do Estado de São Paulo (SINDEEPRES), avaliaram-se os desdobramentos do movimento de terceirização, de 1985 a 2005, a partir de dados relativos ao Estado de São Paulo. Concluiu-se que os trabalhadores terceirizados, quando comparados aos empregados diretamente contratados por empresas tomadoras de serviços, se submetem a alta rotatividade: oito em cada dez empregados terceirizados seriam substituídos ao final de cada ano de trabalho.¹⁰

Em pesquisa mais recente, sobre o processo de terceirização no Estado de São Paulo de 1985 a 2010, constatou-se que a permanência média no posto de trabalho terceirizado não se alterou substancialmente com referência à pesquisa anterior, mantendo-se ao redor dos 18 meses, o que equivale a um ano e meio de contratação.¹¹

Trabalhadores terceirizados, que têm contratos de trabalho sucessivamente extintos antes de completar um ano, não chegam a adquirir direito a férias anuais remuneradas, o qual se encontra assegurado em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como veremos. Aqueles que têm contrato extinto no segundo ano de trabalho provavelmente não usufruem as férias, por não permanecerem no emprego nos doze meses consecutivos que compreendem o período concessivo. Geralmente, nesses casos, recebem em pecúnia a remuneração das férias simples e

⁹ DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho*. Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Nota Técnica, n. 172, março/2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁰ POCHMANN, Márcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho*. Pesquisa publicada no site do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (SINDEEPRES). Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹¹ POCHMANN, Márcio. *Sindeepres, trajetória da terceirização*. Disponível em: <<http://bit.ly/2rTrd9A>> ou <<http://sindeepres.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

proporcionais não gozadas e emendam contratos sucessivos de trabalho com empregadores diferentes, sem desfrutar de férias, o que monetiza um direito fundado em considerações e metas relacionadas à saúde pública. A prática esvazia sobremaneira a eficácia do direito fundamental voltado à regeneração física e mental e ao convívio social e familiar do trabalhador.

A análise comparativa da remuneração também demonstra que os terceirizados recebem salários menores do que os empregados dos tomadores de serviços que exercem a mesma função. De 2007 a 2014, essa diferença se manteve, em média, entre 23% e 27%.¹²

Em pesquisa sobre o processo de terceirização no período de 1985 a 2010, constatou-se que, por força do avanço macroeconômico da economia brasileira, entre 1985 e 1998, o salário médio real dos trabalhadores terceirizados do Estado de São Paulo cresceu 4,2%, mas que, mesmo assim, “desde a década de 1980, ele não representou mais do que 50% do valor estimado do salário médio real dos trabalhadores em geral.”¹³ Disso se conclui que, mesmo em período de maior oferta de emprego, a remuneração média percebida por trabalhador terceirizado representa apenas metade do salário percebido pela média dos trabalhadores em geral.

Ressalta-se que o mesmo fenômeno é observado em outros países, como os Estados Unidos, no qual uma pesquisa recente demonstra que 20% do crescimento da desigualdade entre 1989 e 2014 está relacionado diretamente com a terceirização.¹⁴

Em relação à jornada de trabalho, observa-se que 85,9% dos trabalhadores terceirizados possuem jornada contratada na faixa de 41 a 44 horas semanais contra 61,6% no caso dos empregados dos tomadores de serviços.¹⁵ Ademais, em pesquisa realizada, verificou-se que os trabalhadores terceirizados realizam jornada

¹² DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho*.

¹³ POCHMANN. Márcio. *Sindeepres, trajetória da terceirização*.

¹⁴ Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2017/09/03/upshot/to-understand-rising-inequality-consider-the-janitors-at-two-top-companies-then-and-now.html?mcubz=3>>. Acesso em: 12 set. 2017.

¹⁵ DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho*.

de trabalho pelo menos três horas superiores à jornada contratada.¹⁶ Esse aumento de jornada, praticado continuamente, sem gozo seguro de férias, aprofunda o esgotamento físico e mental e favorece maior ocorrência de adoecimentos profissionais.

Ao final dos contratos de menor duração, os trabalhadores terceirizados ainda se sujeitam a maior inadimplência de direitos rescisórios (aviso prévio, indenização, férias e décimo terceiro proporcionais etc.). Principalmente nos setores de vigilância e asseio e conservação, o desrespeito aos direitos dos empregados é constante, porque “[...] a empresa ‘desaparece’ e os trabalhadores(as) não recebem as verbas indenizatórias às quais têm direito com o fim do contrato.”¹⁷ Isso viola o direito à remuneração justa e proporcional ao trabalho realizado, previsto nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como veremos.

Concluiu-se, portanto, que a remuneração e as condições de trabalho dos terceirizados são bastante inferiores do que aquelas verificadas entre os empregados dos tomadores de serviços.

Ressalta-se que o artigo 4º-C da Lei n. 6.019/74, com a alteração efetuada pela Lei n. 13.467/2017, prevê expressamente que são assegurados aos trabalhadores terceirizados, quando e enquanto prestarem serviços nas dependências da tomadora de serviços, as mesmas condições relativas a: alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios; direito de utilizar os serviços de transporte; atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir; e sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

¹⁶ DIEESE. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. São Paulo. Disponível em: <<http://bit.ly/2rWN00f>> ou <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁷ DIEESE. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. São Paulo. Disponível em: <<http://bit.ly/2rWN00f>> ou <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

O referido dispositivo legal prevê como mera faculdade da contratante e da contratada estabelecerem, caso queiram, que os trabalhadores terceirizados recebam um salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos expressamente na norma. *A contrario sensu*, o dispositivo legal permite que os trabalhadores terceirizados recebam remuneração e benefícios menores do que aqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira faz uma síntese interessante do que na prática tem representado a realidade dos trabalhadores terceirizados:

Os terceirizados são, em geral, trabalhadores que desfrutam de salários mais baixos e condições de trabalho desfavoráveis. A terceirização abala aspectos essenciais da CLT, como a subordinação e a pessoalidade diretas. Inverte a regra geral da indeterminação do prazo contratual, para consagrar a temporalidade. A rotatividade muitas vezes inviabiliza o gozo das férias. Os sindicatos de terceirizados desfrutam de menores condições de mobilização e reivindicação. As estatísticas dos acidentes de trabalho indicam que sua incidência aumenta nas hipóteses de terceirização.¹⁸

Desse modo, resta claro que aos trabalhadores terceirizados é dispensado tratamento muito inferior àquele assegurado aos empregados diretos do tomador de serviços. Com efeito, os trabalhadores terceirizados, embora trabalhem mais, recebem salários e benefícios menores. Ressalta-se que deve ser adotado o conceito amplo de remuneração previsto na Convenção n. 100 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 1956, e promulgada pelo Decreto n. 41.721, 1957. Conforme o artigo 1º dessa Convenção, “remuneração”

[...] compreende o salário ou o tratamento ordinário, de base, ou mínimo, e todas as outras vantagens, pagas direta ou indiretamente, em espécie ou *in natura* pelo empregador ao trabalhador em razão do emprego deste último.

¹⁸ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Terceirização, a CLT e a constituição*. Disponível em: <<http://www.prt10.mpt.gov.br/content/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-clt-e-constitui%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

Esse tratamento muito inferior dispensado aos trabalhadores terceirizados viola o princípio da isonomia, assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O fato de o trabalhador terceirizado não ser empregado direto do tomador de serviços não é motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas.

O princípio da isonomia, de acordo as lições desenvolvidas pioneiramente pelo jurista alemão Leibholz, deriva do princípio geral da justiça e consiste na interdição do arbítrio. Para o autor, o princípio cumpre uma função fundamental, como forma de realização da democracia, devendo presidir a atuação do Estado em todos os níveis, limitando, inclusive, a discricionariedade do legislador:

[...] os direitos fundamentais, nos quais se inclui o princípio da isonomia, precedem o momento legislativo, pelo que a atuação legislativa deveria, conseqüentemente, conformar-se com o sentido de tal princípio.¹⁹

De fato, todos os atos de Direito devem se assentar numa razão necessária, ou, ao menos, em uma razão suficiente, consistindo o ato jurídico arbitrário “[...] numa motivação ou na procura de uma finalidade estranha à situação objetiva.”²⁰

Nesse sentido, por imposição do princípio da isonomia, a paridade ou a diferenciação operada pelo legislador deve se assentar em uma base efetiva de justificação, em uma razão necessária, suficiente, em um motivo atendível. Esse entendimento foi adotado pela jurisprudência alemã já na década de 1920. Em

¹⁹ “O critério que em última instância permite determinar o que é ou não é arbitrário (isto é, ‘justo’), não pode ser fixado à partida, vivendo no campo do mutável historicamente e sendo ditado pela consciência jurídica de cada época [...] a justiça, como outros valores, está indissolúvelmente ligado à própria vida social [...] encontrando-se em perpétua evolução”. DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 78 e 80.

²⁰ LEIBHOLZ. *Die Gleichheit vor dem Gesetz*. 1. ed. Berlim, 1925. p. 91 *apud* DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. p. 80.

uma decisão do “Reischgericht”, de 04 de novembro de 1925, com relação a um diploma legal, afirmou-se que “[...] uma diferença de tratamento que não tivesse por base uma justificação razoável seria arbitrária e violaria o princípio da isonomia.”²¹

A doutrina de Leibholz, no entanto, veio realmente a ser consagrada pela jurisprudência alemã após a queda do regime nazista e a promulgação da Constituição de Bohn, em 1949. A Corte Constitucional, em decisão datada de 23 de outubro de 1951, afirmou que:

O princípio da isonomia é violado quando não conseguimos encontrar, na base de uma diferença ou de uma igualdade de tratamento legal, uma justificação razoável, resultante da natureza das coisas ou de uma qualquer outra razão objetivamente plausível, pois quando assim acontece, a disposição deve ser considerada arbitrária.

A Corte entendeu, assim, que o princípio da isonomia implica que qualquer diferença ou semelhança de tratamento deve ser justificada por uma razão objetiva suficiente, sob pena de essa medida se configurar como arbitrária e, assim, juridicamente inválida.²²

Consoante a jurisprudência alemã, a ideia de “razão objetiva suficiente”, como corolário lógico do princípio da isonomia, deve ser respeitada, quer quando se trate de uma norma que diferencie, quer quando se trate de uma norma que confira uma disciplina paritária. Tanto a diferença, quanto a igualdade de tratamento, devem ser assentadas em razões objetivas, em motivos plausíveis. Essa dupla vertente do princípio da isonomia foi sedimentada pelos juízes alemães como “[...] a obrigação de não tratar o que é

²¹ *Entsch. des Reichsgerichts in Ziv.*, t. 111, p. 320 e ss. *apud* DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. p. 82.

²² “Vimos já, aliás, que para Leibholz o princípio da igualdade significava a proibição do arbítrio, assim como já adiantámos que após 1949 a jurisprudência alemã actuou no mesmo sentido”. DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. p. 84-86.

essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, e de não tratar o que é essencialmente desigual de forma arbitrariamente igual.”²³

O legislador não pode, assim, tratar aquilo que é essencialmente igual de forma arbitrariamente desigual, o que pode e deve ser averiguado em sede de controle de convencionalidade das leis, o qual, na maioria dos países democráticos, como o Brasil e a Alemanha, é da competência do Poder Judiciário.

Pelo exposto acima, podemos concluir que o princípio da isonomia consiste na proibição do arbítrio, o que significa que deve haver uma razão objetiva, razoável, para que se proceda à diferenciação. Essa proibição se dirige a todos os níveis da atuação estatal, inclusive ao legislador. Aplicando esse raciocínio ao presente caso, temos que não existe uma razão suficiente, dotada de razoabilidade, para atribuir ao trabalhador terceirizado um patamar de tutelas inferior àquele garantido aos empregados.

O mero fato de o vínculo empregatício não ser estabelecido formalmente com o tomador de serviços, e sim com a empresa contratada, não justifica a disparidade de tratamento, pois a razão de ser das tutelas trabalhistas reside não nesse elemento, mas sim na hipossuficiência do obreiro, a qual se faz presente tanto no caso dos empregados da tomadora, quanto no caso dos trabalhadores terceirizados. Desse modo, a diferença de tratamento, sem uma razão suficiente para justificá-la, consiste em verdadeiro arbítrio, com conseqüente violação ao princípio da isonomia. Esse princípio - que é assegurado pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil - deve necessariamente ser respeitado pelo legislador.

Nesse sentido, ao atribuir um patamar inferior de tutelas ao trabalhador terceirizado, o legislador viola o princípio da isonomia, o que configura verdadeira discriminação, a qual é vedada

²³ A Corte Constitucional alemã, em decisão datada de 1953, cuidou de esclarecer a definição de arbítrio: “desadequação objectiva e manifesta da medida legislativa à situação de facto que ela visa regular.” DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. p. 85 e 87.

expressamente pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Cumpre notar que essas normas internacionais trazem uma noção ampla de discriminação, a qual não se limita apenas aos fatores expressamente mencionados, mas abrange quaisquer outras formas de discriminação.

A discriminação consiste, nas palavras de Mauricio Godinho Delgado, em uma

[...] conduta pela qual se nega à pessoa, em face de critério injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada.²⁴

Ao se atribuir aos trabalhadores terceirizados um patamar de tutelas bastante inferior àquele assegurado aos empregados do tomador de serviços, sem um motivo suficiente para justificá-lo, está-se diante de verdadeira discriminação. De fato, a razão de ser das normas trabalhistas não é o estabelecimento formal do vínculo de emprego com o tomador de serviços, mas sim a hipossuficiência do obreiro. Esta se faz presente tanto no caso dos empregados do tomador, quanto na hipótese dos trabalhadores terceirizados, razão pela qual a diferença de tratamento entre eles não se justifica, configurando verdadeira discriminação.

A doutrina e a jurisprudência destacam a necessidade de se assegurar tratamento isonômico aos trabalhadores terceirizados, a fim de se evitar que a terceirização gere a precarização das condições de trabalho no País, como destaca Mauricio Godinho Delgado:

A fórmula terceirizante, se não acompanhada do remédio jurídico da comunicação remuneratória, transforma-se em mero veículo de discriminação e aviltamento do valor da força de trabalho, rebaixando drasticamente o já modesto padrão civilizatório alcançado no mercado de trabalho do país.²⁵

²⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 902.

²⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 543-544.

A exigência de que seja assegurado aos trabalhadores terceirizados tratamento semelhante àquele dispensado aos empregados diretos dos tomadores de serviços, em termos de remuneração e condições de trabalho em geral, é consagrada também pela jurisprudência.²⁶

Desse modo, ao ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo-a para as atividades-fim das empresas, e ao possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços, os dispositivos da Lei n. 6.019/74, alterados pela Lei n. 13.467/2017, violam o direito à igualdade formal e material previsto nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, fomentando a discriminação por situação econômica.

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU), prevê o seguinte:

Artigo 2º. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

Artigo 7º. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

²⁶ Podem ser citadas, ilustrativamente, as seguintes decisões: TST, E-RR-654203-40.2000.5.15.5555, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/9/2005, Data de Publicação: DJ 11/11/2005; e TRT da 3ª Região; Processo: 00764-2011-134-03-00-5 RO; 8ª Turma; Relator: Márcio Ribeiro do Valle; Revisor: Denise Alves Horta; Data de Publicação: 20/4/2012; Divulgação: 19/4/2012. DEJT. p. 103.

Artigo 23.

§ 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

§ 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

§ 3. Toda pessoa que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. (sem destaques no original)

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 1992, dispõe o seguinte:

Artigo 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. (sem destaques no original)

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da ONU, o qual foi aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, 1991, e promulgado pelo Decreto n. 591, de 1992, por sua vez, prevê o seguinte:

Artigo 2º.

[...]

2. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados e exercerão em discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Artigo 5º.

1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no

presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

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

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
 - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;
 - ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;
- b) A segurança e a higiene no trabalho;
- c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;
- d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados. (sem destaques no original)

A Declaração Referente aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho (“Declaração de Filadélfia”), de 1944, anexada à Constituição da OIT, dispõe o seguinte:

I. A Conferência reafirma os princípios fundamentais sobre os quais repousa a Organização, principalmente os seguintes:

- a) o trabalho não é uma mercadoria;

[...]

II. A Conferência, convencida de ter a experiência plenamente demonstrado a verdade da declaração contida na Constituição da Organização Internacional do Trabalho, que a paz, para ser duradoura, deve assentar sobre a justiça social, afirma que:

- a) todos os seres humanos de qualquer raça, crença ou sexo, têm o direito de assegurar o bem-estar material e o desenvolvimento espiritual dentro da liberdade e da dignidade, da tranquilidade econômica e com as mesmas possibilidades;
- b) a realização de condições que permitam o exercício de tal direito deve constituir o principal objetivo de qualquer política nacional ou internacional;
- c) quaisquer planos ou medidas, no terreno nacional ou internacional, máxime os de caráter econômico e financeiro, devem ser considerados

sob esse ponto de vista e somente aceitos, quando favorecerem, e não entravarem, a realização desse objetivo principal;

[...]

III. A Conferência proclama solenemente que a Organização Internacional do Trabalho tem a obrigação de auxiliar as Nações do Mundo na execução de programas que visem:

a) proporcionar emprego integral para todos e elevar os níveis de vida;
b) dar a cada trabalhador uma ocupação na qual ele tenha a satisfação de utilizar, plenamente, sua habilidade e seus conhecimentos e de contribuir para o bem geral;

[...];

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

[...]

j) assegurar as mesmas oportunidades para todos em matéria educativa e profissional. (sem destaques no original)

A Constituição da OIT, portanto, proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como mercadoria: *labour is not a commodity* (alínea “a” do art. 1º da Declaração de Filadélfia, de 1944, incorporada à Constituição da OIT).²⁷

Do ponto de vista filosófico, embora diversos autores de renome, como Hegel, tenham tratado da dignidade da pessoa humana²⁸, destaca-se, para o tema do trabalho e da terceirização, o pensamento de Kant. Para esse filósofo alemão, os seres racionais estão submetidos a um imperativo categórico que determina que “[...] cada um deles jamais deve tratar a si mesmo e a todos os outros como meros meios, mas sempre ao mesmo tempo como fim em si mesmo.”²⁹ Nesse sentido, prossegue o autor:

²⁷ OIT. *ILO Constitution*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.

²⁸ SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 105-118.

²⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009. p. 259 e 261.

O homem, porém, não é uma coisa, por conseguinte não é algo que possa ser tomado como mero meio, mas, em todas as suas ações, tem de ser considerado sempre como fim em si mesmo. [...]. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. O que tem preço, em seu lugar também se pode pôr outra coisa, enquanto equivalente; mas o que se eleva acima de todo preço, não permitindo, por conseguinte, qualquer equivalente, tem uma dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades humanas em geral tem um preço de mercado; o que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é um comprazimento com o mero jogo sem visar fins das forças de nosso ânimo, preço afetivo; mas o que constitui a condição sob a qual apenas algo pode ser um fim em si não tem meramente um valor relativo, isto é, um preço, só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, mas um valor intrínseco, isto é, dignidade.³⁰

Desse modo, a dignidade inerente ao ser humano impede que ele seja utilizado como mero instrumento, como meio para a consecução de um fim. O homem é fim em si mesmo, não se admitindo em hipótese alguma a sua “coisificação”.

Considerando que a dignidade da pessoa humana foi consagrada pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, a ordem jurídica pátria veda a coisificação do ser humano e a utilização do trabalho como mercadoria, isto é, a prática de *marchandage*.

A terceirização sem limites, por possibilitar que o homem seja tratado como mero artigo de comércio, sendo livremente negociado, alugado, arrendado, a exemplo das coisas e dos animais, viola frontalmente a sua dignidade, sendo, portanto, vedada pelos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. O homem tem dignidade, e não um preço, nas palavras de Kant, devendo assim ser tratado pela ordem jurídica.

A dignidade é, portanto, qualidade intrínseca do ser humano, dotada dos atributos da irrenunciabilidade e da inalienabilidade, de modo que o seu respeito e a sua tutela são deveres do Estado e da sociedade. Cabe ao Estado, inclusive ao Poder Judiciário, a proteção e a manutenção da condição de dignidade do homem.

³⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. p. 245 e 265.

Ao consagrarem a dignidade, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil trazem o ser humano como finalidade precípua da atividade estatal e centro convergente de direitos. Esse entendimento deve orientar as relações de trabalho e o seu respectivo ramo jurídico: o Direito do Trabalho.

O trabalho não é apenas fonte de subsistência, mas meio por excelência de realização pessoal e de integração comunitária, social e política, o que somente ocorre quando é exercido com dignidade. Desse modo, ao assegurar o direito ao trabalho, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil estão se referindo, necessariamente, ao trabalho digno, excluindo todas as formas de degradação e coisificação do ser humano e, portanto, a terceirização sem limites e precarizante.

A Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, por sua vez, prevê o seguinte:

A Conferência Internacional do Trabalho,

1. Lembra:

a) que no momento de incorporar-se livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, e se comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas;

b) que esses princípios e direitos têm sido expressados e desenvolvidos sob a forma de direitos e obrigações específicos em convenções que foram reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização.

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é:

a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;

b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;

c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e

d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

3. Reconhece a obrigação da Organização de ajudar a seus Membros, em resposta às necessidades que tenham sido estabelecidas e expressadas, a alcançar esses objetivos fazendo pleno uso de seus recursos constitucionais, de funcionamento e orçamentários [...]. (sem destaques no original)

A Convenção n. 111, que é uma das Convenções fundamentais da OIT e trata da Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 104, de 1964, e promulgada pelo Decreto n. 62.150, de 1968. Essa Convenção prevê o seguinte:

Art. 1 - 1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;
- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.

Art. 2 - Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com o objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

Art. 3 - Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor deve por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais:

[...]

- c) revogar todas as disposições legislativas e modificar todas as disposições ou práticas administrativas que sejam incompatíveis com a referida política; (sem destaques no original)

No âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948 dispõe o seguinte:

Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra.

Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. Toda pessoa que trabalha tem o direito de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si mesma e para sua família. (sem destaques no original)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (“Pacto de São José da Costa Rica”), da OEA, promulgada pelo Decreto n. 678, de 1992, também traz os seguintes dispositivos:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 24. Igualdade perante a lei. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (sem destaques no original)

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, da OEA, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 56, de 1995, e promulgado pelo Decreto n. 3.321, de 1999, também prevê o seguinte:

Artigo 3. Obrigação de não discriminação. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 4. Não-admissão de restrições. Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Artigo 5. Alcance das restrições e limitações. Os Estados Partes só poderão estabelecer restrições e limitações ao gozo e exercício dos direitos estabelecidos neste Protocolo mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos.

Artigo 7. Condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular:

- a. Remuneração que assegure, no mínimo, a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e para suas famílias e salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção;
- b. [...];
- c. O direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço;
- d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional;
- e. Segurança e higiene no trabalho;
- f. [...]
- g. Limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;
- h. Repouso, gozo do tempo livre, férias remuneradas, bem como remuneração nos feriados nacionais. (sem destaques no original)

Desse modo, ao ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo-a para as atividades-fim das empresas, e ao possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços, os dispositivos da Lei n. 6.019/74, alterados pela Lei n. 13.467/2017, violam o princípio da isonomia e da não discriminação consagrado nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

4 NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO

A maior incidência de terceirizados entre as vítimas de acidentes de trabalho fatais tem sido demonstrada por pesquisas realizadas nos últimos anos, não apenas nos setores elétrico e petroleiro, mas também nas demais atividades econômicas.³¹ Do mesmo modo, restou comprovada a maior incidência de doenças ocupacionais entre os trabalhadores terceirizados, em especial no ramo das telecomunicações.³²

Com efeito, a participação dos afastamentos por acidentes de trabalho típicos é mais elevada entre os trabalhadores terceirizados do que entre os empregados dos tomadores de serviços, chegando a ser duas vezes mais alta, em alguns casos.³³ A lógica de máxima depressão do custo da mão de obra, imposta pela dinâmica inerente à terceirização de serviços, conduz à redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Como demonstrado em uma pesquisa científica recente:

A terceirização segue a racionalidade econômica; as empresas só a adotam se essa modalidade de contratação representar uma redução de custos. Além disso, uma outra motivação pouco discutida é sua utilização em áreas em que as possibilidades de adoecimento são maiores, principalmente em

³¹ Cf. FUNDAÇÃO COGE. *Relatório de Estatísticas de Acidentes no setor Elétrico Brasileiro 2010*. Disponível em: <http://www.funcoge.org.br/csst//relat2010/index_pt.html>. Acesso em: 16 ago. 2017; DIEESE. *Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017. Vide também KREIN, José Dari, FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *A luta contra a legitimação da terceirização no STF*. Disponível em: <<http://www.brasilefato.com.br/node/29131>>. Acesso em: 16 ago. 2017. Vide, ainda, DIEESE. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*.

³² FILGUEIRAS, Vitor Araújo; DUTRA, Renata Queiroz. *O Supremo e a repercussão geral no caso da terceirização de atividade-fim de empresas de telecomunicações: o que está em jogo?* Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/o_supremo_e_a_repercussao_geral_no_caso_da_terceirizacao_de_atividade-fim_de_empresas_de_telecomunicacao.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

³³ DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho*.

linhas de produção com processos produtivos repetitivos. Nessas áreas, em que trabalham majoritariamente mulheres, é muito comum as empresas terceirizarem toda a sua linha de produção para evitar passivos trabalhistas futuros. Para reduzir seus custos, as empresas poderão transferir parte ou todo o processo produtivo, que poderá ser realizado dentro ou fora de suas dependências. É grande, pois, a probabilidade de que todas as ocupações que não necessitam de qualificação ou se configuram como trabalho não especializado serão terceirizadas, especialmente nas categorias profissionais em que as normas coletivas proporcionaram avanços salariais e benefícios significativos, como vale-alimentação e refeição, auxílio-creche, ampliação da licença maternidade, entre outras. [...] Nesse movimento, os jovens e as mulheres tendem a ser os primeiros a terem seus postos de trabalho eliminados, as mulheres por estarem nas ocupações mais facilmente transferíveis e os jovens porque seu ingresso no mercado de trabalho se dará através de uma terceirizada [...] direitos serão rebaixados, o conceito de categoria profissional será substituído por prestadores de serviços, levando à desconstrução e à desestruturação das categorias profissionais e das ocupações da forma como as conhecemos hoje [...] sendo pública a vasta produção científica que evidencia a relação entre terceirização e acidentalidade, inclusive para trabalhadores que realizam as mesmas atividades.³⁴

A terceirização cria, assim, um ambiente facilitador à ocorrência de acidentes de trabalho e à incidência de doenças ocupacionais, o que viola a Convenção n. 155 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1992, e promulgada pelo Decreto n. 1.254, de 1994. Por meio dessa Convenção, o Brasil se comprometeu a implementar uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores, com o objetivo de prevenir os acidentes de trabalho e as doenças ocupacionais, reduzindo ao mínimo as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho. Confira-se:

Art. 4. 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e

³⁴ CESIT/IE/UNICAMP. *Dossiê Reforma Trabalhista*. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho. (sem destaques no original)

Segundo a Convenção n. 155 da OIT, essa política, fundada no princípio de permanente cooperação entre empregador e trabalhadores (art. 20), exige do país ações normativas que pressuponham uma relação de pessoalidade entre o trabalhador e a empresa titular do ambiente de trabalho e a presença minimamente estável nesse ambiente, especialmente nas atividades industriais. São exemplos dessas ações: a) adaptação da maquinaria, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores (art. 5.b)³⁵; b) habilitação dos trabalhadores ou seus representantes na empresa para examinar todos os aspectos da segurança e a saúde relacionados com seu trabalho, devendo ser consultados nesse sentido pelo empregador etc. (art. 19.e)³⁶; c) proteção contra medida disciplinar injustificada do trabalhador que julgar necessário interromper situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que envolve perigo

³⁵ “5. A política à qual se faz referência no artigo 4 da presente Convenção deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho: [...] b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, do tempo de trabalho, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores.”

³⁶ “19. Deverão ser adotadas disposições, em nível de empresa, em virtude das quais: [...] e) os trabalhadores ou seus representantes e, quando for o caso, suas organizações representativas na empresa estejam habilitados, de conformidade com a legislação e a prática nacionais, para examinarem todos os aspectos da segurança e da saúde relacionados com seu trabalho, e sejam consultados nesse sentido pelo empregador. Com essa finalidade, e em comum acordo, poder-se-á recorrer a conselheiros técnicos alheios à empresa.”

iminente e grave a sua vida ou saúde, não podendo o empregador exigir retorno ao trabalho enquanto não houver tomado medidas corretivas (arts. 13 e 19.f).³⁷

O implemento de política dessa natureza e intensidade em um cenário de terceirização é ineficaz. A rotatividade dos trabalhadores terceirizados nos vários ambientes dos tomadores de serviços inviabiliza a adaptação de máquinas, equipamentos e processos de trabalho às suas específicas capacidades físicas e mentais. Da mesma forma, a alta rotatividade de mão de obra própria da terceirização impossibilita a habilitação permanente dos trabalhadores para identificar e proteger-se dos riscos no ambiente de trabalho.

Inexistindo na terceirização a relação de pessoalidade entre o trabalhador e o tomador do serviço, titular do ambiente de trabalho, a recusa do obreiro terceirizado em trabalhar sob iminente perigo à vida e saúde não possui real eficácia protetiva, mas apenas o submete a situação de absoluta fragilidade relacional na defesa de sua saúde e segurança.

Todo o exposto demonstra que a terceirização na atividade-fim da empresa viola as normas internacionais de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

5 NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS AO COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO

No período de 2010 a 2013, em 90% (noventa por cento) dos dez maiores resgates de trabalhadores em condições análogas à de escravo no Brasil, as vítimas eram terceirizados.³⁸

³⁷ “13. De conformidade com a prática e as condições nacionais, deverá ser protegido, de consequências injustificadas, todo trabalhador que julgar necessário interromper uma situação de trabalho por considerar, por motivos razoáveis, que ela envolve um perigo iminente e grave para sua vida ou sua saúde.”

³⁸ A pesquisa foi realizada a partir das ações do Ministério do Trabalho e Emprego: FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a30-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

A terceirização cria um ambiente facilitador ao uso de mão de obra em condições análogas à de escravo, o que viola a Convenção n. 29 da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 24, de 1956, e promulgada pelo Decreto n. 41.721, de 1957. Por meio dessa Convenção, o Brasil se comprometeu a suprimir a utilização do trabalho escravo “sob todas as suas formas” (art. 1.1). Viola também a Convenção 105 da OIT -, aprovada pelo Decreto Legislativo n. 20, de 1965, e promulgada pelo Decreto n. 58.822, de 1966 -, por meio da qual o Brasil se comprometeu a adotar medidas eficazes para a abolição imediata do trabalho escravo (artigo 2º). Cumpre notar que ambas são Convenções fundamentais da OIT.

Resta violado, ainda, o disposto no Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 231, de 2003, e promulgado pelo Decreto n. 5.017, de 2004.

6 NORMAS INTERNACIONAIS SOBRE LIBERDADE SINDICAL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A imposição de limites à terceirização justifica-se também pelos efeitos deletérios causados no plano coletivo. O trabalhador terceirizado não integra a categoria profissional vinculada à atividade econômica da empresa tomadora, sendo remetido a artificiosas categorias de prestadores de serviços, destituídas de poder de reivindicação de ganhos econômicos, em face da distância formal do polo econômico e da instabilidade institucional do empregador na relação contratual mantida com a empresa tomadora.

Esse verdadeiro *apartheid* sindical, induz a grave *deficit* de efetividade do direito fundamental à liberdade sindical e a mecanismos de conquista coletiva de melhoria de condição social do trabalhador, como a negociação coletiva e a greve. Nas empresas tomadoras, mera possibilidade de terceirizar todas as atividades

empresariais, em substituição ao emprego direto, já constitui ameaça permanente de desemprego ou de emprego terceirizado, de baixa qualidade, fator de enfraquecimento do poder de organização coletiva e de reivindicação sindical.

A fragmentação da mão-de-obra ocasionada pela terceirização desestrutura e enfraquece os sindicatos e as demais formas de organização coletiva dos trabalhadores, o que gera um rebaixamento nas condições de trabalho. Isso porque os sindicatos exercem um papel de extrema relevância, não apenas na conquista de novos direitos trabalhistas, mas também na garantia do efetivo cumprimento dos direitos previstos nas leis e nas normas coletivas. O exemplo dos países desenvolvidos demonstra que não há verdadeira democracia, nem real desenvolvimento socioeconômico, sem sindicatos fortes e atuantes.³⁹

A terceirização viola, portanto, o disposto na Convenção n. 98 da OIT, que foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 49, de 1952, e promulgada pelo Decreto n. 33.196, de 1953. Trata-se de uma das convenções fundamentais da OIT, relativa ao direito de organização e negociação coletiva, que prevê o seguinte:

Artigo 1º

1 - Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego.
[...]

³⁹ Pode ser citado o exemplo da categoria dos bancários que, sobretudo em razão da terceirização, sofreu uma redução significativa nos últimos anos, ocasionando o enfraquecimento da respectiva organização sindical. A respeito do tema, conferir os dados do DIEESE: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BA5F4B7012BAAF91A9E060F/Prod03_2007.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017. Como destaca Grijalbo Fernandes Coutinho, a partir dos dados do DIEESE, “[...] o número de empregados formais dos bancos instalados no Brasil, em 2005, era de 582.998, tendo ocorrido um decréscimo de 18,09% no número de postos de trabalho na última década. Para explicar parte dessa diminuição, em pesquisa realizada pela Pnad, 925.723 pessoas se declararam bancárias. É possível que metade da força de trabalho bancária ou algo muito próximo esteja sendo utilizada pelo nefasto processo de terceirização, responsável pelo enfraquecimento de uma das categorias com maior poder de mobilização política até meados dos anos 1980.” In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2011. p. 131.

Artigo 4º

Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego.

7 NORMAS INTERNACIONAIS RELATIVAS AO REGIME DE EMPREGO SOCIALMENTE PROTEGIDO

As normas produzidas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho consagram o regime de emprego socialmente protegido, centrado no contrato de emprego por prazo indeterminado, por meio do qual podem ser efetivamente exercidos os direitos assegurados ao trabalhador.⁴⁰

Com efeito, na Recomendação n. 198, de 31 de maio de 2006, a OIT propõe, no âmbito das políticas nacionais, que os membros definam em suas leis e regulamentos “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, com destaque para as seguintes características fáticas que integram conteúdo histórico da relação de emprego (item 4): a) o trabalho deve ser realizado envolvendo integração do trabalhador na organização da empresa (item 13.a); b) o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador (13.a); e c) o trabalho deve ter duração particular e certa continuidade no tempo (13.a).

A OIT realizou vários estudos comparados, em mais de sessenta países-membros, considerando as respectivas legislação e jurisprudência. Tais estudos confirmaram a importância da noção de relação de emprego, sobre a qual repousa substancialmente o sistema de proteção do Direito do Trabalho.⁴¹

⁴⁰ Vide, a propósito, a petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5735 ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face das alterações introduzidas pela Lei n. 13.429, de 2017, na Lei n. 6.019/74.

⁴¹ OIT. *La relación de trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo*. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006.

Essa manifestação exortativa da OIT sintetiza pretensão de consenso entre os estados-membros acerca de elementos fundamentais da relação de emprego: integração do trabalhador na organização da empresa, pessoalidade da prestação do trabalho e pretensão de máxima continuidade do vínculo de emprego, como atributos que conferem conteúdo protetivo ao vínculo de trabalho. Tais elementos, no entanto, são flagrantemente negados pela terceirização, por sua natureza de comércio de força de trabalho, o que descumpra princípios constitutivos da Organização Internacional do Trabalho, de que participa o Brasil.

8 CONCLUSÃO

Os dispositivos da Lei n. 6.019/74, alterados pela Lei n. 13.467/2017, visaram a ampliar as possibilidades jurídicas da terceirização, estendendo-a para as atividades-fim das empresas, e possibilitar que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

Tais dispositivos legais, no entanto, violam frontalmente os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, em especial as normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação, à saúde e segurança no trabalho, ao combate do trabalho em condições análogas à de escravo, à liberdade sindical e à negociação coletiva e ao regime de emprego socialmente protegido.

Os tratados internacionais de direitos humanos, como as normas produzidas no âmbito da OIT, quando não aprovados segundo os parâmetros estabelecidos no § 3º do art. 5º da CF/88, ingressam no ordenamento jurídico pátrio com *status* supralegal, conforme o entendimento firmado pelo STF. Desse modo, as normas legais -, como os dispositivos da Lei n. 6.019/74 alterados pela Lei n. 13.467/2017 -, devem ser interpretadas de acordo com as normas internacionais, que possuem, no mínimo, hierarquia supralegal.

O Poder Judiciário nacional, em especial a Justiça do Trabalho, tem o dever de realizar o controle de convencionalidade dos referidos

dispositivos legais, conferindo-lhes uma interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Nesse sentido, em conformidade com o disposto nas normas internacionais de proteção ao trabalho, deve ser excluída qualquer interpretação dos referidos dispositivos legais que possibilite a terceirização das atividades-fim das empresas, ou que permita que sejam conferidos ao trabalhador terceirizado remuneração e benefícios inferiores àqueles assegurados aos empregados do tomador de serviços.

ABSTRACT

This article aims to study the rules of Law n. 6.019/74, that have been modified by Law n. 13.467/2017, in contrast to the international treaties ratified by Brazil, which have at least a supralegal hierarchy. In accordance with these international treaties, due to the conventionality control, it must be excluded any interpretation of those rules that allows the outsourcing of a company's core activities or that allows a lower treatment to the outsourced workers compared to the company's employees.

Keywords: *Outsourcing. Labour-law reform. International rules of labour protection. Conventionality control.*

REFERÊNCIAS

- BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos humanos*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CESIT/IE/UNICAMP. *Dossiê reforma trabalhista*. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/06/Dossie_FINAL.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.

- COUTINHO, Grijalbo Fernandes. *Terceirização bancária no Brasil: direitos humanos violados pelo Banco Central*. São Paulo: LTr, 2011.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.
- DIEESE. *Terceirização e desenvolvimento, uma conta que não fecha*. São Paulo. Disponível em: <<http://bit.ly/2rWN00f>> ou <http://www.sinttel.org.br/downloads/dossie_terceirizacao_cut.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- DIEESE. *Terceirização e morte no trabalho: um olhar sobre o setor elétrico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- DIEESE. *Terceirização e precarização das condições de trabalho*. Condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. Nota Técnica, n. 172, março/2017. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- DRAY, Guilherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*. Coimbra: Almedina, 1999.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?* Disponível em: <<https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/terceirizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravo1.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo; DUTRA, Renata Queiroz. *O Supremo e a repercussão geral no caso da terceirização de atividade-fim de empresas de telecomunicações: o que está em jogo?* Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/o_supremo_e_a_repercussc3a3o_geral_no_caso_da_terceirizac3a7c3a3o_de_atividade-fim_de_empresas_de_telecomunicac3a7c3b5es.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- FUNDAÇÃO COGE. *Relatório de Estatísticas de Acidentes no setor Elétrico Brasileiro 2010*. Disponível em: <http://www.funcoge.org.br/csst//relat2010/index_pt.html>. Acesso em: 16 ago. 2017

- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução nova com introdução e notas por Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial; Barcarolla, 2009.
- KREIN, José Dari, FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *A luta contra a legitimação da terceirização no STF*. Disponível em: <<http://www.brasildefato.com.br/node/29131>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- OIT. *ILO Constitution*. Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:6135403041771296::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO#A1>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- OIT. *La relación de trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo. 95ª Reunión. Ginebra: OIT, 2006.
- PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. *Terceirização, a CLT e a constituição*. Disponível em: <<http://www.prt10.mpt.gov.br/content/terceiriza%C3%A7%C3%A3o-clt-e-constitui%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- POCHMANN, Márcio. *A superterceirização dos contratos de trabalho*. Pesquisa publicada no site do Sindicato dos Empregados em Empresas de Prestação de Serviços a Terceiros (SINDEEPRES). Disponível em: <<http://www.sindeepres.org.br>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- POCHMANN, Márcio. *Sindeepres, trajetória da terceirização*. Disponível em: <<http://bit.ly/2rTrd9A>> ou <<http://sindeepres.org.br/images/stories/pdf/pesquisa/trajetorias1.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2017.
- PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5735*.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

AS METAMORFOSES DAS
RELAÇÕES LABORAIS - O
TELETRABALHO NO *TSUNAMI*
NEOLIBERAL BRASILEIRO*

METAMORPHOSES OF
LABOR RELATIONS -
HOME OFFICE IN BRAZILAN
NEOLIBERAL *TSUNAMI*

Leonardo Rabelo de Matos Silva**
Hector Luiz Martins Figueira***

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo traçar o contexto das novas relações de trabalho no Brasil por meio do teletrabalho numa perspectiva neoliberal, por meio de uma metodologia de revisão de literatura e de leis, bem como entrevistas de campo. Com o advento da reforma trabalhista, tivemos uma legislação mais ampla sobre o tema, que tem por escopo regulamentar esse modelo já empregado por grandes empresas, como destacamos no segundo capítulo do texto. Já na terceira parte do artigo, dedicamo-nos a ouvir trabalhadores dessa modalidade de trabalho que se dispuseram a falar sobre vantagens e desvantagens desse mercado

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 6/11/17.

** Doutor em Direito e Coordenador e Professor Permanente do PPPGD/UVA da UVA/RJ.

*** Doutorando em Direito no PPGD/UVA e professor de Direito do Trabalho da UNESA/RJ.

de trabalho. Nossas conclusões iniciais são de que o teletrabalho é vantajoso para a maioria dos trabalhadores e empregadores e parece ser um caminho sem volta para muitas empresas nacionais.

Palavras-chaves: Teletrabalho. *Home office*. Neoliberalismo. Reforma trabalhista.

INTRODUÇÃO

A perspectiva deste trabalho é um tanto quanto ambiciosa, pois busca tratar de um tema novo para o direito laboral brasileiro; mais antigo para outros países ao redor do mundo. É o tema da regulamentação do teletrabalho e sua legislação positivada trazida com o advento da Lei n. 13.467/2017. Não podemos deixar de reforçar que o direito do trabalho pátrio tem passado por substanciais transformações com essa reforma trabalhista, que vem sendo legitimada no discurso político pelas transformações do contexto neoliberal, em que se situa uma economia de livre mercado.

Com bastante frequência ouvimos dizer que a modalidade do trabalho à distância, *home office*, ou teletrabalho, como queiram nomear, não existe no Brasil. Ressalva-se que muitos estudiosos da área distinguem essas expressões fora do Brasil, mas aqui são comumente usadas como sinônimos por juristas e pela jurisprudência. Para fins deste trabalho, também trataremos como expressões sinônimas.¹ Contudo, verificamos aqui, por meio de pesquisa de campo, trabalhadores e empresas que estão inseridos nessa sistemática de trabalho há alguns anos, abrigando inclusive funcionários com contratos únicos e exclusivamente desse modo.

¹ Outro ponto que demanda esclarecimentos, tendo em vista as corriqueiras confusões terminológicas promovidas pela mídia, doutrina e até mesmo pela jurisprudência, é que teletrabalho (ou *telework*) não é sinônimo de trabalho em domicílio ou *home office*. Em simples palavras, o teletrabalho é gênero do qual o *home office* é espécie, já que, além do âmbito residencial do próprio trabalhador, é perfeitamente possível teletrabalhar em telecentros, escritórios satélites, ou qualquer outro local que não seja o estabelecimento empresarial, desde que de modo não ocasional.

Então, poderíamos até supor que esses trabalhadores e empresas atuam de forma paralela à legislação vigente? Sob o manto da ausência legal? Sem dúvida, esses questionamentos nos trazem diversas vertentes de pensamento e reflexão, como propomos no seguir dessas linhas.

Dessa forma, intentaremos neste artigo um viés metodológico para além de mera análise do texto legal e dogmático, adentrando há a seara do direito vivo, olhando para a realidade dos trabalhadores que, dessa forma, optaram trabalhar e ganhar a vida. Por isso, estruturamos o artigo por meio de entrevistas e conversas com diversos empregados de variadas empresas nacionais e multinacionais na busca de dados desse campo tão pouco comentado em direito do trabalho. Não temos o objetivo, no entanto, de fazer uma pesquisa quantitativa e numérica, mas meramente qualitativa, a fim de fundamentar/questionar nossas impressões legais e práticas sobre o tema.

Não se pode olvidar de que o contexto do *home office* marca uma era de transformação das relações trabalhistas. Assim, o capitalismo globalizado e a tecnologia da informação contribuíram para constituir um novo meio de comunicação - via plataforma digital, que permite a possibilidade e execução de variados trabalhos longe do espaço físico onde se situa a empresa; gerando, portanto, uma liberdade de ação e vida que o próprio modelo neoliberal apregoa. Com o fenômeno da globalização e o advento da *internet*, presenciou-se a eclosão da terceira evolução tecnológica, implicando a substituição do modelo de produção taylorista-fordista pela fluidez e enxugamento do modelo produtivo toyotista. Assim, conforme leciona Teodoro (2015, p. 314),

A configuração do trabalho tomou novas formas como consequência da derrocada do socialismo real e do desenvolvimento do regime de acumulação do capital, que surge a partir desta terceira revolução tecnológica.

Na definição atual do termo, o neoliberalismo é uma ideologia política que defende claramente o primado absoluto da economia

sobre a política, o que constitui a defesa de um Estado minimalista e incapaz de cumprir as suas funções de soberania - funções essas que são, em sua maioria, delegadas para setores privados da sociedade. E é inegável que a América Latina, desde a era FHC, começa a se curvar a esse modelo de economia; de lá pra cá, ela amargou sucessivas crises econômicas e de desigualdade, bem comuns desse tipo de mercado. Segundo Armando Boito Jr:

[...] a pobreza não é um dado natural com o qual se deparam os governos neoliberais; ela é produzida pela própria política econômica neoliberal, que reduz o emprego e os salários e reconcentra a renda. (BOITO JR, 1999, p. 77).

Sem o propósito de criticar tais práticas neoliberais, mas apenas refletir sobre essa forma de sociedade, tendo em vista tais premissas, nosso artigo vai ser articulado em três partes, a saber: o neoliberalismo e as relações de trabalho, o *home office* e o teletrabalho regulamentado na Lei n. 10.437/2017 e, por fim, a parte onde estruturamos as entrevistas de quem já atua no contexto do teletrabalho e as suas impressões do campo.

1 O NEOLIBERALISMO E AS NOVAS RELAÇÕES LABORAIS

Yuval Noah Harari (2015), na última página de seu *best seller*, *Sapiens* - Uma breve história da humanidade, brinda-nos com a pergunta do século, que, segundo ele, não deve ser: “O que queremos nos tornar?”, e sim “O que queremos querer?” Indubitavelmente, parece que estamos nos tornando uma sociedade altamente tecnológica, fruto do conhecimento e da pesquisa de ponta, que produziu a era da informática, mudando a forma de olhar o mundo e todas as relações de vida nele existentes. Por outro lado, não é fácil responder o que queremos querer: de fato, a esse questionamento não sabemos a resposta.

A sociedade ocidental, de modo geral, caminha como um rebanho rumo ao abate; cabe a nós decidir se queremos, ou não, ser abatidos. É o meio ambiente se esvaindo, é o afeto se dizimando,

é a violência se naturalizando, é o trabalho se precarizando. O neoliberalismo se relaciona intimamente com o trabalho, numa toada de maximização de exploração do trabalho humano em prol do acúmulo de capital, num processo de acumulação de riqueza nas mãos de poucos e disseminação da pobreza em que a desigualdade social é confirmada diariamente.

Uma consequência de todo esse processo é o desemprego de inúmeros trabalhadores, que, sem emprego e sem salários, deixam de consumir e passam a comprometer a cadeia capitalista neoliberal. Logo, se não são consumidores, não são considerados cidadãos e estarão excluídos socialmente do mercado de consumo (GENTILI, 2002, p. 20). No artigo “Políticas sociais no contexto neoliberal: focalização e desmonte dos direitos”, os autores enfatizam essa premissa:

O neoliberalismo consiste na sustentação da tese segundo a qual o mercado é o principal e insubstituível mecanismo de regulação social, onde a sua enfática defesa do Estado mínimo. O propósito do neoliberalismo é combater as políticas macroeconômicas de matriz keynesiana e o combate à garantia dos direitos sociais, defendendo como meta a estabilidade monetária. (PEREIRA; SILVA; PATRIOTA, 2002, p. 09). (grifos nossos)

Hoje, muito se comenta que o Estado protetor é um componente estrutural importante das economias contemporâneas de viés capitalista, numa determinada forma de enlace entre o Estado e o Mercado, o Estado e a Sociedade, um modo reservado de regulação social, que se manifesta em certo momento do desenvolvimento capitalista. Essas mudanças no mundo do trabalho são acompanhadas pela globalização ou como muitos estudiosos denominam, “mundialização da economia”, de

[...] constituição de um regime de acumulação mundial predominantemente financeiro, ou melhor, uma nova configuração do capitalismo mundial e dos mecanismos que comandam seu desempenho e sua regulação. (CHESNAIS, 1996, *in* BERHING, 2003, p. 41).

Também na conjuntura da ideologia neoliberal, vale dizer que há um temor do crescimento do poder estatal, considerando-o uma ameaça à economia de mercado e, conseqüentemente, à liberdade individual. Essa liberdade individual está fundamentada numa ordem de competitividade e geração de lucro. Está mais bem posicionado socialmente quem produzir mais dinheiro em suas relações de trabalho. Giddens em *As conseqüências da modernidade*, ao citar Marx, assim sinaliza:

Em seus primeiros escritos, Marx falava do dinheiro como a “prostituta universal”, um meio de troca que nega o conteúdo dos bens e serviços substituindo-os por um padrão impessoal. O dinheiro permite a troca de qualquer coisa por qualquer coisa [...] O dinheiro torna possível a generalização destes, devido a seu papel de “pura mercadoria”. (GIDDENS, 1991, p. 30).

Mais adiante, em sua obra, o mesmo autor, ainda se valendo dos escritos de Marx, adverte que a transformação em mercadoria da força de trabalho foi um ponto de ligação particularmente importante entre o capitalismo e o industrialismo (GIDDENS, p. 67). Desse modo, o processo de industrialização deflagrou inúmeras formas de se trabalhar ao longo do tempo. Acompanhando as transformações e o desenvolvimento tecnológico, viu-se nascer e morrer diversos tipos de trabalho, e agora aparece com grande visibilidade uma forma de se trabalhar bem diferente da convencional. Aparentemente, com mais flexibilidade e menos regras. Seria esse o *home office*, ou o trabalho em casa. Sem uma suposta necessidade de uma jornada pré-definida de oito horas diárias, por exemplo.

A produção, nos moldes do fordismo, agora é vista com maus olhos, o trabalho chato, tradicional vem sendo reinventado na busca de fixar os trabalhadores na linha de produção, fidelizando-os na empresa. É como se, na verdade, houvesse uma retomada do suposto liberalismo clássico, que se afirma num sistema baseado na liberdade para todos os trabalhadores, a fim de garantir maior produtividade do trabalho humano. Contudo, num outro formato,

trabalho realizado de casa, com ou sem monitoramento do empregador, ou seja, a depender de como foi negociado entre as partes envolvidas.

2 O HOME OFFICE E O TELETRABALHO NA LEI N. 10.437/2017

Primeiramente, importa dizer que o surgimento do termo “trabalho a distância” foi verificado em 1950, na obra de Norbert Wiener, *Cybernetic and society*, na qual o autor formulou uma situação hipotética em que um arquiteto europeu, mediante o uso de fac-símile, supervisionava a construção de um imóvel nos EUA. Já o termo teletrabalho, propriamente, apareceu pela primeira vez apenas no início da década de 70, nos EUA, quando, em virtude da crise do petróleo, passou-se a pensar em reduzir o deslocamento de pessoas até o seu centro de trabalho (ESTRADA, 2014)²; sendo, portanto, a questão do deslocamento uma variável sempre observada quando se fala em teletrabalho.

Assim, ao olhar para as grandes cidades em horários de pico de trânsito, temos a impressão de que a rotina da maioria dos trabalhadores pouco mudou no decorrer de décadas. Acordar cedo, pegar metrô ou ônibus lotado, longos engarrafamentos, é a regra para eles - assim como para a maior parte dos trabalhadores ao redor do mundo. Porém, um grupo de trabalhadores e de empresas, há algum tempo, vem contribuindo para mudar esse cenário desenhado acima. Nos termos do que preconiza a Organização Internacional do Trabalho (OIT)³, o teletrabalho deve ser compreendido como:

² Consoante Jack Nilles, fundador do instituto, o teletrabalho corresponde a “Qualquer forma de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho.” (ESTRADA, 2014, p. 20).

³ A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919 no Tratado de Versalhes. Tem como objetivo criar programas direcionados a melhorar as condições socioeconômicas e humanas dos trabalhadores ao redor do mundo.

Trabalho realizado por uma pessoa, na sua residência ou em outro local que não seja o local de trabalho do empregador [...], independentemente de quem provê o equipamento, materiais ou outros insumos, a não ser que esta pessoa tenha o grau de autonomia e independência econômica para ser considerado trabalhador independente segundo as leis nacionais. (grifos nossos)

A legislação trabalhista brasileira, em 2011, alterou o art. 6º da CLT para abrigar o trabalho realizado a distância ou no domicílio do empregado, na busca de equiparar, para efeitos jurídicos, o trabalhador que tem sua jornada controlada por meios informatizados ou telemáticos. Assim é a redação da lei:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (grifos nossos)

De acordo com a doutrina brasileira, não havia previsão de teletrabalho no Brasil até o advento da Lei n. 10.437/17. Não concordamos com essa premissa, tendo em vista que o mencionado art. 6º assim já preceituava. Por óbvio que não existia, até o presente momento, uma descrição de como esse trabalho se desdobraria e suas implicações legais, mas a previsão está aventada desde os idos de 2011, tendo, dentre outras, como uma definição básica doutrinária acerca de tal ofício o entendimento de Rodrigues Pinto:

Seu melhor conceito é o de uma atividade de produção ou de serviço que permite o contato a distância entre o apropriador e o prestador da energia pessoal. Desse modo, o comando, a execução e a entrega do resultado se completarão mediante o uso da tecnologia da informação, sobretudo a telecomunicação e a informática, substitutivas da relação humana direta (RODRIGUES PINTO, 2007, p. 133). (grifos nossos)

Em que pese toda a discussão ou não do teletrabalho na legislação brasileira, é sabido da sua realização em larga escala por aqui. Tendo em vista a prática de tais atos, a nova lei, que altera a CLT, traz agora, em seu capítulo II - A, uma previsão detalhada do teletrabalho, com a seguinte redação no art. 75-B:

Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. (grifos nossos)

Segundo dados da revista Exame, nos Estados Unidos, 40% dos trabalhadores usam a opção do *home office*. Uma pesquisa recente mostra que, no Brasil, 26% das grandes empresas oferecem essa possibilidade de trabalho no país. Estudos apontam diversos benefícios desse modelo. Um levantamento do instituto americano Gallup mostra que os funcionários que adotam parcialmente o *home office* dedicam mais horas ao trabalho - 4 horas semanais a mais do que quem cumpre jornada no escritório - e relatam índices maiores de engajamento e satisfação. Essa constatação do referido instituto vai ao encontro das pesquisas de campo que realizamos no Brasil para ilustrar e fundamentar este artigo.

Existe um consenso de que inúmeras vantagens (econômicas) são trazidas para empresa e para o trabalhador nesse novo formato de relação laboral:

A consultoria americana *Global Workplace Analytics*, especializada em novas organizações do trabalho, estima que, nos Estados Unidos, a economia com a mudança chegue a 11.000 dólares por ano por funcionário, consideradas as contas de aluguel e energia. Do ponto de vista do trabalhador, as vantagens são grandes. As horas perdidas no deslocamento para o trabalho se revertem em até três semanas em horas livres a mais por ano. (*Revista Exame*, 2016.) (grifos nossos)

Outra modalidade que está prevista e albergada na nova redação do teletrabalho é a possibilidade do trabalho flexível ou de jornadas mistas, já aderidas por diversas empresas brasileiras.

Tal modalidade está prevista no art. 75-C da CLT, que fixa algumas premissas importantes em termos jurídicos:

A prestação dos serviços da modalidade teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido em prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (grifos nossos)

A nova redação da CLT parece se coadunar com as perspectivas do mercado de trabalho e, sem dúvida, do mercado empresarial. Uma pesquisa exclusiva da consultoria PwC, em parceria com a Fundação Getúlio Vargas, de São Paulo, com 113 companhias que, juntas, empregam 1,6 milhão de pessoas, mostra que uma das principais aspirações de seus funcionários é buscar formas alternativas de trabalhar. Para que isso seja garantido, a lei proclama que essas modalidades precisam ser expressamente ditas nos contratos de trabalho, bem como a alteração de regimes entre presencial e teletrabalho precisa ser negociada entre as partes com correspondente aditivo contratual.

A literalidade legal deixa também claro que a alteração da jornada presencial para o teletrabalho necessita apenas de mútuo consentimento das partes envolvidas. Mas, a alteração do regime de teletrabalho para o presencial pode ser determinada unilateralmente pelo empregador, garantido apenas o prazo mínimo de quinze dias de comunicação ao empregado. Tal proposição legal garante a hegemonia dos poderes hierárquicos e diretivos do empregador, o que, em verdade, quer reafirmar a presença da subordinação jurídica e hierárquica.

Nesse tipo de trabalho, realizado em casa, outro poder que passa a se destacar é o poder de fiscalização inerente ao empregador: trata-se do poder que é concedido ao empregador

para acompanhar e monitorar a prestação de serviços que é realizada pelo empregado. Quando se está diante do ambiente da empresa, é comum se visualizar a utilização de câmeras audiovisuais nas áreas de trabalho; o monitoramento de ligações telefônicas (escutas telefônicas); o monitoramento de correio eletrônico (*e-mail* corporativo). Agora, questiona-se se, em casa, poderá o empregador determinar a instalação de câmeras também. Entendemos ser algo impensado, já que a casa é asilo inviolável perante a Constituição, devendo o lar ser preservado e protegido.

Parece que consequências podem aparecer nesse formato de trabalho, ou seja, para alguns funcionários, a sensação de se tornar invisível pode gerar tremenda insegurança. Conforme aduz Claudia Cavalcante, diretora de recursos humanos da multinacional anglo-holandesa Unilever: “Quando comecei a trabalhar em casa, não saía da frente do computador nem para almoçar.” “Temia que, se não respondesse imediatamente a qualquer demanda dos chefes e colegas, poderiam pensar que não estava trabalhando.”⁴ Não são somente os funcionários da Unilever que fazem *home office* no Brasil; diversas empresas já aderiram ao formato.⁵

⁴ Na Unilever, dos cerca de 1.500 funcionários da área administrativa elegíveis para trabalhar remotamente (no total, são 2.300 pessoas), 73% ficam em casa uma ou duas vezes por semana.

⁵ A empresa INTEL possui dois mil funcionários na Europa; desses, oitenta por cento trabalham em casa, com o objetivo de reduzir os custos, aumentar a produtividade e a satisfação dos seus funcionários.

Outra grande empresa a possuir teletrabalhadores é a IBM, a qual possui sessenta por cento dos seus empregados efetivos entre os teletrabalhadores. Com isso a redução nos custos de aluguel diminuiu cinquenta por cento. No Brasil encontram-se alguns exemplos: SEMCO (SP), ALGAR (SP), CISCO SYSTEM, Osisoft do Brasil, PROCTER & GAMBLE, Banco do Brasil, UERGS. Dessas empresas é interessante salientar o caso da PROCTER & GAMBLE que criou um programa chamado de *FlexWork*, através do qual conseguiu aumentar o número de funcionários e reduziu o número de imóveis, gerando uma economia de vinte por cento a trinta por cento no espaço dos escritórios. Informações coletadas no livro *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*, de Vera Regina Loureiro Winter, citado na bibliografia deste trabalho.

No Brasil, mesmo com a nova redação do teletrabalho, a legislação não contemplou regras claras sobre o trabalho remoto (teletrabalho); assim, muitos empregadores temem ficar expostos a ações judiciais e acabam não prevendo essa possibilidade para seus trabalhadores. Nesse sentido:

Na pesquisa feita pela PwC, 69% das empresas brasileiras gostariam de implementar horário flexível e 64% de oferecer o trabalho remoto, mas não o fazem porque temem problemas legais. “As maiores dúvidas giram em torno de como contabilizar horas extras no caso de uso do celular ou do *e-mail* corporativo”, diz Lins, da PwC. (*Revista Exame*, 2016.)

Para que se empregue essa forma de se trabalhar é fundamental que as empresas invistam numa estrutura. Inicialmente, seria prudente a empresa investir em tecnologia de mobilidade. Basicamente, notebook, celulares e softwares para conectar quem está dentro e fora do escritório. Contudo, a nova lei prevê que esses regramentos devem ser previstos em contrato escrito. Literalidade do art. 75-D da nova CLT:

As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. (grifos nossos)

De toda forma, o empregado precisará estar atento nesta cláusula aberta do art. 75-D, de modo a não contratar algo que lhe gere prejuízos e danos salariais na condição de funcionário, sob pena de ser desvantajosa tal modalidade pra ele. Em que pese o *home office* ser um modelo aclamado por muita gente, ele ainda apresenta algumas lacunas que precisarão ser estipuladas pelas partes que aderirem a tal modalidade. Algumas empresas, por sua vez, já detectaram dificuldades nessa modalidade de trabalho e estão fazendo um movimento de volta com seus funcionários para dentro dos escritórios:

Segundo uma pesquisa feita neste ano pela *Steelcase*, 70% dos profissionais que trabalham de casa dizem não conseguir executar a tarefa como esperavam porque a distância do escritório e dos colegas atrapalha. Uma das dificuldades é bem prática - 43% afirmaram que muitas vezes é difícil ter o mesmo nível de entendimento por telefone ou vídeo. (*Revista Exame*, 2016.) (grifos nossos)

Podemos afirmar, sem dúvida, que o trabalho remoto não pode ser aplicado para todas as empresas, nem para todas as funções, mas, para muita gente, os resultados são animadores tanto para o funcionário como para a empresa, conforme demonstraremos na parte empírica deste trabalho. Por fim, nesta quadra vale salientar a última parte do capítulo - II sobre o teletrabalho que se refere a doenças e acidentes de trabalho; assim está na lei, no artigo 75-E:

O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo Único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Sobre isso, vale dizer que a responsabilidade recai toda sobre o trabalhador, devendo assinar termo de responsabilidade, comprometendo-se a cumprir tudo que o empregador estabelecer no que se refere à precaução de doenças e acidente de trabalho. Uma temática sensível, já que há dificuldade em se fazer a fiscalização do trabalho realizado na residência do empregado, contando apenas com auxílio de tecnologias, como previu a doutrina estrangeira:

[...] el trabajo efectuado en un lugar donde, apartado de las oficinas centrales o de los talleres de producción, el trabajador no mantiene contacto personal alguno con sus colegas, pero está en condiciones de comunicar con ellos por medio de las nuevas tecnologías. (MARTINO, 1990, p. 190). (grifos nossos)

3 O TRABALHO EM CASA PELOS OLHOS DE QUEM FAZ - VANTAGENS E DESVANTAGES

Neste capítulo, nossa proposta foi entrevistar trabalhadores que já se encontram realizando *home office* em empresas brasileiras e suas impressões a respeito do trabalho realizado. Não tivemos o cuidado de restringir nenhum grupo específico de trabalhadores, seja por área, cargo ou empresa. Entrevistamos empregados de multinacionais e toda sorte de pessoas que entrou em contato conosco e nos concedia a possibilidade de uma entrevista.

Vale esclarecer que a metodologia aplicada foi a de entrevistas estruturadas, em que as perguntas são pré-formatadas no intuito de atacar as áreas de maior inquietação sobre o teletrabalho para nós. Ademais, fica clara a confirmação de algumas hipóteses levantadas sobre as vantagens dessa modalidade, bem como aparecem novidades a respeito das desvantagens dessa forma de se trabalhar. A identidade dos trabalhadores corresponde à realidade, não tendo sido usado nenhum tipo de codinome para omitir a identidade dos entrevistados que, de livre espontaneidade, dispuseram-se a falar.

Nossa primeira entrevista foi com LAM⁶, que trabalha na empresa *Mettler Toledo*, no cargo/função vendedor. Ela já faz *home office* há onze anos e meio. Nossa pergunta basicamente pedia para que os trabalhadores apontassem vantagens e desvantagens sobre essa forma de se trabalhar, bem como dissessem sua opinião sobre esse formato. Nas palavras de LAM:

Vantagens: Autonomia, manter foco no cliente sem ser incomodado com as burocracias internas do escritório, maior disponibilidade, melhor uso do tempo, sem necessidade de deslocamento até o escritório. Desvantagens: Necessidade de autodisciplina, sujeito a fatores externos (por exemplo, família). Opinião: *home office* é uma forma inteligente de se trabalhar principalmente para quem atua no segmento de vendas externas, é uma tendência em cidades como São Paulo, é uma alternativa

⁶ Os nomes dos entrevistados só estão representados pelas letras iniciais, a fim de preservar as suas identidades.

para se otimizar o uso de tempo e ter um retorno maior, sem piorar a qualidade de vida do funcionário.

Na descrição acima, fica evidente o contentamento do funcionário em mencionar o ganho de qualidade de vida levando-se em conta a questão do tempo. Para ele, algo tido como precioso nos dias de hoje; mas, ao mesmo tempo, confessa que, para trabalhar de casa, é imperioso ter uma autodisciplina maior.

Nosso segundo entrevistado é LSG, que labora na empresa *Boiko Advogados*, no cargo/função de auxiliar, há dois meses:

Vantagens: Eu, particularmente, em regra, não tenho horários estipulados para fazer os meus serviços, desde que eu os faça. Tenho mais liberdade e posso conciliar meu serviço com outros afazeres diários. Desvantagens: É necessária certa disciplina para atuar como *home officer*. É muito fácil se acomodar, procrastinar, e acabar se perdendo nos afazeres. Além disso, no meu caso, é muito mais difícil a demonstração de “bom serviço”, visto que estou fora de todo o ambiente social de trabalho. O “social” é extremamente importante para o crescimento pessoal na empresa. Fora esses itens, tem-se ainda o quesito comunicação. Todo meu contato com os demais colaboradores são via internet, às vezes, no caso de demandas mais urgentes, algumas vezes é complicado conseguir um contato rápido. Opinião: Acredito que o teletrabalho está em ascensão no Brasil e no mundo, e tende a ser cada vez mais apreciado. No atual mundo em que o “mal do século” é a falta de tempo, o *stress* do ambiente de trabalho e afins, muitas vezes tais situações são mitigadas nessa modalidade de emprego. Hoje, posso dizer, com certeza, que minha qualidade de vida e carga emocional aumentou muito mais. [sic]

No dizer desse trabalhador, merece destaque, no ponto de desvantagens, o quesito comunicação no ambiente laboral com seus pares, apontado por ele. O empregado sinaliza existir uma dificuldade maior em se comunicar⁷ com os demais membros da

⁷ Existe uma ausência de comunicação pessoal; assim, o teletrabalho é “[...] um trabalho realizado longe dos escritórios empresariais e dos colegas de trabalho, com comunicação independente com a sede central do trabalho e com outras sedes, através de um uso intensivo das tecnologias da comunicação e da informação.” MASI, Domenico de. *Ócio criativo*. São Paulo: Sextante, 2000. p. 204.

empresa quando se está trabalhando num regime de teletrabalho, perdendo uma agilidade que se teria estando no espaço físico da empresa. Algo que só seria prejudicial tratando-se de serviços com natureza urgente.

Nossa próxima entrevistada é NMA, funcionária da *Agilent Technologies*, no cargo/função de Gerente de Contas Enterprise, onde já se encontra fazendo *home office* há seis anos:

Vantagens: A melhoria de qualidade de vida é uma das principais vantagens, principalmente em uma grande cidade como São Paulo, é possível evitar diariamente o trânsito e ganhar essas horas em produção. Alimentação mais saudável. Redução de custo - roupas/alimentação/transporte. Maior tempo disponível para a vida pessoal. Desvantagens: Menor relacionamento com os pares na empresa. Tempo menor para resolução de problemas com os pares. Opinião: Ainda muito pouco difundido no Brasil. Este tipo de trabalho, apesar de gerar menos custo para a empresa - espaço, otimização de atendimento ao cliente com *hubs* etc., ainda sofre muito preconceito em relação ao modelo padrão do mercado. Acredito que este preconceito está basicamente ligado ao não controle de horários, sendo, portanto, uma gestão baseada em resultados.

A referida entrevistada trata de um ponto que outros ainda não haviam mencionado. Com relação à redução de custos sobre roupas, alimentação e transporte, contudo, algo que não desonera o empregador de oferecer ao empregado os benefícios de vale-refeição, alimentação, ou transporte, haja vista que o trabalhador permanece comendo e continua se locomovendo quando há necessidade. Ela ainda sinaliza para nós outro problema referente a essa forma de trabalho: o preconceito. Enquanto muitos preferem um modelo tradicional de controle rígido de jornada, focado num contrato de meio e não de resultado, conforme explica a entrevistada, nesse formato de trabalho, há um contrato de resultado. Com relação ao controle da jornada nesse formato de trabalho, preciosa é a lição de Vólia Bomfim Cassar:

Há forte presunção de que teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, está incluído na exceção prevista no art. 62, I, da CLT. Se, todavia, o

empregado de fato for monitorado por *web* câmera, *intranet*, intercomunicador, telefone, número mínimo de tarefas diárias etc., terá direito ao Capítulo “Da Duração do Trabalho”, pois seu trabalho é controlado. Aliás, o parágrafo único do art. 6º da CLT é claro no sentido de que “Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (CASSAR, 2012, p. 712).

Noutras palavras, existem diversos meios de se controlar a jornada do trabalhador através dos meios tecnológicos disponíveis hoje no mercado, não existindo qualquer óbice a essa proteção. O último colaborador com nossa pesquisa é EHP, da empresa IBM, que ocupa o cargo/função de analista financeiro e faz *home office* há um ano e oito meses e destaca os seguintes pontos em sua entrevista:

Vantagens: O trabalho em *home office* permite maior liberdade de tempo visto que se evita trânsito na ida e volta, menos estresse, mais conforto e qualidade de vida, pois se pode fazer atividades físicas e de lazer. Desvantagens: Desconheço desvantagens. Opinião: Esta forma de trabalho está em consonância com o tempo que vivemos, pois permite a possibilidade de tempo para outras atividades pessoais, que podem trazer melhor qualidade de vida para a população, inclusive para as pessoas que não trabalham diretamente desta forma, pois melhora a mobilidade das cidades e reduz a poluição com veículos automotores.

Diante do que foi exposto aqui, nessas diversas entrevistas elucidativas e esclarecedoras, pudemos perceber o quão o teletrabalho pode melhorar a qualidade de vida das pessoas e as relações de produtividade e conforto no ambiente de trabalho, impactando até mesmo o meio ambiente e a mobilidade urbana, como demonstrou nosso último entrevistado. Para tanto, valemos da doutrina de Biesdorf (2011) pra esclarecer que o teletrabalho pode assumir diversas aparências, sendo algo plural e diversificado. Assim, de acordo com Solange Inês Biesdorf, o teletrabalho pode adquirir as seguintes feições:

a) teletrabalho em domicílio: quando realizado no próprio domicílio do trabalhador, podendo ser assim considerado, nesta modalidade, outro local, como um ambiente familiar que não constitua o seu domicílio efetivo; b) teletrabalho em telecentros: quando os trabalhadores compartilham estruturas físicas tecnicamente preparadas para a realização do teletrabalho, fora da sede da empresa, podendo ser utilizados, inclusive, por trabalhadores de empresas diversas; c) teletrabalho móvel: também denominado nômade ou itinerante, caracteriza-se pela indeterminação do posto de trabalho, podendo ser realizado em qualquer lugar, mediante a disponibilidade de equipamento de mídia eletrônica, como os telefones celulares, que permitem a transmissão de dados e de imagens em alta velocidade. Segundo Fincato, pode-se afirmar ser esta “[...] a máxima expressão do teletrabalho, aquela em que um sujeito trabalha onde quer ou precisa.” (BIESDORF, 2011, p. 25).

A autora busca diferenciar teletrabalho de *home office*, sugestionando um se tratar de gênero, outro de espécie, como deixamos claro no início do trabalho. Essa foi de longe nossa questão principal e quisemos apenas trazer à baila a reflexão acerca desse novo modo de se pensar as relações trabalhistas à luz da reforma trabalhista, dando voz às pessoas que já se encontram trabalhando na área.

CONCLUSÃO

Uma das grandes características do mundo moderno é, sem dúvida, o constante desenvolvimento tecnológico que vem gerando, dia após dia, a relativização das distâncias, possibilitando um fluxo e transição cada vez maiores de informações e pessoas, sem que seja necessário qualquer tipo de deslocamento físico. Os espaços geográficos encontram-se cada vez menores e mais próximos, as barreiras quase que inexistem (basta olhar os blocos econômicos) e o tempo mais curto e veloz.

Verificamos, ao longo do artigo, que o teletrabalho possui diversas vantagens, as quais fazem alguns doutrinadores e estudiosos acreditarem que esta será a maneira como o trabalho será realizado no futuro em muitas profissões. Constatamos também que uma das grandes vantagens é evitar o deslocamento

do empregado até a sede da empresa, como narrado nas diversas entrevistas; dessa forma, o empregado não perderá tempo no trajeto residência/sede da empresa, podendo usar esse tempo para praticar tarefas para o seu bem-estar (atividades físicas, programa com a família e amigos, por exemplo). Isso também acarreta uma diminuição de emissão de gases poluentes ao meio ambiente, constituindo, ainda, uma alternativa para diminuir os caóticos congestionamentos dos grandes centros urbanos.

Constatou-se também que a empresa, gastando menos em infraestrutura, poderá investir mais em seu bem mais precioso, qual seja, o empregado, e este, sendo objeto maior da empresa, ganhará em satisfação e, como é notório, empregado satisfeito é sinônimo de aumento de produtividade; fazendo, dessa forma, o retorno do investimento aplicado pela empresa na satisfação pessoal do trabalhador.

Assim, o teletrabalho é uma nova modalidade a ser explorada não só no Brasil, mas no mundo todo (como já é em diversos locais), com inúmeras vantagens não apenas para o empregado, mas também para a empresa contratante e para a economia em geral.

As entrevistas deixam claro que o teletrabalho já era aplicado, há bastante tempo no Brasil, por grandes empresas, muito antes de uma regulamentação específica. Parece-nos que, ao regulamentar tais relações, a CLT quer fomentar essa modalidade de contrato, o que, em tese, de forma conclusiva, ressoa como bom para os dois lados contratantes.

ABSTRACT

The present study aims to trace the context of the new labor relations in Brazil through telework in a neoliberal perspective, through a methodology of literature review and laws, as well as field interviews. With the advent of labor reform, we had a broader legislation on the subject, which has as regulatory scope this model already employed by large companies, as highlighted in the second chapter of the text. On the other side, in the third part of the article,

we are dedicated to hearing workers of this type of work who were available to talk about advantages and disadvantages of this labor market. Our initial findings are that telecommuting is advantageous to most workers and employers and appears to be a no-go path for many domestic companies.

Keywords: *Telework. Home office. Neoliberalism. Reform.*

REFERÊNCIAS

- BEHRING, Elaine Rosseti. *Brasil em contra-reforma: desestruturação do estado e perda de direitos*. São Paulo: Cortez, 2003.
- BIESDORF, Solange Inês; SANTIAGO, Suely. *Reflexões contemporâneas de direito do trabalho*. Curitiba: Rosea Nigra, 2011.
- BOITO JR., Armando. *Política neoliberal e sindicalismo no Brasil*. São Paulo: Xamã, 1999.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- ESTRADA, Manuel Martin Pino. *Análise juslaboral do teletrabalho*. Curitiba: Camões, 2008.
- ESTRADA, Manuel Martin Pino. *Teletrabalho escravo*. Disponível em: <<http://faflor.com.br/revistas/refaf/index.php/refaf/article/view/95/html>>. Acesso em: 11 ago. 2017.
- GENTILI, Pablo. *A falsificação do consenso: simulacro e imposição na reforma educacional no neoliberalismo*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.
- MARTINO, Vittorio Di; WIRTH, Linda. Wirth. *Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida*. *Revista Internacional del Trabajo*, n. 4, v. 109, 1990.
- MASI, Domenico de. *Ócio criativo*. São Paulo: Sextante, 2000.
- PEREIRA, J.; SILVA, S.; PATRIOTA, L. *Políticas sociais no contexto neoliberal: focalização e desmonte dos direitos*. *Qualit@s - Revista Eletrônica - ISSN 1677- 4280 - Edição Especial*.

- *Revista EXAME*. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/mais-trabalho-de-casa/>>. Acesso em: 11 ago. 2017.
- RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural, 1988. vol. I e II.
- WINTER, Vera Regina Loureiro. *Uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.

IMPARCIALIDADE APARENTE
NAS NEGOCIAÇÕES DIRETAS
ENTRE EMPREGADOR E
EMPREGADO*

IMPARTIALITY IN DIRECT
NEGOTIATIONS BETWEEN
EMPLOYER AND EMPLOYEE

Débora Lopes Miranda**

RESUMO

A reforma trabalhista trouxe em seu arcabouço, sem uma análise criteriosa, 96 disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), sendo que a parte hipossuficiente, nesse caso, ficou visivelmente mais prejudicada, o que é antagônico aos princípios trabalhistas e constitucionais. Uma reforma era necessária; no entanto, uma análise minuciosa não foi garantida, o que deixa os Tribunais com a árdua tarefa de judicializar alguns pontos importantes que serão polêmicos nos próximos anos. A reforma trouxe um ponto controverso em relação à livre negociação das partes quanto às relações contratuais de trabalho: se haverá ou não equidade entre as partes sem a representação das entidades

* Artigo enviado em 31/8/2017 e aceito em 22/11/2017.

**Advogada militante na seara trabalhista e previdenciária. Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Viçosa. Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense - UFF e Doutorado em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense.

sindicais. Os mediadores podem contribuir para resolução dos conflitos nessas negociações; no entanto, corriqueiramente são contratados para atender aos interesses da empresa, o que os torna parciais e, sendo parciais, dificilmente um acordo nesses moldes será justo, o que não ocorre quando há a presença dos sindicatos e muito menos nos ambientes forenses. Talvez, dentro das empresas, a visão de um mediador de conflitos, uma terceira pessoa para auxiliar nos acordos, pode ser bem vista a primeiro momento, mas até que ponto os agentes dessa mediação serão imparciais?

Palavras-chave: Reforma trabalhista. Hipossuficiente. Negociação. Equidade. Entidades sindicais. Mediadores. Imparciais.

INTRODUÇÃO

Tanto nas sentenças, jurisprudências e nos bastidores trabalhistas era possível observar a necessidade de mudança na lei, desde que muito bem fundamentada e equilibrada. Uma análise criteriosa das decisões jurídicas revela uma pluralidade de entendimentos por vezes do mesmo assunto e objeto, não obstante, em várias ocasiões, seja mensurado que as decisões judiciais se revestem de padrões preestabelecidos, amoldam-se por critérios doutrinários e jurisprudenciais dotados de uma personificação pré-constituída em manuais de direito que visam a uma sentença engessada em padrões formais.

A ideia de manuais para ditar ou segmentar padrões, seja no direito ou em diversas outras áreas de conhecimento, possui uma visão simplista quanto a sua eficácia. Thomas KHUN escreveu que “[...] livros que se tornaram populares no século XIX revelam os paradigmas compartilhados pela comunidade científica [...]”. É inegável que as experiências científicas do passado são a base para as projeções futuras; as experiências e ideias comprovadas são utilizadas como paradigmas de hoje e cerceiam como um todo a evolução histórica e científica. Os manuais de direito, por sua vez, possuem um mesmo viés; no entanto, estão longe de ser um

paradigma fiel em que os juristas devem se respaldar. Pelo menos não na atualidade.

A reforma trouxe um ponto bastante controverso em relação à livre negociação das partes quanto às relações contratuais de trabalho, senão vejamos:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A¹ desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.²

Até o momento, negociações trabalhistas vêm sendo realizadas por sindicatos da categoria que detêm o saber e aporte

¹ Medida Provisória n. 808/2017.

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º-da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015; V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XIII - Revogado pela Medida Provisória n. 808, de 2017; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.”

² CLT - Consolidação das Leis do Trabalho -, artigo 444 e parágrafo único.

necessário para o cumprimento da lei, e não se observou no deslinde dos anos que as negociações diretamente entre empregador e empregado, ainda que este possua um salário alto e grau de instrução superior, possibilitem uma eficácia tal que possa flexibilizar e, ao mesmo tempo, proteger a parte hipossuficiente de maneira precisa. Quanto à garantia constitucional estabelecida às entidades sindicais, tem-se o seguinte:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;
II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;
III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.³

O processo de instrução é todo cercado de procedimentos importantes que não devem ser substituídos; até no ato da sentença, o magistrado deve se ater com extrema cautela e observar todos os meios de provas obtidos no processo para, enfim, sentenciar; ainda que não seja em sentença, seja num acordo, o zelo é o mesmo. Não é confortável dizer que uma “flexibilização” trabalhista propicie às negociações diretas entre empregador e empregado o mesmo zelo com que a Justiça do Trabalho o faz.

Todo o procedimento processual, inclusive as decisões judiciais são cuidadosamente constituídos de princípios e garantias fundamentais. Artur STAMFORD⁴ escreveu que

³ Constituição Federal de 1988.

⁴ STAMFORD, Artur. *Semântica social e etnométodos: metodologia da pesquisa do senso forense da decisão jurídica*. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 101, p. 551 -571 jan./dez. 2006.

[...] houve época em que a doutrina serviu para auxiliar as decisões judiciais; atualmente é questionável essa função da doutrina jurídica, principalmente os manuais que não fazem mais que reproduzir o texto legislativo, quando não aguardam as decisões dos tribunais para, enfim, lançar seus livros [...].

Essa ideia programada de reprodução de textos legislativos está longe de ser um paradigma para fundamentação de decisões, talvez apenas como determinado no caso concreto, mas não para formação e instrução da fundamentação das decisões jurídicas como um todo. O processo decisório⁵ possui uma dinâmica superior, que está além dos manuais de direito. As doutrinas possuem caráter de orientação e não de submissão judicial. Existe todo um trâmite processual a ser seguido até o ato da sentença, e ao magistrado é devida a função de coordenar, zelar e fiscalizar todo o procedimento, visando à justiça como um todo.

O juiz não decide baseado apenas em jurisprudência, mas sim em toda a instrução probatória que foi auferida em momento próprio. Vale ressaltar o posicionamento de Fredie Didier Júnior⁶, com auxílio das lições de Barbosa Moreira e Vallisney de Souza Oliveira em relação à motivação dos juízes quanto à utilização das jurisprudências:

Sobre o assunto, eis o que diz BARBOSA MOREIRA: “Há juízes que se dão por satisfeitos com dizer que a jurisprudência se orienta neste ou naquele sentido. A menos que alguma norma legal a declare suficiente, com

⁵ “A audiência preliminar é um momento precioso para as partes transigirem, tomarem conhecimento dos pontos controvertidos e das provas que devam ser produzidas e, também, serem resolvidas as questões importantes e que interessam de perto às partes e à celeridade processual. São avanços no sentido de Justiça mais rápida, são possibilidades a ensejar, a qualquer momento, a transação, não retardando o desfecho dos processos. Mesmo que o acordo não venha a ser efetivado nesses momentos, há uma dinamização do processo, pelo saneamento, pelo destaque dos pontos controvertidos, pelo princípio da instrumentalidade, visando à solução mais rápida da causa.” TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 184.

⁶ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. vol. 2, p. 295.

semelhante referência o juiz não se desincumbe do dever de motivar. É claro que ele deve levar em conta a jurisprudência, sem prejuízo da possibilidade, que em princípio tem de discordar da orientação predominante, mas em qualquer caso tem de expor as razões pelas quais adere ou não adere a ela. Pode fazê-lo sucintamente, quando segue jurisprudência consolidada; todavia, não há de esquecer que o que mais importa é seu próprio convencimento.”⁷ VALLISNEY DE SOUZA OLIVEIRA também entende que uma decisão que se restringe a reportar-se a precedentes jurisprudenciais é inválida.⁸

A Ministra Nancy ANDRIGHI afirmou, em um de seus julgados do Superior Tribunal de Justiça, que:

[...] o cânone hermenêutico que exige que a decisão judicial seja fundamentada é aquele que visa possibilitar uma interpretação sólida, segura e coerente de um todo jurídico, onde as partes, mesmo não concordando, tenham a possibilidade de manejar seus recursos, perfazendo a regra da ampla defesa.⁹

Não pode simplesmente o magistrado se nortear em uma jurisprudência, manual ou doutrina qualquer para embasar seus argumentos sem, contudo, consolidá-los, pois, se assim fosse, o contraditório e a ampla defesa restariam prejudicados; seria uma sentença mecanizada e não atenta ao caso concreto.

DA IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O processo do trabalho conta com esse zelo próprio, que vai desde a distribuição da inicial, prolação da sentença, toda fundamentação que a cerca, até o trânsito em julgado. Vale ressaltar

⁷ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. vol. 2. *Apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *In: Temas de direito processual*. 8ª série, cit., p. 121-122.

⁸ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. vol. 2. *Apud* OLIVEIRA, Vallisney de Souza. Nulidade da sentença e o princípio da congruência, p. 226.

⁹ STJ - Min. Nancy Andrighi - REsp 782901/SP - 3ª T. - DJ de 20 jun. 2008.

que as partes possuem inclusive a liberdade de negociação em audiência¹⁰; no entanto, o próprio meio de trabalho é cercado de profissionais preparados para garantir uma negociação justa. O próprio princípio do contraditório e da ampla defesa já se encontra maculado numa negociação direta. Com relação à fundamentação do processo decisório e ao princípio do contraditório, vale ressaltar as ponderações de Marcelo LAMY¹¹:

O princípio constitucional do contraditório, da mesma forma que o da fundamentação, só pode ser compreendido à luz do seu liame lógico com o processo democrático.

No Estado democrático de direito, todo e qualquer processo decisório será legítimo somente a partir da comprovação de seu liame democrático, de sua ligação com a democracia procedimental (como mecanismo de controle) e com a democracia em sua dimensão substancial (nexo com os valores legitimados pela ordem).

[...]

É o contraditório quem realiza esse nexo lógico entre o processo decisório e a democracia procedimental, enquanto a fundamentação realiza também o liame com a democracia substancial. Não há processo legítimo, no Estado democrático, sem a instauração do contraditório. Por isso, pode-se defender com acerto que o contraditório, mais do que um direito subjetivo, é elemento constitutivo do processo. Mais ainda, que o processo somente pode ser definido como um “procedimento em contraditório”.

¹⁰ “Deve-se ter em vista, também, que as partes possuem liberdade para fixar os termos do acordo, não ficando adstritas ao entendimento do juiz sobre determinada questão jurídica ou fática. Por fim, ninguém melhor do que os próprios interessados, ainda mais se assistidos por advogados, para analisar a conveniência ou não da celebração de um acordo. Assim, ainda que o conciliador/mediador, segundo seus critérios pessoais, entenda que o acordo é mais ou menos vantajoso para uma parte, não pode aconselhar a parte a deixar de celebrar o acordo e, em se tratando de interesses disponíveis, nem pode o juiz deixar de homologar o acordo sob esse argumento. Frise-se que apenas não pode ser homologado o acordo que ofenda normas de ordem pública ou implique em renúncia a direitos indisponíveis.” GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo, LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Athas S.A., 2007. p. 61.

¹¹ LAMY, Marcelo. O princípio da legalidade sob a ótica da teoria e da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 330-331.

[...]

O ato decisório, para ser democrático, deve ser construído democraticamente. Ou seja, as razões que fundam o ato decisório devem ser construídas através da dialética do contraditório. É preciso que a motivação aponte e justifique por que determinadas provas fáticas (apresentadas pelas partes) não foram acolhidas, e determinados argumentos jurídicos (apresentados pelas partes) não foram aceitos.

Todo o processo decisório ainda que conte com a utilização de manuais, doutrinas ou jurisprudências não pode ser mecanizado, tem que ser motivado, é necessário que haja uma motivação específica com embasamento sólido para que haja respaldo em todas as nuances do processo judicial específico, inclusive quanto à garantia do contraditório e da ampla defesa, ou seja, o processo judicial possui todos esses pontos a serem observados, que se justificam pelo zelo processual devido às partes e ao próprio processo, segurança que não pode ser encontrada em negociações diretas entre empregador e empregado, ainda que este possua um grau de instrução superior, uma vez que nem todas as profissões são norteadas pelo requisito de curso superior de direito e, ainda que fossem, isso não faz o trabalhador suficiente para negociar com o empregador com a mesma paridade de armas. Essa flexibilização inserida na reforma deve ser vista com olhar de estranhamento, com muito cuidado pelo Tribunal; mesmo antes desse dispositivo ser inserido, as flexibilizações permitidas em normas coletivas já eram vistas com cautela, é o que se depreende deste julgado, como exemplo:

TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO. ELASTECIMENTO DA JORNADA. ACORDO COLETIVO. A flexibilização há de ser sempre balizada pelos próprios limites traçados pelo legislador constituinte, que, no art. 7º, cuidou de discriminar os únicos aspectos do contrato de trabalho que podem ser flexibilizados: salários (inc. VI), duração da jornada normal (compensação e elastecimento, inc. XIII) e duração da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento (inc. XIV). Há direitos que são oriundos de normas imperativas e cogentes, inderrogáveis, assim, pela vontade das partes, tais como as normas relativas à segurança e higiene do trabalho e outros oriundos de normas regulamentares que, por serem benéficas,

incrustam-se nos contratos de trabalho. Dessa forma, mesmo quando referentes àqueles pontos sujeitos à flexibilização, não se admite negociação plena. Quanto ao elastecimento da jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, especificamente, esta Corte firmou o entendimento de que sua previsão em acordo coletivo de trabalho não retira o direito de que esse excesso seja remunerado como hora extra. Recurso de Embargos de que não se conhece. (grifo nosso) (ED-E-RR-738978-51.2001.5.15.5555, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 16/5/2005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 27/5/2005)¹²

DA GENERALIDADE DO NOVO DISPOSITIVO INSERIDO NA REFORMA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 444 DA CLT

Segundo Mauricio Godinho Delgado, sindicatos são

[...] entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida.¹³

Uma negociação direta nos moldes do artigo 444, parágrafo único, incluído pela reforma trabalhista, que tem como requisito, para que haja a negociação, que o empregado seja portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, tem seus benefícios por um lado, pois entende, de forma ampla, que aqueles com grau superior e com o salário que equivale ao dobro do teto dos benefícios do RGPS possuem, de certa forma, uma posição de vantagem dentro da empresa que lhes possibilita negociar com seus superiores, como,

¹² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ED-E-RR-738978-51.2001.5.15.5555, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 16/5/2005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 27/5/2005.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

por exemplo, um gerente de uma empresa, que, não podendo se ausentar por muito tempo e, por esse motivo, ter a flexibilidade de negociar suas férias com a empresa sem a burocracia de um sindicato para garantir o cumprimento do acordo, torna-se benéfica tal “flexibilização”. Vale dizer ainda que algumas empresas já vêm se estruturando no setor de recursos humanos com pessoas capacitadas para ajudar nessas negociações.

Quanto a isso, cabem as alegações de Gilmar Masiero:

A política de relações trabalhistas deve caminhar lado a lado com as demais políticas de recursos humanos da empresa. Política salarial organizada e agressiva; estrutura transparente de cargos; salários e promoções por meios de aproveitamento interno e treinamento intensivo para todos os níveis profissionais fazem parte dos instrumentos que garantem uma boa gestão de recursos humanos, em empresa nacional ou multinacional.¹⁴

Nessa esteira França ressalta:

Os profissionais de recursos humanos estão, portanto, deixando de ser apenas um instrumento administrativo, para participarem efetivamente com a qualidade de compromisso entre as pessoas, o trabalho e o projeto de vida. Esse fato encaminha-se para que, em breve, relações de trabalho e relações humanas sejam utilizadas como expressões complementares e algumas vezes sinônimas.¹⁵

As decisões e acordos realizados diretamente entre empregado e empregador devem ser baseados nos moldes dos movimentos sindicais e garantias constitucionais, visando a certa paridade, de modo que possam ser realizados por meios de composição autônomos e heterônomos, conforme preceitua Segadas Vianna e Teixeira Filho:

¹⁴ MASIERO, Gilmar. *Administração de empresas: teoria e funções com exercícios e casos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 165.

¹⁵ FRANÇA, Ana Cristina Limongi. *Práticas de recursos humanos - conceitos, ferramentas e procedimentos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 204.

Os meios de composição podem ser classificados como autônomos e heterônomos, dependendo do modo pelo qual a discussão chegou ao seu termo. Se fruto da vontade dos interessados, a composição é autônoma. A negociação coletiva é a principal manifestação de solução autocomposta do conflito. É igualmente o caso da mediação. Embora esta não se confunda com a negociação coletiva, devido principalmente à presença de um terceiro, seu sucesso resulta da coincidência de entendimento das partes com o processo negocial. Já a arbitragem e o dissídio coletivo constituem solução externa ao conflito. A eficácia jurídica do laudo arbitral e da sentença normativa independem do concurso de vontade das partes. São, pois, formais, heterônomas de resolução de desinteligência.¹⁶

EXEMPLOS PRÁTICOS

Conforme afirmado, o dispositivo inserido é visto de forma ampla para todo e qualquer empregado que cumpra o requisito de escolaridade e salário conforme o artigo supracitado; num segundo exemplo, tem-se o mesmo dispositivo, porém, agora com um médico que lida com vidas diariamente; o salário desse empregado de um respectivo hospital ultrapassa facilmente o dobro do teto do RGPS; no mesmo exemplo, caso o hospital queira negociar as férias diretamente com o empregado e este se sinta acuado ou temeroso em relação ao seu posto de trabalho, pode acabar cedendo às imposições dessa negociação e, movido por um alto nível de *stress* devido ao ambiente de trabalho, pode colocar ainda outras vidas em risco.

É fácil achar exemplos de empregados que recebem mais que o dobro dos benefícios do RGPS e nem por isso possuem uma posição na empresa que lhes possibilitem negociar com paridade de armas. Esse dispositivo inserido na CLT não deve ser generalizado, uma vez que as garantias fundamentais podem não ser respeitadas, e o empregado, a despeito de uma crise, pode acabar ficando prejudicado e, posteriormente, numa reclamatória trabalhista, pode acabar se valendo do mínimo que deveria ter-lhe sido resguardado.

¹⁶ VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Negociação coletiva de trabalho. In: SÜSSEKIND, Amaldo *et al.* Instituições de direito do trabalho. 18. ed. atual. São Paulo: LTr, p. 195.

A Justiça do Trabalho não possui bons exemplos de negociação de direitos trabalhistas diretamente entre empregador e empregado, ainda que não se possa comparar o grau de instrução e o salário estipulado nesse artigo. Todavia, no que tange à hipossuficiência do empregado frente ao empregador, o exemplo das domésticas sem representação de sindicato regulamentado da categoria demonstra o retrocesso que esse inciso e vários outros pontos da reforma trouxeram ao direito do trabalho. Até então, as trabalhadoras domésticas estavam lutando há anos em busca da efetivação e garantia de seus direitos; é evidentemente necessária a regulamentação do sindicato da categoria, isso porque as empregadas passaram a ter os mesmos direitos trabalhistas dos trabalhadores urbanos e, em determinadas situações, torna-se inviável a rescisão contratual diretamente entre patrão e empregado, necessitando de uma mediação sindical. O Ministério do Trabalho, de acordo com o *site* do G1¹⁷, em 2013, publicou uma

¹⁷ O Ministério do Trabalho e Emprego informou que, desde a promulgação da emenda, dois sindicatos já pediram registro formal: o Sindicato dos Trabalhadores e Trabalhadoras Domésticas do Estado de Sergipe (Sindomesticos) e o Sindicato Patronal das Empregadas Domésticas do Estado de Minas Gerais (Sinped MG). Com a emenda, a jornada de trabalho das empregadas foi regulamentada em oito horas diárias e 44 horas semanais. O pagamento de horas extras, a garantia de salário nunca inferior ao mínimo (hoje em R\$ 678) e o reconhecimento de convenções ou acordos coletivos também estão em vigor. Antes da promulgação da emenda, o Ministério havia concedido registro a 45 sindicatos de empregados domésticos e a quatro patronais. Entre as exigências para a abertura de um sindicato, está a publicação no “Diário Oficial” e em um jornal de grande circulação do edital de convocação dos membros da categoria para a assembleia geral de fundação da entidade. O edital deve ser encaminhado ao Ministério do Trabalho após o envio eletrônico de dados para o registro sindical. O secretário de Relações do Trabalho do Ministério do Trabalho, Manoel Messias Melo, diz acreditar que o número de pedidos tende a aumentar. “Tive informações de que têm sido publicados muitos editais convocando assembleias para criar sindicatos, nos diários oficiais e em jornais de grande circulação [...]. É natural que, com a ampliação dos direitos, aumentem o número de entidades para procurar valer direitos”, disse Melo. De acordo com o secretário, os sindicatos devem passar por rigoroso processo de registro para evitar organizações que atuam de forma irregular ou ilegítima. “Vamos verificar o registro, como é feito em todas as categorias. Nós temos a obrigação de aumentar o nosso controle para evitar a atuação de sindicatos ilegítimos”, disse. (G1, 2013). Em março deste ano, foi publicada portaria com as novas regras para a abertura de sindicatos. As normas estabelecem verificação maior da

matéria quanto a sindicatos registrarem o pedido formal de atuação para defenderem a categoria, tendo em vista o imenso prejuízo causado durante anos em negociações diretas entre empregador e empregado, ou seja, uma luta histórica para garantir a proteção do sindicato nas negociações coletivas, e a atual reforma insere um dispositivo na contramão, positivando exceção à negociação direta.

E não é somente quanto às negociações; a força da entidade sindical foi cortada quanto às contribuições sindicais que a limitam na área de atuação. Ainda no exemplo anterior, resta controversa a obrigatoriedade da cobrança por várias situações até então corriqueiras perante o direito do trabalho antes da promulgação da Lei Complementar n. 150/2015, que regulamentou a PEC das domésticas. Não há a obrigatoriedade de que a rescisão do contrato de trabalho da empregada doméstica seja homologada perante sindicato; no entanto, nos locais em que há sindicato já regulamentado pelo Ministério do Trabalho, as homologações estão sendo realizadas com o devido acompanhamento, não obstante o artigo 477 da CLT não se aplique aos domésticos, ou seja, o empregador não paga a contribuição sindical do empregado doméstico e, em consequência, o artigo 611¹⁸ da CLT, no que diz respeito à Convenção Coletiva de Trabalho, também não se aplica às domésticas.

Apesar de não haver tal obrigatoriedade da contribuição sindical, alguns estados estão lutando para garantir essa exigência para proteção das trabalhadoras. O instituto denominado

identificação e qualificação dos dirigentes e representantes, para evitar que pessoas alheias à categoria criem ou alterem sindicatos. Outra regra exige que atas e estatutos terão de ser registrados em cartório. Atualmente, existem mais de 14 mil sindicatos no Brasil. ACAYABA, Cíntia; NÉRI, Felipe. Patrões e domésticas se mobilizam para criar sindicatos após emenda. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/pec-das-domesticas/noticia/2013/05/patroes-e-domesticas-se-mobilizam-para-criar-sindicatos-apos-emenda.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

¹⁸ CLT - Consolidação das Leis do Trabalho. Artigo 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

Doméstica Legal, visando a resolver tal pendência, propôs a Emenda 3 ao PLP 302/2013, que trata dos direitos dos empregados domésticos, para que passe a vigorar com a seguinte redação:

Art. 45. O empregador e o empregado doméstico ficam obrigados ao pagamento da contribuição sindical (imposto sindical) prevista no Capítulo III do Título V da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.¹⁹

Segundo o instituto, a justificativa é que existem mais de 14 mil sindicatos no Brasil, e todos recebem a contribuição sindical, seja ela dos trabalhadores, seja dos patrões, que tem por objetivo principal gerar a receita para que esse sindicato desenvolva seus projetos a favor da categoria. Ou seja, o fato de o trabalhador auferir renda superior ao dobro do teto dos benefícios do RGPS não faz dele suficiente frente ao empregador, que o compara a qualquer outro trabalhador que se encontra na mesma posição hipossuficiente que a dele, como as domésticas, professores, metalúrgicos, açougueiros, pedreiros, mestres de obra, soldadores, médicos, dentistas etc., enfim, qualquer outro empregado que não ocupe uma posição suficiente para negociar na mesma condição que a do empregador. Segundo Carrion,

[...] a legislação do trabalho não se limita simplesmente a regular as relações entre empregados e empregadores, disciplinando a economia; tem a conotação teleológica de proteger o hipossuficiente, o empregado. Por isso, as normas laborais são um mínimo, impedem se conceda menos ao trabalhador.²⁰

E, como visto, no caso das domésticas, que vêm lutando para garantir seus direitos em relação à extinção da negociação direta

¹⁹ BRASIL. PLP 302/2013. Proposta de emenda n. 3 Plenário da Câmara. Obrigatoriedade da contribuição sindical. Instituto Doméstica Legal. Pela melhoria do empregado doméstico. 2014. Disponível em: <http://www.domesticalegal.org.br/Emenda_3_contribuicao_sindical.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

²⁰ CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 31. ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 291.

entre empregador e empregado, proteção sindical e obrigatoriedade das contribuições, a presente reforma retrocedeu de forma brusca nesse sentido, prejudicando em demasia o trabalhador.

MEDIAÇÃO NAS NEGOCIAÇÕES DIRETAS

Sergio Pinto Martins²¹ asseverou que “[...] a flexibilização do direito do trabalho vem a ser um conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho [...]”, o que significa que tende a beneficiar as partes trabalhistas nas lacunas que a CLT não consegue preencher. No entanto, há de se ter cuidado para não generalizar o direito e acabar prejudicando o empregado. Talvez, dentro das empresas, a visão de um mediador de conflitos, uma terceira pessoa para auxiliar nos acordos, pode ser bem vista a primeiro momento, mas até que ponto essa mediação será imparcial?

Segundo Martinelli e Almeida, há algumas vantagens²² na mediação, uma vez que

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 25.

²² “As partes ganham tempo para se acalmar, já que elas interrompem o conflito e o descrevem para a terceira parte; 2 - A comunicação pode ser melhorada, visto que a terceira parte interfere na comunicação, ajuda as pessoas a serem claras, além de trabalhar para que os envolvidos ouçam melhor a outra parte; 3 - Frequentemente, as partes têm de determinar que questões realmente são importantes, porque a terceira parte pode pedir para priorizar alguns aspectos; 4 - O clima organizacional pode ser melhorado, pois as partes podem descarregar raiva e hostilidade, retornando a um nível de civilidade e confiança; 5 - As partes podem procurar melhorar o relacionamento, principalmente se essa tarefa for facilitada por uma terceira pessoa; 6 - A estrutura de tempo para resolver a disputa pode ser estabelecida e revista; 7 - Os custos crescentes de permanecer no conflito podem ser controlados, principalmente se continuar na disputa estiver custando às pessoas dinheiro ou oportunidades; 8 - Acompanhando e participando do processo, as partes podem aprender como a terceira parte as orienta para, no futuro, serem capazes de resolver as suas disputas sem auxílio; 9 - As resoluções efetivas para a disputa e para o desfecho podem ser atingidas.” MARTINELLI, Dante Pinheiro. *Negociação empresarial: enfoque sistêmico e visão estratégica*. 1. ed. Barueri: Manoel Ltda., 2010. p. 232.

[...] o mediador não resolve o problema nem impõe uma solução. Sua função é ajudá-los a buscar o melhor caminho e fazer com que estejam de acordo depois de encontrada a solução. Assim, o mediador tem o controle dos processos, mas não dos resultados. O maior interesse do mediador é ajudar as partes nas questões de comunicação. O objetivo é maximizar a utilização das habilidades das partes, de forma a capacitá-las a negociar de maneira mais efetiva possível.²³

Os mediadores podem contribuir para resolução dos conflitos; no entanto, corriqueiramente são contratados para atender aos interesses da empresa, o que os torna parciais, e, sendo parciais, dificilmente um acordo nesses moldes será justo, o que não ocorre quando há a presença das entidades sindicais e muito menos nos ambientes forenses.

Os juízes do trabalho possuem a função precípua de julgar as causas atinentes à relação do trabalho, conforme preleciona o artigo 114 da Constituição Federal. É essencial que, na sua função, respeitem e lutem pelo cumprimento dos princípios do direito material e processual do trabalho, tendo como premissa máxima a proteção do trabalhador²⁴, sempre buscando pela verdade e cumprimento da justiça.

²³ MARTINELLI, Dante Pinheiro; ALMEIDA, Ana Paula de. *Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 73.

²⁴ Mauricio Godinho Delgado faz uma breve análise sobre o princípio da proteção ao trabalhador quanto ao “desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho” e, nesse ponto, aborda três dimensões: *in dubio pro operario*, norma mais favorável e condição mais benéfica. “Na verdade, a noção de tutela obreira e de retificação jurídica da reconhecida desigualdade socioeconômica e de poder entre os sujeitos da relação de emprego (ideia inerente ao princípio protetor) não se desdobra apenas nas três citadas dimensões. Ela abrange, essencialmente, quase todos (senão todos) os princípios especiais do Direito Individual do Trabalho. Como excluir essa noção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas? Ou do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas? Ou do princípio da inalterabilidade contratual lesiva? Ou da proposição relativa à continuidade da relação de emprego? Ou a noção genérica de despersonalização da figura do empregador (e suas inúmeras consequências protetivas ao obreiro)? Ou do princípio da irretroação das nulidades? E assim sucessivamente. Todos esses outros princípios especiais também criam, no âmbito de sua abrangência, uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros, buscando retificar, juridicamente, uma diferença prática de poder e de influência econômica e social apreendida entre os sujeitos da relação empregatícia.” DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009. p. 183-184.

Quanto ao caráter protecionista, Aldacy Rachid Coutinho²⁵ afirma que

[...] a identidade protecionista do Direito do Trabalho deve estar resguardada na ordem jurídica pela visão e aceitação do conteúdo do princípio da proteção. Ser tutelar é efetivar a proteção, garantir o acesso efetivo ao exercício dos direitos assegurados, reconhecer o espaço de cidadania real.

No mesmo sentido, Renato Saraiva²⁶ expressa que, considerando a hipossuficiência do obreiro também no plano processual, a própria legislação processual trabalhista contém normas que objetivem a proteger o contratante mais fraco. Como visto, todo o ambiente da Justiça do Trabalho é norteado para proteger o hipossuficiente e o sindicato das categorias; por sua vez, possui o mesmo princípio, da proteção, fiscalização e garantia dos direitos fundamentais das partes envolvidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presença de advogados constituídos pelas partes para acompanhar uma negociação direta é uma hipótese que pode ser levantada para tentar diminuir a parcialidade nela existente. Contudo, os advogados também farão o papel de mediadores, instruindo da melhor forma os seus clientes, mas não terão, como já falado anteriormente, o mesmo poder de negociação que uma entidade sindical possui. Estão presentes apenas como mediadores sem força suficiente para impor ao empregador uma posição justa quanto ao empregado. E, dessa forma, o empregador pode se valer da lei para garantir melhores condições à empresa em detrimento do empregado, situação que, com o amparo do dispositivo inserido

²⁵ COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio de proteção revisitado. *Revista Bonijuris*, Curitiba. Ano XIII. n. 452, julho de 2001.

²⁶ SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

na reforma trabalhista, pode não ser considerada ilegal, mas, no mínimo, é considerada imoral.

Segundo Hansen,

[...] a moral implica num conjunto de princípios racionais autorreferentes (positivos ou negativos) que devem orientar a definição de normas a partir de uma perspectiva universal, tendo como referência a justiça.²⁷

Assim como os princípios morais norteiam as normas jurídicas, devem nortear também a conduta humana, sem a qual é impossível uma relação justa na sociedade. No exemplo acima, é possível visualizar interesses envolvidos por cada parte. Obviamente este texto não tem o condão de conduzir o leitor a tomar partido em determinada situação, apenas de levá-lo a uma reflexão sobre a análise dos interesses envolvidos por cada parte, postura ou situação nos processos.

As entidades sindicais têm um papel importante nas negociações coletivas, na garantia dos direitos trabalhistas aos empregados por elas representados, para que a parte mais fraca, a hipossuficiente, possa ser representada por um órgão suficientemente preparado para lhe assegurar todas as garantias elencadas pela CLT e Constituição Federal. Sendo assim, tal dispositivo inserido na presente reforma deve ser analisado conforme cada caso, se é que tal finalidade é possível ser estabelecida entre as partes quando não há um agente fiscalizador presente nas negociações. Essa dúvida será dissipada nas futuras relações trabalhistas, bem como nas reclamações que deixam os Tribunais, nos próximos anos, com a árdua tarefa de decidir os pontos controversos inseridos pela reforma nos próximos anos.

²⁷ HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. In: GOMES, Sandra Lúcia Rebel; CORDEIRO, Rosa Inês Novais.

ABSTRACT

The labor reform brought in its framework, without a precise analysis, 96 provisions in the Consolidation of Labor Laws (CLT), and the hyposufficient part, in this case, was visibly more impaired, which is antagonistic to labor and constitutional principles. A reform was necessary; however, a thorough analysis was not guaranteed, which leaves the courts with the arduous task of judicializing some important points that will be controversial in the next years. The reform brought a controversial point regarding the free negotiation of the parties as regards contractual relations of work: whether or not there will be fairness between the parties without the representation of trade unions. The mediators can contribute to the resolution of the conflicts in these negotiations; however, they are usually contracted to serve the interests of the company, which makes them partial and, being partial, hardly an agreement in this way will be fair, which does not occur when there is presence unions, much less in forensic environments. Perhaps, within the companies, the vision of a conflict mediator, a third person to assist in the agreements, can be seen at first sight, but to what extent will the agents of this mediation be impartial?

Keywords: Labor reform. Hypersufficient. Negotiation. Equity. Trade union entities. Mediators. Impartial.

REFERÊNCIAS

- ACAYABA, Cíntia; NÉRI, Felipe. *Patrões e domésticas se mobilizam para criar sindicatos após emenda*. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/seu-dinheiro/pec-das-domesticas/noticia/2013/05/patroes-e-domesticas-se-mobilizam-para-criar-sindicatos-apos-emenda.html>>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ED-E-RR-738978-51.2001.5.15.5555, Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 16/5/2005, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DJ 27/5/2005.

- CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 31 ed. atual. Por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CLT - Consolidação das Leis do Trabalho.
- Constituição Federal de 1988.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio de proteção revisitado. *Revista Bonijuris*. Curitiba. Ano XIII. n. 452, julho de 2001.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- _____. *Direito coletivo do trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 4. ed. Salvador: Juspodvim, 2009. v. 2.
- FRANÇA, Ana Cristina Limongi. *Práticas de recursos humanos - conceitos, ferramentas e procedimentos*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2007.
- HANSEN, Gilvan Luiz. *Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos*. In: GOMES, Sandra Lúcia Rebel; CORDEIRO, Rosa Inês Novais.
- Instituto Doméstica Legal. Pela melhoria do empregado doméstico. *Emenda n. 3 Plenário da Câmara. Obrigatoriedade da contribuição sindical*. 2014. Disponível em: <http://www.domesticalegal.org.br/Emenda_3_contribuicao_sindical.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.
- LAMY, Marcelo. O princípio da legalidade sob a ótica da teoria e da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *A terceirização e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1997.
- MARTINELLI, Dante Pinheiro. *Negociação empresarial: enfoque sistêmico e visão estratégica*. 1. ed. Barueri: Manoel Ltda., 2010.

- MARTINELLI, Dante Pinheiro; ALMEIDA, Ana Paula de. *Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo*. 1. ed. São Paulo. Atlas,1998.
- MASIERO, Gilmar. *Administração de empresas: teoria e funções com exercícios e casos*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARAIVA, Renato. *Curso de direito processual do trabalho*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO. 2011.
- STAMFORD, Artur. Semântica social e etnométodos: metodologia da pesquisa do senso forense da decisão jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, jan./dez. 2006.
- TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- VIANNA, Segadas; TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Negociação coletiva de trabalho. *In: SÚSSEKIND, Amaldo et al. Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. atual. São Paulo: LTr.

INDUÇÃO À RUPTURA DA
CONSCIÊNCIA DE CLASSE POR
MEIO DA LEI 13.467/2017*

INDUCTION TO THE RUPTURE
OF THE CLASS CONSCIOUSNESS
BY MEANS OF THE LAW 13.467/2017

Bruno Alves Rodrigues**

RESUMO

A transcendência do indivíduo trabalhador para o coletivo de classe trabalhadora representa um suposto emancipatório, uma condição *sine qua non* para a efetividade de uma justiça social que seja efetivamente distributiva e regida pelos princípios da igualdade e liberdade. A história já demonstrou, mais de uma vez, que, quando seu pêndulo se distancia do vértice de equilíbrio e de harmonia entre as forças coletivas, negligenciando-se as instâncias de representação democrática e de conformação de fórmulas de efetiva harmonização de interesses aprioristicamente antagônicos, avizinha-se quadra de verdadeira convulsão social. Vivenciamos, atualmente, no Brasil, a instalação de verdadeiro regime de exceção, a conduzir agenda de governo totalmente dissociada daquela que fora legitimada pela população através do sufrágio de 2014. Tramitam, a toque de caixa, projetos de lei e de reforma constitucional, que promovem profundo

* Artigo enviado em 10/7/2017 e aceito em 22/11/2017.

**Juiz Titular da 2ª Vara do Trabalho de Divinópolis, Mestre em Filosofia do Direito pela UFMG, Doutorando em Direito pela UFMG.

esvaziamento de direitos trabalhistas e previdenciários. As associações, sindicatos de trabalhadores e centrais sindicais, além de escanteados dos poucos debates parlamentares produzidos, acabam por ter suas próprias missões históricas de representação esvaziadas pelo teor das reformas propostas. Nesse contexto é que nos deparamos com a Lei n. 13.467/2017, que promove o peleguismo sindical e a fragmentação das instâncias de formação de consciência de classe e de representação de categoria, amplificando a divisão do trabalho por meio de institutos como terceirização, trabalho intermitente e uma regulação discriminatória do teletrabalho, a impactar nevrálgicamente a possibilidade de formação de uma consciência coletiva, eis que, na sociedade das cápsulas de individualidade, “a consciência imediata só pode assumir a forma de consciência do eu” (IASI, 2006, p. 207), e um “eu” que tenderá a (re)produzir, continuamente, os parâmetros da primeira forma de consciência. Rompe-se com o chão de fábrica enquanto espaço comum de desenvolvimento humano, de categoria e de classe, sem compensações, que deveriam ser dadas a partir do fortalecimento dos entes coletivos dos trabalhadores, notadamente os sindicatos, que, ao contrário, saem ainda mais enfraquecidos pela sistemática da reforma proposta, isso em um país que sequer detém efetiva liberdade sindical, por não ser signatário da Convenção n. 87 da OIT.

Palavras-chave: Trabalho. Consciência. Classe.

I INTRODUÇÃO

A transcendência do indivíduo trabalhador para o coletivo de classe trabalhadora representa um suposto emancipatório, uma condição *sine qua non* para a efetividade de uma justiça social que seja efetivamente distributiva e regida pelos princípios da igualdade e liberdade.

O contrato individual de trabalho só está apto a representar obrigações minimamente sinalagmáticas, na medida em que a presumível ausência de autonomia de vontade do hipossuficiente,

que se depara com o detentor do poder econômico, seja compensada por patamares mínimos de pactuação, previamente definidos em decorrência da pressão exercida pela representação coletiva dos trabalhadores, seja perante a esfera estatal, com a produção de normas garantistas heterônomas, seja na esfera privada, por meio da produção de acordos ou convenções coletivas.

A funcionalidade da relação capital x trabalho, e a própria sustentabilidade de um sistema capitalista minimamente viável, em termos comunitários, dependem, assim, da preservação de um basilar equilíbrio de forças, a demandar respeito aos alicerces de conformação da consciência coletiva e de externalização da vontade decorrente dessa consciência.

A história já demonstrou, mais de uma vez, que, quando seu pêndulo se distancia do vértice de equilíbrio e de harmonia entre as forças coletivas, negligenciando-se as instâncias de representação democrática e de conformação de fórmulas de efetiva harmonização de interesses aprioristicamente antagônicos, avizinha-se quadra de verdadeira convulsão social. As guerras mundiais que marcaram o século XX ganharam terreno fértil a partir do fortalecimento de sistemas antidemocráticos, principalmente aqueles fundados num capitalismo monopolista (fascismo) que subjugava a essência e a relação humana aos parâmetros impostos para preservação de regimes autoritários.

II RUPTURA DE CONSCIÊNCIA DE CLASSE PELA LEI N. 13.467/2017

Vivenciamos, atualmente, no Brasil, a instalação de verdadeiro regime de exceção, a conduzir agenda de governo totalmente dissociada daquela que fora legitimada pela população através do sufrágio de 2014. Esse regime, descompromissado com as instâncias de legitimação e de representação, acaba por viabilizar a rápida tramitação de reformas que alteram profundamente as estruturas organizacionais básicas, que servem de tecido para a confecção de rede comunitária de garantias civilizatórias mínimas. Tramitam, a toque de caixa, projetos de lei e de reforma constitucional, que

promovem profundo esvaziamento de direitos trabalhistas e previdenciários. As associações, sindicatos de trabalhadores e centrais sindicais, além de escanteados dos poucos debates parlamentares produzidos, acabam por ter suas próprias missões históricas de representação esvaziadas pelo teor das reformas propostas.

Nesse contexto é que nos deparamos com a Lei n. 13.467/2017, que promove o peleguismo sindical e a fragmentação das instâncias de formação de consciência de classe e de representação de categoria, na medida em que: a) cria representação direta de trabalhadores por empresa, desguarnecida da institucionalidade sindical, mas com *munus* concorrente ao dos próprios sindicatos (art. 510-A e seguintes da CLT); b) instiga um modelo de teletrabalho de desconexão entre trabalhadores, que associa a atomização ao perdimento de referências de tempo (inciso III do art. 62 da CLT, que exclui o teletrabalho do capítulo celetista referente à duração do trabalho) e de espaço (art. 75-A e seguintes da CLT); c) fragmenta ainda mais a já sucateada estrutura sindical brasileira, por meio da terceirização que ensejará desmembramento ainda mais avassalador de categorias (art. 2º da Lei n. 13.467/2017); d) fortalece a validade meramente formal dos instrumentos coletivos celebrados pelas entidades sindicais enfraquecidas, independentemente do mérito das fragilizadas “negociações” (art. 8º, § 3º e parágrafos do art. 611 da CLT). Eis a dicção dos dispositivos citados, com destaque aos tópicos mais relevantes à compreensão daquilo que definimos como objeto de análise deste artigo:

Art. 1º A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

“Art. 8º [...]

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.”(NR)

[...]

(Capítulo II - Da Duração do Trabalho)

“Art. 62 (Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:)

[...]

III - os empregados em regime de teletrabalho.

[...]

CAPÍTULO II-A

DO TELETRABALHO

‘Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

‘Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

‘Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

‘Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.

‘Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

[...]

“Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a

prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”(NR)

[...]

“Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

[...]

“TÍTULO IV-A

DA REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS

‘Art. 510-A. Nas empresas com mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de uma comissão para representá-los, com a finalidade de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

[...]

‘Art. 510-B. A comissão de representantes dos empregados terá as seguintes atribuições:

- I - representar os empregados perante a administração da empresa;
- II - aprimorar o relacionamento entre a empresa e seus empregados com base nos princípios da boa-fé e do respeito mútuo;
- III - promover o diálogo e o entendimento no ambiente de trabalho com o fim de prevenir conflitos;
- IV - buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais;

V - assegurar tratamento justo e imparcial aos empregados, impedindo qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, religião, opinião política ou atuação sindical;

VI - encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação;

VII - acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho.

[...]

‘Art. 510-D. O mandato dos membros da comissão de representantes dos empregados será de um ano.

[...]

§ 3º Desde o registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, o membro da comissão de representantes dos empregados não poderá sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

[...]

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre¹:

¹ A MP 808, de 14 de novembro de 2017, ainda não aprovada no Congresso Nacional, e trancando a pauta da casa legislativa por ocasião da última revisão do texto (em 15/2/2017), acabou por imprimir nova redação à lei da Reforma trabalhista, que passaria a vigorar nos seguintes termos, em relação aos arts. 452-A e 611-A da CLT: Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente será celebrado por escrito e registrado na CTPS, ainda que previsto acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva, e conterá: (Redação dada pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

I - identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes; (Incluído pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

II - valor da hora ou do dia de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo, assegurada a remuneração do trabalho noturno superior à do diurno e observado o disposto no § 12; e (Incluído pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

III - o local e o prazo para o pagamento da remuneração. (Incluído pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

[...]

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de vinte e quatro horas para responder ao chamado, presumida, no silêncio, a recusa. (Redação dada pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

[...]

§ 4º (Revogado pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

§ 5º (Revogado Medida Provisória n. 808, de 2017)

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Redação dada pela Medida Provisória n. 808, de 2017)

[...]

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

[...]

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

[...]

“Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.”(NR)

[...]

Art. 2º A Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 4º-A Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

III TELETRABALHO, TERCEIRIZAÇÃO E TRABALHO INTERMITENTE ENQUANTO VETORES DE FRAGMENTAÇÃO COMUNITÁRIA

a) Resignificação de tempo e espaço no modelo de teletrabalho previsto na Lei n. 13.467/2017

O teletrabalho representa base para um modelo de produção em franca ascensão, com migração progressiva do modelo de trabalho tradicional para essa nova modalidade de prestação de serviços. A evolução tecnológica já permite a exploração do trabalho humano por meio de plataformas eletrônicas regidas por algoritmos que controlam a geolocalização do trabalhador, bem como o tempo efetivamente “logado” na produção. O fenômeno da “uberização” se apresenta como uma realidade supostamente “disruptiva” em relação ao emprego, com milhões de pessoas trabalhando de forma

integrada, para geração de mais valia em favor de corporações bilionárias. O esvaziamento dos direitos sociais necessários à preservação da dignidade dessa espécie de trabalho, na prevalência de uma opção política de se instrumentalizar a tecnologia para discriminar tais trabalhadores, ao invés de incluí-los numa rede de proteção ao trabalho, representa matriz para edificação de uma sociedade tecnológica injusta, sem fraternidade e desarmônica.

Pela proposta contida na Lei n. 13.467/2017, fica evidente o estímulo à fragmentação das plantas fabris, potencializando-se a migração do controle físico para o controle virtual sobre o trabalhador, diante da previsão de diversos bônus ao poder econômico, como é o caso da transferência dos ônus e riscos do empreendimento para o trabalhador (contrato individual tratando da responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado - art. 75-D), bem como da redução da porosidade do tempo à disposição do empregador (art. 4º da CLT), na medida em que se exclui o teletrabalho do capítulo que fixa limites à duração do trabalho (art. 62, III), viabilizando-se a cobrança desmedida de produção, durante as 24 horas do dia.

Ao invés de se compensar, normativamente, a fragilização imposta pela atomização do trabalho, fez-se questão de retirar proveito dessa fragilidade. O teletrabalho amplifica exponencialmente a divisão do trabalho, a impactar neuralgicamente a possibilidade de formação de uma consciência coletiva, eis que,

[...] na sociedade das cápsulas de individualidade, “a consciência imediata só pode assumir a forma de consciência do eu” (IASI, 2006, p. 207), e um “eu” que tenderá a (re)produzir, continuamente, os parâmetros da primeira forma de consciência. O que pode parecer paradoxal, mas somente à primeira vista, é que a (re)produção social da consciência encapsulada na forma do “eu” não tem outra maneira de se processar senão coletivamente. Iasi (2006) liga à situação de cápsulas de individualidade evidenciada por Elias a proposição de Sartre sobre a serialidade, conceito que denomina uma configuração da divisão social

do trabalho caracterizada por uma “pluralidade de solidões” na qual estamos “reunidos, mas não integrados”. (SARTRE, 1979 *apud* IASI, 2006, p. 215).²

Não se está, aqui, repudiando o teletrabalho, em si, eis que a inovação tecnológica, por si só, enquanto mero instrumento de técnica, pode ser empregada ao bel dispor de seu detentor. O que se está a promover é exatamente uma reflexão acerca da forma eleita pela Lei n. 13.467/2017, para uso dessa técnica, e é nesse ponto que constatamos que a proposta legislativa é indutora de uma performance de concorrência, e não de colaboração ou solidariedade entre empregados. Rompe-se com o chão de fábrica enquanto espaço comum de desenvolvimento humano, de categoria e de classe, sem compensações, que deveriam ser dadas a partir do fortalecimento dos entes coletivos dos trabalhadores, notadamente os sindicatos, que, ao contrário, saem ainda mais enfraquecidos pela sistemática da reforma proposta, isso em um país que sequer detém efetiva liberdade sindical, por não ser signatário da Convenção n. 87 da OIT. Acerca da relevância do espaço de organização coletiva, pontua MESZÁROS (1993) que:

A “concorrência”, a “divisão do trabalho” e a “propriedade privada” são as condições sob as quais os indivíduos se agrupam totalmente, na forma de relações de classes antagônicas, e a existência continuada das classes só pode maximizar o poder da “divisão do trabalho” etc., sobre todos os indivíduos da sociedade. Conseqüentemente, a resolução das contradições inerentes à sociedade de classes é inconcebível sem a extinção de todas aquelas condições objetivas - como a divisão do trabalho - que inevitavelmente reproduzem uma forma ou outra de “particularidade”, mesmo se a forma jurídica da “propriedade privada” já estiver extinta. Temos de citar aqui uma passagem importante em que Marx descreve o desenvolvimento da classe subordinada: A indústria em larga escala concentra em um lugar uma multidão de pessoas desconhecidas entre si. A concorrência divide seus interesses. Mas a manutenção dos salários,

² FERRAZ, Deise Luiza S. Projetos de geração de trabalho e renda e a consciência de classe dos desempregados. *Revista Eletrônica Organizações e Sociedade*, 2015. v. 22, p. 197.

esse interesse que eles têm em comum contra seu patrão, os une em um pensamento comum de resistência - a associação. Dessa forma, a associação sempre tem um objetivo duplo, o de acabar com a concorrência entre eles, de modo a gerar uma concorrência geral com o capitalista.³

b) Colaboração e concorrência no trabalho intermitente

O modelo de trabalho intermitente previsto na Lei n. 13.467/2017 quebra um regime de sinalagma histórico, essencial à preservação de um mínimo de segurança e estabilidade ao trabalhador e à sua família. O modelo da relação de emprego sempre se esteou numa dupla garantia: a do empregador, no sentido de que poderia contar com a prestação de serviços do empregado durante todo o tempo de trabalho contratado; a do empregado, que contava com sua garantia de renda mínima definida pelo valor do salário hora e pelo número de horas mínimas que deveriam ser contratadas segundo jornada padrão determinada pela legislação trabalhista (em regime de tempo integral ou parcial, este último já decorrente de uma flexibilização das normas trabalhistas).

Ocorre que o desemprego e a sobre oferta de mão de obra passaram a garantir ao tomador de serviços, no plano coletivo, aquilo que seria objeto dos contratos de trabalho, enquanto obrigação individual do trabalhador, ou seja, a manutenção habitual de mão de obra à disposição daquele que a explora (art. 4º da CLT). A condição de coletivo de trabalhadores, que se fortaleceria em rede de solidariedade, perde espaço para o coletivo de desempregados, que concorrem, entre si, na sujeição à precariedade, para conseguirem obter a oportunidade de trabalho que lhes permita, quando muito, a sobrevivência, mas não uma vida digna. O ambiente propício para a fertilização dessa prática tira proveito do próprio contexto de enfraquecimento de direitos

³ MESZÁROS, István. *Filosofia, ideologia e ciência social: ensaios de negação e afirmação*. São Paulo: Ensaio, 1993. Capítulo "Consciência de classe necessária e consciência de classe contingente", p. 76.

sociais, na medida em que, como bem observa Supiot, num postulado ultraliberal, a insegurança econômica dos trabalhadores e sua exposição ao risco são os motores de sua produtividade e de sua criatividade.⁴ Tira-se proveito da realidade de desemprego e de miséria gerada a partir da própria premissa de mercantilização do valor trabalho.

c) A terceirização e redesenho de categorias profissionais

O impacto da terceirização na estruturação de categorias profissionais representa assunto extremamente difundido na doutrina e na jurisprudência. A ampliação da admissibilidade da terceirização na atividade-fim implicará o desmembramento de inúmeras categorias profissionais tradicionais. Hoje essas categorias já sofrem com uma estrutura sindical extremamente fragmentada, eis que a representatividade dos trabalhadores, no Brasil, já se encontra dividida dentre nada menos do que 11.391 sindicatos.⁵ A partir da terceirização da atividade-fim, este número crescerá exponencialmente, tendo em vista que atividades essenciais à cadeia produtiva poderão ser subdivididas dentre diversas empresas especializadas em prestações de serviços específicos. Exemplificativamente, os bancos que hoje já insistem na prática de terceirização de atividade-fim, por meio dos denominados correspondentes bancários, poderão amplificar essa prática, admitindo-se o desfazimento do vínculo direto de todos os seus empregados, que seriam terceirizados para inúmeras empresas de prestação de serviços (compensação bancária, relacionamento bancário, tesouraria bancária etc.), cada uma delas a estruturar, artificialmente, uma categoria distinta.

⁴ SUPLOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014. p. 31.

⁵ Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/sistemas/cnes/relatorios/painel/GraficoTipo.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

IV SUCATEAMENTO SINDICAL POR MEIO DA LEI N. 13.467/2017

Efetivamente, ao tempo em que a reforma proposta pela Lei n. 13.467/2017 promove aumento exponencial da divisão do trabalho, a mesma enfraquece, por outro lado, os sindicatos, única entidade apta a catalisar os interesses convergentes da classe trabalhadora. Chama atenção a franca adesão da Lei n. 13.467/2017 à prática da administração empresarial denominada de *downsizing*, que induz o “enxugamento” promovido por meio de: a) terceirização (art. 2º da Lei n. 13.467/2017); b) indução do trabalho formalmente autônomo e pejetizado (art. 442-B da CLT); c) teletrabalho (art. 75-A e seguintes da CLT); d) trabalho intermitente (art. 443 da CLT). Contraditoriamente, institui-se a chamada representação de empregados por empresa que detenha mais de 200 empregados (§ 1º do art. 510-A da CLT). Portanto, a um só tempo há a indução à pulverização das empresas e, contraditoriamente, a criação de uma nova modalidade de representação de trabalhadores que está condicionada exatamente à circunstância de ter que se manter mais de duas centenas de vínculos empregatícios. Promove-se a expansão de uma massa de trabalhadores denominada por GORZ (1982) como “neoproletariado”:

A maioria da população pertence a esse neoproletariado pós-industrial dos sem-estatuto e dos sem-classe que ocupam os empregos precários de ajudantes, de tarefeiros, de operários de ocasião, de substitutos, de empregados em meio expediente, (empregos esses que, num futuro não muito distante, serão abolidos pela automatização), cuja qualificação, determinada por tecnologias de rápida evolução, muda continuamente e, de qualquer modo, não tem relação com os conhecimentos e ofícios que podem ser aprendidos nas escolas ou faculdades. O neoproletário geralmente é superqualificado com relação ao emprego que encontra. Está condenado ao desemprego de suas capacidades enquanto espera pelo desemprego puro e simples. Todo emprego, para ele, tem um caráter acidental e provisório, e todo trabalho uma forma contingente. Para ele é impossível investir-se em “seu” trabalho, identificar-se com “seu” emprego. O trabalho deixa de ser, para ele, uma atividade ou mesmo uma ocupação principal para

se tornar um tempo morto à margem da vida, onde se está “ocupado” em ganhar algum dinheiro.⁶

Há que se questionar, assim, como essa multidão neoproletária, amorfa, estaria apta a constituir identidades, representar simbolicamente seus anseios e revelar, de forma eficaz, postulados decorrentes do exercício da consciência. Negar espaço a essa multidão nos ambientes de construção coletiva de solução de conflitos representa aniquilar espaços de dissolução de divergências e de construção de uma comunidade mais justa e fraterna.

Indaga-se qual a expectativa de êxito de uma comissão de representantes de empregados, em sua atribuição concorrencial ao do sindicato de representar empregados, prevenir conflitos, encaminhar reivindicações e acompanhar cumprimento das leis trabalhistas (atribuições previstas no art. 510-B da CLT). Como esperar a atuação independente de um empregado desguarnecido de uma retaguarda institucional? Com que recursos financeiros o mesmo poderá contar para exercer suas atribuições? Como suportará custos de processos judiciais que possam decorrer do exercício de sua atividade, ou mesmo custos com comunicação social essencial à sua função de representação? E mais: quais as garantias desse empregado? De alguma forma mostra-se subsistente uma mera garantia de emprego contra despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro (§ 3º do art. 510-D da CLT). O que seria motivo técnico, econômico ou financeiro para a demissão arbitrária de um representante de empregados?

Indaga-se, ainda, como ficaria a já sucateada estrutura sindical brasileira, com um corte não planejado de sua fonte de custeio (arts. 545 e 578 da CLT). Obviamente, todas as propostas sérias de reforma trabalhista perpassam por uma profunda reestruturação

⁶ GORZ, André. *Adeus ao proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982. p. 89.

do sistema sindical brasileiro, notadamente no que se refere ao fim da contribuição sindical obrigatória e da unicidade sindical, com ratificação da Convenção n. 87 da OIT. Contudo, todos os debates sérios acerca do fim do imposto sindical sempre propugnaram por um regime de transição, com a eliminação progressiva do imposto sindical, de forma a viabilizar uma salutar aproximação das direções sindicais com suas bases, na conquista da filiação facultativa.

Nesse sentido é que se observa, a um só tempo, a instituição de uma impraticável representação de empregados por empresa, uma fragmentação sindical por desmembramento de categorias (terceirização) e uma ruptura drástica na fonte de custeio sindical. O já combalido sistema sindical brasileiro entraria, assim, em verdadeiro colapso, no curto prazo. E seriam exatamente essas entidades sindicais colapsadas aquelas legitimadas a promoverem ampla derrogação de direitos trabalhistas heterônomos, sobrepondo-se a validade dos acordos e convenções coletivas à imperatividade das leis (art. 611-A da CLT). Chama atenção a ironia da legislação de destacar a possibilidade de derrogação de normas heterônomas, pelos instrumentos coletivos provados, exatamente na regulação dos trabalhos mais fragmentados, como é o caso do teletrabalho e do trabalho intermitente (inciso VIII do art. 611-A da CLT), inclusive com ampla liberdade para definição de remuneração por mera produtividade ou desempenho individual (inciso IX do art. 611-A da CLT).

Enfim, seriam exatamente os trabalhadores submetidos a um regime de maior fragmentação de sua representação coletiva, como é o caso dos teletrabalhadores e terceirizados, que estariam mais sujeitos à derrogação de normas heterônomas na definição das suas condições de trabalho.

CONCLUSÃO

A Lei n. 13.467/2017 promove uma ampla alteração nos modelos de produção e de representação dos trabalhadores e, ao

tempo em que instiga uma maior divisão do trabalho e da própria classe trabalhadora, tira proveito desse próprio enfraquecimento sindical para viabilizar outras derrogações de normas trabalhistas heterônomas. A prevalência das premissas da Lei n. 13.467/2017, assim, acabará por impulsionar o surgimento de uma relação capital x trabalho desguarnecida de instâncias de prevenção do conflito real, na suposição de que a mera formalidade de acordos ou de supostas representações se mostraria suficiente a alicerçar uma comunidade com justiça social. Contudo, a justiça social não se opera no papel, mas sim numa realidade que viabiliza vida digna, dado essencial à conformação de uma comunidade harmônica e fraterna.

ABSTRACT

The transcendence of the working individual to the working class collective represents a supposed emancipatory, a “sine qua non” condition for the effectiveness of a social justice that is effectively distributive and governed by the principles of equality and freedom. History has shown more than once that, when its pendulum distances itself from the vertex of equilibrium and harmony between collective forces, neglecting the instances of democratic representation and conformation of formulas for the effective harmonization of a priori antagonistic interests, is a real social upheaval. Today, we are experiencing the installation of a true regime of exception, to lead a government agenda that is completely dissociated from the one legitimized by the population through the 2014 elections. Law bills and constitutional reform are being processed at the touch of the box. Promotes the deep dissolution of labor and social security rights. Associations, trade unions and trade union centrals, in addition to being scorned by the few parliamentary debates produced, end up having their own historical missions of representation depleted by the content of the proposed reforms. In this context, we are faced with Law 13.467/2017, which promotes trade unionism and the fragmentation of instances of class-consciousness formation and

category representation, amplifying the division of labor through institutes such as outsourcing, intermittent work, and a discriminatory regulation of teleworking, to nevralgically impact the possibility of forming a collective consciousness, hence, in the society of capsules of individuality, "immediate consciousness can only assume the form of self-consciousness." (IASI, 2006, 207), and an "I" that will tend to (re) produce, continuously, the parameters of the first form of consciousness. It breaks with the factory floor as a common space of human development, of category and class, without compensation, that should be given from the strengthening of the collective entities of the workers, especially the unions, which, on the contrary, leave even more weakened by the system of the proposed reform, in a country that does not even have effective freedom of association because it is not a signatory to ILO Convention 87.

Keywords: *Work. Consciousness. Class.*

REFERÊNCIAS

- FERRAZ, Deise Luiza S. Projetos de geração de trabalho e renda e a consciência de classe dos desempregados. *Revista Eletrônica Organizações e Sociedade*, v. 22, 2015.
- GORZ, André. *Adeus ao proletariado: para além do socialismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.
- MESZÁROS, István. *Filosofia, ideologia e ciência social: ensaios de negação e afirmação*. São Paulo: Ensaio, 1993. Capítulo "Consciência de classe necessária e consciência de classe contingente".
- SUPIOT, Alain. *O espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total*. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

DECISÃO PRECURSORA

DECISÃO PRECURSORA

Decisão*

ATA DE AUDIÊNCIA - Processo n. 0000455-45.2012.5.03.0095

Aos 15 dias do mês de outubro do ano de 2012, às 16h50min, na sede da VARA DO TRABALHO DE SANTA LUZIA-MG, tendo como Titular o MM. Juiz do Trabalho, Dr. Antônio Carlos Rodrigues Filho, realizou-se a audiência para JULGAMENTO da ação trabalhista ajuizada por LUIZ GONZAGA CAMPOS em face de RIP SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA. e THYSSENKRUPP METALÚRGICA SANTA LUZIA S/A.

Aberta a audiência, foram apregoadas as partes, por ordem do MM. Juiz. Ausentes.

A seguir, proferiu-se a seguinte SENTENÇA.

VISTOS OS AUTOS.

LUIZ GONZAGA CAMPOS, qualificado à f. 02, ajuizou ação trabalhista em face de RIP SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA. e THYSSENKRUPP METALÚRGICA SANTA LUZIA S/A, alegando que foi admitido em 16/12/2010, função de Assistente de Serviços Gerais, percebendo salário de R\$ 622,00, tendo sido dispensado sem justa motivação em 2/2/2012. Aduz que, em novembro/2011, “passou mal” durante a jornada de trabalho, tendo surtos psicóticos, sendo que, após esse evento, retornou ao labor normalmente; que, em janeiro/2012, a ré lhe concedeu férias e, ao término, procedeu à

* O texto foi mantido em sua versão original, excetuada a atualização ortográfica ao padrão do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

sua dispensa, designando seu exame demissional para o dia 2/2/2012, salientando que o mesmo não se realizou em virtude de que se deslocou ao SINDIASSEIO para encontrar-se com o representante da primeira reclamada para concretização do ato; que sua dispensa se deu ao arrepio da lei, tendo em vista estar acometido de doença, pelo que requer sua reintegração no emprego.

Com esses argumentos pleiteia os direitos arrolados à f. 07 além da concessão dos benefícios da gratuidade da justiça e a expedição de ofícios à DRT, INSS, CEF.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 30.000,00.

Com a inicial, trouxe aos autos documentos e instrumento de mandato.

Defesa colhida às f. 52/57 e 113/118, onde se contesta os pedidos da exordial e pugnando pela improcedência dos mesmos. Juntou documentos e instrumento de mandato.

Determinou-se a realização de prova médica para apuração de eventual doença (f. 50).

O reclamante se manifestou sobre a contestação e os documentos que a acompanharam.

O laudo pericial veio aos autos (f. 186/190).

Sem mais provas a produzir, encerrou-se a instrução processual.

Facultada às partes a oportunidade do artigo 850 da CLT, que se manifestaram oralmente.

As partes arrazoaram, todavia, que restaram baldados os esforços para conciliação.

Tudo visto e examinado.

Em síntese, eis o bosquejo da resenha consignada nestes autos.

DECIDE-SE.

DA INÉPCIA DA INICIAL

Aduz a primeira ré, em sede de preliminar, a inépcia da inicial em relação ao pedido de indenização substitutiva pelo tempo

restante desde a dispensa até que atinja o direito à aposentadoria e reflexos, tendo em vista que não há causa de pedir.

Rejeita-se.

O § 1º do artigo 840 da CLT estabelece os requisitos da reclamação trabalhista, os quais foram integralmente observados no presente caso, tanto que as rés produziram suas defesas sem quaisquer transtornos ou impedimentos.

Sabe-se que, no processo trabalhista, basta a breve narração dos fatos, da qual resulte o pedido (§ 1º do art. 840 da CLT), para a validade da petição inicial.

Aliás, é de bom alvitre esclarecer que não se deve confundir pedido inepto com pedido improcedente, salientando-se que o primeiro decorre de vício na formulação da postulação, já o segundo atrai o necessário exame do mérito, atentando-se para as alegações das partes e das provas coligidas nos autos.

DA PREFACIAL DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM

Alega a segunda ré que não é parte legítima para figurar no polo passivo da presente relação processual, requerendo seja excluída da lide.

Aduz para tanto que não é a empregadora do autor e nunca manteve relação de trabalho com o mesmo, sendo meramente tomadora de serviços da primeira ré, conforme em anexo o contrato de prestação de serviços (f. 147/158).

O interesse é subjetivo, identifica-se com o caráter abstrato de agir, inerente ao direito de ação, constitucionalmente assegurado.

A existência ou não de vínculo de direito material entre as partes é matéria de mérito. Atrai de *per si* o seu exame, conjugando-se, por conseguinte, as provas produzidas com as alegações brandidas pelas partes para, ao final, obter-se um pronunciamento a respeito do conflito instalado nos autos, por intermédio de sentença definitiva, que, por sua vez, fará coisa julgada material.

Ilegítimo é o que é falso. Legítimas são as partes, pois correspondem às pessoas individuadas na peça exordial. Nada postula o autor que lhe seja vedado em lei, não se verificando então a alegada impossibilidade jurídica do pedido.

Rejeita-se, portanto, a prefacial em epígrafe.

DA DISPENSA - REINTEGRAÇÃO

A postulação autoral tem por escopo frustrar ato patronal alusivo à dispensa do demandante havida sem justa motivação, vindo o mesmo a aduzir que, em novembro/2011, “passou mal” durante a jornada de trabalho, vítima de surtos psicóticos, sendo que, após esse evento, retornou ao labor normalmente, vindo a ré a conceder-lhe férias em janeiro/2012 e, ao término, procedeu à sua dispensa, orientando-o a realizar seu exame demissional no dia 2/2/2012, mas que, antes da concretização do ato fosse ao encontro do representante da 1ª ré junto ao SINDIASSEIO, o que não se procedeu, razão pela qual, até a presente data, o acerto rescisório não foi efetuado.

Afirma que sua dispensa se deu ao arrepio da lei, tendo em vista que não se encontrava em perfeitas condições de saúde, pelo que entende fazer jus à reintegração no emprego.

A 1ª ré resiste ao pleito obreiro, suscitando que o mal que aflige o autor não guarda nexos de causalidade com suas atividades laborativas empreendidas na empresa, o que serve perfeitamente de óbice intransponível para a reintegração no emprego, mormente considerando que não houve percepção de benefício previdenciário correspondente ao auxílio-doença acidentário.

Alega que o autor laborava em ambiente que apresentava perfeitas condições, não havendo supedâneo capaz de dar ensejo ao direito à garantia de emprego.

Determinou-se a realização de prova pericial médica para aferição das reais condições de saúde na atualidade e durante o lapso temporal alusivo ao contrato de trabalho, vindo o ilustre *expert* a aduzir o seguinte:

O periciado é portador de sofrimento mental com sintomas que apontam para uma psicose a esclarecer. Segundo informações colhidas durante o exame, o adoecimento se deu quando ainda trabalhava na empresa. O examinado tem possibilidade de fazer passagem ao ato autoagressivo (já apresentou ideação suicida) ou heteroagressivo (responde com irritabilidade a estímulos e/ou brincadeiras de algumas pessoas). No momento do exame não apresentava condições para o trabalho, devido ao quadro apresentado. Tanto o examinado quanto o acompanhante (filho) foram orientados a procurar atendimento médico especializado para proceder à propedêutica conclusiva e tratamento adequado. (f. 190 - conclusão ao laudo médico - grifos e destaques acrescidos)

Prima facie, insta ressaltar, por relevante, que a relação de causalidade entre o mal que aflige o autor e sua atividade laboral não constitui elemento definidor das bases da postulação, visto que a ordem jurídica guarda em sua essência mecanismos tendentes a proteger a figura do trabalhador.

Aos olhos da lei, o empregado que se encontra acometido de moléstia, ainda que de natureza não ocupacional, tem o legítimo direito de ver garantido e incólume o seu contrato de trabalho contra atos decorrentes do poder potestativo do empregador. Vale dizer: ao empregado doente deve ser resguardado o direito ao tratamento até ulterior restabelecimento, porquanto, somente após adotado esse procedimento, é que se terá condição de aferição da real capacidade do obreiro de empreender verdadeiro trabalho e em perfeitas condições de saúde.

As regras alusivas à higiene, segurança e saúde do trabalhador são perfeitamente aplicáveis ao caso dos autos. Aliás, o direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal. Na medida em que o trabalhador se vê numa situação onde sua saúde se encontra comprometida, o empregador deve estar atento a tal fato e encaminhá-lo para tratamento, sob pena de desprestígio à figura daquele que contribui sobremaneira para o empreendimento empresarial.

Não há, pois, como se dar guarida ao ato patronal que queda inerte e olvida em se atentar para tais aspectos diante da contratualidade de trabalho, eis que os valores sociais do trabalho devem ser sobremaneira resguardados, mesmo que o mal que aflige o trabalhador não guarde nexos de causalidade com o trabalho, ou seja, não há necessidade que se trate de doença ocupacional para que a incolumidade do contrato seja mantida até que o obreiro seja submetido a tratamento.

Nesse sentido veja-se o seguinte aresto tratando sobre o tema, *in verbis*:

EMENTA: NULIDADE DA DISPENSA. INCAPACIDADE PARA O TRABALHO NO MOMENTO DA DISPENSA. O diagnóstico de doença, ainda que de origem não ocupacional, no momento da ruptura contratual constitui óbice à dispensa do empregado, vez que, diante desse cenário, o empregador não pode exercer o poder potestativo de rescindir o contrato de trabalho. Nesse contexto, a medida que se impõe é a reintegração do obreiro, com suspensão da relação jurídica de emprego, ante a falta de condições para o labor, por razões médicas. (TRT/RO-0001328-02.2010.5.03.0035, Turma Recursal de Juiz de Fora, Relatora Juíza Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim, publicação 24/02/2012, divulgação 23/2/2012, p. 292.)

DOENÇA NÃO RELACIONADA AO TRABALHO - INCAPACIDADE NO MOMENTO DA DISPENSA - NULIDADE DO ATO - REINTEGRAÇÃO. Provado que o empregado estava enfermo, e inapto ao trabalho, no dia em que dispensado, a rescisão contratual é nula. Nesse caso, é necessário o afastamento para tratamento médico adequado. Assim não tendo feito o empregador, mas, ao contrário, dispensando o empregado quando as prestações recíprocas da relação eram inexigíveis de parte a parte, o ato é inválido, não podendo gerar efeitos. Àquela época, era vedado ao empregador exercer o direito potestativo de denunciar o contrato. Essa circunstância diz respeito ao estado de saúde do trabalhador, independentemente da causa. É irrelevante que a moléstia não tenha relação com o trabalho, ou que não tenha sido provocada por culpa do empregador. O que importa é a falta de condições para o trabalho, por razões médicas, suficiente a ensejar a suspensão do contrato. Nesse caso, ainda que não assegurado o direito à indenização, o trabalhador deve ser reintegrado quando retornar do afastamento, retomando-se o curso normal do contrato, com os direitos e obrigações de cada parte. (TRT - RO - 3ª T. - Rel. Juiz José Eduardo de Resende Chaves Júnior - Publ. MG 28/6/03 - ementa extraída da *Revista do TRT 3ª Região*, n. 67, p. 444.)

O princípio da dignidade da pessoa humana é adotado pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III) e como fim da ordem econômica (*caput do artigo 170 da CF/88*), constituindo, enquanto princípio, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos.

Ao seu lado, outro fundamento do Estado Democrático de Direito é a valorização do trabalho (artigo 1º, IV): Valorização do trabalho humano e reconhecimento do “valor social do trabalho” consubstanciam cláusulas principiológicas que, a par de afirmarem a compatibilização conciliação e composição (entre capital e trabalho), portam em si evidentes potencialidades transformadoras. Em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica, prevalência que José Afonso da Silva reporta como prioridade sobre os demais valores da economia de mercado. Poderão, contudo, e aí o temor de Raul Machado Horta se tanto induzido pela força do regime político, reproduzir atos, efetivos, suas potencialidades transformadoras.

Nesse contexto, a dispensa é nula *pleno iure*, devendo ser restaurada a relação jurídica de emprego, que ficará suspensa, ante a falta de condições para o labor, por razões médicas.

Diante do exposto, determino a reintegração do obreiro ao trabalho, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação desta decisão, mantida a integridade de seu contrato para todos os fins.

Defiro ao autor o pagamento dos salários vencidos (a partir de 02 de fevereiro de 2012) e vincendos, 13º salário, férias mais 1/3 e FGTS (este na conta vinculada sem autorização para levantamento).

DA OBRIGAÇÃO DE FAZER

Deverá a ré adotar medidas tendentes a viabilizar o encaminhamento do autor para que o mesmo possa se submeter a tratamento médico junto ao Órgão Oficial da Previdência Social

(INSS) para diagnóstico do mal que o aflige e eventual adoção das medidas que se fizerem necessárias, sob pena de multa diária correspondente a R\$ 100,00, até o limite de R\$ 5.000,00, reversível em prol do autor.

DO PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA

Defere-se, eis que preenchidos os requisitos da Lei n. 5.584/70 c/c a Lei n. 7.115/83.

DOS JUROS E DA CORREÇÃO MONETÁRIA

As parcelas ora deferidas serão corrigidas por índices a partir do dia primeiro do mês subsequente ao da prestação do serviço, nos termos do Enunciado n. 381 do C. TST.

Os valores relativos aos FGTS serão corrigidos pelos mesmos índices aplicáveis aos créditos trabalhistas em geral.

Os juros de mora serão devidos a partir da data do ajuizamento da ação, na forma do artigo 883 da CLT e Enunciado n. 200 do TST.

INSS E IRRF

Por se tratar de ressarcimento pelo período sobre o qual o contrato de trabalho deveria estar suspenso, não é cabível a incidência de Imposto de Renda. Inteligência do inciso XX do artigo 39 do Decreto n. 3.000/99. O mesmo se diga no que tange às contribuições previdenciárias, por força do disposto no artigo 214, § 9º, inciso V, alínea "h" e § 12 do Decreto n. 3.048/99.

DOS HONORÁRIOS DO PERITO

Sucumbente na matéria que gerou a produção da prova pericial, deverá a 1ª ré arcar com o pagamento dos honorários do perito, fixados em R\$ 1.200,00.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Os honorários advocatícios no âmbito desta Justiça Especializada do Trabalho somente são devidos quando preenchidos os requisitos constantes da lei, ou seja, estar o reclamante assistido pelo sindicato representativo da sua categoria profissional e, ainda, prestar declaração de que não está em condições de demandar em juízo sem prejuízo do seu próprio sustento e de sua família.

No caso dos presentes autos, tem-se que o reclamante não está assistido pelo órgão de classe, razão pela qual indefiro o pedido de pagamento dos honorários assistenciais.

DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA 2ª RECLAMADA

Restou demonstrado nos autos que a primeira e a segunda reclamadas celebraram contrato de prestação de serviços, sendo a primeira ré a empresa prestadora de serviços, e a segunda reclamada, a tomadora.

Assim, não há como excluir a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada pelos débitos trabalhistas da primeira reclamada (empresa prestadora).

Isso porque a responsabilidade não decorre da ilicitude ou ilegalidade do contrato de prestação de serviços, mas do inadimplemento das obrigações emergentes do contrato de trabalho firmado com aquele que emprestou sua mão de obra ao real empregador e a reverteu em prol do tomador dos serviços no contrato de prestação firmado entre as rés.

Há que se atentar, ainda, para a prevalência hierárquica dos direitos trabalhistas no ordenamento jurídico pátrio, princípio elevado a nível constitucional (pura expressão do inciso IV do artigo 1º da Constituição da República de 1988).

A partir daí há a tessitura legal, por intervenção estatal, estabelecendo a responsabilidade daqueles que auferiram diretamente o trabalho prestado pelo empregado, de molde que,

evidenciando-se o princípio protetor, tutela-se o hipossuficiente para o efeito da percepção dos seus créditos trabalhistas em qualquer dessas hipóteses, quando haja qualquer discussão envolvendo passivamente a idoneidade econômica e financeira dos empregadores beneficiados pelo trabalho prestado.

Por tais fundamentos, forçoso declarar a responsabilidade subsidiária da segunda reclamada.

DA EXPEDIÇÃO DE OFÍCIOS

Tendo em vista as irregularidades constatadas no processado, após o trânsito em julgado desta decisão, deverá ser expedido ofício à DRT e CEF.

POR TAIS FUNDAMENTOS,

Resolve o Juízo da VARA DO TRABALHO DE SANTA LUZIA julgar PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos para condenar a reclamada RIP SERVIÇOS INDUSTRIAIS LTDA. e, subsidiariamente, THYSSENKRUPP METALÚRGICA SANTA LUZIA S/A às seguintes obrigações de fazer e de pagar em prol do reclamante LUIZ GONZAGA CAMPOS:

- a) deverá a 1ª ré proceder à reintegração do obreiro ao trabalho, no prazo de 10 (dez) dias, contados da publicação desta decisão, mantida a integridade de seu contrato para todos os fins;
- b) deverá arcar com pagamento dos salários vencidos (a partir de 02 de fevereiro de 2012) e vincendos, 13º salário, férias mais 1/3 e FGTS (este na conta vinculada sem autorização para levantamento);
- c) deverá a ré adotar medidas tendentes a viabilizar o encaminhamento do autor para que o mesmo possa se submeter a tratamento médico junto ao Órgão Oficial da Previdência Social (INSS) para diagnóstico do mal que o aflige e eventual adoção das medidas que se fizerem necessárias, sob pena de multa diária correspondente a R\$ 100,00, até o limite de R\$ 5.000,00, reversível em prol do autor.

Deverão ser observados para tanto todos os parâmetros fixados e delineados nos referidos itens, tudo conforme fundamentação supra, que faz parte integrante deste *decisum*, como se apurar em liquidação de sentença.

Defiro ao obreiro os benefícios da gratuidade da justiça.

As parcelas deferidas e não liquidadas serão apuradas em sede de liquidação de sentença, por simples cálculos, com o acréscimo de juros e correção monetária na forma determinada na fundamentação.

Sucumbente na matéria que gerou a produção da prova pericial, deverá a 1ª ré arcar com o pagamento dos honorários do perito, fixados em R\$ 1.200,00.

Ofícios à DRT e CEF.

As custas processuais serão suportadas pela reclamada, alcançando a importância de R\$ 300,00, calculadas sobre R\$ 15.000,00, valor atribuído à condenação.

Cientes as partes, nos termos do Enunciado n. 197 do TST.

Encerrou-se a audiência.

Nada mais.

ANTÔNIO CARLOS RODRIGUES FILHO
JUIZ DO TRABALHO

MARCELO GARNICA DOS REIS
DIRETOR DE SECRETARIA

Comentário*

Cuidam os autos do processo n. 0000455-45.2012.5.03.0095 de matéria alusiva à tutela dos direitos de empregado que, não obstante não tenha seu contrato de trabalho protegido contra dispensa sem justa motivação, no momento da ruptura do liame empregatício, encontrava-se acometido de doença que o impedia de dar continuidade ao serviço.

Infere-se que a proposição defensiva acena para o lado de que a real empregadora se baseou na tese de que, não tendo o obreiro recebido o benefício previdenciário alusivo ao auxílio-doença acidentário previsto nas disposições do artigo 118 da Lei n. 8.213/91, não teria direito à estabilidade provisória ali prevista.

A decisão exarada nos autos pautou-se por acolher o pleito autoral, vinculando seus fundamentos em matéria alçada a nível constitucional, consubstanciada no regramento jurídico que trata da valorização do trabalho humano e dos valores sociais do trabalho, bem como no que toca aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O desfecho atribuído ao conflito visou basicamente a buscar a aplicação ao caso concreto dos preceitos atrelados ao princípio da proteção daquele que representa a parte economicamente mais frágil na relação contratual de trabalho, sem cingir-se à hipótese de existência ou não do nexó de causalidade entre o mal que aflige o trabalhador e suas atividades laborativas desenvolvidas no âmbito empresarial.

* Comentário feito pelo próprio Juiz prolator da decisão precursora, ANTÔNIO CARLOS RODRIGUES FILHO, então titular da Vara do Trabalho de Santa Luzia-MG.

JURISPRUDÊNCIA DO TRT DA 3ª REGIÃO

ACÓRDÃOS

SENTENÇAS

ACÓRDÃO

TRT-0010291-46.2015.5.03.0092 (RO)

Publ. no "DE" de 22/11/2017

RECORRENTES: TALITA OLIVEIRA DE MATTOS, MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA., ROSA DOS VENTOS SERVIÇOS E CAPACITAÇÃO DE TRIPULANTES LTDA. - ME

RECORRIDOS: TALITA OLIVEIRA DE MATTOS, MSC CRUZEIROS DO BRASIL LTDA., ROSA DOS VENTOS SERVIÇOS E CAPACITAÇÃO DE TRIPULANTES LTDA. - ME

RELATOR: PAULO CHAVES CORRÊA FILHO

EMENTA: COMPETÊNCIA TERRITORIAL. TRABALHO EM EMBARCAÇÕES INTERNACIONAIS. CONTRATAÇÃO NO BRASIL. Evidenciado que a reclamante foi contratada no Brasil e que parte do tempo de duração do contrato de trabalho desenvolveu-se em águas territoriais brasileiras, competente o Judiciário Nacional, representado pela Justiça do Trabalho, para apreciar e julgar o presente feito.

RELATÓRIO

O Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Pedro Leopoldo, pela sentença de id a5b8f97, complementada pela decisão de embargos de declaração (id ff05031), julgou procedentes, em parte, os pedidos da inicial, para reconhecer o vínculo de emprego com a 1ª reclamada (MSC Cruzeiros do Brasil Ltda.) e condenar as reclamadas,

solidariamente, ao pagamento das verbas integrantes do *dispositivum*.

Inconformada, a 1ª reclamada interpôs recurso ordinário (id fc3812e).

Preparo comprovado (ids 1aff241 e 49004ba).

A 2ª reclamada também recorreu pelas razões de id c0e52ee.

Preparo comprovado (ids 9068087 e fdc281c).

A reclamante apresentou recurso adesivo (id 396f9c3).

Contrarrazões recíprocas apresentadas sob ids 5a7889f e 435140d, pela reclamante e pelas reclamadas, respectivamente.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho.

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Atendidos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço dos recursos ordinários.

JUÍZO DE MÉRITO

Incompetência absoluta da Justiça do Trabalho - Preliminar suscitada pelas reclamadas

As reclamadas suscitam a incompetência absoluta da Justiça do Trabalho para conhecer e julgar a presente demanda, à alegação de que o contrato foi celebrado e executado no exterior, ou seja, no interior do navio de empresa pertencente ao grupo econômico da 1ª ré, de bandeira panamenha.

Sem-razão.

Em regra, o trabalho em embarcações é regido pela lei do pavilhão, ou seja, segue a legislação do país em que o navio é registrado.

In casu, no entanto, houve pré-contratação no Brasil, o que atrai a aplicação da Lei n. 7.064/82, que regula a situação dos empregados contratados no Brasil para prestar serviços no exterior.

Logo, aplicável ao caso a legislação nacional.

Com efeito, o preposto da 2ª reclamada, Rosa dos Ventos Serviços e Capacitação de Tripulantes, confessou, em depoimento pessoal, que a empresa “[...] é credenciada a selecionar e capacitar candidatos para a MSC Crociere [...]”, ou seja, tal empresa cuida dos aspectos burocráticos como representante ativa das empresas de cruzeiros no contrato inicial com o trabalhador, arregimentando e treinando mão de obra para trabalhar nos navios da 1ª reclamada. O contrato, embora somente assinado no navio, foi precedido dessa seleção verbal em nome delas.

In vero, a reclamante foi efetivamente contratada em Lagoa Santa, via *Skype*, para trabalhar em navio que navegaria em águas brasileiras e internacionais. A testemunha apresentada pela 2ª reclamada afirmou “[...] que a entrevista de emprego é presencial em Fortaleza e, para outros estados, via *Skype*; caso aprovado, o pretendente não é ainda contratado.” (termo de audiência - id 7010c60).

Também os *e-mails* de id 3245c6f, trocados entre a reclamante e a 2ª reclamada, Rosa dos Ventos, demonstram que o processo seletivo ocorreu em território nacional.

Induidoso, portanto, que a contratação se deu no Brasil, o que atrai a competência do Judiciário Nacional, representado pela Justiça do Trabalho, para apreciar e julgar o presente feito, conforme, aliás, vem decidindo o C. TST em casos análogos, a exemplo do seguinte precedente, *verbis*:

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMADA. RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. 3. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. DECISÃO DENEGATÓRIA. MANUTENÇÃO. A jurisprudência trabalhista, sensível ao processo de globalização da economia e de avanço das empresas brasileiras para novos mercados no exterior, passou a perceber a insuficiência e inadequação do critério normativo inserido na antiga Súmula 207 do TST (*lex loci executionis*) para regulação dos fatos congêneres multiplicados nas duas últimas décadas. Nesse contexto, já vinha ajustando sua dinâmica interpretativa, de modo a atenuar o rigor da velha Súmula 207 do TST, restringindo sua incidência, ao mesmo tempo

em que passou a alargar as hipóteses de aplicação das regras da Lei n. 7.064/1982. Assim, vinha considerando que o critério da *lex loci executionis* (Súmula 207) - até o advento da Lei n. 11.962/2009 - somente prevalecia nos casos em que foi o trabalhador contratado no Brasil para laborar especificamente no exterior, fora do segmento empresarial referido no texto primitivo da Lei n. 7.064/82. Ou seja, contratado para laborar imediatamente no exterior, sem ter trabalhado no Brasil. Tratando-se, porém, de trabalhador contratado no País, que aqui tenha laborado para seu empregador, sofrendo subsequente remoção para país estrangeiro, já não estaria mais submetido ao critério normativo da Convenção de Havana (Súmula 207), por já ter incorporado em seu patrimônio jurídico a proteção normativa da ordem jurídica trabalhista brasileira. Em consequência, seu contrato no exterior seria regido pelo critério da norma jurídica mais favorável brasileira ou do país estrangeiro, respeitado o conjunto de normas em relação a cada matéria. Mais firme ainda ficou essa interpretação após o cancelamento da velha Súmula 207 do TST. No caso concreto, ficou evidenciado que o reclamante foi contratado no Brasil e que parte do tempo de duração do contrato de trabalho desenvolveu-se em águas territoriais brasileiras. Não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os termos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido. B) RECURSO DE REVISTA ADESIVO DO RECLAMANTE. Em face da não admissibilidade do apelo principal, fica prejudicado o exame do recurso de revista adesivo interposto pelo reclamante (art. 500 do CPC). Recurso de revista cuja análise fica prejudicada. (TST-AIRR-1789-04.2011.5.02.0443, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 12/12/2014.)

Rejeito.

Aplicação da lei estrangeira - Matéria objeto de recurso de ambas as reclamadas

Alegam as reclamadas que a legislação brasileira é inaplicável ao contrato celebrado com a reclamante, pois o navio no qual trabalhou ostenta bandeira de nacionalidade panamenha. Sustentam, também, que a contratação da reclamante se deu no interior da embarcação, devendo ser aplicada a lei do pavilhão, além das convenções da OIT.

Em que pese o inconformismo das rés, a legislação brasileira não acolhe a tese expendida pelas reclamadas.

Estabelece a Lei n. 7.064/82, que regulamenta a situação dos trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior, que:

Art. 2º Para os efeitos desta lei, considera-se transferido:

I - o empregado removido para o exterior, cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro;

II - [...];

III - o empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior.

Art. 3º A empresa responsável pelo contrato de trabalho do empregado transferido assegurar-lhe-á, independentemente da observância da legislação do local da execução dos serviços:

I - [...];

II - a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria.

Parágrafo único. Respeitadas as disposições especiais desta lei, aplicar-se-á a legislação brasileira sobre Previdência Social, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e Programa de Integração Social (PIS/PASEP).

De mais a mais, conforme bem observado na origem,

[...] a Lei 11.962/09 alterou o *caput* do art. 1º da Lei 7.064/82 e passou a regular a situação de qualquer trabalhador contratado no Brasil para prestar serviço no exterior, independentemente da atividade econômica da empresa e de ter sido transferido ou não. Por força dessa modificação, a Súmula 207 do TST foi cancelada pela Resolução 181/2012 (DEJT divulgado em 9, 20 e 23/4/2012), passando a incidir o art. 198 da Convenção de Havana apenas nos casos em que o trabalhador é contratado no exterior para lá prestar seus serviços, o que não é o caso da autora, que, repise-se, foi contratada no Brasil.

Com efeito, restou incontroverso nos autos que a reclamante, brasileira, fora contratada no Brasil por empresa estrangeira, com

agência, filial ou sucursal no Brasil - a MSC Cruzeiros do Brasil, para cumprir contrato a termo, em águas nacionais.

A autora participou de treinamentos na 2ª reclamada (Rosa dos Ventos) e dela obteve encaminhamento para a contratação. No que concerne à prestação dos serviços, as reclamadas reconheceram, na defesa, que a reclamante passou por portos brasileiros, de modo que aplicável a legislação trabalhista nacional.

Nada, pois, a prover.

RECURSO ORDINÁRIO DA 1ª RECLAMADA

Ilegitimidade passiva *ad causam* - Chamamento ao processo

A 1ª reclamada alega que a reclamante é carecedora de ação, uma vez que a ré é parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação.

Sustenta, em síntese, que a reclamante laborou em favor exclusivo da MSC Cruises, única responsável por eventuais débitos trabalhistas, acrescentando, ainda, que a sentença, ao vedar o acesso de tal empresa aos autos, cerceou o direito de defesa da recorrente, em contrariedade ao inciso LV do art. 5º da Constituição Federal.

Sem-razão, contudo.

Tem legitimidade para a causa o titular do interesse material deduzido em juízo e, do outro lado, aquele que suportará na esfera jurídica os efeitos do exercício desse interesse material. A análise dessa pertinência subjetiva para a lide deve, portanto, ser feita em abstrato, *in status assertionis*, ou seja, com base nas alegações firmadas pelo autor na inicial.

Assim, ainda que improcedente o pleito relativo ao direito material invocado, tem a parte assegurado o direito a um provimento jurisdicional de mérito. Desse modo, legítimo a figurar no polo passivo de uma relação processual é aquele objetivamente apontado pelo autor enquanto devedor da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

No caso dos autos, a reclamante apontou na exordial a 1ª reclamada responsável pelo direito perseguido, o quanto basta para legitimá-la a responder aos termos da presente ação.

Também sem-razão a recorrente quanto à alegação de cerceamento de defesa, pelo não chamamento ao processo da MSC Cruises S.A.

Incumbe ao autor definir, na petição inicial, quem deve figurar no polo passivo da lide, e ao juiz cabe apenas o exame de legitimidade passiva do empregador indicado.

No mais, a intervenção de terceiros no processo do trabalho é admissível apenas nas hipóteses de assistência e de oposição. As figuras típicas de direito processual civil, reguladas pelos artigos 338, 339, 125 e 127/132 do CPC - a nomeação à autoria, a denúncia da lide e o chamamento ao processo - não têm lugar na seara trabalhista, regra geral, o que afasta qualquer ofensa aos dispositivos legais e constitucionais invocados.

Rejeito.

VÍNCULO DE EMPREGO - VERBAS TRABALHISTAS

Não se sustenta o inconformismo da 1ª reclamada com o vínculo de emprego reconhecido pela sentença *a qua*.

Sem-razão, no entanto.

Emerge dos autos que a reclamante realmente prestou serviços para a 1ª reclamada de forma pessoal, onerosa, não-eventual e subordinada, integrando a tripulação no navio MSC Fantasia, com bandeira panamenha, embarcação de propriedade da MSC Crociere, empresa que pertence ao mesmo grupo econômico da 1ª reclamada (MSC Cruzeiros).

A 18ª alteração e consolidação do contrato social da 1ª reclamada (doc. id ee4ad8d) comprova que a MSC Crociere é sócia-proprietária da 1ª reclamada e possui o controle quase majoritário (id ee4ad8d - P. 5) desta última, empresa nacional. Nesse contexto, a hipótese em exame atrai a aplicação do disposto no § 2º do art. 2º da CLT, ante a figura do empregador, único inerente ao grupo econômico.

Tais constatações são suficientes para se reconhecer a existência do vínculo de emprego na função de “esteticista” (*beautician* - contrato id 4439be9).

O Termo de Ajustamento de Conduta - TAC - n. 408, firmado entre a MSC Cruzeiros do Brasil Ltda. e o Ministério Público do Trabalho, de abrangência nacional, não afasta, em absoluto, a aplicação da legislação brasileira ao presente caso.

Os itens “b” e “c” da cláusula 1ª do referido TAC estabelecem, *verbis*:

[...].

b) os brasileiros recrutados no Brasil e embarcados para laborar apenas durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser formalmente contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou, na ausência desta, pelo agente marítimo responsável pela operação da embarcação, cujo contrato de trabalho será escrito no idioma português e vinculado à legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie (art. 8º da RN 71/06);

c) Para os fins do item b), será considerada temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira o período compreendido entre 30 (trinta) dias antes da partida da embarcação para o primeiro porto brasileiro até 30 (trinta) dias depois da saída do último porto brasileiro, incluindo neste período eventuais ausências das águas jurisdicionais brasileiras;

c.1) o item b) não será aplicável para os contratos de trabalho internacionais firmados por período superior ao ali previsto, se rescindidos antecipadamente por iniciativa do empregado ou justa causa por ele cometida.

c.2) o item b) será aplicável para os contratos de trabalho internacionais firmados por período superior ao ali previsto, se rescindidos por justa causa cometida pelo empregador, justificadora de rescisão indireta pelo empregado.

Ora, o fato de a reclamante ter embarcado/desembarcado do navio na Itália não afasta a obrigação de cumprimento do TAC, uma vez que foi recrutada no Brasil e trabalhou, parcialmente, em águas brasileiras.

Quanto ao mais, prejudicado o argumento da recorrente de que se trataria de contrato internacional de trabalho, de duração predeterminada, porque, conforme decidido, o contrato da

reclamante é regido pela lei brasileira, sendo, portanto, devidas as verbas trabalhistas nela estabelecidas.

Na esteira do decidido pela sentença *a qua*, o contrato de trabalho da reclamante se deu por prazo indeterminado, sendo inócua a alegação de que a contratação se deu de 7/11/2012 a 26/5/2013. Os certificados colacionados aos autos (id 39e503) comprovam que a reclamante iniciou os cursos e treinamentos exigidos pela empregadora a partir de 10/9/2012, de forma a comprovar que, a partir de tal data, ela se encontrava à disposição da empregadora.

Quanto à remuneração, observa-se dos contracheques juntados sob id 310e52e e do recibo de id 2ccf011 que, diferente do que alega a recorrente, a reclamante recebia remuneração de US\$ 850,00 (oitocentos e cinquenta dólares) + comissões.

Descabida, por outro lado, a alegação de que, no salário-base acordado, eram computadas as horas extras e o descanso semanal trabalhado, pois a legislação pátria veda a prática do salário complessivo, sendo nula “[...] a cláusula contratual que fixa determinada importância ou percentagem para atender englobadamente vários direitos legais ou contratuais do trabalhador”, na forma da Súmula n. 91 do C. TST, tendo-se, portanto, que os salários quitados remuneraram apenas as horas ordinárias de trabalho, não havendo que se falar em dedução/compensação.

O trabalhador, ademais, tem jus ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, e a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal, na forma dos incisos XV e XVI do art. 7º da Constituição Federal.

De outro vértice, dada a limitação da vontade do trabalhador no momento da assinatura do contrato, entende-se pela impossibilidade de pré-contratação de horas extras, aplicando-se, analogicamente, à hipótese, a Súmula n. 199 do C. TST, conforme se extrai de abalizada jurisprudência do Tribunal Superior, *verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS. VIGÊNCIA DA LEI N. 11.496/2007. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. PRÉ-CONTRATAÇÃO. NULIDADE. SÚMULA N. 199. EMPREGADO NÃO BANCÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. A Súmula n. 199 deste c. Tribunal Superior do Trabalho, ao tratar da nulidade da contratação de hora suplementar no momento da admissão do empregado, embora conserve em seu título a menção a “bancário”, não contém diretriz de impedimento para sua aplicação analógica a outros empregados em geral, de modo que a c. Turma, ao assim entender e estendê-la ao autor, diante das disposições legais de limitação da jornada e da exceção de sua prorrogação, além do caráter de proteção do trabalhador, não proferiu entendimento contrário ao referido verbete sumular. Não há porque distinguir o objetivo do legislador. Tanto no art. 59 quanto no art. 224 da CLT, o que se prevê é a duração normal da jornada de trabalho. As horas extraordinárias demandam extraordinariedade, por óbvio. Se pré-contratadas, elas se tornam ordinárias, e num momento em que há limitação do elemento volitivo do emprego, pela necessidade básica de emprego. Recurso de embargos não conhecido. [...]. (E-ED-RR-8345300-48.2003.5.04.0900, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 19/2/2010.)

Quanto à jornada, convém observar que a Súmula n. 338 do C. TST sedimentou o entendimento de que a não juntada dos cartões de ponto, para as empresas que possuam mais de 10 trabalhadores, gera presunção relativa de veracidade da jornada indicada na petição inicial.

Na hipótese, a reclamada não juntou cartão de ponto, de modo que, nos termos do verbete sumular citado, prevalece a jornada declinada na petição inicial, não elidida por prova em contrário.

Por fim, correta a determinação de que as parcelas sejam apuradas após a devida conversão em moeda local, com utilização da cotação do dólar e do euro nos dias em que tais quantias foram ou deveriam ter sido quitadas à trabalhadora.

Nada a prover.

COMISSÕES - INTEGRAÇÃO

No que se refere à integração das comissões, na forma do § 1º do art. 457 da CLT, integram o salário a importância fixa estipulada, comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias

para viagens e abonos pagos.

Os documentos de ids c4dc27d e 2ccf011 comprovam o pagamento habitual de comissões. Inócua a alegação recursal de que os documentos se encontram em língua estrangeira, sem tradução para o vernáculo nacional, nos termos do art. 192 do CPC, na medida em que constitui obrigação do empregador fornecer os recibos de salário de forma correta, não podendo ele se valer da própria torpeza para negar-se a cumprir a legislação.

Mantenho.

DEVOLUÇÃO DO PASSAPORTE MARÍTIMO (“PANAMÁ BOOK”)

A recorrente nega que tenha retido o documento denominado “Panamá *book*”, insurgindo-se contra a determinação de devolução, sob pena de multa diária de R\$ 100,00, limitada a R\$ 5.000,00.

Não lhe assiste razão.

Incumbe ao empregador documentar o recebimento e a devolução de quaisquer documentos do empregado, sendo o recibo o documento hábil a comprovar a devolução do documento.

In casu, a recorrente desse ônus não se desincumbiu.

Além do mais, o representante legal da reclamada, em depoimento pessoal, afirmou que “[...] não tem conhecimento acerca do Panamá *book*”; certo que o desconhecimento dos fatos pelo preposto implica pena de confissão.

Não bastasse, os *e-mails* de id 5a35210 comprovam que o documento da autora ficou retido na embarcação da 1ª reclamada, de forma que, à ausência de devolução do documento, irreparável a sentença que determinou a devolução no prazo assinado.

Nego provimento.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS RECLAMADAS

Insurgem-se as reclamadas contra a responsabilização solidária pelos créditos devidos à reclamante.

Examino.

A 1ª reclamada foi reconhecida a verdadeira empregadora, em favor de quem os serviços foram diretamente prestados, sendo, pois, a responsável direta pelos créditos devidos à reclamante.

A sentença, no entanto, merece pequeno reparo no que tange à responsabilidade da 2ª reclamada, que, entendo, deve ser subsidiária.

De fato, a responsabilidade subsidiária decorre tanto do disposto na lei comum (culpa contratual), quanto do entendimento jurisprudencial firmado pelo item IV da Súmula n. 331 do C. TST, calcado nas regras dos artigos 9º e 444 da legislação consolidada.

Assim, verificado que as obrigações trabalhistas não foram devidamente satisfeitas pela 1ª ré, a 2ª reclamada deve responder pelas parcelas condenatórias, de forma subsidiária.

Nego provimento ao apelo da 1ª ré e provejo parcialmente o recurso da 2ª reclamada, no aspecto.

RECURSO ADESIVO DA RECLAMANTE

As razões recursais da reclamante visam à condenação das empresas reclamadas em dano moral decorrente da retenção indevida do documento denominado “Panamá *book*” (passaporte marítimo).

In casu, a reclamante teve o passaporte marítimo retido, quando desembarcou em outro país (Itália), na cidade de Veneza, impotente, assim, para tomar qualquer providência.

Os inúmeros *e-mails* colacionados aos autos comprovam que a reclamante, ao chegar ao Brasil, acionou até mesmo o Itamaraty, no intuito de receber o documento, sem sucesso.

Data venia do entendimento adotado na origem, não se pode duvidar que gera incerteza ao trabalhador a indisponibilidade do documento, sabidamente em embarcação em outro país, indispensável à obtenção de trabalho em outra empresa, causando-lhe sofrimento suficiente à caracterização de prejuízo ao seu patrimônio moral, além da lesão anímica.

Aplica-se aqui, analogicamente, a jurisprudência do c. TST relativa à retenção da CTPS, senão confira-se:

DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. INDENIZAÇÃO. RETENÇÃO DA CARTEIRA DE TRABALHO. EX-EMPREGADOR. DEVOLUÇÃO APÓS O PRAZO LEGAL. A CTPS é o documento apto para o registro do contrato de emprego e da identificação e qualificação civil, o qual reflete toda a vida profissional do trabalhador, sendo obrigatório para o exercício de qualquer profissão. Nos termos dos artigos 29, *caput*, e 53 da CLT, o registro de admissão e demais anotações na CTPS do empregado, no prazo de 48 horas, é obrigação legal imposta ao empregador. A mora na devolução do mencionado documento pelo antigo empregador, que o reteve para anotar a extinção do contrato de trabalho com o trabalhador, excede os limites do razoável e configura ato ilícito, haja vista que a falta de apresentação de CTPS sujeita o trabalhador a uma previsível discriminação no mercado de trabalho, fato capaz de caracterizar graves consequências de ordem social e econômica, além de ofensa à sua dignidade, o que, por si só, já é suficiente para acarretar dano moral. Conclui-se, portanto, que a reclamada teve conduta contrária ao disposto no artigo 29, *caput*, da CLT e ofensiva à intimidade, honra e imagem deste, nos termos do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, pelo que é devida a indenização por dano moral prevista no artigo 927 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e desprovido. [...]. (Processo: RR-504900-57.2008.5.09.0892, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, DEJT 9/12/2011.)

Logo, atento ao que informam os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, condeno as reclamadas, a 2ª de forma subsidiária, à reparação civil por danos morais, fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), montante que, além de não causar enriquecimento sem causa, desestimula a reiteração da conduta culposa patronal. Provejo parcialmente.

CONCLUSÃO

Conheço dos recursos interpostos pelas partes. No mérito, nego provimento ao apelo da 1ª reclamada; provejo parcialmente o recurso da 2ª reclamada para reconhecer a responsabilidade subsidiária pelos créditos objeto da condenação; confiro parcial provimento ao recurso ordinário da reclamante para acrescer à condenação o valor de R\$ 5.000,00, a título de indenização por danos morais. Declaro, para os fins do art. 832 da CLT, que a verba tem natureza indenizatória. Mantenho o valor arbitrado à condenação porque compatível.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, pela sua Quarta Turma, na Sessão de Julgamento, Ordinária, realizada no dia 14 de novembro de 2017, por unanimidade, conheceu dos recursos interpostos pelas partes; no mérito, sem divergência, negou provimento ao apelo da 1ª reclamada; unanimemente, proveu parcialmente o recurso da 2ª reclamada para reconhecer a responsabilidade subsidiária pelos créditos objeto da condenação; sem divergência, conferiu parcial provimento ao recurso ordinário da reclamante para acrescer à condenação o valor de R\$ 5.000,00, a título de indenização por danos morais. Declarou, para os fins do art. 832 da CLT, que a verba tem natureza indenizatória. Mantido o valor arbitrado à condenação porque compatível.

Belo Horizonte, 14 de novembro de 2017.

PAULO CHAVES CORRÊA FILHO
Desembargador Relator

Tomaram parte neste julgamento os Ex.^{mos}: Desembargador Paulo Chaves Corrêa Filho (Presidente e Relator), Desembargadora Paula Oliveira Cantelli e Desembargadora Maria Lúcia Cardoso de Magalhães.

Representante do Ministério Público do Trabalho presente à sessão: Dr^a Lutiana Nacur Lorentz, que se manifestou a favor da decisão.

Composição da Turma em conformidade com o Regimento Interno deste Regional e demais Portarias específicas.

Sustentação oral: Dr^a Carolina Costa Zanella, pelo 3º recorrente.

Fabíola Pinto da Silva Safe - Secretária da sessão, em exercício

PAULO CHAVES CORRÊA FILHO
Relator

TRT-0011334-15.2016.5.03.0017 (RO)

Publ. no “DE” de 26/5/2017

RECORRENTE: MODELITOS CONFECÇÕES LTDA.

RECORRIDO: EVERTON ANTÔNIO SOARES GOMES

RELATOR(A): LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT

EMENTA: PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - HIPÓTESES IMPLICITAMENTE ESCRITAS NO ART. 7º, INCISO I, E EM OUTROS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ASSIM COMO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - PORTADORA DE DOENÇA GRAVE - A FACE OCULTA, PORÉM VIVA E CONCRETA, DA CONSTITUIÇÃO E O INTÉRPRETE - DISCRIMINAÇÃO E ABUSO DE DIREITO. O juiz deve caminhar dentro e fora da norma jurídica, isto é, em seu interior e em seu exterior, sem ultrapassar as barreiras do ordenamento jurídico fundamental, ainda que encarcerado na *mens legislatoris*, porque o tempo e a realidade social modelam e remodelam; desenham e redesenham a dimensão institucional de determinado direito. Essa afirmativa, talvez um pouco ousada, pode soar mal aos ouvidos de muitas pessoas, afeitas ou não ao Direito. Por isso uma breve explicação: quase nunca a norma jurídica diz tudo o que deveria dizer. Nem poderia, uma vez que, além da névoa que encobre certos aspectos da vida social por vir, quanto mais casuística ela for tanto maior a possibilidade de injustiças. O Direito possui um fim belíssimo em favor do qual devemos lutar: a realização da Justiça. Mais do que um artista, o jurista pode talhar, sem retalhos, a solução - mãos justas e equânimes para determinada controvérsia. Todavia, sem os fatos, sem a realidade, o Direito não tem vida; sua soma é nula, seu fim são fragmentos sem colagem. Nunca, como na atual quadra da história, os juízes do trabalho tiveram tanta responsabilidade socioeconômica. Nunca as decisões do Judiciário tiveram tamanha importância

individual e coletiva, assim como tanta repercussão. Nunca os magistrados foram tão fiscalizados, tão cobrados em produção e qualidade. Julgar é um ato solitário, que requer ciência e consciência social. Recolhido em seu âmago, em seu interior, em seu íntimo, em seu debate unilateral, em seu monólogo inquietante, em seu ventríloquo diálogo, o juiz não pode desprezar o mundo que o cerca - estar em si e fora de si, para realizar a justiça em quem e para quem a pede. No momento do julgamento, o seu pensar tem de estar povoado pela realidade social, da qual é parte, agente e ator. Drummond, num misto de lamento e de regozijo, acenou, em célebre poema, que: “tenho apenas duas mãos e o sentimento do mundo”. Os juízes igualmente. Têm eles o ordenamento jurídico e o sentimento do mundo. Essa a matéria bruta com a qual lidam no seu dia a dia, para o desempenho de sua árdua tarefa de julgar. Os seus julgamentos, as suas decisões, as suas sentenças são o reflexo do seu sentimento, da sua compreensão do Direito e do mundo em que vivem, trabalham, estudam, amam e desamam, divertem-se, alegram-se, entristecem-se, riem e choram. Lapidar o Direito e os fatos é a sua tarefa maior e mais nobre. Se os juízes não puderem estar mais além do seu tempo, que pelo menos estejam no seu tempo; nunca aquém. Para julgar, exigem-se os fatos, o conhecimento profundo da Ciência do Direito e a sensibilidade, isto é, o dom de estar no lugar do outro e perceber que a sua virtude, ser justo, dando a cada um o que é seu, realiza-se fora de si. O juiz não perde nem ganha nenhuma demanda. Sente-se completamente realizado quando decide corretamente, com justiça. O mundo transforma-se cada vez mais rapidamente. As leis muito lentamente. Quem aviva e atualiza o Direito são os intérpretes. Ler é reler. É apreender o sentido de cada palavra, de cada frase e do conjunto. Ler é, portanto e acima de tudo, interpretar, compreender e atribuir um sentido social e atual ao que foi dito pelo legislador, visando ao bem comum. A

essência, vale dizer, o espírito da lei é também, de certa forma, a nossa essência, o nosso espírito, a nossa alma. Da mesma maneira que não existe vida sem luz, não existe linguagem sem metáfora, sem um dizer para além das palavras. Costumo afirmar que, em toda norma jurídica, faltam ou sobram palavras. Tudo depende mais do intérprete, do que do próprio texto, que sempre possui um contexto, um transtexto, um metatexto. Em suma, toda norma jurídica é, de certa forma, uma cópia de quem a cria: ela se esconde nela própria; possui um lado muito visível, muito claro, mas possui, também, um lado oculto, obscuro, aguardando para ser descoberto no momento exato; ser analisado, interpretado, compreendido e ser aplicado aos casos novos. Em certas situações pode ocorrer deficiência na interpretação; nunca na norma jurídica. Os conceitos de discriminação e preconceito podem ser extraídos de seus próprios significados. O verbo discriminar, segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, que vem do latim *discriminare*, tem o significado de “diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças”, ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconceitu* e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. 31ª Impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986). Por sua vez, abuso de direito é o desvio de sua finalidade, cujos contornos são sociais. Definitivamente, não pode a empregadora discriminar a empregada com câncer, nem abusar do exercício de determinado direito, como o potestativo de rescisão contratual, que também se sujeita às regras da razoabilidade e da ponderação. Com efeito, a proteção à empregada portadora de doença grave está entranhada na CF, nas leis ordinárias e nos princípios de Direito do Trabalho, caracterizando-se a despedida antissocial, discriminatória e arbitrária, quando a empregadora age

desproporcionalmente, com o ímpeto de aniquilar o contrato de trabalho. Acaso não pode o juiz dar luz e efetividade à norma constitucional mais importante para a trabalhadora brasileira - garantia de emprego - enquanto por mais de vinte anos se aguarda uma regulamentação? Hoje, mais do que nunca, quer-se atribuir à Constituição Federal o valor que ela desde sempre mereceu: holofote, intensíssimo fecho de luz, direcionado a todo ordenamento jurídico, mas, sobretudo à legislação inferior, de modo a iluminar e não a ser sombreada pelas leis a que dá vida, aquece e alimenta. A efetividade da Constituição Federal, composta de fundamentos, objetivos, princípios e regras, é, indubitavelmente, o passo mais firme que podemos dar em direção ao Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, à justiça social. O resto são penhascos de ouro e de silêncio.

Muita promessa, pouca realização, num país de muita desigualdade, muitos pobres, desempregados e excluídos... Passados mais de vinte anos de vigência da Constituição Federal, os cidadãos reclamam mais efetividade, menos debate acadêmico a respeito dela. Aliás, quem realmente precisa da efetividade dos direitos sociais está, normalmente, excluído dos debates científicos e da apreensão técnica de seu sentido, não obstante sejam aqueles que menos necessitam dos seus resultados práticos as pessoas encarregadas da sua interpretação, assim como de sua aplicação. Durante anos, as discussões giraram em torno das funções dos princípios, assim como da efetividade das normas constitucionais. Esgotado esse debate, talvez outras controvérsias surjam e a concretude da Constituição, talvez, continue relegada para segundo plano. O cidadão comum, a empregada e a desempregada brasileira, a pessoa pobre, a excluída, mas, também, a rica, a empresária, a incluída, digital ou não, todos, sem exceção, todos querem uma Constituição mais *prêt à porter*; menos alta costura. Enfim, menos plumas e paetês, menos brilhos e mais luzes, mais cortes e menos

recortes, menos promessas e mais realizações. Sabe-se que os princípios jurídicos são, simultaneamente, chave para a abertura do ordenamento jurídico e chave para o fechamento dos casos difíceis. Portanto, em certa medida, são, também, paradoxalmente, fim. Há infinitos pela estrada da Constituição, sem prévia significação de que uma esteja certa e outra equivocada. Compreender o sentido teleológico da norma, interpretá-la e aplicá-la é uma luta diária, constante, interminável e difícil de ser vencida. Logo, se no âmago do ordenamento jurídico está a pessoa humana, núcleo de todos os núcleos, não me parece possível que possa prevalecer a dispensa, sem justa causa, de empregada portadora de doença grave, apenas porque o direito de rescisão é, em tese, livre, aberto, folgado, espaçoso. Para além das hipóteses de garantia de emprego expressamente previstas em lei, outras existem, reveladas pela realidade social, que foram implicitamente escritas pelo legislador e que precisam de cuidadoso desvelo, no caso concreto, para que a lei se ajuste à realidade e não a realidade à lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso ordinário, interposto de decisão do d. Juízo da 17ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, em que figuram, como recorrente, MODELITOS CONFECÇÕES LTDA. e, como recorridos, EVERTON ANTÔNIO SOARES GOMES.

RELATÓRIO

O d. Juízo da 17ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, por meio da decisão da lavra do MM. Juiz ANDRÉ BARBIERE AIDAR, Id. F0a402f, cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou PROCEDENTE, EM PARTE, a pretensão deduzida em juízo por EVERTON ANTÔNIO SOARES GOMES em face da MODELITOS CONFECÇÕES LTDA., condenando a reclamada a pagar ao reclamante as parcelas constantes no dispositivo, devidamente corrigidas.

Os embargos de declaração opostos pela reclamada, Id. 18a948d, foram julgados IMPROCEDENTES, consoante decisão de Id. 2573Fe8.

A reclamada aviou recurso ordinário, Id. 23c392e, pretendendo a reforma do r. julgado *a quo*, no que tange à dispensa arbitrária, à indenização por dano moral, às horas extras, ao intervalo intrajornada e à multa por obrigação de fazer.

Ofertadas contrarrazões, Id. 8A54425.

Dispensada a manifestação da d. Procuradoria Regional do Trabalho, conforme art. 28 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

É o relatório.

VOTO

Juízo de admissibilidade

Conheço do recurso ordinário, porque presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Juízo de mérito

Dispensa discriminatória

Insurge-se a reclamada contra a r. sentença que, considerando discriminatória a dispensa do obreiro, julgou nula a dispensa e determinou a reintegração, com pagamento dos salários vencidos. Afirmam que a dispensa não foi arbitrária ou discriminatória, porque ela não teve vínculo com a doença, ficando restrita aos limites do poder diretivo do empregador. Acrescenta que a prova oral deixou claro não existir atos discriminatórios de qualquer espécie no ambiente da recorrente.

A prova dos autos evidencia que o obreiro foi diagnosticado, em julho de 2014, como portador de neoplasia maligna do duodeno (Id. 422739d - p. 13).

Consta dos autos, ainda, que o reclamante percebeu auxílio-doença previdenciário, de agosto de 2014 a março de 2016 (Ids b413d60 - p. 2 e a1cef09 - p. 6), período no qual foi submetido à cirurgia, assim como à quimioterapia e à radioterapia (Id. b413d60, p. 3 e 13), que certamente lhe causaram debilitações decorrentes do tratamento, além daquelas oriundas e típicas da própria doença. Não obstante, foi dispensado, sem justa causa, no dia 5/4/2016 (Id. 3e920fa), assim que retornou ao trabalho.

O depoimento da Sr^a Dayene Martins dos Santos nos dá notícia, ainda, de diversos questionamentos da empresa sobre a saúde do autor, com exigências exageradas, como a entrega de relatórios médicos mensais (Id. d67032f):

[...] que antes do afastamento previdenciário havia dois motoristas na empresa, sendo que somente o autor realizava entregas e o outro fazia trabalhos internos de natureza administrativa; que, durante o afastamento do autor, o outro motorista passou a fazer as entregas, sendo que a reclamada contratou um segundo motorista, em tal período, também para auxiliar nas entregas; que a depoente saiu da reclamada antes da alta previdenciária do autor; que, antes da alta previdenciária do autor, houve questionamentos internos entre os funcionários e do RH sobre qual era a doença que o autor portava e se era contagiosa; que a Genoveva, do RH, estava fazendo tais tipos de indagações com uma funcionária do setor da depoente de nome Débora, sendo que a reclamante presenciou a conversa das duas; que Débora, em tal conversa, levantou a hipótese do autor poder ser portador de HIV; que a reclamada exigiu que a esposa do reclamante enviasse relatórios médicos mensais com o CID, informando o estado de saúde do autor; que os funcionários ficaram surpresos com tal exigência da empresa; que o motorista que realizava trabalhos administrativos raramente saía dirigindo, realizando serviços burocráticos internos; que o nome de tal motorista é Geraldo; que, pelo que presenciou, foi iniciativa de Genoveva iniciar a conversa com Débora a respeito do estado de saúde do autor; que a depoente acredita que tal conversa foi mais para divulgar o estado de saúde do autor; [...].

De outra face, a empregadora não logrou provar qualquer motivo de ordem econômica, financeira ou técnica, ainda que conjuntural, que justificasse a dispensa do obreiro logo após a alta previdenciária.

Conforme bem asseverou o d. Juízo de origem, Id. f0a402f - p. 2, *in verbis*:

Pois bem, tendo a reclamada fundamentado a dispensa do autor na diminuição da atividade econômica com redução do quadro dos seus funcionários, da ré é o ônus de tal prova.

Contudo, de tal ônus não se desincumbiu. Pelo contrário, a testemunha do autor e a primeira testemunha da ré confirmaram que, durante o afastamento previdenciário do autor, a reclamada contratou outro motorista para realizar as funções anteriormente executadas pelo reclamante, motorista este que ainda continua nos quadros da empresa, segundo depoimento da testemunha da reclamada.

Ademais, a 1ª testemunha da reclamada afirmou tese totalmente contrária da tese da defesa, uma vez que afirmou que o volume de serviço é o mesmo da época do reclamante, bem como é mantido o mesmo número de funcionários para a atividade de motorista.

Assim, não tendo a reclamada se desincumbido do seu ônus de comprovar os motivos da demissão alegados na defesa, prevalece a presunção de que tal demissão foi discriminatória, uma vez que o relatório médico de f. 50 do PDF (Id. b413d60 - p. 12) demonstra que, na época da demissão, o autor estava em tratamento de radioterapia e quimioterapia para câncer no duodeno.

Ressalto que o depoimento da segunda testemunha da reclamada não afasta a conclusão ora obtida. Ate porque, tal testemunha foi acometida de câncer após o ajuizamento da presente demanda, o que afasta seu poder probatório para o fim proposto pela ré.

No mais, o fato de não haver, de acordo com os depoimentos das testemunhas da reclamada, discriminação explícita no ambiente de trabalho, não é suficiente para afastar a discriminação caracterizada no caso. Uma vez que o simples ato de demitir pessoa portadora de doença grave, por si só, já caracteriza ato discriminatório, pois se trata de funcionário que, obviamente, trará uma menor produtividade e desempenho para a empresa, razão pela qual estar na linha de frente para demissão.

Ressalto que o poder potestativo do empregador também deve ser exercido dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de caracterização de ato ilícito por abuso de direito (artigo 187 do Código Civil).

Enfatizo que, no caso, evidente a natureza discriminatória da dispensa, uma vez que esta ocorreu imediatamente após a alta previdenciária do autor.

Resta nítido, claro e cristalino o motivo discriminatório da dispensa do autor.

A despeito das argumentações apresentadas pela recorrente, acompanho a doutrina e a jurisprudência, que consideram incabível a dispensa de empregado portador de tantas enfermidades graves, como, por exemplo, câncer e vírus HIV.

A completude do ordenamento jurídico não passa de uma quimera, donde a importância da doutrina e da jurisprudência como verdadeiras fontes de direito.

Não importa apenas a letra da lei, porém o seu espírito, isto é, o seu alcance social, cabendo ao intérprete a realização de uma equilibrada ponderação entre as hipóteses de garantia de emprego expressamente previstas e aquelas implicitamente emergentes da lei.

Cultora do belo, a sociedade, embora repleta de defeitos, é intolerante, principalmente com os desesperançados, isto é, com aqueles que, um dia, disse Cecília Meireles, “já não moram em nada”.

Frequentemente, tudo o que não está dentro de um preconcebido padrão contemporâneo de beleza sofre discriminação: assim se passa com a pessoa gorda, com a pessoa muito alta ou muito baixa, com o manco, com o surdo-mudo e com o cego, com a pessoa feia e mal vestida etc.

Sabe-se que, quando se trata de doença incurável ou com poucas chances de cura, o grau de discriminação aumenta.

O que dizer, então, do câncer, doença que traz no sobrenome o termo “maligno”, que tanto mata e ameaça, continuar sendo uma das principais causas de óbitos em nosso país e no mundo?

Ninguém desconhece que o doente de câncer, em geral, sofre discriminação pelo indivíduo, pelo grupo, pela sociedade e pela empresa, por carregar uma suposta e preconceituosa presunção de invalidez ou morte. Pensar o contrário é ignorar a realidade.

Não se pode esquecer que, no passado, os leprosos e os mutilados pelas máquinas da primeira revolução industrial foram também discriminados e jogados à própria sorte, por uma sociedade aparentemente democrática e liberal, porém intolerante, insensível,

e, acima de tudo, discriminadora. Será que o erro está se repetindo? Parece que sim. Basta que se olhe para o que está acontecendo no mundo atual, sem que se queira medir antecipadamente as consequências futuras dos problemas jurídicos associados com as doenças graves como o câncer e a AIDS, que continuam a crescer como a própria epidemia.

De todas as discriminações, talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário, não há como enfrentar com dignidade a doença.

Será que o Direito do Trabalho, também em crise em uma sociedade em crise generalizada, tem conseguido ou conseguirá dar uma resposta satisfatória a esta situação adversa pela qual o ser humano vem passando?

Procuraremos responder a esta pergunta por etapas.

No período em que o trabalho do homem era regido pelo Direito Civil, as doenças e as mutilações eram causas dissolutivas ou suspensivas do contrato de locação de serviços: ou o contrato era rescindido, ou o trabalhador ficava sem receber a contraprestação necessária ao seu sustento (sem trabalho não havia salário), tudo de acordo com a vontade prevalente do locatário da mão de obra.

Com o surgimento do Direito do Trabalho, houve uma mudança de rota, deixando a enfermidade de constituir-se forma de descumprimento de obrigação.

Alteraram-se as posturas, mudaram-se os valores: este novo ramo do Direito buscou, acima de tudo, garantir o emprego e o salário. Na mesma proporção em que se restringia a necessidade da efetiva prestação de serviços para o pagamento do salário (adquirindo significativa expansão o conceito de salário social/previdenciário), as legislações evoluíam no sentido da continuidade da relação de emprego.

O instituto da suspensão do contrato de trabalho, com o alastramento das hipóteses de interrupção, ganhou relevo. Com isto passou-se a admitir, cada vez mais, a percepção do salário, sem que o empregado trabalhasse.

O tempo atual, já se disse e se repete, é de retração do mercado de trabalho subordinado. Escasseiam-se os empregos; alastram-se as falsas cooperativas e a pejetização, assim como as outras formas de terceirização ilícita da mão de obra; aumentam as discriminações, dentre as quais ganham destaque as relacionadas com as doenças graves.

Nessa perspectiva, o desemprego pode deixar de ser para essas pessoas a terra do exílio. A partir do momento em que se conseguir diminuir o preconceito em torno da doença, na admissão - já que é difícil provar a discriminação - e quando forem instituídas normas atribuindo, expressamente, letra da lei, estabilidade aos portadores de doenças graves, estar-se-á começando a lançar em evidência o verdadeiro propósito de tratar com gravidade assunto tão grave quanto o trabalho para esses enfermos.

Ora bem, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira ensina que o verbo discriminar, do latim *discriminare*, tem o significado de “diferençar, distinguir, discernir, estabelecer diferenças”, ao passo que o vocábulo preconceito vem do latim *praeconsetu* e tem o sentido de conceito ou opinião formados antecipadamente, sem se levar em conta o fato que os conteste, e de intolerância, ódio irracional ou aversão a outras raças, credos, religiões etc. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 2. ed. 31ª Impressão, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.)

A discriminação pode não ser hoje tão ostensiva quanto no passado: os índios e os negros foram açoitados na sua dignidade por séculos e séculos e só recentemente isto foi abertamente admitido pelas elites.

Na esfera trabalhista, não existe norma jurídica que, de maneira expressa, letra por letra, palavra por palavra, garanta a estabilidade aos pacientes com câncer.

Observa Márcio Túlio Viana, em estudo em torno da Lei n. 9.029, de 13 de abril de 1995, que proíbe discriminações para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade,

que o legislador já deixara “[...] de fora outras hipóteses, previstas expressamente na Constituição, como as práticas discriminatórias decorrentes de deficiência (art. 7º, inciso XXXI).” (VIANA, Márcio Túlio. Proteção contra atos discriminatórios. *In*: VIANA, Márcio Túlio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *O que há de novo em Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 97.)

Destaca, ainda, Viana, que a Lei n. 9.029 aumenta a eficácia da norma constitucional básica a respeito da igualdade, nas hipóteses em que especifica - posto que as criminaliza, além de prever casos de responsabilidade pré-contratual e contratual. E acentua: “[...] não se pode, naturalmente, aplicá-las às hipóteses não previstas, pois o direito penal não admite analogia.”

A discriminação no acesso ao emprego ou a estabilidade ao paciente com câncer não foram objeto de tratamento expresso na Lei n. 9.025/95, ou em qualquer outra lei, apesar da existência de intensas e numerosas práticas discriminatórias decorrentes da deficiência oriunda desta doença.

Não significa isso que os juízes não estejam buscando uma solução equânime para esta questão atual e tormentosa. A jurisprudência, como fonte formal de direito, vem, de algum tempo para cá, fornecendo subsídios preciosos para o intérprete.

Na primeira instância, onde nascem os debates acerca das controvérsias individuais entre empregado/empregador e onde o juiz fica frente a frente com a realidade e as partes envolvidas no litígio, as suas decisões são, em temas polêmicos, marcadas pelo pioneirismo.

São vários os casos de sentenças proferidas pelas Varas do Trabalho, determinando a reintegração imediata de empregado com câncer, independentemente da ocorrência de trânsito em julgado, por entender que a dispensa sem justa causa constitui ato discriminatório.

Também perante a Segunda Instância Trabalhista, são encontrados muitos julgados, coibindo a prática discriminatória contra os portadores de doenças graves, merecendo destaque os seguintes arestos:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE - DANOS MORAIS. A responsabilidade por danos morais, reconhecida pelo art. 5º, V e X, da Constituição Federal e que encontra guarida também no Código Civil, art. 186, decorre de uma lesão ao direito da personalidade, inerente a toda e qualquer pessoa. Diz respeito à ordem interna do ser humano, seu lado psicológico, seja em razão de uma dor sofrida, tristeza, sentimento de humilhação ou outro qualquer que venha a atingir seus valores e repercutir na sua vida social. Desnecessário se faz, nesse caso, que aquele que se diz ofendido comprove a sua dor, o sentimento de tristeza. Deve provar, entretanto, que o ato do empregador foi suficientemente agressivo a ponto de ofender a sua honra ou de que foi submetido a uma situação vexatória e humilhante. Reconhecido que a reclamada praticou ato discriminatório ao proceder a dispensa do reclamante, quando ele, portador de doença grave, ainda se encontrava em tratamento médico, não há como se olvidar, no caso, da negligência da empresa, que a ele dispensou tratamento desumano. O dano é incontestável, pois presumível o sentimento de tristeza e humilhação em face da demissão em um momento de grande abalo emocional, decorrente da própria doença. Presentes os pressupostos legais para a caracterização do dano moral, o dever de indenizar se impõe. (TRT da 3ª Região; Processo: 00044-2014-063-03-00-0 RO; Data de Publicação: 2/6/2014; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Júlio Bernardo do Carmo; Revisor: Maria Lúcia Cardoso de Magalhães; Divulgação:30/5/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. P. 114.)

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. Modernamente, a tendência jurisprudencial é inverter o ônus da prova em favor da pessoa portadora de doença grave, transferindo para o empregador o encargo de infirmar a motivação discriminatória da dispensa, presumível em face do que ordinariamente se observa na sociedade contemporânea. Nos termos do que preceitua o art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil são os valores sociais do trabalho, que, aliado ao princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana, inciso III do referido artigo constitucional, torna discriminatória a despedida imotivada de empregado portador de patologias graves. Não se olvida que de todas as formas de discriminação, a mais grave para os portadores de doenças crônicas, evolutivas e incuráveis, como o câncer, por exemplo, é a perda do emprego, porque, sem emprego não há salário, não há vínculo com a Previdência Social, tornando-se quase impossível obter nova colocação num mercado de trabalho tão competitivo e discriminatório por natureza. No caso dos autos, a discriminação está inserta no próprio fato de a reclamada dispensar a reclamante, assim que emergiu a suspeita

de que a trabalhadora seria portadora de doença crônica, evolutiva, com consequências para a empregada, mas também para o empregador, porque isso resultaria no afastamento da empregada, com a consequente suspensão do contrato de trabalho. Nessas circunstâncias, a discriminação configura-se por uma atitude patronal que produz uma distinção injustificada, consistente no descarte do empregado doente, ignorado em sua condição de pessoa dotada de dignidade, por isso que os portadores de doenças graves (como câncer, depressão aguda, HIV, síndromes como a do pânico, por exemplo) têm requerido especial atenção da sociedade e da Justiça. Aplicação da Súmula de n. 443/TST. Precedentes do Col. TST: TST-E-ED-RR-76089/2003-900-02-00; Ac. SBDI-1; Rel. Min. Rosa Maria Weber, DJU de 30/11/2007; TST-RR-112900-36.2005.5.02.0432, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, DEJT de 6/5/2011; TST-AIRR-195740-92.2008.5.02.0434, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani, 3ª Turma, DEJT 3/9/2010. (TRT da 3ª Região; Processo: 00615-2012-104-03-00-5 RO; Data de Publicação: 5/4/2013; Órgão Julgador: Quarta Turma; Relator: Paulo Chaves Corrêa Filho; Revisor: Júlio Bernardo do Carmo; Divulgação: 4/4/2013. DEJT. P. 91.)

Na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, encontram-se também acórdãos no mesmo sentido, além da recente Súmula n. 443:

Súmula n. 443 do TST
DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27/9/2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DISPENSA. EMPREGADA PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. CÂNCER. DISCRIMINAÇÃO. Embora a dispensa sem justa causa seja direito potestativo do empregador, em algumas circunstâncias pode-se configurar o abuso desse direito, principalmente quando o empregado é acometido de doença grave. No caso dos autos, o Regional registrou que houve dispensa abusiva, uma vez que se deu por discriminação (tanto assim, que foi mantida a reintegração ao emprego). Também consignou que o motivo foi desqualificante para a empregada, já que a doença a incapacitaria de colaborar com o desenvolvimento da empresa, o que acarretou profunda angústia na trabalhadora. A situação fática descrita autoriza a conclusão de que os

requisitos para concessão da indenização foram preenchidos (dor moral, nexo de causalidade entre a ação e o dano, e culpa da empregadora). Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR- 235400-84.2009.5.02.0070, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 8/5/2013, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 10/5/2013.)

E, *data venia*, não mais se sustenta a tese de que a empresa visa somente ao lucro, após a edição do novo Código Civil Brasileiro de 2002, que definitivamente mudou as relações havidas entre as partes, ampliando para o campo privado a noção de justiça social, preconizada no Estado Democrático de Direito, através de suas normas eminentemente públicas.

Perde força a autonomia da vontade, elevando em mais alto grau a preocupação do legislador com o desnível que rege as relações privadas, através do prestígio das normas de caráter público e da proteção à parte mais fraca.

Indubitavelmente, o novo Código Civil Brasileiro traz uma feição publicista às relações privadas.

Entre as suas novidades, destacam-se a função social do contrato e, também, a função social da empresa, que deixa de ser apenas instrumento do lucro para assumir importante papel no desenvolvimento do País, andando lado a lado com o Estado, na busca da propalada justiça social.

Conquanto transite na zona grise entre o direito público e privado, o direito do trabalho não faz ouvidos moucos à nova legislação civil e, tampouco, aos objetivos sociais por esta almejados.

A Ex.^{ma} Juíza Taisa Maria Macena de Lima, através do compêndio “O Contrato no Código Civil de 2002: Função Social e Principiologia”, publicado na *Revista n. 67* deste Egr. Tribunal, p. 51-63, traz um prestigioso relato das mudanças das relações privadas, as quais podem ser perfeitamente aplicadas a este ramo do direito, em face da repercussão inolvidável nas relações do capital e trabalho.

Peço vênica para citar suas lições:

O Código Civil de 2002, fundado entre outros no princípio da socialidade, entra em vigor, quando “vozes liberais” estão a clamar por mudanças no Direito do Trabalho, os ares de socialidade determinam um novo modelo

de contratualidade.

Com efeito, o modelo de contrato que exsurge das múltiplas fontes do Direito Privado (Constituição da República, macrossistema representado pelo Código Civil e microsistemas, representados pelos estatutos) revela a aproximação do Direito Civil com o Direito do Trabalho. Mas não se verifica uma civilização do direito do trabalho; ao contrário é o Direito Civil que assimilou conceitos e princípios que, por muito tempo, pareciam confinados ao âmbito juslaboral.

Claro que muitos institutos e teorias do Direito Civil permanecem inaplicáveis ao Direito do Trabalho. Todavia, naquilo em que o Direito Civil pode ser invocado para solver conflitos decorrentes do contrato de trabalho, uma mais intensa harmonia e coesão das fontes jurídicas viabiliza a justiça social que o novo Direito Civil propõe.

Portanto, em consonância com as normas constantes do novo CCB, ao Direito do Trabalho também se consagra a função social da empresa, de modo que esta não é mais voltada apenas para o lucro, pois as relações entre as partes não estão mais dissociadas do olhar do Estado. Empresa e Estado se agregam para promover o bem-estar social e a melhoria das condições de seus empregados e das comunidades a ela associadas.

Dispensar um empregado diagnosticado com câncer, sem qualquer justificativa, é abandoná-lo à própria sorte, descumprindo a função social da empresa.

Ante o exposto, a dispensa sem justa causa de empregado portador de câncer presume-se discriminatória, restando clara, nos autos, a ausência de prova em contrário, cujo ônus pesava sobre os ombros da empregadora.

Deveria a empresa, em vez de promover a dispensa imotivada, zelar pela saúde de seu empregado que, após o afastamento, tem a esperança de retomar, à medida do possível, suas atividades e, assim, lutar contra a doença, sentindo-se útil à comunidade.

Com acerto, portanto, a conclusão do d. Juízo de origem, em reputar a dispensa como discriminatória e, com fulcro no inciso II do art. 4º da Lei n. 9.029/95, combinado com o art. 496 da CLT, declarar nula a dispensa e determinar a reintegração.

Nego provimento.

Indenização por dano moral

A reclamada pretende a reforma da r. decisão de origem, no que se refere à condenação ao pagamento de indenização por dano moral, argumentando não ter praticado nenhuma conduta inadequada. Acrescentou que o ato rescisório é lícito e válido, sendo que o obreiro não sofreu nenhum abalo moral.

Para o deferimento da indenização por danos morais, há necessidade de comprovação do nexo de causalidade entre a conduta da empresa, dolosa ou culposa, e o resultado danoso (arts. 186 e 927 do Código Civil).

Dessa forma, comprovada a discriminação contra o ex-empregado, em violação à Lei n. 9.029/95, que proíbe as práticas discriminatórias nas relações de trabalho, é de se concluir que efetivamente foram impostos danos de ordem moral à obreira, os quais devem ser indenizados.

Assim, caracterizada a conduta antijurídica, da qual decorre o dano de ordem moral imposto ao empregado (*in res ipsa*), evidenciando-se o nexo causal entre a conduta antijurídica da ré e o dano experimentado, torna-se devida a indenização por dano moral.

Quanto ao valor da indenização, João de Lima Teixeira Filho (*in Revista LTr*, vol. 60, n. 09, de setembro de 1996, p. 1.171) estabelece parâmetros que devem ser observados pelo magistrado, quais sejam: extensão do fato inquinado (número de pessoas atingidas, de assistentes ou de conhecedoras para efeito de repercussão); permanência temporal (o sofrimento é efêmero, pode ser atenuado ou tende a se prolongar no tempo por razão plausível); intensidade (o ato ilícito foi venial ou grave, doloso ou culposo); antecedentes do agente (a reincidência do infrator deve agravar a reparação a ser prestada ao ofendido); situação econômica do ofensor e razoabilidade do valor.

A indenização há de ser proporcional à gravidade, resultante do dano moral sofrido, considerando-se, ainda, que a reclamada teve culpa por negligência no evento causador do dano.

O valor da indenização há de ser arbitrado considerando-se a extensão do dano, as condições de saúde em que se encontra o empregado, a possibilidade ou não de ele permanecer laborando, o grau de redução da sua capacidade laborativa, as condições econômicas da reclamante e da reclamada.

A reparação pecuniária deve, tanto quanto possível, guardar razoável proporcionalidade entre o dano causado, a sua extensão, as suas consequências e a sua repercussão sobre a vida interior da vítima, bem como ter por objetivo coibir o culpado a não repetir o ato ou obrigá-lo a adotar medidas para que o mesmo tipo de dano não vitime a outrem.

O arbitramento, consideradas essas circunstâncias, não deve ter por escopo premiar a vítima nem extorquir o causador do dano, como também não pode ser consumado de modo a tornar inócua a atuação do Judiciário na solução do litígio.

Portanto, a indenização não deve ser fixada em valor irrisório, que desmoralize o instituto ou que chegue a causar enriquecimento acima do razoável, cumprindo assim um caráter pedagógico.

Assim, considerando os parâmetros acima transcritos, a condição econômica da reclamada, a hipossuficiência do reclamante, o grau de culpa da ré, entendo razoável e proporcional o valor de R\$ 20.000,00 atribuído à indenização por danos morais.

Desprovejo.

Intervalo intrajornada

A reclamada não se insurge contra a condenação ao pagamento de diferenças de horas extras e intervalo intrajornada, requer apenas que se observe a dedução de todas as horas extras pagas durante o contrato de trabalho, inclusive as referentes às horas intervalares. Pugna também para que se afaste a habitualidade na prestação de horas extras.

Conforme bem salientou o d. Juízo de origem, na decisão dos embargos declaratórios, pelo que peço vênia para transcrever trecho da decisão, adotando-a por seus próprios fundamentos

(Id. 2573fe8 - p. 2):

Ressalte-se que, ao contrário do alegado nos embargos, consta expressamente na sentença que a reclamada deverá pagar uma hora extra integral, acrescida do adicional convencional, nos dias em que o autor usufruiu intervalo intrajornada em tempo inferior a cinquenta minutos, tudo de acordo com os registros constantes nos controles de ponto juntados aos autos, a ser apurado em liquidação.

Ainda, foi determinada a dedução das verbas quitadas sob idêntico título e fundamento, sob pena de enriquecimento sem causa do autor.

Assim, restou devidamente garantido o direito da reclamada à compensação de todas as horas extras efetivamente quitadas ao longo do contrato.

Quanto à habitualidade, nada a alterar, pois os cartões de pontos não deixam dúvidas de que a prestação de horas extras, inclusive as intervalares, era frequente pelo que devidos todos os reflexos deferidos.

Nada a prover.

Multa diária por descumprimento de obrigação de fazer

A reclamada não se conforma com a fixação de multa diária pelo eventual descumprimento de obrigações de fazer, pela reintegração do obreiro. Assevera que o montante fixado não é razoável e viola o disposto nos artigos 729 da CLT e 412 do CC.

Ao revés do que propugna a recorrente, a fixação da multa em epígrafe encontra lastro no art. 497 do CPC/2015, que é aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho por força do art. 769 da CLT. Considerando a ponderação entre os direitos em jogo, de um lado, a vida do obreiro e, de outro, o interesse econômico da empresa, entendo como bastante razoável a quantia fixada, no valor de R\$ 500,00, por dia, até o limite de R\$ 100.000,00, pelo descumprimento da obrigação de fazer.

Quanto ao limite da multa por descumprimento da obrigação de fazer (*astreintes*), o entendimento que prevalece nesta Primeira

Turma é no sentido de que não há limitação, porquanto, em razão de sua natureza e finalidade (coercitiva ou intimidatória), não corresponde a uma compensação ou indenização, e, como tal, não se caracteriza como penalidade ou se sujeita a limitações como as referentes ao valor do contrato, do principal da obrigação ou de eventual cláusula penal (v. autos n. 00063-2015-185-03-00-2-RO - Relator Desembargador Emerson José Alves Lage - Publicação em 31/7/2015).

Portanto, não há se falar em ofensa a OJ 54 da SDI-1 do TST e aos artigos 729 da CLT e 412 do CC.

Nada há a prover, portanto.

CONCLUSÃO

Conheço do recurso ordinário da reclamada e, no mérito, nego-lhe provimento.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da Primeira Turma, hoje realizada, preliminarmente, à unanimidade, conheceu do recurso ordinário da reclamada; no mérito, sem divergência, negou-lhe provimento.

Tomaram parte no julgamento os Ex.^{mos} Desembargadores: Luiz Otávio Linhares Renault (Relator), Emerson José Alves Lage (Presidente) e Maria Cecília Alves Pinto.

Presente ao julgamento, o il. representante do Ministério Público do Trabalho, Dr. Genderson Silveira Lisboa.

Sustentação oral: Advogado Marcelo José Domingos Guimarães de Camargo, pela reclamada.

Belo Horizonte, 22 de maio de 2017.

LUIZ OTÁVIO LINHARES RENAULT
Relator

TRT-0011583-50.2016.5.03.0183 (RO)

Publ. no "DE" de 4/4/2017

RECORRENTE: 1) S.A. ESTADO DE MINAS

2) EDUARDO TRISTÃO GIRÃO

RECORRIDOS: OS MESMOS

RELATORA: JUÍZA CONVOCADA SABRINA DE FARIA FRÓES LEÃO

EMENTA: DIREITOS AUTORAIS. EXPLORAÇÃO ECONÔMICA/ COMERCIAL DE PÁGINA CRIADA/MANTIDA PELO AUTOR NA PLATAFORMA DE *BLOGS* DO JORNAL NA *INTERNET*. INDENIZAÇÃO DEVIDA. Nos termos do *caput do art. 7º* da Lei n. 9.610/98, são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, inclusive textos de obras literárias, artísticas ou científicas. Pertence também ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22 da Lei n. 9.610/98), com direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo de autorização prévia e expressa a sua utilização, por quaisquer modalidades, inclusive a reprodução parcial ou integral (arts. 28 e 29). No caso vertente, não padece dúvida que o réu promoveu o aproveitamento econômico da página do obreiro na *internet* ao integrá-la à sua plataforma de *blogs*, o que ampliou o conteúdo disponível para seus leitores, sem embargo da exploração do referido espaço para comercialização/ divulgação de publicidade de seus anunciantes. Por via de consequência, faz jus o obreiro a justa compensação/ contraprestação pelo trabalho de criação/manutenção de sua página na plataforma de *blogs* do réu na *internet*, sobretudo em face da exploração/aproveitamento comercial/econômico promovido pelo réu para divulgação de publicidade por anunciantes, mas sem qualquer tipo de retorno financeiro atribuído ao respectivo autor durante o pacto, no particular.

Vistos os autos.

RELATÓRIO

O MM. Juízo da 45ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, mediante decisão da lavra da Ex.^{ma} Juíza DRª FERNANDA GARCIA BULHÕES ARAÚJO (ID 20a5dd5), cujo relatório adoto e a este incorporo, julgou PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos deduzidos por EDUARDO TRISTÃO GIRÃO em face de S.A. ESTADO DE MINAS, condenando a ré a pagar as seguintes parcelas: a) diferenças de horas extras, e reflexos em repouso semanais remunerados, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS; b) uma hora extra por dia trabalhado, e reflexos em repouso semanais remunerados, férias acrescidas de 1/3, 13º salário e FGTS; e c) férias simples acrescidas de 1/3, 06/12 de férias proporcionais mais 1/3 e 10/12 de 13º salário proporcional, aquilatado o término do contrato de trabalho, via iniciativa do autor, em 5/10/16.

A ré interpôs recurso ordinário sob o ID 1077a64, pugnando, preliminarmente, pelo reconhecimento da renúncia do autor no tocante às pretensões de diferenças de FGTS e diferenças salariais, e pela decretação de nulidade de gravação de áudio obtida pelo obreiro. No mérito, pede a reforma da decisão nas seguintes matérias: i - verbas rescisórias; ii - horas extras e intervalo intrajornada; e iii - correção monetária.

O autor aviou recurso sob o ID d6c8088, pedindo a revisão da sentença nos seguintes tópicos: i - redução salarial; ii - rescisão indireta; iii - acúmulo de funções; iv - horas extras; v - intervalo intrajornada; vi - aluguel de equipamentos pessoais; vii - auxílio-creche; viii - multas convencionais; ix - direitos autorais; e x - danos morais.

Contrarrazões opostas pelo autor sob o ID 9be48ce, e pela ré, sob o ID d74a738.

Dispensada a manifestação do Ministério Público do Trabalho, visto que não evidenciado interesse público a ser protegido.

É o relatório.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Requer o autor, sucessivamente em seu apelo, caso seja julgado improcedente o pedido de diferenças salariais decorrente da redução de horas extras realizado pelo réu, que seja deferido o pagamento de “indenização pela supressão das horas extras habituais”, na forma da Súmula n. 291 do TST.

Trata-se, no entanto, de inequívoca inovação recursal, porquanto não alude o obreiro de qualquer forma na peça de ingresso (IDs 6082834 e 880c143) à indigitada indenização, o que fulmina o recurso interposto, no particular, com fulcro nos arts. 141 e 492 do CPC/15.

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conhecimento dos recursos, salvo, quanto ao apelo do autor, no tocante ao pedido sucessivo de indenização pela supressão de horas extras habituais, por inovação (arts. 141 e 492 do CPC/15).

JUÍZO DE MÉRITO

Renúncia aos direitos postulados - Extinção do processo com julgamento de mérito (recurso do réu)

Opõe o réu que o sindicato profissional ajuizou ações coletivas, que versam sobre a irregularidade de depósitos do FGTS (processo 0000710-72.2014.5.03.0017) e sobre a redução de horas extras (processo 0010776-88.2016.5.03.0002), sendo certo que o obreiro, diante da preliminar de litispendência erigida em sua defesa, expressamente renunciou aos direitos postulados na audiência inaugural do feito, o que implica extinção do processo, no particular, com resolução de mérito, nos termos do inciso III do art. 487 do CPC.

Sucessivamente, renova a preliminar de litispendência deduzida em sua contestação.

Sem-razão.

Conforme registrado no termo de audiência,

[...] em razão das preliminares suscitadas de litispendência, neste ato, o reclamante renuncia aos direitos ora postulados na presente ação que eventualmente estejam sendo discutidos em ações coletivas, conforme processos informados pela reclamada em sua defesa; (ID a70b94b, p. 1).

Na realidade, a redação se afigura equívoca, considerando que pontuou o MM. Juízo de 1º Grau, na sentença, que

[...] o reclamante renunciou aos pedidos formulados nas ações coletivas 0000710-72.2014.5.03.0017 e 0010776-88.2016.503.0002 a fim de que prossigam exclusivamente nesta demanda (ata de ID a70b94b), inexistindo, portanto, o risco de decisões contraditórias ou litispendência. (ID 20a5dd5, p. 2, grifei).

Ainda por esse mesmo motivo, não se há falar na alegada pecha de litispendência.

De todo modo, para se configurar a litispendência ou a coisa julgada, imperativa seria a presença concomitante da tríplice identidade de partes, causa de pedir e pedido, nos termos dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 337 do NCPC/15.

Ocorre que, na ação coletiva, o sindicato atua como substituto processual, ou seja, ajuíza a demanda em nome próprio, mas na defesa de direito alheio, enquanto na ação individual o autor é o próprio titular do direito material.

Em que pese a propositura da ação coletiva noticiada no feito, em regra, não ficam os substituídos impedidos de promover ações individuais, porque a legitimação ordinária conferida ao titular da pretensão (arts. 17 e 18 do CPC/15) se sobrepõe à legitimação extraordinária atribuída ao sindicato.

Apenas excepcionalmente e em caráter subsidiário, concede o ordenamento jurídico a uma pessoa a faculdade de vindicar em nome próprio pretensão pertencente a outrem.

A *contrario sensu*, a oposição de uma pretensão em Juízo estaria condicionada à ausência de ajuizamento da mesma demanda por uma pessoa que não a titulariza, o que seria absurdo.

Permanece incólume, pois, o interesse de agir titularizado pelo obreiro, que decorre da liberdade que lhe é concedida de deduzir a sua pretensão isoladamente, conforme assegura a Constituição (art. 5º, XXXV).

Ainda de acordo com os §§ 1º e 2º do art. 103 do CDC, proferida a decisão no âmbito da ação coletiva, os substituídos que não intervirem no processo como litisconsortes (ou que não anuíram ao acordo eventualmente entabulado) não ficam impedidos de promover as suas próprias demandas.

E, consoante o art. 104 do CDC, as ações coletivas não induzem litispêndência para as ações individuais, de tal forma que os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* (alcançados nas demandas coletivas) não alcançam os substituídos que ajuizarem suas próprias demandas, “[...] se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.”

Ademais, especificamente em relação aos depósitos do FGTS, o obreiro não postula, na presente ação, quaisquer diferenças, mas tão somente fundamenta o pleito de rescisão indireta na existência de irregularidade dos recolhimentos fundiários (ver ID 880c143, p. 4/5), ao passo que, na ação coletiva proposta pelo sindicato profissional (processo 000710-72.2014.5.03.0017), é objeto de pleito a exibição, mês a mês, das guias que comprovem os recolhimentos devidos a título de FGTS de todos os empregados jornalistas, a partir de novembro de 2013, sob pena de ser o réu compelido a efetuar, por ordem judicial, os respectivos recolhimentos mensais e sucessivos, dos depósitos fundiários, nas contas vinculadas dos substituídos (ver ID ef75ba9).

Por fim, ante a equívoca redação constante do termo da audiência inaugural (ID a70b94b, p. 1), conforme acima reproduzido, descabida a imposição de multa por litigância de má-fé ao réu, conforme postulada pelo obreiro em sede de contrarrazões (ID 9be48ce, p. 3).

Rejeito.

Nulidade da gravação de áudio obtida pelo autor (recurso do réu)

Afirma o réu que o áudio obtido pelo obreiro (no sentido de provar a existência de suposto constrangimento de sua parte na assinatura de termo aditivo ao contrato de trabalho, com previsão de redução de horas extras habituais) fora obtido por meios ilícitos, impondo-se a declaração de sua nulidade.

Sem-razão.

A respeito da referida gravação de áudio, consta da inicial o seguinte:

Vale ressaltar que no dia da reunião foi dito pelo diretor de redação que aquele que não concordasse com a redução de horas extras e de salário sugerida, deixando de ratificar o Termo Aditivo ao Contrato de Trabalho, através de abaixo assinado, possivelmente poderia ser desligado da empresa, o que pode ser comprovado através de áudio de gravação da referida reunião, cuja cópia do CD REQUER seja arquivada nesta secretaria, para oitiva em audiência de instrução, o que também se REQUER. Ainda, na gravação em áudio acima mencionada, consta o diretor de redação exigindo que o retorno sobre o Termo Aditivo ao Contrato de Trabalho fosse o mais rápido possível, bem como a afirmação de que, assinando ou não, a jornada com hora extra reduzida passaria a valer a partir do dia seguinte da reunião.

Ainda reforçou o diretor de redação a urgência do retorno, pois, assim, a empresa saberia com quantos funcionários poderia contar, deixando clara a intenção da empresa de desligar os funcionários que não assinassem o referido Termo. (ID 8d1cf70, p. 3, sem realces do original).

Conforme enfatizou a Ex.^{ma} Juíza *a quo*, Sr^a Cristiana Cyrino, a testemunha ouvida a pedido do obreiro confirmou que a redução de horas extras habituais, de duas horas para 39 minutos, “[...] foi uma imposição da empresa”, sendo “[...] que mesmo quem se recusou a assinar o termo de redução, como a depoente, teve o seu salário e jornada reduzidos, mas não foram dispensados.” (ID a70b94b, p. 2).

Ou seja, a prova pretendida pelo autor fora ratificada pelo depoimento de sua testemunha, o que de fato prejudica a apreciação da nulidade da referida gravação de áudio.

De toda forma, não se afigura ilícita a gravação ambiental realizada pelo demandante no momento da comunicação por parte do diretor de redação, Sr. Carlos Marcelo Carvalho, da redução de horas extras habituais e entrega do termo aditivo de ID d90ebe0.

Conforme julgado da 1ª Turma do STJ, da lavra do Ex.^{mo} Ministro Napoleão Nunes Maia Filho,

[...] os Tribunais Superiores possuem entendimento uníssono quanto à licitude da gravação clandestina, consubstanciada no registro da conversa por um dos interlocutores, ainda que o outro interlocutor não tenha conhecimento de sua ocorrência, desde que o conteúdo captado clandestinamente não seja secreto (diga respeito à privacidade dos interlocutores) nem haja obrigação legal de guardar sigilo. (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 135384/RS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, publicado em 15/4/14.)

Rejeito.

Redução salarial (recurso do autor)

Argumenta o autor que a redução de carga horária e salário empreendida pelo réu visou a tão somente reduzir despesas, porquanto não significou efetiva redução de trabalho, o que configura alteração ilícita do pacto laboral, ensejando o pagamento de diferenças salariais a partir de abril de 2016.

Sem-razão.

Dispõe o instrumento do contrato de trabalho que o empregado cumprirá jornada de 5 horas, que, todavia, poderá ser acrescida de até duas horas diárias, sem embargo ainda da realização de prorrogação adicional de mais duas horas, na hipótese de necessidade do serviço (ID e6d10e5).

Conforme termo aditivo de ID d90ebe0, as partes ajustaram, a partir da respectiva assinatura, datada de 12/4/16,

[...] uma redução das horas extras que vem sendo prestadas, sendo que as PARTES ajustam que doravante a jornada será a ordinária de 5 (cinco) horas, com 39 minutos de horas extras ao dia, mais intervalo de no mínimo 15 minutos de descanso.

É incontroverso nos autos que o réu, na forma do indigitado termo, reduziu o montante diário de horas extras habitualmente prestadas pelo obreiro, pagas por meio da rubrica “00055 HORA EXTRA CONTR” (ver contracheques de ID 3bd8a60) de duas horas para 39 minutos.

A prova oral abordou o assunto da seguinte forma, *verbis*:

[...] que trabalha para o reclamado desde 2003, na função de subeditora desde 2007; trabalha na mesma redação que o reclamante; a depoente trabalha das 14h às 20h; [...] que as horas extras que recebiam desde a década de noventa, incorporada ao salário conforme norma do sindicato (trabalhavam 7 horas no lugar de 5), foi alterada: ao invés de fazerem essas 2 horas extras, passaram a fazer, apenas, 39 minutos, mais 15 de intervalo; que essa redução de jornada efetivamente aconteceu: estão trabalhando apenas 5 horas e 39 minutos; que essa redução foi uma imposição da empresa; que, tenha conhecimento, não há colegas que continuam fazendo 7 horas, porque o sistema da empresa desliga o computador depois da jornada; que, hoje, a depoente está ganhando menos e trabalhando menos e que essa realidade se estendeu a todos os colegas, inclusive o reclamante; que acha que o reclamante quis sair da empresa porque ele não concordou com essa redução; [...] que mesmo quem se recusou a assinar o termo de redução, como a depoente, teve o seu salário e jornada reduzidos, mas não foram dispensados. (Sr^a Cristiana Cyrino Borges de Andrade, primeira testemunha indicada pelo autor, ID 070b94b, p. 2, grifei).

[...] trabalha na reclamada desde 2006, sempre na função de repórter; que antes a depoente trabalhava das 09h às 16h e desde abril, quando houve a redução de carga horária, passou a trabalhar das 13h30 às 19h30; [...] que o reclamante deve estar querendo sair por causa da redução de remuneração de 30% do que ganhavam. (Sr^a Valéria Mendes Pereira Pinto, segunda testemunha indicada pelo autor, ID a70b94b, p. 2, grifei).

Ambas as testemunhas confirmaram que houve efetiva redução de horas extras habituais de duas horas para 39 minutos, sendo que essa realidade se estendeu a todos os colegas.

Absolutamente descabida, pois, inclusive em face das marcações constantes das folhas de ponto anexadas ao feito (ID f718076), a denúncia de que, mesmo depois da redução de horas

extras promovida pelo réu a partir de abril de 2016, a jornada permaneceu inalterada.

Tal como fundamentou o MM. Juízo de 1ª Instância (ID 20a5dd5, p. 3), as horas extras constituem modalidade de salário-condição, não tendo o obreiro direito adquirido à prestação de serviços suplementares, motivo pelo qual a redução de horas extras habituais não implica alteração lesiva do contrato de trabalho.

Nesse sentido, improcedente se afigura ainda a tese de que referida redução deveria ser chancelada pelo sindicato da categoria profissional.

Não se há falar, portanto, especificamente em face das alterações apelativas deduzidas pelo autor, no pagamento de “diferenças salariais” sob esse título.

Nego provimento.

Rescisão indireta (recurso do autor)

Pede o autor a rescisão indireta do contrato de trabalho, tendo como fundamento a redução da prestação de horas extras, o que implicou significativo decréscimo salarial e afetou consideravelmente o sustento de sua família.

Protesta ainda que é incontroverso nos autos que os depósitos do FGTS não estavam sendo recolhidos com regularidade, o que lhe trouxe inequívoco prejuízo, até mesmo pela impossibilidade de quitação antecipada de seu financiamento habitacional, restando, por esse motivo também, autorizada a rescisão indireta.

Sem-razão.

A ruptura oblíqua do pacto laboral demanda robusta comprovação de grave falta do empregador, de acordo com as hipóteses arroladas no art. 483 da CLT, tornando insustentável a continuidade da prestação de serviços.

Tal como verificado no tópico precedente, não padece de ilegalidade a redução do número de horas extras habituais prestadas pelo demandante, de duas horas para 39 minutos, em abril de 2016.

Tratando-se de norma legal sancionadora, não é possível interpretar extensivamente o comando da alínea “g” do art. 483 da CLT, sobretudo ponderando que o autor não era remunerado por peça ou tarefa.

O réu logrou provar também o parcelamento de suas dívidas perante o FGTS, mediante termo de ID 12efc39, datado de 9/12/14, contemplando a quitação de débito total de R\$ 2.881.596,21, referente a competências de maio a novembro de 2014, em 180 parcelas.

Os extratos carreados ao feito pelo obreiro, sob os IDs 4f07ef0 e 18401c1, não contemplam, por sua vez, todo o período do contrato de trabalho ou ainda a apuração consolidada dos depósitos e das competências faltantes por ocasião do ajuizamento da ação.

Tal como informou a Sr^a Cristiana Cyrino Borges de Andrade, que foi ouvida a pedido do autor, “[...] é de conhecimento dos empregados que o FGTS está em atraso.” (ID a70b94b, p. 2).

Certo é também que, segundo entendimento gravado na Súmula n. 461 do TST, é do empregador o ônus de prova em relação à regularidade dos depósitos do FGTS, considerando que a alegação de correção dos recolhimentos constitui fato extintivo do direito do autor, nos termos do inciso II do art. 333 do CPC/73 e do inciso II do art. 373 do CPC/15.

Todavia, não há nos autos elementos que permitam positivar, objetivamente, a extensão da irregularidade dos depósitos do FGTS, por ocasião do ajuizamento da demanda, motivo pelo qual não seria possível presumir a existência de falta grave patronal, no particular.

Aliás, cabe frisar que, de acordo com o termo de parcelamento carreado ao feito, cabe ao réu antecipar os recolhimentos dos valores devidos ao trabalhador de forma individualizada, nas hipóteses em que o empregado fizer jus à utilização de valores de sua conta vinculada durante o período de vigência do acordo de parcelamento (ver cláusula 9^a do termo de ID 12efc39).

Não se há falar, portanto, que o obreiro incorreu de qualquer modo em prejuízo, porquanto fará jus à integralidade dos depósitos

do FGTS, caso restar caracterizada quaisquer das hipóteses de movimentação de sua conta vinculada.

Nego provimento.

Verbas rescisórias (recurso do réu)

Diz o réu que o MM. Juízo de origem incorreu em erro ao apurar as verbas rescisórias devidas em função da condição demissionária do recorrido, porquanto descabido o deferimento de férias integrais acrescidas de 1/3, considerando que o obreiro não teria saldo de férias a seu favor.

Aduz ainda que o autor faria jus a apenas 9/12 de 13º proporcional, uma vez que o contrato reputado foi rescindido em 5/10/16.

Com razão, em parte.

Aferida a condição demissionária do autor, com data de rescisão incidente em 5/10/16, correspondente ao último dia de prestação de serviços (ID d3fae1e), faz jus o obreiro às férias integrais do período aquisitivo de 7/3/15 a 6/3/16 (art. 146 da CLT), que seriam usufruídas apenas no período de 28/11/16 a 27/12/16, o que foi obstado pela ruptura do pacto (ver ficha de registro de ID f1091a2, p. 6).

Todavia, em face da data de saída recair em 5/12/16, faz jus o obreiro a 9/12 de 13º salário proporcional, com supedâneo nos §§ 1º e 2º do art. 1º da Lei n. 4.090/62.

Dou parcial provimento ao apelo para reduzir para 9/12 a parcela referente ao 13º salário proporcional objeto de condenação.

Acúmulo de funções (recurso do autor)

Brada o autor que, na condição de repórter, acumulou indebitamente as funções de editor/subeditor, ponderando que competia-lhe editar e publicar diretamente as matérias que produzia na *internet*, sem qualquer tipo de alteração posterior pelos editores/subeditores.

Sem-razão.

Assenta-se o pleito de acúmulo de função no desequilíbrio entre as prestações ajustadas entre as partes no âmbito da relação de emprego, passando o empregador a exigir do obreiro, desde o início do contrato ou em seu curso, atividades alheias ao pactuado, concomitantemente com as atribuições formalmente cometidas ao trabalhador.

O autor fora contratado, em 7/3/07, para exercer a função de “repórter II” (ver CTPS, ID 065920b, p. 2), cuja denominação foi alterada para “repórter multimídia pleno” em 2/2/09, passando a constar expressamente do rol de atribuições inclusive “[...] publicar reportagens na *internet* e em outras plataformas de mídia.”

Disse a preposta, Sr^a Silvana Arantes de Freitas Rosa, que

[...] na plataforma virtual, todos publicam as matérias direto, sem passar previamente pelo editor, até mesmo pelo princípio da imediatidade, sendo que o editor depois revisa e pode alterar ou excluir a matéria. (ID a70b94b, p. 2).

Nesse aspecto, a Sr^a Cristiana Cyrino Borges de Andrade, testemunha indicada pelo autor, informou o seguinte, *verbis*:

[...] que o reclamante era repórter, apurando as matérias, levando as informações, fazendo as entrevistas, redigindo as matérias para o editor ou subeditor lerem e editarem; que, na *internet*, na prática, alguns repórteres publicam a matéria sem a conferência prévia do editor ou subeditor, o qual depois pode entrar e conferir a matéria, podendo alterá-la ou excluí-la; que o reclamante fazia isso, de publicar matérias sem prévia apreciação, mas apenas com suas matérias. (ID a70b94b, p. 2, grifei).

O § 1º do art. 302 da CLT dispõe que “Entende-se como jornalista o trabalhador intelectual cuja função se estende desde a busca de informações até a redação de notícias e artigos e a organização, orientação e direção desse trabalho.”

Já, nos termos do inciso I do art. 2º do Decreto n. 83.284/79, a profissão de jornalista compreende o exercício habitual, dentre outras, das atividades de “redação, condensação, titulação,

interpretação, correção ou coordenação de matéria a ser divulgada, contenha ou não comentário” (inciso I) e a “coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação.” (inciso VII).

Dispõe ainda o inciso III do art. 11 do texto normativo em pauta que o repórter “[...] cumpre a determinação de colher notícias e informações, preparando ou redigindo matéria para divulgação.”

Tendo como base os elementos acima pontuados, compreendo que o obreiro não executava atividades alheias ao plexo de atribuições inerentes à função de repórter tão somente por publicar diretamente no sítio eletrônico do réu, sem conferência prévia do editor/subeditor, as matérias que produzia.

Conforme elucidou a Sr^a Cristiana Cyrino Borges de Andrade, a divulgação prévia da matéria na *internet* pelo autor não excluía a possibilidade de o editor ou subeditor conferir a produção jornalística, podendo alterá-la ou excluí-la posteriormente.

Tal como concluiu o MM. Juízo de origem (ID 20a5dd5, p. 6), as novas atribuições adquiridas pelo obreiro, em virtude da modernização/evolução dos meios de mídia e comunicação, são perfeitamente compatíveis com a função para a qual foi originalmente contratado, o que exclui a tese de que passara a exercer, concomitantemente, a partir de 2009, atividades de editor ou subeditor.

Desprovejo.

Direitos autorais (recurso do autor)

Reitera o autor que foi coagido a integrar, sem qualquer contraprestação, seu *blog* pessoal na plataforma de *blogs* do sítio eletrônico do réu, enfatizando que a preposta fora confessa quanto à matéria, motivo pelo qual reitera o pleito de indenização por danos materiais formulado na peça de ingresso.

Ao exame.

Em seu depoimento, confessou a preposta que o jornal explorava comercialmente os *blogs* integrados ao sítio eletrônico do réu na *internet*, por meio da venda de publicidade/anúncios instalados na plataforma, sendo oportuno reproduzir o seguinte trecho:

[...] como isso aconteceu antes da sua entrada no jornal, não sabe informar como se deu a negociação para que o *blog* do reclamante passasse para o jornal, mas sabe dizer que o jornal tem direito a “vender” um dos *banners*/anúncios que ficam no *blog* para seus anunciantes, e os demais anúncios do *blog* ficam em proveito do próprio blogueiro; de um modo geral, o jornal tem interesse em ter muitos *blogs* hospedados em seu *site*, porque passa a ter mais conteúdo para seus leitores e, em contrapartida, o blogueiro passa a ter mais visibilidade, por estar em um *site* jornalístico; que, pelo que sabe, o reclamante foi convidado para hospedar seu *blog* na plataforma do jornal e, na época, teria aceitado de bom grado. (ID a70b94b, p. 1/2, grifei).

A prova oral aborda a matéria nos seguintes termos:

[...] ter um *blog* na plataforma do jornal é bom para o blogueiro, porque dá visibilidade, pode aumentar os leitores; que sabe, “por auto”, que o reclamante tinha um *blog* e quando o jornal descobriu convidou o reclamante para hospedar o seu *blog* na plataforma do jornal, não sabendo de mais informações a respeito do *blog* do reclamante. (Sr^a Cristiana Cyrino Borges de Andrade, primeira testemunha indicada pelo autor, ID a70b94b, p. 2, grifei).

[...] que, quando a depoente teve um *blog*, já existia a plataforma de *blogs* no jornal, e a depoente e seu colega optaram por criar o *blog* nesta plataforma; que, na época, eles convidaram as pessoas para criarem seus *blogs*; há muita gente que não criou *blogs*, até porque manter um *blog* é trabalhoso; que, na época da depoente, os anúncios que haviam no *blog* eram os do *google*, anúncios automáticos de acordo com o conteúdo exibido, sendo que ainda não vendiam o espaço para anúncios oficiais; que, pelo que sabe, os colegas que continuaram com seus *blogs* nunca receberam dinheiro de anúncio; que acha que o convite vindo de um chefe é uma situação difícil, mas não tem como dizer que o reclamante foi obrigado a passar o *blog*, até porque na época a redação da *internet* (no prédio da TV Alterosa) era separada da redação de impresso (onde o reclamante ficava); que, quando criaram essa plataforma, foi muito falado, com muitos convites e tal; que havia um desejo da empresa de que o *blog* do reclamante, que era muito consultado, viesse para a plataforma do jornal; que a depoente se recorda do dia em que o chefe comentou que o “*blog* do Girão” iria para a plataforma, o que gerou até um “burburinho”, pois o *blog* do reclamante estava saindo de uma plataforma das melhores que tinha na época para ir para uma plataforma aparentemente inferior, até por ser nova, uma coisa que ainda estava

sendo testada; que a impressão, na época, era “coitado do Girão, está regredindo”, porque tinham muita experiência na *internet*; que não eram obrigados a alimentar o *blog*, tanto que a depoente desistiu do *blog* que tinha, porque não tinham retorno, já que não podiam fazer no horário de trabalho e não te gerava retorno. (Sr^a Valéria Mendes Pereira Pinto, segunda testemunha indicada pelo autor, ID a70b94b, p. 2/3, grifei).

Os trechos acima destacados não confirmam a versão deduzida pelo recorrente de que fora obrigado a integrar seu *blog* na plataforma do réu na *internet*, restando claro que os repórteres/jornalistas foram convidados a criarem seus próprios *blogs* a partir do sítio eletrônico do réu ou a transferir aqueles já existentes para essa plataforma.

Restou provado ainda que a manutenção de um *blog* é bastante trabalhosa, inclusive porque tal mister não poderia ser desenvolvido no horário de trabalho, sendo certo ainda que esse trabalho não gerava qualquer retorno financeiro para o empregado, a despeito do interesse do jornal na manutenção de *blogs* em seu sítio eletrônico, porquanto assim produzia mais conteúdo para seus leitores.

À época da criação da plataforma de *blogs* do réu na *internet*, havia especial interesse do jornal na integração do *blog* do demandante ao seu sítio eletrônico, considerando que a página do obreiro na *internet* era muito consultada.

Pois bem.

Nos termos do *caput do art. 7º* da Lei n. 9.610/98, são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, inclusive textos de obras literárias, artísticas ou científicas.

Pertencem também ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou (art. 22 da Lei n. 9.610/98), com direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo de autorização prévia e expressa a sua utilização, por quaisquer modalidades, inclusive a reprodução parcial ou integral (arts. 28 e 29).

No caso vertente, não padece dúvida que o réu promoveu o aproveitamento econômico da página do obreiro na *internet* ao integrá-la à sua plataforma de *blogs*, o que ampliou o conteúdo disponível para seus leitores, sem embargo da exploração do referido espaço para comercialização/divulgação de publicidade de seus anunciantes (ver ID 13fe2d8, p. 6/8).

Por via de consequência, faz jus o obreiro à justa compensação/contraprestação pelo trabalho de criação/manutenção de sua página na plataforma de *blogs* do réu na *internet*, sobretudo em face da exploração/aproveitamento comercial/econômico promovido pelo réu para divulgação de publicidade por anunciantes, mas sem qualquer tipo de retorno financeiro atribuído ao respectivo autor, no particular.

Para municiar o arbitramento dessa indenização, valho-me dos contratos de cessão de direitos autorais assinado entre as partes, em 2004, para “produção de matérias para o divirta-se”, pelo qual o réu pagou a importância de R\$ 1.500,00 por mês (ver ID bacb173).

Nesse sentido, reputo razoável, para fins de definição do valor devido no período imprescrito, a utilização (proposta pelo demandante) da média dos resultados alcançados a partir da incidência do INPC e da TRD no período de 30/11/04 a 6/10/11 (marco prescricional), mas limitado ao valor mensal de R\$ 2.434,68, respeitados os limites do pedido (arts. 141 e 492 do CPC/15).

Provimento que se confere ao recurso, nestes termos.

Horas extras - Eventos noturnos e viagens (recurso do autor)

Protesta o autor que não são devidas apenas diferenças de horas extras registradas e não pagas, porque ficou comprovado que prestava serviços suplementares não anotados nas folhas de ponto, notadamente considerando os horários laborados em sua residência e os eventos noturnos que cobria em Belo Horizonte.

Alega que as horas extras laboradas durante viagens “ficavam por isso mesmo”, sobretudo aquelas prestadas durante o Festival Cultura e Gastronomia de Tiradentes, que sempre cobriu.

Sem-razão.

Afirma o obreiro, em seu depoimento, que:

[...] os horários registrados nos cartões de ponto refletem o horário de trabalho, embora de 1 a 2 vezes por semana o depoente continuasse trabalhando de sua residência ou em eventos, de 2 a 3 horas, o que não era registrado; o trabalho que fazia em sua residência era de alimentar o seu *blog*. (ID a70b94b, p. 1).

O autor confessa, pois, que os horários de labor não registrados nos espelhos de ponto se referem ao trabalho realizado em sua residência ou em eventos, para alimentar o seu *blog*, trabalho cuja compensação/contraprestação já restou devidamente arbitrada no tópico precedente.

De fato, narra o autor que cobria anualmente o Festival Cultura e Gastronomia de Tiradentes, mas a prova oral não confirmou, especificadamente, que o autor participava da cobertura desse evento, conforme depoimento prestado pela Sr^a Cristiana Cyrino Borges de Andrade, nos seguintes termos:

[...] que o reclamante já trabalhou em eventos e, quando é assim, eles retornam para a redação depois do evento para bater o ponto, que só não acontece em viagens; nas viagens é que trabalham muito mais horas, de 10 a 12 horas por dia, sendo que essas horas “ficam por isso mesmo”; que nas viagens tinham obrigação de enviar a matéria no dia; as viagens eram uma obrigação, não um convite. (ID a70b94b, p. 2).

Conforme verificado, atesta a testemunha que, por ocasião do labor em eventos, o obreiro retornava depois para a redação para bater o ponto, o que apenas não acontece em viagens.

Todavia, não há nos autos elementos de confirmação, robusta e objetiva, de que o obreiro, sistematicamente, cobria o indigitado festival, o que também fulmina o pleito de horas extras formulado sob esse título, porquanto não compete à Turma Julgadora suprir ou presumir, de qualquer modo, ônus probatório que compete à parte, no tocante à demonstração dos fatos constitutivos do seu direito (art. 818 da CLT e inciso I do art. 373 do CPC).

Desprovejo.

Diferenças de horas extras registradas (recurso do réu)

Defende o réu que todas as horas extras foram devidamente quitadas ou compensadas, sendo que, na hipótese de manutenção da condenação, pede que

[...] as horas extras devidamente quitadas e compensadas deverão ser analisadas em eventual cálculo de liquidação de sentença, evitando-se, assim, futuros e eventuais prejuízos à empresa recorrente.

Sem-razão.

Primeiramente, registro que a tese concernente à compensação de horas extras se afigura inovadora, haja vista que não fora oportunamente deduzida na peça de defesa (ID cfa8511, p. 19/21), o que fulmina as alterações apelativas opostas pelo recorrente, no particular.

No tocante às horas extras anotadas nas folhas de ponto, resta clara a existência de créditos inadimplidos.

Por exemplo, no período de outubro a dezembro de 2012, as fichas financeiras não consignam o pagamento de quaisquer valores a título de horas extras excedentes da sétima diária laborada, sob a rubrica "005 - HORAS EXTRAS 50%" (ID d05dd1b, p. 1).

As folhas de ponto correspondentes denotam, porém, que o obreiro prestava horas extras excedentes do referido patamar de forma sistemática/habitual.

Nesse sentido, cito o dia 8/10/12, no qual o autor trabalhou das 07h46min às 19h52min, com registro, na própria folha de ponto, de 5 horas e 6 minutos de labor extraordinário (ID f710076, p. 23).

Anoto ainda que o MM. Juízo de 1ª Instância deferiu o pagamento de diferenças de horas extras excedentes da quinta diária laborada, a partir do confronto dos cartões de ponto com os recibos de pagamento (ID 20a5dd5, p. 6/7).

Nada a prover.

Intervalo intrajornada (recurso de ambas as partes)

Diz o réu que o autor sempre usufruiu intervalo de 15 minutos, quando laborou no limite de seis horas por dia, e gozou uma hora de pausa nos dias em que o expediente extrapolou seis horas de labor, conforme demonstram os espelhos de ponto carreados ao feito.

Sucessivamente, opõe que todos os intervalos devidamente concedidos/gozados pelo autor sejam decotados da condenação.

Pugna o autor pela aplicação do adicional convencional de 100%, para fins de cômputo das horas extras intervalares.

À análise.

Apenas excepcionalmente as folhas de ponto anexadas ao feito detalham os horários de entrada e saída concernentes à fruição do intervalo intrajornada (que sequer são pré-assinalados no documento), abrangendo, preponderantemente, os últimos cinco meses do contrato.

Ainda assim, verifica-se, nas ocasiões em que houve marcação do horário de intervalo, registro de pausas que não respeitaram o período mínimo definido no art. 71 da CLT.

Por exemplo, em 16/4/16, o autor iniciou a jornada às 11h44min, gozou pausa para descanso e alimentação das 15h59min às 16h33min e terminou o expediente às 18h44min (ID f710076, p. 52), totalizando jornada de 6 horas e 26 minutos, e a fruição de intervalo de apenas 34 minutos.

Há também ocasiões em que o intervalo registrado observou o patamar mínimo legal.

Por exemplo, em 12/4/16, o obreiro iniciou a jornada às 10h45min, gozou descanso intervalar das 15h47min às 16h03min e registrou sua saída às 16h53min, somando jornada de 5 horas e 52 minutos, e pausa de 16 minutos (ID f710076, p. 52).

Mais uma vez vale frisar que o autor consignou, em seu depoimento, que “[...] os horários registrados nos cartões de ponto refletem o horário de trabalho.” (ID a70b94b, p. 1).

Não há suporte nos autos, portanto, para indiscriminada condenação do réu ao pagamento de uma hora extra intervalar por dia de efetivo labor (ID 20a5dd5, p. 7), ainda que tenha relatado a preposta, Sr^a Silvana Arantes de Freitas Rosa,

[...] que, como o reclamante estava em processo de emagrecimento, levava sua alimentação saudável e almoçava na cantina, por volta de 40 minutos, sendo que a depoente até comentava que ele tinha feito um almoço rápido; que, antes desse processo de emagrecimento, o reclamante almoçava fora. (ID a70b94b, p. 1).

Não consta da denúncia inicial que o obreiro não usufruía pelo menos 15 minutos de pausa por dia (ID 880c143, p. 8), impondo-se considerar que houve regular fruição do intervalo quando a jornada não extrapolou seis horas de labor.

A prova oral corrobora, em consonância com o depoimento da preposta, a versão de que o obreiro, em regra, não usufruía uma hora de descanso intervalar, inclusive nas ocasiões em que sua jornada extrapolava o patamar de seis horas, conforme se depreende do seguinte trecho do depoimento prestado pela Sr^a Valéria Mendes Pereira Pinto (ouvida a rogo do autor), *verbis*:

[...] o reclamante almoçava tanto na empresa, com a “turma da marmita”, como fora; não tem condição de informar quanto tempo o reclamante fazia de intervalo, mas pode dizer que os repórteres de *internet*, como era o caso do reclamante, têm que voltar rápido; que o reclamante já foi repórter de impresso, mas já a depoente sempre foi repórter, antes da TV, agora de *internet*, mas sempre a depoente teve que voltar antes; que, mesmo para o repórter de impresso, não deveria fazer um intervalo prolongado, sendo a regra sair, alimentar-se e voltar, mas sempre em mais de quinze minutos. (ID a70b94b, p. 2/3, grifei).

Por fim, estabelecem os instrumentos coletivos o adicional de horas extras de 100% para as duas primeiras horas extras laboradas após a quinta diária e de 50% para as demais (ver, por exemplo, cláusula 12^a da CCT 2011/2012, ID f92a3ff, p. 3).

Fundamentou a Ex.^{ma} Juíza *a quo* que:

[...] as horas extras decorrentes da supressão do intervalo intrajornada são *fictas*, nos termos do art. 71, § 4º da CLT, não se confundindo com a previsão convencional do adicional aplicável às primeiras 2 horas extras de fato trabalhadas, objeto da previsão contida na CCT. (ID 8db841e, p. 2).

Porém, a despeito do respeitável posicionamento encampado na origem, e em face do comando convencional, entendo que as horas extras deferidas ao obreiro (excedentes da jornada regular ou intervalares) devem ser apuradas de forma integrada, com incidência do adicional de 100% sobre as duas primeiras horas objeto de cômputo, independentemente da sua natureza real ou *ficta*.

Dou parcial provimento ao apelo do réu para determinar que as horas extras intervalares devem ser computadas a partir dos espelhos de ponto carregados ao feito, com apuração nas ocasiões em que a jornada extrapolar seis horas de labor e, em face da ausência de especificação do horário de intervalo ou nos dias em que, extrapolado o patamar de seis horas diárias de trabalho, a pausa registrada não totalizar, pelo menos, 60 minutos.

Dou parcial provimento ao recurso do autor para estabelecer que as horas extras deferidas ao obreiro (excedentes da jornada regular ou intervalares) devem ser apuradas de forma integrada, com incidência do adicional de 100% sobre as duas primeiras horas objeto de cômputo, independentemente da sua natureza real ou *ficta*.

Aluguel de equipamentos (recurso do autor)

Diz o obreiro que restou provado nos autos que utilizava equipamentos próprios para produção jornalística (gravador, bloco, caneta; e, mais recentemente, um telefone celular), impondo-se o pagamento de aluguel pela sua utilização em serviço, conforme postulado na exordial.

Sem-razão.

Dispõem as convenções coletivas que, na hipótese de ser exigida do empregado a utilização de instrumento de trabalho

próprio, as empresas se comprometem a remunerar, mensalmente, o empregado, aplicando o adicional de 15% incidente sobre o seu salário nominal (ver, por exemplo, cláusula 7ª da CCT 2013/2014, ID 560a927, p. 10).

O recorrente inova, em parte, a causa de pedir, porquanto narrou originalmente que:

[...] trabalhava como repórter, e, para o exercício de sua função, necessitava do uso de câmera fotográfica, filmadora e gravador de áudio, pois, nas suas reportagens, era muito comum e frequente a utilização destes instrumentos. (ID 880c143, p. 19).

Em sede de impugnação à defesa, por sua vez, diz o obreiro que:

[...] a reclamada também nunca forneceu máquina fotográfica/filmadora e gravador ao reclamante, mas lhe exigia a produção de imagens e áudio, para o que o reclamante adquiriu um *lfone*. (*sic*, ID 3bcd298, p. 7).

A prova oral não chancela a versão de que o obreiro era compelido pelo réu a utilizar instrumentos de trabalho próprios para prestação de serviços.

Nesse aspecto, informou a Srª Cristiana Cyrino Borges de Andrade, primeira testemunha indicada pelo autor, que:

[...] quando havia fotógrafo disponível, o reclamante fazia reportagem com o fotógrafo, mas, quando não houvesse, poderia acontecer que o próprio reclamante captasse as imagens; [...] há matérias que saem sem fotos, mas a maioria sai com fotos. (ID a70b94b, p. 2).

Com efeito, não compete à Turma Julgadora suprir, de qualquer modo, ônus probatório que compete à parte, nos termos do art. 818 da CLT e inciso I do art. 373 do CPC/15, sob pena de grave atentado à imparcialidade, que deve pautar a prestação jurisdicional.

Nada a prover.

Auxílio-creche (recurso do autor)

Alega o autor que os empregados com filhos também fazem jus ao auxílio-creche disciplinado nos instrumentos coletivos, “[...] considerando que o recorrente é um pai muito presente para sua filha e divide igualmente os afazeres domésticos e as responsabilidades da paternidade com sua esposa.”

Diz que o regramento normativo deve ser interpretado à luz do princípio constitucional de igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres.

Pede o pagamento do auxílio-creche desde o nascimento de sua filha, conforme pleiteado na inicial.

Sem-razão.

Dispõem os instrumentos coletivos que “[...] as empresas garantirão a concessão do auxílio-creche, abrangendo os filhos(as) de até 5 (cinco) anos, de suas empregadas jornalistas.” (ver, por exemplo, cláusula 27ª da CCT 2010/2011, ID 332b6fd, p. 6).

A cláusula é clara ao estabelecer o benefício em prol das “empregadas jornalistas”, o que elide a pretensão ora reiterada pelo obreiro, conquanto tenha comprovado o nascimento de sua filha em 17/5/14 (ID 4bee8d6).

Não se afigura possível interpretar extensivamente a norma convencional em pauta, à luz do princípio constitucional de igualdade de tratamento entre homens e mulheres (inciso I do art. 5º da CR), considerando que os negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente, nos termos do art. 114 do Código Civil.

Nesse aspecto, é de se destacar que os instrumentos normativos estatuem benesse adicional ao patamar mínimo de direitos estatuído pela legislação trabalhista, impondo-se prestigiar o comando convencional assim instituído, com fulcro no art. 7º, *caput* e XXVI, da Constituição.

Nego provimento.

Danos morais (recurso do autor)

Afirma o autor que passou por situação constrangedora perante o réu pelo “[...] fato do advogado do Jornal ter rasgado o comunicado do recorrente, informando o ajuizamento da ação trabalhista, buscando a rescisão indireta do contrato de trabalho”, ressaltando que

[...] estava acompanhado de um colega de trabalho, e todo o pessoal que trabalha no setor onde fica instalado o departamento pessoal acompanhou a situação humilhante vivenciada pelo recorrente.

Sem-razão.

O dano moral traduz lesão sofrida por alguém no respectivo patrimônio de direitos da personalidade ou sistema de valores ideais, como a vida privada, a honra, a intimidade, a imagem e a integridade física, denotando toda ordem de sofrimentos ou sensações dolorosas que afetam, de forma extraordinária e intensa/lancinante, a subjetividade ou a expressão material/imaterial do ser, que é valorosa e digna por sua própria condição humana (inciso III do art. 1º e incisos V e X do art. 5º da CR).

A preposta do réu, Srª Silvana Arantes de Freitas Rosa, confirmou que

[...] de fato aconteceu que, no dia que o reclamante levou seu comunicado de rescisão indireta, recebeu de volta o documento rasgado na parte em que tinha a assinatura do gerente do RH, conforme ID d3fa31e. (ID a70b94b, p. 2).

O obreiro anexou ao feito cópia do comunicado de ajuizamento da ação trabalhista com pedido de rescisão indireta, documento que está rasgado no contexto inferior, onde se encontrava justaposta a assinatura do gerente de recursos humanos, Sr. Renato Teixeira da Costa (ID a70b94b).

Concessa maxima venia, o simples fato de o obreiro receber de volta o comunicado de rescisão indireta rasgado na parte que

tinha a assinatura do gerente de recursos humanos não qualifica, de qualquer forma, e por si só, o alegado dano moral.

O recorrente não logrou provar que fora indebitamente humilhado ou desrespeitado pelo réu nesse incidente, a partir do qual não seria possível presumir *in re ipsa* qualquer tipo de lesão à sua dignidade pessoal.

Nego provimento.

Multas convencionais (recurso do autor)

Reitera o autor o pleito de multas normativas, em face da violação de dispositivos convencionais que disciplinam os seguintes temas: i - fornecimento de instrumentos de trabalho para o exercício da função (cláusula 7ª); ii - quitação do auxílio-creche (cláusula 27ª); iii - elaboração de mapa de risco (cláusula 25ª); iv - constituição de comissão ética anual para apuração de assédio moral (cláusula 30ª); e v - criação de grupo para apuração da PLR (cláusula 32ª).

Sem-razão.

Estipulam as convenções coletivas que o empregador sujeita-se à multa equivalente a 50% do salário mensal do empregado prejudicado, em favor deste, incidindo sobre cada violação ou na hipótese de transgressão do instrumento normativo ou de preceito legal (ver, por exemplo, cláusula 41ª da CCT 2013/2014, ID cd458e1, p. 4).

Conforme verificado nos tópicos precedentes, não restou configurada violação às cláusulas que regulamentam o fornecimento de instrumentos de trabalho para o exercício da função (cláusula 7ª das CCTs) ou ainda infração do dispositivo normativo que institui o auxílio-creche em prol das “empregadas jornalistas” (cláusula 27ª das CCTs).

O autor tampouco logrou provar, conforme lhe competia, a teor dos arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC/15, que o réu transgrediu as cláusulas que abordam as seguintes matérias: i - elaboração de mapa de risco pelas empresas com vistas a aferir possíveis ameaças à saúde do jornalista (cláusula 25ª das CCTs); e ii - constituição de

comissão de ética, a ser composta no mínimo por quatro pessoas, tendo por objetivo apurar denúncias de assédio moral que venham a surgir dentro das redações (cláusula 30ª das CCTs).

Por sua vez, a cláusula 32ª das CCTs não institui obrigação para os empregadores, mas apenas para as partes convenientes (sindicatos que pactuaram o instrumento coletivo), no sentido da constituição de grupo de trabalho para analisar aspectos relacionados com a participação nos lucros e resultados.

Nada a reformar.

Correção monetária (recurso da ré)

Impugna a ré a utilização do IPCA-E como fator de correção monetária dos créditos objeto de condenação.

Com razão.

A Lei n. 8.177/91, que estabelece regras de desindexação da economia, define que os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias, sofrerão incidência de juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento, além de juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da ação e aplicados *pro rata die*.

O Excelso STF, em decisão plenária datada de 14/3/13 (Relator Ministro Luiz Fux; publicada em 19/12/13), proferida nos autos da ADI n. 4425/DF, declarou a inconstitucionalidade por arrastamento (porquanto voltada *a priori* em face do disposto no § 12 do art. 100 da CR, incluído pela EC 62/09) do art. 5º da Lei n. 11.960/09, que impõe, nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza, para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, a incidência dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

O aresto, todavia, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97 para fins de atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em

precatórios, determinando, especificamente perante aqueles decorrentes de relação jurídico-tributária, a cominação de juros de mora incidentes sobre todo e qualquer crédito tributário (se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês, nos termos do § 1º do art. 161 do CTN).

A adoção dos encargos moratórios incidentes sobre créditos trabalhistas, nos moldes do art. 39 da Lei n. 8.177/91 (TRD acumulada entre o vencimento da obrigação e o pagamento mais 1% ao mês a partir da propositura da ação) não restou repelida pelo STF, até mesmo porque tal regramento traduz parâmetro de correção manifestamente mais benéfico do que aquele previsto no § 12 do art. 100 da CR e no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97.

As decisões proferidas nas ADIs 4425-DF e 4357-DF versam apenas sobre as dívidas da Fazenda Pública inscritas em precatórios. Ainda assim, vale ressaltar que, em 25/3/15, o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade perante ambas essas ações, considerando válida a aplicação dos índices de correção/remuneração da caderneta de poupança para os precatórios expedidos até 25/3/15 e estabelecendo a substituição pelo IPCA-E a partir de então ou, especificamente no caso dos precatórios tributários, a incidência dos mesmos critérios por meio dos quais a Fazenda Pública corrige seus créditos (publicado em 4/8/15).

Tendo como pano de fundo essa decisão, o TST, nos autos do processo ArgInc-479-60.2011.5.04.0231, acolheu, via Tribunal Pleno, em sessão realizada em 4/8/2015 (Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, publicado em 14/8/15), o incidente de inconstitucionalidade suscitado pela 7ª Turma, declarando inconstitucional, por arrastamento, a expressão “equivalentes à TRD”, contida no *caput* do art. 39 da Lei n. 8.177/91. Ato contínuo, determinou a aplicação do IPCA-E como fator a ser utilizado na tabela de atualização monetária dos débitos na Justiça do Trabalho.

O TST determinou ainda a modulação dos efeitos dessa decisão, que teria espaço somente a partir de 30/6/09, quando passou a vigorar o art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, preservando-se as

situações jurídicas consolidadas representadas pelos pagamentos já efetuados nos processos judiciais, em andamento ou extintos. Ou seja, para as ações em andamento, a aplicação do IPCA-E, a partir de 30/6/09, incidiria apenas sobre débitos ainda não adimplidos.

Entretanto, em 14/10/15, o Ex.^{mo} Ministro Dias Toffoli, do STF, deferiu, no âmbito da Reclamação 22.012, oposta pela Federação Nacional dos Bancos, liminar para suspender os efeitos da referida decisão do TST, por extrapolar o entendimento fixado no julgamento das ADIs 4357 e 4425, relativas à sistemática de pagamento de precatórios introduzida pela EC 62/09.

Dessa forma, não se pode falar em inconstitucionalidade do art. 39 da Lei n. 8.177/91, que ainda pauta a correção dos créditos trabalhistas nesta Especializada, prevalecendo, pois, a OJ 300 da SBDI do TST:

EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. LEI N. 8.177/91, ART. 39, E LEI N. 10.192/01, ART. 15. Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei n. 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei n. 10.192/01.

Dou provimento ao apelo para determinar que os encargos moratórios incidentes sobre os créditos objeto de condenação devem ser aplicados nos moldes do art. 39 da Lei n. 8.177/91, contemplando a TRD acumulada desde a data de vencimento da obrigação até o efetivo pagamento, mais juros de mora de 1% ao mês, *pro rata die*, a partir da propositura da ação.

FUNDAMENTOS PELOS QUAIS,

O Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região, em sessão ordinária da sua Sétima Turma, hoje realizada, sob a presidência do Ex.^{mo} Desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, presente o Ex.^{mo} Procurador Arlélcio de Carvalho Lage, representante

do Ministério Público do Trabalho, computados os votos do Ex.^{mo} Juiz Convocado Márcio Toledo Gonçalves (substituindo o Ex.^{mo} Des. Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto) e do Ex.^{mo} Juiz Convocado Vítor Salino de Moura Eça (substituindo a Ex.^{ma} Des. Cristiana Maria Valadares Fenelon), JULGOU o presente processo e, unanimemente, CONHECEU do recurso ordinário interposto por S.A. ESTADO DE MINAS, e, no mérito, sem divergência, DEU-LHE PARCIAL PROVIMENTO para: a) reduzir para 9/12 a parcela referente ao 13º salário proporcional; b) definir que as horas extras intervalares devem ser computadas a partir dos espelhos de ponto carreados ao feito, com apuração nas ocasiões em que a jornada extrapolar seis horas de labor e em face da ausência de especificação do horário de intervalo ou nos dias em que, extrapolado o patamar de seis horas diárias de trabalho, a pausa registrada não totalizar pelo menos 60 minutos; e c) determinar que os encargos moratórios incidentes sobre os créditos objeto de condenação devem ser aplicados nos moldes do art. 39 da Lei n. 8.177/91, contemplando a TRD acumulada desde a data de vencimento da obrigação até o efetivo pagamento, mais juros de mora de 1% ao mês, *pro rata die*, a partir da propositura da ação.

À unanimidade, CONHECEU do recurso ordinário interposto por EDUARDO TRISTÃO GIRÃO, salvo quanto ao pedido sucessivo de indenização pela supressão de horas extras habituais, por inovação (arts. 141 e 492 do CPC/15). No mérito, sem divergência, DEU-LHE PARCIAL PROVIMENTO para: a) acrescer à condenação o pagamento de indenização decorrente da exploração comercial de seu *blog* na plataforma do réu na *internet*, arbitrando-se o valor mensal de R\$ 1.500,00, nos moldes dos contratos de ID bacb173, montante que deverá ser atualizado, para fins de cômputo no período imprescrito, com a utilização da média dos resultados alcançados a partir da incidência do INPC e da TRD no período de 30/11/04 a 6/10/11 (marco prescricional), mas limitado ao valor mensal de R\$ 2.434,68, respeitados os limites do pedido (arts. 141 e 492 do CPC/15); e b) estabelecer que horas extras deferidas ao obreiro (excedentes da jornada regular ou intervalares) devem ser

apuradas de forma integrada, com incidência do adicional de 100% sobre as duas primeiras horas objeto de cômputo, independentemente da sua natureza real ou *ficta*.

Para efeito do § 3º do art. 832 da CLT, anotou que não há parcelas de natureza salarial deferidas nesta decisão.

Custas, a cargo da ré, acrescidas em R\$ 2.800,00, calculadas sobre R\$ 180.000,00 (art. 789, *caput* e § 2º, da CLT), novo valor arbitrado à condenação.

Belo Horizonte, 30 de março de 2017.

SABRINA DE FARIA FRÓES LEÃO
Juíza Convocada Relatora

SENTENÇAS

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0010376-94.2016.5.03.0060

Data: 18/12/2016

DECISÃO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE ITABIRA - MG

Juiz Titular: CRISTIANO DANIEL MUZZI

RECLAMANTE: EDILSON APARECIDO DUARTE

RECLAMADA: VALE S/A

Vistos os autos.

RELATÓRIO

EDILSON APARECIDO DUARTE ajuizou reclamação trabalhista em face de VALE S/A, alegando, em síntese, que foi admitido pela reclamada em 8/2/2006, na função de “operador de equipamentos de instalação”. Afirmou: que não gozava do intervalo intrajornada; que faz jus às horas itinerantes; que o adicional noturno era pago sem a observância da redução da hora *ficta*; que laborou em condições insalubres e perigosas, sem receber os adicionais correlatos; que a exposição aos agentes insalubres e perigosos sem a utilização dos EPIs adequados acarretou prejuízos de ordem moral; que sofreu danos morais pela ausência de banheiros e no ambiente de trabalho; que desenvolveu perda auditiva em razão das condições de trabalho; que sofreu danos morais por ter sido submetido à realização de teste do bafômetro.

Atribuiu à causa o valor de R\$ 200.000,00. Colacionou aos autos procuração, declaração de pobreza e documentos.

Devidamente notificada, a reclamada apresentou defesa escrita (Id 15e0d40), na qual suscitou a preliminar de litispendência, arguiu a prescrição e impugnou os pedidos do reclamante.

Impugnação à defesa sob Id 7beb0ef.

Produzida prova pericial.

Realizada a audiência de instrução, as partes convencionaram utilizar como prova emprestada os depoimentos dos autos do processo n. 0010180.27.2016.5.0.3.0060 (Id be90d51), inclusive o depoimento comum atinente às horas *in itineres*.

Proposta final de conciliação rejeitada.

Passo a decidir.

FUNDAMENTAÇÃO

1 - Litispendência

A demandada argui a existência de litispendência em razão da ação civil pública interposta pelo Ministério Público do Trabalho, distribuída sob o n. 0001191-58.2014.5.03.0171, afirmando que o pedido de indenização por danos morais decorrentes dos exames toxicológicos já foi objeto de análise e foi julgado improcedente com efeito *erga omnes* naquele processo.

Contudo, não há como dar guarida à pretensão, pois aquela é uma ação civil pública proposta pelo MPT que faz coisa julgada nos limites ali decididos, porquanto julgada improcedente.

De fato, os direitos defendidos naquela ação são direitos nitidamente coletivos, assim entendidos, “[...] os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (inciso II do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/90), atraindo a aplicação do art. 104 do mesmo dispositivo legal, que dispõe que “As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, [...]”

Não obstante o Ministério Público do Trabalho ter inserido na ACP o pedido de dano moral individual, tal pleito se deu tão somente aos empregados dispensados em razão do resultado positivo do exame toxicológico, hipótese que sequer foi aventada na petição inicial ou sinalizada nos autos em relação ao autor.

Destarte, rejeita-se a preliminar em epígrafe.

2 - Prescrição dos pedidos referentes à doença ocupacional

A reclamada, em sua defesa, arguiu a prescrição total em relação às indenizações decorrentes da alegada doença ocupacional, argumentando que o reclamante teria informado que teve conhecimento da perda auditiva em 7/5/2008, mais de 5 anos antes do ajuizamento da presente ação.

Contudo, não restou provada a existência de qualquer diagnóstico capaz de caracterizar a ciência inequívoca do reclamante acerca da doença de origem ocupacional, a extensão de suas lesões e respectivas sequelas, haja vista que as audiometrias anexadas aos autos não são suficientes para tanto, notadamente porque a prestação de serviços não foi interrompida.

Nesse sentido, destaco reiterados julgamentos proferidos pela Corte Regional:

DOENÇA DO TRABALHO. DANO MORAL E MATERIAL. PRAZO PRESCRICIONAL APLICÁVEL. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA *ACTIO NATA*. TERMO A *QUO*. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA LESÃO. Buscando a parte indenização por dano moral e material, decorrente de ato ilícito cometido pelo empregador, em razão de acidente do trabalho ou doença ocupacional, o marco inicial da prescrição para a ação de indenização, segundo o princípio da *actio nata*, inicia-se no momento em que o ofendido teve ciência inequívoca da sua incapacidade laborativa. Portanto, a pretensão reparatória do reclamante surge a partir do momento em que o paciente foi submetido a exame médico conclusivo acerca da enfermidade que o atinge. (TRT da 3ª Região; Processo: 0000366-17.2013.5.03.0150 RO; Data de Publicação: 28/1/2015; Órgão Julgador: Primeira Turma; Relatora: Convocada Adriana G. de Sena Orsini; Revisora: Cristiana M. Valadares Fenelon.)

Assim sendo, não há que se falar em prescrição dos pedidos de indenização decorrentes da alegada doença ocupacional.

3 - Prescrição quinquenal

Aviada a tempo e modo, declaram-se extintas com o julgamento do mérito, nos termos do inciso II do artigo 487 do CPC, por força da prescrição quinquenal, as pretensões anteriores a 10/5/2010, nos termos do inciso XXIX do artigo 7º da CF e item I da Súmula 308 do C. TST, tendo em vista que a reclamatória foi ajuizada em 10/5/2016.

4 - Adicionais de insalubridade e periculosidade

O reclamante postula o recebimento dos adicionais de periculosidade e insalubridade, ao argumento de que laborou, por todo o contrato de trabalho, exposto a diversos agentes insalubres/perigosos, dentre eles, ruído, vibração, graxa, umidade e inflamáveis.

A reclamada, sob vasta argumentação, asseverou, em síntese, que o obreiro não laborou exposto a qualquer condição insalubre e/ou perigosa.

Realizada a correspondente prova técnica (Id af1e561), o perito oficial concluiu pela caracterização da periculosidade no período de 10/5/2011 a 14/2/2015, em face da permanência em área de risco, quando do acompanhamento do abastecimento dos caminhões fora de estrada.

Ao descrever as atividades desempenhadas pelo obreiro, o *expert* informou que o abastecimento com comboio é realizado por empresa terceirizada e que o autor apenas acompanhava o abastecimento.

Afirmou que a reclamada discorda de tal informação, ao argumento de que o autor ficava a uma distância superior a 7,5 metros durante o abastecimento (Id af1e561 - P. 4 e 10), mas, por algum motivo, essa informação foi desacreditada pelo perito.

Conforme se apura de forma clara no laudo, o perito se valeu, única e exclusivamente, das informações prestadas pelo reclamante, não havendo nenhum elemento no dia da diligência, tampouco nos autos, que pudesse amparar as suas conclusões.

Afirma o perito que solicitou à reclamada evidência de treinamento quanto ao cumprimento das diretrizes de afastamento e que a reclamada não teria apresentado os documentos correlatos.

Ora, o perito não pode pressupor nenhum elemento probatório. Se o *expert* foi na sede da empresa e não havia nada que pudesse autorizar a conclusão de que não havia o afastamento, caberia a ele apresentar duas conclusões, de modo que, caso ficasse evidenciado na instrução probatória a permanência do obreiro dentro da área de risco durante o abastecimento, estaria configurada a periculosidade e, caso ficasse provado o afastamento do reclamante por uma distância superior a 7,5 metros, esta não estaria configurada.

Frise-se que a inexistência de prova acerca da realização de treinamento quanto ao cumprimento de diretrizes, por si só, não pode levar à conclusão de que os empregados permaneciam na área de risco, sendo necessária a verificação da situação fática.

Mesmo que tivessem sido ministrados os cursos e, na prática, a distância não tivesse sido observada, teria o autor o direito ao recebimento do adicional de periculosidade.

Da mesma forma, caso a distância de 7,5 metros tenha sido corretamente observada, a mera ausência de treinamento não ensejaria o pagamento do aludido adicional.

O perito não pode presumir o descumprimento de regra, pois contraria princípios gerais de direito, no qual se presume o cumprimento regular das normas, cabendo àquele que afirma o descumprimento o encargo de demonstrar suas alegações.

Causa estranheza, também, o fato de que essa mesma função desempenhada pelo ora reclamante é usualmente objeto de perícia de insalubridade/periculosidade nesta Vara, sendo que somente o perito responsável pela elaboração do laudo da presente reclamação caracteriza a periculosidade nessa atividade, repito, apenas dando validade às informações prestadas pelo autor, em nítida conduta parcial.

Não há razão alguma para que o perito realize juízo de valor, deixando de conferir relevância às informações trazidas pela empregadora.

Sua atividade é técnica, e, como tal, deveria apurar as condições de trabalho nos moldes desenvolvidos no ambiente onde fora prestado o serviço, inclusive com a oitiva de testemunhas e de outros operadores acerca dos procedimentos utilizados no abastecimento, mas jamais poderia pressupor algo que possa, de alguma forma, comprometer o contraditório a partir da perda da imparcialidade na condução de uma diligência processual.

Por fim, há de se destacar, também, que, ainda que o reclamante tivesse permanecido na área de risco durante o processo de abastecimento dos caminhões fora de estrada, o que não restou comprovado, tal fato teria se dado por tempo bastante reduzido, já que, em sede de esclarecimentos, o perito afirmou que os abastecimentos ocorriam a cada 2 dias e por um período de apenas 20 minutos (Id 30ee54b - P. 4).

Sob essa realidade, considerando 3 abastecimentos semanais, NO MÁXIMO, o obreiro teria se ativado na área de risco durante 60 minutos na semana.

Dessa forma, se o reclamante trabalhava 2.160 minutos (jornada regular de 36 horas), o tempo máximo de exposição semanal apurado seria equivalente a irrisórios 2,77% da jornada semanal praticada pelo autor.

Assim sendo, entendo que, ainda que restasse demonstrada a permanência do autor na área de risco, o tempo de exposição seria muito reduzido, e atrairia a aplicação do entendimento constante na parte final do item I da Súmula 364 do C. TST, *in verbis*:

ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL, PERMANENTE E INTERMITENTE

Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.

Ante o exposto, não estando adstrito ao laudo (artigo 436 do CPC), afasto a conclusão do *i. expert* no que tange à caracterização da periculosidade, e, por corolário, indefiro os adicionais postulados, bem como seus reflexos.

5 - Intervalo intrajornada

Alegou o obreiro que não usufruía do intervalo para lanche de 15 minutos. Postulou o pagamento de 1 hora extra diária a tal título, sustentando que a sua jornada contratual de 6 horas era habitualmente extrapolada.

A ré afirma que o intervalo era devidamente gozado no horário das 0h às 6h e que, nos demais horários, o intervalo intrajornada suprimido era pago como horas extras, conforme autorizado por norma coletiva.

Primeiramente, há de se registrar que o reclamante não fazia jus ao intervalo intrajornada de 1 hora, uma vez que a extrapolção habitual da jornada contratual de 6 horas se dava por período relativamente reduzido, de modo que não se mostra razoável a concessão do intervalo intrajornada nos moldes postulados. Isso porque, considerando que o intervalo intrajornada não é computado na jornada de trabalho, tem-se que a concessão da pausa de 1 hora para posterior extrapolção de jornada em 10 minutos/20 minutos seria mais prejudicial ao obreiro.

Quanto ao intervalo de 15 minutos, cabia ao reclamante comprovar a alegada supressão (art. 818 da CLT), encargo do qual não se desvencilhou o obreiro.

Ademais, comprovando as alegações esposadas na contestação, a reclamada carregou aos autos as fichas financeiras do período imprescrito do contrato de trabalho, as quais discriminam o pagamento de horas extras sob a rubrica "HS EXTRAS INTERVALO". Além disso, ao ter vista dos documentos carregados com a defesa, o reclamante não apontou quaisquer diferenças que entendia devidas a tal título.

Nesse diapasão, indefere-se o pedido de pagamento de horas extras pela supressão do intervalo intrajornada e, por conseguinte, os reflexos.

6 - Horas *in itinere*

O reclamante afirmou que se deslocava em condução da reclamada no trajeto de ida e volta do trabalho, fazendo jus às horas *in itinere*, no importe de 40/45 minutos por trajeto, em face da inexistência de transporte público no período das 0h às 6h.

A reclamada não negou o fornecimento da condução, mas asseverou que o local de trabalho do reclamante era de fácil acesso e servido por transporte público compatível com a jornada de trabalho do autor.

No depoimento comum convencionado como prova emprestada, restou consignado que (Id be90d51 - P. 1):

a) o tempo gasto entre a residência do reclamante e o local de trabalho é de 20 minutos por trecho, b) neste percurso, quando a jornada se inicia às 6h e quando se encerra à 0h não havia compatibilidade de horários no transporte público.

Desse modo, tem-se que o reclamante somente não podia fazer uso do transporte público quando a sua jornada iniciava às 6h ou encerrava à 0h.

Por corolário, defiro ao reclamante, 20 minutos extras *in itinere* nos dias em que a sua jornada iniciou às 6h ou encerrou à 0h, por todo o período impreso do pacto laboral, com reflexos em repouso semanais remunerados, 13º salário, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%.

Para a apuração das horas itinerantes ora deferidas, deverão ser observados os seguintes parâmetros: divisor 180; dias e horários trabalhados conforme espelhos de ponto; evolução e globalidade salarial; Súmula n. 264 do TST; o adicional legal de 50% (limite do pedido).

7 - Adicional noturno

O reclamante postulou o recebimento de diferenças a título de adicional noturno, aduzindo que, para o cálculo da parcela, a empregadora desconsiderou a redução da hora *ficta* noturna.

Sem-razão o reclamante, uma vez que os acordos coletivos aplicáveis à espécie previram o pagamento de adicional noturno de 60% ou 65%, sendo 20% pelo trabalho noturno a que se refere o art. 73 da CLT e 40% ou 45% correspondentes aos 7,5 minutos para cada período de 60 minutos efetivamente laborados, decorrentes da redução *ficta* da hora noturna, prevista no § 1º do art. 73 da CLT.

As fichas financeiras demonstram os pagamentos da parcela em comento, no importe de 60% e 65%.

Reputa-se válida a norma coletiva que elastece a hora noturna para sessenta minutos, quando, em contrapartida, concede ao empregado adicional superior ao previsto na legislação trabalhista (§ 1º do artigo 73 da CLT). Nessa hipótese, não há qualquer prejuízo ao trabalhador, pois se trata de norma mais benéfica.

O procedimento, além de autorizado por norma coletiva, que possui privilégio constitucional, é considerado lícito em sede de jurisprudência, desde que não haja prejuízo efetivamente demonstrado.

É o que preconiza a Orientação Jurisprudencial n. 24 do TRT 3ª Região, assim redigida:

HORA NOTURNA DE 60 MINUTOS. ADICIONAL NOTURNO SUPERIOR AO LEGAL. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. VALIDADE.

É válida a cláusula de convenção ou acordo coletivo que fixa a duração da hora noturna em 60 minutos, estabelecendo, como contrapartida, adicional noturno compensatório superior ao legal, sem prejuízo financeiro ao empregado. (Disponibilização/divulgação: DEJT/TRT3 28/6/2013, 1º/7/2013 e 2/7/2013.)

Assim, considerando a validade das supracitadas transações, em virtude do que dispõe o inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, indefere-se o pedido de diferenças de adicional noturno fundamentado na inobservância da redução *ficta* da hora noturna.

8 - Indenização por danos morais - Ausência de banheiros

Antes mesmo de minha remoção para Itabira, já havia sido alertado por colegas, que antes aqui atuaram, que a quase

totalidade dos processos ajuizados possuem pedidos de indenização por danos morais.

Talvez esse excesso tenha me levado a essa reflexão, mas o fato é que hoje na grande maioria das ações trabalhistas, há pedidos de indenização dessa natureza.

Alguns poderão dizer que isso se dá em virtude de uma maior conscientização de seus direitos, mas essas razões, ainda que verdadeiras, não me convencem.

A meu ver, a sociedade mudou, ela está sempre em mutação, e uma delas está na percepção de que o Poder Judiciário deverá ser o “árbitro” para todo e qualquer aborrecimento ou contraposição.

E, juntamente com esse demandismo exagerado, vem a onda de pleitos de indenização visando à obtenção de algum ganho pecuniário, sem grande esforço.

Situações comuns do dia a dia, antes vistas com naturalidade, hoje são exortadas como lesões às esferas íntimas do indivíduo, sem grande fundamento.

Por isso, repito com tranquilidade aquilo que ouço por aí: que há uma indústria do dano moral nos tribunais. E, nesse cenário, com certeza, a Justiça do Trabalho é um dos expoentes.

O que vejo nessa Especializada é que no processo do trabalho pode-se pedir de tudo, e até mais um pouco, que não haverá sanção alguma, mesmo se constatados excessos.

No pior dos cenários, haverá a improcedência dos pedidos, e, como não há qualquer ônus pela sucumbência na Justiça do Trabalho, restará ao menos a chance de ter conseguido um ganho sem suor.

É um jogo que não se pode perder, no máximo empatar, gerando um ciclo vicioso, pois aquele que antes buscava cumprir as normas, vendo o excesso pelo outro lado, passa a não mais cumpri-las, imaginando erroneamente que de nada serviria sua correição.

E, de outro lado, o sentimento de impunidade que impera na sociedade, não apenas na esfera criminal, mas também nos ônus processuais, leva a esse verdadeiro *tsunami* de pedidos desprovidos de razão, ou, no mínimo, desprovidos de razoabilidade.

No caso dos autos, postula o autor indenização por danos morais, alegando falta de banheiros no ambiente de trabalho, situação que, segundo diz, causava-lhe enorme constrangimento.

A testemunha Dionatan Gonçalves de Souza, ouvida a rogo do reclamante nos autos do processo 0010180-27.2016.5.03.0060, cujo depoimento é ora utilizado como prova emprestada, disse:

[...] que, no britador, não havia banheiro; [...] que havia planejamento para colocar banheiro químico na mina de Conceição, o qual foi colocado no alto dessa mina, o que ocorreu em meados de 2015; que foi colocado um banheiro no local; que havia banheiros na rodoviária; que não havia banheiro na fila de caminhão; que disse que não havia o procedimento de disponibilização de veículo para levar o operador até o banheiro.

Já a testemunha Nilda Rosaria Martins, também ouvida nos autos supra informados, relatou:

[...] que havia banheiros na mina no posto de abastecimento, na fila de equipamentos e na saída de oficina; desde a sua admissão já havia tais banheiros (masculinos e femininos); [...] que, no britador, havia banheiro; [...] que, no trajeto cumprido, poderia solicitar autorização ao setor de despacho para parar, para ir ao banheiro; [...] que o trajeto cumprido nem sempre contava com banheiro, caso em que solicitava ao setor de despacho para trocar o trajeto, dessa feita, é feita a apropriação do equipamento para fazer a parada ou, ainda quando não houvesse banheiro próximo, era solicitado um equipamento para levar o funcionário até o banheiro; que a empresa disponibilizava o veículo; que o procedimento era acionar o setor de despacho por meio de rádio; enquanto a depoente já estava deslocando com o equipamento, o veículo se aproximava; [...] que o procedimento supramencionado era aplicado a todos os funcionários e não apenas para mulheres; [...] que, na mina de Conceição, há banheiro no alto da mina, assim como na fila de equipamentos.

Uma curiosidade que não posso deixar de registrar é que, atualmente, quase todos os processos movidos em face da Vale possuem idêntico pedido, e, cada vez que se ouve uma testemunha, a história se altera um pouco. Uns dizem que não havia banheiro; outros admitem que havia, mas eram tão sujos que não havia como

usar; outros dizem que podiam chamar pelo rádio para usar, mas não o faziam porque a necessidade era iminente; outros negam que podiam chamar pelo rádio, além de outras versões que não me recordo agora.

Mas as contradições são claras, frequentemente nas teses dos reclamantes, pois, se não havia banheiro, porque haveria a possibilidade de chamar o supervisor por rádio?! Se o banheiro estava sujo, certamente é porque alguém o utiliza! Se alguém o utiliza, é porque é possível o uso!

A verdade é uma só. Não comporta versões. O fato de se apurar em juízo várias situações de um mesmo evento é demonstração clara de que esse evento não ocorreu.

Outra curiosidade: a Vale está na cidade de Itabira há mais de 80 anos, mas só agora, a partir do final do ano passado, é que os empregados começaram a reportar essa lesão?! Justamente após a contratação de banheiros químicos?!

Nos outros processos foi inclusive determinada a apresentação de fornecimento de banheiros químicos nas áreas de lavras onde se pode constatar que, antes de 2010, já havia a contratação desses banheiros. E, ainda que não se refiram a todo o período contratual, a finalidade de sua juntada foi evidenciar a existência dos banheiros, que fora negada na inicial.

Outrossim, dada a reiteração da matéria, nos autos do processo n. 0010768-68.2015.5.03.0060, foi determinada a realização de uma diligência de certificação, a ser cumprida por oficial de justiça, contudo, optou-se por realizar uma inspeção judicial.

Nessa diligência pude observar a efetiva existência de banheiros, em todas as áreas da mina, área de lavra, britagem, manutenção, algumas um pouco distantes do local da prestação de serviço, mas, considerando se tratar de área de risco, inclusive com detonação de rochas, entendo como razoável a distância guardada.

Espalhar aleatoriamente banheiros químicos na área de lavra seria expediente perigoso, pois os motoristas dos caminhões fora de estrada não conseguem enxergar de dentro das cabines situações

que ocorrem em solo, e poderia ocorrer de alguma delas ser “atropelada”, caso não observado um local previamente estabelecido, fora da área de tráfego.

O estado dos banheiros também não mereceu crítica, não se podendo sequer dizer que houve “preparo” do local, pois a inspeção somente foi comunicada à Vale poucas horas antes da diligência, apenas com vista à disponibilização de veículos tracionados para visita aos locais de lavra.

E mais, alguns dos banheiros continham uma fina película de pó de minério, a evidenciar que não receberam manutenção em cima da hora para mascarar a situação efetivamente existente.

Em relação às Normas de Segurança aplicáveis à hipótese (NRs 22 e 24), também não se vislumbrou qualquer irregularidade, dispondo a NR 22 tão somente que:

22.37.2 A empresa ou Permissionário de Lavra Garimpeira manterá instalações sanitárias tratadas e higienizadas destinadas à satisfação das necessidades fisiológicas, próximas aos locais e frentes de trabalho.

22.37.2.2. As instalações sanitárias que adotem processamento químico ou biológico dos dejetos deverão observar as normas de higiene e saúde e as instruções do fabricante.

Ante o exposto, julgo improcedente o pedido de indenização.

9 - Indenização por danos morais - Teste do bafômetro

Afirmou o reclamante que, no início da jornada de trabalho de cada turno, a reclamada, de forma aleatória e em total afronta ao art. 5º da Constituição da República, submetia os empregados ao teste do bafômetro para detectar eventual uso de bebidas alcoólicas e substanciais entorpecentes. Informou que já foi convocado para realizar o referido teste em setembro/2014, tendo sido atingido em sua integridade no momento em que sua privacidade foi invadida sem sua autorização. Argumentou que tal conduta, além de ser manifestamente abusiva e ilegal, cerceava o direito do trabalhador em desfrutar dos momentos de folga,

destinado ao seu descanso e lazer, da forma que lhe aprouvesse, além do receio de ser escolhido para a realização do teste, fato que era realizado na presença de seus colegas, o que gerava chacotas, gozações, brincadeiras capazes de abalar a reputação do empregado. Postulou o pagamento de indenização pelos danos morais suportados.

Defendendo-se, a ré apresentou argumentos por demais valiosos, ressaltando que o programa de prevenção ao uso abusivo de álcool e drogas foi instituído em benefício dos empregados, seguindo recomendação da Organização Internacional do Trabalho.

Destacou que:

As iniciativas nesse sentido se convergem aos esforços destinados a melhorar as condições de trabalho, tornando o ambiente mais seguro e previdente com relação a acidentes, além de contribuir para reduzir o impacto negativo do uso do álcool e de outras drogas sobre o desenvolvimento econômico, sobre os custos sociais e sobre a segurança pública, além da saúde e do bem-estar do trabalhador.

Entendo que a submissão dos trabalhadores ao exame toxicológico, por si só, não viola a honra e a intimidade do empregado. Tal conduta encontra-se guarida no poder diretivo da empresa e tem, como escopo principal, a prevenção de acidentes e, por conseguinte, a proteção do patrimônio das reclamadas, bem como da vida e da integridade física da coletividade de trabalhadores, ainda mais em áreas de mineração, que possuem um elevado potencial de risco.

Não se vislumbra, assim, qualquer lesão à dignidade do reclamante, mas sim uma conduta lícita que visa à preservação de um bem maior, qual seja, a integridade física das pessoas que se encontravam no ambiente da empresa, inclusive, do próprio empregado selecionado para o exame.

Essa prática, de fato, vem sendo recomendada pela OIT, e foi objeto de estudo na 73ª Conferência Internacional do Trabalho, em 1987, a partir do qual se instituiu uma política de prevenção aos problemas ligados ao álcool e a outras drogas nos locais de trabalho.

Foi, inclusive, editado um manual contendo recomendações, direitos e obrigações aos atores envolvidos: empregadores, empregados e representantes sindicais (Vide *Prise en charge des questions d'alcoolisme et de toxicomanie sur le lieu de travail*).

Nesse manual de *Apoio para os problemas do alcoolismo e dependência química no local de trabalho*, vê-se, claramente, a instituição de obrigações para os empregadores, mas, também, para os empregados:

2.3.1. Os trabalhadores e os seus representantes devem respeitar as leis e regulamentos relativos ao álcool e às drogas no local de trabalho.

2.3.2. Os trabalhadores e os seus representantes devem cooperar com o empregador para prevenir acidentes de trabalho causados pelo uso ou abuso prejudicial de álcool ou de drogas.

[...]

2.3.6. Os trabalhadores e os seus representantes devem cooperar e participar de programas contra o álcool e as drogas oferecidas pelo empregador em benefício de trabalhadores, e participar ativamente no seu desenvolvimento, através de consulta e negociação quando exigido por lei ou acordo coletivo.

No original:

2.3.1. *Les travailleurs et leurs représentants devraient respecter l'ensemble des lois et règlements concernant l'alcool et les drogues sur le lieu de travail.*

2.3.2. *Les travailleurs et leurs représentants devraient coopérer avec l'employeur pour prévenir les accidents du travail provoqués par la consommation néfaste ou l'abus d'alcool ou de drogues.*

[...]

2.3.6. *Les travailleurs et leurs représentants devraient coopérer et participer aux programmes de lutte contre l'alcool et la drogue proposés par l'employeur au profit des travailleurs, et participer activement à leur mise au point, par le biais de la consultation et de la négociation, là où l'exige la loi ou une convention collective.*

(Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/-protrav/-safework/documents/normativeinstrument/wcms_112633.pdf>.)

Há de se destacar que o reclamante trabalhava em ambiente industrial de alto risco de ocorrência de acidentes, sendo que o

eventual labor sob efeito de álcool ou drogas elevaria excessivamente a potencialidade de risco de acontecimento de infortúnios de graves consequências.

Além disso, assegura a reclamada que a seleção dos empregados para submissão aos exames era feita mediante sorteio, não havendo que se falar em qualquer discriminação em desfavor do autor.

A bem da verdade, a realização do teste do bafômetro e de exames toxicológicos não representa qualquer constrangimento ao empregado, eis que se trata de uma conduta usual e bastante difundida na sociedade brasileira para apuração das infrações de trânsito, nos moldes estabelecidos no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Da mesma forma, na seara trabalhista, a realização de exames toxicológicos tornou-se obrigatória para os motoristas profissionais, conforme disposto nos §§ 6º e 7º do art. 168 da CLT, regulamentado pela Portaria do Ministro de Estado do Trabalho e Previdência Social - MTPS - n. 116, de 13/11/2015, também por questões de segurança.

Desse modo, não há que se falar em indenização por danos morais em razão da submissão ao teste do bafômetro.

10 - Indenização por danos morais pelo trabalho insalubre e perigoso, sem o uso de EPIs

O presente pleito veio alicerçado na alegação de que a exposição aos agentes insalubres e perigosos, sem a utilização de EPIs, causou abalos de ordem moral ao reclamante.

O fato narrado na inicial como supedâneo para o dano moral não tem o condão de ensejar a indenização pleiteada, mormente porque a legislação prevê o pagamento dos adicionais de insalubridade e periculosidade, justamente para compensar o labor em condições mais gravosas à saúde do trabalhador, situação não verificada no caso dos autos.

Além disso, não se vislumbra, *in casu*, qualquer lesão a direitos de personalidade do reclamante.

Logo, indefere-se o pedido de indenização por danos morais.

11 - Doença ocupacional

O reclamante postula o recebimento de indenizações de danos morais e materiais, alegando ser portador de perda auditiva, doença que teria sido adquirida em razão de suas condições de trabalho junto à reclamada.

Por se tratar de matéria eminentemente técnica, foi submetido o autor a exame pericial (Id 5a2e76e).

Realizada a perícia médica, o perito Leandro Duarte de Carvalho, após realizar a anamnese do autor e analisar os documentos e exames colacionados aos autos, concluiu que o reclamante “[...] é portador de curva audiométrica que NÃO preenche critérios para tipificação de PAIR.” Constatou que a “[...] análise de exposição a ruído indica que o reclamante não esteve exposto a dose de ruído superior ao limite de tolerância.” Verificou a ocorrência de piora dos limiares auditivos após desligamento da reclamada, ressaltando que tal fato é mais um elemento descaracterizador da PAIR.

O vistor conclui que a perda auditiva do autor não guarda nexos causal/concausal com o trabalho prestado para a reclamada e que o obreiro está plenamente apto para o trabalho.

A reclamada apresentou a sua concordância com as conclusões periciais, enquanto o reclamante deixou decorrer *in albis* o prazo concedido para manifestação.

Nesse diapasão, adotam-se as conclusões periciais como fundamento de decidir e, considerando ausência de nexos de causalidade entre a patologia desenvolvida pelo empregado e o trabalho prestado para a ré, indeferem-se os pedidos de indenizações por danos morais e materiais.

12 - Justiça gratuita

Defiro ao reclamante os benefícios da assistência judiciária gratuita, nos termos do § 3º do art. 790 da CLT e Lei n. 1.060/50, ante a declaração que atesta seu estado de pobreza.

13 - Honorários da perícia médica

Sucumbente no objeto das perícias médica e de insalubridade/periculosidade, cabe ao(à) autor(a) o pagamento dos honorários correlatos, ora arbitrados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais) para a perícia médica e R\$ 500,00 (quinhentos reais) para a perícia de insalubridade/periculosidade, atualizáveis na forma estabelecida na Orientação Jurisprudencial n. 198 da SDI-1 do TST, ficando autorizada a retenção dessa importância dos créditos apurados a seu favor, já que mesmo beneficiário(a) da justiça gratuita, julgados parcialmente procedentes seus pleitos, obteve o(a) autor(a) numerário suficiente à quitação dos honorários ora fixados.

Em que pesem os entendimentos em contrário, francamente majoritários nas instâncias superiores, a meu ver, a interpretação do art. 790-B da CLT deve ser feita a partir do conjunto de regras que regulamentam a matéria (método hermenêutico lógico-sistemático).

Dispõe o artigo 790-B da CLT que “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, salvo se beneficiária de justiça gratuita.” (inserido pela Lei n. 10.537, de 27 de agosto de 2002).

Já o § 3º do mesmo artigo dispõe:

É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que perceberem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ou declararem, sob as penas da lei, que não estão em condições de pagar as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família. (Redação dada pela Lei n. 10.537, de 27/8/2002) (grifos inseridos)

Da mesma forma, a Lei n. 1.060/50 regula a matéria, prevendo inúmeras hipóteses de revogação e até mesmo a concessão parcial da assistência, dispondo o art. 13 da referida lei que, se o assistido puder atender em parte com as custas, o juiz mandará quitá-las de forma proporcional.

Já o art. 12 prevê que o beneficiário deverá arcar com o pagamento se passar a poder fazê-lo.

No caso dos autos, o autor é credor de verbas reconhecidas em Juízo em valores bem superiores àqueles fixados a título de honorários, razão pela qual não se pode dizer que não tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo de seu sustento, pois o valor será debitado apenas do eventual crédito a ser obtido e até o seu limite.

Destaca-se que nem mesmo o fato de atualmente haver previsão orçamentária para pagamento dos honorários periciais prejudicará a retenção ora determinada, já que no caso inexistente razão para transferir à União esse ônus, em prejuízo de toda a sociedade.

A realidade da atuação jurisdicional demonstra que a isenção ampla e irrestrita tem se mostrado um estímulo ao demandismo irresponsável, com o ajuizamento de ações desprovidas de qualquer amparo fático ou jurídico.

Realizado recentemente uma pesquisa na página do próprio TRT da 3ª Região, pode-se bem observar o reflexo do entendimento majoritário, que isenta o autor do pagamento dos honorários independentemente de ter sido reconhecido direito a alguma verba.

Os valores gastos com a “Assistência Jurídica a Pessoas Carentes”, que na Justiça do Trabalho se verte apenas ao pagamento de peritos, aumentaram mais de 30 vezes em menos de 10 anos, sendo que após a edição da Orientação Jurisprudencial n. 387 da SDI-1 do TST, em junho de 2010, houve, claramente, uma explosão nos gastos públicos com o pagamento desses valores.

Em 2007, a dotação orçamentária para essa rubrica era de R\$ 500.000,00, ao passo que, em 2015, 8 anos depois, a previsão passou a R\$ 17.107.060,00, tendo atingido o montante de R\$ 25.877.658,00, em 2013, e R\$ 23.511.623,00, em 2014, pelo passivo acumulado em 2010/2011, segundo informações colhidas junto à Diretoria de Orçamento do TRT3.

Ou seja, após a edição da OJ n. 387 da SDI-1 do TST, de R\$ 2.000.000,00 para R\$ 15.000.000,00, em apenas um ou dois anos,

conforme se pode observar do quadro que mostra a evolução dos gastos previstos na LOA.

Ano	Dotação Orçamentária
2007	R\$ 500.000,00
2008	R\$ 600.000,00
2009	R\$ 1.167.376,00
2010	R\$ 2.133.408,00
2011	R\$ 3.510.978,00
2012	R\$ 14.760.000,00
2013	R\$ 25.877.658,00
2014	R\$ 23.511.623,00
2015	R\$ 17.107.060,00

Para 2016, mesmo com os notórios cortes realizados nos orçamentos enviados, a dotação prevista na LOA foi de R\$ 16.800.701,00.

Poder-se-ia então dizer que o número de demandas na Justiça do Trabalho também aumentou nos últimos anos.

De fato, a página do CSJT apresenta a seguinte evolução no número de demandas:

Total	Processos
2007	2.650.984
2008	2.754.283
2009	2.988.399
2010	2.899.647
2011	3.069.489
2012	3.286.341
2013	3.479.966
2014	3.544.839
2015	3.784.403

Se, por um lado, o aumento no número de ações de 2007 a 2015, na Justiça do Trabalho como um todo, foi de 42,75%, o aumento nos gastos com honorários periciais no TRT da 3ª Região foi de 3.421,41%.

Outro dado, mas esse informal, foi por mim apurado no início de 2015, quando titular da 1ª Vara de Araguari, ocasião em que confeccionei planilha com os processos que demandaram a realização de alguma perícia, sendo que, em quase 2/3 (dois terços) desses processos, o resultado era negativo.

Se as normas que regem a matéria são praticamente as mesmas, salvo alguns ajustes que se presume vieram para salvaguardar a saúde do trabalhador, é evidente que tem havido um abuso no uso do Poder Judiciário com essas demandas, e, considerando que os elevados desígnios dessa Especializada não se prestam a esse fim, incentivando a multiplicação de lides aventureiras, amparadas na tese popular do “se colar, colou”, urge que se faça uma releitura das normas que regulam a matéria.

Valores que poderiam estar sendo gastos com investimento ou melhorias na estrutura do Poder Judiciário, com vista a dar maior celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, estão sendo gastos no financiamento público de demandas irresponsáveis, que desperdiçam não só a verba honorária, mas também o tempo de juízes e servidores, que se computados elevariam exponencialmente a perda do dinheiro público.

Sob outro viés, também se observa que, na prática jurisdicional trabalhista, os advogados que aqui atuam recebem seus merecidos, mas também rendosos honorários advocatícios contratuais, mesmo quando a autora é pobre em sentido legal, de modo que se pode pagar os honorários de seu advogado, pela mesma razão pode pagar a verba honorária pericial, que também remunera um serviço prestado.

Da mesma forma, a reclamante pagará os impostos e contribuições previdenciárias sobre os valores aqui deferidos, pelo que também pode e deve arcar com essa despesa, que também tem natureza de crédito fiscal.

Por tais razões, tenho adotado o entendimento de que a isenção dos honorários periciais previstos em lei e regulamentados nessa Especializada pela Resolução n. 66/2010 do CSJT aplica-se tão somente aos casos em que o(a) reclamante não possui créditos a receber, ou porque são tão ínfimos que impedem o pagamento ao auxiliar do Juízo.

Pelos fundamentos acima, ou mesmo porque deve sofrer as sanções processuais da constatação de que há um descompasso entre as alegações da inicial com o apurado pelo perito, deverá o(a) autor(a) arcar com os honorários respectivos, posto que beneficiário(a) da justiça gratuita.

Em liquidação, deverá ser observado que a reclamada já efetuou a antecipação parcial dos honorários da perícia médica, no importe de R\$ 500,00 (Id b99b401 - P. 1), valor que já foi levantado pelo perito. Logo, fica autorizada a retenção de tal valor dos créditos do autor.

15 - Dedução

Dada a natureza das parcelas ora deferidas, sem correspondência com aquelas já pagas ao(à) autor(a), inexistente compensação a ser realizada.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, nos termos da fundamentação que integra este *decisum*, decido DECLARAR a prescrição nos moldes fundamentados e JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados para condenar a reclamada VALE S/A a pagar ao reclamante, EDILSON APARECIDO DUARTE, conforme se apurar em liquidação, observados os limites do que foi pedido, as seguintes parcelas:

- 20 minutos extras *in itinere* nos dias em que a sua jornada se iniciou às 6h ou encerrou-se à 0h, por todo o período imprescrito do pacto laboral, com reflexos em repousos semanais remunerados, 13º salário, férias mais 1/3 e FGTS mais 40%, observados os parâmetros da fundamentação.

Estão prescritas as pretensões anteriores a 10/5/2010.

Honorários da perícia médica arbitrados em R\$ 1.500,00 em favor do profissional Leandro Duarte de Carvalho, pelo autor, ficando autorizada a retenção da quantia quando da liquidação do valor da condenação.

Honorários da perícia de insalubridade/periculosidade arbitrados em R\$ 500,00 em favor do profissional Éder Júnio Martins, pelo autor, ficando autorizada a retenção da quantia quando da liquidação do valor da condenação.

Em liquidação, deverá ser observado que o perito médico Leandro Duarte de Carvalho já recebeu a importância de R\$ 700,00 a título de honorários, sendo o *expert* credor apenas do saldo remanescente.

Considerando que a reclamada efetuou o adiantamento parcial dos honorários da perícia médica no importe de R\$ 700,00, e que o reclamante foi sucumbente no objeto da prova técnica, fica a ré autorizada a deduzir tal valor dos créditos do autor.

Para o cálculo, deverão ser observados todos os termos da fundamentação, inclusive as deduções autorizadas.

Correção monetária a partir do 1º (primeiro) dia do mês subsequente ao trabalhado, nos termos do parágrafo único do artigo 459 da CLT e da Súmula 381 do TST, e juros de mora, na forma da Lei n. 8.177/91, 1,0% ao mês, simples e *pro rata die*, contados do ajuizamento da presente reclamatória (Súmula 200 do TST).

Em atendimento ao § 3º do art. 832 da CLT, declara-se que todas as parcelas deferidas são de natureza salarial, exceção feita aos reflexos das horas itinerantes em férias indenizadas mais 1/3 e FGTS mais 40%. Sobre as demais parcelas incide contribuição previdenciária, observando-se o teto do salário de contribuição, a cada mês, cabendo às reclamadas efetuar os recolhimentos, deduzindo do crédito do(a) reclamante a parcela de contribuição por ele(a) devida.

Deferem-se ao reclamante os benefícios da assistência judiciária gratuita.

Custas no valor de R\$ 200,00 a cargo da reclamada, calculadas sobre R\$ 10.000,00, valor arbitrado à condenação.

Intimem-se as partes.

ATA DE AUDIÊNCIA - PROCESSO N. 0010570-88.2017.5.03.0180

Data: 12/6/2017

DECISÃO DA 42ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE - MG

Juiz Substituto: VITOR MARTINS POMBO

AUTOR: HEBERT PAULA MARTINS

RÉU: UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA., UBER INTERNATIONAL B.V., UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V.

Aos doze do mês de junho do ano de dois mil e dezessete, na sala de audiência desta Vara, presente o MM. Juiz do Trabalho, Dr. VITOR MARTINS POMBO, foram, por ordem do MM. Juiz, apregoados os litigantes:

Reclamante: HEBERT PAULA MARTINS

Reclamadas: 1. UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA.

2. UBER INTERNACIONAL B.V.

3. UBER INTERNATIONAL HOLDING B.V.

Ausentes as partes.

SENTENÇA

Dispensado o relatório, na forma do art. 852-I da CLT.

As referências às páginas do PDF são feitas em referência ao número informado no programa de leitura do arquivo, considerando-se o *download* de todos os documentos presentes no processo em ordem crescente.

DECIDE-SE.

Incompetência da Justiça do Trabalho. É de clareza solar, e certamente de conhecimento das reclamadas, que a Justiça do Trabalho é competente para apreciar o pedido de vínculo de emprego. A tese das reclamadas de ausência de vínculo de emprego pressupõe a análise do mérito sobre a existência do dito vínculo,

atraindo, por óbvio, a competência desta Justiça especializada.
Rejeito.

Ilegitimidade passiva da segunda e terceira reclamadas. Sendo as rés as pessoas indicadas pelo autor como devedoras da relação jurídica material, este fato basta para legitimá-las a figurar no polo passivo da relação processual. Se realmente são devedoras ou não, esta é matéria de mérito, e, com ele, será decidida.

Rejeita-se a preliminar.

Extinção do processo. Rito sumaríssimo. As rés alegam, de forma absolutamente genérica, que:

O reclamante realizou cálculos de liquidação de maneira equivocada. Por exemplo, em relação às horas de domingos e feriados, o reclamante as calcula em uma quantidade inferior à que se deveria calcular, considerando a jornada de trabalho informada na exordial. Em relação às horas extras noturnas, o reclamante inclui, no cálculo, o valor do adicional noturno e realiza o cálculo em quantidades e valores equivocados. Ou seja, há erros de cálculo que prejudicam ambas as partes e demonstram a necessidade de extinção do feito por não atendida a determinação do artigo 852-B, I, da CLT.

A ré não indicou, de forma precisa, porque as quantidades e os valores indicados pelo autor estariam “equivocados”, apenas se limitando a alegar a incorreção. Ademais, não indicou qual seria o suposto prejuízo para a análise do feito em razão da suposta incorreção de cálculos.

Rejeito.

Rito processual. A ré requer a conversão do rito para ordinário em razão da complexidade e peculiaridade das matérias. O art. 852-A da CLT, que define os processos submetidos ao rito sumaríssimo, não cogita da complexidade e peculiaridade das matérias para fins de fixação do rito, mas apenas do valor da causa, que não pode exceder quarenta salários-mínimos, tal como é o caso dos autos.

Rejeito.

Segredo de justiça. Requerem as reclamadas que seja decretado segredo de justiça porque teriam sido juntadas “[...] informações relacionadas ao caso que estão intrinsecamente ligadas aos usuários do aplicativo UBER, tais como informações relacionadas ao nome do usuário, à rota da viagem, ao valor pago pela viagem, entre outros.” (p. 645 do PDF), o que violaria a intimidade e a vida privada dos usuários do serviço.

Noto que os dados relativos a viagens efetuadas pelo reclamante (p. 862 e seguintes do PDF) não indicam o trajeto realizado e nem mesmo contêm dados completos dos passageiros, como nome completo, idade, CPF etc., não sendo possível identificá-los. Assim, não há perigo de indevida exposição de terceiros. Tampouco incide o art. 7º da Lei n. 12.965/14, inexistindo risco de violação da intimidade e fluxo de dados dos usuários do Uber.

Friso que é norma constitucional e princípio processual geral que os processos e julgamentos sejam públicos (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) para que possam ser fiscalizados e conhecidos do público em geral, sendo o segredo de justiça medida excepcional cabível apenas para os casos estritamente previstos em lei.

Ausentes as hipóteses do art. 189 do CPC, rejeito o requerimento formulado pelas reclamadas de que o processo tramite em segredo de justiça.

Vínculo de emprego. Narra o autor que:

28. O reclamante aderiu aos termos e condições da reclamada UBER DO BRASIL TECNOLOGIA LTDA. (DOC. 05) após ser aprovado em processo de seleção (DOC. 07), iniciando as atividades como MOTORISTA NO VEÍCULO FIAT SIENA FIRE FLEX PLACA HHR 5857, NO DIA 2/12/2016, (DOC. 02).

29. Foi imotivadamente dispensado em 3/3/2017, conforme consta em seu perfil *rejected* (rejeitado), *e-mail* encaminhado pelo UBER, sem o recebimento de nenhuma verba trabalhista. (DOC. 04)

30. O reclamante realizava jornadas diárias de trabalho, QUE, EM MÉDIA, PODIAM DURAR DE 5 a 6 HORAS POR DIA, EM HORÁRIOS VARIADOS, DE

ACORDO COM A DEMANDA POR CLIENTES, ESPECIALMENTE NO PERÍODO NOTURNO. Geralmente laborava nos horários de pico de SEGUNDA A QUINTA-FEIRA COM INÍCIO ÀS 17h/18h e TÉRMINO ÀS 22h/23h, podendo haver variação ao longo dos dias da semana, de acordo com a demanda por passageiros. Já aos sábados, domingos e sextas-feiras, SUA JORNADA GERALMENTE TINHA INÍCIO ÀS 23h/24h e TÉRMINO ÀS 05h/06h.

31. O reclamante recebia, PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE MOTORISTA, pagamento pelo trabalho semanalmente, conforme atestam os comprovantes juntados, TENDO UMA MÉDIA SEMANAL DE REMUNERAÇÃO DE R\$ 406,49 (quatrocentos e seis reais e quarenta e nove centavos).

Sustenta, em suma, estarem presentes os requisitos do art. 3º da CLT, pleiteando o reconhecimento do vínculo de emprego com a primeira reclamada.

As rés, por sua vez, sustentam que:

Como exposto, a Uber é uma plataforma digital que conecta motoristas parceiros a usuários para possibilitar o transporte privado de passageiros, ou, como se tem sido referenciado, possibilitar a prática de carona partilhada.

Para os motoristas parceiros da Uber, os requisitos para ingresso na plataforma são: carteira de habilitação com autorização para o exercício de atividade remunerada, seguro com cobertura de acidentes pessoais de passageiros, seguro de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT), inexistência de antecedentes criminais relacionados à atividade de transporte, além da observação de determinados requisitos em relação ao veículo utilizado.

Há também um requisito para a manutenção do cadastramento do motorista, que consiste em avaliações anônimas, realizadas pelos usuários, ao término de cada viagem, na qual é atribuída uma pontuação de zero a cinco estrelas. Caso o motorista apresente uma média inferior a 4,6 (ou outra média a ser arbitrada, de acordo com a região em que o motorista realiza viagens), ele é descredenciado da plataforma. Atualmente, os motoristas parceiros da Uber no Brasil têm uma média de avaliação de 4,85 estrelas, o que demonstra uma aprovação de 97% por parte dos usuários do aplicativo Uber.

Ciente de tais condições, claramente dispostas no documento Termos e Condições Gerais dos Serviços de Intermediação Digital, o autor, por sua exclusiva iniciativa e no seu interesse, criou uma conta na plataforma Uber. Após o envio da documentação solicitada, o reclamante foi acolhido

como um motorista parceiro. O autor aceitou as condições que lhe foram ofertadas por meio de assinatura eletrônica dos termos de uso da plataforma Uber.

A relação entre o autor e a Uber sempre foi de parceria. O reclamante jamais foi empregado, de fato ou de direito.

Para o reconhecimento do vínculo empregatício devem estar presentes os requisitos do art. 3º da CLT, a saber: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação. Passo a analisar cada um pormenorizadamente.

A pessoalidade se caracteriza pelo vínculo direto entre empregador e empregado, isto é, o empregado não pode se fazer substituir por outra pessoa por sua livre indicação, sem qualquer relação com o empregador.

Neste aspecto, a defesa é esclarecedora:

Não é demais esclarecer que a exigência de que o motorista parceiro seja cadastrado na plataforma tem justa fundamentação, com base na necessidade de que os motoristas parceiros tenham habilitação para o transporte de passageiros. Ou seja, se há pessoalidade, que não é a celetista, esta decorre, única e exclusivamente, de uma medida de segurança da empresa, para que se evite que os motoristas parceiros coloquem terceiros para executar serviços de tamanha responsabilidade. E mais, não significa que este motorista não poderá ceder o seu veículo para que outro motorista realize a prestação de serviços. É justamente este o papel da empresa “cliente” da Uber, sendo certo que a única exigência é que todos os motoristas sejam devidamente cadastrados e autorizados a realizar as viagens.

Ademais, um mesmo veículo pode ser conduzido por qualquer motorista que esteja cadastrado no aplicativo, de acordo com o Adendo de Motorista aos termos e condições gerais dos serviços de intermediação digital ora colacionado, o que demonstra a inexistência da pessoalidade tipicamente celetista. Veja-se que o item 1.7 do Adendo dispõe que um veículo pode ser cadastrado por um Cliente, o qual poderá ser utilizado por diversos Motoristas. Adicionalmente, o item 1.13 esclarece que o veículo poderá ser qualquer automóvel cadastrado pelo cliente para uso de motoristas:

“‘Veículo’ significa qualquer veículo do(a) Cliente que: [...] que a Uber autorize para uso pelo(a) Motorista para fins de prestação de Serviços de Transporte em nome do(a) Cliente.” (p. 680 do PDF, grifei).

Em que pese o esforço argumentativo da reclamada, fato é que o cadastro representa justamente a pessoalidade prevista na CLT, na medida em que, para trabalhar como motorista para as reclamadas, ainda que não em veículo próprio, o trabalhador deve ser necessariamente cadastrado na ré, isto é, passar pelos critérios definidos pelas reclamadas, não podendo ser alguém escolhido exclusivamente pelo dono do veículo ou por algum motorista já cadastrado nas rés. Ou seja, o motorista deve necessariamente ter um vínculo direto com a ré para poder operar a partir do aplicativo, caracterizando a pessoalidade.

Os “TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DIGITAL” da reclamada, em sua cláusula 2.1., têm tal previsão, expressamente:

ID de Motorista. A Uber emitirá ao(à) Cliente um ID de Motorista para cada Motorista que Prestar Serviços de Transporte para permitir que o(a) Cliente e cada Motorista (quando Aplicável) acessem e usem o Aplicativo de Motorista em um Dispositivo de acordo com o Adendo de Motorista (quando aplicável) e com o presente Contrato. O(A) Cliente concorda em manter e assegurar que seus(suas) Motoristas (quando aplicável) manterão o ID de Motorista em sigilo e não o compartilharão com terceiros(as) além do(a) Motorista associado(a) a esse ID de Motorista para os fins de prestação de Serviços de Transporte. O(A) Cliente notificará Imediatamente a Uber caso ocorra qualquer violação ou uso inadequado, efetivo ou potencial, do ID de Motorista ou do aplicativo de Motorista. (p. 91 do PDF) (grifei).

Noto que o veículo, como elemento exclusivamente material da prestação de serviços, mostra-se irrelevante do ponto de vista jurídico da pessoalidade, que relaciona apenas pessoas (físicas ou jurídicas, no caso dos autos, motoristas, incluindo o autor, e as rés).

A onerosidade é caracterizada pelo interesse econômico mútuo na relação de trabalho. No caso concreto, ela também se faz presente, pois a reclamada retém um percentual dos valores das corridas realizadas pelo reclamante, obtendo, assim, seu desejado lucro, e o reclamante trabalha para ficar com o restante do valor obtido nas corridas.

A não eventualidade deve ser apreciada pelo prisma do caso concreto, sendo irrelevante a possibilidade, em abstrato, de o autor poder ou não estar trabalhando quando quiser (aspecto este ligado à subordinação e que será apreciado adiante). E o autor, no período em que trabalhou para a reclamada, de 2/12/2016 a 3/3/2017, atendeu-se continuamente, realizando centenas de viagens, como demonstra o documento de p. 862/916. Presente, portanto, o requisito da não eventualidade.

Por fim, a subordinação.

A ré sustenta que o autor não era subordinado, mas que:

O autor sempre foi trabalhador autônomo, sendo que não foi chamado a trabalhar como motorista, como já esclarecido. Ele é que procurou a UBER e aderiu aos termos de uso, por sua livre vontade. (p. 661 do PDF).

A reclamada, além de categorizar o autor como “autônomo”, também o chama, em diversos pontos da defesa, de “motorista parceiro”. Destaco um trecho da contestação:

Como exposto, a Uber é uma plataforma digital que conecta motoristas parceiros a usuários para possibilitar o transporte privado de passageiros, ou, como se tem sido referenciado, possibilitar a prática de carona partilhada. (p. 659 do PDF).

A própria reclamada, pois, classifica o autor como “autônomo” e “parceiro”.

Tem razão a reclamada em aproximar os dois termos. Com efeito, quem é parceiro tem necessariamente de ser autônomo, exercendo os parceiros sua autonomia para chegar a termos de mútua concordância, sem imposições de uma parte a outra.

Iniciaremos pelo seu contrário da subordinação, a autonomia, pelo o que poderíamos dizer que quem não é autônomo é subordinado.

Para o contexto de uma relação de trabalho, podemos dizer que a autonomia é a capacidade de gerir o próprio trabalho, valendo-se de seus próprios meios, vontades, princípios e condições contratuais em geral.

Assim é que se, por exemplo, um cliente contrata um advogado autônomo para lhe defender em juízo, não é o cliente quem irá estabelecer a tese jurídica a ser utilizada, as leis a serem mencionadas, quando e onde as peças devem ser redigidas, qual o valor dos honorários etc. É o advogado quem define as condições de prestação dos serviços, explicando ao cliente como opera a lei e os tribunais, e não o cliente ao advogado. É certo que o cliente terá um grau de participação nestes aspectos e que o valor dos honorários pode ser negociado, mas é evidente que o contrato a ser celebrado não é um termo de adesão feito por terceiro, o que retiraria a autonomia tanto do cliente quanto do advogado, tornando ambos subordinados a quem estabeleceu os termos do contrato de adesão.

Semelhantemente, se vou me valer dos serviços de um médico autônomo, que trabalhe por conta própria, a localização de seu consultório é por ele definida, assim como o valor das consultas e procedimentos médicos a serem realizados, por qual convênio atende, que horas tem disponível para atender, o *layout* de sua sala, quais equipamentos e bens em geral serão utilizados para a prestação do serviço e tudo o mais de forma semelhante. O conhecimento e a técnica pertencem ao médico, que define, ele próprio, autonomamente, como utilizá-los, e não o cliente ou um terceiro.

Também decorre da autonomia que o profissional tenha seus próprios clientes, com quem estabelecerá as condições especificamente acordadas da prestação de serviços. No caso de um profissional autônomo, ainda que o cliente seja indicado por outrem, os termos do contrato não serão definidos pelo terceiro, mas sim pelo profissional autônomo e o cliente indicado.

Por fim, vale destacar que é característica essencial da autonomia e da parceria, evidentemente, a ausência de poder hierárquico/disciplinar entre os parceiros ou submissão do autônomo a um terceiro.

Não se cogita, pois, que a insatisfação de um ou mais pacientes de um médico acarrete espontaneamente a impossibilidade de

prestar serviços aos demais. O mesmo vale para um advogado autônomo ou qualquer outro trabalhador autônomo.

Assim acontece com os demais profissionais que trabalham como autônomos, como contadores, pedreiros, arquitetos, não sendo exceção os motoristas profissionais autônomos.

De fato, os verdadeiros motoristas profissionais autônomos estabelecem o veículo a ser utilizado, a finalidade do transporte, quem será o motorista, o horário da realização dos serviços, trajeto e, em especial, o preço. Ademais, terão seus próprios clientes.

Não se encontram tais características no vínculo entre o reclamante e a reclamada.

De fato, o reclamante não possuía nenhum cliente próprio. Os clientes todos são da reclamada. Mesmo após o reclamante atender algum cliente, este não passava para a base de clientes pessoais do autor, permanecendo o cliente vinculado à ré. Vale dizer, os clientes passageiros são da reclamada, não do reclamante. O reclamante sequer tinha a liberdade de escolher qual cliente da reclamada iria atender, podendo apenas aceitar ou recusar o cliente indicado pela ré. Neste sentido, o depoimento da segunda testemunha da própria reclamada, prestado na prova emprestada indicada pelas partes (processo n. 0011863-62.2016.5.03.0137): “[...] que o usuário pede a corrida de um lado e, do outro lado, o motorista recebe a solicitação de corrida, aceitando-a ou não.”

Também era a ré quem definia, unilateralmente, sem qualquer autonomia ou participação (ou, o que é o mesmo, parceria) do reclamante, a grande maior parte das condições de serviço:

- os requisitos do veículo a ser utilizado (cláusula 3.2. dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIACÃO DIGITAL);

- o tipo de carro a ser utilizado para cada tipo de serviço (Uber X ou *Black*); - as qualificações exigidas do motorista (cláusula 3.1. dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIACÃO DIGITAL)

- o percentual a ser retido pela reclamada, esclarecendo a primeira testemunha da reclamada: “[...] que, pela intermediação,

paga um percentual para o Uber no valor de 20% na categoria *Black* e no valor de 25% na categoria X; que esses percentuais incidem sobre o valor das viagens.”);

- o caminho a ser realizado. Neste sentido, a primeira testemunha da reclamada:

que a Uber não controla o itinerário feito pelos motoristas durante a corrida, utilizando sistema de GPS apenas para calcular previamente o deslocamento e o valor da corrida; que a Uber tem controle do horário de início e de término de cada corrida.

Ora, é evidente que o motorista fazia o caminho do GPS, sob pena de quebra contratual em relação ao cliente, que tem a expectativa de que o motorista realize o itinerário definido pela reclamada, e de prejuízo do próprio motorista, uma vez que seus ganhos foram calculados com base no itinerário mencionado;

- os critérios de qualidade eram avaliados pela reclamada através das notas atribuídas aos clientes diretamente pelo aplicativo, conforme previsão na cláusula 2.6. dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DIGITAL. Se os critérios não fossem atendidos pelo reclamante, ele seria excluído (como de fato o foi), da prestação de serviços à reclamada, conforme previsão da cláusula 3.1, dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DIGITAL, da qual destaco a parte final:

[...] O(A) Cliente reconhece e concorda que a Uber reserva o direito de, a qualquer momento e a seu exclusivo critério, desativar ou ainda restringir um(a) Motorista de acessar ou utilizar o Aplicativo de Motorista ou os Serviços da Uber caso o(a) Cliente ou referido Motorista deixe de cumprir os requisitos fixados no presente Contrato ou no Adendo de Motorista.

- em especial, o preço a ser praticado é definido exclusivamente pela reclamada, conforme cláusula 4 dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DIGITAL, o que também foi confirmado pela primeira testemunha trazida pela própria ré: “[...] que o depoente não pode aumentar o preço

da corrida visualizado por meio do aplicativo”; também o depoimento do preposto, nestes autos: “7 - que o preço dos serviços é calculado de acordo com o deslocamento e tempo”;

- também, em especial, o poder disciplinar exercido pela reclamada em relação ao reclamante, que é, inclusive, incontroverso. Com efeito, o depoimento da segunda testemunha da reclamada: “[...] que, se o motorista recusar seguidamente, dentro da mesma hora, mais de 3 viagens, o aplicativo retira automaticamente, durante um a dois minutos.” Também, neste sentido, a previsão expressa da cláusula 3.1. dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIACÃO DIGITAL, cujo trecho foi acima destacado. E, por derradeiro, o poder disciplinar era tão intenso, que culminou na demissão por justa causa do autor, conforme consta na defesa:

Com efeito, consta na contestação (p. 682/683 do PDF) que o autor foi desligado porque: “Ademais, por cautela, não há que se falar na pretensa rescisão imotivada do imaginado contrato de trabalho do autor, como requer no tópico 130 da inicial. Quando muito, deverá ser considerada rescisão contratual por justa causa, haja visto o descumprimento das cláusulas de qualidade estabelecidas no contrato de parceria, incorrendo em desídia, conforme art. 482, alínea ‘e’ da CLT. Isso porque o motorista recebeu baixas avaliações dos usuários durante o período de atividade e teve alta taxa de cancelamento de viagens, descumprindo cláusulas contratuais pactuadas entre as partes.”

Por todos estes elementos, verifica-se a existência de subordinação direta e estrutural. Estrutural porque o reclamante estava inserido na lógica de prestação de serviços da empresa, com toda a rede de motoristas, forma de prestação de serviços, regras gerais de funcionamento da reclamada etc. E direta porque, apesar de não receber ordens diretas de uma pessoa específica, tinha que cumprir determinações vindas diretamente da própria reclamada, como, por exemplo, o carro específico para a categoria específica que iria operar, o preço a ser cobrado, o cliente específico a ser atendido em cada corrida, a rota de cada corrida etc. O simples uso de meios tecnológicos não descaracteriza a subordinação direta,

conforme previsão expressa do parágrafo único do art. 6º da CLT, *verbis*:

Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (grifei)

Cabe aqui ressaltar que a reclamada, ao contrário do que alega, é uma empresa de transporte. Fosse apenas uma empresa de tecnologia, promovendo aproximação entre o motorista e o passageiro, como alega, seria o motorista quem estabeleceria o preço da corrida, o tipo de carro a ser utilizado para cada modalidade, o trajeto a ser praticado, as normas de utilização e condições de permanência no aplicativo, e não teria poder disciplinar sobre os motoristas. Ademais, o bem último promovido pela reclamada, inclusive diretamente a seus clientes (que, frise-se, não são transferidos ao reclamante, permanecendo na órbita da empresa), é o transporte, isto é, o deslocamento de um ponto a outro.

Não se trata apenas da visão deste magistrado de primeira instância brasileiro, havendo decisão da Corte de Justiça da União Europeia neste sentido (confira-se nota oficial da Corte em <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-05/cp170050en.pdf>). Como consequência, deve ter necessariamente motoristas para desenvolver sua atividade, não podendo tal atividade ser terceirizada (Súmula n. 331 do TST). Ainda, por consequência de a reclamada ser empresa de transporte, conclui-se que o autor prestava serviços a ela diretamente e apenas indiretamente aos passageiros.

Deve-se reconhecer, de outro lado, que o reclamante tinha ampla liberdade em ativar o aplicativo quando e por quantas horas quisesse, conforme previsão na cláusula 2.4. dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DIGITAL. Destaco trecho da cláusula:

O(A) Cliente e seus(suas) Motoristas detêm o direito exclusivo de determinar quando e por quanto tempo cada um(a) deles(as) utilizará o Aplicativo de Motorista ou os Serviços da Uber.

É certo que este tipo de liberdade não é típica de vínculo de emprego, denotando certa autonomia do reclamante. Entretanto, como visto acima, a prestação de serviços do reclamante à reclamada possuía inúmeros elementos de subordinação que não são típicos da prestação de serviços autônoma.

Diante da existência de elementos de autonomia, próprios do autônomo, e de outros de subordinação, próprio do vínculo empregatício, cabe ao julgador enquadrar o trabalho humano na figura que mais se aproxima do ocorrido na prática, vale dizer, não é apenas porque existe um elemento de autonomia que o trabalhador será necessariamente autônomo, nem porque existe um elemento de subordinação que o trabalhador será necessariamente empregado. E, como mencionado, os elementos de subordinação são muito mais intensos do que os de liberdade. Basta pensar que não se vislumbra, em hipótese alguma, que um autônomo possa trabalhar sem carteira de clientes própria, sem definir o próprio preço e submetido a poder hierárquico e disciplinar de um terceiro (além dos demais elementos de subordinação destacados). Por outro lado, a liberdade com relação ao horário encontra aproximações na legislação trabalhista, como, por exemplo, as hipóteses do art. 62 da CLT, não desnaturando o vínculo empregatício.

Ante o exposto, presentes os requisitos do art. 3º da CLT, reconheço o vínculo entre autor e reclamada, no período de 2/12/2016 a 2/4/2017 (já considerada a projeção do aviso prévio, conforme apreciação da justa causa no tópico abaixo), na função de motorista, mediante o salário mensal a ser apurado na fase de liquidação de sentença, dividindo-se os valores recebidos pelo autor em cada mês pelo número de dias úteis, considerados como tais os que não são domingos e feriados.

Condeno a 1ª reclamada a anotar a CTPS do autor para constar o vínculo de emprego no período de 2/12/2016 a 2/4/2017, na função de motorista, com o salário a ser apurado na forma do parágrafo acima, em cinco dias contados da intimação da juntada do documento aos autos, após o trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (art. 536, § 1º c/c art. 537, ambos do CPC), limitada a 60 dias. Transcorrido tal prazo, a secretaria da vara procederá à anotação, sem prejuízo de aplicação da multa.

Modalidade de rescisão. Verbas rescisórias. A ré afirma que o autor foi demitido por justa causa porque:

Ademais, por cautela, não há que se falar na pretensa rescisão imotivada do imaginado contrato de trabalho do autor, como requer no tópico 130 da inicial. Quando muito, deverá ser considerada rescisão contratual por justa causa, haja vista o descumprimento das cláusulas de qualidade estabelecidas no contrato de parceria, incorrendo em desídia, conforme alínea “e” do art. 482 da CLT. Isso porque o motorista recebeu baixas avaliações dos usuários durante o período de atividade e teve alta taxa de cancelamento de viagens, descumprindo cláusulas contratuais pactuadas entre as partes.

Como se nota, a alegação da ré é genérica. Não indica quais cláusulas de qualidade foram descumpridas, que usuários deram baixas avaliações, quando, quais e por que foram essas baixas avaliações, qual foi a taxa de cancelamento de viagens do autor e quando estas supostas faltas contratuais ocorreram.

Assim, afasto a justa causa, pelo que reconheço a demissão sem justa causa.

Defiro, por consequência: aviso prévio indenizado de 30 dias, 13º salário proporcional de 2016 01/12, 13º salário proporcional de 2017 03/12, férias proporcionais + 1/3 04/12 e FGTS + 40% de todo o período contratual.

A controvérsia gerada pela invocação de improvada prestação autônoma de serviços não é idônea a elidir os efeitos da mora no pagamento das verbas decorrentes da despedida imotivada.

Adoto a Súmula n. 462 do TST, *verbis*:

Súmula 462.

MULTA DO ART. 477, § 8º, DA CLT. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO JUDICIAL DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

A circunstância de a relação de emprego ter sido reconhecida apenas em juízo não tem o condão de afastar a incidência da multa prevista no art. 477, § 8º, da CLT. A referida multa não será devida apenas quando, comprovadamente, o empregado der causa à mora no pagamento das verbas rescisórias.

Assim, reconhecido em Juízo o contrato de trabalho, resta, objetivamente configurado, o atraso no pagamento das verbas pertinentes e o decorrente direito à multa do § 8º do art. 477 da CLT.

Indefiro, por outro lado, a multa do art. 467 da CLT, ante a inexistência de verbas rescisórias incontroversas inadimplidas.

Indefiro o pedido de seguro-desemprego, pois o autor não demonstrou preencher os requisitos do art. 3º da Lei n. 7.998/1990, em especial o requisito do inciso I, já que trabalhou menos de 6 meses para a ré.

Adicional noturno. O documento de p. 59, juntado pelo autor, demonstra que ele trabalhou no período noturno (1h40min da manhã). No mesmo sentido, a terceira linha do documento de p. 910 juntado pela ré.

Defere-se adicional noturno a ser apurado em fase de liquidação a partir dos documentos de p. 862/916, considerando horas noturnas as realizadas das 22h às 5h, aplicando-se o adicional normativo, conforme instrumentos acostados aos autos em seus respectivos prazos de vigência, com garantia de 20%.

Deve ser observada, ainda, a hora noturna reduzida, conforme § 1º do art. 73 da CLT, bem como o horário noturno em prorrogação do diurno, nos termos do item II da Súmula n. 60 do C. TST.

A habitualidade do labor noturno gera o direito a reflexos em DSRs e, com a soma destes, em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%.

Domingos e feriados. De forma surpreendente, a ré alega que o autor estava enquadrado no inciso II do art. 62 da CLT. Confira-se os termos da contestação (p. 686 do PDF):

XI - PAGAMENTO EM DOBRO DE DOMINGOS E FERIADOS INDEVIDOS. DSRs INDEVIDOS. Os pedidos “e” e “f” são indevidos. Primeiramente, o autor não indicou, especificamente, os dias em que o suposto labor aos domingos e feriados teria ocorrido, o que impede o deferimento do pedido. Ademais, ele não era empregado e não faz jus às verbas celetistas postuladas. Além disso, se reconhecido o vínculo de emprego, o que se admite somente por argumentar, o reclamante deve ser inserido no artigo 62, II, da CLT, o que afasta o deferimento dos pedidos.

A alegação carece de qualquer razoabilidade, tanto assim que a ré apenas lança a suposta aplicação do artigo, sem qualquer fundamentação fática, jurídica, lógica ou de qualquer outra ordem.

Incontroverso que o autor era motorista e não tinha poder de gerência da ré. Aliás, o próprio contrato firmado com a ré estabelece que o motorista “[...] se compromete a não se apresentar como um(a) empregado(a), agente ou representante autorizado(a) da Uber ou suas afiliadas [...]” (cláusula 13.1. dos TERMOS E CONDIÇÕES GERAIS DOS SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO DIGITAL, p. 712 do PDF).

Portanto, é ululante que o autor não tinha qualquer poder de gerência, pelo que afasto a aplicação do inciso II do art. 62 da CLT.

A ré também alega compensação, mas não juntou qualquer acordo de compensação de horas, como exigido pelo item I da Súmula n. 85 do CPC.

Assim, considerando que a ré não nega o trabalho em domingos e feriados, defiro o pagamento do adicional de 100% para os dias destinados a descanso (art. 7º da Lei n. 605/41), considerando as horas trabalhadas em domingos e feriados a serem apuradas a partir dos documentos de p. 862/916. Devem ser observados os termos do item III da Súmula n. 85 do TST.

A habitualidade do trabalho em DSRs gera o direito a reflexos em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%.

Auxílio-alimentação. Multa cesta básica. Indefiro tais pedidos, pois o autor juntou a CCT firmada pelo Sindicato das Empresas de Coleta, Limpeza e Industrialização do Lixo de Minas Gerais, o qual evidentemente não representa a categoria econômica da reclamada.

Danos morais. Ausência de condições adequadas de local de trabalho. Afirma o autor que:

O reclamante realizava suas atividades em vias públicas no interior do veículo, sem nenhum ponto de apoio. A empresa nunca forneceu local adequado para realização de refeições, tampouco sanitários. Como visto, o reclamante e demais empregados realizam as refeições e suas necessidades fisiológicas a céu aberto ou dentro do veículo.

O autor tinha liberdade para trabalhar onde e quando quisesse, o que poderia ser, inclusive, próximo de sua residência. O autor também tinha liberdade para fazer pausas quando bem entendesse, inclusive para fazer refeições e utilizar sanitário em qualquer estabelecimento disponível.

Improcede.

Danos morais. Dumping social. Argumenta o autor:

De se considerar que o motorista do UBER presta serviços a uma das maiores empresas do mundo, cujo valor de mercado, como já foi noticiado, supera as maiores empresas brasileiras (à exceção, em tese, de sua filial brasileira, que, por conveniência, possui o ridículo capital social de R\$ 1.000,00), mas dela não tira qualquer benefício e nem mesmo merece qualquer proteção, não há concorrentes onde buscar serviços e o trabalho fica inviabilizado ao rodar pela rua sem o auxílio do aplicativo. Verifica-se, no caso em tela, um exemplo prático de *dumping social*, modalidade de exploração do trabalhador, passível de indenização, para quem evidencia-se a adoção de práticas desumanas de trabalho, pelo empregador, com o objetivo de reduzir os custos de produção e, assim, aumentar os seus lucros. Trata-se de descumprimento reincidente aos direitos trabalhistas, capaz de gerar um dano à sociedade e constituir um ato ilícito.

O reflexo do *dumping social* e da tensão de colocar o reclamante em condições de trabalhador clandestino e perigoso causou sequelas que devem ser reparadas, com fundamento no artigo 186 do Código Civil.

A caracterização do *dumping* social, como ato ilícito que é, pressupõe o descumprimento evidente da legislação com vistas a obter lucro através da concorrência desleal, prejudicando o funcionamento correto do sistema econômico.

No caso dos autos, é preciso reconhecer que a forma de trabalho proposta pela reclamada é uma novidade, com consequências legislativas e judiciais ainda em incipiente discussão.

Neste sentido, destaco que, no âmbito deste Tribunal, já foram proferidas duas sentenças negando a existência de vínculo com a reclamada, pelos Ex.^{mos} Juízes Marcos Vinícius Barroso e Filipe de Souza Sickert, e uma reconhecendo o vínculo de emprego, proferida pelo Ex.^{mo} Juiz Márcio Toledo Gonçalves, todas com sólidos fundamentos, demonstrando a controvérsia existente no âmbito do Poder Judiciário, o que afasta, neste momento, a suposta evidência da reclamada em prejudicar o funcionamento adequado do sistema econômico.

Improcede.

Grupo econômico. O Direito do Trabalho, diante do fenômeno da concentração econômica, tomou posição visando a oferecer aos empregados de um estabelecimento coligado a garantia de seus direitos contra manobras fraudulentas ou outros atos prejudiciais, aos quais se prestariam, com relativa facilidade, as interligações grupais entre administrações de empresas coligadas ou associadas. Esta é a origem da norma do § 2º do art. 2º da CLT.

A solidariedade não se presume, é o que preceitua o art. 896 do Código Civil, “[...] resulta da lei ou da vontade das partes.” Mas a existência do grupo, do qual, por força de lei, decorre a solidariedade, prova-se, inclusive, por indícios e circunstâncias.

No caso, é evidente que as reclamadas, ainda que sejam empresas constituídas em países diferentes, atuam com coordenação, provendo o mesmo serviço, sob controle do mesmo grupo, caracterizando grupo econômico.

Declara-se, portanto, a solidariedade das reclamadas para fins de solvabilidade dos débitos trabalhistas.

Arresto. A medida somente se justifica no caso de fundado receio de que a reclamada não irá, no momento do trânsito em julgado, ter condições financeiras de arcar com o valor da condenação. No caso dos autos, inexistente qualquer indício neste sentido; ao contrário, a reclamada é empresa com notória capacidade financeira em âmbito mundial. O simples fato de o reclamante ter colacionado notícias com notícia de prejuízo não comprova situação de insuficiência financeira, sendo antes normal em nosso sistema atual que empresas grandes registrem ora lucros, ora prejuízos. Por fim, há de se considerar o reduzido valor da causa (R\$ 28.311,18, rito sumaríssimo), em comparação com o patrimônio das rés, da ordem de bilhões de dólares.

Indefiro.

Concede-se o benefício da justiça gratuita, pois declara o reclamante que é pobre na acepção jurídica do termo, não tendo condições de arcar com despesas processuais, responsabilizando-se por suas declarações sob as penas da lei (art. 14 da Lei n. 5.584/70 c/c Lei n. 7.115/83).

Deixo de arbitrar honorários advocatícios sucumbenciais, por não cumprir o reclamante os requisitos da Lei n. 5.584/70 c/c Súmula n. 219 do c. TST, única hipótese admitida no processo do trabalho.

Também não são devidos honorários advocatícios contratuais, nos termos da Súmula n. 37 do TRT da 3ª Região, *in verbis*:

POSTULADO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERDAS E DANOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 389 E 404 DO CÓDIGO CIVIL. É indevida a restituição à parte, nas lides decorrentes da relação de emprego, das despesas a que se obrigou a título de honorários advocatícios contratados, como dano material, amparada nos arts. 389 e 404 do Código Civil.

Por não presente as hipóteses do art. 80 do CPC/2015, deixo de aplicar multa por litigância de má-fé.

DO EXPOSTO, REJEITO as preliminares arguidas e julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, observados os parâmetros da fundamentação, para:

- condenar a 1ª reclamada a anotar a CTPS do autor para constar o vínculo de emprego no período de 2/12/2016 a 2/4/2017, na função de motorista, com o salário a ser apurado na fase de liquidação de sentença, dividindo-se os valores recebidos pelo autor em cada mês pelo número de dias úteis, considerados como tais os que não são domingos e feriados, em cinco dias contados da intimação da juntada do documento aos autos, após o trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (art. 536, §1º c/c art. 537, ambos do CPC), limitada a 60 dias. Transcorrido tal prazo, a secretaria da vara procederá à anotação, sem prejuízo de aplicação da multa;

- condenar as reclamadas solidariamente a pagar ao reclamante, com juros e correção monetária (correção monetária da data dos fatos e juros a partir da propositura da ação, observada a Súmula n. 381 c. TST), descontados os valores pagos sob o mesmo título:

- aviso prévio indenizado de 30 dias;
- 13º salário proporcional de 2016 01/12;
- 13º salário proporcional de 2017 03/12;
- férias proporcionais + 1/3 04/12;
- FGTS + 40% de todo o período contratual;
- multa do § 8º do art. 477 da CLT;
- adicional noturno e reflexos em DSRs e, com a soma destes, em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%;
- DSRs e reflexos em aviso prévio, férias + 1/3, 13º salário e FGTS + 40%.

Possuem natureza indenizatória: juros de mora (OJ 400 da SDI-1 do TST), multa do art. 477, reflexos em férias + 1/3 e FGTS + 40%.

Descontos previdenciários e fiscais conforme Súmulas n. 368 do c. TST e 45 deste TRT da 3ª Região.

Após o trânsito em julgado da decisão, expeçam-se ofícios denunciadores à CEF, ao INSS e ao DRT.

Custas, pelas reclamadas, no importe de R\$ 100,00, calculadas pelo valor da condenação, ora fixado em R\$ 5.000,00.

Intimem-se as partes.

NORMAS PARA ENVIO DE ARTIGOS

À REVISTA DO TRT 3ª REGIÃO

A *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* tem periodicidade semestral, sendo formada por: Composição do TRT; Apresentação; Doutrinas; Decisão Precursora com o respectivo Comentário e Jurisprudência (acórdãos e sentenças).

1 NORMAS EDITORIAIS PARA ENCAMINHAMENTO DE MATÉRIA

- 1.1 A Revista publicará trabalhos inéditos e originais.
- 1.2 Os Autores mantêm os direitos autorais e concedem à *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região* o direito de primeira publicação dos seus artigos, com isenção de quaisquer ônus.
- 1.3 Os trabalhos serão avaliados quanto a seu mérito (conteúdo científico-jurídico), relevância, interesse e atualidade do tema, sua adequação aos requisitos da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e às normas adotadas para respectiva publicação, sendo de responsabilidade do autor a autoria e a originalidade do texto, bem como as afirmações, as opiniões e os conceitos emitidos.
- 1.4 A análise inicial dos artigos será feita pelos servidores da Seção da Revista para verificação do atendimento às diretrizes e condições estabelecidas para publicação, quanto à pertinência temática, ineditismo e possível problema de autoria. A segunda análise será feita por pareceristas de elevado saber jurídico-científico e ou professores, com atuação em âmbito nacional e internacional, pelo critério “dupla avaliação cega por pares” ou princípio da imparcialidade, quando não haverá nenhuma identificação do autor e nem de sua titulação.

- 1.5 Os trabalhos que exponham, em tese, as pessoas a situações vexatórias, violando o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, terão os nomes das pessoas envolvidas abreviados, utilizando-se as iniciais.
- 1.6 Os trabalhos deverão ser enviados por *e-mail* para o endereço eletrônico: revista@trt3.jus.br com nome completo do(s) autor(es), endereço, telefone, *e-mail*, situação acadêmica, títulos e instituições às quais pertença(m).
- 1.7 A autorização para publicação do trabalho é automática quando do envio da matéria e da aceitação das normas para publicação.
- 1.8 O termo de responsabilidade pela autoria do conteúdo do trabalho encontra-se explícito nas páginas iniciais da Revista e no item 1.3 desta norma.
- 1.9 Os originais dos trabalhos publicados, bem como materiais gráficos que os acompanhem não serão devolvidos a(os) seu(s) autor(es).
- 1.10 O(s) autor(es) receberão, quando do lançamento da Revista, 1 (um) exemplar do periódico, se impresso, em cuja edição o trabalho tenha sido publicado.
- 1.11 Os trabalhos recebidos em língua estrangeira serão publicados na Revista impressa e ou digital em sua versão original, ou poderão ser traduzidos para a língua portuguesa, caso seja necessário.
- 1.12 O conteúdo da Revista poderá ser citado, reproduzido, armazenado ou transmitido por qualquer sistema, forma ou meio eletrônico, magnético, óptico ou mecânico, sendo, em todas as hipóteses, obrigatória a citação dos nomes dos autores e da fonte de publicação original.

2 FORMATO DE APRESENTAÇÃO

- 2.1 Os trabalhos encaminhados à Revista deverão ser digitados na versão do aplicativo Word (97/2003 ou 97/2004), ambiente Windows. Eles deverão ser salvos em extensão doc e encaminhados via *e-mail para* revista@trt3.jus.br.

- 2.2 Os parágrafos deverão ser justificados; a fonte será arial 11 para o texto, 10 para citações longas, notas e resumos; o espaço interlinear será simples; as margens superior, inferior e laterais terão 1,5 cm; o tamanho papel formato será A-4 (210 x 297 mm).
- 2.3 À Seção da Revista será reservado o direito de fazer as revisões gramaticais e alterações pertinentes, bem como de adequar os trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.
- 2.4 A primeira lauda/página deverá conter o título do artigo (em português e inglês), o nome completo do autor, o nome da(s) instituição(ões) a que está vinculado, o cargo que ocupa (tais identificações serão omitidas quando do envio aos pareceristas), bem como o resumo informativo em português de 100 a 200 palavras, que apresentará concisamente os pontos relevantes do texto (NBR 6028-ABNT - Resumos), com suas finalidades, metodologias, resultados e conclusões. Após o resumo informativo, deverão ser relacionadas as palavras-chave, de 3 a 8, em português. O *abstract* (resumo informativo) e as *keywords* (palavras-chave) deverão constar do final do artigo em inglês, para atender à ampla divulgação do periódico. Ao final deverá ser relacionada lista de referências utilizadas no corpo do texto. Os autores citados no decorrer do artigo serão subordinados ao seguinte esquema: (SOBRENOME DE AUTOR, data-ano) ou (SOBRENOME DE AUTOR, data, página). Diferentes títulos do mesmo autor publicados no mesmo ano serão identificados por uma letra após a data. Ex.: (EVANS, 1989a), (EVANS, 1989b).
- 2.5 Citações com até 3 linhas deverão ser inseridas no corpo do texto entre aspas. Caso as citações tenham mais de 3 linhas, deverá ser utilizado parágrafo independente com recuo de 2 cm, sendo a fonte arial 11 com espaço interlinear simples, sem aspas.

- 2.6 As notas de rodapé constituirão “notas explicativas”. Serão anotações concernentes ao texto, mas que não interferirão no desenvolvimento lógico do trabalho. Referências (bibliográficas, eletrônicas etc.) deverão ser colocadas ao final do artigo em ordem alfabética de autor sempre atualizadas. Regras gerais de apresentação de referências (vide NBR 6023/2002). A pontuação utilizada na presente norma segue os padrões internacionais.
- 2.7 Para mais esclarecimentos, poderão ser consultadas as seguintes normas da ABNT: NBR 6022; NBR 6023; NBR 6024; NBR 6028; e NBR 10520.

3 A BIBLIOGRAFIA UTILIZADA SERÁ APRESENTADA NO FINAL DO ARTIGO, LISTADA EM ORDEM ALFABÉTICA, OBEDECENDO ÀS SEGUINTE NORMAS:

Livro

SOBRENOME, Nome. (ano). *Título em itálico*: subtítulo. Número da edição, caso não seja a primeira. Local da publicação: nome da editora, data.

Formato eletrônico:

AUTOR. *Título*: subtítulo. Edição. Local (cidade de publicação). Descrição física do meio eletrônico (disquete, CD-ROM etc.) ou Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Autor único: FONSECA, Vicente José Malheiros da.

Até 3 autores: Devem ser separados por ponto e vírgula.
LAGE, Emerson José Alves; LOPES, Mônica Sette.

Mais de 3 autores: Indica-se o primeiro autor, seguido da expressão *et al.*

PIMENTA, José Roberto Freire *et al.*

Responsabilidade intelectual (Organizadores, Coordenadores, Editores)

BARROS, Alice Monteiro de (Coord.).

VIANA, Márcio Túlio (Org.).

Instituições (não utilizar siglas)

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS.

MINAS GERAIS. Assembleia Legislativa.

Autoria desconhecida ou sem indicação de responsabilidade

A entrada é pelo título, sendo que, apenas, a primeira palavra deve ser grafada em maiúsculo.

TRATADO de ecologia.

NATUREZA da vida.

Outros tipos de responsabilidade (Tradutor, Ilustrador, Revisor etc.)

Tradutor, ilustrador, revisor etc. podem ser digitados após o título da obra.

MOORE, Thomas. *A emoção de viver a cada dia: a magia do encantamento*. Tradução Raquel Zampil. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

Artigo de periódicos

AUTOR. Título do artigo. *Título do periódico*. Local de publicação (cidade), número do volume, número do fascículo, páginas inicial-final, mês e ano.

Formato eletrônico

AUTOR DO ARTIGO. Título do artigo. *Título do periódico*. Local, volume, fascículo, páginas, data. Disponível em: <endereço eletrônico>. Acesso em: dia mês. ano (para documentos *on-line*).

Dissertações e teses

SOBRENOME, Nome (abreviado). (ano). *Título em itálico*. Local. Número total de páginas. Grau acadêmico e área de estudos [Dissertação (mestrado) ou Tese (doutorado)]. Instituição em que foi apresentada.

Documento jurídico: Inclui legislação, jurisprudência (decisões judiciais) e doutrina (interpretação dos textos legais).

Legislação:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) ou NOME DA ENTIDADE (caso se trate de normas). Título. Numeração e data (dia, mês e ano). Elementos complementares para melhor identificação do documento. No caso de Constituições e suas emendas, entre o nome da jurisdição e o título, acrescenta-se a palavra Constituição, seguida do ano de promulgação, entre parênteses. Ex: BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. *Lex*: legislação federal e marginália, São Paulo, v. 59, p. 196, out./dez. 1995.

Jurisprudência:

JURISDIÇÃO (nome do país, estado ou município) e órgão judiciário competente. Título (natureza da decisão ou ementa) e número. Partes envolvidas (se houver). Relator. Local, data (dia, mês e ano). Dados da publicação que transcreveu o documento. Ex: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 181.636-1, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 6 de dezembro de 1994. *Lex*: jurisprudência do STJ e Tribunais Regionais Federais, São Paulo, v. 10, n. 103, p. 236-240, mar. 1998.

Endereço para correspondência:

Escola Judicial / Seção da Revista
Av. do Contorno, 4.631 - 10º andar
Bairro Funcionários
CEP 30110-027
Belo Horizonte - MG
Fone: (31) 3228-7169
E-mail: revista@trt3.jus.br

